



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

32

YIL:8, SAYI:32, EKİM 2017

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/DESIGN**

Menekşe ÖRME

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

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

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

Web: www.taa.gov.tr

**BASKI**

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

### YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

## DANIŞMA KURULU\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYRA  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Prof. Dr. Kadir ARICI  
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN  
Prof. Dr. Kayhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENTS

<b>Doç. Dr. İştar CENGİZ.....</b>	<b>1</b>
Muvazaalı Boşanmanın Tespiti İle Ölüm Aylığıının Kesilmesi <i>Stoppage of Widow's Pension Because of the Detection of Sham Divorce</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ.....</b>	<b>17</b>
6771 Sayılı Kanunla Anayasaya Eklenen Yargının Tarafsızlığıının Anlamı Üzerine <i>On The Meaning of the Impartial Judiciary that adopted to the Constitution by Law No 6771</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ.....</b>	<b>33</b>
İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması <i>Application of Administrative Sanctions In Terms of Time</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU.....</b>	<b>61</b>
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı Ve Bu Konudaki Tasarı Taslağıının Değerlendirilmesi <i>The Necessity For Amendment Of The Code Of Civil Procedure And Evaluation Of The Draft Bill On The Matter</i>	
<b>Dr. Fatih ÖZKUL.....</b>	<b>95</b>
Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı <i>Legislative Immunity In Turkish Constitutions</i>	
<b>Dr. Ali İbrahim AKKUTAY.....</b>	<b>151</b>
Sivil Havacılığa Yönelik Gerçekleştirilen Siber Saldırılar: Uygulanacak Uluslararası Hukuk Kuralları, Yetki ve Sorumluluk <i>The Context of the Cyber Attacks Against Civil Aviation: Applicable Rules of International Law, Jurisdiction and Responsibility</i>	

<b>Dr. Ceyda ÜMİT.....</b>	<b>197</b>
Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu	
<i>The Penal Responsibility of Doctors Arised From The Performance Of Their Profession</i>	
<b>Dr. Derya ATEŞ.....</b>	<b>247</b>
Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi	
<i>Determination of General Moral Rules In The Contracts</i>	
<b>Dr. Seyfettin KARA.....</b>	<b>269</b>
Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi	
<i>Assessment of the Subjects Covered By Tax Confidentiality in the Context of Judicial Decisions</i>	
<b>Arş. Gör. Abdurrahman TEKİN.....</b>	<b>283</b>
Adli Kontrol Tedbirleri	
<i>Judicial Supervision</i>	
<b>Arş. Gör. Bedia GÜLEŞ.....</b>	<b>315</b>
Alışveriş Merkezinin Ortak Alanlarında Meydana Gelen Zararlardan Alışveriş Merkezinin Hukukî Sorumluluğu	
<i>Shopping Center’s Responsibility For Damage Which Is Occured In The Shopping Center’s Joint Area</i>	
<b>Arş. Gör. Murat TÜMERDEM.....</b>	<b>337</b>
Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi	
<i>Principle Of Certainty In The Mortgage Of Properties</i>	
<b>Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN.....</b>	<b>363</b>
Fikîr ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmelerinin Sağladığı Lisans Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi	
<i>Distraint And Encashment of the Royalties Provided by License Agreements Based on Literaryand Artistic Works</i>	

**Arş. Gör. Yeşim ÇELİK.....391**

Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması Ve  
Bu Bağlamda Unutulma Hakkı

*Protection of Personal Data As Reflection to the Privacy of Private Life  
and the Right to Forgether for this Context*

**Osman ÇAKAR.....411**

Hukuk Muhakemeleri Kanundaki Ceza Muhakemesi Hükümleri Özelinde  
Disiplin Hapsi

*Disciplinary Detention as laid down in the Criminal Procedure Provisions  
in the Civil Procedure Code*

**Alper KÜÇÜKAY.....435**

Tanık İfadesi ve Çapraz Sorgu Psikolojik Bir Bakış

*Eyewitness testimonyand cross examination A psychological view*

*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# MUVAZAALI BOŞANMANIN TESPİTİ İLE ÖLÜM AYLIĞININ KESİLMESİ

*Stoppage of Widow's Pension Because of the Detection of Sham Divorce*

Doç. Dr. İştar CENGİZ<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 08.12.2016

Kabul Tarihi: 21.07.2017

## ÖZET

5510 sayılı Kanun m.56/II hükmü ile getirilen düzenlemeyle hak sahibi konumundaki eş veya çocuğun, boşandığı eşiyle eylemli olarak birlikte yaşaması durumunda hak sahipliği sıfatının ortadan kalktığı kabul edilip gelir/aylıktan yararlandırılmaması kabul edilmektedir.

Gelir/aylık almak için eşinden boşanma yolunu sečenler, bir yandan bu yolla gelir/aylık alma hakkını elde ederken diğer yandan eşinin miras hakkından mahrum kalmakta, eři nedeniyle hak sahibi sıfatını kaybetmektedirler.

Bu amaçla kanun koyucu sınırlı olarak ve sadece, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eşi ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği yönünde düzenleme yapmıştır. Bu bağlamda kanaatimizce gerçekten hakkın kötüye kullanılması varsa bağlanmış olan aylık kesilmelidir. Ayrıca muvazaaya dayanmaya gerek yoktur.

**Anahtar Kelimeler:** Ölüm aylığı, muvazaa, boşanma, aylık kesme, ödemenin geri alınması

## ABSTRACT

Within the regulation, which brought by Code Nr. 5510, Art. 56/2, partner or child, who owns 'the owner of the right' title, who actually lives with their partner are accepted to lose 'the owner of the right' title and are not be able to benefit from income/pension.

Persons who chose the remedy of divorce to take pension from the other partner, on the other hand being debarred from partner's right to succession, losing the 'right of the owner' title because of her partner.

For that purpose, law-maker, only limitedly regulated that incomes and pensions assigned to partner and children will be cut off if identified living together with the other partner. Within this context in our opinion if there is a really an abuse of right, the pension should be cut off. There is no need to lean to sham.

**Keywords:** Widow's Pension, sham, divorce, cut pension, retaking of the payment

## GİRİş

Sosyal güvenlik mevzuatında aylıkların bağlanma şartları ve kesme nedenleri düzenlenmiştir. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "*Gelir ve Aylık Bağlanmayacak Haller*" kenar başlıklı 56. maddesine göre; "*Ölen sigortalının hak sahiplerinden; ... Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eşi ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır (son fıkrada).*"

<sup>1</sup> Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, istarcengiz@hotmail.com

Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşayan eşlerin önceki eşlerinden veya anne, babalarından gelir ve aylık almaya devam etmeleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun dikkatini çekmekteydi. Söz konusu yasal düzenleme ile Sosyal Güvenlik Kurumu anne, baba ya da eşinden kalan emekli maaşını alabilmek için boşanma işlemi yapan kadınları takip etmiş ve on binin üzerinde *"sahte boşanma"* tespit edilip aylıkları kesilmiştir.

Yargıya intikal eden bir olayda, davacı tarafından babası nedeniyle aylık almaya hak kazandığının tespiti ile Kurum tarafından muvazaalı boşanma gerekçesi ile kesilmiş bulunan aylığın, kesilme tarihi itibarıyla yeniden bağlanması istemine ilişkin olarak dava açılmıştır. Hakkında verilen boşanma kararı 21.07.2004 tarihinde kesinleşen davacıya yaşamını yitiren sigortalı babası üzerinden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine göre hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla bağlanan ölüm aylığının boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığının belirlendiği gerekçesiyle davalı Kurumca gerçekleştirilen işlemle kesilerek, yersiz ödendiği ileri sürülen aylıklar yönünden borç tahakkuk işleminin tesis edildiği anlaşılmakta olup, mahkemece yargılama yapılmıştır. Taraflar arasındaki *"kurum işleminin iptali"* davasından dolayı yapılan yargılama sonucunda T.C. Ankara 5. İş Mahkemesince 14.06.2012 gün, 2011/180 Esas ve 2012/388 Karar numaralı karar ile davanın kabulüne ve 5510 sayılı Kanun m.56/II'de yer alan düzenlemenin davacı hakkında uygulama olanağı bulunmadığından, davanın kabulü ile davacıya babası nedeniyle bağlanan ölüm aylığının kesilmesine ilişkin davalı Kurum işleminin iptaliyle kesilen aylığın kesildiği tarihten itibaren faiziyle ödenmesi gerektiği hüküm altına almıştır.

Davalı vekili tarafından kararın temyizi sonucunda T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 18.12.2012 gün, 2012/18945 Esas ve 2012/23590 Karar numaralı kararı ile, *"... Kurumun 5510 sayılı Kanun m.56/son'a göre davacının ölüm aylığını kesme kararının yerinde olduğunun anlaşıldığı, maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. ..."* şeklinde hüküm kurulmuştur.

T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 18.12.2012 tarihli söz konusu kararında; davanın yasal dayanağının 5510 sayılı Kanunun 56. maddesinin II. fıkrası olduğu, uyumsuzluğın çözümünde sosyal güvenlik, sosyal güvenliğin amaç ve yöntemleri, sosyal sigortalar, sosyal güvenlik sistemi gibi kavram ve olguların değerlendirilmesine gereksinim bulunduğu; ayrıca kamuoyunda uzun yıllardır varlığı konuşulan, yaşamını yitirmiş sigortalı/iştirakçi annesi/babası üzerinden ölüm aylık veya gelirine/yetim aylığına hak kazanabilmek için evlilik bağına son verip boşandığı eşiyle birlikte yaşamayı sürdüren kız çocuklarının veya hayatta bulunmayan sigortalı/iştirakçi eski eşi üzerinden ölüm aylık ve geliri/dul aylığı tahsisi için mevcut evlilik birliğini sonlandırmasına karşın sonraki

eşiyle beraberliğini devam ettiren kişilerin durumunun etik değerler, ahlaki algı ve kurallar yönünden ele alınması gerektiği ifade edilmiş ve özellikle bu yönde yapılacak herhangi bir incelemenin yargının görev, hak ve yetki alanı içerisinde bulunmadığı ifade edilmiştir. Daire 56. madde açısından, 01.10.2008 tarihinden önce hak kazanıldığı durumlarda, söz konusu yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne saikle boşanmış olurlarsa olsunlar, başka bir anlatımla eşlerin boşanma iradeleri gerçek/samimi olsun veya olmasın, eylemli birlikteliklerini 5510 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, anılan 2. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir/aylık tahsisi yapılmaması, bağlanan gelirin/aylığın da kesilmesi gerektiğini, ancak eylemli birlikteliğin sona erdiği tarihten itibaren diğer koşulların da varlığı durumunda gelir/aylık bağlanabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Yerel mahkemenin direnme kararının davalı tarafça temyizi üzerine T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2014 günlü kararında (2014/21-280 Esas ve 2014/1059 Karar sayılı kararı); uyuşmazlığın davacının almakta olduğu ölüm aylığının 5510 sayılı Kanun m.56/son hükmü uyarınca kesilmesine ilişkin Kurum işleminin usul ve yasaya uygun olup olmadığı noktasında toplandığını, ölüm aylığı almak üzere boşandığı eşle fiilen birlikte yaşamaya kişiyi sürükleyen etkenin niteliği ve türünün hukuk düzeni açısından önem taşımadığı, hakkın kötüye kullanılmasının hangi saikle ortaya çıkarsa çıksın, sonuçta hukuk bakımından sadece kötüye kullanma olup korunmadığını, fiili birlikteliğin sona erdiği tarihten itibaren, diğer koşulların da varlığı durumunda gelir veya aylık bağlanabileceğini ifade etmiş ve direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2014 gün ve 2014/21-280 Esas ve 2014/1059 Karar sayılı kararı bağlamında konu ele alınmış aşağıdaki değerlendirmeler yapılmıştır.

### **5510 SAYILI KANUN M.56/II HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİğİ**

Ölüm olayı geçimleri sigortalı tarafından sağlananlar açısından güvence altına alınması gereken ve gerçekleşmesi kesin olan bir risktir<sup>2</sup>. Ölüm sigortası aileyi esas alan bir sigortadır ve bunun bir sonucu olarak ölüm aylığı, kanun koyucunun Anayasa'da belirtilen sosyal güvenlik hakkı kapsamında sigortalının ölümü ile belli koşulların varlığı halinde, sigortalının geride kalan hak

---

<sup>2</sup> GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLIÖğLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., Ekim 2016, İstanbul, s.578.

sahiplerine (sigortalının eşi, çocukları ve anne babası) yaptığı bir ödemedir<sup>3</sup>. Sigortalının ölümü ile belli şartları taşıyan hak sahiplerine, muhtaç duruma düşmemeleri için devlet tarafından ödeme yapılmaya devam edilmektedir.

Ölüm aylığına hak kazanabilmek için ölen sigortalıya ve ayrıca hak sahiplerine ilişkin bazı koşullar aranmaktadır.<sup>4</sup> Ölen sigortalı açısından hak sahiplerinin ölüm aylığı alabilmeleri için ilk koşul sigortalının ölümüdür<sup>5</sup>. Ayrıca sigortalı ya Kanun'da belirtilen aylık ya da geliri almakta iken ölmüş olmalıdır ya da ölen sigortalı Kanun'da öngörülen miktarda prim ödemiş olmalıdır (5510 sayılı Kanun m.32/II). Hak sahibi olarak dul eş açısından ölüm aylığı bağlanabilmesi için aralarında yasal bir evliliğin bulunması gerekir.<sup>6</sup> Karı koca gibi birlikte yaşama veya dini nikâhla evlenmiş olmak yeterli değildir.<sup>7</sup> Çocuklar açısından ise 5510 sayılı Kanun ikili bir ayırım yapmış, tüm çocuklar için onların eğitim durumları ve yaşlarını esas alan sınırlamalarla aylık bağlanmasını öngörmüş, sonrasında malul çocuklarla kız çocukları açısından istisnai nitelikte düzenlemelere yer vererek belirtilen yaş sınırlamalarının aşılmasına rağmen bu çocuklara hangi hallerde ölüm aylığı bağlanacağı açıklanmıştır (5510 sayılı Kanun m.34)<sup>8</sup>.

Kız çocuklarına bağlanan ölüm aylığı, evlenmesi halinde kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan nedenler ortadan kalkınca (boşanma, eşin ölümü, işi bırakma), kesilen aylık başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren yeniden bağlanır (m.35/III).

5510 sayılı Kanun m.56/II'nin gerekçesinde *“eşinden boşanmak suretiyle babasından maaş bağlanan, ancak boşandığı eşleriyle filen beraber yaşayanların gelir ve aylıklarının kesilmesi ile ilgili hususların, uygulamada hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yeniden düzenlendiği”* ifade

<sup>3</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.579-581; OKUR, Ali Rıza, Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s.2166; UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009, s.227; CENTEL, Tankut, “Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi–Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği–”, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, MESS, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Mart 2012, Yıl 7, Sayı 25, s.190.

<sup>4</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.581vd.

<sup>5</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.581; ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s.399; UŞAN, s.229; CAİKLİOĞLU, Nurşen, 506 Sayı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Sigortalılığı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1997, s.9vd.; detaylı bilgi için ayrıca bkz. TUNCAI, Can, 5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası, Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2010, s.1231-1244.

<sup>6</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.589vd.; AYAN, Zehra, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, S.3,Eylül 2006, s.165.

<sup>7</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.589; ARICI, Kadir, Ölüm Sigortasından Yararlanma, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, S.22, Haziran 2011, s.180.

<sup>8</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.590vd.

edilmiştir. Gerekeede de ifade edildiği üzere söz konusu hüküm, hakkın kötüye kullanılması düşüncesine dayanmaktadır ve sadece boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşayanlar için öngörölmüştür<sup>9</sup>. Kurumdan ölüm aylığı alan kız çocuğunun başka biri ile birlikte yaşaması bu hüküm kapsamında değerlendirilemez<sup>10</sup>. Hükümün Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile dava açılmış ancak Anayasa Mahkemesi bu davayı reddetmiştir<sup>11</sup>. Düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar aslında bir toplumsal gerçeğliği gündeme getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne başvuran yerel mahkemelerin gerekçeleri; *boşandığı halde fiilen boşandığı eşi ile birlikte yaşayan eşe ve çocuklara 5510 sayılı Kanun'un 33, 34 ve 35'inci maddelerine göre; bağlanan gelir ve aylıkların itiraz konusu kurala dayanılarak kesildiği, boşandığı eşi dışında başka bir kişiyle evlilik birliği olmaksızın fiilen yaşayan eş ve çocukların ise gelir ve aylıklarını almaya devam edecekleri, bunun eşitlik ilkesine ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin düzenlemeye aykırı olduğu, mahkemeler tarafından verilip kesinleşen boşanma kararı üzerine bağlanan aylık ve gelirlerin kesilmesinin, mahkemelerce verilen boşanma kararını uygulamamak anlamına geldiği, boşanmış kadının önceki eşiyle aynı çatı altında yaşasa bile hukuki anlamda bir güvencesinin kalmadığı, yasa koyucunun kural kapsamındaki birlikte yaşama olgusu ile resmi evliliği aynı statüde değerlendirdiği, bir nevi kadını kanuna karşı hile yoluna yönelttiği, düzenlemenin ailenin bir araya gelmesini ve yeniden evliliğin tesisini engelleyici nitelikte olduğu, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği, boşanma olsa dahi varlığı kabul edilen bir aile hayatının dokunulmazlığa sahip bulunduğu, Sosyal Güvenlik Kurumu elemanlarınca boşanan eşlerin fiilen yaşadıklarının tespit edilmesiyle kişinin maddi ve manevi varlığının gelişiminin engellendiği, borçlar hukukunun konusu olan muvazaanın, mahkeme kararlarına karşı ileri sürülemeyeceği, boşanan eşin yetim aylığının kesilmesi ve eşinden boşandığı için de evliliğin sağladığı sosyal güvenlik haklarından yararlanamamasının hakkaniyete uymadığı, aylığın denetim elemanlarınca yapılan bir tespit raporuyla kesilmesinin uygun olmadığı, evlilikte aksine anlaşma yoksa edinilmış mallara ortaklığı esas olmakla boşanan eşlerin tek evi varsa her birinin kendi evinde oturma hakkının kısıtlandığı noktalarında toplanmaktadır.*

Anayasa Mahkemesinin ret gerekçesi ise; *itiraz konusu kuralın, sigortalı için değil, sigortalının hak sahiplerinden olan "eşi ve çocukları" için düzenleme öngörmekte olduğu, düzenlemede, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği, bu kişilere ödenmiş olan tutarların ise 5510 sayılı*

---

<sup>9</sup> CENTEL, s.195; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.602; UŞAN, s.245.

<sup>10</sup> UŞAN, s.245; CENTEL, s.191.

<sup>11</sup> AYM, 28.04.2011, E.2009/86, K.2011/70 (RG, 15.12.2011, 28143).

*Kanun'un 96. maddesindeki hükümlere göre geri alınacağıının öngörüldüğü noktasında toplanmaktadır.*

*Anayasa Mahkemesi'ne göre; ölüm aylığı alabilecek eşin dul olması ve kız çocuğun evli olmaması şartı itiraz konusu kuralda değil, 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesinde düzenlenmiştir. Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılmasına dair 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan; 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanlara; kız çocuklar için ise yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızların her birine yetim aylığı bağlanması kural altına alınmıştır. Buna göre yasa koyucunun, bir geliri bulunmayan ve evli olmayan kadınları yaşa bağlı olmaksızın ölüm aylığından yararlandırmak suretiyle korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan "evli olmama" koşulu, boşanma ile aşularak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekâr kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar. 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığını alabilmek için "evli olmamak" koşulunu aşmak amacı ile iyi niyete dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edilip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması altında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamaya devam edenler söz konusu hakkı kullanmak bakımından eşit kabul edilemeyeceklerinden, bunlar arasında*



*eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." denilmektedir. Ölüm aylığı, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme değildir. Yasa koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir. İtiraz konusu kural, hak edilmediği halde ölüm aylığı alınarak hakkın kötüye kullanılmasına engel olma amacını taşıdığından ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılmaz. Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyle birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır.*

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesine göre "Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geemediķe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.". Bu nedenle, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı 15.12.2011 tarihinden itibaren on yıl süreyle artık, söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu nedeniyle itiraz yoluna başvurulamayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararının gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, "hakkın kötüye kullanılması" terimine vurgu yapılmaktadır. Centel'e göre de; hakkın kötüye kullanılması; hangi saikle ortaya çıkarsa çıksın, sonuçta hukuk bakımından sadece ve sadece kötüye kullanma olup, hukuk düzeni tarafından korunmaz.<sup>12</sup> Eşinden boşandığı halde boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşayanların ölüm aylığının kesilmesini öngören düzenleme (5510 sayılı Yasa m. 56/II), uygulamadaki olası kötüye kullanmaların önüne geçmek amacıyla kabul edilmiştir. Ölüm aylığı almak üzere boşanılıp, boşanılan eşiyle fiilen birlikte yaşamaya kişiye sürükleyen etkenin niteliği ve türü, hukuk düzeni açısından önem taşımamaktadır. Ayrıca bu tür kötüye kullanmalar Kurumun mali kaynaklarına zarar vereceği gibi sosyal güvenlik hakkıyla da (AY m.60) bağdaşmamaktadır. Hakkın kötüye kullanılma, sosyal hukuk devletinde bir

---

<sup>12</sup> CENTEL, s.195.

sosyal güvence sağlama aracı olarak kabul edilemez<sup>13</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında hak sahibinin boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşaması her ne saikle olursa olsun, Anayasal bireysel özgürlük kapsamında kalmakta ise de Devlet sosyal görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesine ilişkin Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını düzenleme yetkisine sahip olduğu gibi, Devletin boşanan eşlerin birlikte yaşamasına yasak getirmesi mümkün olmamakla beraber bu durumda olan kişileri sosyal sigorta yardımları kapsamı dışında bırakılmasının mümkün olduğu hususunu vurgulamıştır. Karara göre; maddede boşanmanın amacına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, uygulama yapılırken, eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin araştırılması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma ve boşanma yönündeki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulaması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan boşanmanın hukuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı, kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda anlaşmalı boşanma adı altında hukuki bir düzenlemenin de bulunduğu dikkate alınmalıdır. (Yargıtay HGK, T. 12.03.2014, E. 2013/21-2218, K. 2014/282).

5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinin II. fıkrasının hukuki temelini genelde, "*hakkin kötüye kullanılması*" ve "*muvazaa*"ya dayandırıldığı görölmektedir. Kanaatimizce çekişmeli boşanma davalarında muvazaa iddiasında bulunmak zordur, ancak anlaşmalı boşanma taleplerinde muvazaa ihtimali güçlüdür. Çünkü bu tür davalarda saik araştırması yapılamamakta ve mahkeme kararı ile hüküm altına alınan boşanma kararından sonra, boşanmanın muvazaaya dayalı olup olmadığı hususu araştırılarak sonuca gidilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Eşlerin öncesinde muvazaa niyeti olmadan boşanıp, akabinde barışarak birlikte yaşamaları da mümkündür. Bu durumda, gelir ve aylık almak amacıyla resmi evlilik birliği oluşturmadan birlikte yaşama iradesi sonradan ortaya çıkar. Bu nedenlerle ve kanaatimizce m.56/II'de tanımlanan aylık ve gelirlerin kesme nedeninin hukuki temelini *muvazaaya* dayandırılması yerinde değildir.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" şeklinde ifadesini bulan düzenleme karşısında; ölüm aylığı veya geliri alabilmek amacıyla evlilik

---

<sup>13</sup> Düzenlemenin Anayasaya aykırılığı konusunda bkz. TURAN, Ercan, 5510 Sayılı Yasa'nın 56/son Maddesindeki Düzenlemenin, Anayasal Eşitlik ve Özel Yaşama Sayı İlkeleri Yönünden Değerlendirilmesi, SİCİL, Eylül 2010, s.125 vd.

engelini aşmak için, resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenlerin davranışı kanaatimizce hakkın kötüye kullanımıdır. Bu bağlamda fiilen birlikte yaşama kavramı, evlilik birliği kurulmuş gibi birlikte yaşama, aile bağına devam ettirme anlamına gelmektedir. Eşlerden birisinin cezaevinde bulunması, boşanmanın eş cezaevine girdikten sonra gerçekleşmesi ve cezaevinde olan eşin ekonomik varlığını dışarıda kalan eşin yönetiyor olması durumunda da fiilen birlikte yaşamının varlığı kabul edilebilir. Böyle bir davada ispat yükü; davayı açacak olan eşe/kız çocuğa düşecek ve bunlar “*fiilen birlikte yaşama*”nın söz konusu bulunmadığını kanıtlamak durumunda kalacaklardır.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise boşandığı eşi ile değil de, başka birisi ile uzun süren birlikteliği meselesidir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesini kabul ettiğimiz takdirde, bu durumdaki birlikteliklerde, diğer eşin ekonomik güvence ve desteğine kavuşulmasına rağmen; aylık veya geliri de almaya devam etme iradesi hakkın kötüye kullanılmasıdır ve gelir ve aylıkların kesilmesini gerektirir. TMK m.2’de yer alan kural genel kuraldır ve hakkın kötüye kullanıldığı tüm olaylara uygulanması gerekir.

### **AYLIK KESME DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

5510 sayılı Kanun m.56 ile mülga 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara göre gelir ve aylık alanlar için ilave kesme nedeni olarak “*boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşama*” hükmü getirilmiştir.

5510 sayılı Kanun m.56/son hükmünde *gelir ve aylıklardan bahsedilmektedir.* Aynı kanunun “*Tanımlar*” başlıklı üçüncü maddesinin 16 ve 17. bentlerinde; “*Gelir: İş kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödemeyi, Aylık: Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malûllüğü halinde yapılan sürekli ödemeyi*” ifade ettiği belirtilmiştir.

Kanunların kural olarak geriye yürümemesi ilkesi karşısında 56. madde, 5510 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihi itibarıyla uygulama olanağına sahiptir. Kesme nedeni, belirtilen tarih öncesine götürülemez ve ödenen gelir/aylıkların istirdadı istenemez.

Sigortalının ölüm tarihi veya sigortalıdan dolayı gelir/aylığa hak kazanma 01.10.2008 tarihinden sonra ise; gelir/aylıklar kesilecek ve Kurumca geri alınacaktır. Sigortalının 01.10.2008 öncesi ölmesi ve hak sahiplerinin bu tarihten önce gelir/aylığa hak kazanmaları halinde ise 5510 sayılı Kanun’un “*Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortasına İlişkin Bazı Geçiş Hükümleri*” başlığı altında düzenlenmiş olan *Geçici 1. Madde hükmüne göre kazanılmış hakların akıbetinin ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.* Madde hükmünde 506, 1479,

2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre bağlanan veya hak kazanılan gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle kesilmesinde yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

5510 sayılı Kanun'un boşandığı eşle birlikte yaşamayı sürdürme halinde ölüm aylığının kesilmesi ve geri alınmasına ilişkin düzenlemesi (m. 56/II), toplumda hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından, yeterli bir belirginliğe sahip değildir. Gerçekten, birlikte yaşamının ne kadar süreyle devam etmesinin aranacağı ya da birlikte yaşamadan neyin anlaşılması gerektiği hususları yeterince belirlenmemiştir. Bunun gibi, fiilen birlikte yaşamının belirlenmesi işi, Kurumun denetim memurlarına bırakılmış; ancak, bunlara ne ölçüde yetki verileceği ve bunların hangi yetkileri kullanacağı da, söz konusu yasa hükmünde veya alt düzeydeki kurallarda gösterilmemiştir. Bu bağlamda, gelir ve aylık bağlama şartlarının devam edip etmediğine yönelik yoklama işlemlerine ilişkin usul ve esasların çıkarılacak bir yönetmelik tarafından düzenlenmesi öngörölmüş; anılan usul ve esaslar Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği<sup>14</sup> m.73 ve devamındaki maddelerde yer almıştır. Buna göre, *“eş ve kız çocuklarından eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamadığı”* hususlarının tespiti, söz konusu yoklama işlemlerinin kapsamı içinde kalmaktadır (SSİY m.74/I). Ayrıca Kurumun denetimle görevli memurlarına *“mahallinde inceleme yapma yetkisi”* tanındığı (SSİY m.77/I) ve söz konusu incelemenin, boşandığı halde boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamayı sürdüren eş ve kız çocuklarının tespitini de kapsayacağı (SSİY m.77/II) belirtilmektedir. Böylece, yoklama memuru, olay mahalline, yani boşanıp birlikte yaşayanların oturma yerine gelecek ve burada bunların *“fiilen birlikte yaşadıklarının belirlendiğini”* tutanak altına alacaktır. Ancak, bu belirleme yapılırken yoklama memurunun, nasıl davranacağı ve hangi kapsamda yetki kullanacağı, sözelimi Anayasa (Ay m.20) güvencesi altındaki özel yaşamın gizliliğinin ne ölçüde korunacağı ayrıca düzenlenmemiştir. 5510 sayılı Kanun m.56/II hükmü uyarınca yapılan belirleme sonucunda Kurum, ölüm aylığının kesilmesine karar verir.

## İSPAT YÜKÜ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun *“İspat yükü”* başlıklı 6'ncı maddesinde, *“kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür”* hükmü yer almaktadır. Hayatın olağan akışına göre boşanan eşlerin ayrı yaşayacakları beklenir. Bu nedenle boşanan eşlerin fiilen birlikte yaşadıklarının kanıtlanması yükümü Kuruma aittir. Yargıtay sosyal güvenlik davalarını kamu düzenine ilişkin sayarak, re'sen araştırma ilkesini benimsediği için hâkim, tarafların getirdikleri

---

<sup>14</sup> Resmi Gazete Tarihi: 12.05.2010 Resmi Gazete Sayısı: 27579.

deliller yanında kendisinin de ihtiyaç gördüğü sair delil ve araştırmaları re'sen yapacaktır.

Boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun kanıtlanması ile özel hayatın gizliliği arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu durum Anayasa'nın "*zel hayatın gizliliği*" başlığını taşıyan 20'nci maddesinde, "*Herkes, zel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*" şeklinde ifade edilmiştir. Hak sahibi eş ve kız çocuklarının, boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşadığı iddiasının gerçek çıkmama ihtimali de bulunduğundan kanaatimizce özellikle mahallinde inceleme yapılırken kişilerin özel hayatını, konut dokunulmazlığını, temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan bir araştırma yöntemi benimsenmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde "*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakının ispatında dikkate alınamaz*" hükmü bulunduğundan, kanunen yasak sayılan yöntemlerle elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerekir.

5510 sayılı Kanunun "*Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi*" başlıklı 59'uncu maddesinde, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetiminin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütüleceği, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında belirledikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin dışında her türlü kanita dayandırılabilceği, bunlar tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle Kurum memurları tarafından yapılan tespit tutanakları önemlidir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 21.01.2013 tarih, 2011/7470 Esas ve 2013/647 Karar sayılı kararında "*5510 sayılı yasanın 59/2. maddesi gereğince Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerli olup Kontrol Memuru Raporunun aksi ispat edilememiştir. Bu nedenle davanın reddi gerekir*" şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği raporların, sadece memur veya müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları, anılan raporların 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 59 ve 100. maddeleri kapsamında aksinin yazılı delille kanıtlanması gereken belgeler olarak kabulleri için yeterli değerdir. Özellikle rapor veya ekli tutanaklarda imzası bulunmayanlar yönünden, söz konusu tutanakların aksinin yazılı delille kanıtlanması yükümünden söz etmek de kanaatimizce mümkün değerdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.02.2009 tarihli, 2009/9-2 Esas ve 2009/48 Karar sayılı kararlarında da aynı hususlar vurgulanmış ve araştırılması gereken hususlar; *hak sahibi ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak, adres kayıt sisteminden ikametgâhları belirlenmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değışiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğünden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiğı saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı zabıta araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azaların tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, tarafların gösterdikleri tanıklar dinlenmelidir* şeklinde ifade edilmiştir.

#### **V- ÖDEMELERİN KURUMCA GERİ ALINMASI**

5510 sayılı Kanun m.56/2II'de, *"bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır"* denilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren *"Yersiz Ödemelerin Geri Alınması"* başlıklı 96. maddesi ile 506 sayılı Kanunda yer almayan yeni bir düzenleme getirilmiş olmaktadır<sup>15</sup>. Madde hükmüne göre; *"...Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;*

*a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,*

*b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ... genel hükümlere göre geri alınır."*

---

<sup>15</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 603; ESEN, Bünyamin, Yargı Kararları ile Sosyal Güvenlikte Anlaşmalı Boşanmalar ve Denetimi, Legal İSGHD, 2012, S.33, s.205; CENTEL, s.195 vd.; ÖZMEN, Tolga, 5510 sayılı Kanunun56'ncı Maddesinin İkinci Fıkrasına Yönelik Bir İnceleme: Boşandığı Eşle Eylemli Olarak Birlikte Yaşadığı Saptanan Hak Sahibi, Eş ve Çocuklara Tahsis Yapılmaması, Bu Kişilere Bağlanmış Olan Gelir ve Aylıkların Kesilip Yersi Ödenen Tutarların Geri Alınması, SİCİL, Haziran 2012, s.99 vd.;

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanun m.56/II'ye göre, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eşi ve çocukların bu davranışı, hakkın kötüye kullanılması olduğundan, iadenin 5510 sayılı Kanun'un 96/1-a maddesine göre yapılması gerekmektedir. Hak edilmediği halde bilinçli olarak gelir/aylık talebinde bulunulduğu, Kurum yanıltıldığından iade için yükümlü tutulan süre, Kurumun yetkili organının hatalı işlemi tespit tarihinden itibaren 10 yıldır.

Yersiz ödenen aylığın, Kurumun hatalı işleminden kaynaklandığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Örneğin, gelir/aylık almakta olan hak sahibi, boşandığı eşiyle evlenmeden fiilen birlikte yaşamaya başladığını Kuruma bildirmesi halinde Kurum, gelir/aylık ödemesini sürdürürse, 96/1-b maddesi tartışma konusu olacaktır.

Burada, üzerinde durulması gereken husus, 5510 sayılı Kanun'un 96'ncı maddesinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.79'un uygulanmasını ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 79. maddesine göre; sebepsiz zenginleşen kişinin, iade borcu ile yükümlü tutulabilmesi için kötü niyetli olduğunun kanıtlanması gerekir. Ayrıca, birçok Yargıtay Kararında da belirtildiği gibi; iyi niyetle zenginleşen kimse, zenginleşmenin geri verilmesinden dolayı; zenginleşme hiç olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşürülemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önüne gelen bir uyuşmazlıkta "5510 sayılı Kanunun 96. maddesiyle, sebepsiz zenginleşmede geri verme konusunda genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun 63. maddesine (TBK m.79) nazaran, özel bir düzenleme getirilmiştir. şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta genel kanunda kabul edilen yasa kuralı, bir tarafta da özel bir yasal düzenleme çıkmaktadır. ... Bu nedenle sorunun normlar hiyerarşisi kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. ... "Yasaların çatışması" olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda; sonraki norm, öncekinin yerini alır; özel kanun, genel kanundan önce gelir; açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir, biçiminde kabul edilen temel ilkelerden yararlanılarak sonuca ulaşılmalıdır. ... Belirtilen ilkeler doğrultusunda yapılan değerlendirmede ise; 5510 sayılı Kanunun, 818 sayılı Borçlar Kanununa (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa) göre özel nitelikte olduğu; bu kapsamda 5510 sayılı Kanunun 96. maddesi hükmünün sebepsiz zenginleşme nedeniyle yersiz ödemelerin Kuruma iadesi konusunda özel nitelikte düzenleme içerdii açıktır. ... Bu durumda özel kanun niteliğindeki 5510 sayılı Kanunun, yine özel düzenleme içeren 96. maddesi hükmü, genel nitelikteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 63.maddesi (TBK m.79) hükmüne nazaran uygulama önceliğine sahiptir. ... O halde, Yerel Mahkemece yukarıda yapılan açıklamaların ışığında özel Kanun niteliğindeki 5510 sayılı Kanunun 96. maddesinin değerlendirilmesi

*suretiyle karar verilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır”* şeklinde karar vermiştir.

Kanaatimizce de 5510 sayılı Kanun’un 96. maddesiyle getirilen düzenleme, sebepsiz zenginleşmede iade konusuna ilişkin özel bir düzenleme olup; zamanaşımı hükmü olarak nitelenmesine olanak bulunmamaktadır. Maddenin genel hükümlere atfı, 5510 sayılı Kanun’un 97. ve diğer maddelerinde zamanaşımı konusunda özel bir düzenlemenin yer almamış olduğu durumlarda zamanaşımı konusunun, genel hükümlerden hareketle çözümlenmesini gerektirmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 82’nci maddesi zamanaşımı sürelerini 2 ve 10 yıl olarak belirlemiştir.

Uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumu, boşandığı eşi ile birlikte yaşadığı tespit edilenler hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda da bulunmaktadır.

## **SONUÇ**

İlk kez 5510 sayılı Kanun m.56/II hükmü ile getirilen düzenlemeyle hak sahibi konumundaki eşi veya çocuğun, boşandığı eşiyle eylemli olarak birlikte yaşaması durumunda hak sahipliği sıfatının ortadan kalktığı kabul edilip gelir/aylıktan yararlandırılmaması kabul edilmektedir.

Gelir/aylık almak için eşinden boşanma yolunu seçenler, bir yandan bu yolla gelir/aylık alma hakkını elde ederken diğer yandan eşinin miras hakkından mahrum kalmakta, eşi nedeniyle hak sahibi sıfatını kaybetmektedirler.

Kanun koyucu, sınırlı olarak sadece, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eşi ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği yönünde düzenleme yapmıştır.

Bu bağlamda kanaatimizce gerçekten hakkın kötüye kullanılması varsa bağlanmış olan aylık kesilmelidir. Ayrıca muvazaaya dayanmaya gerek yoktur.

Ölüm aylığı veya geliri alabilmek amacıyla evlilik engelini aşmak için, resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenlerin davranışı hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesinin sosyal güvenlik hukukuna da uygulanması gerekir. Bu nedenle, yasal düzenleme mevcut olduğundan, sigortalının hangi tarihte vefat ettiğine, hak sahiplerinin gelir/aylığa hangi tarihte hak kazandığına, boşandığı eşiyle hangi süreden beri fiilen birlikte yaşandığına bakılmaksızın madde, 01.10.2008 tarihinden itibaren belirlenen olaylara uygulanacak, yersiz ödenmiş tutarlar Kurum tarafından geri alınabilecektir.



Kamusal niteliği gereği sosyal güvenlik hukuku ile ilgili yasaların yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurması; 5510 sayılı Kanun ile ödeme yükümünün kapsamının sigortalının kasit veya kusuruna veya Kurumun hatalı işlemine göre farklılaştırılarak, kayıtsız şartsız iade öngören 5510 sayılı Kanunun 121'inci maddesi hükmüne göre daha lehe bir düzenleme getirilmesi ve 5510 sayılı Kanun'un geçici maddelerinde yersiz ödemelerin tahsili konusunda önceki hükümlerin uygulanmasını öngören herhangi bir kurala yer verilmediği için, yersiz ödemelerin iadesi talebine ilişkin devam etmekte olan uyuşmazlıkların çözümünde, 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

TMK'nun 2. maddesi uyarınca: *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* Anılan madde uyarınca bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağı gibi, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi de birlikte gözetilmek suretiyle, 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesi açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda, anılan yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne amaçla boşanmış olursa olsun, fiili birlikteliklerini 5510 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla fiili olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir veya aylık tahsisi yapılmaması, şayet gelir veya aylık bağlanmış ise kesilmesi gerekmektedir.

Kuşkusuz hak sahibine, fiili birlikteliğin sona erdiği tarihten itibaren, diğer koşulların da varlığı durumunda gelir veya aylık bağlanabileceği açıktır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKLAR

ARICI, Kadir, Ölüm Sigortasından Yararlanma, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, S.22, Haziran 2011.

AYAN, Zehra, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, 506 Sayı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Sigortalılığı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1997.

CENTEL, Tankut, Boşandığı Eşyle Birlikte Yaşayanın Aylılığının Kesilmesi-Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği, MESS, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Sayı 25.

ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.

ESEN, Bünyamin, Yargı Kararları ile Sosyal Güvenlikte Anlaşmalı Boşanmalar ve Denetimi, Legal İSGHD, 2012, S.33.

GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLIÖĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağırtım A.Ş., Ekim 2016, İstanbul.

OKUR, Ali Rıza, Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011.

ÖZMEN, Tolga, 5510 sayılı Kanunun56'ncı Maddesinin İkinci Fıkrasına Yönelik Bir İnceleme: Boşandığı Eşiyile Eylemli Olarak Birlikte Yaşadığı Saptanan Hak Sahibi, Eş ve Çocuklara Tahsis Yapılmaması, Bu Kişilere Bağlanmış Olan Gelir ve Aylıkların Kesilip Yersi Ödenen Tutarların Geri Alınması, SİCİL, Haziran 2012.

TUNCAY, Can, 5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası, Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2010.

TURAN, Ercan, 5510 Sayılı Yasa'nın 56/son Maddesindeki Düzenlemenin, Anayasal Eşitlik ve Özel Yaşama Saygı İlkeleri Yönünden Değerlendirilmesi, SİCİL, Eylül 2010.

UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.

# 6771 SAYILI KANUNLA ANAYASAYA EKLENEN YARGININ TARAFSIZLIĞININ ANLAMI ÜZERİNE

*On The Meaning of the Impartial Judiciary that adopted to the Constitution  
by the Law No 6771*

**Yrd. Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 01.06.2017

Kabul Tarihi: 27.07.2017

## ÖZET

Hukukun adalet amacına ulaşması, yargının tarafsızlığı ile sağlanabilir. Yargının tarafsızlığı, yargının bağımsızlığıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, tarafsızlığın bağımsızlıktan öte bir anlamının olduğu söylenebilir. Nihayet, yargının bağımsızlığının tarafsızlığı sağlamak amacıyla matuf olduğu belirtilebilir. Bu bağlamda, yargının tarafsızlığının Anayasal bir ilkeye dönüşmesi önemlidir.

Yargının tarafsızlığı, esas olarak, hâkimlerin tarafsızlığıdır. Zira yargı erki hâkimler eliyle kullanılmaktadır. Bu bakımdan, ilk derece mahkemesinden itibaren hâkimlerin yaklaşımlarının bireye doğrudan bir yansıması olacaktır. Hâkimlerin hukuku uygularken taraflara eşit konumda bulunmaları ve her iki tarafın iddia ve savunmasına önyargısız yaklaşımları gerekir. Yargının tarafsızlığı, hukukun ahlakiliğinin yani adaletin ve bu bağlamda hukuk güvenliğinin de temel şartıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Bağımsız ve tarafsız yargı, 1982 Anayasası, Anayasa değişikliği.

## ABSTRACT

Justice that is the goal of the law can be achieved by the impartiality of judiciary. The impartiality of the judiciary should be evaluated together with the independence of the judiciary. However, it can be said that impartiality has broader context than independence. Eventually, it can be stated that the independence of the judiciary is aimed at providing impartiality. In this context, it is important that the impartiality of the judiciary becomes a constitutional principle.

The impartiality of the judiciary is mainly the impartiality or neutrality of the judges. Because judicial power is used by judges. In this respect, from the lower court, the judges' approach will be a direct reflection of the individual. Judges should be in equal position when applying for the law and should be free of prejudice to both parties' claims and defenses. The impartiality of the judiciary is the basic condition of the morality of the law, that is, the justice and the legal security in this context.

**Keywords:** Independent and impartial judiciary, 1982 Constitution, Constitutional amendment.

## GİRİŞ

Yargının bağımsızlığı ve yargının tarafsızlığı, üzerinde sürekli olarak tartıştığımız ve tartışmaya devam edeceğimiz bir konudur. *Tabii hukukun* ve pozitif hukukun adalet tanımı kimi yerde kesişmekte iken kimi yerde farklılaşmaktadır. İnsanların adalete yönelik tavır ve kabulleri de bu bağlamda ve mahkemelerin kararlarına göre değişebilmektedir. Bu adalet arayışı ve adalet mücadelesi devam ettiği sürece, hukuk devleti ve kanun devleti gibi ayrımlarla birlikte, yargı gücü ve bu doğrultuda mahkemelerin kararları ve bu karar süreçleri yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile birlikte tartışılacaktır.

<sup>1</sup> Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi. akadiryildiz@konya.edu.tr

Bilindiği üzere 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 11.02.2017 tarihli Resmi Gazetede halk oylamasına sunulmak üzere yayımlanmış ve 16.04.2017 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilerek kesin sonuçların Yüksek Seçim Kurulu tarafından 27.04.2017 tarihli ve 30050 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Anayasa değişikliği ile Anayasanın 9. maddesine “ve tarafsız” ibaresi eklenmiştir. Böylelikle mahkemelerin tarafsızlığı ilkesi Anayasaya girmiş oldu. Anayasanın 9. maddesinin son şekline göre, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesine göre, 9. maddeye yargının tarafsızlığı ilkesinin eklenmesinin amacı, yargı bağımsızlığının tarafsızlığı da içerdiğini vurgulamaktır. Yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bağımsızlığının yanında bunların tarafsızlığının Anayasal bir ilke haline gelmesi, buna bağımsızlığın ötesinde bir anlam yüklediğini göstermektedir. Her ne kadar yargının tarafsızlığının bağımsızlık ilkesine mündemiç olduğu söylenebilir de, şüphesiz bu bağlamda farklı görüşler de bulunmaktadır. Her halükarda, mahkemelerin ve yargının tarafsızlığı, üzerinde düşünülmesi gereken önemli bir konudur.

Hukuk güvenliği, kanunun uygulanmasının yanında kanun önünde eşitlik, adil yargılanma, mahkemelerin bağımsızlığı ve mahkemelerin tarafsızlığı gibi hukuk devletinin sağlanmasında ve adaletin tecelli etmesinde aranacak vasıtalarla sağlanabilir<sup>2</sup>. Vatandaşın hukuka güveni, kanunların adil olmasının yanında ve hatta bundan daha belirgin bir şekilde, kanunun uygulanmasında adil olunması suretiyle oluşur<sup>3</sup>. Bu bakımdan, yargının bağımsızlığı ile aslında ulaşılmak istenen amacın yargının tarafsızlığı olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, yargının bağımsızlığı da yargının tarafsızlığına yöneliktir<sup>4</sup>.

Yargının tarafsızlığı, her şeyden önce mahkemenin ve dolayısıyla hâkimin tarafsızlığı anlamına gelir<sup>5</sup>. Hâkimin tarafsızlığının sağlanması ise

<sup>2</sup> Hukuk güvenliği, hukuk devletinin en önemli unsurlarındandır. Hukuk güvenliği, kazanılmış hakların korunması ve yasaların kazanılmış haklara yönelik geçmişe etkili olmamasını ifade eder. Bkz. Metin, Yüksel, “Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletinin Unsurları”, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, 2008, s.578.

<sup>3</sup> Adalet, hukuk ve devlet geleneğimizde en temel bir noktada yer almaktadır. Bu yönde, Osmanlı Devleti’nde Adâletnameler, devleti temsil edenlerin (ve bu arada kadıların) halk üzerinde hakkaniyete ve adalete aykırı tutumlarının yasaklanmasına hizmet eden padişah beyannameleridir. Bkz. İnalçık, Halil, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü”, **Halil İnalçık Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, 2. Baskı, Yeditepe Yayınevi, 2015, s.155, 190.

<sup>4</sup> Aynı yönde bkz. Küçük, Adnan, “Yargı Bağımsızlığını Tamamlayan Bir İlke: Yargının Tarafsızlığı”, **Leges Anayasa ve İdare Hukuku Dergisi**, C.1, S.1, ss.78-, 2014, s.78.

<sup>5</sup> Yazıcı, Serap, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk

aile düzeyinden başlayıp özellikle hukuk fakültesindeki eğitimle şekillenir. Ayrıca, Adalet Akademisi'ndeki staj eğitimleri sürecinde, tarafsızlık, ulusal hukukla birlikte evrensel hukuk ve hukukun genel ilkeleri gibi adalete yönelik muhakeme kabiliyetini geliştirecek bir eğitim sürecinin izlenmesi gerekir<sup>6</sup>. Bunun yanında, hâkimlerin karar verirken diğer devlet erklerinden gelecek baskı ve yönlendirmeye açık olmamaları, yani yargı bağımsızlığının kurumsallaştırılması bu bağlamda belirleyici rol oynamaktadır.

Çalışmamızda yargının tarafsızlığının ne anlama geldiği, yargı bağımsızlığının tarafsızlık açısından işlevi ve yargının tarafsızlığı ile bağımsızlığı ilkelerinin birbiriyle ilişkisi üzerinde durulacaktır.

### 1. Yargının Tarafsızlığının Anlamı

İnanç, siyasi ve felsefi düşünce, dünya görüşü, ahlaki değerler gibi konular doğal olarak hâkimler açısından da söz konusu olduğundan, tarafsızlığın ne derece mümkün olabileceği sorusu akla gelmektedir<sup>7</sup>. Bahsedilen hususlar, hâkimin tarafsızlığının sağlanmasının ne ölçüde zor bir konu olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, yargının tarafsızlığının bir şekilde sağlanması gerektiği de aynı derecede hemfikir olunan bir konudur.

Tarafsızlık, yargılama sürecinde taraflara eşit davranmak ve önyargılı olmamaktır<sup>8</sup>. Aslında bu yönüyle Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ile yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilememesi; devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Bu ilkenin kanun koyucuyu ve yürütmeyi olduğu gibi yargı organını da muhatap aldığı konusunda şüphe bulunmaması gerekir<sup>9</sup>. Tarafsızlık, yargılama sürecinde taraflara karşı takınılacak bir tutumdan ibaret değildir. Devletin resmi ideolojisinin bulunduğu bir durumda, karar verirken hâkimin, bu ideolojiye karşı da eşit konumda yer alması, adaleti öncelemesi bunun gereğidir<sup>10</sup>.

Tarafsızlık konusunda şöyle bir döngüden bahsedilebilir: Yargının tarafsızlığı, hâkimin tarafsızlığıdır. Hâkimin tarafsızlığının ise din, ahlak, görgü, kültür gibi sübjektif unsurlardan soyutlanarak, objektif ve adil bir karar ile kurumsal

---

Devletin Değişen İçeriği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss.77-118, 2005, s.85.

<sup>6</sup> Giegerich, Thomas, *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği*, (Editör: Ahmet Taşkın), Uluslararası Sempozyum, TAA Yayınları, 10–11 Aralık 2009, s.28.

<sup>7</sup> Küçük, s.79.

<sup>8</sup> Giegerich, s.22.

<sup>9</sup> Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011, s.151.

<sup>10</sup> Küçük, s.91.

anlamda yargının tarafsızlığına dönüşmesi gerekmektedir. Taraflar veya hâkim değışse bile aynı olay için aynı karar çıkabiliyorsa tarafsızlıktan söz edilebilir<sup>11</sup>.

Yargının tarafsızlığının her şeyden önce hâkimin tarafsızlığının olduğu belirtilmelidir. Hâkimin tarafsızlığı ise belirli açılardan ele alınabilir. Hâkimin belirli şartları taşıması ve mesleğini icra ederken bu şartları taşıması, yargılama sürecinin selameti açısından önemlidir. Hâkimin taşıması gereken bu nitelikler yargı etiği ilkeleri olarak adlandırılmaktadır.

*Goldman*, hâkimin taşıması gereken vasıfları şu şekilde sıralamaktadır:

- “(1) Davanın taraflarına karşı önyargısız olması ve aynı mesafede bulunması;
- (2) Muhakeme yeteneği, yani haklı ve haksız ayırabilecek kapasiteye sahip olması;
- (3) Kanunu yeterli şekilde bilmesi;
- (4) Tutarlı ve açık bir gerekçelendirme ve yazma yeteneği;
- (5) Yüksek seciye ve karaktere sahip olması;
- (6) Fiziksel ve ruhsal sağlık;
- (7) Soğukkanlılık;
- (8) Önündeki uyumsuzluğu, somut olayın hassasiyetlerini de dikkate alarak çözümlemesidir.”<sup>12</sup>

Mecelle'nin 1792. maddesinde de hâkimin taşıması gereken nitelikler sayılmaktadır. Buna göre “Hâkim; hakîm (âlim, bilgin), fehîm (anlayışlı, zeki), müstakîm (doğru), emîn (güvenilir), mekîn (temkinli, vakarlı) ve metîn (sağlam) olmalıdır.”<sup>13</sup> Bu nitelikler, hâkime ilişkin olmasının yanında yargılama sürecinde hâkimin tarafsızlığının gerçekleşmesi açısından da değerlendirilebilir. Hâkimin tarafsızlığı açısından Mecelle'nin ayrıca 1797, 1798 ve 1799. maddelerinde hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit konumda bulunması, bu eşitliği ve

---

<sup>11</sup> Centel, Nur, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, <http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>, (E.T. 31.5.2017), s.1.

<sup>12</sup> Goldman, Sheldon, “Judicial Selection and the Qualities That Make a “Good” Judge”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 462, The American Judiciary: Critical Issues, pp. 112-124, Jul., 1982, s.113-114. İslam Hukukunda da, Sünni mezhepler arasında farklı görüşler olmakla birlikte, temel olarak hâkimin taşıması gereken nitelikler şu şekilde belirtilmektedir: “Reşit olmak, temyiz kudretine sahip olmak, Müslüman olmak, adil olmak, hukuk ehliyeti ve muamele kabiliyetinin olması, tarafsız olmak, nesebi sahih olmak, hukuk bilgisi yeterli olmak ve erkek olmak.” Bkz. Ortaylı, İliber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı**, 3. Baskı, Kronik, 2017, s.21.

<sup>13</sup> Bu niteliklerin açıklaması için bkz. Avcı, Mustafa, “Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, **TAAD**, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s.46-49.

tarafların güvenini sarsacak davranışlardan uzak durması ve kararını objektif olarak adalet üzere tesis etmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>14</sup>.

Başka bir tanımda yargısal tarafsızlık, davanın görülmesi ve karar sürecinde hâkimin belirli ruhsal özellikleri taşıması gerektiği şeklinde belirtilmektedir. Buna göre, birincisi, hâkimin önündeki davayı etkileyecek herhangi bir bağa sahip olamaması gerekir. İkincisi, hâkim açık fikirli olmalı, her iki tarafın iddialarını serinkanlı ve sabırlı bir şekilde dinlemeli ve önyargısız olmalıdır. Üçüncüsü ise hâkimin kararını somut olaylar üzerinden kanun çerçevesinde vermesidir<sup>15</sup>.

Yargı etiği ilkeleri, Birleşmiş Milletler tarafından hâkimlere yönelik meslek etiği standartları öngörülmesi açısından belirlenmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Bu ilkeler, hâkimlerin yargısal faaliyeti yargı etiğini içerecek şekilde yürütmesine imkân sağlamak amacıyla oluşturulmuştur<sup>16</sup>. Burada hem yargının bağımsızlığı hem de tarafsızlığı ilkesel olarak ve uygulama çerçevesinde belirtilmektedir. Buna göre tarafsızlık ilke olarak belirtildikten sonra bunun sağlanması için gerekli uygulama ortaya konmuştur:

“1. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.

2.Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

3.Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

4. Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimali olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilanelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

---

<sup>14</sup> Avci, s.51,53.

<sup>15</sup> Foster, Steven, **The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights**, Edinburgh University Pres, 2006, s.61-64.

<sup>16</sup> İlkeler için bkz. 2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından tercüme edilmiştir. Erişim yeri ve tarihi: <http://panel.fsm.edu.tr/resim/Dosya/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr2015-11-26-02-19-13pm.pdf>, (31.5.2017).

5.Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimallerde söz konusu olur:

5.1.Hâkimin, yargılama aşamasında delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya taraftarlık içerisinde olması veya

5.2.Hâkimin ihtilâf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya

5.3.Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması.”

Bu ilkeler çerçevesinde hâkimden beklenen tarafsızlık sadece karar açısından değil; dava sürecinin tamamı açısından geçerlidir.

Hâkimin önündeki uyuşmazlıkta, taraflara ve tarafların iddialarına eşit mesafede bulunması, Anayasada belirtilmektedir. Anayasanın 138/1. maddesinde bu konuya ilişkin olarak hâkimlerin hukuk çerçevesinde karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine duruşmaların Anayasanın 141. maddesinde öngörüldüğü şekilde herkese açık olması ve kararların gerekçeli olması, tarafsızlığın sağlanmasına yöneliktir. Zira açıklık yargılama sürecinin şeffaflığını sağlayacak ve hâkimi taraflı değil; gerçeklik ve hukuk çerçevesinde hareket etmeye zorlayacak bir konudur. Kararların gerekçeli olması ise kararın hukukiliği bağlamında sorgulanabilirliğini ortaya koyması yönüyle benzer bir işlev görmektedir.

Şüphesiz, hâkimin tarafsızlığının adil yargılanma ilkesiyle yakın bir ilişkisi vardır. Aslında, hukuk devletinin alt ilkelerinin büyük ölçüde bir bütünlük gösterdiği savunulabilir. Bu bakımdan, kanunilik ilkesi ve masumiyet karinesi de burada anılabilir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi adil yargılanma hakkını içermektedir. Buna göre herkesin yargı önünde eşit olduğu, yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde olması gerektiği ve masumiyet karinesi gibi ilkeler yer almaktadır. AİHM kararlarında da tarafsızlığın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında tarafsızlığın denetimi sübjektif ve objektif olmak üzere iki yolla yapılabilir. Buna göre sübjektif yaklaşım, hâkimin belirli bir davadaki kararına yönelik araştırmayı içerirken; objektif yaklaşım, hâkimin veya mahkemenin kişilere ve taraflara yönelik nesnellik algısını verebilmesi, yani adil bir yargılama yapılacağına yönelik güveni tesis etmesidir<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> AİHM, Case of Piersack v. Belgium para. 30, Application no. 8692/79. Ayrıca bkz.



## 2. Yargının Bağımsızlığının Tarafsızlığa Yönelik Oluşu

Yargının tarafsızlığının önkoşulu, bağımsızlıktır. Dolayısıyla tarafsız bir yargıdan bahsedilebilmesi için ilk olarak bağımsız bir yargı olmalıdır. Başka bir deyişle, yargının bağımsızlığı olmaksızın tarafsızlıktan bahsedilemez. Bununla birlikte, tek başına bağımsızlık tarafsızlık anlamına gelmemektedir<sup>18</sup>.

Yargının bağımsızlığı iki açıdan ele alınabilir. Birincisi, dış bağımsızlıktır. Bu, yargı organının devletin diğer organlarından ve devlet dışı baskı gruplarından bağımsız olmasını ifade eder. Dolayısıyla yargının, ilk olarak, yürütme ve yasama güçlerinin; ikinci olarak, kişi, kurum, sivil toplum örgütü, siyasi parti, medya gibi yargı dışı güçlerin etki ve baskısından bağımsızlığı dış bağımsızlıktır<sup>19</sup>.

İkincisi, yargı organının iç bağımsızlığıdır. Bu ise yargı organının yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi üzerinde, makul içtihat birliği oluşturma süreci dışındaki müdahalesidir<sup>20</sup>. Hâkimin aynı seviyede veya üst seviyedeki hâkimin etki ve talimatından bağımsız olması bunu belirtmektedir. Ayrıca, hiyerarşik yapı içerisinde hâkimin terfisine ilişkin puanlama sistemi, hâkimin içsel bağımsızlığı konusunda bir risk olarak ortaya çıkabilir<sup>21</sup>. Zira hâkimin terfi etmesi, örneğin adli yargıda Yargıtay içtihatları doğrultusunda kararlar vermesi suretiyle söz konusu olacağından; hâkim karar verirken kendi takdirini ve vicdani kanaatini bir kenara iterek Temyiz Mahkemesi kararları doğrultusunda karar vermek zorunda hissedebilecektir<sup>22</sup>. Aslında bu durum, Anayasayla da çelişmektedir.

*Gönenç*, yargının bağımsızlığının hedefleri doğrultusunda da bir ayrıma tabi tutularak incelenebileceğini belirtmektedir. Buna göre hâkimin bireysel olarak etki ve müdahaleye açık olmaması bireysel bağımsızlık iken; yargı organının bir bütün olarak bu tür bir korumaya sahip olması kurumsal bağımsızlık olarak ortaya çıkacaktır<sup>23</sup>.

---

Mole, Nuala ve Harby, Catharina, **Adil Yargılanma Hakkı**, Council of Europe, İnsan hakları kitapçıkları, No.3, 2001, s.60-61.

<sup>18</sup> Şen, Mahmut, "İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.6, ss.505-534, 2015, s.516.

<sup>19</sup> Gönenç, Levent, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Tepav Anayasa Çalışma Metinleri, 2011, s.2.

<sup>20</sup> Giegerich, s.22. Aynı yönde bkz. Gönenç, s.2.

<sup>21</sup> Can, Osman, **Darbe Yargısının Sonu**, 1. Baskı, İstanbul; Timaş Yayınları, 2010, s.141.

<sup>22</sup> Can, s.143.

<sup>23</sup> Gönenç, s.3.

Bangalor Yargı Etiği ilkelerinde bağımsızlık uygulama olarak hem dış hem de iç bağımsızlık olarak ele alınmaktadır:

“1. Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla her hangi bir sebeple ya da her hangi bir yerden gelen müdahale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm harici etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdani hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir.

2. Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilâfın taraflarından bağımsızdır.

3. Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir de.

4. Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan da bağımsızdır.

5. Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve arttırmak için, yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini almalı ve bunları arttırmalıdır.

6. Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.”<sup>24</sup>

Yargı bağımsızlığına ilişkin esaslar temelde Anayasanın 138. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Yargının bağımsızlığının sağlanmasında önemli bir ilke de tabii hâkim ilkesidir. Tabii hâkim ilkesi, uyuşmazlıktan önce uyuşmazlığın görüleceği mahkeme veya hâkimin belli olmasıdır. Başka bir deyişle, uyuşmazlığın daha önceden belirlenmiş olan mahkemeden başka bir mahkemeye gidememesidir<sup>25</sup>. Tabii hâkim ilkesinin iki temel unsuru vardır. Bunlar, mahkemelerin kuruluş ve yargılamasına ilişkin esasların ancak kanunla yapılabilmesi ve ancak kanunla yapılabilen bu düzenlemelerin uyuşmazlıktan önce yapılmış olması gereğidir<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> “2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri”, s.3.

<sup>25</sup> Özbudun, s.131.

<sup>26</sup> Tanrıver, Süha, “Tabii Hâkim İlkesi Ve Medeni Yargı”, **TBB Dergisi**, (104), ss.11-35, 2013, s.13.

Tabii hâkim ilkesinin hukuk devletinin gerçekleşmesinin araçlarından olduğu konusunda şüphe yoktur. Bu ilke aynı zamanda mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayan bir alt ilke konumundadır. Zira olaydan sonra yargılamaya ilişkin sürecin yani mahkemenin veya hâkimin belirlenmesi kanunla olsa bile; bu aşamada, artık yargılamanın belirli yönde yapılması istendiği yönünde bir anlam çıkabilir. Dolayısıyla bu durum pekâlâ yasamanın yargıya yönelik müdahalesine dönüşebilir. Bu bakımdan, tabii hâkim ilkesi kanuni hâkim ilkesinden ayrılır ve hâkimin kararını mevcut durum üzerinden değerlendirmesine imkân tanır. Ayrıca, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde düşünülduğünde, yargılama sürecinin tarafsız olacağına yönelik inanç, mahkemenin olaya yönelik kurulduğu, hâkimin olaya yönelik atandığı durumlarda sağlanamaz<sup>27</sup>.

Anayasanın 37. maddesi “kanuni hâkim güvencesi” başlığını taşımaktadır<sup>28</sup>. Hukuk devleti ilkesi ancak tabii hâkim ile sağlanabileceğinden Anayasa’da kanuni hâkim olarak ortaya konulan düzenlemenin hukuk devleti güvencesini sağlamadığı belirtilebilir<sup>29</sup>. Buna karşılık, özellikle maddenin ikinci fıkrası ile kimsenin tabii olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılmamasının belirtilmesini ve istisnai ve olağanüstü mahkemelerin kurulamaması esaslarının, tabii hâkim ilkesi olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>30</sup>.

Burada ayrıca, 6771 sayılı Kanunla askeri yargının kaldırılmasının yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından önemi vurgulanmalıdır. Buna göre, Anayasa’nın 142. maddesine disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemelerin kurulamayacağı, askeri mahkemelerin ise ancak savaş halinde asker kişilerin görevleriyle ilgili suçlarına yönelik kurulabileceği hükmü eklenmiştir. Anayasa’nın 145. maddesindeki askeri yargı, 156. maddesindeki Askeri Yargıtay ve 157. maddesindeki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır. Böylelikle hem askeri ceza yargısı kolu hem de askeri idari yargı kolu kaldırılmıştır. Askeri ceza yargısı kolunda askeri hâkimlerin Milli Savunma Bakanlığı tarafından atanması ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde hâkim olmayan üyelerin bulunması, bağımsızlık ve tarafsızlık bağlamında ciddi sapmalar olarak değerlendirilmekteydi<sup>31</sup>. Bu bakımdan, askeri yargının bütün olarak kalkmış olması yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından önemli bir güvence olarak ortaya çıkmıştır. Dahası, bu düzenleme, tarafsızlığın hukuk güvenliği amacını da sağlayacak niteliktedir.

---

<sup>27</sup> Tanrıver, s.18.

<sup>28</sup> Anayasanın 37. maddesi: “Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

<sup>29</sup> Özbudun, s.131.

<sup>30</sup> Tanrıver, s.16.

<sup>31</sup> Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 11. Baskı, 2011, s.400-401.

Yargı organının kendi içindeki müdahalesi bağlamında Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) konumuna da değinmek gerekir. Aslında HSK'nın konumu hem yargının kendi içinde hem de yürütme ile ilişkisi bağlamında değerlendirilebilir. Zira HSK üyelerinin bir kısmının yürütme organından kaynaklanması bu bağlamda bir risk taşımaktadır. Fakat bu durum, aynı zamanda, HSK'nın iç anlamdaki bağımsızlığının sağlanmasında da bir güvence taşımaktadır. Bu bağlamda, yasamadan ve yürütmeden gelen üyeler ile HSK'da, muhtemel "yargıçlar hükümeti" riski asgariye indirilmiş olmaktadır. HSK'nın yasamadan gelen üyeleri ise 6771 sayılı kanunla sağlanan demokratik meşruiyet durumu olarak belirtilebilir<sup>32</sup>.

### 3. Yargının Bağımsızlığı ve Yargının Tarafsızlığı İlkelerinin İlişkisi

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı birbirinden farklı kavramlardır. Bununla birlikte, bunların birbiriyle yakın ilişki içinde olduğu belirtilmelidir. Biri olmadan diğersinin gerçek anlamda olamayacağı veya olsa bile bu kurumdan beklenen amacı karşılamayacağı açıktır.

Yargının bağımsızlığı, güçler ayrılığı ilkesinin doğal bir görünümüdür. Güçlerin sınırlanması suretiyle birey hak ve özgürlüklerinin devlet eliyle ihlal edilmesi önlenmiş olacaktır. Bu bağlamda yargının özel bir yeri olduğu vurgulanmalıdır. Zira yasama ve yürütme açısından bunların sert veya yumuşak ayrılığı hatta yasama ve yürütmenin birlikteliği, esas olarak, hukuk devleti ilkesinin tezahürü açısından belirleyici değildir. Bu durum, hususiyetle hükümet sistemlerine ilişkindir. Hükümet sistemleri ise işleyiş bağlamında başarılı veya başarısız olmak yönleriyle değerlendirilebilir. Buna karşılık, hangi hükümet sistemi benimsenmiş olursa olsun, yargının yasama ve yürütmeden ayrılığının, hukuk devletinin zorunlu bir unsuru olduğunda şüphe yoktur.

Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatleri doğrultusunda karar verecekleri belirtilmektedir. Burada aslında hâkimlerin bağımsızlığının tarafsızlıkla sağlanacağı belirtilmektedir. Gerçekten, yargının bağımsızlığı, yargının tarafsızlığı bakımından zorunludur. Bununla birlikte, bağımsız yargının her durumda tarafsız olduğu anlamı çıkmaz. Hatta kimi durumda, bağımsız olmasına rağmen bir o kadar tarafsız olmayan yargıdan bahsedilebilir<sup>33</sup>. Esasında yargının bağımsızlığı, hâkimin toplumdan ve toplumsal olaylardan bütünüyle soyutlanması demek değildir. Zaten bu beklenti karşılanmayacak olmasının yanında haklı bir beklenti olarak da görülemez. Yargının veya hâkimin bağımsızlığından, hukuk dışı örneğin rüşvet ve şiddet gibi yollarla

---

<sup>32</sup> HSK'nın demokratik meşruiyeti için bkz. Yıldız, Abdulkadir, "Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Demokratik Meşruiyeti", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S.1-2, 2014, s.134-138.

<sup>33</sup> Can, s.143.

veya hukukun araçsallaştırılması suretiyle müdahale edilmesi imkânının ortadan kaldırılması anlaşılmalıdır<sup>34</sup>. Hâkimin her türlü insani özelliklerden soyutlanması zaten beklenemez. Tarafsızlıkta belirleyici olan hâkimin karar sürecinde ve kararında bu sübjektif niteliklerinin veya karşısındakinin sübjektif konumunun belirleyici olmamasıdır.

Yargının bağımsızlığı, anayasal mekanizmalar ile güvence altına alınırken, yargının tarafsızlığı hâkimin kararıyla somutlaşacaktır. Bu bağlamda, Anayasanın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatı,<sup>35</sup> çerçevesinde hâkimlerin azlolunamayacağı, kendi istekleri dışında Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, aylık, ödenek ve yolluk haklarından mahrum bırakılmayacağı düzenlenmektedir. *Gözler*, ülkemizde hâkimlerin coğrafi teminata sahip olmamalarını bu bağlamdaki uluslararası standartlardan bir sapma olarak değerlendirmektedir<sup>36</sup>. Bununla birlikte, yerel halk ile yakınlaşarak kararlarının etkilenmesinin önüne geçmek amacıyla Osmanlı Devleti'nden itibaren, hâkimlerin bir yerdeki görev süreleri sınırlı tutulmuştur<sup>37</sup>. Hâkimlerin tarafsızlığının sağlanması açısından ise yargılama usulünde hâkimin reddi, çekinmesi ve hâkimin memnuiyeti halleri bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bu haller hem ceza yargılaması<sup>39</sup> hem de hukuk yargılaması<sup>40</sup> bakımından geçerlidir. Bu

---

<sup>34</sup> Gönenç, s.3–4.

<sup>35</sup> Hukukumuzda hâkim ve savcılara ilişkin konuların bir arada düzenlendiği ve bu bağlamda yargı bağımsızlığına ilişkin hususlardaki düzenlemelerin ikisini kapsayacak şekilde yapılmasına rağmen, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı konularının, asıl olarak, hâkimlerle ilgili olduğu belirtilmelidir.

<sup>36</sup> *Gözler*, s.408.

<sup>37</sup> Bu süre Osmanlı Devleti'nde uygulamaya göre değişebilmekle birlikte bir veya iki yıl olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. Ortaylı, s.28-29.

<sup>38</sup> Centel, s.2; Gönenç, s.9.

<sup>39</sup> 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu: Hâkimin davaya bakamayacağı hâller Madde 22 – (1) Hâkim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.

Yargılamaya katılmayacak hâkim Madde 23 – (1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. (2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. (3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.

Hâkimin reddi sebepleri ve ret isteminde bulunabilecekler Madde 24 – (1) Hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.

<sup>40</sup> 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu: Yasaklılık sebepleri Madde 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır: a) Kendisine

sebepler, hâkimin tarafsız kalamayacağı veya hâkimin tarafsızlığının ortadan kalkması halleridir. *Küçük*, hâkimin tarafsızlığı gerçekleşmeden Anayasada belirtilen hâkimlik güvencelerinin görünür bir vasfı olmayacağını, bunun hukuka, adalete değil; olsa olsa resmi ideolojiye veya belirli kişilere hizmet edeceğini belirtmektedir<sup>41</sup>. Bu bağlamda, organik bağımsızlığın bir bütün olarak yargının tarafsızlığına yönelik olduğu unutulmamalıdır.

### 3. Sonuç

Yargı organının konumu, hukuk devleti ilkesinin temel belirleyicisidir. Hukuk devleti ilkesi, siyasal iktidarın sınırlandırılması suretiyle bireyin hak ve özgürlükleri açısından güvence teşkil eder. Başka bir deyişle yargı organı, birey hak ve özgürlükleri konusundaki güvencenin hayatiyet kazanması ve siyasal iktidarın hak ihlali yapması durumunda sorumluluğu yolunu işleterek, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmektedir<sup>42</sup>.

6771 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklik, yargının tarafsızlığının Anayasal bir ilke olması yönüyle önemlidir. Böylelikle tarafsızlığın bağımsızlık ilkesi dışında anlaşılması ve hâkimler açısından yargı etiği bağlamında değerlendirilerek olumlu bir sonuç doğurması beklenebilir. Ayrıca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Hâkimler ve Savcılar Kurulu olarak değişmesi, hukuk devletinin gelişmesi noktasında değerlendirilebilir. Kurul adındaki değişiklik, yalnızca bir isimlendirme farkı olarak görülemez. Bu, Anayasanın Başlangıcında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin erkler arasında üstünlük sıralaması olmadığı ilkesinin yargı organı bağlamında tekrar ifade edilmesi olarak anlaşılabilir. Bunun yanında, HSK'nın yargı içerisinde de bağımsızlığı sağlamaya yönelik ve hâkimler ile savcıların idari işlerine yönelik görev ve yetkisinin bulunduğu ve dolayısıyla, yargının tarafsızlığı bakımından

---

ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada. b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında. ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında. e) Nişanlısının davasında. f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.

Ret sebepleri Madde 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheliyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir: a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması. ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması.

<sup>41</sup> Küçük, s.86.

<sup>42</sup> Gönenç, s.7.

“yüksek” bir konumda olmaması gereğinin ifadesi olarak değerlendirilebilir. Dahası, HSK’ya TBMM tarafından üye seçilmesi usulünün demokratik meşruiyet ve temsil açısından olumlu yönünden bahsedilmesi gerekir.

Tarafsızlık ilkesiyle bağlantısı olan diğer bir değişiklik, 6771 sayılı Kanunun askeri yargıyı kaldırmış olmasıdır. Buna göre hem askeri ceza yargısına hem de askeri idari yargı koluna ilişkin maddeler ilga edilmiştir. Bu değişiklik, tarafsızlığın sağlanmasında hem hukuki güvenliğin sağlanması hem de bağımsızlık noktalarında değerlendirilebilir. Zira askeri ceza yargısı kolunda askeri mahkemelerde hâkimlerin atanması Mili Savunma Bakanlığı tarafından yapılmaktaydı. Yine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde hâkim olmayan subay üyeler yer almaktaydı.

Yargının bağımsızlığı, asıl olarak, tarafsızlığın sağlanarak mahkemelerden adil kararların sağlanması amacına yöneliktir. Bu bağlamda, Anayasada ayrıca mahkemelerin dolayısıyla yargının tarafsızlığının yer alması önemlidir. Bununla birlikte, mükemmel Anayasal ve yasal düzenlemeler bile, nihai olarak, uygulamanın elinde bu niteliklerini yansıtabilir. Bu bakımdan, yargının tarafsızlığının sağlanması ve geçmişte yaşanmış kötü tecrübelerin tekrarlanmaması, asıl olarak hukuk uygulayıcılarının bu konudaki çabalarıyla olacaktır. Bunun için ise hukuk dogmatizminin ötesinde, hukuk ilminin hâkimler tarafından yeterince anlaşılması gerekmektedir. Hukuk fakültelerinden itibaren oluşacak hukukçu kişiliği, hâkimin kararını tesis ederken kanunun adil olduğu düşüncesinin yanında, bunu vicdan terazisiyle tartarak en adil şekilde somutlaştırmak yönünde bir karar olmalıdır. Bu suretle, tarafsızlık, aynı zamanda hukuki güveni tesis edecektir.

Yargının tarafsızlığı, ilk olarak, harici baskı ve müdahaleye açık olmaması suretiyle sağlanabilir. Bu da bağımsızlığa ilişkin kurumsal güvencelerin oluşturulması suretiyle gerçekleştirilebilir<sup>43</sup>. İkinci olarak ise hâkimlerin kişisel özelliklerinin adalete ve hakkaniyete yönelmiş olması gerekir<sup>44</sup>. Böylelikle hâkim karar verirken, hukuku vicdani kanaati çerçevesinde uygulayabilecektir. Sonuç olarak, bu iki durumun da birbirinin bütünleyicisi olduğu, bir arada bulunması gerektiği, biri olmadan diğerinin yetersiz kalacağı söylenebilir.

---

<sup>43</sup> Küçük, s.91.

<sup>44</sup> Küçük, s.91.

### KAYNAKÇA

- AVCI**, Mustafa, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, **TAAD**, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016
- CAN**, Osman, **Darbe Yargısının Sonu**, 1. Baskı, İstanbul; Timaş Yayınları, 2010
- CENTEL**, Nur, “Hâkimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, <http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf>, 31.5.2017
- FOSTER**, Steven, **The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights**, Edinburgh University Pres, 2006
- GOLDMAN**, Sheldon, “Judicial Selection and the Qualities That Make a “Good” Judge”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 462, The American Judiciary: Critical Issues, pp. 112-124, Jul., 1982
- GÖNENÇ**, Levent, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Tepav Anayasa Çalışma Metinleri, 2011
- GÖZLER**, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 11. Baskı, 2011
- İNALCIK**, Halil, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü”, **Halil İnalçık Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, 2. Baskı, Yeditepe Yayınevi, 2015
- KÜÇÜK**, Adnan, “Yargı Bağımsızlığını Tamamlayan Bir İlke: Yargının Tarafsızlığı”, **Leges Anayasa ve İdare Hukuku Dergisi**, C.1, S.1, ss.78-, 2014
- METİN**, Yüksel, “Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletin Unsurları”, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, 2008
- MOLE**, Nuala ve **HARBY**, Catharina, **Adil Yargılanma Hakkı**, Council of Europe, İnsan hakları kitapçıkları, No.3, 2001
- ORTAYLI**, İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı**, 3. Baskı, Kronik, 2017
- ÖZBUDUN**, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011
- ŞEN**, Mahmut, “İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.6, ss.505-534, 2015
- TANRIVER**, Süha, “Tabiî Hâkim İlkesi Ve Medenî Yargı”, **TBB Dergisi**, (104), ss.11-35, 2013
- TAŞKIN**, Ahmet (Editör), **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkilliliği**, Uluslararası Sempozyum, TAA Yayınları, 10–11 Aralık 2009.



**YAZICI**, Serap, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete GeçiŖte Hukuk Devletin DeđiŖen İeriği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ss.77-118, 2005.

**YILDIZ**, Abdulkadir, “Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Demokratik MeŖruiyeti”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.1–2, 2014.

2003/43 Sayılı BirleŖmiŖ Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, EriŖim yeri ve tarihi: <http://panel.fsm.edu.tr/resim/Dosya/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr2015-11-26-02-19-13pm.pdf>, 31.5.2017.



# İDARİ YAPTIRIMLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

## *Application of Administrative Sanctions In Terms of Time*

**Yrd. Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 09.01.2017

Kabul Tarihi: 24.07.2017

### ÖZET

İdari yaptırımların zaman bakımından uygulanması Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm ile zaman bakımından uygulama konusunda Türk Ceza Kanunu'na atıfta bulunulmuştur. Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre zaman bakımından uygulamada, geçmişe yürüme yasağı, lehe hükmün geçmişe yürütmesi ilkeleri uygulanacaktır. Ancak Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinin son cümlesine göre, idari yaptırımların infazına ilişkin hükümlerde ise derhal uygulama ilkesi uygulanmalıdır. Ancak infaz aşamasında olsa dahi maddi hukuka ilişkin bir değişikliğin bulunması halinde, derhal uygulama değil, lehe hükmün geçmişe yürütmesi ilkesinin uygulanması gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari yaptırımlar, kanunilik, zaman bakımından uygulama, lehe hükmün geçmişe yürütmesi, derhal uygulama ilkesi.

### ABSTRACT

The application of administrative sanctions in terms of time is regulated in Article 5 of the Misdemeanors Act. With this provision, the Turkish Criminal Code has been adopted in terms of time. According to the provisions of the Turkish Criminal Code shall be applied non retrospectivity, retroactivity of the law more favourable to the person. But according to the last clause of Article 4 of the Code of Misdemeanors, If it is related to the execution of administrative sanctions, implementation principle should be applied immediately. However, if there is a change in the substantive law, even in the execution phase, not immediately implemented, it is necessary to apply the retroactivity of the law more favourable to the person.

**Keywords:** Administrative sanction, legality, application in terms of time, retroactivity of the law more favourable to the person, immediate application.

### GİRİŞ

Toplumsal yaşamın vazgeçilmez unsurları olan bireylerin, toplum ile ilişkilerini düzenleyen, toplumsal düzen kurallarından en kuvvetlisi ve etkili olarak kabul edilenler, hukuk kurallarıdır. Hukuk kurallarını, diğer toplumsal düzen kurallarından ayıran en önemli özelliği, sahip olduğu yaptırımdır<sup>2</sup>. Yaptırım ise, bir hukuk kuralına aykırı davranılması halinde katlanılması gereken karşılıktır. Hukuk kurallarının çiğnenmesi halinde kişiler, ya cezai ya da idari yaptırımlar ile karşılaşılırlar.

Ceza kanunlarına göre suç niteliği taşıyan eylemlerde bulunan kişilere, yargı merciinin kararı ile Devlet tarafından uygulanan yaptırımlar, cezai

<sup>1</sup> Yard. Doç. Dr. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, E-Mail : gunduzfebru@gmail.com

<sup>2</sup> GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara-2010, s.1-10; ÖZYÖRÜK Mukbil, idare Hukuku Ders Notları (Çoğaltma), Ankara-1977, s.15.

yaptırımlardır<sup>3</sup>. İdari düzeni ihlal eden eylemlerin ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılması sonucunda da idareye yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari yaptırımlar elbette ceza hukuku prensiplerinden yoğun bir şekilde etkilenmiştir<sup>4</sup>. Ancak her iki yaptırımın amacı, yaptırıma karar veren makam, yaptırımları uygulayan makamların izlemiş oldukları usul, uygulanacak olan yaptırımların türü gibi önemli pek çok noktada iki yaptırım türü arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır<sup>5</sup>.

İdari yaptırımları; *“yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır”*<sup>6</sup> diye tanımlayabiliriz.

İdari yaptırımlar, “kanunilik ilkesi”nin gereği olarak ancak bir kanuni düzenleme ile hukuki alemde varlık kazanabilirler. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında da *“Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir”* diyerek, kanunilik ilkesi idari yaptırımlar açısından bir pozitif hukuk kuralı haline getirilmiştir. Dolayısıyla idari yaptırımlar ancak bir kanun ile hukuki âlemde varlık kazanabilirler. İdari yaptırımlar konusunda kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması yolundaki bu hükme rağmen, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile ilgili olarak bahsi geçen maddenin ilk fıkrasında, *“Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir”* hükmüne yer verilerek, idarenin düzenleyici işlemleri ile de Kanun tarafından çizilen çerçevenin sınırları içerisinde kalmak koşulu ile düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir.

Yetkili merci tarafından usulüne uygun bir şekilde tesis edilen hukuk kuralının hangi zaman aralığı içerisinde uygulanacağı hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanması meselesi ile ilgilidir. İdari yaptırımlar alanında genel kanun olma niteliğine sahip olan Kabahatler Kanunu’nun 5’inci maddesinde; bu Kanun’un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin düzenlemeler

---

<sup>3</sup> ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No; 691, İstanbul-1985, s.29-31.

<sup>4</sup> MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, No:143, İstanbul-1995, s.101.

<sup>5</sup> İki yaptırım türü arasındaki farklar için bkz.: MAHMUTOĞLU, s. 128 vd.; SOYASLAN Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No:77, Ankara-1990, s.143 vd.; OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-2001, s.43 vd.; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, SBF, C.18, Haziran, 1963, (s.115-182), s.138 vd.

<sup>6</sup> ÖZAY, s.35.

yer almakta ve bu madde ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'na göre zaman bakımından uygulama bazı alt ilkeleri içerisinde barındırmaktadır. Bizde çalışmamızda Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulama kurallarını Danıştay kararlarından da faydalanarak idari yaptırımlar açısından inceleyeceğiz.

### **A. 5236 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun Genel Kanun Olma Niteliği**

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren davranışların neler olduğu ve bu davranışlara hangi idari yaptırımların uygulanacağı ile ilgili olarak pek çok yasal düzenleme bulunmakla birlikte; 30 Mart 2005 tarihli ve 5236 sayılı Kabahatler Kanunu idari yaptırımlar konusunda genel kanun olma özelliğine sahiptir.

Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3'üncü maddesinin<sup>7</sup> 1/a hükmünde, idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Aynı maddenin 1/b hükmünde ise "*Bu Kanunun; diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır*" ifadesi yer almaktadır. Bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri tüm idari yaptırımlar hakkında değil, yalnızca idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren fiiller hakkında uygulanabilecektir. Anılan Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen "zaman bakımından uygulama" hususu da bu Kanun'un genel hükümlerinden bir tanesi olduğu için 3'üncü maddenin 1/b hükmünde belirtildiği gibi, bu Kanunda yer almasa bile tüm idari para cezaları ve mülkiyetin kamu geçirilmesi yaptırımları konusunda da uygulanma imkânı bulacaktır. Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu, genel hükümlerin idari yaptırımlara uygulanması noktasında kapsamını oldukça dar bir şekilde belirlemiştir. Bu halde Kabahatler Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasında 5'inci madde kapsamına girmeyen diğer idari yaptırımlar hangi hükümlere tabi olacaktır? Eğer bu idari yaptırımlara ilişkin özel yasal düzenlemelerde ayrı hükümler varsa bu hükümler uygulanacak, yoksa Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanma imkânı bulacaktır. Bilindiği gibi, ceza hukukunda kıyas mümkün olmamakla beraber usul kurallarına ilişkin olarak kıyasın mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Dolayısıyla

---

<sup>7</sup> **Madde 3- (Değişik: 6/12/2006-5560/31 md.)**

(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.

<sup>8</sup> Muhakeme hukukunda kıyas yapmanın mümkün olduğu ancak kıyasın tamamen sınırsız

Kabahatler Kanunu'nda yer almayan idari yapıtların zaman bakımından uygulanmasında da bu Kanun hükümleri uygulanabilir.

## B. Zaman Bakımından Uygulama

Hukuk kurallarının uygulanması, üç anlamı içerisinde barındırmaktadır: Yer bakımından uygulanma, zaman bakımından uygulanma ve anlam bakımından uygulanma<sup>9</sup>. Hukuk kurallarının bu üç uygulanma şekline biri olan zaman bakımından uygulama, bir hükmün hangi andan itibaren ve hangi ana kadar uygulanacağı ile ilgilidir<sup>10</sup>. Genel olarak hukuk kuralları yürürlüğe girdiği zaman ile yürürlükten kalktığı zaman arasında gerçekleşen olaylara uygulanır. Buna "derhal uygulanma ilkesi" adı verilir<sup>11</sup>. Zaman bakımından uygulama genellikle ceza hükümleri (kanunları) ile ilgili olarak karşımıza çıkmakta ve ceza hükümleri ile ilgili olarak tüm hukuk kuralları için kabul edilen derhal uygulanma ilkesinden zaman zaman uzaklaşabilmektedir.

5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinde<sup>12</sup> idari yapıtlara ilişkin kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulanması ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeye göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Maddenin devamında, idari yapıtlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından ise derhal uygulama kuralının geçerli olduğu düzenlenmiştir.

### 1. Zaman Bakımından Uygulamaya Hâkim Olan İlkeler

Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin Türk Ceza Kanunu'na yapmış olduğu atıf sebebiyle, idari yapıtların zaman bakımından uygulanması meselesini çözümleyebilmek için öncelikle Türk Ceza Kanunu'ndaki zaman bakımından uygulama hükümlerinin incelenmesi gerekir.

Zaman bakımından uygulama, Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

---

olarak uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Muhakeme hukukunda kıyasın sınırları olarak, temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı hükümlerin bulunması halinde bunları genişletici şekilde kıyas yapılamayacağı ve istisnai hükümlerin varlığı halinde kıyas yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2010, s.49.

<sup>9</sup> GÖZÜBÜYÜK, s.68.

<sup>10</sup> ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara-2013, s.188.

<sup>11</sup> ATAY, s.188.

<sup>12</sup> **Madde 5-** (1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yapıtlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.

*“(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.*

*(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*

*(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.”*

Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin bu maddesinde, “geçmiş yürüme yasağı”, “lehe hükmün geçmiş yürümesi” ve “derhal uygulanma” olmak üzere üç ilkenin var olduğunu görmekteyiz. Bizde çalışmamızda bu ilkelerin her birini ayrı başlıklar altında ceza hukuku ve idari yaptırımlar açısından inceleyeceğiz.

### **1.1. Geçmiş Yürüme Yasağı**

Devlet faaliyetlerinin öngörülebilir, tahmin edilebilir olması ve kişilerin mevcut durumlarının süreceğine dair güvenleri anlamına gelen ve hukuk devleti ilkesinin önemli unsurlarından biri olan “hukuki güvenlik ilkesi”<sup>13</sup>'nin bir gereği olan “kanunların geçmiş yürümezliği ilkesi” ceza hukukunda büyük bir önem taşımaktadır. Hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kişiler, kendi davranışlarının sonucunda hangi hükümlere tâbi olduklarını bilmek isterler. Kişilerin bir davranışta bulunurken bu davranışlarının bir suç oluşturup oluşturmadıklarını ve davranışları bir suç oluşturuyor ise hangi ceza ile cezalandırılacaklarını bilmeleri en tabii haklarıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edildiği üzere, “Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerekir”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003, s.39.

<sup>14</sup> AYM, 04.05.2006, E.2006/64, K.2006/54, KBB. Erişim Tarihi: 20.12.2016.

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini tamamlayan<sup>15</sup> ve hukukun genel ilkelerinden bir tanesi olan “kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi”, Anayasa’nın 38’inci maddesinin ilk cümlesinde yer alan “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz...*” hükmüyle, ceza hukuku açısından pozitif bir hukuk kuralı haline getirilmiştir. Özüde sadece kanunlar için değil, tüm hukuk kuralları için geçerli olan geçmişe yürümeme ilkesi, ceza hukukundaki suçta ve cezada kanunilik ilkesi sebebiyle, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi olarak ifade edilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için zorunlu bir unsur olan kanunların geçmişe yürümemesi ilkesinin önemi, Anayasa Mahkemesi tarafından da şu şekilde vurgulanmıştır; “*Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir*”<sup>16</sup>.

Anayasa’nın 38’inci maddesindeki anılan hükmün bir yansıması olarak Türk Ceza Kanunu’nun 7’nci maddesinde de, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, ceza hukuku açısından suç oluşturan fiilin işlenmesi anında yürürlükte olan kanunun uygulanması esası kabul edilmiştir.

Bir fiile hangi kanunun uygulanacağını tespit etmek için, fiilin işlenme anında yürürlükte bulunan kanunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespiti yapabilmek için de öncelikle kanunun ne zaman yürürlüğe girdiğinin ve ne zaman yürürlükten kalktığıнын aynı zamanda da fiilin ne zaman işlenmiş sayılacağını tespit edilmesi gereklidir.

Kanunların yürürlüğe gireceği zaman ile ilgili olarak genellikle kanun metninde bir tarih öngörülür. Kanun metninde böyle bir tarihin bulunması halinde kanun, belirtilen tarihte yürürlüğe girer. Ancak metninde bir

---

<sup>15</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara/İstanbul-2016, s.141.

<sup>16</sup> AYM, 30.09.2005, E.2005/78, K.2005/59, KBB. Erişim Tarihi: 20.12.2016. “*Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kazanılmış hakların korunması, malî haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar*”. AYM, 24.03.2010, E.2007/77, K.2010/50, KBB. Erişim Tarihi: 20.12.2016.



düzenlemenin bulunmaması halinde kanun, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesine göre, Resmi Gazetede yayımlanmalarını izleyen günün başlangıcından itibaren 45'inci günün bitiminde yürürlüğe girer. Dolayısıyla bir ceza hükmü içeren kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlenen fiillere uygulanma imkânı bulur. "Geçmişe yürüme yasağı" sebebiyle, ceza hükmü içeren bir kanun, yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlara uygulanamaz.

Bu şekilde yürürlüğe giren kanun veya kanunun bir ya da birkaç hükmü, süreli bir kanun ise sürenin sona ermesi ile kendiliğinden yürürlükten kalkabileceği gibi, sonradan yürürlüğe giren bir başka kanun ile veya Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmek suretiyle de yürürlükten kalkabilir. Kanun, yürürlükten kalktığı tarih itibariyle uygulanma kabiliyetini kaybeder.

Ceza hukukuna göre suçun işlendiği zamanın tespitine gelince; sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikili bir ayırım yapılarak bu husus incelenmektedir. Suçun işlenmiş sayılabilmesi için ihmali veya icrai bir davranış ile fiilin işlenmesi yeterli ise sırf hareket suçlarından söz edebiliriz ve bu tür suçlar fiilin gerçekleşmesi anında işlenmiş sayılır<sup>17</sup>. Tokat atma suretiyle kasten yaralama örneğinde olduğu gibi bir suçun işlenmiş sayılması için fiilin işlenmesinin yanında neticenin de gerçekleşmiş olması gerekiyorsa, fiilin yapılması ile netice gerçekleşiyorsa bu anda suç işlenmiş sayılır. Ancak netice fiilin gerçekleştirilmesinden sonra ortaya çıkıyorsa suçun ne zaman işlenmiş sayılacağı konusunda 3 görüş bulunmaktadır. Suçun işlenmiş sayılacağı zamanı fiilin işlendiği zaman olarak kabul eden "hareket teorisi", neticenin gerçekleştiği zamanı kabul eden "netice teorisi" ve her ikisinden failin lehine olanı kabul eden "karma teori" bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer alan düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'ndaki zaman bakımından uygulama kuralları idari yaptırımlar açısından da geçerli kabul edildiği için idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir fiil işlendiği zaman, bu fiile yürürlükte bulunan kanunun uygulanması gerekir. Buna göre, geçmişe yürüme yasağının bir sonucu olarak işlendiği sırada kabahat sayılmayan, ancak sonradan yapılan düzenleme ile kabahat kapsamına alınan bir fiil için idari yaptırım uygulama imkânı bulunmaz.

Bir fiile uygulanacak olan idari yaptırım kuralının hangisi olduğunu belirleyebilmek için fiilin işlendiği zaman doğru tespit edilmelidir. Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, *«Kabahat, failin icrai veya*

---

<sup>17</sup> KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.66.

<sup>18</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s.66.

*ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır*". Buna göre yaptırım gerektiren fiil, icrai bir davranış ile işleniyorsa icrai davranışın yapıldığı anda; ihmali bir davranış ile işleniyorsa ihmalin gerçekleşmesi anında *işlenmiş sayılacaktır. Fiilin işlendiği zamanın tespit edilmesinde davranışın yapıldığı zaman esas alındığı için buna "hareket teorisi" denilmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin son cümlesinde de<sup>19</sup>, fiilin işlendiği zamanın tespiti açısından neticenin oluştuğu zamanın herhangi bir öneminin bulunmayacağı ifade edilmiştir. Ceza hukukunda ani suç olarak ifade edilen suçlara benzer şekilde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir fiil varsa, eylemin yapıldığı anda netice de ortaya çıktığı için kabahatin işlenmiş sayılacağı zamanı belirlemekte herhangi bir sıkıntı yoktur, fiilin işlendiği tarih kabahatin işlendiği tarihtir. Örneğin kırmızı ışıkta geçmek gibi. Ancak kanaatimizce, geçmişte başlayıp halen devam eden eylemlerde ise kabahatin işlendiği tarih, idare tarafından yaptırım uygulanmasını gerektirecek ihmali veya icrai davranışın tespit edildiği tarih olarak kabul edilmelidir.*

## 1.2. Lehe Hükümün Geçmişe Yürümesi

Anayasa'nın 38'inci maddesinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinde yer alan düzenlemelere göre, kural olarak fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun uygulanması gerekmektedir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hükme göre, suçun işlenmesi anında yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri arasında bir farklılık bulunması halinde, failin lehine olan kanunun uygulanması gerekir. "Lehe hükümün geçmişe yürümesi" olarak adlandırılan bu ilke aynı zamanda hukukun genel prensiplerinden kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinde açıkça ifadesini bulan bu ilke, aslında Anayasa'nın 38'nci maddesinde de zımnen kabul edilmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, 38'inci maddenin ilk cümlesinin ikinci kısmında, "kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmü yer almaktadır. Benzer bir hükme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesinde, "... hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmez" şeklinde yer verilmiştir. Görüldüğü gibi hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hüküm hem de Anayasa'daki hüküm ile suçun işlediği zaman yürürlükte olan kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu hükümlerin mefhumu muhalifinden, işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezadan daha hafif bir ceza ile kişinin cezalandırılmasına herhangi bir engel

---

<sup>19</sup> **Madde 5/2:** Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz.

<sup>20</sup> KAYA Cemil, "Memur Disiplin Suç Ve Cezalarına Ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", AİD, S.38/2, Y: Haziran/2005, (s.61-87), s.70.

bulunmamaktadır. “Lehe hükmün geçmişe yürütülmesi” ilkesi, ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesi yasağına, fail lehine getirilmiş bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kabahatler Kanunu’nun 5’inci maddesi ile zaman bakımından uygulama konusunda Türk Ceza Kanunu’na yapılan atıf sebebiyle, idari yaptırımlara uygulanacak kanun hükmünün tespiti noktasında, fiilin işlendiği tarihten sonra bir kanun değişikliği olmuşsa, lehe olan hükmün tespit edilmesi ve fiile bu hükmün uygulanması gereklidir.

### 1.2.1. Lehe Hükmün Varlığı ve Tespiti

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir fiili işleyen kişiye, lehe hükmün geçmişe yürütülmesi ilkesinin uygulanabilmesi için fiilin işlendiği tarihten sonra uygulanacak hukuk kuralında bir değişikliğin var olması gerekir. Kişiyi uygulanacak hukuk kuralında bir değişikliğin varlığı halinde de bu değişikliğin kişi lehine olup olmadığının tespiti önem kazanır.

İdari yaptırım uygulanmasını öngören bir kanun hükmünde, sonradan meydana gelen bir değişiklik ile eyleme idari yaptırım uygulamasından vazgeçilmesi halinde yeni durumun failin lehine olduğu açıktır<sup>21</sup>. Bir fiilin idari yaptırım verilerek cezalandırılmasını öngören kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde de, fiilin artık yaptırımsız kalması mümkün olabilir.

Konu ile ilgili bir örnek 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42’nci maddesi ile ilgili olarak yaşanmıştır. İmar Kanunu’nun 42’nci maddesinin birinci fıkrasının “(...)15 liradan (...)16 liraya kadar para cezası verilir” tümcesi, Anayasa Mahkemesi’nin E: 2005/5, K: 2008/93 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal hükmü 17.04.2008 tarihinde verilmiş, Mahkeme iptal kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş; anılan iptal kararı 05.11.2008 tarih ve 27045 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak, yayımından 4 ay sonra 05.03.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu yeni düzenlemeyi 5940 sayılı Kanun ile 09.12.2009 tarihinde yapmış ve anılan Kanun 17.12.2009 tarih ve 27435 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylelikle 05.03.2009 tarihinden, 3194 sayılı Kanun’un 42’nci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 17.12.2009 tarihine kadar, 42’nci maddenin 1’inci fıkrasında sayılan fiillerin işlenmesi halinde, bahsi geçen fiillere verilecek olan ceza, Kanun’da yer almamıştır. Dolayısıyla, 05.03.2009 tarihinden 17.12.2009 tarihine kadarki süreçte tesis edilen cezaî işlemlerde, anılan tarihler arasında Kanun’da fiile verilecek olan

---

<sup>21</sup> Dan. İDDK, 21.12.2006, E.2003/263, K.2006/2441, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com). Erişim Tarihi: 18.07.2017.

herhangi bir ceza hükmü bulunmadığından, bu durum 42'nci maddeye göre para cezası uygulanmasını gerektiren fiili işleyen kişiler lehine bir durum olarak karşımıza çıkmıştır. Yeni yapılan yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği 17.12.2009 tarihine kadar işlenmiş ancak infazı tamamlanmamış para cezalarına bu lehe durumun uygulanması zorunluluğu doğmuştur<sup>22</sup>.

Yasa koyucu tarafından yaptırım miktarının azaltılması halinde failin lehine olan düzenlemeyi tespit etmek oldukça kolaydır. Buradaki yaptırım miktarının azaltılması, idari para cezalarında parasal bir miktarın azaltılması şeklinde olabileceği gibi, belirli bir süre olarak öngörülen yaptırım süresinin (belirli bir süre faaliyetten men yaptırımı gibi) kısaltılması şeklinde de olabilir.

Ancak her zaman failin lehine olan hükmün tespiti kolay olmayabilir. Özellikle yaptırımın türünde bir değişiklik olması halinde, lehe hükmün tespiti ciddi bir problem olarak karşımıza çıkabilir. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bu konuya ilişkin bir hüküm konulmuştur. Anılan Kanun'un 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, "*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*" hükmü yer almaktadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla hangi kanunun failin lehine olduğunu tespit edebilmek için, her iki kanunun hükümlerinin birbirine karıştırılmadan somut olaya uygulanması gerekecek ve ortaya çıkan sonuçlara göre lehe hüküm tespit edilecektir.

Lehe hükmü bu şekilde tespit ettiğimizde her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapmamız gerekir. Ancak idari yaptırımlarda lehe hükmün tespitinin subjektif olarak değil yani her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değil, objektif bir kriter kabul edilerek, bu objektif kritere göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Fakat lehe hükmün belirlenmesi konusunda objektif kriterlerin tespit edilmesi, somut olayda bireylerin aleyhlerine olan birtakım yaptırımlara katlanmaları sonucunu doğurabilir. Örneğin, işyeri kapatma cezası ile idari para cezasını karşılaştırdığımızda, kazancı iyi olan ve ticari itibarını daha fazla önemseyen bir işletme için idari para cezası lehe hüküm olarak değerlendirilebilecekken; kazancı fazla olmayan bir işletme için ise işyeri kapatma cezası idari para cezasına oranla daha lehe sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple lehe hükmün tespitine ilişkin objektif kriterler benimsenmiş olsa da somut olayda, yaptırıma maruz kalan kişi tarafından bu objektif kriterin tersine, kendi lehine olan durumu ispat etmesi halinde, kişi lehine olan hükmün uygulanması yoluna gidilmelidir.

---

<sup>22</sup> ÖZDEMİR Selman, "*İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması*", *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 473, Aralık 2011, (s.113-132), s.124-128-129.

<sup>23</sup> Aynı yöndeki Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı için bkz.: YİBK, 23.02.1938, E.1937/23, K.1938/9, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com). Erişim Tarihi: 20.12.2016.

<sup>24</sup> ULUSOY, Ali, *İdari Yaptırımlar*, 1. Baskı, İstanbul-2013, XII Levha Yayıncılık, s.83.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, ceza hükmünün kurulması için uygulanacak olan kanun hükümleri ile yani maddi ceza hukukuna ilişkin hükümler ile tespit edilen cezanın infazına ilişkin olarak uygulanacak olan kanun hükümlerinin birbirinden ayrılması gerekliliğidir<sup>25</sup>. İleride değineceğimiz gibi<sup>26</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, infaza ilişkin hükümler açısından zaman bakımından uygulamada farklı bir düzenleme yoluna gidilmiştir.

Danıştay kararına konu olan bir olayda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na aykırı faaliyette bulunulduğu gerekçesi ile kişi hakkında para cezası verildikten sonra, bu para cezasına dayanak olan Petrol Piyasası Kanunu'nun ilgili maddesinde değişiklik yapılmış ve bu maddeye aykırı faaliyet sebebiyle uygulanacak para cezası miktarı indirilmiştir. İlgili şirket tarafından açılan dava, Danıştay'ın 13'üncü Dairesi'nin kararıyla<sup>27</sup> reddedilmiştir. İdari Dava Daireleri Kurulu ise kararında, Petrol Piyasası Kanunu'nun ilgili maddesinde yapılan değişikliğin davacının lehine bir düzenleme olduğunu ve lehe hükümlerin idari yaptırımlara da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak kararın devamında, idari yargı mercii tarafından bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının işlemin idare tarafından tesis edildiği tarihe göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiş, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükteki kanun hükmüne uygun olduğu ve bu sebeple hukuka aykırı kabul edilemeyeceği belirtildikten sonra, para cezası verme işleminin iptal edilemeyeceğine karar vererek, 13'üncü Daire'nin red kararını onamıştır<sup>28</sup>.

Danıştay kararına konu olan bir diğer olayda ise Rekabet Kurumu tarafından bir firmaya idari para cezası uygulanmasından sonra, para cezası uygulanmasını gerektiren hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Rekabet Kurumu tarafından verilen bu para cezasının iptal edilmesi için firma tarafından açılan dava ile ilgili olarak İdari Dava Daireleri Kurulu *"yeni hukuki duruma göre rekabet ihlali olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bildirim yapılmaması eyleminden dolayı davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu Kararında hukuka uygunluk bulunmamakta"* gerekçesiyle para cezası verilemeyeceğini

---

<sup>25</sup> ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara- 2013, s.127.

<sup>26</sup> Bkz.: 1.3. numaralı "Derhal Uygulama İlkesi" isimli başlık.

<sup>27</sup> Dan. 13.D., 30.06.2008, E.2006/1000, K.2008/5237, Karar Yayınlanmamıştır.

<sup>28</sup> "... uyuşmazlıkta idarece verilen para cezasının tahsil edileceği tarihte şayet ceza miktarında lehe bir değişiklik varsa, bu miktar esas alınmak suretiyle tahsilat yapılacak olmasının, tespit tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak tesis edilen işlemin iptalini gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır." Dan. İDDK, 19.02.2009, E.2008/3398, K.2009/60, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com). Erişim Tarihi: 18.07.2017. Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz.: Dan. 8.D., 03.10.2012, E.2011/8015, K.2012/7008, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

kabul etmiştir<sup>29</sup>. Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme bu kararında idari para cezası verme işleminin hukuka uygunluğunu değerlendirirken, işlemin tesis edildiği tarihteki kanuna uygunluğuna göre değil, sonradan gerçekleşen mevzuat değişikliğine göre lehe hüküm değerlendirmesi yapmıştır.

Bu kararlardan anlaşılacağı üzere, Danıştay tarafından iki kararda birbirine tamamen zıt değerlendirmede bulunulmuştur. Bahsettiğimiz ilk kararda, işlemin yapıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olması açısından konu değerlendirilmişken, ikinci kararda hükmün lehe olup olmaması açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Kanaatimizce Danıştay'ın ikinci kararına ilişkin yapmış olduğu değerlendirme yani lehe hükmün uygulanmadığı gerekçesi ile yaptırım uygulama işleminin iptaline karar vermesi yerindedir. Şöyle ki, bilindiği gibi yargı mercii tarafından bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı, işlemin yapıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olup olmamasına göre değerlendirilecektir<sup>30</sup>. Eğer işlem tesis edildiği tarihteki mevzuat hükümlerine uygunsa hukuka uygundur, değilse hukuka aykırıdır. Bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak idari yaptırımlar ile ilgili lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesini bu genel kurala bir istisna olarak düşünmek gereklidir. İdari yaptırım uygulanmasına ilişkin bir işlem, idare tarafından tesis edildiği tarihteki mevzuat hükümlerine uygun ise, işlem hukuka uygundur. Fakat sonradan mevzuatta, hakkında idari yaptırım tesis edilen kişi lehine bir değişikliğin yapılması halinde, artık söz konusu işlem hukuka aykırı hale gelecektir. Çünkü lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesi ile hükmün geçmişe yani işlemin yapıldığı tarihten geri yürüyecek ve işlem yapıldığı tarih itibarıyla hukuka aykırı hale gelecektir. Lehe hükmün yürürlüğe girmesi ile idari yaptırım uygulanmasına ilişkin işlemin yapıldığı zaman yürürlükteki mevzuata uygun tesis edilmesinin, işlemin hukuka uygunluğu açısından herhangi bir hükmü olmayacaktır. Bir diğer ifade ile yapıldığı zaman yürürlükteki mevzuata uygun olarak tesis edilen idari işlem, lehe bir hüküm yürürlüğe girene kadar hukuka uygunluğunu muhafaza edecek; lehe bir hükmün yürürlüğe girmesi ile birlikte işlem hukuka aykırı hale gelecektir. İşte bu sebeple lehe hükmün uygulanmaması iptal davasına konu olduğunda yargı mercii tarafından, sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün kişinin lehine olduğunun tespit edilmesi halinde, işlemin iptaline karar verilmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, lehe hüküm geçmişe yürüyecek ve yapıldığı tarihte hukuka uygun olan işlem hukuka aykırı hale gelecektir. Aksi bir durumun kabul edilmesi, *“lehe hükmün geçmişe yürümesi”* şeklindeki bu kuralın uygulanma imkânını ortadan kaldıracaktır.

---

<sup>29</sup> Dan. İDDK, 21.12.2006, E.2003/263, K.2006/2441, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 20.12.2016.

<sup>30</sup> ATAY E. Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, Ankara-10 Mayıs 2007, (s.13-95), s.56.

Danıştay konu ile ilgili bir diğer kararında “*idari işlemin yargısal denetimi açısından işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre değerlendirilme yapılması kural olmakla beraber idari yaptırımlar alanında, ihlalin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun, fiali, ihlal konusu olmaktan çıkıyorsa veya o fiil için öngörülen yaptırımı azaltıyorsa ilgili kurallar geriye yürür olarak uygulanacak, yargısal denetim de bu çerçevede yapılacaktır*”<sup>31</sup> diyerek, 3984 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesine dayanılarak uyarma cezası verildikten sonra 6112 sayılı Kanun ile bahsi geçen 3984 sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırılması ve o Kanun’a göre uyarma cezası verilmesini gerektiren davranışın yapılmasına yasal olarak izin verilmesi neticesinde, somut olayda davacı kuruluşun yaptırıma konu teşkil eden fiili artık ihlal konusu olmaktan çıkarıldığından, davacı şirkete uyarı yaptırımı uygulanmasına ilişkin davalı idare işleminin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından benzer şekilde verilen bir diğer kararda, Rekabet Kurulu tarafından bir idari para cezasının miktarı belirlenirken, para cezası oranının ihlali gerçekleştiren firmanın hangi yıla ait cirosuna uygulanacağına ilişkin hükümde değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklik somut olayda firmanın lehine bir sonuç doğurmuştur. Danıştay’ın 13’üncü Dairesi tarafından, lehe hükmün idari para cezasının tespitinde uygulanması gerektiği gerekçesi ile işlemin iptaline karar verilmiştir. İdari Dava Daireleri Kurulu da aynı gerekçe ile iptal kararının onanmasına karar vermiştir<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Dan. 13.D., 22. 06. 2011, E.2010/367, K.2011/3019, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 20.12.2016. “*Anılan düzenlemelerden, idari para cezalarının verilmesinde esas alınan kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşıldığından, ihlalin gerçekleştiği tarih esas alınarak idari para cezası uygulanması gerekmekte ise de, işlem tarihindeki veya cezanın tahsil tarihindeki ceza miktarındaki lehe düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.*” Dan. 13.D., 20.05.2009, E.2007/5970, K.2009/5492, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 20.12.2016. Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz.: Dan. 7.D., 08.05.2013, E.2009/9068, K.2013/2401, www.hukukturk.com.

<sup>32</sup> “*4054 Sayılı Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişikliğin davacı şirket lehine bir durum yarattığının saptandığı; bu durumda; tıbbi sarf malzemeleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerle birlikte 4054 Sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiği saptanmış olan davacı şirketin, aynı Kanun’un 16. maddesinde yapılan ve lehine sonuç doğuran değişiklikten yararlandırılarak, nihai karar tarihine en yakın mali yıl olan 2006 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerektiğinden, işlem tesis tarihinde yürürlükte olan kanun hükmü uyarınca 2001 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin %4’ü üzerinden para cezası ile cezalandırılmasına dair davaya konu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete dair kısmının iptaline karar verilmiştir.*” Dan. İDDK, 20.02.2014, E.2010/2730, K.2014/418, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 20.12.2016. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından aynı gerekçe ile aynı yönde hüküm tesis edilen bir diğer için bkz.: Dan. İDDK, 30.01.2014, E.2010/1121, K.2014/129, www.hukukturk.com.

### 1.2.2. Lehe Hükümün Geçmişe Yürümesi İlkesinin Kapsamı

Doktrinde idari yapıtlar için yapılan sınıflandırmada “idari cezalar” ile “idari tedbirler”in birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Kamu düzeninin bozulmasını önlemek, kamu hizmetlerinde meydana gelebilecek aksamaları engellemek ve bu hizmetlerin düzgün işlemlerini sağlamak amacını taşıyan idari tedbirlerin ceza hukuku ilkelerinin dışında tutulması gerektiği, idari tedbirlerde idare hukuku ilke ve kurallarına uyulmasının yeterli olacağı belirtilmektedir<sup>34</sup>. Bu doğrultuda ceza hukuku ilkelerinden bir tanesi olan “lehe hükümün geçmişe yürümesi” ilkesinin idari tedbirlere uygulanmayacağı, bunun yerine işlemin tesisi tarihinde yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Ancak idari tedbirler birer yükümlendirici idari işlemdir ve kişilerin hak ve hürriyetlerini sınırlayabilmektedir. Bu sebeple idari tedbirlerin “lehe hükümün geçmişe yürümesi” ilkesinin dışında tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Pek çok Danıştay kararında da ifade edildiği gibi<sup>36</sup>, lehe hükümün geçmişe yürümesi ilkesi hukukun genel ilkelerinden bir tanesidir. Dolayısıyla bu ilkenin uygulanmasını sadece idari yapıtlar ile sınırlandırmamak tüm yükümlendirici yani kişi aleyhine sonuç doğuran işlemlere, şartlarının varlığı halinde uygulanması gerekir.

İdari tedbirlerin “lehe hükümün geçmişe yürümesi” ilkesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine pozitif hukuk açısından baktığımızda, Kabahatler Kanunu’nun yapıtlım türlerini düzenleyen 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında idari yapıtların, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu, 2’nci fıkrasında ise, idari tedbirlerin, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Aynı Kanun’un 3’üncü maddesinde, bu kanundaki genel hükümlerin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yapıtlımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu’nun genel hükümleri, idari tedbirlerin bir türü olan mülkiyetin kamuya geçirilmesine uygulanacak ancak diğer idari tedbirler hakkında uygulanamayacaktır. Bu kapsamda Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerinden bir tanesi olan 5’inci maddesindeki zaman bakımından uygulama ilkesinin bir alt ilkesi olan “lehe hükümün geçmişe yürümesi” ilkesi de, tüm idari tedbirler açısından değil, ancak mülkiyetin kamu geçirilmesi yapıtlımını açısından uygulama imkânı bulacaktır. Ancak biz lehe hükümün geçmişe uygulanması noktasında idari tedbirlere ilişkin bir ayırımın yapılmaması, yükümlendirici tüm idari işlemlere eğer infaz

---

<sup>33</sup> ULUSOY, s.11.

<sup>34</sup> ULUSOY, s.175.

<sup>35</sup> ULUSOY, s.71.

<sup>36</sup> Dan. 3. D., 31.12.1997, E.1996/4162, K.1997/4826, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com). Erişim Tarihi: 18.07.2017.; Dan. 12.D., 12.02.2013, E.2010/1591, K.2013/439, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com). Erişim Tarihi: 18.07.2017.



tamamlanmamış ise lehe hükmün geçmişe yürütülmesi ilkesinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

### 1.2.3. Lehe Hükmün Geçmişe Yürütülmesi İlkesinin Uygulanma Zamanı

Lehe hükmün uygulanması konusunda dikkat edilmesi gereken hususlardan bir tanesi, idari yaptırım hükmünün infazının tamamlanmamış olmasıdır. Ceza hukukunda cezanın, kabahatler hukukunda da idari yaptırımın infazından sonra lehe hüküm uygulaması mümkün değildir. Ancak infazın tamamlanmasına kadar olan süre içerisinde lehe bir değişikliğin yapılması halinde bu değişikliğin uygulanması zorunludur. Bir diğer ifade ile yaptırımın infazı tamamlanmış ise artık lehe hükmün uygulanması mümkün değildir. Lehe hükmün uygulanabilmesi için infazına başlanılmış olup olmaması noktasında herhangi bir fark yoktur. Hükmün infazına başlanılmış olsa dahi maddi hukuka ilişkin lehe bir değişikliğin var olması halinde, hükmün infazının durdurularak idari yaptırımın kişi lehine değiştirilmesi gereklidir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yaptırımın infazının tamamlanması halinde geçmişe dönük olarak idari yaptırımda bir değişikliğe gidilmesi mümkün değildir.

Konu ile ilgili bir olayda, mevzuata aykırı şekilde tütün satışı yapmasından ötürü verilen idari para cezasının kesinleşmesinden sonra lehe yapılan yasal düzenlemeden faydalanmak isteyen kişinin talebi, idari yaptırım kararının kesinleştiği gerekçesi ile reddedilmiştir. Yaşanan yargısal süreç neticesinde, Manisa Bölge İdare Mahkemesi 04.10.2012 tarihli ve E.2012/499, K.2012/491 sayılı kararında, lehe hükümler taşıdığı için uygulanması talep edilen yasa hükümlerinin ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenecek fiillere uygulanabileceğini, ayrıca ceza hukukundaki lehe olan hükümlerin geçmişe uygulanacağına ilişkin ilkenin kesinleşmemiş cezalar için mümkün olduğunu gerekçe göstererek, lehe hükmü uygulamayı reddeden idari işlemi hukuka uygun bulmuştur. Olayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde ise Yüksek Mahkeme, “... *lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvurucu hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği*” ni ifade ederek, başvurucuyu haklı bulmuştur<sup>37</sup>.

İdari para cezaları ile ilgili olarak bu noktada farklı bir hususa daha değinmekte fayda bulunmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinde idari para cezaları düzenlenmiştir. Anılan maddenin 4'üncü fıkrasında, genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarına ilişkin kesinleşen

---

<sup>37</sup> AYM, 2012/731 numaralı başvuru, Karar Tarihi: 15.10.2014, RG Tarih- Sayı: 17.12.2014-29208. Erişim Tarihi: 18.07.2017.

kararların 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecek tahsil dairelerine gönderileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Bu doğrultuda Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan 442 seri numaralı Tahsilat Genel Tebliği<sup>38</sup>'nin "İdari Para Cezalarının Kesinleşmesi" başlıklı III- C hükmünde, Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 4'üncü fıkrası hükmüne göre, "genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarının 6183 sayılı Kanuna göre takip ve tahsil edilebilmesi için, bu cezalara ilişkin idari yaptırım kararlarının kesinleşmesi" gerekmektedir.

Tebliğın aynı hükmünde idari para cezalarının nasıl kesinleşeceği ile ilgili ayrıntılı hükümlere de yer verilmiştir. Buna göre, "İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması veya kanun yoluna başvurulması halinde yargılama aşamalarının son bulması neticesinde idari para cezalarının takip edilebilir aşamaya gelmesi, idari para cezasının kesinleşmesi"<sup>39</sup> olarak kabul

<sup>38</sup> 12 Mayıs 2007 tarihli ve 26520 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>39</sup> Tebliğde idari para cezalarının kesinleşmesine ilişkin şu hükümler de yer almaktadır; Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunla değişik 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi hükmü nedeniyle idari para cezalarının düzenlendiği kanunlarda kanun yoluna ilişkin düzenlemenin bulunması halinde, bu düzenlemelerin uygulanması gerektiğinden, idari para cezalarının kesinleşmesi aşağıdaki şekilde olacaktır.

**1) Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezalarının Kesinleşmesi:** 5326 sayılı Kanunun 27 ila 31 inci

maddelerinde idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolu, başvurunun incelenmesi, itiraz yolu, vazgeçme ve kabul ile masrafların ve vekalet ücretinin ödenmesi hususları düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümlere göre, idari yaptırım kararları;

**i) Kararın ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulmadığı takdirde bu sürenin bitiminde,**

**ii) Kanuni süresinde sulh ceza mahkemesine başvurulması halinde,**

- Sulh ceza mahkemesinin kararına itiraz edilmemiş ise kararın taraflara tebliğini takip eden 7 nci günün bitiminde,

- 2.000,-YTL'ye kadar (bu tutar dahil) idari para cezalarına ilişkin sulh ceza mahkemesinin karar tarihinde,

**iii) Sulh ceza mahkemesi kararına ya da mahkemeler tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi halinde itiraz üzerine verilen karar tarihinde, kesinleşmektedir.**

**iv) Kabahatler Kanununun 27 nci maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen;**

- (6) numaralı fıkra ile soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi ve kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilmesi halinde idari yaptırım kararına karşı başvurunun kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı yapılacak itirazı inceleyen itiraz merciinde inceleneceği hükme bağlandığından,

- (7) numaralı fıkra ile kovuşturma konusu fiilin suç oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi ve fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidilmesi halinde, idari yaptırım kararına karşı itirazın da beraat kararını inceleyen mercide inceleneceği hükme bağlandığından, bu durumlarda kesinleşme kanun yollarının tüketilmesine bağlı olarak belirlenecektir.

edilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 17'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, "genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezaları" ifadesi kullanıldığı için bu ifadenin mefhumu muhalifinden genel bütçeye gelir kaydedilmeyen idari para cezalarının bu hüküm dışında tutulabileceği anlaşılmaktadır. Maliye Bakanlığı'nın anılan Tebliği'nde de, "Kabahatler Kanunu, genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen ve süresinde ödenmeyen idari para cezalarının takip ve tahsilinde idari yaptırım kararlarının kesinleşme şartını aramamaktadır. Ancak, bu idari para cezalarının düzenlendiği özel kanunlarda yer alan hükümlerin dikkate alınacağı tabiidir" hükmüne yer verilmiştir.

Bahsi geçen kanun ve tebliğ hükümlerini değerlendirdiğimizde, genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idari para cezalarının tahsil edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmemektedir. Dolayısıyla idari para cezasına karşı dava açmadan ya da açılan dava sonuçlanmadan para cezası ödenmiş olabilir yani idari yaptırımın infazı tamamlanmış olabilir. Özellikle Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında, "İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, eğer para cezasının tahsili için para cezası kararının kesinleşmesi gerekmiyorsa kişi, ceza miktarında dörtte birlik indirimden faydalanabilmek için cezayı erken ödeyebilir ve daha sonra bu cezaya karşı kanun yollarına başvurma hakkını kullanma yolunu seçebilir. Bu durumda kişi para cezasının infazını tamamladı diye lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesinin dışında tutulması, yani bu ilkedan faydalandırılmaması adalete uygun olmayacaktır. Bu sebeple para cezasının tahsili yapıldıktan sonra dava konusu edilmeleri halinde, dava sonuçlanana kadar cezanın infazı tamamlanmış olsa da yaptırım kararı kesinleşmiş olmayacağı için kişinin lehe hükümden faydalandırılması gerekir.

Danıştay da disiplin cezalarına ilişkin olarak, "gerek ceza ve gerekse disiplin hukuku prensiplerine göre, davanın her safhasında ilgililer hakkında lehte olan hükümlerin uygulanması gerekmektedir" diyerek, dava devam ederken de

---

v) Kabahatler Kanununun 27 nci maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen (8) numaralı fıkrasında ise idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görüleceği düzenlenmiş olduğundan, bu kapsamdaki idari yaptırım kararları idari yargılama sürecine bağlı olarak kesinleşecektir.

2) Kanun Yolu Saklı Tutulan Hallerde İdari Para Cezalarının Kesinleşmesi: İdari para cezasına yönelik Kabahatler Kanununun hükümleri dışında kanun yolu öngörülmesi halinde, ilgili kanunlarında yer verilen kesinleşme nedenlerine bağlı olarak idari para cezaları kesinleşecektir.

lehe bir hükmün uygulanması gerektiğine işaret etmiştir<sup>40</sup>.

Lehe hükmün geçmişe yürütmesi ilkesinin uygulanabilmesi için sonradan yapılan lehe düzenlenmenin hukuka uygun olması gereklidir. Hukuka aykırı olarak yapılan bir düzenlemeden hak elde edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla sonradan yürürlüğe giren hukuka aykırı işlem lehe hüküm içerse de kişinin bu lehe hükmün kendisine uygulanmasını talep etme ve idarenin de bu hükmü uygulama imkânı bulunmamaktadır. Danıştay kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde idare tarafından yönetmelik ile yaptırım türünün değiştirilmesi durumunda, yönetmelik lehe hükümler içerse de hukuka aykırı olduğu için kişi lehine sonuç doğurmasının mümkün olmadığına karar vermiştir<sup>41</sup>.

Lehe hükmün uygulanmasına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus, kişinin eylemine uygulanacak kanun hükmünde kişi lehine bir değişikliğin bulunması halinde, ihlal tespit edilmiş ancak yaptırım uygulama işlemi henüz tesis edilmemiş ise idare tarafından lehe kanun uygulaması yapılarak, kişiye uygulanacak olan yaptırım yeni kanun hükmüne göre tesis edilmesi gerekir. Ancak idari yaptırım uygulanmasına ilişkin işlem tesis edilmiş ve artık infaz aşamasına geçilmiş ise, lehe bir hüküm değişikliğinin varlığı halinde ilgilinin talebi üzerine lehe hüküm uygulaması idare tarafından yapılmalıdır.

### 1.3. Derhal Uygulama İlkesi

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemin yapılması ile yaptırımın uygulanması sürecinde; eylemin gerçekleşmesi, soruşturma yapılması, karar ve infaz olmak üzere 4 aşamanın olduğu kabul edilmektedir<sup>42</sup>. İdari yaptırım

---

<sup>40</sup> DMD, 24.03.1981, E.1980/727 K.1981/381, Nakleden; KAYA, s.70.Ancak Danıştay'ın aksi yönde kararlarına da rastlamak mümkündür. Örneğin Danıştay bir kararında, "Ziraat Bankası Kamu İktisadi Teşebbüsü olup, bağlı olduğu yasal düzenlemeler ve buna ilişkin 8.1.1975 gün ve 15112 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Banka Personel Yönetmeliğinde Disiplin suç ve cezaları konusunda getirilen kurallar arasında zamanaşımı ile ilgili olarak herhangi bir kurala yer verilmemiştir. 16.10.1990 günü yayınlanarak yürürlüğe giren yeni yönetmeliğin 44. maddesi ile bu konuda kural konulmuş ise de, bu kural bu konuda uygulanamayacağından, olayda zamanaşımı bulunduğu gerekçesiyle işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir" diyerek olaya, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuatın uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Dan. 8.D., 26.02.1992, E.1991/1524, K.1992/346, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 20.12.2006.

<sup>41</sup> "... Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği ile hukuka olarak getirilen "uyarı" müessesesi ve geriye doğru yürürlüğü mümkün olmayan Yönetmelik kuralı nedeniyle; lehe hüküm bulunduğundan bahisle dava konusu işlemin iptaline ve söz konusu işleme istinaden ihtirazi kayıtlı ödenen bedelin davacı şirkete iadesine yönelik olarak verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır". Dan. 13.D., 10.09.2014, E.2014/2632, K.2014/2856, Karar yayınlanmamıştır.

<sup>42</sup> ÇAĞLAYAN Ramazan/DOĞAN Beşir Fatih, "Enerji Piyasası Kurumunun Verdiği Cezaların Uygulanması Sorunu Üzerine", GÜHFD, C.XII, Y.2008, S.1-2, (s.565-583), s.569.

ile ilgili bu dört aşamadan sonuncusu olan yaptırımın infazı aşamasına ilişkin yapılacak değişikliklerin diğer aşamalar ile ilgili değişikliklerden farklı değerlendirilmesi gerekir. Çünkü Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde *"Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir"* hükmüne yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu'ndaki bu hükümde *"idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından"* ifadesi kullanıldığı için, yaptırım kararının infazına ilişkin hükümlerde, derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu açıktır. İnfaza ilişkin kanunların uygulanması açısından kabul edilen derhal uygulama ilkesine göre fiilin işlendiği tarih değil, kanunun yürürlüğe girdiği tarih esas alınacak ve kanun, yürürlüğe girdiği andan itibaren lehe veya aleyhe olmasına bakılmaksızın gerçekleşen tüm infazlara uygulanacaktır<sup>43</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ise, *"Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır"* düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükme göre, sayılan üç istisna dışında ceza hukukunda, hükmün infazına ilişkin kanun hükümlerinde derhal uygulanma ilkesi geçerli olacaktır.

Derhal uygulama kuralının ceza hukuku uygulamasında hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrür ile ilgili olmak üzere 3 adet istisnasının kabul edilmiş olmasına rağmen, Kabahatler Kanunu'ndaki hüküm ile tüm idari yaptırımların infazına ilişkin kurallar açısından derhal uygulanma ilkesi kabul edilmiştir. Danıştay bir kararında usule ilişkin değişikliklerde derhal uygulama kuralının kabul edilme sebebini şu şekilde izah etmiştir; *"Kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda genel kural, her metnin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanmasıdır. Ancak idari usuller ve yargısal usulleri değiştiren kuralların kamu düzeni ile yakından ilgili olmaları bakımından derhal yürürlüğe girecekleri ve kazanılmış hakların korunması dışında herhangi bir nedenle eski usul hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir"*<sup>44</sup>.

Bu noktada infaz aşamasında gerçekleşen kanuni değişiklikler ile infaza ilişkin gerçekleşen kanuni değişiklikleri birbirine karıştırmamak gerekir. Buna göre infaz aşamasında maddi hukuka ilişkin bir değişiklik olması halinde, hükmün lehe olup olmadığının tespit edilmesi ve lehe ise geçmişe yürüyecek şekilde uygulanması gerekecektir. Ancak söz konusu olan kanuni değişiklik infaza ilişkin bir değişiklik ise, lehe veya aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın, kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla uygulanmasına başlanacaktır<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara-2006, s.137.

<sup>44</sup> Dan. 3.D., 06.11.01986, E.1986/1317, K.1986/2155, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com). Erişim Tarihi: 20.12.2016.

<sup>45</sup> Yaptırımın infazına dair bir değişiklik Kabahatler Kanunu hükümlerine göre derhal uygulanma

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yolu ile önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, Kabahatler Kanunu'nda derhal uygulama ile ilgili düzenlemesine atıfta bulunarak; *"Anılan maddede öngörülen "derhal uygulama" kuralı, idari yaptırım kararının infazı yöntemiyle ilgilidir. Dolayısıyla, infaz aşamasında da olsa, kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa'nın 38/1. maddesinde düzenlenen "kanunilik ilkesi"nin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesinde yer alan "lehe kanunun geriye yürümesi" kuralının uygulanması gerekir"* diyerek, bu hususa işaret etmiştir<sup>46</sup>.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin<sup>47</sup> "Devam eden soruşturmalar" başlıklı Geçici 1'inci maddesinde yer alan, *"Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır"* hükmünün, geriye yürümezlik kuralını ihlal ettiği gerekçesi ile iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13'üncü Dairesi tarafından *"Zaman bakımından uygulamaya dair hükümlerden, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunmayan bir Kanun'un faille uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına dair hükümler, maddi ceza hukukuna dair kurallardır. Bir hususun maddi ceza hukukuna dair olup olmadığını tespit açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihai olarak tesir eden, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerekmekte olup, usul kuralı niteliğinde olan, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda kural olarak derhal uygulama kuralı geçerlidir"* denildikten sonra, *"davaya konu Yönetmelik yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden veyahut Kanun'da yer alan yüzde on sınırı dışında sonuç yaptırımını değiştirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediği açık olduğundan, salt Kanun'da yer alan idari para cezasının belirlenmesi noktasında getirilen usuli nitelikte kriterleri içeren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceğe dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasını öngören hükümler ihdas edildiği anlaşıldığından, Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında nihai karar verilmemiş ilgililere uygulanmasının aleyhte bir durum oluşturması söz konusu olmadığı"* gerekçesi ile Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin hukuka aykırı olmadığı yönünde karar verilmiştir<sup>48</sup>.

imkânına sahipse de, kişi aleyhine sonuç doğuran değişikliklerde geçiş hükümlerine yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. EKİNCİ Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2, S.3/2017, (s.19-54), s.46.

<sup>46</sup> AYM, 2012/731 numaralı başvuru, Karar Tarihi: 15.10.2014, RG Tarih- Sayı: 17.12.2014-29208. Erişim Tarihi: 18.07.2017.

<sup>47</sup> 15.2.2009 ve 27142 Sayılı Resmî Gazete' de yayımlanmıştır.

<sup>48</sup> Dan. 13.D., 28.04.2015, E.2011/1034, K.2015/1633, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 18.07.2017. Karar oyçokluğu ile alınmış olup, konu ile ilgili karşı oy da şu ifadelerle yer

Davaya konu olan Yönetmelik incelendiğinde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesine dayanılarak verilecek olan para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasların yer aldığı görülmektedir. Yönetmelikte yer alan maddeler arasında 4054 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında<sup>49</sup> Kurul tarafından %10'a kadar tespit edilebilecek ceza miktarı Yönetmeliğin 5'inci maddesi<sup>50</sup> ile sabit bir ceza miktarı olarak belirlenmiştir. Cezanın miktarının sabit olarak belirlenmesi, yasa ile çizilen %10'luk sınır içerisinde kalmakla birlikte, idarenin %3'ten daha az bir miktarda ceza vermesinin de önüne geçildiği için kişi aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. Aynı zamanda yönetmeliğin diğer maddelerinde cezanın hangi sebeplerden dolayı ağırlaştırılabileceği ve hafifletilebileceğine ilişkin birtakım kriterler tespit edilmiştir. Dolayısıyla bu yönetmelikte yer alan hükümlerin Danıştay'ın aksine sadece infaza ilişkin hükümler olmadığı kanaatindeyiz. Ceza

verilmiştir; "İlgililerin aleyhine sonuç doğuran idari işlemlerin geriye yürümeyeceği ve düzenleyici tasarrufların düzenledikleri konularda o konuya dair kurallarının yayımlandıkları tarihten itibaren uygulanacağı açık olup, idari işlemlerin geriye yürümemesi hukuk devletinin de gereğidir. Ayrıca ceza niteliğindeki idari işlemler uygulanırken ceza hukukunun genel prensiplerinin de gözönüne alınması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinde "suçun işlendiği zamanın" esas alınması gerektiği belirtilmekte olup, bu kural ceza hukukunun genel ilkelerindedir. Davacının ilk eylem tarihi olan 2006 tarihinde davalı idarenin idari para cezalarına yönelik olarak yönetmelik çıkarma yetkisi olmadığı da göz önüne alındığında, Yönetmeliğin geçmişe yürür şekilde uygulanmasına izin veren Geçici 1. maddesinde ve bu Yönetmeliğin uygulanması sonucunda davacıya verilen idari para cezasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır". Aynı konuya ilişkin aynı yöndeki bir diğer karar için bkz.: Dan. 13.D., 03.12.2013, E.2010/1908, K.2013/3363, www.hukukturk.com. Erişim Tarihi: 18.07.2017.

<sup>49</sup> **Madde 16/3:** Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.

<sup>50</sup> **Madde 5 – (1)** Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
  - b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
- arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
  - b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,
- arttırılır.

miktarının tespiti, ceza miktarında ağırlaştırma veya hafifletme yapılması, cezanın miktarını lehte veya aleyhte etkileyebilecek maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlerdir. Bu sebeple bahsi geçen yönetmeliğin Geçici 1'inci maddesi ile ilgili olarak "derhal uygulama" ilkesinin değil, "geçmişe yürümeme" veya "lehe hükmün geçmişe uygulanması" ilkelerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## **2. İdarenin Düzenleyici İşlemleri İle Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulamaya Etkisi**

İdareye tanınan takdir yetkisinin somutlaştırılması<sup>51</sup> ve böylece idarenin kanunları uygularken eşitlik ilkesine uygun hareket etmesini sağlamak amacıyla idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmıştır. İdare, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak ve kanunlarda düzenlenmiş olmak koşuluyla kendi görev alanı içerisinde yer alan bir konuda düzenleme yetkisini kullanabilmektedir. İdari yaptırımlar konusunda idare tarafından yapılan pek çok düzenleyici işleme rastlamaktayız. Ancak idari yaptırımların zaman bakımından uygulanması ile ilgili olarak, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlere ilişkin idarenin düzenleyici işlemleri ile bir düzenleme yapması ile idari yaptırımlara ilişkin düzenleme yapması, bünyesinde barındırdığı bazı farklılıklardan dolayı ayrı başlıklar altında incelenecektir.

### **2.1. İdarenin Düzenleyici İşlemleri İle İdari Yaptırım Uygulanmasını Gerektiren Eylemlere İlişkin Yapılan Değişiklikler Açısından Zaman Bakımından Uygulama**

"Kanunilik İlkesi" nin düzenlenmiş olduğu Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, "*hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddeye göre, hangi fiillerin kabahat oluşturacağı konusunda, kanun ile kapsam ve koşullar tespit edildikten sonra, idarenin düzenleyici işlemleri ile kanun tarafından çizilen çerçevenin içeriği doldurulabilir. Dolayısıyla idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin tespiti konusunda kanunilik ilkesi mutlak bir ilke olarak kabul edilmemiştir<sup>52</sup>.

İdari yaptırımların zaman bakımından uygulanması ile ilgili olarak kanunla çizilen çerçeve içerisinde kalmak koşulu ile idarenin düzenleyici işlemleri

---

<sup>51</sup> GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara: AÜSBF Yayınları, No: 191-173, 1965, s.88.

<sup>52</sup> SANCAKTAR Oğuz, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri": ULUSAN İlhan& BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul-2009, Seçkin Yayıncılık, (s.59-109), s.77.



vasıtasıyla, yaptırım uygulanmasını gerektirecek eylemlere ilişkin yeni bir düzenleme yapılması durumunda, geriye yürümezlik ve lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkeleri, koşulları bulunması halinde uygulanma imkânı bulacaktır.

Lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesi ile ilgili Danıştay kararına konu bir olayda, davacı şirkete sahip olduğu dergide yapmış olduğu ilanının 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11'inci maddesine göre, süreli yayıncılık amaçlarına uygun kültürel ürün olmadığı gerekçesi ile idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. 4077 Sayılı Kanun, 28.11.2013 gün ve 28835 sayılı 6502 Sayılı Kanun'un 86'ncı maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve 87'nci maddesiyle de bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6502 Sayılı Kanun'da süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen promosyon uygulamaları ile ilgili düzenleme getiren 53'üncü maddesinin 7'nci fıkrasında "Promosyon uygulamalarına dair usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir" hükmü yer almış, bu doğrultuda Süreli Yayın Kuruluşlarınca Düzenlenen Promosyon Uygulamalarına İlişkin Yönetmelik<sup>53</sup> hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 5'inci maddesinde de süreli yayıncılık amaçlarına uygun kültürel mal veya hizmetler sayma yoluyla sınırlandırılarak, bentler halinde sayılan bu mal veya hizmetlerin dışında herhangi bir mal veya hizmetin verilemeyeceği kuralı getirilmiştir. Danıştay bahsi geçen yönetmelik hükümlerine göre bir değerlendirme yaparak, "... idari para cezasının konusunu mevzuata uygun olmayan promosyon uygulamalarının oluşturduğu ve Süreli Yayın Kuruluşlarınca Düzenlenen Promosyon Uygulamalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca davaya konu ürünün promosyon uygulaması olarak kabul edilmeyeceği gözetildiğinde, davacı süreli yayın kuruluşuna verilen idari para cezasının konusu da ortadan kalktığından davacı lehine bir durum ortaya çıkmaktadır. Davacı lehine hükmün uygulanması gerektiği" ne karar vermiştir<sup>54</sup>. Görüldüğü üzere somut olayda idarenin düzenleyici işlemi ile idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiile ilişkin yapılan yeni düzenleme ile lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesi uygulama imkânı bulmuştur.

## 2.2. İdarenin Düzenleyici İşlemleri İle İdari Yaptırımlara İlişkin Yapılan Değişiklikler Açısından Zaman Bakımından Uygulama

"Kanunilik ilkesi" nin düzenlenmiş olduğu Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, "Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir" hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre, kabahatlere uygulanacak yaptırımlar açısından mutlak bir kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Sadece yaptırımın türü değil aynı zamanda süresi ve miktarının

---

<sup>53</sup> 18.06.2014 tarihli ve 29034 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>54</sup> Dan. 15.D., 10.06.2015, E.2015/2620, K.2015/3937, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 18.07.2017.

da mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla idari yaptırımın türü, süresi ve miktarı konusunda idarenin düzenleyici işlemleri ile bir hüküm tesis edilmesi hukuka aykırı olacaktır ve bu şekilde düzenleyici işlem ile idari yaptırıma ilişkin yapılan değişikliklerde zaman bakımından uygulama meselesi gündeme gelmeyecektir.

Danıştay kararına konu olmuş bir olayda, davacı şirkete Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından 03.10.2012 tarihinde bir önceki yıl olan 2011 yılına ait net satışlarının %0,003'ü oranında idari para cezası uygulanmış ve daha sonrasında 15.02.2014 tarihli 28914 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Sonradan yürürlüğe giren yönetmelik ile eski mevzuat hükmü tarafından idari para cezası uygulanmasını gerektiren eylemler için, işletmecinin uyarılacağı veya para cezası uygulanacağı hükmü getirilmiştir. İdare mahkemesi tarafından yeni yönetmelik ile getirilen "uyarı yaptırımı"nın davacı şirket lehine olduğu ve zaman bakımından uygulama kuralları gereğince, lehe hükmün uygulanmamasının hukuka aykırı olduğunu belirterek Kurul tarafından verilen, idari para cezası uygulama kararı iptal edilmiştir. Danıştay 13'üncü Dairesi ise, Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi"ni düzenlediği 4'üncü maddesine atıfta bulunarak, kabahat karşılığı olan yaptırımların, türünün, süresinin ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceğini tespit ettikten sonra; "*Uyarı yaptırımı para cezasına nispetle daha hafif olmakla birlikte, idarenin düzenleyici işlemi ile kanun koyucu tarafından açıkça yaptırım olarak para cezası öngörülen fiiller hakkında, yaptırım türünün değiştirilmesi(nin) mümkün...*" olmadığını ifade etmiştir. Yine aynı kararında 13'üncü Daire, "*idari yaptırımın türü, süresi ve miktarı yönünden mutlak kanunilik ilkesi bulunduğu belirtilen Kabahatler Kanunu ile atıfta bulunulan Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi gereği lehe hükmün Kanun ile getirilmesi durumunda geriye yürüyeceği belirtildiğinden; önceki Yönetmelikte %1'e kadar öngörülen cezanın, %0,003'e düşürülmüş olması Yönetmeliğin geriye yürürlüğünü gündeme getirmeyeceği(ği)*" sonucuna ulaşmıştır. 13'üncü Dairenin bu kararında da yerinde bir şekilde ifade edildiği gibi, kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde, idarenin düzenleyici işlemi ile yeni bir ceza tesis etmesi veya mevcut cezanın miktarında bir tespite gidilmesi hukuka aykırı olduğu için lehe hüküm değerlendirmesi yapılarak, kişi bir hak talebinde bulunamaz<sup>55</sup>.

## SONUÇ

Bir hukuk kuralının uygulanabileceği süreyi ifade eden zaman bakımından uygulama kurallarına göre, her hukuk kuralı yürürlüğe girdiği andan başlayarak yürürlükten kalkmasına kadar geçen süre içerisinde gerçekleşen olaylara uygulanmalıdır.

---

<sup>55</sup> Dan. 13.D., 10.09.2014, E.2014/2632, K.2014/2856, Karar yayımlanmamıştır.

İdari yaptırımlar alanında genel kanun olma niteliğine sahip olan Kabahatler Kanunu'nun "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 5'inci maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmuş ve kabahatler hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından ise derhal uygulama kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin 7'nci maddesinde, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Geçmişe yürüme yasağı olarak ifade edilen bu ilkeyi idari yaptırımlar açısından değerlendirdiğimizde; işlendiği sırada kabahat sayılmayan, ancak sonradan yapılan düzenleme ile kabahat kapsamına alınan bir fiil için idari yaptırım uygulanması mümkün değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm sebebiyle, idari yaptırım kararının infazının tamamlanmasından önce kişinin lehine bir değişikliğin varlığı halinde, lehe hükmün uygulanması gerekir. Ancak idari yaptırımın infazı tamamlanmış olmasına rağmen yaptırım iptali için dava açılması halinde, dava sonuçlanana kadar da lehe hükmün uygulanması kuralı işletilmelidir. Bu durum genellikle idari para cezaları ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada lehe hükmün tespiti büyük önem taşımaktadır. Farklı düzenlemeler içeren iki düzenleme de tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte uygulandıktan sonra fail lehine olan hüküm tespit edilmelidir. Lehe hükmün tespitine ilişkin bazı objektif kriterler benimsenebilir. Ancak somut olayda, yaptırıma maruz kalan kişi tarafından bu objektif kriterin tersine, kendi lehine olan durumun ispat edilmesi halinde, kişi lehine olan hükmün uygulanması yoluna gidilmelidir. Lehe hükmün geçmişe yürümesi kuralının kapsamı dar yorumlanmamalı ve tüm idari yaptırımlar veya idari tedbirler hakkında, hatta idarenin tüm yükümlendirici işlemleri hakkında bu ilke uygulanmalıdır. Lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesinin uygulanabilmesi için lehe hükümler içeren mevzuat hükmünün hukuka uygun olması gerekir. Aksi halde hukuka aykırı bir düzenlemeden hak elde edilmesi mümkün değildir.

Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin son cümlesinde, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerli olduğu düzenlenmiştir. Benzer hüküm bazı istisnaları belirtilmekle birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinde de yer almaktadır. Bu noktada infaz aşamasında gerçekleşen kanuni değişiklikler ile infaza ilişkin gerçekleşen kanuni değişiklikleri birbirinden ayırmak gerekir. Şöyle ki, infaz aşamasında maddi hukuka ilişkin bir değişiklik olması halinde, hükmün lehe olup olmadığının tespiti edilmesi

ve lehe ise, geçmişe yürüyecek şekilde uygulanması gerekecektir. Ancak söz konusu olan kanuni değişiklik infaza ilişkin bir değişiklik ise lehe veya aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın, kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla uygulanmasına başlanacaktır. Bu noktada, gerçekleşen değişikliğin maddi hukuka ilişkin bir değişiklik olup olmadığının tespiti önem kazanmaktadır.

İdarenin düzenleyici işlemleri ile idari yaptırımlara ilişkin bir hüküm tesis edilmesi halinde, bu düzenlemelerin zaman bakımından uygulamaya etkisi konusunda ise; Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile ilgili idare tarafından düzenleme yapılabileceğinden, geçmişe yürüme yasağı ve lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkelerinin uygulanması mümkün olabilir. Ancak bahsi geçen hükme göre, idari yaptırımların türü, süresi ve miktarı ile ilgili mutlak kanunilik ilkesi kabul edildiğinden, bu konular idarenin düzenleyici işlemlerine konu olamayacağından zaman bakımından uygulanması meselesi de gündeme gelmeyecektir. İdare hukuka aykırı olarak idari yaptırımlara ilişkin bir düzenleme gerçekleştirirse, hukuka aykırı işlemlerden herhangi bir hak elde edilemeyeceğinden özellikle lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesi uygulanma imkânı bulamayacaktır.

\*\*\*\*\*

#### **KAYNAKÇA**

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara/İstanbul-2016.

ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara-2013.

ATAY E. Ethem, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, Ankara-10 Mayıs 2007, (s.13-95).

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2010.

ÇAĞLAYAN Ramazan/DOĞAN Beşir Fatih, "Enerji Piyasası Kurumunun Verdiği Cezaların Uygulanması Sorunu Üzerine", GÜHFD, C.XII, Y.2008, S.1-2, (s.565-583).

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara-2006.

EKİNCİ Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2, S.3/2017, (s.19-54).

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", SBF, C.18, Haziran, 1963, (s.115-182).

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara-2010.

GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara: AÜSBF Yayınları, No: 191-173, 1965.

KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, AİD, C.38, Y.2005, S.2, (s. 61-87).

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara-2009.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, No:143, İstanbul-1995.

OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-2001.

OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.

ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No; 691, İstanbul-1985.

ÖZDEMİR Selman, “İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 473, Aralık 2011, (s.113-132).

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara-2013.

ÖZYÖRÜK Mukbil, idare Hukuku Ders Notları (Çoğaltma), Ankara-1977.

SOYASLAN Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No:77, Ankara-1990.

SANCAKTAR Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”: ULUSAN İlhan& BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul-2009, Seçkin Yayıncılık, (s.59-109).

ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul-2013



# HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN TADİLİ İHTİYACI VE BU KONUDAKİ TASARI TASLAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Necessity For Amendment Of The Code Of Civil Procedure And Evaluation Of The Draft Bill On The Matter*

**Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 12.09.2017

## ÖZET

Adalet Bakanlığı tarafından kurulmuş olan Bilim Komisyonu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nı hazırlamış ve söz konusu taslak, 9 Temmuz 2017 tarihinde yayınlanmıştır. Taslak ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi ve uygulayıcıların ve doktrinin dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmada Taslak hükümleri değerlendirilmiş ve öneriler sunulmuş, ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun neden sürekli güncellenmesi gerektiği konusu tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tasarı taslağı, medeni usul hukuku, adalete erişim hakkı, hukuki dinlenilme hakkı

## ABSTRACT

The Preparatory Committee established by the Ministry of Justice has produced a draft bill to amend the Code of Civil Procedure and said draft bill was published on 09.07.2017. The draft bill is aimed to review the Code in consideration of the judicial principles, to promote effective and productive operation of the procedure and to overcome the problems raised in the practice of HMK. This article evaluates the provisions of the draft bill and discusses the need for periodical update of the Civil Procedural Code.

**Keywords:** The Code of Civil Procedure, draft bill, civil justice, access to justice, the right to be duly heard

## GİRİŞ

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), bilindiği üzere, 2011 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş ve 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun 20 Temmuz 2016 tarihine kadar kanun yollarına ilişkin hükümleri hariç olmak üzere; bu tarihte bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlaması üzerine de tümüyle uygulanmaya başlamıştır. 6100 sayılı Kanun, büyük ölçüde, selevi olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu üzerine inşa edilmiş; bununla birlikte Kanun'da, ön inceleme ve belirsiz alacak davası gibi bazı yeni kurumlara yer verilmiştir. Bu bağlamda Kanun'un yaklaşık altı yıllık uygulamasında, hem kendisinden önce 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde

<sup>1</sup> Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; E-posta: goksu@gazi.edu.tr

var olan hususlar bakımından, hem de yeni getirilen kurum ve düzenlemeler bakımından uygulamada çeşitli sorun ve tereddütler yaşandığı ve yargılamanın etkin ve verimli şekilde yürütülmesi için öngörülen bazı değişikliklerin yeterince etkili olamadığı gözlemlenmiştir.

Kanunlar ister kazuist yöntemle, isterse soyut kural yöntemi ile yapılınsınlar, ortaya çıkabilecek her türlü problemin hazırlanma sürecinde öngörebilmesi mümkün değildir. Hukuk genellikle karmaşık insan ilişkilerini düzenlediği için, birtakım hususların öngörülebilmesi veya öngörülmüş olan hususlarda yanılma olması mümkündür. Ayrıca toplumda ve uygulamada yaşanan gelişmeler neticesinde tamamen yeni kurumlar ortaya çıkması da söz konusu olabilir. Bu sebeptendir ki, kanunların lafzı yanında, onların yorumlanması da büyük önem taşır. Kanun koyucu 6100 sayılı HMK için de bu yorumlamayı kolaylaştırmak ve daha sağlıklı hale getirmek bakımından, Kanun'un 24 ila 33'üncü maddeleri arasında yargılamaya hâkim olan ilkeleri belirlemiştir. Ancak bir kanunun uygulanmasında ortaya çıkan sorunların tamamının yorum ve içtihatlarla çözümlenmesi beklenemez. Ortaya çıkan sorunlar kısa vadede elbette bu şekilde çözülebilir; hatta Anayasa'nın 36. maddesinde bir temel hak olarak düzenlenmiş olan hak arama hürriyeti gereğince çözülmek zorundadır. Ancak uygulamada ortaya çıkan sorunların temelden çözülmesi ihtiyacı, somut olayda çözülmüş olmaları ile ortadan kalkmış olmaz. Bu sorunların kökünden ve temelli çözülmesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

Yukarıda bahsedilenler çerçevesinde, tüm kanunların zaman içinde tadile ihtiyaç duydukları bir vakıadır. Ancak burada maddi hukuk ve usul hukuku kuralları arasında bir ayırım yapılması da sağlıklı olacaktır.

Adalet Bakanlığı tarafından kurulmuş olan bilim komisyonu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nı<sup>2</sup> hazırlamış ve söz konusu taslak, 9 Temmuz 2017 tarihinde yayınlanmıştır. Tasarı Taslağı'nın genel gerekçesine göre, hazırlanan taslağın amacı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi ile uygulayıcıların ve doktrin'in dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesidir.

Çalışmamızda öncelikle usul kanunlarının amacı ve öneminden bahsedilecek; özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri örnekleri üzerinden kanun tadili hususunda bazı değerlendirmeler yapılacak ve öneriler sunulacaktır. İkinci kısımda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı ile getirilmesi öngörülen değişiklikler hakkında değerlendirme yapılacak; ancak bu değerlendirme tek

---

<sup>2</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.07.2017).



tek maddeler üzerinden yapılmak yerine başlıklar halinde özetlenecektir. Son kısımda ise uygulamada sorun yaratan fakat Tasarı Taslağı'nda değinilmemiş olan bazı konular hakkında kısa öneriler getirilecektir.

## I. USUL KANUNLARININ NİTELİĞİ VE BU KANUNLARIN DÜZENLİ ARALIKLARLA GÜNCELLENME İHTİYACI İLE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE İNGİLTERE ÖRNEKLERİ

### A. Usul Kanunlarının Niteliği

Kıta Avrupası ülkeleri hukukları ve bilhassa Türk hukukunda genel bir inceleme yapıldığında, özellikle doktrinde, maddi hukuk kuralları ve usul hukuku kuralları arasında bir ayırım yapıldığı; kanunlar bakımından ise böyle bir ayırma genellikle değinilmediği görülmektedir. Usul hukuku kuralları ile maddi hukuk kuralları arasında ayırım yapılması temelde iki açıdan çok büyük önem taşımaktadır: Kuralların yer bakımından uygulanması ve kuralların zaman bakımından uygulanması. Hem Türk hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta genel kabul görmüş olan ilkelere göre usul hukuku kuralları *Lex Fori*'ye tabi iken, maddi hukuk kuralları *Lex Causae*'ye tabidir. Ayrıca usul hukuku kuralları, prensip olarak tamamlanmış işleri etkilememek şartıyla derhal uygulanırken, hangi maddi hukuk kurallarının uygulanacağı, yine prensip olarak, uyumsuzluğun veya hukuki ilişkinin tarihine göre belirlenir. Bu iki önemli fark sebebiyle doktrin ve uygulamada, bir kuralın maddi hukuk kuralı mı yoksa usul hukuku kuralı mı olduğu hakkında önemle durulduğu görülmektedir<sup>3</sup>.

Ancak yukarıda bahsettiğimiz ayırım, aslında sadece tek tek kurallar bakımından değil, aynı zamanda bizzat kanunların kendileri bakımından da önem taşımaktadır. Günümüz modern hukuklarında, toplumdaki ilişkileri, hakları ve hakların sınırlarını düzenleyen maddi hukuk kanunları ile herhangi bir maddi hak bahşetmeyen, sadece maddi hukuk kuralları ile düzenlenmiş olan hakların ihlal edilmesi veya uygulanmaması halinde bu haklara nasıl ulaşılabileceğini ya da bazı hakların yerine getirilmesi için mahkeme faaliyetinin gerekli olduğu hallerde bu faaliyetlerin nasıl yerine getirileceğini düzenleyen usul kanunlarının birbirlerinden ayrıldığı görülmektedir. Bu ayırımın önemi, sadece yukarıda bahsettiğimiz iki husus ile de sınırlı değildir.

---

<sup>3</sup> Arslan, R, Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı Ankara 2016, s. 60-64; Pekcanitez, H., Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 38-66; Tanrıver, S., Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016, s. 129-133; Taşpınar Ayvaz, S., HMK'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013; Erdoğan, E., Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016; Erdoğan, E., "Anglo-Sakson Hukukunda Maddi Hukuk Kuralı-Usul Hukuku Kuralı Ayrımı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 841-865.

Maddi hukuk kanunları, toplumdaki ilişkileri, hakları ve hakların sınırlarını düzenleyen kanunlar olduğu için, toplumun sükelerinin bu kanunları bilmeleri ve bunlara uygun davranabilmeleri gerekir. Bu uyma da ancak bu tür kanunlardaki istikrar ile sağlanır. Hukukun sükeleri bu sayede, günlük hayattaki ilişkilerini düzenlerken, haklarını ve haklarının sınırlarını daha iyi tespit edebilirler. Maddi hukuk kurallarının sürekli değişmesi, yani istikrar göstermemesi halinde, örneğin herhangi bir kira veya ilişkisinin tarafları, bu ilişkilere çoğu zaman hukukçular dâhil olmayacağı için, istemeden hukuka aykırı davranabilirler ve bu da toplumda uyumsuzlukların artmasına yol açar. Özellikle kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (*Ignorantia juris non excusat*) ilkesi de bu bağlamda önem kazanacaktır.

Usul kanunları ise, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, taraflara bir maddi hak bahşetmezler<sup>4</sup>. Usul kanunları, taraflar arasında bir uyumsuzluk çıktığı ya da bir kişinin maddi hukuk tarafından korunan bir hakkı ihlal edildiği zaman ve hatta hasımsız olarak mahkemeden bir yardım istemek zorunda olduğu hallerde uygulanan şekilci<sup>5</sup> kanunlardır<sup>6</sup>. Bu bağlamda tarafların yanı sıra en az bir hukukçunun (hâkim) meseleye dâhil olması söz konusu olur. Usul kanunları, doğaları gereği, maddi hukuk kanunlarına göre çoğu zaman daha karmaşık ve şekli bir yapıya sahip olurlar. Nitekim usul kanunları ve maddi hukuk kanunları arasındaki ayrımın temellerinden birisi de bu bağlamda ortaya çıkmaktadır: Usul kanunları şekli kanunlar oldukları için, yorumlanmaları gerektiğinde, öncelikle lâfzî yorum metodu uygulanacaktır<sup>7</sup>. Örneğin kanunla tanımlanmamış bir usulî hakkın yorum yoluyla verilmesi çoğu zaman mümkün olamaz. Bu da usul kanunlarının niteliğine uygun düşer; zira şeklilik, aynı zamanda keyfiliği de önlemektedir. Ancak hiç kuşkusuz burada dar anlamda bir lâfzî yorum da söz konusu olamaz; aksi halde hak arama hürriyetinin veya adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilir<sup>8</sup>.

Medeni usul hukuku, sürekli değişim içerisinde olan bir hukuk dalıdır. Tarih boyunca tarafların veya hâkimin (mahkemenin) egemen olduğu farklı usuller ön plana çıkmıştır. Son zamanlarda ise yine tarafların egemen olduğu fakat hâkimin de yargılamanın idaresine etkin şekilde katıldığı bir usulün yavaş yavaş tüm dünyada oturmaya başladığı gözlemlenmektedir. Tarihsel olarak taraf egemenliğinin esas olduğu Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde dahi bu son yöntem artık kabul görmektedir. Bu yaklaşım, bilhassa, yaklaşık

---

<sup>4</sup> Cappelletti, M., Garth, B., "Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI, Tübingen 1987, s. 1; Ansay, S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960, s. 3.

<sup>5</sup> Ermenek, İ., "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 s. 142-180.

<sup>6</sup> Tanrıver, s. 120.

<sup>7</sup> Pekcanitez, s. 72.

<sup>8</sup> Ansay, s. 9-10; Pekcanitez, s. 73.

son yirmi yılda çok büyük değişimlerin yaşandığı İngiliz hukuk usulünde görülmektedir. Nitekim yargılamanın adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına uygun, usul ekonomisi gözetilerek ve dürüstlük ilkesinin esas alınarak yapılmasının, etkin hukuki korumanın<sup>9</sup> gereği olarak artık evrensel boyutta kabul görmeye başladığı kolaylıkla gözlemlenebilir. Tarafların çarpıştığı ve mahkemenin sadece bir hakem olduğu yargılama usulleri, yerini, tüm süljelerin işbirliği içinde çalıştığı, adil ve gerçek bir sonuca ulaşmaya çalışan, adalete erişime önem veren ve usul ekonomisini ön planda tutan modern usullere bırakmaktadır. Bu yaklaşım, İngilizce konuşan toplumlarda hukuk yargılmasını karşılayacak şekilde kullanılan “civil justice” (medeni adalet<sup>10</sup>) kavramı ile vücut bulmaktadır. Benzer kavramların İspanyolca ve İtalyanca gibi diğer bazı dillerde de kullanıldığı görülmektedir.

## **B. Usul Kanunlarının Düzenli Aralıklarla Güncellenme İhtiyacı ve İngiltere ile Amerika Birleşik Devletleri Örnekleri**

Usul kanunları, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı yanında, usul ekonomisi ilkesine de uygun olmak zorundadırlar<sup>11</sup>. Yani süljelerin haklarına ulaşması mümkün olduğu kadar basit, çabuk ve masrafsız olmalı; aynı zamanda adalete kolay ve etkin erişim ilkesi gözetilmelidir<sup>12</sup>. Bu husus aynı zamanda anayasal bir zorunluluktur<sup>13</sup>. Dolayısıyla usul hukuku kuralları maddi hukuk kurallarına göre daha sık şekilde gözden geçirilmesi gereken kurallardır.

Usul kanunlarının güncellenme ihtiyacı, 1927 yılından 2011 (hatta kanun yolları hükümleri bakımından 2016) yılına kadar uygulanan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bakımından da görülmüştür. Kanun, uygulandığı süre boyunca sayısız kez değiştirilmiş veya değiştirilmesi teklif edilmiştir<sup>14</sup>. Ancak bu değişikliklerin yapılma sürecinin, diğer temel kanunlardan farklı olmadığı görülmektedir.

---

<sup>9</sup> Akkan, M., “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/1, Sayı 6, s. 29-68.

<sup>10</sup> BELGESAY’ın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi kitabında, “adalet servisi” ve adalet hukuku” kavramlarını kullandığı dikkat çekmektedir (Belgesay, M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 1956).

<sup>11</sup> Yılmaz, E., “Usul Ekonomisi”, Makalelerim, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 1543.

<sup>12</sup> Özbek, M., “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 2006/2, s. 907-927.

<sup>13</sup> “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” (T.C. Anayasası m. 141/IV).

<sup>14</sup> Bu konu hakkında bkz. Hanağası, E., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001; Özer, T., “HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 20, s. 101-150. Bu hususta ilginç bir örnek olarak: Belgesay, M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Rasyonel Tefsiri, Gereklili Tadilleri, Bir Proje, İstanbul 1947.

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ise, usul hukuku kanunlarının hazırlanma süreçleri ve güncelleme sıklıklarının, maddi hukuk kurallarından farklı olduğu görülmektedir. Bu konuda özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere örnekleri büyük önem taşımaktadır.

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin tamamında, maddi hukuk kanunları ile usul hukuku kanunları arasında temel bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Tüm bu hukuk sistemlerinde usul kurallarını toplayan düzenlemeler, her ne kadar nitelik olarak kanun olsalar da, en azından kavramsal olarak bir kanun olarak görülmemekte; bu kanunlar “rules”, yani “kurallar” ifadesi ile bir kanunlaştırma faaliyetine konu olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Federal Medeni Usul Kanunu (*Federal Rules of Civil Procedure*) ve Federal Delil Kanunu (*Federal Rules of Evidence*) ile İngiliz Medeni Usul Kanunu (*Civil Procedure Rules*) bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu ayırım, yukarıda ayrıntılı şekilde değindiğimiz nitelik farklarının yanı sıra, bu tür kanunların yapılış şekli bakımından da önem taşımaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Medeni Usul Kanunu (FRCP) 1938 tarihli bir kanundur. Bu tarihten önce Amerika Birleşik Devletleri federal hukuk yargılamasında genel bir usul kanunu bulunmuyordu<sup>15</sup>. Benzer bir durum 1999 tarihli İngiliz Medeni Usul Kanunu (CPR) bakımından da geçerlidir. Bu kanundan önce İngiltere'deki karmaşık mahkemeler sistemi içerisindeki her bir mahkemenin ayrı yargılama usulleri bulunuyordu. Hem Amerika Birleşik Devletleri hem de İngiltere bakımından ortak olan husus, bahsedilen kanunların parlamento değil, kurulmuş olan komisyonlar ve bizzat yargı erkinin katılımıyla yapılmış olmalarıdır.

ABD'de 1934 yılında çıkarılan bir kanun ile (*Rules Enabling Act*, 28 U.S.C. § 2071-2077) Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne (*Supreme Court*) usul kanunları yapması konusunda yetki verilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin oluşturduğu komite ile 1938 tarihli Kanun hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Burada önemli ve ilginç olan husus, söz konusu Kanun ile verilen yetkinin bir defaya mahsus olmadığıdır. Bu yetki halen devam etmektedir. Yüksek Mahkeme bu yetkiye dayanarak daimi bir komisyon aracılığı ile usul kanunlarının güncel kalmasını sağlamaktadır. Bu yetki 1988 yılında yapılan kanuni değişiklik sonrasında büyük ölçüde *Judicial Conference* (Yargı Kurulu) tarafından kullanılmaktadır. Bu kurul Yüksek Mahkeme başkanının başkanlığında, bölge temyiz mahkemelerinin (ve Uluslararası Ticaret Mahkemesi) başkanlarından oluşmaktadır. Bu kurul altında daimi bir komite (*Standing Committee*) bulunmakta ve değişikliklere bu komite tarafından son şekli verilmektedir. Daimi komite, hâkimler, avukatlar

---

<sup>15</sup> Tarihsel gelişim için bkz. James, F., Hazard, G.C., Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 5th Edition, New York, 2001, s. 23 vd.; Teply, L.L., Whitten, R.U., *Civil Procedure*, Fourth Edition, New York 2009, s. 35 vd.

ve akademisyenlerden kuruludur<sup>16</sup>. Bu komitenin altında da medeni usul, temyiz usulü, iflas usulü, deliler ve ceza usulü için ayrı ayrı olmak üzere, yine farklı mesleklerden üyeleri bulunan danışma komisyonları bulunmaktadır. Bu hiyerarşik ilişki içerisinde değişiklikler önce ilgili komisyon, daha sonra da sırasıyla daimi komite, Yargı Kurulu ve Yüksek Mahkeme tarafından tartışılıp karara bağlanmaktadır<sup>17</sup>. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, yukarıda bahsedilen kanuni düzenlemeye göre, ABD Kongresinin (parlamento) yapılan değişiklikleri ortadan kaldırma, reddetme veya değiştirme yetkisi bakidir. Bu şekilde kuvvetler ayrılığı ilkesi de güvence altına alınmıştır.

İngiltere’de, yukarıda bahsettiğimiz 1934 tarihli Kanun’un bir benzeri 1997 yılında çıkarılmış (*Civil Procedure Act 1997*) ve söz konusu kanun ile daimi bir komite kurulmuş; bu komiteye kanunu hazırlama yetkisi verilmiştir. Medeni Usul Kuralları Komitesi (*The Civil Procedure Rule Committee*), daimi bir komitedir ve şu an için on altı üyeden oluşmaktadır. Komite bağımsız bir komitedir; ancak Adalet Bakanlığı tarafından desteklenmektedir. Komite’de şu an için Konsey’in başkan ve başkan yardımcısının yanı sıra, dört hâkim, altı avukat (üçü *barrister*, üçü *solicitor* olmak üzere<sup>18</sup>) ve iki sivil üye görev yapmaktadır<sup>19</sup>. Komite’nin başkanlığını, Hukuk Yargısı Konseyi’nin (*Civil Justice Council*) başkanı yapmaktadır. Hukuk Yargısı Konseyi de komite gibi bağımsız bir kuruluştur. Konsey, yukarıda ABD hakkında bahsettiğimiz Yargı Kurulu’na benzer bir görev yerine getirmektedir. Ancak Hukuk Yargısı Konseyi’nin, ABD’deki Yargı Kurulu’ndan farklı olarak, hâkimlerin yanı sıra, diğer mesleklerden de üyeleri bulunmaktadır. Hazırlanan değişiklikler, adalet bakanına benzer bir fonksiyon yürüten *Lord Chancellor*’ın onayı ile kanun haline getirilir ve parlamentoya sunulur. Aynen ABD’de olduğu gibi, Birleşik Krallık parlamentosu da bu değişiklikleri ortadan kaldırma yetkisine sahiptir.

İngiliz Medeni Usul Kanunu, Lord Woolf raporu üzerine hazırlanmış olan bir kanundur. Woolf Raporu’nun ruhu ile hazırlanmış olan Kanun’da basitlik ve ucuzluğun, yani usul ekonomisinin, en temel ilke olduğu görülmektedir<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> [http://www.uscourts.gov/sites/default/files/2017-06-standing-agenda\\_book\\_0.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/2017-06-standing-agenda_book_0.pdf), s. 17 (Erişim tarihi 15.07.2017).

<sup>17</sup> Duff, J.C., Overview for the Bench, Bar, and Public, (<http://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>) (Erişim tarihi 15.07.2017).

<sup>18</sup> İngiliz hukukunda bulunan *Solicitor – Barrister* ayrımı, son yıllarda yapılan değişiklikler ile giderek etkisini yitirmekle birlikte, halen varlığını sürdürmektedir (Slapper, G., Kelly, D., *The English Legal System*, Fourteenth Edition, Abingdon 2013).

<sup>19</sup> <https://www.gov.uk/government/organisations/civil-procedure-rules-committee/about> (Erişim tarihi 15.07.2017).

<sup>20</sup> Bu rapor ve Kanun hakkında bkz: Özbek, M., “Adalet Erişim – Nihai Rapor Lord Woolf”, *Çeviri, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 4, s. 989-1008; Güralp, A.G., *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Reform Çalışmaları*,

Kanunda geçtiğimiz on sekiz yılda yapılan değişiklikler de büyük ölçüde bu yönde olmuştur. İngiliz Medeni Usul Kanunu, Şubat 2017 değişikliği ile birlikte toplam seksen sekiz kez değişikliğe uğramıştır<sup>21</sup>. Bu değişikliklerin çok büyük bir kısmı yargılamayı hızlandırma ve basitleştirme amacına yönelik küçük değişiklikler olmakla birlikte, aralarında, 2013 Yargı Giderleri Reformu gibi çok önemli bazı değişiklikler de bulunmaktadır<sup>22</sup>.

Yukarıda bahsedilen her iki ülke örneğinde de ilgili komisyon veya komiteler düzenli olarak toplanmakta ve önerileri değerlendirip tartışmaktadır. ABD ve İngiltere örnekleri, nihai kanunlaştırma faaliyeti bakımından elbette Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulanabilir örnekler değildir. Nitekim bizim sistemimize göre kanun yapmakla Anayasa'ya göre Türkiye Büyük Millet Meclisi görevlidir. Ancak bu ülkelerdeki uygulamaların, meselenin diğer boyutu olan kanunların güncellenme süreci konusunda örnek alınabilmeleri bakımından ise hiçbir engel bulunmaktadır. Nasıl ki arabuluculuk veya bilirkişilik gibi konularda daimi kurul ve komisyonlarımız varsa, usul kanunlarının güncel ve etkin tutulmaları bakımından da bu tür daimi komisyonlar kolaylıkla kurulabilir. Ülkemizde kanunların hazırlanması *ad hoc* komisyonlarca yapılmaktadır. Bu usul, daha nadir güncellenen maddi hukuk kanunları bakımından faydalı olabilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, usul kanunlarının güncel ve etkin kalmalarının en iyi şekilde sağlanması, kanaatimizce, kurulacak olan daimi komisyonlarca mümkün olacaktır. Bu komisyonlarda Adalet Bakanlığının ilgili birimlerinden temsilciler, üst derece ve ilk derece kürsü hâkimleri, avukatlar, akademisyenler ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri bulunmalıdır. Bu komisyonlar düzenli olarak toplanıp uygulamadaki sorunları ve ilgili sùjelerden gelecek değişiklik tekliflerini değerlendirip yine düzenli olarak rapor sunabilirler. Bu sayede TBMM'nin kanun yapma sürecine de çok büyük katkı yapılmış olacaktır.

---

Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011, s. 199 vd;  
Lord Woolf, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System  
in England and Wales, London 1996.

<sup>21</sup> <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> (Erişim tarihi 15.07.2017).

<sup>22</sup> Bu reform hakkında bkz: Göksu, M., "Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 115 (2014/6), s. 277-314; Lord Jackson, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, Norwich 2009; van Tonder, G., "Judicial Management of Costs Post Jackson", New Square Chambers Legal Update, April 2013, s. 1-2.

## II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI TASLAĞI'NDA ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLERİMİZ

### A. Hukuki Dinlenme Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirmeler

Tasarı Taslağı'nın 1, 2, 3, 4, 10, 14, 16, 26 ve 39. maddeleri anayasal temel haklardan olan hukuki dinlenme ve adil yargılanma hakları ile doğrudan ilgilidir. 15. ve 20. maddelerde öngörülen sözlü yargılamaya ilişkin değişiklik de yine hukuki dinlenme hakkı ile ilgili olmasına rağmen, konunun önemi sebebiyle bu değişiklik, bir sonraki başlıkta ayrı olarak değerlendirilecektir.

Bu başlıktaki değişikliklerden ilki, Anayasa Mahkemesi'nin 10.02.2016 tarih ve 2015/96 esas, 2016/9 karar sayılı kararı ile HMK'nın 20. maddesinde gerçekleştirdiği iptal üzerine yapılması öngörülen değişikliktir. Buna göre, taraflara verilen sürenin başlaması için tebliğ zorunluluğu getirilmiştir. İkinci madde ile Kanun'un 32. maddesine "Dilekçe verilmesi kanunda öngörülen veya hâkim tarafından uygun bulunan haller dışında taraflarca herhangi bir isim altında sunulan dilekçeler hükme esas alınmaz." ibaresi eklenmiştir. Üçüncü madde ile Kanun'un 79. maddesine "bir ayı geçmemek üzere" ifadesi eklenmiş ve ayrıca disiplinsiz tutumun devamı hakkında ne yapılacağına dair yeni bir fıkra eklenmiştir. Dördüncü madde ile ise Kanun'un kesin süreyi düzenleyen 94. maddesine, "Hâkim, kesin süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklar ve süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarını ihtar eder." ibaresi eklenmiştir.

Yukarıdaki tüm değişikliklere, madde gerekçelerini de göz önünde bulundurarak katıldığımızı ifade etmekle birlikte, dördüncü maddede yapılan değişikliğe bilhassa değinmek istiyoruz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, usul kanunları şekli kanunlardır. Bu kanunların hükümleri çoğu zaman emredicidir ve hükümlerin gereği yerine getirilmediği takdirde usulî hakkın ortadan kalkması (düşmesi) söz konusu olur. Usulî hakların kaybı, beraberinde uyuşmazlık konusu maddi hakkın kaybedilmesi sonucuna da yol açabilir. Bu çerçevede, yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi, usul kanunlarının basit, anlaşılabilir ve tereddütten uzak olması gerekir. Bu sebeptendir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, ilgili hükümlerin yaptırımlarının uygulanabilmesi için taraflara mutlaka meşruhatlı davetiye tebliğ edilmesi zorunludur (örn. m. 171, 228). Bu zorunluluk adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilgilidir ve ilk kısımda değindiğimiz "hukuku bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesinin, aslında usul hukuku bakımından çok fazla uygulanabilirliğinin olmadığı bir kanıttır. Bu yaklaşımın, Kanun'un (ve hatta bu Kanun'un doğal bir uzantısı olan İcra ve İflas Kanunu'nun) tüm hükümleri bakımından esas alınması gerekir. Hukuk sistemimizde avukatla

temsil zorunluluğunun bulunmadığı ve usul hukukunun son derece karmaşık bir hukuk dalı olabilmesi gerçekleri karşısında, mahkemenin usule ilişkin her konuda ve silahların eşitliği ilkesini de gözetererek, taraflara karşı aydınlatma görevini yerine getirmesi gerekir<sup>23</sup>. İşte bu çerçevede, hâkim bu şekilde bir süre verdiği zaman mutlaka söz konusu süre içinde yapılması gerekenleri, bu sürenin kesin süre olduğunu ve süreye uyulmaması halinde tarafın ne gibi sonuçlarla karşılaşacağını açık ve net bir şekilde belirtmesi ve bunu ara kararına yazması gerekir<sup>24</sup>.

Tasarı Taslağı'nın 10. maddesi ile Kanun'un cevap dilekçesi verme süresini düzenleyen 27. maddesinde iki değişiklik öngörülmektedir. Bunlardan ilki, uygulamada daha önce tereddütlere yol açan, süre uzatımının hangi tarihten itibaren başlayacağı meselesinin açıklığa kavuşturulmasına yöneliktir ve kanaatimizce yerindedir. İkinci değişiklik ile ise, maddenin son cümlesi olan, "Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir" cümlesinin yürürlükten kaldırılması yönündedir. Madde gerekçesinde bu değişiklik ile ilgili olarak herhangi bir gerekçeye değinilmemiş, sadece bu kapsamda ek cevap süresi verilmesini talep eden davalının, bu talep üzerine mahkemece verilen kararın ne olduğunu, talep kabul edilmişse kaç günlük ek cevap süresi verildiğini takip etmek durumunda olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıdaki değişikliğe kesinlikle katılmıyoruz. Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenmiş yadsınamaz temel bir hak olan adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturan<sup>25</sup> ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde açıkça ve ayrıca düzenlenmiş olan hukuki dinlenilme hakkını oluşturan üç temel unsurdan birisi de, Kanun'un ifadesi ile "yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması"dır. Davanın tüm tarafları (ve hatta müdahil gibi ilgili üçüncü kişilerin) dava ile ilgili alınan kararlardan ve yapılan işlemlerden haberdar edilmesi zorunludur<sup>26</sup>. Kanaatimize göre, bu karara karşı herhangi bir itiraz vs. hakkının bulunup bulunmadığı, yani bu kararın bildirilmesi üzerine bir sürenin başlayacak olup

<sup>23</sup> Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hanağası, E., Medeni Usul Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 289 vd.

<sup>24</sup> Özçelik, V., "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, Sayı 129, s. 135 vd.; "...Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca, kesin süreye dair ara kararının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması, taraflara yüklenen yükümlülüklerin, yapılması gereken işlemin neler olduğunun ve her iş için yatırılacak ücretin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklanması gerekir. Geciken adaletin adaletsizlik olduğu düşünülerek, davaların uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek üzere getirilen kesin süre kuralı, kanunun amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır..." 14. HD, E. 2015/7295, K. 2017/277, T. 16.1.2017 (Kazancı Bilgi Bankası).

<sup>25</sup> Yılmaz, E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 289; Pekcanitez, H., "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Makaleler, Cilt I, İstanbul 2016, s. 518; Tanrıver, s. 380.

<sup>26</sup> Özkes, M., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 89-90.



olmaması ile söz konusu bildirim zorunluluğu arasında doğrudan bir ilgi de bulunmamaktadır. Bu sebeple, söz konusu süre uzatımı talebinin kabulü bakımından davacı, reddi bakımından da davalının itiraz veya kanun yolu hakkı olmasa dahi, alınan kararın mutlaka her iki tarafa da bildirilmesi zorunlu olmalıdır. Gereğede yazılmamakla birlikte, uygulamadaki şikâyetlerden izleyebildiğimiz kadarıyla bu değişikliğin gerekçesini oluşturan “tebligatlarda gecikme yaşanması” hususu, hukuki dinlenilme hakkının ihlali için yeterli bir gerekçe oluşturamaz.

Taslağın 14. maddesi ile Kanun’un, sonradan delil gösterilmesini düzenleyen 145. maddesinde bulunan “sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya” ibaresinin kaldırılması öngörülmüştür. Öngörülen bu değişikliğin yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Kaldırılan kısım ve maddedeki diğer ibare olan “süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa” ibaresinin, kullanılan “veya” bağlacı sebebiyle birbirleri ile seçimlik ihtimaller olması, Kanun’un dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü düzenleyen 29. maddesine göre zaten mümkün olmayacağına göre, değişiklik ile öngörüldüğü şekilde, birinci ibarenin (ihtimalin) kaldırılması yerinde olacaktır.

Taslağın 16. maddesi ile Kanun’un, duruşma düzenini düzenleyen 151. maddesinde bulunan avukatların salondan çıkarılamayacağı yönündeki ilke değiştirilmekte ve bu ayrıcalıktan yararlanabilecek olanların sadece “taraf avukatları” olduğu ifade edilmektedir. Bilindiği üzere hem Avukatlık Kanunu, hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi diğer bazı kanunlarla, avukatlara özel bazı haklar ve yetkiler verilmiştir. Bunlardan bir kısmı salt avukatlık kamu hizmetini yürüttükleri için kendilerine verilen haklar ve yetkiler iken (örneğin Avukatlık Kanununu m. 58); diğerleri vekillik yaptıkları belirli işler bakımından tanınmış olan haklar ve yetkililerdir (örneğin Avukatlık Kanunu m. 56/II).

6100 sayılı HMK’nın mevcut 151. maddesi ise yukarıdaki paragrafta bahsettiğim ayrım bağlamında bir tutarsızlık içermektedir. Madde lafzı, tüm avukatların bu hüküm kapsamına gireceği şeklinde olsa da, olması gereken bakımından aslında bu maddedeki dokunulmazlık, ikinci tür haklar/ yetkililerdendir. Yani burada aslında korunan husus, avukatın doğrudan mesleğinden doğan ve bizzat kendisini etkileyen bir husus değil; bilakis müvekkilin hukuki dinlenilme hakkıdır<sup>27</sup>. Bu sebeple öngörülen değişikliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

---

<sup>27</sup> “...Ayrıca vekilin mesleğinin gereği olarak müvekkilinin hak ve hukukunu korumak amacıyla duruşmada bulunduğu, salondan çıkartılma endişesini taşımadan görevini rahatça yapabileceği ortamın sağlanmasının gerekli olduğu düşünülerek, maddenin birinci fıkrasında yer alan “avukatın duruşma salonundan çıkartılması” imkânı kaldırılmış, bunun yerine vekilin uygunsuz davranışlarının disiplin suçu veya adli bir suç teşkil etmesi durumunda olayın yetkili makama bildirilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır...” TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi.

Taslağın 26. maddesi ile Kanun'un bilirkişi raporuna itirazı düzenleyen 281. maddesinde bir değişiklik öngörülmüş ve itiraz süresinin mahkemece uzatılabileceği düzenlenmiştir. Uygulamadaki bu yöndeki talepleri karşılayacak bir hüküm olması sebebiyle uygun olduğu kanısındayız.

Bu başlık altında en son bahsedeceğimiz değişiklik olan 39. madde ile Kanun'un Delil Tespiti talebi ve karar başlığını taşıyan 402. maddesine, "Tespitin yapılmasından sonra, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece karşı tarafa kendiliğinden tebliğ olunur" fıkrası eklenmektedir. Yukarıda 10. madde ile ilgili değerlendirmelerimizde belirttiğimiz üzere, delil tespiti işlemi üzerine yapılacak olan bildirim de hukuki dinlenilme hakkının getirdiği bir zorunluluktur. Bu fıkranın getirilmesi elbette faydalıdır; ancak yine yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, Kanun'da bu yönde açık bir düzenleme olmasa dahi; karşı tarafın bilindiği ve delil tespiti talebine yazıldığı ya da mahkemece tespit sırasında belirlendiği hallerde, söz konusu bildirim zaten yapılması gerekir. Zira açıkça aksine bir kanun hükmü olmadıkça, hukuki dinlenilme hakkı gereği ilgili tarafa bildirim yapılması zorunludur<sup>28</sup>. Delil tespitinin, her ne kadar bir dava olmasa da, tıpkı Kanun'da düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki himaye tedbirleri olan ihtiyati tedbir gibi çekişmeli bir nitelik taşıdığı, bu sebeple de yapılan faaliyetin yargısal bir faaliyet olduğu unutulmamalıdır. Kaldı ki delil tespiti bilindiği üzere dava içerisinde de yapılabilir. Dava içerisinde yapılan böyle bir işlemin karşı tarafa bildirilmemesi zaten kabul edilebilecek bir husus değildir.

## **B. Sözlü Yargılama ile İlgili Öngörülen Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler**

Tasarı Taslağı'nın 15. ve 20. maddelerinde sözlü yargılama aşamasına ilişkin olarak öngörülmüş olan değişiklikler, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukuki dinlenilme hakkı ile doğrudan ilgilidir.

Taslağın 15. maddesi ile sözlü yargılama aşamasının, 6100 sayılı Kanun'dakinden çok farklı şekilde yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir. Yeni sistematikte, "taahhüt, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat ve sözlü yargılama için duruşmaya davet edilir. Taraflara gönderilecek

---

<sup>28</sup> "...Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi ve yıkım istemine ilişkindir. Davacının davadan önce Asliye Hukuk Mahkemesi'nden müdahalenin tespitinin yapılmasını talep ettiği ve tespit sonrası alınan 02.08.2011 tarihli bilirkişi rapor ve eki krokisinin taraflara tebliğ edilmediği görülmektedir. Delil tespitinin karşı tarafın yokluğunda yapılmış olması halinde, mahkemece delil tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun, davalının huzurunda yapılmış olsa dahi alınan bilirkişi raporunun bir suretinin derhal karşı tarafa tebliğ edilmesi zorunludur. Bu aynı zamanda hukuki dinlenme hakkının bir gereğidir. Taraflara tebliğ edilmeyen raporun delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir..." 1. HD, E. 2012/13665, K. 2013/1671, T. 11.2.2013 (Kazancı Bilgi Bankası)

davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri, tahkikatın sona erdiği duruşmada sözlü yargılamaya geçileceği, sözlü yargılama için duruşmanın ertelenmesi halinde taraflara ayrıca davetiye gönderilmeyeceği ve yokluklarında hüküm verileceği bildirilir” şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, selefi olan 1086 sayılı Kanun’da bulunan aşamaları korumuş ve bunlara ön inceleme aşamasını da eklemiştir; ancak yeni kanun, eski kanundan farklı olarak, bu aşamalar arasındaki sınırları çok net bir şekilde çizmiştir. Kanun’a göre bir aşama tamamlanmadan diğer bir aşamaya geçilmesi mümkün değildir (m. 137 ve m. 186). Aşamalar arasındaki keskin çizgiler konusunda uygulama ve doktrinde bir tereddüt olmamakla birlikte<sup>29</sup>, ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama aşamalarının gerçekleştirilebilecekleri oturumlar bakımından bir tereddüt bulunmaktadır. Kanunun 137. maddesi ön inceleme ve tahkikat aşaması bakımından bu keskin çizgiyi ortaya koymuşken, aynı şeyi 186. madde, tahkikat ve sözlü yargılama arasında yapmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, 186. maddede bulunan ifadenin de yeterince açık olması sebebiyle bu konuda uygulamada bir karmaşa söz konusu olmamıştır. İlk derece mahkemeleri bu zorunluluğu zaman zaman ihlal etmekle birlikte, Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarının tutarlı olduğu görülmektedir<sup>30</sup>.

Uygulamadaki asıl tereddüdün 137. madde bakımından yaşandığı görülmektedir. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 201. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan “Yazılı yargılama usulünde de, hâkim ön incelemeyi tamamlayıp gerekli kararları verdikten sonra, aynı duruşmada tahkikata geçerek gerekli kararları verebilir” şeklindeki kanaatimize göre Kanun’a da aykırı olan hüküm de bu tereddüdü artırmaktadır.

---

<sup>29</sup> Bu konuda içtihatlar bakımından önemli bir farklılık bulunmamakla birlikte, Hukuk Genel Kurulu bir kararında aşamalar arasındaki çizgileri net bir şekilde ortaya koymuştur: “... 6100 Sayılı HMK’nın ön incelemenin kapsamı başlıklı 137. Maddesinde, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılacağı... HMK’nın 137. maddesinin 2. fıkrasında ise ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği düzenlenmiştir... ön inceleme sonuç tutanağı düzenlenip bu tutanağın taraflara imzalatılması ve HMK’nın 147. ve 186/1 maddelerine göre tarafların tahkikat ve sözlü yargılamaya davet edilmesi, ön inceleme aşamasında yapılması gereken tüm işlemler yapıldıktan sonra tahkikata geçilmesi gerekirken...” (YHGK E. 2014/2-20, K. 2015/1753, T. 1.7.2015; Kazancı Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, s. 316; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1280.

<sup>30</sup> Örnek olarak: 14. HD, E. 2015/17824, K. 2017/2025, T. 16.3.2017; 2. HD, E. 2016/2644, K. 2016/13457, T. 4.10.2016; 11. HD E. 2015/10394, K. 2016/5178, T. 9.5.2016 (Kazancı Bilgi Bankası).

Tasarı Taslağı'nda bu yönde bir değişiklik öngörülmemiştir; bu sebeple bu konuya ayrıntılı olarak değinmiyoruz. Ancak tereddüdün ortadan kalkması bakımından bu yönde daha net bir ifadenin Kanun'a konulması düşünülebilir.

Sözlü yargılama aşaması ise, Tasarı Taslağı ile kanunen korunmakla birlikte, fiilen yürürlükten kaldırılmaktadır. Aşama, Kanun'daki varlığını ismen sürdürecektir olsa da, bu şekilde tahkikat ile hüküm arasında sıkıştırılması ile varlığı fiilen sona erecektir. Meseleye öncelikle teorik ve tarihsel olarak bakmak gerekir.

Hukukumuzda kullanılan sözlü yargılama aşaması kavramı, aslında yanıltıcıdır. Tahkikat zaten bizim sistemimizde büyük ölçüde sözlü şekilde gerçekleşmektedir. Hatta Kanun'un 184. maddesi, tahkikat tamamlandıktan sonra taraflara tahkikatın tamamı hakkında açıklama yapma hakkını da tanımaktadır. 186. maddede düzenlenen sözlü yargılama, özü itibariyle hükümden önce taraflara son sözlerinin sorulmasıdır. 184. maddedeki dinleme ile buradaki dinlemenin arasındaki fark, ilkinin tahkikata dâhil olması, ikincisinin ise tahkikat dışında, hüküm öncesinde yapılan bir faaliyet olmasıdır. Farklı hukuk sistemlerinde farklı isimler alan<sup>31</sup> sözlü yargılama faaliyeti, hemen takip edecek olan hüküm aşamasında delilleri değerlendirecek olan hâkimi (veya jüriyi yargılamalarda jüriyi) son bir ikna çabasıdır<sup>32</sup>. Bu sebeple de sözlü yargılamanın bilhassa önemli olduğu davalar, ispat yükü ve ispat ölçüsünün yerine getirilip getirilmediğinin kolaylıkla tespit edilemediği davalardır.

Sözlü yargılama faaliyetinin bitişik olduğu aşama evresi, tahkikat aşamasının sonu değil, hüküm aşamasının öncesidir. Bu sebeple sözlü yargılama (veya kapanış konuşmaları) daima hüküm müzakerelerinden hemen önce yapılır. Sözlü yargılama ve hüküm aşamalarının bir arada olması ve tahkikattan ayrık olması, hem tarafların kapanış konuşmalarına daha iyi hazırlanabilmelerini hem de hâkim veya mahkeme üyelerinin tahkikatta sunulan delilleri daha

---

<sup>31</sup> Bununla birlikte belirtmemiz gerekir ki, ABD (FRCP m. 51 – *closing arguments*), İngiliz (Chancery Guide 21.93 – *closing submissions*), Alman (Alm. ZPO m. 285 - *Verhandlung nach Beweisaufnahme*) ve Fransız (Code de procédure civile m. 440 - *les plaidoiries ou les observations*) hukuk yargılamalarında bu faaliyet ayrı bir aşama olarak düzenlenmemiş; delillerin incelenmesi (sözlü duruşmalar) ile hüküm arasında yapılması gereken bir işlem olarak ifade edilmiştir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda ise konu ayrı bir madde ile ve daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre taraflar, önce davacı olacak şekilde ikişer kez konuşabilirler; ayrıca tarafların anlaşması halinde son sözlerin sözlü değil yazılı olarak sunulması da mümkündür (İsv. ZPO m. 232 - *Schlussvorträge*).

<sup>32</sup> Kerley, P., Banker Hames, J., Sukys, P.A., *Civil Litigation*, Sixth Edition, New York 2012, s. 453; Rose, W. (Editor-in-Chief), *Blackstone's Civil Practice 2008*, Oxford, 2007, s. 790; Mülga 1086 sayılı Kanun'da sözlü yargılama (şifahi murafaa) daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre taraflara ikişer kez söz veriliyordu (m. 376, 377). ANSAY'a göre son söz mutlaka davalıındı (Ansay, s. 319).

iyi ve sağlıklı değerlendirebilmelerini ve müzakere edebilmelerini sağlar. Hatta tahkikattan arı olan temyiz aşamasında, Kanun'un 369. maddesi ile düzenlenmiş olan temyiz duruşması da (murafaa), aslında sözlü yargılama aşamasının, yani kararın müzakeresine geçilmeden önce tarafları dinlemenin bir örneğinden ibarettir. Temyiz duruşması, bize sözlü yargılama faaliyetinin bir formaliteden ibaret olmadığını göstermektedir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki karşılıklı soru sorma vs. usullerinin bulunmadığı Türk hukuk yargılamasında, mahkeme önünde gerçek anlamda sözlülük hiçbir zaman etkin olamamıştır. Bu sebeple de sözlü yargılama aşaması, hem 1086 sayılı HUMK hem de 6100 sayılı HMK dönemlerinde, maalesef, bir formalite olmaktan öteye geçememiştir<sup>33</sup>. Bu sebeple söz konusu aşamanın Tasarı Taslağı'nda öngörüldüğü şekilde tamamen bir formalite haline getirilerek, hiç olmazsa yargının hızlandırılmasına katkı sağlaması düşünülebilir. Kanaatimizce bu seçim bir hukuk politikası kararıdır. Bu sebeple bizim görüşümüz kurumun olduğu şekilde yaşatılması yönünde olsa da, öngörülen değişikliğin pratik faydalarının olabileceğini de kabul ediyoruz.

Burada asıl eleştirelimiz, her iki maddede de öngörülen taraflara davetiye gönderilmeyeceği hususu üzerinedir. Tasarı Taslağı'nın 20. maddesi ile Kanun'un 186. maddesinde öngörülen değişikliğe göre, "Mahkeme, tahkikatın bittiğini tefhim ettikten sonra aynı duruşmada sözlü yargılama aşamasına geçer. Bu durumda taraflardan birinin talebi üzerine iki haftadan az olmamak üzere duruşma ertelenebilir. Hazır bulunsun veya bulunmasın sözlü yargılama için taraflara ayrıca davetiye gönderilmez." Buna göre sözlü yargılama için ayrı bir duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde dahi, duruşma gününün tebliğ edilmeyeceği öngörülmektedir.

Yukarıda hukuki dinlenilme hakkına ilişkin olarak yaptığımız tüm açıklamalar, 15. ve 20. madde ile öngörülen değişiklikler hakkında da geçerlidir. Sözlü yargılama ve hüküm aşamalarının bir bütün olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Tarafların söyleyecekleri bir son söz olmasa dahi, hüküm duruşmasında hazır bulunabilmek için sahip oldukları bilgilenme hakları ellerinden alınamaz. Bu çerçevede böyle bir düzenleme yapılması halinde, bunun Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>33</sup> Bu konudaki bizce çok haklı bir mesleki özeleştiri için bkz: Dedeoğlu, E., "6100 Sayılı HMK Açısından Sözlü Yargılama ve Avukatlar Açısından Bir Kayıp", 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara 2011, s. 191-193.

### **C. Belirsiz Alacak Davası ile İlgili Öngörülen Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler**

Tasarı Taslağı'nın 5. maddesinde, belirsiz alacak davalarına ilişkin olarak çok önemli bir değişiklik yer almaktadır. Bilindiği üzere belirsiz alacak davası yeni usul kanunumuzun en çok tartışılan yeniliklerinden bir tanesi olmuş, uygulamada pek çok konuda tereddütlere yol açmıştır. Öngörülen değişiklik, bu belirsizliği kısmen ortadan kaldıracak niteliktedir. Değişiklik ile iki yeni unsur getirilmiştir. Bunlar “verilecek olan iki haftalık süre” ve “tam ve kesin olarak” ifadeleridir. Her iki değişikliğe de katıldığımızı ifade etmekle birlikte, bu değişikliğin bir konuda eksik kaldığı görüşünderiz:

Belirsiz alacak davası bakımından yaşanan en büyük tereddütlerden bir tanesi, kısmi dava hakkını düzenleyen 109. maddenin “Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez” şeklindeki üçüncü fıkrasının, belirsiz alacak davaları yönünden uygulanıp uygulanamayacağı veya uygulanacaksa nasıl uygulanacağı hakkındadır. Doktrinde SİMİL, kısmi dava ile belirsiz alacak davasının birbirinden farklı davalar olduğunu, belirsiz alacak davasının bir tam eda davası olduğunu, bu iki davanın hükümlerinin birbirlerine uygulanamayacağını ifade etmiş ve belirsiz alacak davasının talebin artırılmaması halinde, hakkından feragat etmiş sayılmayacak olmasına rağmen, davacının duruma göre derdestlik veya kesin hüküm itirazı ile karşılaşacağını belirtmiştir<sup>34</sup>. Bu durumda davacı kalan haklarından açıkça feragat etmiş olmadığı için feragat etmiş sayılmamakta; fakat açmış olduğu belirsiz alacak davası bir tam dava olduğu için, kalan kısım için daha sonra açacağı davada derdestlik ya da kesin hüküm (her iki ihtimalde de dava şartı) olduğu için ikinci davanın görülmesi mümkün olamamaktadır.

Yukarıdaki görüşe kısmen katılmadığımızı ifade etmek istiyoruz. Kanaatimize göre kısmi dava her ne kadar Kanun'un 109. maddesi altında “kısmi dava” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, kısmi davanın gerçek anlamda bir dava çeşidi olmadığı, yine olağan bir eda davası olduğu görüşünderiz. Nitekim Kanun'daki ifade de şu şekildedir: “Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir”. Görüldüğü üzere Kanun aslında burada sadece talebin bir kısmının da dava edilebileceğini düzenlemiştir<sup>35</sup>. Aynı maddenin yukarıda bahsettiğimiz üçüncü fıkrası ile de,

---

<sup>34</sup> Simil, C., Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 298-300. Aynı yönde Tanrıver, s. 598.

<sup>35</sup> Bu durum aslında mülga 1086 sayılı Kanun zamanındaki 367. maddeye benzetilebilir. Hatırlanacağı üzere orada da aslında Kanun aynen şimdiki 192. maddede olduğu gibi Kanun'da düzenlenmemiş olan delillere başvurulabileceğini düzenlediği halde, doktrin ve uygulamada, 367. maddeye “özel hüküm sebepleri” adında ayrı bir delil gibi bakılması sonucunu doğurmuştu.

1086 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay kararları sebebiyle ortaya çıkan tartışmanın önüne geçilmiş ve geri kalan kısım için açıkça feragat zorunlu kılınmıştır.

Buna göre kanaatimizce, belirsiz alacak davasında talep artırılmamış olsa dahi, davacının kısmi davadakinden daha ağır bir duruma düşürülmemesi gerekir. Hem m. 109/3 hükmünün burada da uygulanması hem de davacının daha sonra açacağı davada, kısmi dava – ek dava arasında olduğu gibi, talep sonuçlarının farklılığı sebebiyle derdestlik ya da kesin hüküm ile karşılaşmaması gerekir düşüncesindeyiz. Bu yaklaşım, kanımızca hak arama hürriyetine daha uygun bir sonuç doğuracaktır. 6644 sayılı Kanun ile 109. maddede yapılan değişiklik ile kısmi dava hakkındaki sınırlamanın da kaldırılmış olması ile Kanun tarafından tanınmış olan alacağın bir kısmını dava edebilme hakkının en azından mevcut düzenleme bakımından görmezden gelinmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tasarı Taslağı'nda bulunan "tam ve kesin" olarak ifadesi, doktrinindeki tam dava görüşünün Komisyonca benimsendiği yönünde değerlendirilebilir. Ancak kanun koyucunun isteği bu yönde ise, kanımızca bu hususun, Kanun'da daha net ve sonucunu da içerecek şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Ayrıca bilindiği üzere, belirsiz alacak davası ile ilgili uygulamadaki tek sorun yukarıdaki husustan ibaret değildir. Özellikle iş yargılamasında, hangi hallerde bu davanın açılabileceği, kısmi dava ile arasındaki ilişki, tespit davası ile arasındaki ilişki, hukuki yararın tamamlanabilir bir dava şartı olup olmadığı gibi pek çok husus farklı Yargıtay kararlarına konu olmuştur<sup>36</sup>. Bu konularda da daha açık ve belirli düzenlemelerin yapılması faydalı olacaktır.

Taslağın aynı maddesinde iki ayrı değişiklik daha bulunmaktadır. Öncelikle madde başlığındaki "...ve tespit davası" kısmı kaldırılmaktadır. İkinci olarak da maddenin son fıkrası olan ve kısmi dava açılacak hallerde tespit davasının da açılabilmesine cevaz veren ve uygulamada çok ciddi yanlış anlaşılmalara ve uygulamalara yol açan fıkranın yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir. Her iki değişikliğin de yerinde olduğu kanaatindeyiz.

#### **D. İddianın ve Savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı ve İslah ile İlgili Öngörülen Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler ve Öneriler**

Tasarı Taslağı'nın 11, 12 ve 13. maddeleri ile iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı; 17. maddesi ile de islah hususlarında çok önemli iki değişiklik öngörülmektedir.

---

<sup>36</sup> Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Pekcanitez, H., Simil, C., "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-1, s. 279-311.

Bunlardan ilki, 11 ila 13'üncü maddeler arasında, Kanun'un 139, 140 ve 141. maddelerinde değişiklik öngören düzenlemedir. Düzenleme ile 6100 sayılı Kanun'la ön inceleme duruşması bakımından düzenlenmiş olan, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı istisnası ortadan kaldırılmaktadır. Bu değişiklik, kanaatimize göre Tasarı Taslağı'nda öngörülen en önemli değişikliktir. Mevcut 141. madde hükmünün birinci fıkrasına göre:

“Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.”

Öngörülen değişiklik ile bu hükümde ön inceleme kurumuna yapılan tüm atıflar ortadan kaldırılmaktadır. Buna göre hükmün birinci fıkrası, “Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.” şeklinde değiştirilmiş olacaktır. Hükmün ıslah ve karşı tarafın rızası istisnalarını düzenleyen ikinci fıkrası ise korunmaktadır.

Ön inceleme, 6100 sayılı HMK ile ayrı bir aşama olarak, dilekçeler aşaması ile tahkikat aşamasının arasına yerleşecek şekilde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, mülga 1086 sayılı Kanun zamanında böyle bir aşama bulunmadığı ve yukarıda sözlü yargılama aşaması ile ilgili kısımda bahsettiğimiz üzere yargılamanın aşamaları arasında da keskin sınırlar belirlenmemiş olduğu için, dava dilekçesinin verilmesi ve tensip zaptı düzenlenmesiyle, deliller toplanmadan ve uyuşmazlığın sınırları tam olarak belirlenmeden tahkikat aşamasına geçiliyor; bu da gereksiz zaman ve emek harcanmasına yol açıyordu. Ön inceleme aşaması, hükümet gerekçesinden de açıkça anlaşılabilceği üzere, bu sakıncaları gidermek üzere getirilmiştir.

Ancak ön inceleme bakımından, HMK'nın tasarı olduğu dönemlerden itibaren getirilen en önemli eleştirilerden bir tanesi, az önce değindiğimiz 141. madde bağlamında olmuştur<sup>37</sup>. Hükümet gerekçesinde, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile ilgili olarak ön inceleme duruşması ile getirilen istisna bakımından şu ifadelere yer verilmiştir:

---

<sup>37</sup> Bu eleştirilere örnek olarak: Umar, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 454; Ermenek, İ., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme”, Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011, s. 86; Ermenek, İ.,: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme”, İn.ÜHFD, C.I, 2011/1, s. 147 vd.; Karlı, A., Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 526-527.



“Ön inceleme oturumunun yargılama bakımından önemi sebebiyle, tarafların bu oturuma mümkün olduğunca katılmasını sağlamak gereklidir. Bunun için de, gelen tarafı ödüllendirecek, mazereti olmadan gelmeyen tarafı cezalandıracak bir yol izlenmesi zorunludur. Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve amacı, tarafların keyfi ve kötüniyetli davranışlarına feda edilmemelidir. Dürüstlük ilkesi de bunu gerektirir. Bu sebeple, her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan biri mazeretsiz gelmez, diğeri gelirse, gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir. Bunun en önemli sonucu, uyumsuzluk noktalarının tespit edildiği ön inceleme oturumunda, gelen tarafın daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır. Bundan sonra yürütülecek tartışmada, gelen taraf kendini daha sağlam bir noktaya yerleştirerek hakkını ararken, karşı taraf daha zayıf konuma gelebilecektir.”

Söz konusu düzenleme ile, sisteme yeni getirilmiş olan ön inceleme duruşmasının öneminin, mazeretsiz katılmamaya bağlanan yaptırım ile vurgulanmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken husus, aslında bu aşamada iddianın ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi ihtiyacının ortaya çıkma olasılığının son derece düşük olduğudur. Zira ıslaha, uygulamada asıl olarak tahkikat aşamasında, hatta bu aşamanın sonlarında ihtiyaç duyulduğu görülmektedir.

Bahsedilen yasak, hukukumuzda uygulanan teksif ilkesinin bir sonucudur. Dünyada hemen hemen hiçbir gelişmiş hukuk sisteminde uygulanmayan bu yasak; tamamen bir hukuki politikası tercihidir. Bilindiği üzere bu yasağa dâhil olan iki temel unsur bulunmaktadır: Talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi ve dava sebebinin (vakıaların) genişletilmesi veya değiştirilmesi<sup>38</sup>. İslah ise, mevcut haliyle, bahsedilen yasağın temel istisnasını oluşturmak üzere düzenlenmiş bir kurumdur<sup>39</sup>. Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, bahsedilen yasak olmasaydı ıslah da olmazdı gibi bir düşünce yanlış olacaktır. İslah kurumu bilakis tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde var olan bir kurumdur; uygulaması ise söz konusu yasağın bulunmaması sebebiyle çok daha geniştir<sup>40</sup>. Teksif ilkesi (ve bunun doğrudan sonucu olan iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı) hakkındaki kişisel kanaatimiz bu ilkenin

---

<sup>38</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, s. 338-339. Taraf değişikliği veya yazım hatalarının düzeltilmesi gibi konulara, 6100 sayılı HMK’da bu hususlar bakımından açıkça düzenleme yapılmış olması sebebiyle değinmiyoruz.

<sup>39</sup> Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 44-45. Ayrıca ıslahın genel olarak amaçları hakkında bkz. a.g.e., s. 74 vd..

<sup>40</sup> Örnek olarak: Amerikan Federal Medeni Usul Kanunu m. 15; İngiliz Medeni Usul Kanunu m. 17; İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu m. 227, 230; Alman Federal Medeni Usul Kanunu m. 263, 264. Tüm bu düzenlemelerdeki ortak yan, karşı taraf rıza göstermese dahi, mahkemenin belli şartlar dâhilinde değişikliğe izin verebilmesidir.

(ve yasağın) kaldırılması veya kısıtlanması yönündedir. Modern hukuklarda olduğu gibi, bu konudaki takdir yetkisi, belirli sınırlar dâhilinde mahkemeye bırakılmalı ve islah kurumu bağlamındaki “joker” anlayışından vazgeçilmelidir.

Tasarı ile getirilen öneriye dönecek olursak, bu değişikliğin faydalı olduğu kanaatindeyiz. Zira ön inceleme aşamasının en önemli unsurlarından bir tanesi, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tek tek tespit edilmesidir. Taraflardan birisinin mazeretsiz şekilde gelmemiş olması ihtimalinde diğer taraf iddia veya savunmasını değiştirirse, gelmeyen tarafın yeni getirilen hususlara karşı savunma getirme ve aksini ispat etme hakkı elinden alınamayacağına göre, uyuşmazlığın sınırları tespit edilmiş olamaz. Bu durum, ön inceleme aşamasının yukarıda bahsettiğimiz uyuşmazlık sınırlarının tespiti amacıyla çelişecektir. Bu sebeple iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının ikinci dilekçelerin (basit yargılama usulünde ise ilk dilekçelerin) verilmesiyle başlaması, Kanun'un ön inceleme aşaması için biçtiği fonksiyona daha uygun olacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere öngörülen değişiklik yerinde olmakla birlikte, önemli bir konuda eksiklik olduğunu düşündüğümüzü ifade etmek isteriz. Ön inceleme duruşması bakımından öngörülmüş olan yukarıda bahsettiğimiz özel yaptırımı da ortadan kaldırılmakla birlikte, ön inceleme duruşmasına katılmamanın diğer sonuçları konusunda uygulamadaki tereddüt ile ilgili bir değişiklik öngörülmemiştir. Bu çerçevede m. 150 hükmünün ön inceleme duruşmasında uygulanıp uygulanmayacağına açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır kanaatindeyiz.

Islah konusunda öngörülen ikinci değişiklik ise Tasarı Taslağı'nın 17. maddesi ile Kanun'un 177. maddesinin değiştirilmesi yönündedir. Buna göre maddeye ikinci fıkra olarak “Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da islah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.” ifadesi eklenmektedir.

Bozmadan sonra islah yapılıp yapılamayacağı konusu, Türk medeni usul hukukunda en çok tartışılan hususlarından bir tanesi olmuştur. Yargıtay'ın bu yolu kapatan 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na rağmen (04/02/1948 tarih, E: 1944/10, K: 1948/3), bazı daireler bozmadan sonra islah yapılabileceğine dair kararlar vermişler, bunun üzerine konu tekrar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun gündemine gelmiş ve Kurul, 06.05.2016 tarihinde verdiği ve 23.03.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/1 nolu kararı ile 1948 tarihli İBK'nın geçerliliğini koruduğunu, bu sebeple içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Mevcut düzenleme ve İBK çerçevesinde islahattan sonra bozma yapılıp yapılamayacağı

konusundaki tartışmalara girmeyeceğiz; ancak bahsettiğimiz kararın toplam yirmi yedi sayfadan oluştuğunu ve bunun yirmi bir sayfasının karşı oylara ayrılmış olduğuna dikkat çekmekle yetineceğiz.

Öngörülen düzenleme, kanaatimizce, yukarıda bahsettiğimiz tartışmayı tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Getirilen düzenlemenin son cümlesinde yer alan “Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz” ibaresi, usulî müktesep hakka ilişkindir. Ancak usulî müktesep hak müessesesinin de Türk hukukunda tam olarak ne olduğunun bilindiğini söyleyebilmemiz de mümkün değildir<sup>41</sup>. Öngörülen değişiklik ile mevcut İBK kısmen değiştirilmekte ve mahkemece yeni bir işlem yapılması halinde ıslah hakkı getirilmekte; ancak bu hak da bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacağı ilkesi ile sınırlandırılmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı, açık ve net bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde uygulamadaki sorunlar varlığını devam ettirecektir.

Bu husustaki temel önerimiz, uygulamada pratik olarak hiçbir faydası olmayan tam ıslah – kısmi ıslah ayrımının terk edilip; dava sebeplerinin (vakiaların) ıslahı – talep sonucunun ıslahı şeklinde yeni ve kanuni bir ayırım getirilmesi ve tüm ıslah rejiminin bu ayırım üzerinde şekillendirilmesidir. Zira bu ikinci ayırım, ıslah ve ıslahın sınırlandırılabilmesi bakımından daha gerçekçi bir ayırım olacaktır. Uygulamada sıkıntı yaratan asıl husus, dava sebeplerinin ıslahı, yani davaya yeni vakialar getirilmesidir. Talep sonucunun genişletilmesi ise çoğu zaman HMK m. 26 çerçevesinde taleple bağlılık ilkesi ile ilgili bir husustur. Zira taraf talebini genişletmese dahi, yapılması gereken tahkikat her halükarda yapılmakta ancak mahkeme, talep sonucu genişletilmediği için, ilk taleple bağlı olarak karar vermekte; bu da davacının bir ek dava açması sonucunu doğurmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz sakınca sadece ilk derece yargılaması değil, istinaf bakımından da geçerlidir. Türk hukukunda dar anlamda istinaf kabul edildiği için; taraflara istinafta ıslah hakkı da tanınmamıştır<sup>42</sup>. İstinaf kanun yolu, 353. maddedeki istisnalar dışında bir tahkikat yargılaması olduğuna göre, istinafta ıslah yolunun tamamen kapatılması kanaatimizce hatalıdır<sup>43</sup>. Yukarıdaki şekilde bir ayırım yapılarak, istinaf sırasında, birinci tür (dava

---

<sup>41</sup> Bu konudaki tartışmalar ve kararlar hakkında bkz: Kuru, B., “Usulî Müktesep Hak (Usule İlişkin Kazanılmış Hak)”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 395-409; Atalı, M., Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 47-56.

<sup>42</sup> Yılmaz, E., İstinaf, 2. Baskı., Ankara 2005, s. 56; Akil, C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 196.

<sup>43</sup> Bu konu hakkındaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2247-2253; Akkaya, T., Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 297-299; Meraklı Yayla, D., İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 45-52.

sebepleri) ıslah yapılmasının yasaklanması; bununla birlikte talep sonucunun genişletilmesine, en azından kötünietli olmaması kaydıyla izin verilmesi bir taraftan usul ekonomisi ilkesine katkı sağlarken, dar anlamda istinaf yaklaşımına da kanaatimizce aykırılık oluşturmaz. Bu açıklamalar ışığında, hem bozmadan sonra hem de istinaf sırasında birinci tür ıslah yapılamamalı; ikinci tür ıslah ise yapılabilir, yani talep sonucu kötünietli olmamak kaydıyla genişletilebilir<sup>44</sup>. Bu şekilde, tam ıslah – kısmi ıslah ayrımı bakımından uygulamada yaşanan tereddütler de sona erdirilmiş olacaktır.

### **E. Senetler ve Senetlerin Üçüncü Kişilere Etkileri ile İlgili Öngörülen Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler**

Tasarı Taslağı'nın 21, 22, 23, 24 ve 25. maddeleri, senetler ve bunların üçüncü kişilere etkisi ile ilgili olarak öngörülen değişiklikleri içermektedir. 21. ve 22. maddelerdeki değişikliğe kısaca değineceğiz. Bu değişiklik ile senetle ispat sınırının (m. 200-201) üçbin Türk Lirasına çıkarılması öngörülmektedir. Ancak bilindiği üzere 6763 sayılı Kanun ile HMK'ya eklenen ek 1. madde ile söz konusu parasal sınır zaten her yıl yükseltilmektedir. Bu şekilde ikinci bir yükseltme karmaşaya yol açabilir. Bu çerçevede sınırlar her yıl kendiliğinden yükseltildiğine göre, kanun değişikliği ile de yükseltilmesinin, kanun yapma tekniği bakımından da uygun olmadığı görüşündeyiz<sup>45</sup>.

23. maddede öngörülen değişiklik, Kanun'un imza atamayanların durumunu düzenlediği 206. maddesi hakkındadır. Öngörülen değişiklik ile imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için, bu belgelerin noter tarafından onaylanması yeterli kılınmaktadır. Bilindiği üzere 1086 sayılı HUMK döneminde, bu belgeler için ihtiyar heyetinden tasdik usulü uygulanmaktaydı (1086 s. HUMK m. 297). Ancak 6100 sayılı Kanunla, bu uygulamadan vazgeçilmiş ve güvenlik açısından noterce düzenleme şartı getirilmiştir. HMK'nın bahsedilen konuyu düzenleyen 206. maddesinin hükümet gerekçesinde şu ifade yer almaktadır: "İmza atamayanların, hukukî

---

<sup>44</sup> Aynı yönde Akkaya, s. 298; Meraklı Yayla, s. 46. ÖZEKES ise mevcut 357. madde bakımından farklı bir yorum yapılabileceğini, "davanın ıslahı ... istenemez" ibaresinin ilk derecede kullanılmış olan ıslah hakkına ek bir ıslah hakkı istenemeyeceği yönünde anlaşılması gerektiğini, yani daha önce ıslah hakkını kullanmayan bir tarafın istinafta bu hakkı kullanmasının kabul edilebileceğini ifade etmektedir (Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2248). Olması gereken bakımından bu ifadeye katılmakla birlikte, mevcut düzenlemenin lafzının bu şekilde bir yoruma müsait olmadığı ve bu konuda kanunda bir değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>45</sup> Benzer bir değişiklik Taslağın 35. maddesi ile Kanun'un 369. maddesinde de öngörülmektedir. Buna göre temyizdeki duruşma sınırı altmışbin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirasına yükseltilmektedir. Ancak buradaki artış, görüleceği üzere hukuk politikası kararı olarak, çok yüksek bir artış olduğu için, yukarıdaki eleştirilerimizi bu madde için yinelemiyoruz.

işlemlerinin sonuçları konusunda aydınlatılmalarını ve bu şekilde işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapmalarını sağlamak amacıyla, belgenin, noterde düzenleme biçiminde oluşturulması kabul edilmiştir. Özellikle, noterlerin hukukçu olmaları sebebiyle, hukukî işlem yapma konusundaki bilgi ve tecrübeleri ile imza atamayan kimseleri de gereği gibi bilgilendirmeleri sonucu hukukî işlemler daha güvenli bir şekilde yapılmış olacaktır. Noterlerin, hemen hemen ülkenin her yerinde bulunduğu ve onlara ulaşmanın bugün çok kolaylaştığı düşünüldüğünde, işlem yapacak kimseler bakımından, bu yeni düzenleme, ayrıca bir zorluk yaratmayacaktır.” Bu gerekçedeki ifadelerin geçerliliğini halen sürdürdüğü kanaatindeyiz. Noterce onaylama şeklinde yapılan senetler de elbette bir hukuki güvenlik sağlar. Nitekim Kanun’daki bu düzenlemenin amacını aştığı, aynı hukuki güvenliğe onaylama yolu ile de ulaşılabileceği doktrinde ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Bizim kanaatimize göre, kanunen imza ile aynı sonucu doğuracak olan bu tür belgelerin noterce düzenlenmesi en yüksek hukuki güvenliği sağlayacaktır. Ancak onaylamanın burada yeterli olacağı yönünde yapılacak bir hukuk politikası tercihi de elbette kabul edilebilir.

Tasarı Taslağı’nın 24. maddesinde öngörülen değişik ile 6100 sayılı Kanun’da daha önce yer almayan adi senetlerin üçüncü kişileri nasıl bağlayacağı hususu, Kanun’un 215. maddesine eklenmektedir. Benzer bir hüküm mülga 1086 sayılı Kanun’un 299. maddesinde de bulunuyordu. Fakat bu düzenleme 6100 sayılı Kanun’a alınmadığı için bir kanun boşluğu söz konusu idi<sup>47</sup>. Ancak yeni öngörülen düzenlemenin birinci cümlesinde kanaatimizce bir ifade hatası bulunmaktadır. Bilindiği üzere, senetlerin halefler dışındaki üçüncü kişileri bağlaması kural olarak mümkün değildir. Bu kişilerin bağlı oldukları şey, söz konusu senetlerin tarihidir<sup>48</sup>. Nitekim 1086 sayılı Kanun’daki düzenlemede de bu husus açıkça ifade edilmişti<sup>49</sup>. Bu sebeple söz konusu birinci cümlenin, eski kanundaki ifadeye paralel şekilde yeniden düzenlenmesinin, uygulamada daha sonra ortaya çıkabilecek problem ve yanlış anlamaların önüne geçeceği kanaatindeyiz.

---

<sup>46</sup> Taşpınar Ayvaz, S., “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2012/1, s. 344-345.

<sup>47</sup> Yılmaz, Şerh, s. 1140.

<sup>48</sup> Postacıoğlu, İ.E., “Mukavelelerin Üçüncü Şahıslara Karşı İspat Şekli”, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 131 vd.; Deyneklî, A., Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006, s. 53 vd.; Alangoya, Y., Yıldırım, M.K., Deren-Yıldırım, N., Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, 2009, s. 334.

<sup>49</sup> 1086 sayılı HUMK m. 299/II: “*Bir senedin kendisine ibraz olunduğu, katibi adil veya salahiyetler memur tarafından alelülul tasdik edilmiş ise ibraz tarihi veyahut imza edenlerden birinin vefatı tarihi veya imza etmesine imkanı maddiyi selbeden bir hadisenin vukuu tarihi veyahut ol senedin bir muamelei resmiyeye esas ittihaz kılındığı tarih üçüncü şahıslar hakkında da muteber addolunur. Bu nevi senetlerde bahsolunan sair senetlerin tarihleri üçüncü şahıslar hakkında ancak son senet tarihinin musaddak addolunduğu tarihten itibaren itibar olunur.*”

Konuyla ilgili son değişiklik, 25. madde ile Kanun'un ticari defterlerin ibrazını ve delil olmasını düzenleyen 222. maddesinde yapılmaktadır. Bilindiği üzere daha önce TTK'da düzenlenmiş olan bu husus, o zamanki TTK Tasarısı'nda yer almadığı gerekçesiyle HMK'ya taşınmış; ancak bu taşıma sırasında eskisinden farklı bazı sonuçlar ortaya çıkmıştır. Hem söz konusu taşımanın kendisi, hem de özellikle eldeki değişiklik önerisinin konusunu oluşturan, karşı tarafın defterinin "bu hususta hiçbir kayıt içermemesi"nin kendi defterine dayanan taraf lehine bir durum olarak düzenlenmesi, doktrinde eleştirilere konu olmuştur<sup>50</sup>. Yine mevcut düzenlemede, eski düzenlemede bulunmayan "defterin ibraz edilmemesi" hali de düzenlenmemiş, bu durum da bir kanun boşluğu oluşturmuştur<sup>51</sup>. Öngörülen değişiklik ile her iki hata/eksiklik de büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Yine eksik kalan husus, eski TTK m. 68/IV hükmünün, yeni TTK m. 82/7 düzenlemesinde bulunmaması ve Taslak ile öngörülen değişiklik ile 222. maddeye de getirilmiyor olmasıdır. Buna göre eski Kanun'da bulunan, defterin ziyaı halinde on beş gün içinde vesika almak için mahkemeye başvurmayan tacirin defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılacağı hükmü ya da bu hususu karşılayacak olan bir hüküm yine eksik kalmaktadır.

Yukarıdaki hususlar yanında, ticari defterlerle ispatın hangi hallerde kullanılabilceği, kesin delil niteliğinde olup olmadığı, aksinin nasıl ispat edilebileceği gibi tartışmalı başka hususlar da bulunmaktadır<sup>52</sup>. Bu çerçevede söz konusu maddenin tamamen yeniden ele alınması faydalı olacaktır kanısındayız.

#### **F. Hükümün İcrası ile İlgili Öngörülen Değişiklik Bakımından Değerlendirmeler ve Öneriler**

Tasarı Taslağı'nın 33. maddesi ile Kanun'un istinaf başvurusunun icraya etkisini düzenleyen 350. maddesine bir fıkra eklenmektedir. Buna göre, hüküm sonucunun tefhiminden itibaren bir hafta geçmedikçe hüküm konusu alacak hakkında icra takibi yapılamayacağı öngörülmektedir<sup>53</sup>. Söz konusu değişiklik ile karşılaştırmalı hukukta sıklıkla rastlanılan bekleme süresi (*cooling off period*)<sup>54</sup>,

---

<sup>50</sup> Umar, Şerh, s. 725 vd; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1829-1932; Topal, Ö., Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s., 147 vd.

<sup>51</sup> Yılmaz, E., "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler", Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 2055.

<sup>52</sup> Bu sorunlar hakkında bkz: Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 11826-1835; Tunç Yücel, M., "HMK m. 222 çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar", Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 2013/2, s. 115-140.

<sup>53</sup> Bu konuda İYUK md.28/2'de öngörülen değişikliğin adli yargı bakımından değerlendirilmesi hakkında, bkz Ermenek, İ., Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.I, s.789 vd.

<sup>54</sup> Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Federal Medeni Usul Kanunu m. 62(a) ve İngiliz Medeni Usul Kanunu m. 40.11 (her ikisinde de 14 gün).

kısıtlı da olsa, Türk medeni usul ve icra – iflas hukukuna kazandırılmaktadır. Öngörülen değişiklikte bazı hususların dışarıda bırakıldığı dikkat çekmektedir:

Öncelikle değişiklik, sadece 350. maddede yapılmakta, temyize başvurunun icraya etkisini düzenleyen 367. madde dışarıda bırakılmaktadır. Yani istinaf mahkemesinin hükmü tefhim etmesi üzerine, aynı yasak uygulanmayacaktır. İkinci sınırlama ise, söz konusu yasağın, hükmün sadece tefhimine bağlanmış olmasıdır. Yani icraya derhal başvurmak isteyen tarafın engellenmesi, sadece hükmün tefhim edilmesi üzerine olacak; tebliğ bakımından böyle bir sınırlama söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce bu iki hususun yeniden gözden geçirilmesi faydalı olacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz iki husus dışında, değişikliğin son derece uygun olduğu kanısındayız. Ancak bu hususta daha radikal bir değişiklik yapılması ve atılan adımın tamamlanması gerektiği kanaatindeyiz. Burada bir öneri getirmek istiyoruz: Bilindiği üzere İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, borçlu ödemeyi icra dairesinin hesabına yapmakta; bu sayede hem borçlunun alacaklı ile doğrudan muhatap olması zorunluluğu, hem de borçlunun alacaklıya haricen ödeme yapması halinde ortaya çıkabilecek problemler ortadan kaldırılmış olmaktadır. Benzer bir kurum kanımızca medeni usul hukukuna da getirilmeli; davayı kaybeden taraf, mahkûmunbihi (hükmolunan şeyi) mahkeme veznesine (veya bu konuda görevlendirilecek diğer bir vezneye) depo ederek kendisi hakkında icra takibi yapılmasını önleyebilmelidir.

Uygulamada gözlemlediğimiz kadarıyla davayı kaybeden ve ilama konu borcunu ödemek isteyen bazı taraflar, bazı kötüniyetli vekiller tarafından engellenmekte ve icra takibine muhatap kalmaktadırlar. Böyle bir engelleme olmasa dahi, davalının ilama konu parayı bizzat davacıya ödemesi, beraberinde ispat vb. problemlerini getirebilmektedir. Bu çerçevede davayı kaybeden veya yargılama gideri ödemeye mahkûm edilen tarafın, açılacak hesaplara doğrudan para yatırarak, ilamın gereğini “resmi şekilde” yerine getirmesi imkânı sağlanmalıdır kanaatindeyiz.

Yukarıda bahsettiğimiz öneriye alternatif olarak, yine icradaki takiptalebinde olduğu gibi, tarafların dava ve cevap dilekçelerine hesap numaralarının yazılması esası da düşünülebilir.

Değişiklikte her ne kadar “icra takibi” ifadesi kullanılmış, ilamlı veya ilamsız olduğu konusunda bir değerlendirme yapılmamışsa da, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 26.05.2017 tarihinde aldığı ve 21.07.2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan kararına göre<sup>55</sup>, ilam olan hallerde ilamsız icra yoluna başvurulamayacağı için, bu yönde oluşabilecek bir tereddüt söz konusu olmayacaktır.

---

<sup>55</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 26/05/2017 T., E: 2017/2, K: 2017/3 (21 Temmuz 2017 Tarihli ve 30130 Sayılı Resmî Gazete).

## **G. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz ile İlgili Öngörülen Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler ve Öneriler**

Tasarı Taslağı'nın 32, 36, 37, 38 ve 50. maddeleri, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ile ilgili olarak öngörülen değişiklikleri içermektedir.

Taslağın 32, 36 ve 50. maddeleri ile sırasıyla HMK'nın 341. ve 391., İİK'nın ise 258. maddelerinin değiştirilmesi öngörülmekte ve ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri bakımından iki taraf arasındaki asimetri ortadan kaldırılmaktadır. Değişiklik kesinlikle yerindedir. HMK hazırlanırken, ihtiyati tedbir talepleri hakkındaki itiraz ve kanun yolları İİK'ndaki ihtiyati haciz kurumuna paralel olarak düzenlenmiş ve bunun neticesinde, söz konusu düzenlemedeki asimetri HMK'da da yer bulmuştur. Tasarı ile bu asimetri ortadan kaldırılmakta ve red halinde olduğu gibi, yüze karşı verilen kabul kararlarında da doğrudan istinaf yolu açılmaktadır. Bununla birlikte Tasarı Taslağı'nda HMK m. 394 ve İİK m. 265'te bir değişiklik öngörülmediği için, her iki geçici hukuki himaye tedbirindeki itiraz müessesesi de varlığını sürdürecektir; yoklukta verilen kabul kararları bakımından önce itiraz; itiraz hakkında verilen karara karşı da istinafa başvuru hakkı söz konusu olacaktır.

Taslağın 37. maddesi ile Kanun'un ihtiyati tedbirin uygulanmasını düzenleyen 393. maddesinde bir değişiklik öngörülmüş ve bir haftalık talep süresinin kararın verildiği tarih yerine, kararın tefhim veya tebliğ edildiği tarihten başlaması kabul edilmiştir. Değişikliğe katılmakla birlikte, ihtiyati tedbirin uygulanmasını isteme zorunluluğu bağlamında uygulamadaki bir sorundan bahsetmek istiyoruz:

Bilindiği üzere ihtiyati tedbirler konuluş amacına göre, teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, ifa (veya eda) amaçlı ihtiyati tedbirler ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler olarak sınıflandırılmaktadır<sup>56</sup>. Bunlardan düzenleme tedbirleri bakımından Kanun'un m. 393/1 hükmünün uygulanmasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususla ilgili Yargıtay kararları da bulunmaktadır<sup>57</sup>. Kanun gereğince bu zorunluluğun bulunduğu kabulü gerekiyor olsa da, usul ekonomisi açısından gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu çerçevede, söz konusu zorunluluğun düzenleme nitelikli tedbirler bakımından Kanun'da daha net bir şekilde düzenlenmesi faydalı olacaktır kanaatindeyiz.

<sup>56</sup> Yılmaz, E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001, s. 170; Erişir, E., Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013 s. 351.

<sup>57</sup> Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Göksu, M., "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, Cilt II, s. 1253-1273



Son olarak 38. madde ile de tedbire muhalefetin cezası ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Ceza ve ceza usul hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde yerinde bir değişikliktir.

#### **H. Tasarı Taslağı'ndaki Diğer Değişiklikler Bakımından Değerlendirmeler**

Tasarı Taslağı'nda bulunan ve yukarıda zikretmediğimiz, ilk itirazlara ilişkin 6'ncı, harç ve gider avansına ilişkin 7'nci, davanın geri alınmasına ilişkin 8'inci, dava konusunun devrine ilişkin 9'uncu, toplu mahkemelerde tahkikata ilişkin 18 ve 19'uncu, keşfin yapılmasına ilişkin 27'nci, hükme ilişkin 28 ve 34'üncü, davaya son veren taraf usul işlemlerine ilişkin 29 ve 30'uncu, yargılama giderlerine ilişkin 31'inci, iç tahkime ilişkin 40, 41, 42, 43, 44 ve 45'inci, geçici 3. maddeyi değiştiren 46'ncı ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda değişiklik öngören 48 ve 49. uncu maddelerdeki değişikliklerin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Son değineceğimiz hüküm olan 47. madde ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir. Bu değişikliğe katılmakla birlikte, söz konusu Kanun'da mutlaka doldurulması gereken bir boşluk olduğunu hatırlatmak istiyoruz: Bilindiği üzere sözü geçen Kanun'da, ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde bu davalara ilgili ihtisas mahkemesinin sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında "Asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar" ifadesi bu konuda yasal temel olabilir diye düşünülebilse de, aynı maddenin son fıkrasındaki "özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevleri saklıdır" ifadesinin buna engel olduğu kanaatindeyiz. Bazı kanunlarda bu yönde özel hüküm bulunmakla birlikte (örn. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 2/ II); tüm ihtisas mahkemeleri bakımından genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki Kanun boşluğunun mutlaka giderilmesi gerekmektedir<sup>58</sup>.

#### **III. TASARI TASLAĞI'NDA BULUNMAYAN BAZI HUSUSLAR HAKKINDAKİ ÖNERİLERİMİZ**

6100 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinden bu yana pek çok konuda tereddüt ve farklı uygulamalar bulunmakta; ayrıca mevcut bazı hükümler, tereddütlere yol açmasa da, haklara ulaşmak bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Tasarı Taslağı ile pek çok konuda değişiklik öngörülmüştür. Bununla birlikte bazı hususlara hiç değinilmediği

---

<sup>58</sup> Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. Ermenek, İ., Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, s. 109 dn. 41.

görülmektedir. Bu hususlar hakkında kanuni düzenleme yapılmadığı takdirde bahsettiğimiz sorunların devam etmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu hususlardan önemli gördüklerimiz hakkındaki önerilerimiz aşağıda kısaca ifade edilmiştir:

1. Daha önce sulh hukuk mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri arasında bulunan yargılama usulünün dava değerine göre belirlenmesi usulü geri getirilmeli (bu ayrım yine iki mahkeme üzerinden yapılabilir veya sulh mahkemeleri tamamen kaldırılıp, asliye mahkemelerinde farklı iki usul uygulanabilir) ve düşük miktardaki uyuşmazlıklar için basit yargılama usulü uygulanmalı; ayrıca en kısa sürede küçük talepler usulü bakımından düzenleme yapılmalıdır.
2. Takas ve mahsup savunmaları vakia olmaktan çıkarılarak aslî talep haline getirilmeli ve bu çerçevede mahkemenin görev ve yetkisi göz önünde bulundurulmalı; mahkeme görevsiz (veya kesin yetki ya da itiraz varsa yetkisiz) ise takas veya mahsup konusunda inceleme yapamamalı, gerekirse bu husus bekletici sorun haline getirilmelidir.
3. İhsas-ı rey kurumu kanunda açıkça düzenlenmeli ve uygulamada özellikle kötüniyetli kişilerin bu kurumu adeta bir silah gibi kullanmasının önüne geçilmelidir.
4. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü hakkında daha ağır yaptırımlar getirilmelidir.
5. Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrasında hâkimlerin hukuki sorumluluğu konusundaki tek düzenleme olarak kalan HMK m. 46 hükmünün akıbetinin açıklığa kavuşturulması gerekir.
6. İhtiyari dava arkadaşlığı kurumu yeniden gözden geçirilmeli ve modern anlamda sınıf davası açma hakkı getirilmelidir.
7. Objektif dava birleşmesi (davaların yığılması) kurumu yeniden tanımlanmalı ve farklı tipleri belirlenmelidir. Bu husus özellikle iş yargılaması bakımından çok büyük bir sorundur. Dava sonunda verilen hükümlerin her birinin ayrı olması, yargılama giderleri, kanun yolu vb. gibi pek çok hususta tereddütler bulunmaktadır. Buna göre kanaatimizce davaların yığılması ikiye ayrılmalı, ilgisiz ve bağımsız taleplerden oluşan davalara farklı rejimler uygulanmalı ve tüm bu hususlar Kanun'da açıkça düzenlenmelidir.
8. TBMM'de görüşülmekte olan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ile öngörülen dava şartı olan arabuluculuk kurumu yerine doğrudan HMK'ya mahkeme içi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları getirilmeli ve tarafların bu yollara etkin şekilde özendirilmesi sağlanmalıdır. Bu yolların sonucunda mahkeme içi sulh elde edildiği takdirde arabuluculuk sonunda imzalanacak anlaşma belgesi hakkında ortaya çıkabilecek çoğu sorun önceden çözülmüş olacaktır.

9. Doğrudanlık ilkesinin sağlıklı şekilde uygulanabilmesi için, kanundaki istinabe kurumu özellikle isticvap gibi doğrudan tarafların dâhil olduğu hususlar bakımından zorunlu haller (örn. hastalık vb.) dışında tamamen kaldırılmalı; tanıklar ve bilirkişiler bakımından da ciddi şekilde sınırlandırılmalıdır.
10. HMK m. 209 (senedin sahteliği iddiası) hükmünün icra ve iflas hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı; uygulanacaksa hangi kapsamda uygulanacağı yönündeki tereddütler açık bir düzenleme ile giderilmelidir.
11. İkinci tanık listesi verilemeyeceği yönündeki kanımızca gereksiz ısrardan vazgeçilmeli ve bu konudaki takdir yetkisi hâkime verilmelidir.
12. Hükmün tavrı ve tashihi kurumlarının yeniden tanımlanması, kapsamı ve usullerinin yeniden ve açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Maddi anlamda kesin hüküm ve icra ve iflas hukuku bakımından her iki kurum da çok büyük önem taşımaktadır.

## SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tüm usul kanunları gibi çabuk eskimeye mahkûm bir kanundur. Tüm dünyada medeni usul hukuku ve uyuşmazlık çözüm yolları baş döndürücü bir hızla değişmekte ve gelişmektedir. Medeni usul hukuku bu bağlamda en dinamik hukuk dallarından bir tanesini oluşturmaktadır. Toplumdaki sülhlerin özel hukuktan doğan haklarına ulaşmalarının basitleştirilmesi, çabuklaştırılması ve daha az masrafla sağlanması, dünyadaki tüm hukuk sistemlerinin öncelikli amacı olmuştur. Ancak tabii ki tüm bu kaygılar, adil ve gerçek bir hükme ulaşmanın önünde de bir engel oluşturmamalıdır. Tarafların hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve adalete erişim gibi temel hakları ihlal edilmeden, medeni usul hukuku kendisini sürekli yenilemek zorundadır. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz da sürekli güncellenmek zorundadır. Bu güncellenmenin düzenli ve periyodik olması, Kanun'un eskimesini ve uygulamadaki problemlerin birikmesini önleyecektir. Bu çerçevede özellikle ABD ve İngiltere örnekleri değerlendirilmeli ve daimi komisyonlar oluşturulmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi ve uygulayıcıların ve doktrinin dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla, Adalet Bakanlığı tarafından kurulmuş olan bilim komisyonunca hazırlanmış olan ve 9 Haziran 2017 tarihinde yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı, Kanun'da çok sayıda değişiklik öngörmektedir. Bu öngörülen değişikliklerin elbette tartışılması gerekmektedir. Tasarının nihai hali yargı mensupları (hâkimler, avukatlar ve yardımcı personel) ve akademisyenlerin eleştiri ve yorumları ile şekillenecektir.

### KAYNAKLAR

- Akil, C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- Akkan, M., “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/1, Sayı 6, s. 29-68.
- Akkaya, T., Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- Alangoaya, Y., Yıldırım, M.K., Deren-Yıldırım, N., Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, 2009.
- Ansay, S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960.
- Arslan, R, Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı Ankara 2016.
- Atalı, M., Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 47-56.
- Belgesay, M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 1956.
- Belgesay, M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Rasyonel Tefsiri, Gerekli Tadilleri, Bir Proje, İstanbul 1947.
- Cappelletti, M., Garth, B., “Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI, Tübingen 1987.
- Dedeoğaç, E., “6100 Sayılı HMK Açısından Sözlü Yargılama ve Avukatlar Açısından Bir Kayıp”, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara 2011, s. 191-193.
- Deynekli, A., Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006.
- Duff, J.C., Overview for the Bench, Bar, and Public, (<http://www.uscourts.gov/rules-policies/about-rulemaking-process/how-rulemaking-process-works/overview-bench-bar-and-public>) (Erişim tarihi 15.07.2017).
- Erdoğan, E., “Anglo-Sakson Hukukunda Maddi Hukuk Kuralı-Usul Hukuku Kuralı Ayrımı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, s. 841-865.
- Erdoğan, E., Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016.
- Erişir, E., Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

Ermemek, İ., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme”, Ankara Barosu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011, s. 65-103.

Ermemek, İ., Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C.II, s.767-799.

Ermemek, İ.,: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ön İnceleme”, in.ÜHFD, C.I, 2011/1, s. 139-177.

Ermemek, İ., “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 s. 142-180.

Göksu, M., “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir 2015, Cilt II, s. 1253-1273.

Göksu, M., “Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 115 (2014/6), s. 277-314.

Güralp, A.G., Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011.

Hanağası, E., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.

Hanağası, E., Medeni Usul Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016.

James, F., Hazard, G.C., Leubsdorf, J., Civil Procedure, 5th Edition, New York, 2001, s. 23 vd.; Tepley, L.L., Whitten, R.U., Civil Procedure, Fourth Edition, New York 2009.

Karslı, A., Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Kerley, P., Banker Hames, J., Sukys, P.A., Civil Litigation, Sixth Edition, New York 2012.

Kuru, B., “Usulî Müktesep Hak (Usule İlişkin Kazanılmış Hak)”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 395-409.

Lord Jackson, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, Norwich 2009.

Lord Woolf, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, London 1996.

Meraklı Yayla, D., İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

Özbek, M., "Adalete Erişim – Nihai Rapor Lord Woolf", Çeviri, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006, Sayı 4, s. 989-1008.

Özbek, M., "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 2006/2, s. 907-927.

Özçelik, V., "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, Sayı 129, s. 133-160.

Özekes, M., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Özer, T., "HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları", Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 20, s. 101-150.

Pekcanitez, H., "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Makaleler, Cilt I, İstanbul 2016.

Pekcanitez, H., Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Pekcanitez, H., Simil, C., "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-1, s. 279-311.

Postacıoğlu, İ. E., "Mukavelelerin Üçüncü Şahıslara Karşı İspat Şekli", Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 131-151.

Rose, W. (Editor-in-Chief), Blackstone's Civil Practice 2008, Oxford, 2007.

Simil, C., Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

Slapper, G., Kelly, D., The English Legal System, Fourteenth Edition, Abingdon 2013.

Tanrıver, S., Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016.

Taşpınar Ayvaz, S., "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2012/1, s. 321-350.

Taşpınar Ayvaz, S., HMK'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

Topal, Ö., Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.

Tunç Yücel, M., "HMK m. 222 çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar", Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 2013/2, s. 115-140.

Umar, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

van Tonder, G., “Judicial Management of Costs Post Jackson”, New Square Chambers Legal Update, April 2013, s. 1-2.

Yılmaz, E., “Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler”, Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 2043-2058.

Yılmaz, E., “Usul Ekonomisi”, Makaleler, 2. Cilt, Ankara 2014, s. 1543-1572.

Yılmaz, E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001.

Yılmaz, E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

Yılmaz, E., İstinaf, 2. Baskı., Ankara 2005.

Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2013.





# TÜRK ANAYASALARINDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

## *Legislative Immunity In Turkish Constitutions*

**Dr. Fatih ÖZKUL<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 24.10.2016 Kabul Tarihi: 21.06.2017

### **ÖZET**

Yasama dokunulmazlığı ilk kez 13. Yüzyılda İngiltere’de ortaya çıkmıştır. 1789 Fransız ihtilali ile de Kara Avrupası’nda uygulanmaya başlanmıştır. Bugün yasama dokunulmazlığı birçok devletin anayasasında yer almaktadır.

Türk tarihinde ilk kez 1876 Anayasası ile düzenlenen yasama dokunulmazlığı sırasıyla (1921 Anayasası hariç) 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlenmiştir. Türkiye’de yasama dokunulmazlığı sürekli olarak tartışılan bir konu olmuş ve gündemden neredeyse hiç düşmemiştir. Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin parlamento faaliyetleri dışındaki fiilleri sebebiyle bazı ceza usul hukuku işlemlerine tabi olmamalarını ifade eder. Amacı, milletvekillerinin keyfi soruşturmalarla yasama görevini yerine getirmekten alıkonulmalarını önlemektir. Dolayısıyla yasama dokunulmazlığı bir yönüyle kamu yararını ifade eden, onunla bağlantılı bir kurumdur.

Bu çalışmada önceki Anayasalarımızdaki hükümler de göz önünde bulundurulmak suretiyle, yasama dokunulmazlığının 1982 Anayasası’ndaki kapsamı, hukuki niteliği, istisnaları, maddi ceza hukuku, ceza usul hukuku ve ceza infaz hukuku karşısındaki konumu incelenmiş ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Yasama dokunulmazlığı, 1982 Anayasası’nda yasama dokunulmazlığı, ceza hukuku ve yasama dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğu, parlamento üyesi.

### **ABSTRACT**

Legislative immunity has firstly come up in England in 13th century. It was initiated in Continantel Europe by the 1789 French Revolution. Today legislative immunity takes place in the constitution of many countries.

In Turkish history, legislative immunity was adopted firstly in the 1876 Constitution and respectively takes place in 1924, 1961 and 1982 Constitutions. Parliamentary immunity in Turkey has been a constant topic of discussions and almost be never out of the agenda. Legislative immunity means, members of the parliament shall not be subject to a arbitrary criminal procedure transactions. The purpose is not to protect the parliamentarian himself, but to ensure the parliamentary function processing properly, without any intimidation and supression. In hence, as an aspect, parliamentary immunity represents the public interest and connected with it.

In this study, by taking into considiration of our previous Constitutions, the scope of parliamentary immunity in the 1982 Constitution, legal nature, exceptions, legal character across from substantive criminal law, criminal procedure law, penal law is examined and tried to reach a conclusion.

**Keywords:** Legislative immunity, legislative immunity in the1982 Constitution, legislative immunity and criminal law, legislative nonliability, member of parliament.

<sup>1</sup> Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, fatih4567@hotmail.com.

## GİRİŞ

Yasama dokunulmazlığı, yasama meclisi üyelerinin suç işlediklerinden bahisle usulüne uygun olmayan kovuşturmalara maruz kalmamalarını, meclisin kararı olmadan cezai takibata uğramamalarını, parlamento dışındaki fiilleri nedeniyle bazı ceza muhakemesi hukuku işlemlerine tabi tutulmamalarını ifade eder.<sup>2</sup> Amacı, milletvekillerini keyfi soruşturmalardan koruyarak,<sup>3</sup> yasama görevini yerine getirmekten alıkonulmalarını önlemektir.<sup>4</sup> Cezaya muhatap olabilme tehdidi, özellikle muhalif milletvekilleri için çok ciddi bir baskı ve tehdit aracı oluşturabilir. Bu terime “nispi dokunulmazlık”, “geçici dokunulmazlık” ve “muvakkat dokunulmazlık” da denmektedir. Keza 1982 Anayasası’nın 83. maddesinde de söz konusu kurum, yasama dokunulmazlığı başlığı altında mutlak dokunulmazlık ve nispi dokunulmazlık olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre mutlak dokunulmazlık, “kürsü bağısıklığı” olarak da bilinen yasama sorumsuzluğunu, yani milletvekillerinin görevlerini yerine getirmeleri sırasında açıkladıkları düşüncelerden ve verdikleri oylardan dolayı herhangi bir soruşturmaya uğramamaları anlamına gelirken, nispi dokunulmazlık, yasama organı üyelerinin cezai takibata uğramalarını önlemeye yöneliktir.<sup>5</sup> Bu çalışmanın konusu yasama dokunulmazlığıdır.

Halkın temsilcisi olan parlamentoların asli görevi kanun yapmak olmakla birlikte, bunun yanında yürütme organını denetleme yetkileri de bulunmaktadır.<sup>6</sup> Milletvekillerinin basit bahanelerle veya kurgulanmış soruşturmalara kovuşturmaya uğramaları halinde, milli iradenin temsili ve yürütme erkinin denetlenmesi görevi de olumsuz etkilenebilir.<sup>7</sup> Yasama görevinin bu niteliği ve önemi, milletvekillerinin hukuki statülerinin özel olarak düzenlenmesini gerektirmiştir.<sup>8</sup> Bu anlamda parlamenter bağısıklıklar, yasama organının bağımsızlığını, devletin diğer organlarına ve vatandaşlara karşı korumak amacıyla kabul edilmiş birer anayasa hukuku kurumudurlar.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> ÖZER, Attila, **Anayasa Hukuku**, Ankara, 2016, s. 509-511; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 216-218.

<sup>3</sup> ERGÜNEŞ, İsmail, **Yasama Sorumsuzluğu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.1; BAŞGİL, Ali Fuat, “Teşrii Masuniyet Meselesi Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 17. Maddesi Üzerine Bir Etüd”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.VII, S. 1, İstanbul, 1941, (ss. 47-66), s. 47.

<sup>4</sup> ÜLFİDAN, O. Serkan, **Yasama Dokunulmazlığı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 8-10.

<sup>5</sup> ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları**, Ankara, 1964, s. 250.

<sup>6</sup> TÜLEN, Hikmet, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, Mimoza Yayınları, Ankara, 1986, s. 237; SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, İmge Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 51-66.

<sup>7</sup> ÖZCAN, Hüseyin, **Yasama Bağısıklıkları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 11.

<sup>8</sup> MAY, Thomas Erksine, **Parliamentary Practice, A Treatise of the law, Privileges, Proceedings And Usage of Parliament**, Twentythird Edition, London, 2014, s. 16.

<sup>9</sup> KARATEPE, Şükrü, **Türk Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 222.

İlk kez İngiltere’de ortaya çıkan yasama dokunulmazlığı, başlangıçta parlamenter ayrıcalıklar arasında yer almış ve özellikle temsili hükümet rejimlerinin ortaya çıkmasıyla büyük öneme sahip olmuştur.<sup>10</sup> Koloni devrinde İngiltere’den Amerika’ya geçen ve 1787 Anayasası’nda ifadesini bulan kavram, ilk defa 1791 Fransız Anayasası ile bir anayasal kurum olma niteliğini kazanmış ve çağdaş anayasaların pek çoğu tarafından da kabul edilmiştir.<sup>11</sup> Bugün yasama dokunulmazlığının dünyada başlıca iki ana sistem temelinde oluşturulduğu söylenebilir. Bunlardan ilki İngiltere örneğinin kaynaklık ettiği ve sadece hukuki kovuşturmalara karşı koruma sağlayan Anglo – Sakson sistemi,<sup>12</sup> diğeri ise Fransa uygulamasının kaynaklık ettiği, ceza davalarına karşı da koruma sağlayan Kıta Avrupa’sı<sup>13</sup> sistemidir.

Ülkemizde de Kıta Avrupa’sı geleneğine uygun olarak ve büyük ölçüde Fransız modelinden esinlenilerek kabul edilen yasama dokunulmazlığı,<sup>14</sup> siyasi hayattaki gerekliliğini ve varlığını korumaktadır; ancak artan terör saiklı suçlar ve yolsuzluk soruşturmaları, geliştirilmeye çalışılan hukuk devleti ilkesi ile birlikte kurumun içeriğinin daha dar bir biçimde düzenlenmesi (kaldırılması ya da kapsamının daraltılması) eğilimi ortaya çıkmış<sup>15</sup> ve bu eğilim toplumda

<sup>10</sup> TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 465-466; AYBAR, Mehmet Ali, **Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri**, İstanbul, 1937, s. 6; KÜÇÜKA, Ali Necip, “Mebusların Teşrii Masuniyeti Esası ve Tatbik Şekilleri”, **Adliye Dergisi**, 1941, No. 8, s. 526. Yasama dokunulmazlığının farklı ülkelerdeki tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., KIRATLI, Metin, **Parlamenter Muafiyetler – Bizde ve Yabancı Memleketlerde**, Sevinç Matbaası, 1961.

<sup>11</sup> GÖNENÇ, Levent / ERGÜL, Ozan, **1982 Anayasası’na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı**, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr>, erişim tarihi (03.06.2016).

<sup>12</sup> Bu sistemde yasama dokunulmazlığı cezai kovuşturmalara karşı değil, hukuki kovuşturmalara karşıdır; yani dokunulmazlık yasama organı üyelerine sadece borçlarından dolayı tutuklanmama güvencesi sağlamaktadır. Parlamento üyeleri, ceza hukukuna giren fiillerden dolayı sıradan vatandaşlar gibi tutuklanıp yargılanabilirler. Dokunulmazlık parlamento tarafından kural olarak kaldırılamaz. Dolayısıyla, Anglo – Sakson uygulamasında yasama dokunulmazlığının bir anlamının kalmadığı da ileri sürülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., GÖZLER, Kemal, “Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.56, S.3, Temmuz-Eylül 2001, (s. 71-101), s. 96.

<sup>13</sup> Bu sistemde ise yasama dokunulmazlığı esas fonksiyonunu cezai alanda göstermektedir. Parlamento üyeleri işledikleri suçlardan tutuklanmasalar, yargılanmasalar bile haklarında hukuk davası açılıp tazminat istenebilmektedir. Ayrıca dokunulmazlık parlamento tarafından kaldırılabilceği gibi, istisnaları da bulunmaktadır. Bkz., GÖZLER, **2001**, s. 96.

<sup>14</sup> GÖNENÇ / ERGÜL, (1982 Anayasası’na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı).

<sup>15</sup> ATALAY, Nurhan, **Türkiye’de Yasama Dokunulmazlığı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008, s. 2.

geniş bir taban bulmuştur.<sup>16</sup> Milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı altında ayrıcalıklı kurallara tabi olmaları, parlamentonun saygınlığına gölge düşürdüğü, demokrasiye zarar verdiği, dokunulmazlığın kaldırılmasının daha çok siyasi nedenlere bağlı olduğu, ceza kanunları karşısında eşitlik ilkesini bozduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir.<sup>17</sup> Ancak, yargının bağımsızlığını sağlamak amacıyla hâkimlere sağlanan teminat, bağımsız ve tarafsız yargı organlarına olan inancın varlığına rağmen kuruma olan ihtiyacın devam ettiği söylenebilir.<sup>18</sup> Kabul etmek gerekir ki Türkiye’de yasama dokunulmazlığı, diğer ülke örneklerine göre<sup>19</sup> oldukça geniş kapsamlı bir koruma sağlamaktadır ve maalesef dokunulmazlık tartışmalarından bu güne kadar bir sonuç da alınamamıştır.

Makalede siyasi hayatımızda karşılaştığımız son gelişmeler, yaşanmış örnekler doğrultusunda 1982 Anayasası’nda yasama dokunulmazlığının önemi, işlevi ve eksiklikleri üzerinde duracağız. Bu doğrultuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için, yasama dokunulmazlığının önceki Anayasalarımızda<sup>20</sup> hangi şekilde yer aldığına değineceğiz. Sivil toplum kuruluşları ve siyasi partilerce kamuoyu ile paylaşılan örnekleri de inceleyerek, gelecekte yapılması muhtemel yasal düzenlemelere ışık tutmaya çalışacağız. Yasama dokunulmazlığı 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarında genel hatlarıyla ve kıyaslama amacıyla el alınacaktır; kategorik ve ayrıntılı inceleme ise çalışmanın esasını oluşturan 1982 Anayasası’nın değerlendirildiği bölümde yapılacaktır.

<sup>16</sup> Örneğin, 65. Hükümet tarafından hazırlanan ve milletvekili dokunulmazlığı ile ilgili olarak Anayasanın 83. maddesinde değişiklik öngören 6728 sayılı Kanun, 12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından onaylanmış ve 08. 08. 2016 tarihli, 29736 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte, haklarında fezleke hazırlanmış olan 50’si HDP’li, 138 Milletvekilinin dokunulmazlığı bir kereliğine kaldırılmış, HDP ve CHP milletvekillerinin söz konusu değişikliğe ilişkin Kanunun Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle yaptıkları başvuru Anayasa Mahkemesi’nce (AYM) reddedilmiştir. Devam eden süreçte bazı HDP milletvekilleri, soruşturmayı yapan adli makamlarca ifade vermeye çağırılmıştır. Bkz., 7 Ekim 2016 tarihli gazete haberleri. AYM kararı için bkz., 2016/54 E., 2016/117 K., KT: 03.06.2016. AYM’nin söz konusu kararıyla ilgili basın duyurusu ve kararın içeriği hakkında bkz., **Basın Duyurusu, No: GK 6/16**. [Http://www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), ulaşım tarihi (15.08.2016)

<sup>17</sup> GÖZLER, 2001, s.28.

<sup>18</sup> ÖZCAN, 2006, s. 11.

<sup>19</sup> Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle çalışmanın 1982 Anayasası bölümünde değinilecektir.

<sup>20</sup> Yeri gelmişken şu hususu belirtmeliyiz ki, 1921 Anayasası’nda yasama dokunulmazlığına ilişkin bir madde bulunmamaktadır. Ancak, 1876 Anayasası’nın çelişmeyen hükümlerinin yürürlükte kalacağı kuralı gereğince, 1876 Anayasası’ndaki yasama dokunulmazlığına ilişkin hüküm 1921 Anayasası için de geçerlidir. Bkz., GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 48. Dolayısıyla çalışmamızda 1921 Anayasası için ayrı bir başlık açmadık.

## I. 1876 KANUN-I ESASİNDE YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ DÜZENLENİŞİ

Yasama dokunulmazlığı Ülkemizde ilk olarak 1876 Anayasası (Kanuni Esas-ı) ile kabul edilmiştir. Kanun-ı Esası'nın 79. maddesinde yasama dokunulmazlığı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Heyeti Mebusanın müddeti içtimaiyesinde, azadan hiçbiri heyet tarafından ithama sebebi kâfi bulunduğu ekseriyetle karar verilmedikçe veyahut bir cünha veya cinnet icra eder iken veya icraya müteakip tutulmadıkça tevkif ve muhakeme olunamaz”*<sup>21</sup> 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarından farklı olarak, parlamenter muafiyetlerin ayrı maddelerde düzenlenmiş olması Anayasa yazım tekniği açısından olumlu kabul edilmelidir.<sup>22</sup> Dahili Nizamnamenin 96. maddesinde ise *“Heyeti Mebusan dairesinin dahilinde azadan biri bir cünha ve kabahat işleyecek olursa, derhal müzakerata muvakkaten hitam verilip, reis tarafından Heyeti Umumiyede beyanı hal olunur. Reisin emri üzerine kabahat ve cünha sahibi riyaset odasına celbolunur. Heyeti mebusanın azadan kâtipleri dahi hazır olduğu halde kendisinden istizahı madde edilir. Anın üzerine bir mazbata yazılıp icabına bakılmak üzere Makamı Sadarete gönderilir.”*<sup>23</sup> denilerek, Meclisi Mebusan içerisinde meydana gelecek suç ve kabahat fiillerinin soruşturulması dokunulmazlık kapsamına alınmış, ayrıca konunun düzenlenecek bir mazbata ile Sadaret Makamına bildirilmesi, dolayısıyla da Meclise suç fiillerinin araştırılması için bildirimde bulunma zorunluluğu yüklenmiştir.

1876 Anayasası'nda yasama dokunulmazlığı sadece Heyeti Mebusan üyeleri için kabul edilmiştir; Heyeti Ayan üyeleri bu muafiyetten, yasama sorumsuzluğu da dâhil olmak üzere<sup>24</sup> faydalanamamaktadır.<sup>25</sup> Heyeti Ayan üyelerine dokunulmazlık verilmemesinin sebebi, bu temsilcilerin üyeliklerinin ömürleri boyunca devam etmesidir.<sup>26</sup> Heyeti Ayan Dâhili Nizamnamesinin 68. maddesi uyarınca, *“...Heyeti Ayan dairesinin dâhilinde azadan biri bir*

<sup>21</sup> Bkz., KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1985, s. 46.

<sup>22</sup> Yasama sorumsuzluğu Kanuni Esası'de 79. maddeden ayrı olarak 47. maddede düzenlenmiştir. Bkz., KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, **1986**, s. 42.

<sup>23</sup> ARMAĞAN, Servet, **Memleketimizde İktüzükler**, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1972, s. 85.

<sup>24</sup> Ancak, Kanun-ı Esası'nın 47. maddesinde, Ayan ve Mebusan Meclisi üyelerinden oluşan ve Ocak ayının başından, Mart soruna kadar faaliyet gösteren Meclisi Umumi üyelerinin tamamının, yasama sorumsuzluğundan faydalanacağı bir istisna olarak öngörülmüştür.

<sup>25</sup> Örneğin, Meclisi Ayan üyesi olan Rıza Nur, Kanuni Esası'nın 79. maddesi dikkate alınmadan Aralık 1911'de tutuklanmıştır. Bkz., SEVİNÇ, Murat, **Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları**, Kırılgaç Yayınevi, Ankara, 2004, s. 122; ÖLÇEN, Ali Nejat, **Osmanlı Mebusan Meclisinde İttihat ve Terakki Zorbalığı ve Siyasal İşkenceler**, Güldikani Yayınları, Ankara, 1982, s. 118-127.

<sup>26</sup> YAYLA, Yıldızhan / ALACAKAPTAN, Uğur, “Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ocak 2001, (s. 478-500), ss. 483.

*cürüm<sup>27</sup> veya cinayet işler ise, derhal müzakerata muvakkaten hitam verilip, Reis tarafından Heyeti Umumiyyede beyanı hal olunur. Reisin emri üzerine cürüm veya cinayet sahibi riyaset odasına (reisin odasına) celp olunup Heyeti Ayanın azadan kâtipleri dahi hazır olduğu halde kendisinden istizahi madde edilir (savunması alınır). Anın üzerine bir takrir yazılıp icabına bakılmak üzere Makamı Sadarete gönderilir.”<sup>28</sup> Görüleceği üzere düzenleme ile, Heyeti Ayan üyelerinin Meclis içerisinde cürüm veya cinayet suçunu işlediklerinin tespit edilmesi halinde, yine yukarıda Heyeti Mebusan üyelerininkine benzer şekilde konunun hazırlanacak bir rapor ile soruşturulmak ve kovuşturulmak üzere Sadaret Makamına gönderileceği kabul edilmiştir.*

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, Kanun-ı Esasi'nin, bir milletvekili hakkında kovuşturma ve tutuklama işlemlerinin yapılmasını, Meclisin üyeyi suçlu göstermeye yeterli bir neden bulunup bulunmadığı hakkında karar vermesi şartına bağlaması, dolayısıyla diğer Anayasalarımızdan farklı olarak Meclise yargısal bir rol tanınmasıdır. Yine, öteki Anayasalarımızın aksine, dokunulmazlığın geçerli olduğu süre milletvekilliği sıfatının devam ettiği dönemle değil, Heyeti Mebusan'ın toplantı süresiyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca Kanun-ı Esasi, dokunulmazlığın istisnası olan suçüstü halini cünhaya<sup>29</sup> da teşmil edip, milletvekilinin sorgulanmasını dokunulmazlık kapsamına almayarak farklı bir kabulü benimsemiştir.<sup>30</sup>

Kanun-ı Esasi 1908 ile 1918 yılları arasında birçok önemli değişiklik geçirmesine rağmen, yasama dokunulmazlığının düzenlendiği 79. madde ilk düzenlendiği halde kalmış ve anılan madde gerek içerik, gerekse konunun ele alınışı bakımından sonraki Anayasalarımıza kaynaklık eden bir hüküm olmuştur.<sup>31</sup>

## II. 1924 ANAYASASI'NDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ DÜZENLENİŞİ

1924 Anayasası'nda yasama dokunulmazlığı 17. maddede şu şekilde şer almıştır: *“Hiçbir Mebus, Meclis dâhilindeki rey ve mütalaasından ve beyanatından Meclis haricinde irat ve izharından dolayı mesul değildir. Gerek intihabından evvel gerek sonra aleyhine cürüm isnat olunan bir mebusun muznunen isticvabı veya tevkifi veyahut muhakemesinin icrası Heyeti*

<sup>27</sup> Cürüm: Suç, Bkz., tdk.gov.tr//sözlük (erişim tarihi 10.06.2016)

<sup>28</sup> ARMAĞAN, 1972, s. 105.

<sup>29</sup> Cünha: Cürüm derecesindeki, kabahatten ağır, cinayetten hafif olan suç. Bkz., tdk.gov.tr//sözlük (erişim tarihi, 10.06.2016)

<sup>30</sup> KIRATLI, 1961, s. 101. İleride de görüleceği üzere, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında, dokunulmazlığın istisnası olarak sadece ağır cezalı suçlardaki suçüstü hali kabul edilmiştir.

<sup>31</sup> DOMANIÇ, Hayri, “Yasama Dokunulmazlığının Tarifi, Tarihçesi, Kapsamı ve İstisnalar”, **Yeni Türkiye**, S. 23-24, (s. 933-947), ss. 934.

*Umumiyeinin kararına menuttur. Cinai cürmü meşhut bundan müstesnadır. Ancak bu takdirde makamı aidi Meclisi derhal haberdar etmekle mükelleftir. Bir Mebusun intihabından evvel veya sonra aleyhine sadır olmuş ceza bir hükmün infazı mebusluk müddetinin hitamına talik olunur. Mebusluk müddeti esnasında müruru zaman cereyan etmez.*<sup>32</sup> Görüldüğü üzere 1924 Anayasası'ndaki dokunulmazlık, Kanun-ı Esasi'ye göre daha anlaşılır ve milletvekilini koruyucu bir şekilde kaleme alınmıştır. <sup>33</sup> "Ancak bu takdirde "makamı aidi" Meclisi derhal haberdar etmekle mükelleftir." ifadesinde geçen yetkili makam Adalet Bakanlığı'dır.<sup>34</sup>

1924 Anayasası, suçların cinayet, cünha ve kabahat olarak sınıflandırıldığı 1274 (1858) tarihli dönemin Osmanlı Ceza Kanunu'nda, cinayet sınıfına giren suçlarda suçüstü yakalanılması halini yasama dokunulmazlığı kapsamına sokmamıştır. 1926'da yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ise, suçları niteliklerine göre cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayırarak, 10. maddesinde cürümlerin cezasını idam, ağır hapis, hapis ve sürgün (sürgün cezası 1965 yılında yürürlüğe giren 647 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır), ağır cezayı nakdi ve hidematı ammeden memnuiyet şeklinde belirlemiştir. Bu sebeple 1926 tarihli TCK'da, cinayet suçları şeklinde adlandırılan ayrı bir suç kategorisi bulunmamaktadır.<sup>35</sup>

Ancak aynı Kanun, 587. maddesindeki "Elyevm meri olup cinayet, cünha ve kabahat taksimatına müstenit ahkâmı havi bulunan kanunlarda münderiç (mücazâtı terhibiye) ve cinayet tabirleri badema ceza kanununda muharrer

<sup>32</sup> KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, 1985, s. 130-131. 17. madde 10.01.1945 gün ve 491 sayılı Kanunla sadeleştirilmiş ve şu hale getirilmiştir: *Bir milletvekili ne Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden ne de Meclisteki oy düşünce ve demeçlerini Meclis dışında söylemek ve açığa vurmaktan sorumlu değildir. Seçiminden gerek önce ve gerek sonra üstüne suç atılan bir milletvekili Kamutayın kararı olmadıkça sanık olarak sorgulanamaz, tutulamaz ve yargılanamaz. Cinayetten suçüstü yakalanma hali bu hükmün dışındadır. Ancak bu halde yetkili makam bunu hemen Meclise bildirmek ödevindedir. Seçiminden önce veya sonra bir Milletvekili hakkında verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi milletvekilliği süresinin sonuna bırakılır. Milletvekilliği süresi içinde zamaşımı işlemez.* KİLİ / SUNA, s. 165.

<sup>33</sup> 1924 Anayasası teklifinin Meclis görüşmeleri sırasında, Gaziantep Milletvekili Ali Cenani Bey söz alarak, Meclisin, dokunulmazlığı kaldırılması talep edilen milletvekiline isnat edilen suçun ciddiliği hakkında yeterli bilgi sahibi olabilmesi için, adli mercilerce milletvekili hakkında ilk tahkikat incelemesinin yapılabilmesine yönelik bir değişiklik önergesi vermiş, ancak söz konusu önerge, diğer memurların dahi suç isnadı sebebiyle adli makamlarca soruşturulabilmelerinin ilgili kurumun iznine tabi olduğu, yasama organı üyesinin de bu tür bir korunmadan faydalanması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz., **Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi**, İçtima 13, C.2, s. 558.

<sup>34</sup> DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, C.1, İstanbul, 1997, s. 274.

<sup>35</sup> FEYZİOĞLU, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, (s. 397-425), ss. 6-10.

*müebbet veya muvakkat ağır hapis ve beş seneden fazla hapis ve hidematı ammeden müebbeten memnuiyet ve müebbet sürgün cezaları ile bunları müstelzim cürümlere... masruf olacaktır.”* şeklindeki düzenleme ile cinayet suçunun cezai yaptırımının ne olacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla, 1924 Anayasası’nın 17. maddesinde geçen cinayet suç vasfı ile, müebbet veya muvakkat ağır hapis, beş seneden fazla hapis ve kamu hizmetinden devamlı yasaklılık ile müebbet sürgün cezalarını gerektiren cürümlerin kastedildiği anlaşılabilir.<sup>36</sup>

1924 Anayasası döneminde yürürlükte olan 1927 tarihli Dâhili Nizamname’de, yasama dokunulmazlığını ilişkin hükümler ise şu şekilde kaleme alınmıştır: *“Madde 178- Bir Mebusun teşrii masuniyetinin kaldırılması için vukubulacak talepler, mahkemelerden Adliye Vekâletine tebliğ olunur. Adliye vekâleti, esbabı mucibeyi muhtevi bir tezkere ile mezkur talebi Başvekalet vasıtasıyla Meclis riyasetine gönderir. Reis, bu talebi Teşkilatı Esasiye ve Adliye encümenlerinden mürekkep bir encümene havale eder. Encümen reisi, kur’a ile beş azadan mürekkep bir İhzari Encümen tefrik eder. Bu İhzari Encümen, gizli rey ile kendine bir Reis ve bir de mazbata muharrirliği ifa edecek Kâtip İntihap eder. Encümen bütün evrakı tetkik edip o mebusu dinler. Encümen şahit dinleyemez. Madde 179- İhzari ve Muhtelit encümenler bir masuniyetin kaldırılması hakkında kendilerine muhavvel evrakı en çok bir ayda intaç ederler. Madde 180- bir Mebusa, Teşkilatı Esasiye Kanununun 12. ve 27. maddelerinde<sup>37</sup> mevzubahis olan memnu fiillerden biri isnat olunur ve*

<sup>36</sup> TANER, Tahir, **Ceza Hukuku**, İstanbul, 1953, s. 210. Gözler ise, cinaî meşhut terimi ile sadece cinayet suçunun suçüstü halinin kastedilmiş olduğunu düşünmektedir, GÖZLER, **2000**, s. 325. Aynı görüş doğrultusunda bkz., SEVİNÇ, **2004**, s. 127. Yukarıda belirtildiği üzere 1945 yılında 1924 Anayasası’nın dilini sadeleştiren Anayasa değişikliği ile “cinayetten suçüstü yakalama bu hükmün dışındadır” biçimindeki sadeleştirme, söz konusu istisnanın sadece cinayet suçu açısından kabul edildiğine ilişkin görüşleri desteklemektedir. Dönmezer – Erman da, 1924 Anayasası’nda dokunulmazlığın kendiliğinden kalkması halinin, sadece ağır suçlarla sınırlandırılmasının, kurumun felsefesine daha uygun olduğunu belirtmiştir. DÖNMEZER / ERMAN, **1997**, s. 274. Kıratlı, 17. maddede sadece cürümlerden bahsedilmiş olması sebebiyle, cürüm dışındaki suçların yani kabahatlerin dokunulmazlık kapsamının dışında tutulduğunu ifade etmiştir. KIRATLI, **1961** s. 83. Aynı görüş doğrultusunda bkz., TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, İstanbul, 1991, s. 379; SEVİNÇ, **2004**, s. 131. Kanaatimizce burada maddede geçen cürüm terimi ise kastedilen suçtur; çünkü, 1924 Anayasası’nın dilini sadeleştiren 1945 tarihli değişiklikte “aleyhine cürüm isnat olunan” terimi, “üzerine suç atılan” şeklinde sadeleştirilmiştir. İleride de görüleceği üzere, 1961 (md. 79) ve 1982 (md. 83) Anayasalarında, 1924 Anayasası’ndan farklı olarak dokunulmazlık kapsamına giren suçlar arasında bir ayırım yapılmamış, sadece “suç işlediği ileri sürülen” ibaresi ile hem cürümler hem de kabahatler dokunulmazlık kapsamına alınmıştır.

<sup>37</sup> *“Madde 12- Yabancı Devlet resmi hizmetinde bulunanlar terhipli cezaları gerektiren suçlardan veya hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, kısıtlılar, yabancı devlet uyrukluluğunu ileri*



*ihzari encümen tetkik neticesinde buna kanaat hâsıl ederse, teşrii masuniyetin ref'i lüzumuna dair müdellel bir mazbata tanzim ve muhtelit encümene takdim eder. Eğer isnat olunan memnu fiil yukarıda zikredilen maddelerde sayılan nevilerden değilse ihzari encümen takibat ve muhakemenin, devre sonuna kadar taliki hakkında bir mazbata tanzim ve kazalık muhtelif encümene takdim eder. Muhtelit encümen bu bapta ikinci bir karar ittihaz eder. O mebus isterse ihzari encümende, muhtelit encümende ve Heyeti Umumiye de kendini müdafaa eder veyahut bir arkadaşına ettirir. Heyeti Umumiye bu hususta kararını verir. Madde 181- Masuniyetin kaldırılması için bir mebusun kendi talebi kâfi gelmez. Madde 181- Hilafına karar olmadıkça masuniyetin kaldırılması hakkında müzakere açıkça devam eder.”<sup>38</sup>*

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, Dâhili Nizamnamenin dokunulmazlığın kaldırılması konusunda 1961, 1982 Anayasaları ile içtüzüklerinde olmayan hükümleri ihtiva etmesidir. 1924 Anayasası'nın 180. maddesinde dokunulmazlıkların hangi durumlarda kaldırılacağı içtüzük düzenlemesiyle teker teker sayılmıştır. Ayrıca 1924 Anayasası'nın 41. maddesinde kanaatimizce çok isabetli bir tercihle, sonraki Anayasalarımızdan farklı olarak, Cumhurbaşkanının da yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğundan faydalanacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>39</sup>

### III. 1961 ANAYASASI'NDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ DÜZENLENİŞİ

İki meclisli demokrasi modeli benimseyen 1961 Anayasası'nda dokunulmazlık kurumu, bu yapıya uygun, ama özde 1924 Anayasası'na benzer şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 79. maddesi uyarınca “... (2) Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği öne sürülen bir Meclis üyesi, kendi Meclisinin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır; ancak, bu halde, yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya üyenin Meclisine bildirmek zorundadır. (3) Bir Meclis üyesi hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. (4) Tekrar seçilen Meclis üyesi hakkındaki

---

*sürenler, kamu hizmetinden yasaklılar, Türkçe okuyup yazma bilmeyenler milletvekili seçilemezler.” Madde 27- Bir milletvekilinin vatan hainliği ve milletvekilliği sırasında yiyicilik suçlarından biriyle sanık olduğuna Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamutayı hazır üyelerinin üçte iki oyçokluğu ile karar verilir yahut on ikinci maddede yazılı suçlardan biriyle hüküm giyer ve bu da kesinleşirse milletvekilliği sıfatı kalkar.” KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, 2006, s. 129-133.*

<sup>38</sup> ARMAĞAN, 1972, s. 265.

<sup>39</sup> “madde 41-...Cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorumlu olması gerekirse Anayasanın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17. maddesi hükümlerine uyulur.” KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, 2006, s. 136-137.

*takibat, kendi Meclisinin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. (5) Meclislerdeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”<sup>40</sup>*

Anayasanın 79. maddesinin 2. fıkrasından, hem cürümlerin hem de kabahatlerin dokunulmazlık kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Bu tercihin 1961 Anayasası'nı hazırlayan irade tarafından kasıtlı olarak, geçmiş dönemlerde yaşanan tecrübelerle tepki niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Dokunulmazlığın kapsamının genişletilmesi suretiyle, iktidardaki partinin keyfi tutumlarının, suskun Meclis yaratma gayretlerinin önlenmesi amaçlanmıştır.<sup>41</sup> 1961 Anayasası'nda konusu cinayet olan suçüstü halinde kabul edilen istisna “*ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*” ibaresiyle netleştirilmiştir.

Kanaatimizce 1961 Anayasası ile dokunulmazlık kurumuna getirilen en önemli yenilik, dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı Anayasa

<sup>40</sup> KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, 2006, s. 217. 1961 Anayasası tasarısında yasama dokunulmazlığını düzenleyen 78. maddede, kanunlaşan metinden farklı olarak, yasama dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin, yargılama sonucu verilecek olan hüküm kesinleşinceye kadar Meclis çalışmalarına katılmaması öngörülmüştür. Bkz., AKTAŞ, Kadir, “Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye’deki Gelişimi”, **Yasama**, S.3, Ekim-Kasım-Aralık 2006, (s. 85-114), ss. 94-95. Temsilciler Meclisi’ndeki görüşmelerde, yargılama yapan mahkemece verilecek olan hükmün kesinleşmesine kadar ilgili milletvekilinin Meclis çalışmalarına katılmayacak olması, “...maddenin bilhassa kötü iktidarlar tarafından suiistimal edilebileceği...” gerekçesiyle, üyeler Tahsin Argun ve Emin Soysal tarafından eleştirilmiştir. Bkz., ÖZTÜRK, Kazım, İzahlı, Gerekçeli, **Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ajans Türk Matbaası, C.III, Ankara, 1966, s. 2503. Yine görüşmeler sırasında, tasarı metninde dokunulmazlığın istisnası olarak kabul edilen ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin, belli suçlarla sınırlandırılmasına yönelik düşünceler ortaya atılmış, ancak kabul görmemiştir. ÖZTÜRK, 1966, s. 2514. Alp Kuran tarafından verilen bir önergede ise, milletvekili dokunulmazlığının, Meclisin içtima (toplantı) halinde olduğu dönemlerde geçerli olacak şekilde sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiş, gerekçe olarak ise, tekrar seçilen bir milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaması halinin, diğer vatandaşlara karşı ayrıcalıkla bir hukuki durum yaratması ve hakkaniyete uygun düşmemesi gösterilmiştir. Verilen önerge, Meclis çalışmalarında esas olanın devamlılık, tatilde olmanın ise istisna olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz., ÖZTÜRK, 1966, s. 2504-2508. Temsilciler meclisi görüşmeleri sırasında Suphi Batur tarafından verilen bir diğer önergede ise maddeye yeni bir fıkra eklenmesi talep edilmiştir. Önerge metni “*Tekrar seçilen Meclis üyesi hakkındaki takibat, kendi Meclisinin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.*” şeklindedir. Bu önerge Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilerek görüşülmek üzere Milli Birlik Komitesine gönderilmiştir. Bkz., ÖZTÜRK, 1966, s. 2519. Yasama dokunulmazlığı kurumunun Milli Birlik Komitesi’ndeki görüşmelerini incelediğimizde ise, Komitenin Meclislerde siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığı ile ilgili karar alınmasını ve görüşme yapılmasını yasaklamak amacıyla girişimde bulunduğunu ve bu girişim aynen kabul edilerek 5. fıkrada yer aldığını görmekteyiz. Bkz., AKTAŞ, 2006, s. 99

<sup>41</sup> TEZİÇ, 1991, s. 384; AKTAŞ, 2006, s. 97-98; YAYLA / ALACAĞAPTAN, 2001, s. 484.

Mahkemesi'ne iptal başvurusu yasa yolunun açılmış olmasıdır. Gerçekten de, Anayasanın 81. maddesindeki *"Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına... Meclisçe karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde, ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi biri, bu kararın, Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içinde karara bağlar."*<sup>42</sup> şeklindeki düzenleme ile, keyfi olarak alınacak kararlara karşı hukukilik denetimi getirilmiştir.

79. maddenin 4. fıkrasında, dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin yeniden seçilmesi halinde, hukuki konumunun ne olacağı düzenlenmiş olması da çok olumlu bir gelişmedir. Anılan fıkra gereğince, dokunulmazlığı kaldırılan yasama organı üyesi yeniden seçildiği takdirde, tekrar yasama dokunulmazlığını kazanacak ve dolayısıyla hakkındaki kovuşturma da duracaktır. Önceki dönemde başlanmış olan kovuşturmaya devam edilebilmesi için, parlamento tarafından alınacak bir kararla dokunulmazlığın yeniden kaldırılması gerekecektir.<sup>43</sup>

1961 Anayasası'nın 150/3. maddesindeki *"Bakanlar dokunulmazlık ve yasaklamalar bakımından TBMM üleriyle aynı durumdadır"*, şeklindeki düzenlemeyle, Meclis dışından seçilen bakanların da, aynen milletvekilleri gibi yasama dokunulmazlığından faydalanabilecekleri kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nın 44. maddesi uyarınca bakanlar sadece Meclis üyeleri arasından seçilebilmekteydi; dolayısıyla 1961 Anayasası ile dokunulmazlığın uygulanma alanı kişi bakımından genişlemiş olmaktadır.

1924 Anayasası'nda, seçiminden önce veya sonra bir milletvekili hakkında ceza mahkûmiyetinin infaz edilmesi durumu söz konusu olduğunda, yerine getirme milletvekilliği süresinin sonuna bırakılırken, 1961 Anayasası'nda ceza hükmünün infaz edilebilmesi için *"üyelik sıfatının sona ermesi"* hali şart koşulmaktadır. 1961 Anayasası uyarınca TBMM üyeliği, seçilmeye engel olan bir suçtan dolayı kesin hüküm giyme halinde düşmektedir. Dolayısıyla, 1924 Anayasası'ndaki *"milletvekilliği süresinin sonu"* ibaresinin, 1961 Anayasası'ndaki *"üyelik sıfatının sona ermesi"* durumuna göre daha nesnel ve genel bir durumu ifade ettiği, süreç içerisinde dokunulmazlıkla ilgili düzenlemelerde işlevsel açısından daha fazla korunma sağlanmaya çalışıldığı, ancak bu korumanın hukuk devleti ve bağımsız yargının gelişimine paralel olarak *"hüküm giyme"* halleriyle bağlantılı olarak daraltıldığı ileri sürülebilir.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> KİLİ / GÖZÜBÜYÜK, 2006, s. 216-218.

<sup>43</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Ceza Hukuku Açısından 1961 Anayasası", **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1962, C. XVIII, (s. 251-298), ss. 289.

<sup>44</sup> AKTAŞ, 2006, s. 99; YAYLA / ALACAĞAPTAN, 2001, s. 484.

#### IV. 1982 ANAYASASI'NDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ DÜZENLENİŞİ

1982 Anayasası uygulamasında da gündemden düşmeyen<sup>45</sup> yasama

<sup>45</sup> Konuyu daha iyi anlayabilmek için, yasama dokunulmazlığıyla ilgili hazırlanan ve kamuoyuyla paylaşılan kayda değer bazı tekliflere kısaca göz atmakta fayda vardır. **TÜSİAD** tarafından 1992 tarihinde hazırlanan Anayasa önerisinde yasama dokunulmazlığı “...Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen Meclis üyesi, Meclisin kararı olmadıkça yakalamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır; ancak bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Meclise bildirmek zorundadır. Meclis üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Siyasi parti gruplarıncaya, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.” şeklinde öngörülmüştür.

**Zafer Üskül** tarafından 1992’de getirilen öneride dokunulmazlık “...Seçimlerden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır; ancak bu halde, yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirmek zorundadır. Bir milletvekili hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkındaki soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarıncaya, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz” şeklinde öngörülmüştür.

**Halkın Emek Partisi** tarafından 1993 yılında teklif eden öneride kurum “...Seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir meclis üyesi Meclisin kararı olmadıkça yakalanamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır; ancak bu halde, yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya meclise bildirmek zorundadır. Meclis üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında kovuşturma, meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Siyasi Parti gruplarıncaya, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.” şeklinde öngörülmüştür.

**Refah Partisi** tarafından 1993 yılında kamuoyu ile paylaşılan öneri “...Seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarıncaya, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.” şeklindedir.

**Sosyal Demokrat Halkçı Parti** tarafından 1993 yılında getirilen öneride kurum “...Seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekelemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Türkiye Büyük

dokunulmazlığı, Anayasanın 83. maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır:

*Millet Meclisi üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş olup da, milletvekili sıfatının düşmesini gerektirmeyen bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmana bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”* şeklinde öngörülmüştür.

**Liberal Demokrat Parti'nin** 1995 tarihli Demokratik Cumhuriyet Programında yasama dokunulmazlığı “...Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin işledikleri suçlardan dolayı yargılanması ağır ceza gerektiren suçüstü halleri dışında tutuksuz yapılır.” biçimindedir.

**Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği** tarafından 2000 yılında hazırlattırılan Anayasa taslağında yasama dokunulmazlığı “... Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili, Meclisin kararı ile dokunulmazlığı kaldırılmadıkça yakalanamaz, tutuklanamaz ve kendi isteği dışında sorgulanamaz ve yargılanamaz. Ağır ceza gerektiren suçüstü hali ve 76. maddede sayılan yüz kızartıcı suçlar (Md. 76. Milletvekili seçilme yeterliliği:... zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla...) bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu adli makamlarca doğrudan kendine iletilecek dokunulmazlığını kaldırma taleplerini üç ay içinde karara bağlar. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Meclis üyeliği süresince zamanaşımı işlemez. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi Parti Gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.” biçiminde öngörülmüştür.

**Türkiye Barolar Birliği** tarafından 2001 yılında hazırlanan Anayasa taslağında dokunulmazlık “Seçimden önce ya da sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Yargıtay’da sorgulanıp yargılanır. Ancak ağır ceza gerektiren suçüstü durumu dışında, tutulmaz ve tutuklanamaz. Ağır ceza gerektiren suçüstü durumunda tutma, tutuklama ve yargılama, yetkili makamlar tarafından derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması ve yargılama usulleri yasa ile düzenlenir. Milletvekili seçilme yeterliğine engel olmayan kesinleşmiş bir cezanın çektirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük millet Meclisindeki siyasal parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz, karar alınamaz. Başbakanlar ve Bakanlar hakkındaki suçlamalar, ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından, Meclis soruşturması için Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilir şeklinde öngörülmüştür.

**Ergun Özbudun ve bir grup akademisyen** tarafından 2007 yılında hazırlanan taslakta dokunulmazlık kurumu alternatifli şekilde kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda 1. Alternatif: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Milletvekili hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, milletvekilliği sıfatının sona ermesine bırakılır ve milletvekilliği süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.” şeklindedir. 2. Alternatif ise: “Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçlarda suçüstü hali ile zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, hileli iflas, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından dolayı bir milletvekilin sorguya çekilmesi ve yargılanması için Meclisin kararı aranmaz. Bu hallerde Yargıtay Cumhuriyet

*“(2) Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek*

*Başsavcısı, durumu hemen Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirir. Hakkında suç isnadı bulunan milletvekili, Meclis Başkanlığına başvurmak suretiyle, isnad edilen suçla ilgili olarak dokunulmazlığından feragat edebilir. Dokunulmazlık kapsamında olmayan suçları işleyen, dokunulmazlığı kaldırılan veya dokunulmazlıktan feragat eden milletvekillerinin yargılanmaları, tutuksuz olarak ve yasama çalışmalarını engellemeyecek şekilde yürütülür. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz. Milletvekilleri hakkındaki ceza davaları Yargıtay’da görülür. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması, hükmün temyizi ve diğer yargılama esasları kanunla düzenlenir.”* şeklindedir.

**Türkiye Barolar Birliği** tarafından bu sefer 2007 yılında hazırlanan taslakta ise dokunulmazlık *“Seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ancak, milletvekili seçilmeye engel bir suç ile taksirli suçlar dışında toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilir. Seçimden önce başlanmış soruşturma, kovuşturma ve yargılanma işlemleri devam ettirilebilir. Bu durumda dahi Meclis kararı olmadıkça milletvekili gözaltına alınamaz, tutulamaz, tutuklanamaz. Bir önceki fıkrada belirtilen suçlarla alt sınırı bir yıl veya daha fazla cezayı gerektiren suçların suçüstü durumu istisnadır. Bu durumda tutma, gözaltı ve tutuklama önlemleri, yetkili makamlar tarafından derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir. Seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Yargıtay’da yargılanır. Devam eden yargılamalar bakımından, milletvekilinin Mecliste ant içmesinin ardından dosyası derhal Yargıtay’a gönderilir. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Milletvekili seçilme yeterliliğine engel suçlardan ceza alma durumu dışında, kesinleşmiş bir cezanın çektilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz, karar alınmaz.”* biçiminde düzenlenmiştir.

**Barış ve Demokrasi Partisi** tarafından 2010 yılında sunulan Anayasa değişikliği önerisinde ise dokunulmazlık *“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis’in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve rüşvet, zimmet, ihtilas, irtikap, dolandırıcılık, sahtecilik, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırmak, dolanlı iflas, hırsızlık, tecavüz suçları bu hükmün dışındadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.”* biçiminde öngörülmüştür. Bkz., ERDEM, Fazıl, Hüsnü / Yunus, HEPER, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)**, Seta Yayınları, Ankara, 2011, s. 227-231.

zorundadır. (3) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. (4) Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. (5) Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”

Görülebileceği üzere, 1982 Anayasası'nın 83. maddesinde kaleme alınan yasama dokunulmazlığı kurumu 2. fıkrada muhakeme engeli, 3. fıkrada ise bir infaz engeli olarak düzenlenmiş<sup>46</sup> ve kanaatimizce (Meclis ve komisyon tutanakları çerçevesinde yapılan inceleme neticesinde), 1961 Anayasası görüşmelerinde olduğu gibi tartışılmıştır.<sup>47</sup> Ancak Anayasa koyucu 1961

<sup>46</sup> FEYZİOĞLU, 2004, S. 399-401.

<sup>47</sup> 1982 Anayasası Milli Güvenlik Konseyi (MGK) ve Danışma Meclisinden (DM) oluşan komisyon tarafından hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZSOY, Şule, **1982 Anayasası'nın Yapım Süreci**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 66-98. Anayasa tasarısı öncelikle DM Anayasa Komisyonu'nda, daha sonra DM'nde görüşülmüş, burada kabul edildikten sonra MGK Anayasa Komisyonu'nda ve son olarak da MGK'da görüşülerek 18 Ekim 1982 tarihinde kabul edilmiştir. ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 52-56. DM'ye gönderilen 1982 Anayasası Tasarısı'nda yasama dokunulmazlığı, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeye benzer şekilde kurgulanmıştır. Söz konusu madde uyarınca: “Madde 95-(2) Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır; ancak, bu halde, yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. (3) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. (4) Tekrar seçilen Meclis üyesi hakkındaki soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. (5) Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.” Bkz., **Anayasa Tasarısı, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, 31.08.1982, s. 200. Tasarının DM Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, 95. maddenin 5. fıkrasındaki, siyasi partilerce görüşme yapma ve karar alma yasağının madde metninden çıkartılması için verilen önerge, yasama dokunulmazlığının siyasi faaliyet konusu olmayıp, vicdanla ilgili bir mesele olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. **Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanağı**, TBMM Kütüphanesi, Görüşülme Tarihi: 30.06.1982, s. 320. DM'ye sunulan Tasarının ve DM Anayasa Komisyonu'nda kabul edilen madde metninin zamanaşımını düzenleyen 3. fıkrası “1961 Anayasası'nın 79. Maddesi aynen kabul edilmiştir.” şeklinde 1982 Anayasası'nda da benimsenmiş olmasına rağmen, ilgili cümle bir önceki cümleyle noktayla değil, noktalı virgülle bağlanmıştır. Fıkradaki bu değişikliğin sehven mi yoksa bilerek mi yapıldığı, DM ve MGK görüşme tutanaklarından anlaşılamamıştır. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 199-205; AKTAŞ, 2006, s. 101. Yine DM'deki görüşmeler sırasında madde başlığı olan “yasama dokunulmazlığı” teriminin değiştirilmesi gündeme gelmiştir. DM üyesi olan İhsan Göksel ve Polat Gözübüyük verdikleri önergeler ile madde başlığının “Milletvekili Dokunulmazlığı” olarak değişmesini teklif etmişler,

uygulanmasını benimseyerek esaslı değişiklikler yapmaya gerek görmemiş,

ancak bu talepler, 1961 Anayasası'nda da aynı terimin kullanılmış olması ve düzenlemenin bu şekilde hukukumuzda yerleşmiş olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 201-202. Yine DM görüşmeleri sırasında, üyeler İhsan Göksel ve Bahtiyar Uzunoğlu tarafından maddenin içeriğinin değişmesine yönelik olan verilen iki önerge reddedilmiştir. İhsan Göksel'in önergesi şu şekildedir: *"Madde 95- (2) Milletvekilleri üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar verilmiş olmadıkça, sanık olarak sorguya tabi tutulamaz, tutuklanamaz ve yargılanamazlar. TBMM tatildeyken bir milletvekilinin sorguya çekilmesini, tutuklanmasını ve yargılanmasını gerektirecek burdurum olursa, suçun ağırlığı dikkate alınarak, milletvekili hakkında ilgili makam tarafından gerekli karar alınır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır. Bu gibi durumlarda yetkili makamlar olayı ilgili makama bildirirler. (3) Bir milletvekili hakkında soruşturma ve yargılama yapılması, Meclis kararıyla seçim devresi sonuna ertelenmesi halinde dokunulmazlık, ilgili milletvekili seçimlerde tekrar seçilmiş olsa dahi ortadan kalkar. Bu gibi durumlarda seçim devresi sonuna kadar yeniden erteleme kararı verilemez. (4) Bir milletvekili hakkında seçilmeden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, seçilmeye engel olan bir ceza hükmü değilse milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılır..."* **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 200. Tasarının 3. fıkrasında değişiklik yapılmasını talep eden Bahtiyar Uzunoğlu'nun önergesi ise şu şekildedir: *"Madde 95/3 Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sonuna bırakılır. Bu kişinin tekrar seçilebilmesi için söz konusu ceza hükmünün yerine getirilmiş olması; yasama dönemi içinde işlediği yeni suç veya suçlardan dolayı da hakkında yapılan soruşturma veya kovuşturmada aklanmış olması gerekir."* **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 200. Bahtiyar Uzunoğlu, önergesinin gerekçesini; *"Tasarının Meclise getirilen halinde milletvekili tekrar seçildiği takdirde, hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin, dokunulmazlığını yeniden kaldırılmasına bağlı tutmuştur. Bu hükümler yasama dokunulmazlığının sürekli şekilde bir kalkan gibi kullanılarak suçlu kişilerce suiistimal edilmesine olanak vermektedir...Oysa, bu husus kamu vicdanını son derece rencide etmekte ve yaralamaktadır. Bu mahsurun ortadan kaldırılabilmesi için suç işlemiş olan milletvekilinin ilk yasama dönemi sonunda, daha önce işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hakkında verilmiş olan bir ceza hükmünün yerine getirilmiş olmasını gerekli görmekteyim"* şeklinde açıklamıştır. Yine, başka bir önerge sahibi de değişikliğe ilişkin gerekçesinde *"... tasarısındaki mevcut haliyle düzenlemelerin adaletin tecellisinin engelleneceğini, ... cezai yaptırımdan kaçmak için birçok çirkin oyunların oynanacağını, ...önerge çerçevesinde yapılacak değişikliklerle milletvekilinin vakarının korunacağını, bu şekilde dokunulmazlık kurumunun amacını daha iyi göstereceğini"* belirtmiştir. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B.139, s. 203. Bu değişiklik önergelerine karşılık DM Anayasa Komisyonu başkanvekili Kemal Dal, Tasarının Meclis önüne getirilen tasarısı şu şekilde savunmuştur: *"... İktidar Partisi mensuplarının Meclis çoğunluğuna sahip bir kadrosu vardır. ...Mecliste azınlıkta olan parti gruplarını, çoğunlukta bulunan siyasi kadro saf dışı bırakmaktadır. Bunu önlemek için Komisyonun kabul ettiği şekilde düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu suretle yetişmiş siyasi parlamenterler, suçtan aklanma gerekçesiyle devamlı mahkemeye sevk edilecekler ve seçime takılamayacaklar; yeni tecrübesiz siyasi elemanlar ise politik alana girecektir. Bu da Türk siyasi hayatında büyük sakınca doğurur. Meclis eğer kazanılan dokunulmazlığı önleyen bir durumun söz konusu olduğunu görürse zaten dokunulmazlığı kaldırmaya her zaman sahiptir."* **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 204. DM üyesi Kazım Öztürk de tasarı lehindeki görüşlerini *"Yasama dokunulmazlığının kaldırılması ertelenen milletvekili yeniden seçime girip kazandığı zaman bu dokunulmazlık, Millet*



Anayasa'da yürütme erkinin gücü artırıldığı halde, dokunulmazlık kurumunun benzer şekliyle korunması tercih edilmiştir.<sup>48</sup>

*tarafından milli iradeyle ertelenmiş olmaktadır. Bu aşamada en büyük affı Millet yapmaktadır. Bu noktada Komisyonun düzenlemesi haklıdır.*" şeklinde belirtmiştir. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.9, B. 139, s. 204. DM'de yapılan görüşmelerde, tasarının değiştirilmesine yönelik önerilerin tümü reddedilmiş ve DM Anayasa Komisyonunun raporu ve kabul ettiği metin, MGK'nın önüne giden Anayasa Tasarısı metninde yer almıştır. Madde metni, sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin tek meclisi yapısına göre redaksiyona tabi tutulmuş ve metinde bulunan "takibat" sözcüğü yerine "soruşturma ve kovuşturma" terimleri tercih edilmiştir. DM Anayasa komisyonu Raporu, Sıra Sayısı 166, **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi** C. 9, B. 139, s. 199-205. Tasarının MGK Anayasa Komisyonu'nda geçirdiği sürece baktığımızda ise, yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün yeniden düzenlenerek, 1982 Anayasası'nın 83. maddesi olarak bugünkü haliyle kabul edilmiş olduğunu görüyoruz. Komisyonunda yapılan değişiklik ile DM'nin kabul etmiş olduğu madde metnine "*seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır*" hükmü eklenmek suretiyle, 14. maddede yer alan suçlardan birini seçimden önce işleyenlerin, milletvekili seçilmeden önce haklarında bu suça ilişkin soruşturmaya başlanmış olunması halinde dokunulmazlıktan yararlanmaları engellenmiştir. MGK Anayasa Komisyonu Raporu, **MGK Tutanak Dergisi**, Sıra Sayısı 450, C.9, s. 78. MGK görüşmeleri sırasında, Kosey Başkanınca, milletvekillerinin dört-beş dönem seçilebilecekleri ve sonrasında af gibi yollarla işledikleri suçların kovuşturmasının engellenebileceği gerekçesiyle Tasarıdaki, "*Tekrar seçilen Meclis üyesi hakkındaki soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.*" hükmünün "*...bağlı değildir*" şeklinde değiştirilmesi yönündeki öneri, dokunulmazlığın kişiye değil üyeliğe bağlı olduğu, bu sıfatın devam ettirildiği sürece dokunulmazlığın da devam etmesi gerektiği, kaldı ki her dönem dokunulmazlığın kaldırılması işleminin yapılabileceği, zaten bir takım durumların dokunulmazlıktan istisna tutulduğu, dokunulmazlığın seçimler yenilenince kazanılmaması halinin, dokunulmazlık kurumundan beklenen faydayı ortadan kaldıracağı gerekçeleriyle benimsenmeyerek reddedilmiş ve madde metni Koseye geldiği haliyle kabul edilmiştir. **Milli Güvenlik Kurulu Tutanak Dergisi**, C. 6, B. 118, 18.10.1982, s. 364-365. Ayrıca Anayasanın hazırlanması sırasında DM üyeleri de, 2845 sayılı Kurucu Meclis hakkındaki Yasanın 13. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığından yararlanmışlardır. Bkz., **Kurucu Meclis Hakkındaki Kanun**, TBMM Basımevi, Temmuz 1981, 4. Baskı, s. 30. Bu dönemde bazı DM üyelerinin (Yavuz Altop, Erdoğan Bayık, Selçuk Kantarcıoğlu, A. Asım İğneciler) dokunulmazlıklarının kaldırılması istenmiş, ancak adı geçenlerin dokunulmazlıkları kaldırılmayarak, haklarındaki kovuşturmaların üyeliğin sona ermesine kadar ertelenmesine karar verilmiştir. Sevinç, **2004**, s. 129. Bkz., **AKTAŞ**, **2006**, 85-114.

<sup>48</sup> 1982 Anayasa'sı yürürlüğe girdikten sonra, 20 ve 21. Dönemlerde 83. maddenin değiştirilmesine yönelik kanun teklifleri oylanmış ancak yeterli çoğunluk sağlanamadığı için yasalasamamıştır. 20. Dönem 1. Yasama yılında Partilerarası Uyum Komisyonunca yapılan çalışma sonucu kabul edilen taslak metin, kanun teklifi olarak sunulması için grup başkanlıklarına gönderilmiş ve 292 milletvekilinin imzasıyla yasa teklifi olarak Anayasa Komisyonuna havale edilmiştir. Söz konusu kanun teklifinde dokunulmazlığın devamı süresince zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin kuralın dava zamanaşımını da kapsayacağı açıklığa kavuşturulmuş, yüz kızartıcı suç niteliğindeki bazı suçlardan dolayı milletvekilinin sorguya çekilmesinde ve yargılanmasında Meclis kararının alınmasına gerek olmadığı kabul edilerek dokunulmazlığın kapsamı daraltılmıştır. Teklifte ayrıca,

## A. Anayasa'da Yasama Dokunulmazlığının Amacı

milletvekilleri hakkındaki ceza davalarının ilk derece mahkemesi olarak Yargıtay'da görüleceği, soruşturulma ve yargılanmaya ilişkin esasların ise sonradan çıkarılacak bir kanunla hüküm altına alınacağı kabul edilmisti. Teklif, 06.07.1997 tarihinde Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilmiş, 22.03.1999 günü Genel Kurulda oylanmış, gizli oylamaya katılan 357 milletvekilinin 218'i kabul, 118'i ret, 10'u çekimser oy kullanmış ve teklif reddedilmiştir. Bkz., TBMM Genel Kurul tutanağı, D.20, YY. 4, B. 61, 22.03.1999, s. 13. 21. Yasama dönemine geldiğimizde ise, Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde Partilerarası Uzlaşma Komisyonunca, Anayasanın otuz yedi maddesinde değişiklik öngören (83. madde de dahil) bir taslak metin hazırlanmış ve yasa teklifi olarak 288 Milletvekilinin imzasıyla Anayasa Komisyonuna havale edilmiştir. Anayasa Komisyonunca kabul edilen teklifte 83. maddenin 4. fıkrası madde metninden çıkarılmış ve şu fıkralar eklenmiştir. *"Dokunulmazlıkla ilgili işler, Türkiye Büyük Millet Meclisine ulaşma tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırılır."* *"Dokunulmazlıkla ilgili oylama Genel Kurulda gizli olarak yapılır."* *"Milletvekilleri hakkında ceza davaları Yargıtay'da görülür. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması, hükmün temyizi ve diğer yargılama esasları kanunla düzenlenir."* Bkz., Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM Sıra Sayısı, D.21, YY. 3, No: 737. Anayasa paketinin yasama dokunulmazlığını düzenleyen 83. maddesinin ilk oylamasında 435 oy kullanılmıştır. İlk oylamada 355 kabul, 78 ret, 1 çekimser ve 1 boş oy kullanılmış, ikinci oylamada ise kullanılan 483 oyun 295'i kabul, 166'sı ret, 4'ü çekimser ve 13'ü boş olunca yeterli çoğunluk sağlanmadığı için değişiklik kabul edilmemiştir. Bkz., TBMM Genel Kurul Tutanağı. D. 21, YY. 3, B.143, 27.09.2001 / TBMM Genel Kurul Tutanağı. D. 21, YY. 3, B. 3, 03.10.2001. Teklifin, Mecliste çoğunluğa sahip iktidar partilerinin milletvekillerinin imzalarıyla getirilmiş olmasına rağmen, yeterli oy alamaması üzerinde düşünülmesi gereken bir durumdur. Bkz., AKTAŞ, 2006, s. 106-109. Yine 21. Yasama döneminde Ankara Milletvekili H.Uluç Gürkan tarafından verilen değişiklik önergesine Anayasa Komisyonu temsilcisi katılmamış ve önerge Genel Kurul tarafından reddedilmiştir. Verilen değişiklik önergesinin yasama dokunulmazlığı ile ilgili kısmı şu şekildedir. *"Yasama Ayrıcalıkları: Madde: 83- ... Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili Meclisin gizli oyla alacağı karar olmadıkça yakalanamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yakalanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali bu hükmün dışındadır. Milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldıran suçlardan biri söz konusu olduğunda, hakkında böyle bir suçlama bulunan veya dokunulmazlığı kendi isteği sonucu kalkan milletvekili hakkında hazırlık soruşturması doğrudan Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı veya vekili tarafından yapılır. Kamu davası açılması halinde, milletvekili, Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde yargılanır. Ancak bu kişi kesin hüküm olmadıkça gözlem altına alınamaz, tutuklanamaz ve hakkında hiçbir biçimde zor önlemleri uygulanamaz. İlgili hallerde yetkili makam, durumu derhal ve doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Başbakan ve Bakanlar hakkındaki suçlamalar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekili tarafından Meclis soruşturması için Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilir. Milletvekilleri dokunulmazlıklarının kaldırılmasını bizzat isteyebilir. Bu halde üyenin yazılı olarak yaptığı başvurusunu, başvuru tarihinden sonraki ilk Genel Kurul toplantısında sözlü olarak açıklamasıyla dokunulmazlığı kalkar. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş olup da milletvekili sıfatının düşmesini gerektirmeyen bir ceza hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamaşımı işlemez. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığıyla ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz."* TBMM Genel Kurul Tutanağı, D.21, YY.3, B.134, 27.09.2001, s. 52, AKTAŞ, 2006, s. 108. 22. Yasama dönemine geldiğimizde ise, Cumhuriyet Halk Partisi

Çalışmanın giriş bölümünde de değindiğimiz gibi, yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerine ceza hukuku alanında sorumsuzluk tanımak değil, onların siyasi iktidarın keyfi, temeli olmayan ceza kovuşturmalarıyla geçici bir süre için bile olsa yasama çalışmalarından fiilen alıkonulmalarını önlemek,<sup>49</sup> tutuklanma, mahkûm olma, adli kovuşturmaya uğrama gibi tehditler ile üzerlerinde manevi baskı oluşturulmasını engellemek,<sup>50</sup> bir anlamda yasama organının özgür, itibarlı bir şekilde görev yapabilmesini sağlamaktır.<sup>51</sup> Milletvekillerine, sıradan vatandaşlardan farklı olarak tanınan bu ayrıcalıklarda kamunun çıkarı olduğu, onların temsil görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerinin kamu düzenine<sup>52</sup> hizmet ettiği gözden kaçırılmamalıdır.<sup>53</sup>

Yasama dokunulmazlığı, halk iradesini temsil eden milletvekilinin görevini hiçbir olumsuz etki altında kalmadan yerine getirebilmesi için tanınmış bir koruma ve güvence mekanizması olduğu için, sağladığı ayrıcalıklar üyelik süresince ve Meclisin tatilde olduğu zamanları da kapsar.<sup>54</sup>

## B. Anayasa'da Yasama Dokunulmazlığının Hukuki Niteliği

Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesi gereğince ceza muhakemesi kanunları kural olarak, suçun soruşturulması ve kovuşturulması aşamalarında ilgili tüm

---

(CHP) milletvekillerinin imzalarıyla yasama dokunulmazlığı hakkında meclis araştırması açılması istemiyle önerge verilmiş ve 17 Haziran 2003 tarihli 94. Birleşimde yapılan ön görüşme sonucunda araştırma komisyonu kurulmasına karar verilmiştir. Çalışmalarını tamamlayan Meclis Araştırması Kurulu nihai kararında: “...Anayasa'nın 83. maddesinde değişiklik yapılmasında bir kamu yararı bulunmadığı, dokunulmazlık müessesesinin kamu düzeninden olduğu, şu an için değişiklik yapılmasında kamu yararı bulunmadığı, diğer yapısal reformlarla birlikte ele alınıncaya kadar mevcut durumun korunması gerektiği” belirtilmiştir. Bkz., TBMM 10/70 Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, D.22, YY. 2, sıra sayısı, 332.

<sup>49</sup> GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 281; ÖZER, Atilla, **Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 52; ÖZCAN, 2006, s. 25; DÖNMEZER / ERMAN, 1997, s. 272.

<sup>50</sup> KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 100.

<sup>51</sup> ÖZCAN, 2006, s. 27. Anayasa Mahkemesi (AYM) de örnek bir kararında, yasama dokunulmazlığının amacını “Yasama dokunulmazlığı bir amaç olmayıp, milletvekillerinin halkın iradesini meclise tam olarak yansıtarak milli iradenin eksiksiz gerçekleşmesini sağlamalarının aracıdır...Yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerinin keyfi bir ceza kovuşturmasıyla, geçici bir süre için de olsa, görevlerini yapmaktan alıkonulmalarını önlemektir.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz., 10.10.1994 tarih, 1994/21 Esas, 1994/40 sayılı karar.

<sup>52</sup> Kavram hakkında bkz., ŞİMŞEK, Ali, **Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 53-75.

<sup>53</sup> TEZİÇ, 1991, s. 384.

<sup>54</sup> BALO, Yusuf Solmaz, “Yasama Dokunulmazlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/100, (s.13-42), ss. 19.

kişiler hakkında uygulanır. Yasama organı üyeleri ise, yaptıkları faaliyetin önemi ve kamusalılığı gerekçeleriyle bu temel kuralın dışında tutulmuşlardır. Ancak unutulmamalıdır ki, yasama dokunulmazlığı haksız fiili ortadan kaldırmadığı gibi, eylemin suç olma niteliğini de önlememektedir; dolayısıyla dokunulmazlık kurumu bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Dokunulmazlık, işlenen fiil ile ilgili haksızlık sebebiyle yürütülmesi gereken ceza muhakemesi işlemlerinin bazılarının, gerçekleştirilmesini veya kesinleşmiş bir hükmün yerine getirilmesini belli bir süreyle sınırlı olarak geciktirmekte ya da askıya almakta ve hukuki statü nedeniyle infaz engeli oluşturmaktadır.<sup>55</sup> Dokunulmazlık ile fiilin cezalandırılması ortadan kaldırılmamakta, ancak süresi boyunca Anayasanın 83/2. maddesi uyarınca tutulma, tutuklanma, sorguya çekilme, yargılanma fiillerine karşı muhakeme hukuku yönünden bir korunma sağlanmaktadır; sağlanan bu korunma nisbi ve geçicidir.<sup>56</sup> Bu niteliklerinden dolayı yasama dokunulmazlığı bir ceza muhakemesi ve infaz hukuku kurumu olarak kabul edilmiştir.<sup>57</sup>

Anayasa hukuku açısından yasama dokunulmazlığının önemi ise kendisini, milleti temsil görevini ifa eden parlamento üyesinin görevini baskı altında kalmadan yerine getirebilmesinde göstermektedir. Dokunulmazlık haliyle, yasama organında muhalefet görevini üstlenmiş mevcut siyasi iktidardan olmayan temsilciler için daha büyük bir önem taşımaktadır. Üstlendikleri siyasi görevin gereği olarak parlamentoda muhalefeti oluşturan üyeler, iktidarı eleştirme yoluna gideceklerdir. Bu görev yerine getirilirken yasama dokunulmazlığı sayesinde muhalefeti oluşturan üyeler iktidarın baskı ve devlet organlarını kullanmak suretiyle oluşturacakları olumsuz etkilerden korunabilirler; dolayısıyla dokunulmazlık kişiye tanınmış sübjektif değil, parlamentoya tanınmış objektif bir hak olarak nitelendirilmelidir.<sup>58</sup>

### C. Anayasa'da Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı

Yasama dokunulmazlığının sınırı, maalesef çoğu hukuk ve siyaset bilimi konularında da olduğu gibi toplumun siyasi, kültürel ve ekonomik yapısına göre farklılıklar arz etmektedir. Bu bağlamda, özel hukuk uyuşmazlıklarının koruma kapsamına alınmadığı sistemler olduğu gibi, ceza hukuku yönünden suçun ağırlığı ve işleniş şekillerine, suçüstü haline göre farklı kabuller

---

<sup>55</sup> CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 61.

<sup>56</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., KESKİNSOY, Ömer, **Yasama Sorumsuzluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

<sup>57</sup> TUNÇ, Mehmet, **Yasama Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 29. FEYZİOĞLU, **2004**, s. 399.

<sup>58</sup> TUNÇ, **2011**, s. 29.

benimseyen sistemler de bulunmaktadır.<sup>59</sup> Ancak bugün gelinen noktada,

<sup>59</sup> Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle genel hatları ile göz attığımızda şu hususları görmekteyiz: Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nın 1. maddesinin 6. bölümünün 1. fıkrası uyarınca, Senatörler ve temsilciler, ihanet (treason), cürüm (felony) ve kamu düzenini ihlal (breach of the peace) hali dışında, kendi Meclislerinin toplantılarını katıldıkları sırada, bu toplantılara gelmek veya gitmek halleri de dâhil olmak üzere tutuklanamazlar. ABD'de bu madde ile sağlanan imtiyaza "tutuklanmama imtiyazı" (privilege from arrest) ismi verilmektedir. Ancak bu imtiyaz aşırı dar yorumlanmıştır (exceedingly narrow interpretation). 1787 Anayasası'nın hazırlandığı zaman diliminde hukuk davalarından (civil cases) dolayı da kişilerin tutuklanması ve hapse atılması olanaklı olduğu için, bu ayrıcalık Kongre üyelerinin hukuk davalarından dolayı tutuklanmalarını için getirilmiştir. NOWAK, John E., / ROTUNDA, Ronald D. / YOUNG J. Nelson, **Handbook on Constitutional Law** (St. Paul, Minn.:West Publishing Co.), 1978, s. 242. Ancak günümüzde hukuk davalarından dolayı kişilerin tutuklanması (civil arrest) uygulaması terk edildiğinden, yukarıda belirtilen hükmün uygulamada bir anlamı kalmamıştır. TRIBE Laurence H. **American Constitutional Law**, New York Foundation Press, I, s. 1012. Kısaca ABD'de, Kongre üyelerinin işledikleri suçlardan dolayı her türlü ceza davalarında tutuklanmaları imkân dâhilindedir. 1949 tarihli Almanya Anayasası'nın 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, Bundestag üyeleri Bundestag'ın izni olmadan, cezayı gerektiren bir fiilden dolayı cezai takibata uğrayamaz ve tutuklanamazlar. Ancak suçüstü hali veya ertesi gün yakalanmış olma durumlarında, Bundestag üyeleri yasama dokunulmazlığından faydalanamayacaklardır. Aynı madenin 3. fıkrası gereğince, Bundestag üyelerinin başka bir şekilde kişisel özgürlüklerinin kısıtlanması için, yine Bundestag'ın izni gerekmektedir. Anayasanın 46. maddesinin 4. fıkrasında ise, bir milletvekili hakkındaki her türlü ceza davasının, hürriyeti kısıtlayıcı her türlü tedbirin Bundestag'ın istemesi durumunda ortadan kaldırılabilceği öngörülmüştür. Bundestag üyelerinin tanık sıfatıyla mahkemelerde dinlenmelerinde bir yasak bulunmamaktadır. Ancak Ceza Usul Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrası ve Medeni Usul Kanunu'nun 382. maddesinin 2. fıkraları uyarınca Bundestag üyeleri, toplantı dönemlerinde Bundestag'ın bulunduğu yerde dinlenebilirler. Yasama dokunulmazlığı Bundestag üyesinin seçilmesinden, görev süresinin dolmasına kadar işlemekte ve seçimden önce başlanmış olan soruşturmaları da kapsamaktadır. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasında tek yetkili makam Bundestag veya onun dokunulmazlık komisyonudur. Dokunulmazlığı kaldırılan üye bu kararın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Üyenin ikametgâhında arama yapılabilmesi için de Bundestag'ın izni gerekir. Almanya'da ikinci Meclis olan Bundestrat üyelerinin ise yasama dokunulmazlığı bulunmamaktadır; zira onlar parlamenter değil federe devlet (Länder) hükümetlerinin üyesidirler, <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1121.htm>, (erişim tarihi, 04.06.2016). 1900 tarihli Avustralya Anayasası'nın 49. Bölümü (seksiyon) uyarınca Temsilciler Meclisi ve Senato üyelerinin imtiyazları (privileges) ve dokunulmazlıkları (immunities), Parlamento tarafından düzenlendiği şekilde olacaktır. Bu zamana kadar ki uygulama ise Birleşik Avam Kamarası üyelerinin ki gibi sürecektir. Yasama dokunulmazlığını düzenleyen 1987 tarihli Parliamentary Privilege Act ile dokunulmazlık cezai alanda değil sivil hukuk alanında geçerlidir; sivil alanda üye tutuklanamaz, hapsedilemez, sahip olduğu dokunulmazlık kaldırılmaz, yargılanamaz, tanık veya jüri üyesi olarak görevlendirilemez. Yasama dokunulmazlığı sadece Parlametonun toplantı dönemleri süresince ve bu dönemlerin beş gün öncesi ile sonrasının kapsar, <http://www.ipu.org/parline/f/reports/1015.htm> (erişim tarihi, 06.06.2016). 1929 tarihli Avusturya Anayasası'nın 57. maddesinin 2. fıkrasına göre, Millet Meclisi üyeleri suçüstü hali hariç, ancak Milli Meclis'in onayıyla tutuklanabilecekler; evlerinin aranabilmesi için de yine Milli Meclis'in izni

yasama organı üyelerine tanınan bu ayrıcalıkları kötüye kullanılması sebebiyle,

gerekecektir. Eğer yasama organı üyesinin işlediği suç üyenin siyasi faaliyetiyle açıkça bağlantısız (manifestly not connected to be the political activity of the member) ise, üye hakkında cezai takip yapılabilmesi için yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek yoktur. Diğer taraftan, söz konusu üye veya Meclisin görevli Daimi Komitesi üyelerinin üçte birinin talep etmesi halinde, ilgili makam Milli Meclisten, üyeye atfedilen suçun onun siyasi faaliyetiyle bağlantısı olmadığı yönünde bir karar almalıdır. Böyle bir talep olduğunda, soruşturma sürecindeki bütün işlemler 57. maddenin 3. fıkrası uyarınca durur, Milli Meclisin bu talep ile ilgili olarak sekiz hafta içinde karar vermemiş olması halinde, 4. fıkra uyarınca gerekli iznin verilmiş olduğu farz edilir. Meclis üyesinin suçüstü yakalanması halinde ise yetkili makam derhal üyenin tutuklandığını 5. fıkra uyarınca Meclis başkanına bildirmek zorundadır. Eğer Milli Meclis veya toplantı halinde değilse Daimi Komitenin talep etmesi halinde tutuklama kaldırılır ve kanuni süre durur; 6. fıkra uyarınca Milli Meclis üyelerinin dokunulmazlıkları yeni Meclisin toplandığı gün sona erecektir. Milli Meclis üyeleri tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılabilirler, <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1017.htm>, (erişim tarihi, 07.06.2016). 1994 tarihli Belçika Anayasası'nın 59. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Parlamento üyeleri, cezai alanda suçüstü hali hariç, toplantı dönemi boyunca Meclisin izni olmaksızın bir mahkeme veya divan önüne götürülemez, celp edilemez veya tutuklanamazlar. Meclisin dokunulmazlığın kaldırılması yönünde izin vermesi halinde, ilgili üyenin başvuru hakkı bulunmamaktadır. Suçüstü durum hariç olma üzere, ceza hukuku alanında hâkim müdahalesini gerektiren zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasına, yetkili hâkimin istemi üzerine İstinaf Mahkemesi 1. Başkanı tarafından karar verilebilir; 59. maddenin 2. fıkrası uyarınca bu karar ilgili Meclisin başkanına iletilir. Üçüncü. fıkra uyarınca arama ve el koyma işlemleri ancak Meclis Başkanının veya onun tarafından görevlendirilmiş üyenin huzurunda yapılabilir. Dördüncü fıkra uyarınca toplantı süresince sadece savcılık görevlileri ve yetkili memurlarca üye hakkında cezai soruşturma açılabilir; muhatap üye toplantı süresince ait olduğu Meclisten kovuşturmanın durdurulmasını talep etme hakkına sahiptir. Beşinci fıkra uyarınca ilgili Meclis istem hakkındaki kararını üçte iki çoğunluk ile alabilir. Anılan maddenin son fıkrası uyarınca Meclis, kendi üyesinin tutukluluğunu askıya alabilme hakkında da sahiptir. Parlamento üyelerinin tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılmalarında bir engel bulunmamaktadır, <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1293.htm>. (erişim tarihi, 08.06.2016). 1953 tarihli Danimarka Anayasası'nın 57. bölümüne (seksiyon) göre suçüstü yakalanma hali hariç olmak üzere hiçbir parlamento üyesi, yasama organının izni olmaksızın soruşturulamaz ve hapsedilemez. Danimarka'da yasama dokunulmazlığı ilginç bir şekilde hem hukuk davalarında, hem de ceza davalarında geçerlidir; parlamento üyesi tutuklanamaz ve gözaltına alınamaz, hakkında dava da açılmaz. Ancak, anılan ülkede yasama dokunulmazlığı arama işlemlerine karşı bir koruma sağlamamaktadır; kaldı ki parlamento üyesinin tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılmasında yasal bir engel de bulunmamaktadır. Dokunulmazlık, üyenin seçiminden görevinin sona ermesine kadar devam etmekte, ancak parlamento tarafından kaldırılabilir; üyenin kaldırma kararına karşı itiraz hakkı bulunmamaktadır, <http://www.ipu.org/parline-e/reportz/2087.htm> (erişim tarihi, 09.06.2016). 1999 tarihli Finlandiya Anayasası'nın 30. Bölümüne (seksiyon) göre, milletvekili yasama organı üyesi olmasıyla ilgili görevlerine yerine getirmekten dolayı engellenemez; 2. fıkra uyarınca parlamento tarafından beşte altı oy çokluğu ile alınmış bir karar olmadıkça mahkeme önüne çıkarılamayacağı gibi özgürlüğünden de mahrum bırakılamaz. Anılan maddenin 3. fıkrası uyarınca, milletvekilinin tutuklanması veya gözaltına alınması durumunda derhal Parlamento başkanına bilgi verilmelidir; en az altı ay hapis cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin kuvvetli suç şüphesinin

## dokunulmazlığın kapsamının daha sınırlı seviyede tutulması gerektiğine ilişkin

bulunmaması halinde, milletvekili dava başlamadan önce parlamentonun rızası olmadan tutuklanamayacaktır. GÖZLER, **2001**, s. 85. 1958 Fransa Anayasası'nın 26. maddesi (1995 tarihli değişiklik ile) uyarınca, ağır suçlar ve orta ağırlıktaki suçlar alanında, hiçbir yasama organı üyesi, ait olduğu Meclis Başkanlık Divanının izni olmadıkça tutuklanamaz veya hürriyetini sınırlandırıcı bir tedbire maruz bırakılamaz; suçüstü veya kesin hükümle mahkûmiyet hallerinde bu izne ihtiyaç yoktur. Parlamento üyesi hakkındaki gözaltı veya hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler, 3. fıkra uyarınca Meclis talep ettiği takdirde, Meclisin toplantı süresince askıya alınır; parlamento üyeleri tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılabilirler. 1995 tarihli değişiklikten önce Parlamento üyeleri hakkında soruşturma açılması dâhi Parlamentonun iznine tabi iken, söz konusu değişiklik sonrasında, üye hakkında soruşturma açılabilir, evinde arama yapılabilecek, yargılanabilecek ancak tutuklama veya hürriyetten yoksun bırakıcı bütün tedbirler, Parlamentonun izni olmadıkça uygulanamayacaktır. 1995 tarihli değişiklik ile izin verme yetkisi Meclisten alınarak Meclis Başkanlık Divanına verilmiştir, <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1113.htm> (erişim tarihi, 11.06.2016). 1983 tarihli Hollanda Anayasası'nın 71. maddesinde yasama sorumsuzluğuna ilişkin hüküm bulunmasına rağmen, yasama dokunulmazlığı ile ilgili her hangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, yasama organı üyesinin tutuklanması veya hapsedilmesi halinde, üyenin Parlamento toplantılarına katılmasına izin verilebilir, <http://www.ipu.org/parline-e/reports/2231.htm> (erişim tarihi, 11.06.2016). Yine, Yeni Zelanda Anayasası'nda da dokunulmazlık kurumuna yer verilmemiştir. ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Erdal, "Anayasa'nın 14. Maddesi Bağlamında Parlamenter Muafiyetler", **Uluslararası Anayasa Kongresi (Metinler Kitabı 3)**, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 179-191), ss. 181. İngiltere'de Parlamento üyelerinin tarihsel olarak tutuklanmama hakkına sahip oldukları kabul edildiği halde, bu imtiyazın Parlamento'nun toplantı döneminde ve bu dönemden önceki kırk günü kapsadığı kabul edilmektedir. HOOD, Philips, O. JACKSON, Paul, **Constitutional and Administrative Law**, London: Sweet & Maxwell, London, 1987, s. 241. Ancak İngiltere'de tutuklanmama imtiyazının sadece özel hukuk davalarında (civil proceedings) geçerli olduğu unutulmamalıdır. DE SMITH, S.A. / BRAZIER, Rodney, **Constitutional and Administrative Law**, Penguin Books, London, 1989, s. 322. 1770 tarihli Parliamentary Privilege Act'a göre dokunulmazlık, parlamento üyesine sadece tutuklanmama ve hapsedilmeme güvencesi sağlamaktadır. [Http://www.ipu.org](http://www.ipu.org) (erişim tarihi, 13.06.2016). Bununla birlikte, parlamento üyesinin mahkemeye hakaret suçunu işlemesi halinde tutuklanabileceği kabul edilmektedir. İngiltere'de yasama dokunulmazlığının kaldırılması mümkün değildir; ceza davalarından (criminal proceedings) dolayı Parlamento üyesinin tutuklanamayacağı fikri ise hiçbir zaman kabul görmemiştir. Son olarak, 1869 tarihli Debtors Act ile kişilerin borçlarından dolayı hapsedilmesi (imprisonment for debt) de mümkün değildir. HOOD / JACKSON, **1987**, s. 241. 1937 tarihli İrlanda Anayasası'nın 14. maddesi uyarınca Parlamento'nun her iki Meclisinin üyeleri de, "ihamet" (treason), cürüm (felony) ve asayiş bozma (breach of the peace) suçların hariç olmak üzere, parlamentonun toplantılarına gelirken, giderken ve seçim bölgelerindeyken tutuklanmama imtiyazına (privilege from arrest) sahiptirler. Görüleceği üzere İrlanda Anayasası'nın ilgili hükmü, 1787 ABD Anayasası'ndaki hüküm ile İngiltere'deki teamül kurallarına oldukça benzemektedir. İrlanda'da yasama dokunulmazlığı cezai alanda değil, özel hukuk alanında mevcuttur. Üyelerin ceza hukuku yönünden tutuklanmalarını veya yargılanmalarını engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. 1978 tarihli İspanya Anayasası'nın 71. maddesi uyarınca milletvekilleri ve senatörler, görev sürelerince dokunulmazlıktan yararlanırlar ve sadece suçüstü halinde tutuklanabilirler; ancak ait oldukları Meclisin ön izni olmaksızın

tutuklanamaz, gözaltına alınmaz, haklarında soruşturma açılmaz ve yargılanamazlar. Dokunulmazlığın, izin talebi üzerine kaldırılması aşamasında ilgili üye de dinlenir, fakat karara karşı bir itiraz hakkı yoktur. Bununla birlikte milletvekilinin evinde arama yapılabilir; haklarında açılan davalara bakmaya Yüksek Mahkemenin Ceza Dairesi yetkilidir; milletvekilleri tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılabilirler. 12 Şubat 1958 tarihli Knesset Hakkında İsrail Temel Kanunu'nun 17. Seksiyonunda, Knesset üyelerinin dokunulmazlık sahibi olacakları, ayrıntıların ise kanunla hükme bağlanacağı belirtilmiştir. Söz konusu 1951 tarihli Knesset Üyelerinin dokunulmazlıkları, Hakları Ödevleri Hakkındaki Kanun uyarınca yasama dokunulmazlığı, hem hukuki hem de cezai alanda uygulanmaktadır. [Http://www.knesset.gov.il/knesset/knes/eng-work-chak\\_1.htm](http://www.knesset.gov.il/knesset/knes/eng-work-chak_1.htm), (erişim tarihi, 12.06.2016). Düzenleme uyarınca dokunulmazlık, milletvekillerini tutuklanmaya, gözaltına alınmaya, haklarında hukuki takip yapılmasına ve evlerinde arama yapılmasına karşı korumaktadır. [Http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html](http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html) (erişim tarihi, 12.06.2016). İsrail'de yasama dokunulmazlığı oldukça geniş kapsamlı tutulmuş olmasına rağmen, kuvvet kullanarak icra edilen, kamu düzenini bozan ve ihanet oluşturan fiillerin suçüstü halinde işlenmesi durumlarında milletvekilinin tutuklanmasında, gözaltına alınmasında bir engel bulunmamaktadır. [Http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html](http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html), (erişim tarihi, 13.06.2016). İsrail'de yasama dokunulmazlığı milletvekilinin seçilmesinden görev süresinin sona ermesine kadar devam eder ve kaldırılması mümkündür; dokunulmazlığı kaldırmaya yetkili makam, Knesset veya Knesset'in Parlamento İşleri Komitesidir. İlgili milletvekili dinlenir, ancak karara karşı itiraz hakkı bulunmamaktadır. [Http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html](http://www.ipu.org/parline-f/reports/1155.html) (erişim tarihi, 14.06.2016). 1975 tarihli İsveç Anayasası'nın 3. bölümünün 8. maddesi uyarınca, Parlamentonun toplantıya katılan ve oy veren üyelerinin en az altıda beşinin kabul edeceği bir kararla izin verilmediği sürece, parlamento üyesine görevini yerine getirirken yaptığı eylemlerden ve söylediği sözlerden dolayı dava açılmaz, özgürlüğünden mahrum bırakılamaz veya ülke içinde seyahat etmesi engellenemez. Üyenin suç işlediğine yönelik şüphe olması durumunda tutuklama, gözaltına alma veya hapse ilişkin kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için üyenin suçluluğunu kabul etmesi veya suçüstü halinde yakalanması ya da işlediği suçun asgari cezasının iki yıl hapis cezasından fazla olması gereklidir. Parlamento üyesinin tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılmasında bir engel bulunmamaktadır; yasama dokunulmazlığı seçimden görev süresinin bitimine kadar devam etmektedir. [Http://www.ipu.org/parline-f/reports/1303.htm](http://www.ipu.org/parline-f/reports/1303.htm), (erişim tarihi, 15.06.2016). 1999 tarihli İsviçre Anayasası'nın 162. maddesinin 1. fıkrasında Federal Parlamento üyelerinin Parlamentoda yaptıkları konuşmalardan dolayı sorumlu olmadıkları, ikinci fıkrada ise dokunulmazlığın diğer şekillerinin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. İlgili Kanuna göre, İsviçre'de yasama dokunulmazlığı sadece cezai alanda geçerli olup, parlamento üyesini bütün suçlar yönünden tutuklamaya gözaltına almaya, hakkında soruşturma açılmasına ve evinde arama yapılmasına karşı korumaktadır. [Http://www.ipu.org/parline-f/reports/1303.html](http://www.ipu.org/parline-f/reports/1303.html) (erişim tarihi, 17.06.2016). Üyenin kaçma şüphesinin bulunması veya suçüstü halinde cürüm (ağır suç) işlemesi hallerinde gözaltına alınmasında veya geçici olarak tutuklanmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için Parlamento üyesinin rızası veya Milli Meclisin yirmi dört saat içinde izin vermiş olması gereklidir. Parlamento üyesinin tanık sıfatıyla Parlamento'ya çağrılmasını engellemez. İsviçre'de yasama dokunulmazlığı Milli Meclisin izniyle veya üyenin bizzat kendi izniyle kaldırılabilir. Üyenin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına itiraz hakkı vardır; geçici olarak gözaltına alınma durumunda Milli Meclisin talebi üzerine üyenin parlamento toplantılarına katılmasına izin verilebilir. İsviçre'de yasama dokunulmazlığı



sadece toplantı dönemlerinde geçerlidir. <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1303.html> (erişim tarihi, 18.06.2016). 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 30 Ekim 1993 tarihli yasa ile değişik 68. maddesi uyarınca Parlamento üyesi, suçüstü halinde yakalanma durumu hariç olma üzere ait olduğu Meclisin izni olmaksızın tutuklanamayacak, kişisel hürriyetinden mahrum bırakılmayacak, gözaltına alınamayacak, şahsı veya ikametgâhı aranmayacaktır. Kesinleşmiş mahkûmiyete ilişkin bir hükmün infazı ise bu kuralın dışında tutulmuştur. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, yasama organının izni olmaksızın üyenin konuşmalarının veya haberleşmesinin tespiti yapılamaz, mektuplarına veya yazışmalarına el konulamaz. Parlamento üyeleri tutuklanamaz ise de haklarında soruşturma açmaya bir engel yoktur; keza tanık olarak mahkemelere de çağrılabilirler. <http://www.ipu.org/parline/reports/2157.html>, (erişim tarihi, 19.06.2016). 1944 tarihli İzlanda Anayasası'nın 49. maddesine göre, yasama organı üyelerinden hiçbirisi suç işlerken yakalanma durumu hariç olmak üzere hapsedilemez veya hakkında cezai soruşturma açılmaz. 1946 tarihli Japonya Anayasası'nın 50. maddesi uyarınca kanunla öngörülen haller hariç olmak üzere, her iki Meclisin üyeleri, Meclisin toplantı döneminde tutuklanmaktan muaftırlar. Tutuklanan üyeler, Meclisin istemi üzerine toplantı dönemi başlamadan önce toplantı süresince serbest bırakılırlar. Japonya'da yasama dokunulmazlığını düzenleyen Kanun'un (Diet) 33. maddesine göre dokunulmazlık sadece cezai alanda geçerlidir; ancak bütün suçları kapsamına rağmen Parlamento üyesini sadece tutuklanmaya ve gözaltına alınmaya karşı korur. Parlamento üyesine karşı kovuşturma açılabilmesini yasaklayan bir madde bulunmamaktadır, keza evinde arama da yapılabilir. Yasama dokunulmazlığı suçüstü halinde işlememektedir. Diğer örneklerden farklı olarak üye tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılmamaktadır. Japonya'da dokunulmazlık sadece Parlamentonun toplantı dönemleri boyunca koruma sağlamaktadır ve her zaman Parlamento tarafından kaldırılabilir. Üyenin bu kaldırma işlemine karşı itiraz hakkı bulunmamaktadır; tutuklanmış veya hapsedilmiş bir milletvekilinin Parlamento toplantılarına katılmasına izin verilebilir. <http://www.ipu.org/parline-e/reports/2161.html> (erişim tarihi, 20.06.2016). 1867-1982 tarihli Kanada Anayasası'nın 18. maddesi uyarınca, Parlamento üyelerinin sahip olacakları imtiyaz ve dokunulmazlıklar kanunla belirlenmiştir. Ancak Anayasa bu kanunun getireceği imtiyaz ve dokunulmazlıkları şu şekilde sınırlamıştır: Öncelikle söz konusu koruma kanunu, Anayasanın kabul edilmesi sırasında Birleşik Kırallık'ta Avam Kamarasının sahip olduğu imtiyaz ve dokunulmazlıklardan daha fazlasını sağlayamayacaktır. Kanada'da yasama dokunulmazlığını düzenleyen Kanunun 4. maddesine göre de, Parlamento üyesi tutuklanamaz, gözaltına alınamaz; dokunulmazlık sadece hukuki (civile) alanda geçerlidir. Dolayısıyla Kanada'da Parlamento üyeleri işledikleri suçlardan dolayı tutuklanıp yargılanabilirler, tanık sıfatıyla mahkemelere çağrılabilirler. Yasama dokunulmazlığı toplantı dönemini ve başlangıcından kırk gün öncesi ile bitişinden kırk gün sonrasını kapsar; dokunulmazlık kaldırılabilir; milletvekili Avam Kamarası önünde itiraz hakkına sahiptir. <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1055.html> (erişim tarihi, 21.06.2016). 1868 tarihli Lüksemburg Anayasası'nın 69. maddesi uyarınca, milletvekili ağır nitelikte bir suç işlerken yakalanmadığı sürece, Meclisin izni olmaksızın toplantı dönemi boyunca cezai konuda soruşturulamaz ve tutuklanamaz; milletvekilleri toplantı dönemi boyunca aynı izin olmaksızın borçlarından dolayı da hapsedilemez. Tutukluluk veya soruşturma Meclis talep ettiği takdirde toplantı dönemi boyunca askıya alınır; dokunulmazlık sadece Parlamentonun toplantı dönemi boyunca işler. Dokunulmazlığın kaldırılması aşamasında parlamento üyesi özel bir komisyon tarafından dinlenir; kaldırma kararına karşı itiraz yolu bulunmamaktadır. <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1191.html>, (erişim tarihi,

görüşlerin ağırlık kazanmaya başladığını söyleyebiliriz.<sup>60</sup>

22.06.2016). 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 66. maddesi uyarınca milletvekili suçüstü halinde yakalanmadığı sürece, Parlamentaoya gidiş ve gelişlerinde veya Parlamentoda bulunduğu zaman diliminde tutuklanamaz; yasama dokunulmazlığı hem cezai hem de hukuki alanda geçerlidir. Milletvekillerinin mahkemelere tanık olarak çağrılmasında bir engel bulunmamaktadır. Norveç'te yasama dokunulmazlığı kaldırılmaz, hapis veya gözaltına durumunda parlamento toplantılarına katılmasına izin verilebilir. <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1239.html>, (ulaşım tarihi, 22.06.2016). 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 160. maddesinin 2. fıkrasına göre, milletvekilleri Meclisin izni olmadığı sürece tutuklanamaz ve gözaltına alınamaz, meğerki suçüstü halinde yakalanmış olmasın. Milletvekilinin suçüstü halinde işlediği suç en az üç yıl hapis cezası ile cezalandırılabilir nitelikte olmadığı sürece, milletvekiline karşı açılan soruşturmanın devam edip etmeyeceği, Meclisin bu konudaki kararına bağlıdır. Milletvekilleri Meclisin izni olmadığı sürece Meclisin toplantı döneminde mahkemelere jüri üyesi, bilirkişi ve tanık olarak çağrılmazlar. Yasama dokunulmazlığı milletvekilinin seçiminden görevinin sonuna kadar devam eder. 157. maddeyi göre yasama dokunulmazlığının Parlamento tarafından kaldırılması sürecinde milletvekili de dinlenir, karara karşı itiraz hakkı yoktur. <http://www.ipu.org/parline-f/reports/1257.html>, erişim tarihi, (24.06.2016). 1975 tarihli Yunanistan Anayasası'nın 62. maddesi uyarınca, hiçbir milletvekili yasama dönemi boyunca Parlamentaonun izni olmaksızın tutuklanamaz, soruşturulamaz hapsedilemez veya hürriyeti kısıtlayıcı bir davranışa muhatap olamaz. Yürütülen soruşturmada savcı Parlamento başkanından izin istemelidir. Eğer üç ay içinde talep edilen izin konusunda bir karar verilmez ise gerekli iznin verilmiş olduğu varsayılır. Bu üç aylık süre Parlamentaonun çalışmalarına ara verdiği zaman dilimleri içerisinde işleme; suçüstü halinde ise izne gerek yoktur. Yunanistan Anayasası'na göre feshedilmiş Parlamentaonun üyeleri de, Parlamentaonun feshinden yeni Parlamentaonun seçilmesine kadar geçecek sürede siyasal suçlardan (political crimes) dolayı soruşturulamaz. Üyelerin tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılmalarına bir engel yoktur, dokunulmazlık üyeliğin başlangıcından sonuna kadar devam eder. Gözaltına alınmış veya hapsedilmiş üyelerin Parlamento toplantılarına katılmalarına izin verilebilir. <http://www.ipu.org/parline-e/reports/2125.html>, (erişim tarihi, 26.06.2016). Yukarıda belirtilen ülke Anayasalarının ilgili maddelerinin İngilizce metnine ulaşabilmek için, şu anayasa hukuku sitelerine başvurulabilir: I. ICL: International Constitutional Law (A. Tschentscher): <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/> II. Database of national and state constitutions and related documents: <http://confinder.richmond.edu>. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., **Parliamentary Immunity in a European Context**, <http://www.europarl.eu/RegData/etudes/IDA>, erişim tarihi (15.06.2016); **Parliamentary Immunity In the Member States of the European Community and in the European Parliament**, <http://aei.pitt.edu/42677/1/AG718.pdf>, erişim tarihi (18.07.2016); MCGEE, Simon, **Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament, and the Member States of the European Union, Final Draft**, ECPRD, 2001, <http://www.ecprd.org./doc./publicia/OTH/Rulesparllööv.pdf>, (erişim tarihi 14.05.2016). MYTENAERE, Robert, **The Immunities of Members of Parliament**, (Geneva: Inter Parliamentary Union, Report 1998), [www.asgp.info/publications/cplnEnglish/1998-175-05-e.pdf](http://www.asgp.info/publications/cplnEnglish/1998-175-05-e.pdf), (erişim tarihi 15.05.2016); GÖZLER, 2001, s. 71-95. Şüphesiz ki bu örnekler konuyu karşılaştırmalı hukuk açısından anlaşılmasında zihnimizde sadece bir genel tasavvur çizebilir; ülke bazında tartışma ayrı bir çalışma konusu oluşturacağı gibi, ilgili yabancı dilin ve yerel uygulamadaki örneklerin anlaşılmasında, tahlil edilmesinde daha ayrıntılı ve zaman alıcı çalışma yapılması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

<sup>60</sup> ÖZER, 2008, s. 51.

## 1. Ceza Muhakemesi Hukuku ile İnfaz Hukuku Yönünden Yasama Dokunulmazlığı

### a. Ceza Muhakemesinde Muhakeme Engeli Olarak Yasama Dokunulmazlığı

TBMM üyelerinin seçimlerden önce veya sonra işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili olarak tutulamamaları, sorguya çekilememeleri, tutuklanamamaları ve yargılanamamaları yasama dokunulmazlığının ceza muhakemesiyle ilgili alanını oluşturur.<sup>61</sup> Yasama dokunulmazlığı burada koruyucu bir işlevle yargılama engeli olarak karşımıza çıkmaktadır; çünkü yasama dokunulmazlığı, Cumhuriyet savcılığınca soruşturma yapılmasına veya ilgili hakkında kamu davası açılmasına mani olmamakta, yargılama yapılmasını engellemektedir.

Milletvekilleri hakkında yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın koşulları 1982 Anayasası'nın 83. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>62</sup> Bu doğrultuda, seçimden önce veya sonra suç işlediği suç işlediği iddia edilen yasama organı üyesi, Meclisin kararı olmadıkça tutulamayacak, sorguya çekilemeyecek, tutuklanamayacak ve yargılanamayacaktır. Anayasanın anılan maddesinde sayma yoluyla hüküm altına alınan bu teminatlar, hem seçimden önce hem de sonra işlenen suçlar için geçerlidir. Bu istisnalar dışında kalan ceza muhakemesi işlemlerinin uygulanması konusunda herhangi bir sınırlama yoktur. Örneğin, milletvekili hakkında soruşturma yürütülebilir, evinde arama yapılabilir, tanık olarak dinlenebilir. Fakat burada tutma engeli nedeniyle (m.83/2), tanıklık davetine uymayan milletvekiline karşı zor kullanılamayacağı,<sup>63</sup> bir gerekçe göstermeden tanıklıktan veya yeminden çekilmesi halinde, hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 60. maddesi uyarınca disiplin hapsi uygulanamayacağı gözden kaçırılmamalıdır.<sup>64</sup>

Ceza hukukunda istisnaların dar yorumlanması gerektiği ilkesinden hareketle, Anayasanın 83/2. maddesinde belirtilen durumlar haricindeki kovuşturma işlemlerinin dokunulmazlık kapsamında bulunmadığı, bu sebeple, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcıları tarafından milletvekilleri hakkında bir suç isnadıyla ilgili olarak ifade alma işleminin yapılabileceği ileri sürülmüştür.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> KUNTER, 1989, s. 100.

<sup>62</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 2015, Ankara, s. 552; ERDENER, Yurtcan, **CMK Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 22.

<sup>63</sup> FEYZİOĞLU, 2004, s. 403.

<sup>64</sup> DÖNMEZER / ERMAN, 1997, s. 273.

<sup>65</sup> ERDENER, Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 22. Yurtcan her iki eserinde de, Anayasa'da sorguya çekme ifadesinin kullanıldığını, 1992 yılına kadar 1412 sayılı CMUK (CMUK) sisteminde ifade verme ve sorgu ayırımının bulunmadığını, bu ayırımın 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile ceza yargılaması sistemimize girmiş olduğunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) da aynı ayırımın korunduğunu belirterek, ceza hukukunda istisnalar dar yorumlanır ilkesinden

Ancak biz söz konusu görüşe katılmıyoruz; burada uygulanması gereken öncelikli normun ilgili Anayasa maddesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. 1982 Anayasası'nı hazırlayan kanun koyucu, yasama dokunulmazlığının hangi durumlarda koruma sağlayacağını, yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK (CMUK) hükümlerini, adı geçen Kanunda soruşturma ve kovuşturmada kullanılan terimleri göz önüne alarak düzenlemiştir. Dolayısıyla, Anayasanın 83/2. maddesinde yeni bir düzenlemeye gitmeden, alt norm olan CMUK'ta yapılan değişiklikten yola çıkarak, şüpheliye isnad edilen suç sebebiyle polis ve savcılık tarafından bilgiye başvurma yöntemini, şekli bir yorumla ifade alma biçiminde kabul etmek, devamında polis ve savcının dokunulmazlığa karşın ilgilinin ifadesini alabileceğine cevaz vermek, Anayasa koyucunun gerçek iradesini etkisiz kılmak anlamına gelecektir.<sup>66</sup>

Anayasanın 83/2. maddesinde hakkında soruşturma ya da muhakeme işlemleriyürütülmekte olan bir kişinin milletvekili seçilmesi durumunda, tutuklu olması halinde tutukluluğunun kaldırılması, yürürlükte olan kovuşturmanın ise bulunduğu aşamada durdurulması gerekir. Hakkındaki dokunulmazlık kaldırılmadığı sürece ilgili hakkında yeniden tutuklama kararı verilemeyeceği gibi, kovuşturmaya da kaldığı yerden devam edilemeyecektir.<sup>67</sup> Diğer taraftan, yasama dokunulmazlığı bütün suçları da kapsamamaktadır; bazı suçlar vahim görülmeleri sebebiyle dokunulmazlık kapsamının dışında tutulmuştur. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde ve soruşturmasına milletvekili seçiminden önce başlanılmış olması şartıyla Anayasanın 14. maddesinin kapsamında kalan suçlar dokunulmazlık dışındadır.<sup>68</sup> Bu durumlarda milletvekili hakkında tutma, sorguya çekme, tutuklama ve yargılama yapılabilecektir; ancak keyfiyet derhal TBMM'ye bildirilmelidir. Fakat yargılama engeli nedeniyle, CMK'nın 253/4. maddesi uyarınca duruşmanın ilk oturumunda durma kararı verilmeli, yargılamaya devam edilebilmesi için dokunulmazlığın kaldırılması veya milletvekilliğinin sona ermesi beklenmelidir.<sup>69</sup> Kanaatimizce, CMK'nın 223/9. maddesindeki, "*derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez*" şeklindeki düzenleme karşısında, lehe yorumla milletvekili hakkında da durma yerine beraat kararı verilebilmelidir. Yasama dokunulmazlığının bir dava engeli olmaması sebebiyle, milletvekili hakkında cezai kamu davası açmakta bir engel bulunmadığından, seçimden sonra işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ceza davası açıldığı takdirde,

---

hareket ederek, polis ve savcılık tarafından yasama dokunulmazlığına sahip olan bir kişinin ifadesinin alınabileceğini savunmuştur.

<sup>66</sup> Aynı doğrultudaki görüş için bkz., FEYZİOĞLU, **2004**, s. 399.

<sup>67</sup> GÖZLER, **2000**, s. 282.

<sup>68</sup> İleride bu konuya ayrı bir başlık altında değinilecektir.

<sup>69</sup> ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s. 209; ATALAY, **2008**, s. 34; KUNTER, **1989**, s. 101.

derhal beraat kararı verilebilecek bir hal varsa, durma değil beraat kararı verilmelidir.<sup>70</sup> Anayasamızda öngörülmüş olan yargılama yasağı, ilk derece mahkemeleri ile birlikte, bu mahkemelerin kararlarını denetleyen istinaf ve temyiz mahkemelerini de kapsamaktadır.<sup>71</sup>

### **b. Ceza Muhakemesinde İnfaz Engeli Olarak Yasama Dokunulmazlığı**

Yasama dokunulmazlığına sahip olmak, hükmolunup kesinleşmiş bir cezanın infazına dokunulmazlık süresince engel olur. İnfazın geri bırakılması, muhakeme engeli olan dokunulmazlıktan farklı bir yapıya sahiptir. Muhakeme engeli olan dokunulmazlık TBMM tarafından kaldırılabilirdiği halde, infaz engeli olan dokunulmazlık üzerinde yasama organının tasarruf yetkisi yoktur.<sup>72</sup>

Seçimlerden önce seçilmeye engel olan suçlar dışındaki bir suçu işleyen yasama organı üyesi, yargı organınca mahkûm edilmiş ve bu hüküm kesinleşmiş olsa bile, söz konusu cezanın yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine kadar ertelenecek, ancak 83. maddenin 3. fıkrası uyarınca zamanaşımı işlemeyecektir.<sup>73</sup> Cezanın yerine getirilmesinin ertelenmesinde Meclisin herhangi bir karar alması da gerekmez; aynı kişi bir sonraki dönemde yeniden Milletvekili seçildiği takdirde infaz yine ertelenir. Ancak hükmolunan ceza, 76. maddenin 2. fıkrası uyarınca milletvekili seçilmeyi engelleyen, milletvekili seçilme yeterliliğine engel olan suçlardan birine bağlı bir mahkûmiyet olduğu takdirde, ilgilinin milletvekili adayı olması da mümkün olmayacağı

---

<sup>70</sup> Aynı doğrultudaki görüş için bkz., FEYZİOĞLU, **2004**, s. 401; KUNTER, **1989**, s. 101.

<sup>71</sup> KUNTER, **1989**, s. 101.

<sup>72</sup> ÖZCAN, **2006**, s. 127.

<sup>73</sup> Feyzioğlu, Anayasanın hükmü uyarınca sözü edilen zamanaşımının dava zamanaşımı değil, ceza zamanaşımı olduğunu, dava zamanaşımının duracağına dair bir hükmün Anayasa'da yer almamasının ise bir eksiklik olarak görülebileceğini düşünmektedir; biz de aynı kanaatteyiz. 83. maddede ceza mahkûmiyetinin infazının üyeliğin sonuna kadar ertelenmesi ayrı bir fıkra halinde düzenlenmiştir; zamanaşımının işlemeyeceği hükmü de bu fıkra da yer almaktadır. Ayrıca, "üyelik süresince zamanaşımı işlemez" ibaresi ayrı bir cümle ile değil, ceza hükmünün infazını erteleyen cümleyle noktalı virgülle bağlanmıştır. Bu düzenleme şekli, zamanaşımının dava zamanaşımını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasını imkânsız kılmaktadır. Zamanaşımı maddi ceza hukukuna ait bir kavramdır ve kanunilik ilkesine tabidir. Dolayısıyla, milletvekili hakkında kamu davası açılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır; fakat dokunulmazlık nedeniyle yargılama yapılamayacağından durma kararı verilmelidir. Bkz., FEYZİOĞLU, **2004**, s. 4,28,29,30. Dönmezer / Erman ise aynı hükmün, genişletici yoruma tabi tutularak, dava zamanaşımını da kapsar şekilde anlaşılması gerektiğini düşünmektedir, DÖNMEZER / ERMAN, **1997**, s. 349. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, 14.10.1997 gün, ve 1997/14100 E., 1997/13205 sayılı kararında, yasama dokunulmazlığının bir dava engeli olarak kabul etmek suretiyle, dokunulmazlık kaldırılmadığı sürece dava zamanaşımının da durması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz., **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.24, S.2, Şubat 1998, s. 442-443.

için, 84. madde gereğince üyelik düşecek ve ceza infaz edilebilecektir.<sup>74</sup> Bu sebeple infazın ertelenmesinin, ancak milletvekili seçilmeye engel olmayan mahkûmiyet hükümleri yönünden geçerli olduğu söylenebilir.<sup>75</sup>

Yasama dokunulmazlığı, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde ve soruşturmasına seçimlerden sonra başlanılmış olması kaydıyla, Anayasanın 14. maddesinde belirtilen hallerde geçerli değildir. Ancak bu tür durumlarda, yasama dokunulmazlığı bir muhakeme engeli olmasa da, yapılan yargılama sonucunda milletvekili mahkûm olmuş ve söz konusu ceza kesinleşmiş olsa bile, infaz milletvekilliğinin sona ermesine bırakılacaktır. Eğer mahkûm olunan suç, seçilmeye engel olan suçlardan ise infaz kesinleşmiş hükmün 84. maddenin 2. fıkrası uyarınca Meclis Genel Kuruluna bildirilmesi ve bu doğrultuda milletvekilliğinin düşmesine kadar başlamayacaktır.<sup>76</sup> Kanaatimizce milletvekili hakkında verilmiş olan hüküm, Meclis Genel Kuruluna bildirilmediği sürece infaza başlanamamalıdır. Dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkeme ilamı infaz edilmek üzere Cumhuriyet savcılığına gönderildiği takdirde, savcılığın infazın ertelenmesi kararı almasına gerek bulunmamaktadır.<sup>77</sup> Çünkü milletvekilliği cezanın kesinleşmesiyle değil, hükmün Meclis Genel kuruluna bildirilmesiyle son bulmaktadır; dolayısıyla bu aşamaya kadar cezanın infazına başlayabilmek mümkün değildir.<sup>78</sup> Üyeliğin düşmesi için hükmün kesinleşmesi yetmemekte, tamamlayıcı bir işlem olarak TBMM'nin bu hükmü Genel Kurula bildirmesi gerekmektedir.<sup>79</sup> Meclis Başkanı söz konusu mahkeme kararını Genel Kurula bildirmeme gibi bir keyfiyete sahip değildir.

Anayasanın 83. maddesinin 3. fıkrasındaki *“Ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır”* şeklindeki düzenlemenin, para cezalarını kapsayıp kapsamayacağı konusunda tereddüt oluşmuştur.<sup>80</sup> Burada adli para cezaları yönünden, para cezasının ödenmemesi durumunda hukuki sonuçların farklı olması sebebiyle, cezanın dayanağı olan fiilin suç veya

---

<sup>74</sup> TEZİÇ, 1991, s. 386; GÖZLER, 2000, s. 282.

<sup>75</sup> GÖZLER, 2000, s. 282.

<sup>76</sup> FEYZİOĞLU, 2004, s. 400; ÖZCAN, 2006, s. 127.

<sup>77</sup> 24. Dönem bağımsız milletvekili Kemal Aktaş hakkında, terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan hükmolunan 2 yıl 1 ay süreli hapis cezasının infazıyla görevli Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, infazın uygulanması aşamasında, adı geçen milletvekilinin TBMM tarafından üyeliğinin düşürülmesi gerektiği, milletvekilliğinin düşürülmesine kadar cezanın infazının mümkün olamayacağı gerekçesiyle, hükmün infazının geri bırakılması yönünde karar vermiştir.

<sup>78</sup> NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 442; ONAR, Erdal, “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, **Anayasa Yargısı**, C.14, 1997, (s. 387-469), ss. 416; TEZİÇ, 1991, s. 386; FEYZİOĞLU, 2004, s. 400; ÖZCAN, 2006, s. 127; GÖZLER, 2000, s. 282.

<sup>79</sup> ONAR, 1997, s. 416.

<sup>80</sup> ATALAY, 2008, s. 36.

kabahat olarak düzenlenmiş olmasına göre bir ayırım yapılabilir. Kabahatler kanunu uyarınca verilmiş olan idari para cezalarının ödenmemesi durumunda, söz konusu cezaların hapis cezasına dönüştürülmesi mümkün değildir; dolayısıyla idari para cezalarının infaz edilmesinin yasama faaliyetine katılmaya engel olmayacağı, bu cezaların infazının yasama dokunulmazlığı ile sağlanmak istenen amacın dışında kaldığı açıktır. Ancak, işlenen suçla ilgili olarak verilmiş olan adli para cezaları yönünden hukuki durum daha farklıdır. 5237 sayılı TCK'nın (TCK) 45. maddesi gereğince, işlenen suç nedeniyle hükmolunan adli para cezasının ödenmemesi durumunda, söz konusu adli para cezası 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 106/3. maddesi uyarınca hapis cezasına dönüştürülerek infaz edilebilecektir. Dolayısıyla adli para cezalarının Anayasanın 83. maddesinin 3. fıkrasının kapsamında kaldığını düşünmek, dokunulmazlık kurumunun amacına uygun bir yorum olacaktır.<sup>81</sup>

Seçim sonrasında Meclis tarafından dokunulmazlığı kaldırılmış olan bir milletvekilinin kovuşturma sonucunda mahkûm olması halinde, eğer mahkûmiyete ilişkin ceza Anayasanın 76. maddesinin 2. fıkrasına göre seçilmeye engel teşkil etmiyorsa, hükmolunan cezanın yerine getirilmesi milletvekili sıfatının sona ermesine kadar ertelenecektir. Meclis üyeliği sona ermiş ise milletvekili hakkında önceden kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmü haliyle infaz edilebilecektir. Kesinleşen cezaya ilişkin hüküm, Anayasanın 76. maddesinde belirtilen seçilmeye engel suçlardan birine ilişkin ise üyelik de düşecek, bu doğrultuda muhakemenin durması veya infazın ertelenmesi de söz konusu olmayacaktır.<sup>82</sup>

## 2. Suç Teşkil Eden Fiiller Yönünden Yasama Dokunulmazlığı

Yasama dokunulmazlığı, TBMM üyelerinin yasama görevi ile ilgili olmayan fiillerini koruma altına almaktadır.<sup>83</sup> 1924 Anayasası'ndaki düzenlemeden farklı olarak 1961 (79/2. md.) ve 1982 (83/2. md.) Anayasalarında, dokunulmazlık kapsamına giren suçlar yönünden bir ayırım gözetilmemiş, yalnızca suç kavramı kullanılmıştır. TCK sistematığında suç bir haksızlık olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, her suç bir haksızlık teşkil ettiği halde, her haksızlık bir suç oluşturmayabilir.<sup>84</sup> Burada üzerinde durulması gereken temel sorun, yasama dokunulmazlığının hangi suçları kapsadığı ve kabahat dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, ya da soruşturma aşamasında suçun kabahate dönüşmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğidir.

---

<sup>81</sup> ATALAY, 2008, s. 36.

<sup>82</sup> ABDULHAKİMOĞLU, Erdal, **Bir Yasama Bağımsızlığı Türü Olarak Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı**, Gazi Kitabevi, 2008, s. 122.

<sup>83</sup> ABDULHAKİMOĞLU, 2008, s. 122.

<sup>84</sup> ÖZGENÇ, 2015, s. 99.

### a. Dokunulmazlık Kapsamına Girmeyen Suçlar

Anayasamız, temelde yasama dokunulmazlığını tüm suçlar yönünden kabul etmekle beraber, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturulmasına başlanmış olmak kaydıyla 14. maddedeki durumları birer istisna olarak düzenlemiştir. Bu istisnai durumlarda yasama dokunulmazlığı kendiliğinden kalktığı için milletvekili hakkında tutma, tutuklama, sorguya çekme ve kovuşturma yapabilmek için yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>85</sup>

#### aa. Ağır Cezayı Gerektiren Suçlar

İlk kez 1961 Anayasası ile hüküm altına alınmış olan “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” ifadesi, uygulama açısından, yürürlükten kaldırılmış olan 765 sayılı TCK’nın sistematüğinde bir tereddüt veya sorun teşkil etmemekteydi. Bunun sebebi mülga 765 sayılı Kanunda cezaların hafif hapis cezası, hapis cezası ve ağır hapis cezası olarak sınıflandırılıp, ağır ceza mahkemelerinin görev alanının belirlenmesinde de, yine ağır hapis cezasını gerektiren suçların esas alınmış olmasıydı.<sup>86</sup> Yine, mülga TCK’da suçlar “cürüm” ve “kabahat” olarak ikili bir ayrıma tutuldukları için, yasama dokunulmazlığının kapsamının suç yönünden belirlenmesinde de bir farklılık bulunmamaktaydı.<sup>87</sup>

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni TCK’da ise, işlenen suçun müeyyidesi olarak öngörülen hürriyeti bağlayıcı yaptırım, sadece “hapis cezası” olarak öngörülmüş (md. 45-50), “ağır cezayı” gerektiren suçlar başlığı altına herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu durum karşısında Anayasanın 83/2. maddesindeki “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” terimi muğlak bir hale gelmiştir.<sup>88</sup>

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak kaydıyla, yeni TCK’da yer alan yağma (md. 148), irtikâp (md. 250/1-2), resmi belgede sahtecilik (md.204/2), nitelikli dolandırıcılık (md.158), hileli iflas (md 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere ağır ceza mahkemeleri bakacaktır. Yine, 5252 sayılı (yeni) TCK’nın Yürürlük ve uygulama Şekli Hakkında Kanunun 6. maddesi uyarınca, “ağır hapis” cezaları “hapis” cezasına dönüştürülmüştür.

---

<sup>85</sup> Keyfiyetin TBMM’ye bildirilmesi üzerine, Meclisin dilerse kovuşturmayı erteleyebileceği hakkında görüş için bkz., TEZİÇ, 1991, s. 387.

<sup>86</sup> Yine yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK’nın 421. maddesi uyarınca ağır ceza işlerinden maksat, ağır hapis ile on seneden fazla hapis cezalarına ilişkin cürümlere ilişkin davalardı.

<sup>87</sup> TEZİÇ, 1991, s. 386.

<sup>88</sup> ÖZCAN, 2006, s. 152.



Yukarıda belirtilen düzenlemeler karşısında, Anayasanın 83/2. maddesinin uygulanmasında “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” ifadesindeki “ağır ceza” ibaresi ile ağır hapis cezasının mı, yoksa ağır ceza mahkemelerinin mi kastedildiği konusunda üzerinde durmak gerekir. Eğer bu ifade ile ağır hapis cezası kastediliyorsa, 5235 sayılı kanun uyarınca “hapis” cezasının gerektiren suçun bir milletvekili tarafından işlenmesi ve suçüstü koşullarının da bulunması halinde (yukarıda da belirtildiği gibi anılan Kanunun 6. maddesi ile ağır hapis cezaları hapis cezasına dönüştürülmüş olduğu için), milletvekilinin yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu ibare ile mülga TCK ve CMUK hükümleri göz önüne alınarak, ağır ceza mahkemelerinin kastedildiği kabul edilirse,<sup>89</sup> 5235 sayılı Mahkeme Teşkilatı Kanununun 12. maddesi uyarınca, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren bir suçun milletvekili tarafından işlenmesi ve suçüstü koşullarının varlığı halinde, milletvekili yine yasama dokunulmazlığından faydalanamayacaktır. Diğer taraftan, 5252 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan ağır hapis cezalarının hapis cezalarına dönüştürüldüğüne ilişkin hükmün Anayasanın 83. maddesinde düzenlenen “ağır cezayı gerektiren” ibaresini “hapis cezasını gerektiren” şeklinde değiştiremeyeceği aşikârdır. Kanaatimizce en kabul edilebilir yol, Anayasanın 83/2. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı sürece, mülga CMUK uyarınca ağır ceza mahkemelerinin görev alanında kalan ve bu suçların karşılığı olarak yeni TCK’de düzenlenmiş olan suçların, ağır cezayı gerektiren suçlar olarak kabul edilmesidir.<sup>90</sup>

### bb. Suçüstü Hali

Suçüstü haliyle iddianın ciddiliği ifade edilmekte, isnadın asılsız, uydurma veya siyasi amaçlarla yapılmış olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, dokunulmazlık böylesine ciddi durumları korumamalıdır.<sup>91</sup> Yeni CMK’nın 2. maddesinde suçüstü halinin işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalan bir kimsenin işlediği suç ifade ettiği belirtilmiştir. Kanaatimizce suçüstü halinin olup olmadığını TBMM değil, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı belirlemelidir.

---

<sup>89</sup> “Ağır cezayı gerektiren suç” teriminin, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları belirttiğine yönelik görüşler için bkz., FEYZİOĞLU, **2004**, s. 410; CENTEL / ZAFER, **2008**, s. 152; KESKİNSOY, **2010**, s. 150.

<sup>90</sup> 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesinde düzenlenen ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların, Türk ceza hukuku sistematğinde ağır cezayı gerektiren suç tipleri ile uyumlu olduğuna yönelik görüşler için bkz., ABDULHAKİMOĞLU, **2008**, s. 96; ÖZCAN, **2006**, s. 152.

<sup>91</sup> Aksi halin kabulü durumunda, toplumda yasama organına olan güvenin azalacağına yönelik görüş için bkz., TEZİÇ, **1991**, s. 387.

### cc. Anayasanın 14. Maddesindeki İstisna

Yukarıda da değindiğimiz gibi, Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrası gereğince, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olması şartıyla, Anayasanın 14. maddesindeki durumlar, işlenen fiilin ağır cezalı bir suç oluşturup oluşturmadığına veya suçüstü halinin olup olmadığına bakılmaksızın yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında tutulmuştur.<sup>92</sup> Anayasanın 14. maddesindeki istisna, ilk olarak 1982 Anayasası ile anayasal düzenlemeye konu olmuştur.<sup>93</sup> Ayrıca, Anayasanın 14. maddesinde yapılan 2001 değişikliği<sup>94</sup> ile kötüye kullanma sayılan haklar ve biçimleri sayı olarak azaltılmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ne (AİHS) uygun olarak, kişilerin yanı sıra Devletin de temel hakları yok etme ve sınırlama yetkisini kötüye kullanması yasaklanmıştır. Yine söz konusu değişiklikte, kötüye kullanmanın bir faaliyet olması gerektiği belirtilmiş, kötüye kullanma ile güdülen amaç tanımlanmıştır.

Kanaatimizce, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin, isnadın ciddiyeti yönünden kuvvetli bir karine oluşturması sebebiyle dokunulmazlık kapsamından çıkartılmış olduğu kabul edilebilirse de, aynı sonucun Anayasanın 14. maddesinde belirtilen suçlar yönünden istisnasız olarak kabul edilmesi dokunulmazlık kurumunun mahiyetiyle, ceza hukukundaki kanunilik ve kıyas yasağı<sup>95</sup> ile bağdaşmamaktadır.<sup>96</sup> Çünkü 14. maddede işlenen suçların işlenmesi halinde isnadın ciddiyeti konusunda bir karine bulunmamaktadır.<sup>97</sup> Maddede hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının, fiili bir zarara yol açmakla ilişkilendirilip daha somut bir hale getirilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır. Cebir ve şiddete başvurmaksızın ve Anayasa'da yasaklanmış olan amaçlara ulaşmak için eyleme geçmeden hak ve özgürlüklerin kullanılması, kötüye kullanma olarak nitelendirilmemelidir.

Anayasanın 1. maddesi genel ve emredici bir hükümlerle, hiç kimsenin Anayasa'da düzenlenen hak ve hürriyetleri Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez

<sup>92</sup> 1961 Anayasası'nda yer almaya bu hüküm, 1982 Anayasası'na Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından eklenmiştir. AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, **Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Dr Yayınları, İstanbul, 2007, s. 518.

<sup>93</sup> Hatırlanacağı üzere, 1961 (md. 79/2) ve 1924 (md. 17) Anayasalarında sadece ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dokunulmazlık kapsamında tutulmuştu.

<sup>94</sup> 17.10.2001 tarih ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

<sup>95</sup> Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz., ARSLAN, Çetin / ÖZKUL, Fatih, "Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 15, 2013, (ss. 39-67).

<sup>96</sup> 14. maddedeki suçların dokunulmazlık kapsamının dışında tutulmuş olması, amacı milletvekillerini keyfi tutuklamalardan korumak olan kurumun mahiyetiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. ÖZBUDUN, **2005**, s. 289; ATAR, **2007**, s. 209.

<sup>97</sup> GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 211; ÖZBUDUN, **2005**, s. 251.

bütünlüğünü bozma ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler kapsamında kullanamayacağını, bu kapsama yasama organı üyelerinin de dâhil olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla milletvekili bu amaçlardan biri ile suç işlerse, hakkında her türlü ceza muhakemesi hukuku işlemi yapılabilecektir. Anayasanın 14. maddesinde ise bir suçun tanımı yapılmış, ihdas edilmiş veya suçların isimleri sayılmış değildir; sadece birtakım kavramlar, ilkeler ve faaliyetler belirtilmiştir. Anayasa koyucu anılan madde ile Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığına kasteden bir suçla suçlanan milletvekilinin yasama dokunulmazlığından faydalanmasını kamu yararına aykırı görmüştür.<sup>98</sup>

Anayasanın 14. maddesindeki amaçlar dâhilinde faaliyet göstererek, TCK'da suç olarak tanımlanmış bir fiili işleyenler hakkında kovuşturma yapılabilmesi için, 83. maddenin 2. fıkrası uyarınca, suçun "seçimden önce işlenmiş ve soruşturmasına önceden başlanmış" olması gereklidir.<sup>99</sup> Bu

<sup>98</sup> Örneğin, Demokratik Toplum Partisi (DTP) kapatılmadan önce Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin, haklarında açılan kamu davaları ile ilgili olarak DTP'li beş milletvekilini kolluk zoruyla ifade almaya çağırması gündemi meşgul etmiştir. Yerel mahkeme, DTP'li vekillerin işlediği iddia edilen suçları yasama dokunulmazlığı kapsamında değerlendirmeyerek, talimat yoluyla ifadelerinin alınması için Polis zoruyla getirilmelerine ilişkin kararı Meclis Başkanlığına iletmış, Başkanlığın, kovuşturmaya konu milletvekillerinin devamlı seyahat halinde olmaları sebebiyle ilgili tebligatı yapmadığını belirtmesi üzerine mahkeme yeniden tebligat çıkarmış, bu tebligata rağmen gelmeyen milletvekilleri hakkında bir sonraki celse de ise CMK'nın 146 ve 149. maddesi uyarınca günsüz zorla getirilme kararı vermiştir. Bkz. 30.09.2009 tarihli Milliyet, Hürriyet ve Birgün Gazeteleri. Sonucu aynı olmamakla birlikte, benzer bir durum da 1994 tarihinde yaşanmıştır. 02.03.1994 tarihinde dokunulmazlığı kaldırılan Demokrasi Partisi (DEP) Milletvekili Hatip Dicle ile Orhan Doğan, 04.03.1994 günü, dokunulmazlığa sahip oldukları gerekçesiyle emniyet görevlilerince haklarında işlem yapılamayacağı savunarak Meclisten ayrılmamış, ancak bu iddialarına rağmen zor kullanılarak aynı gün gözaltına alınmışlardır. Bkz., 04.03.1994 tarihli gazeteler. Kapatılan DTP Diyarbakır Milletvekili Aysel Tuğluk, 2006'da Diyarbakır'da yaptığı bir konuşmada terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesiyle 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılmıştır; Tuğluk, milletvekili sıfatı devam ederken mahkûm olan ilk vekildir. Yine, kapatılan DTP Milletvekili Selahattin Demirtaş, milletvekili seçilmeden önce telefonla katıldığı bir programda suç ve suçluyu övdüğü (TCK 215) gerekçesiyle Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılmış, hükmü temyizen inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise sanığın terör örgütünün propagandasını yapma suçundan yargılanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Anayasanın 14. maddesine atıfta bulunulan kararda, yasama dokunulmazlığının 14. madde ile sınırlı olduğuna, sanığın 22 Temmuz 2007 seçimlerinde milletvekili seçilmiş olmasına rağmen, yargılamaya konu suçun terör saikli suçlar kapsamında kalması sebebiyle, adı geçen yargılanmasına devam edilmesi gerektiğine değinilmiştir. Bkz., Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2007/9370 E., 2008/617 K., KT. 04.02.2008.

<sup>99</sup> Bu düzenleme ile ilgili olarak, yasadışı terör örgütüne üye olmak suçundan tutuklu bulunan Sebhat Tuncel'in 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan genel seçimlerde bağımsız milletvekili seçildikten sonra tahliye edilmesi tartışma konusu olmuştur. Bkz., 27.07.2007 tarihli

durumda soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılığı, keyfiyeti doğrudan Meclise bildirmekle yükümlüdür. Kanaatimizce burada, Yasama Organının kovuşturmayı erteleme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>100</sup> Böylece dokunulmazlığı kendiliğinden kalkmış olan milletvekili ile, normal bir vatandaş arasında yargılanabilirlik açısından bir fark kalmamaktadır. Artık milletvekiline karşı, dokunulmazlık kapsamındaki muhakeme işlemleri (tutulma, tutuklama, sorguya çekilme, yargılanma) Meclisin dokunulmazlığın kaldırılması kararı olmaksızın yapılabilecektir.<sup>101</sup>

Seçimden önce başlanan soruşturmanın ne zaman başlamış sayılacağı da karşımıza bir sorun olarak çıkabilir. Örneğin, soruşturma aşamasında gizlilik kararı alınmış olabileceği gibi, soruşturma somut delillerle desteklenmeyecek şekilde araştırma aşamasında da olabilir. Bu durumda soruşturmaya konu kişinin ifadesinin alınmış, tutuklanmış, sorgulanmış olması, hakkında arama, el koyma delilleri muhafaza etme gibi işlemlerin yapılması soruşturmanın varlığı bakımından yeterli sayılabilir. Ancak bu sayılan hususlar bile tam bir güvence oluşturmayabilir, çünkü iktidar partisi tarafından milletvekili seçilmesini istemedikleri bir aday hakkında kötüye kullanılmalarını engelleyebilecek bir güvence yoktur.

---

**Radikal Gazetesi.** İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, Sebahat Tuncel'in Anayasanın 83/2. maddesi gereğince milletvekili seçilmiş olduğunu belirterek, milletvekilinin Meclis kararı olmaksızın tutulamayacak, tutuklanamayacak olması gerekçesiyle tutuksuz yargılanmak üzere tahliyesine karar vermiştir. Bkz., İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/444 E. (Değişik iş), KT. 24.07.2007. Bu karara karşı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, seçimden önce soruşturmaya başlandığı için 14. madde uyarınca soruşturmaya devam edilebileceği yönündeki itirazı üzerine talebi değerlendiren aynı mahkeme, dosyayı yeniden ele alarak bu seferki kararında maddi hata sonucu tahliye kararının verildiğini belirterek, adı geçen milletvekilinin serbest bırakılmasının gerekçesini "Milletvekili olması sebebiyle kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin kalmamış olması" şeklinde düzeltmiştir. Bkz., İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/ 446 E. (Değişik iş), KT. 26.07.2007. Ülkemiz siyasi koşullarını göz önüne aldığımızda değindiğimiz bu örneğe her genel seçimlerde rastlama ihtimali yüksektir. 14. madde kapsamında tutuklu olan kişi milletvekili seçilse dahi soruşturmaya konu olay dokunulmazlık kapsamına girmeyecek, dolayısıyla tutukluluk kendiliğinden sona ermeyecektir. Mahkemenin tahliye kararı vermesi halinde bile, ilerleyen yargısal süreçte ulaşılan deliller sonucu tekrar tutuklama kararı verilebileceği gibi, kesinleşen hüküm infaz da edilebilir. Ayrıca tutuklu iken yasama organı üyesi seçilen kişinin milletvekilliği, tahliye edilmediği takdirde, "özürsüz ve izinsiz" olarak beş birleşime katılmadığı gerekçesiyle (Any. md. 84) Genel Kurul tarafından düşürülebilir; bu durum TBMM'deki çoğunluk tarafından kötüye kullanılabilir.

<sup>100</sup> DÖNMEZER / ERMAN, 1997, s. 274.

<sup>101</sup> Meclis İçtüzüğü'nün 136. maddesinde, "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatı sona erer." hükmü bulunmaktadır.

### 3. Kişiler Yönünden

Yasama dokunulmazlığı, yasama organının görevini, devletin diğer kuvvetlerinin etki ve baskısı altına kalmadan bağımsızca yerine getirebilmesini sağlamayı amaçladığı için, haliyle bu korumadan yararlanacak olanların başında TBMM üyeleri gelir. Ancak Anayasamız yasama fonksiyonunu yerine getirenleri milletvekilleri ile sınırlamamıştır.<sup>102</sup> Suçun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda, suça katılan diğer şüphelilerin dokunulmazlıktan faydalanabilmesi mümkün değildir; haklarında tüm muhakeme işlemleri gerçekleştirilebilir.<sup>103</sup> Yine, Meclis çalışmalarına katılan uzmanlar, memurlar ve ilgili Bakanlıkların memurları da yasama dokunulmazlığından faydalanamazlar.<sup>104</sup>

#### a. Milletvekilleri

Dokunulmazlığa bağlı hukuki sonuçlardan ilk grup milletvekilleridir.<sup>105</sup> 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 35. maddesi, TBMM ve Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararları göz önüne alındığında, milletvekilliği sıfatının YSK'nın seçim sonuçlarını ilan ettiği tarihte kazanıldığı kabul edilmektedir.<sup>106</sup> Milletvekili sıfatının kazanıldığı anda hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayan yasama dokunulmazlığı, daha önce Meclis kararıyla kaldırılmadığı veya kendiliğinden kalkmadığı sürece, bir sonraki seçim sonuçları ilan edilinceye kadar devam edecektir.<sup>107</sup>

#### b. Hükümet Üyeleri

Bakanların yasama dokunulmazlığından faydalanabilecekleri Anayasanın 112. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu üyeleri milletvekili olup olmadıklarına bakılmaksızın dokunulmazlıktan faydalanabileceklerdir. Yasama organı üyesi olmayan hükümet üyeleri dokunulmazlığı seçim ile değil, bakan olarak atandıkları tarihte başlamakta, bakanlık sıfatı sona erince de Meclis kararına gerek olmaksızın kendiliğinden kalkmaktadır.<sup>108</sup> Milletvekili olmayan bakanlar dokunulmazlıktan ancak bakanlık görevlerini sürdürdükleri

---

<sup>102</sup> ATALAY, 2008, s. 36.

<sup>103</sup> TEZİÇ, 1991, s. 386; ATALAY, 2008, s. 49.

<sup>104</sup> ATALAY, 2008, s. 49.

<sup>105</sup> İngiltere ve ABD'de her iki Mecliste görev yapan kamu görevlileri de yasama dokunulmazlığından faydalanabilmektedir. Ayrıca İngiltere 'de, Meclis komisyonlarına çağırılmış bulunan tanıklar da Parlamente'ye gidip gelmelerinde ve Parlamente'de buldukları süre içerisinde yasama dokunulmazlığından faydalanabilirler. TEZİÇ, 1991, s. 386.

<sup>106</sup> Bu konudaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz., ARSLAN, Kahan, Onur, **Türk Parlamento Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 52.

<sup>107</sup> FEYZİOĞLU, 2004, s. 411.

<sup>108</sup> FEYZİOĞLU, 2004, s. 408.

süre içerisinde yararlanabilirler.<sup>109</sup> Eğer görevde ve milletvekili olmayan bir bakan bakanlıktan düşürülürse, sahip olduğu dokunulmazlık da kendiliğinden kalkacaktır.<sup>110</sup>

### c. Cumhurbaşkanı

#### aa. 1982 Anayasası'nın İlk Halinde

1982 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı kural olarak göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumsuzdur. Bu sorumsuzluğun tek istisnası ise vatana ihanet suçudur. Aslında Anayasada Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumsuz olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 105. maddesinin 3. fıkrasında, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olarak vatana ihanetten dolayı hangi usul ile suçlanabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkranın yorumundan, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarda, vatana ihanet suçu dışında sorumluluğunun bulunmadığı söylenebilir. Mevzuatımızda vatana ihanet suçlarının hangi suçlardan ibaret olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, fiilin vatana ihanet suçu oluşturup oluşturmadığı yönündeki kararı TBMM verecektir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu konusundaki tartışmaların farklı ve kimi zamanlar siyasi boyutta olması,<sup>111</sup> 5678 sayılı Yasa değişikliğinden

<sup>109</sup> DÖNMEZER / ERMAN, 1997, s. 283.

<sup>110</sup> KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 88; KUNTER, 1989, s. 100.

<sup>111</sup> Sorun, 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce işlediği iddia olunan suçtan dolayı yargılanması gerektiğine ilişkin bir mahkeme kararı ile daha da güncel ve tartışmalı hale gelmiştir. Süreç bir vatandaşın, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında, özel evrakta sahtecilik ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa aykırılık suçlarından dolayı açılan soruşturmada verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı, hazinenin uğramış olduğu zarardan dolayı suçtan zarar gördüğü gerekçesiyle, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 173/1. maddesi uyarınca itiraz etmesiyle başlamıştır. Kararı itirazın incelemeye yetkili mahkeme olan Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi, seçmenlik sıfatı bulunan vatandaşın, bir siyasi partinin harcamaları ile Devlet hazinesi arasındaki ilişkinin denetlenmesini isteme ve hazinenin uğramış olduğu zarardan dolayı itiraz hakkının bulunduğu gerekçeleriyle, delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle, itirazın kabulüne karar vererek kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kaldırmıştır. Kamuoyuna yansıyan bilgiler kadariyle Ağır Ceza Mahkemesi kararında ayrıca şu hususlar kaydedilmiştir: *"Ancak; bu kovuşturmaya yer olmadığına karar verilirken Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, yasalar yönünden dokunulmazlığı bulunan ve yasalarda yargılanmaları istisna kabul edilen kişiler ile kıyas yapılarak, şüphelinin Cumhurbaşkanı olması nedeniyle milletvekili ve bakanlara tanınan dokunulmazlığın, yasa koyucunun Cumhurbaşkanını da kapsadığı yönünde görüşleri hukuktan yoksun, kanunlara aykırı olduğu açıktır. Kıyasın; kamu hukuku alanında yapılamayacağı, kaldı ki daha önce Cumhurbaşkanlığı makamında bulunan kişilerin önceden suç işlemiş bulunmalarının doğal olarak yasa koyucular tarafından*

sonraki devlet başkanı seçimlerinin halk tarafından yapılması nedeniyle konuyu bu başlık altında daha ayrıntılı inceleyeceğiz. Cumhurbaşkanının yasama dokunulmazlığından faydalanıp faydalanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, kanaatimizce karşı imza kuralı uygulandığı sürece, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından doğan cezai sorumluluk, işleme imza atan başbakan veya ilgili bakan tarafından üstlenilecektir. Kemal Gözler ise karşı imza kuralının, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlemlerdeki ceza sorumluluğunu kapsamadığını, siyasi sorumluluk alanında geçerli olduğunu düşünmektedir<sup>112</sup>

105. maddenin 3. fıkrasında Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla vatana ihanet suçlaması için ilk olarak, üye tam sayısının en az üçte biri kadar üyenin, yazılı olarak TBMM Başkanlığına verecekleri bir önerge ile Cumhurbaşkanını suçlamaları gerekmektedir. TBMM içtüzüğünün 114. maddesinin son fıkrası

*düşünülemediğinden, Anayasada bu konuda boşluğun bulunduğu, bunun yerine Anayasanın ilgili hükümlerinde değişiklik yapılarak Cumhurbaşkanlığı makamında bulunan kişilerin Cumhurbaşkanlığı döneminden önceki suçlarına yönelik düzenlemelerin yapılması gerektiği ve Anayasadaki bu boşluğun kıyas yolu ile değil, hukuki düzenleme ile ortadan kaldırılması hukuki açıdan çok daha uygun olacağından; şüpheli Abdullah Gül hakkında iddia olunan eylemlerin kanıt ve unsurlarının mahkemesince tartışılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının hukuka uygun olmayan takipsizlik kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.” Bkz., “Gül’e Soruşturma Yolu Açıldı”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 19.05.2009. Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin kararına karşı Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, CMK’nun 309. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı hakkında, vatana ihanet suçlaması dışında CMK kapsamında bir hukuki işlem yapılamayacağı, ayrıca suçtan doğrudan zarar görme kavramının gerçekleşmesi için zararın belirlenebilir, denetlenebilir ve hukuken korunan, dava edilebilir olması gerektiği, karara itiraz edenin ise bu şartları taşımadığı, dolayısıyla itiraza hakkı da olmadığı gerekçeleriyle, kanun yararına bozma talebinde bulunulmuştur. Kanun yararına bozma talebi sonucunda, talebi incelemekle yetkili Yargıtay 11. Ceza Dairesi karara itiraz edenin, CMK’nın 173. maddesi kapsamında suçtan doğrudan zarar görmediğini, dolayısıyla isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesinin yasaya aykırı olduğuna karar vererek, Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. 11. Ceza Dairesi, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında vatana ihanet suçlaması dışında CMK kapsamında bir hukuki işlem yapıp yapılamayacağına ilişkin hususu ise “1982 Anayasasının 105. maddesinde belirtilen Cumhurbaşkanının sorumsuzluğuna ilişkin hükümler dikkate alındığında, “vatana ihanet” suçlaması dışında kalan bir suç ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı hakkında 5271 sayılı CMK kapsamında bir hukuki işlem yapılamayacağı istemiyle bozulması isteminin, bu aşamada incelenmesine olanak bulunmamaktadır.” gerekçesiyle inceleme dışı bırakmıştır. Bkz., 14.06.2010 gün, 2009/16787 E., 2010/7000 sayılı karar. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZKUL, Fatih, **1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 166-176.*

<sup>112</sup> GÖZLER, 2000, s. 539.

uyarınca suçlamada hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun, hangi gerekçe ile vatana ihanet sayılması gerektiği de belirtilecektir. Ayrıca içtüzüğün 114. maddesinin 1. fıkrasında, görevden ayrılmış eski Cumhurbaşkanlarının da vatana ihanet ile suçlanabilecekleri açıkça belirtilmiştir. Bu hükümden Cumhurbaşkanının cezai sorumsuzluğunun, göreve ilişkin işler bakımından görevin bitmesinden sonra da devam edebileceği anlaşılmaktadır.<sup>113</sup>

Anayasada açık bir düzenleme olmamasına rağmen, görevdeki Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde, Anayasanın 113. maddesinin 3. fıkrasındaki Yüce Divan'a sevk edilen bakanın bakanlıktan düşeceği yolundaki düzenlemeden yola çıkılarak, Cumhurbaşkanlığı sıfatının da sevk ile sona ereceği kabul edilmektedir.<sup>114</sup> Fakat kabul etmek gerekir ki bu konuda anayasal bir boşluk bulunmaktadır.<sup>115</sup> Vatana ihanet ile suçlanan bir Cumhurbaşkanının görevinden düşmesini bir müeyyide olarak kabul ettiğimiz takdirde, görevden düşme kıyasa uygun bir hukuki kavram olmaktan çıkmaktadır. Görevden düşmüş sayılma, Cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğunun sınırı olmadığı ilkesine aykırı örnek teşkil edebilecek bir sonuç doğurabilir. Yasama organı tarafından Yüce Divan'a sevk edilen ve bu sebeple makamından olan bir Cumhurbaşkanı, Yüce Divan'da beraat ettiği takdirde sonuç, Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğuna yönelik olacaktır.

Kanımızca, vatana ihanet ile suçlanan Cumhurbaşkanının görevde kalamaması gerekir. Meclisin büyük çoğunluğu tarafından vatana ihanet ile suçlanan Cumhurbaşkanının, hiçbir görevini ifa edemeyeceği ortadadır. Bu sebeple, Anayasada açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, vatana ihanet ile suçlanıp Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı sıfatını da yitirdiğinin kabulü gerekir. Ancak bu karar hangi organ tarafından alınabilir? Tereddütleri gidermek için Anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli konu da hangi suçların vatana ihanet suçu oluşturacağıdır.<sup>116</sup> Genellikle benimsenen görüşe göre, Türk vatanının bütünlüğüne ve Devletin anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen

---

<sup>113</sup> YAYLA, Yıldızhan, "Milletvekili Dokunulmazlığı Bakanların Sorumluluğu Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu", **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, TBB Yayınları No:12, 9-13 Ocak, (2001), s. 496.

<sup>114</sup> ÖZBUDUN, **2005**, s. 318; Gözler, 113. maddedeki bakanlar hakkındaki düzenlemenin, kıyas yoluyla Cumhurbaşkanı için uygulanamayacağını düşünmektedir. Aksi halde 113. madde kamu hukukunda caiz olmayacak şekilde geniş yorumlanmış olacaktır. Bkz., GÖZLER, **2000**, s. 541.

<sup>115</sup> YAVUZ, **2007**, s. 156.

<sup>116</sup> Vatan hainliği suçunun tanımı yapan 29 Nisan 1336 (1920) tarih ve 2 Sayılı Hıyaneti Vatanîye Kanunu, TCK'nın yasallaşması ile birlikte yürürlükten kalkmıştır.



suçların bütünü vatana ihanet kavramı ile ifade edilmektedir.<sup>117</sup> TCK'da vatana ihanet suçu bulunmadığı gibi, Anayasamızda da hangi suçların vatana ihanet suçu oluşturacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatımızda vatana ihanet suçunun tanımını yapan veya ceza öngören bir hüküm bulunmaması karşısında, Cumhurbaşkanının hangi fiilleri vatana ihanet suçu olarak değerlendirilecektir? Kaldı ki, 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde, önceki ceza kanunlarımız gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesi kabul edilmiş, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, güvenlik tedbiri uygulanamayacağı, kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasamızın 38. maddesinin ilk fıkrasında, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilmiştir.

Bu durum karşısında öğretide, TCK'da düzenleme yapılmamış olması sebebiyle, Cumhurbaşkanının TBMM tarafından vatana ihanet suçlaması ile suçlandırılmayacağı ve eğer suçlandırılmış ise AYM tarafından yapılan yargılama sonucunda beraat hükmü kurulması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>118</sup>

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Aslında vatana ihanet suçu kavramı Cumhurbaşkanının görevini kötüye kullanması anlamına gelmektedir. Aksine, Cumhurbaşkanının hangi fiillerinin vatana ihanet suçu oluşturacağına Anayasa veya ceza kanununda sayılmış olması, fiilde görevi kötüye kullanmanın ortaya çıkarılmasını daha da güç hale getirecektir. Örneğin, Cumhurbaşkanının yasama organındaki çoğunluk ile farklı dünya görüşüne sahip olduğunu ve bu sebeple önüne gelen hiçbir kararnameyi imzalamadığını düşünelim. Burada artık Cumhurbaşkanı anayasal görevini kasıtlı olarak yerine getirmemektedir ve TBMM tarafından Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde, vatana ihanet suçundan yargılanıp hakkında mahkûmiyet hükmü kurulabilir. Yasama organının ve Yüce Divan'ın vatana ihanet durumunda esas ele alması gereken husus, görevden kaynaklanan fiildeki nitelik ve kast yoğunluğu olmalıdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, vatana ihanet ile suçlandırılmasına yönelik önergeler TBMM tarafından gündeme alınmalı ve Yüce Divan'a sevk halinde yargılama yapılmalıdır.

Kanımızca her ne kadar Anayasada bir usul öngörülmemiş ise de, Cumhurbaşkanının kişisel suçundan dolayı sorumluluğu gündeme geldiğinde, milletvekili dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlıktan yararlanması uygun olacaktır. 1982 Anayasası milletvekillerine, dışarıdan atanan bakanlara bu

---

<sup>117</sup> DÖNMEZER- ERMAN, 1985, s. 242.

<sup>118</sup> GÖZLER, 2000,, s. 548-550; SEZGİNER, 2010, s. 120-121.

imkânı tanımıştır. Devleti yurt içinde ve dışında devleti temsil eden Devlet Başkanının da, milletvekili dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlıktan faydalanabilmesi gerekir. Cumhurbaşkanı'nın olağan bir usul ile kovuşturmayaya tabi tutulabilir olması, muhakeme hukukunda görev ve statüden kaynaklanan istisnalara bakıldığında, hukuk sistemimizin mantığına da ters düşmektedir. Taşındığı statü gereği en alt kademede görev yapan bir memur bile özel soruşturma ve yargılama iznine tabi iken,<sup>119</sup> Cumhurbaşkanı'nın olağan yargılama ve soruşturma usulüne tabi olduğunu kabul etmek bir çelişki yaratmaktadır.<sup>120</sup> Anayasanın 106. maddesinde Cumhurbaşkanı'na vekillik etme görevi Meclis Başkanına verilmiş olup, vekâlet sırasında Cumhurbaşkanı'nın bütün yetkilerine sahip olan Meclis Başkanı, milletvekili sıfatıyla dokunulmazlığa da sahip bulunmaktadır. Vekilde olan bir hakkın aslında olmadığını ileri sürmek hukuk mantığı ile çelişmektedir. Kaldı ki, 1982 Anayasasının geçici 2. maddesinde Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin, Cumhurbaşkanlığı Konseyi<sup>121</sup> üyesi sıfatıyla dokunulmazlığa sahip oldukları düzenlenmiştir. Konseyin başı olan Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığa sahip olmadığını kabul etmenin, anayasa koyucunun yaklaşımı ile uyum sağlamayacağı açıktır. Cumhurbaşkanı'na tanınan dokunulmazlığın milletvekili dokunulmazlığının aksine kaldırılmaması ve Anayasanın 83. maddesindeki ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile, milletvekili seçilmeden önce soruşturulmasına başlanmış olması durumunda Anayasanın 14. maddesindeki fillere ilişkin istisnaya da tabi olmaması gerekir.

### bb. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında

6771 sayılı Kanun ile gerçekleşen değişiklik<sup>122</sup> ile Anayasada Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu konusunda yeni düzenlemeye gidilmiştir. Bu doğrultuda 105. madde<sup>123</sup> şu şekilde kaleme alınmıştır:

<sup>119</sup> 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunun 1. maddesinde, memurlar ve kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmelerinin izne tabi olduğu belirtilmiş ve 3. maddesinde de izni vermeye yetkili merciler düzenlenmiştir. Üçüncü maddenin g bendinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri hakkında gerekli iznin Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanlığında görevli bir memur hakkındaki iznin ise Cumhurbaşkanlığı genel sekreteri tarafından verileceği belirtilmiştir.

<sup>120</sup> AKTAŞ, Kadir, "Cumhurbaşkanı Dokunulmazlığı", **Meclis Bülteni**, S. 154, Mayıs, (2009), s. 50.

<sup>121</sup> 1982 Anayasasının geçici 2. maddesine göre, TBMM toplanıp göreve başladıktan sonra, Milli Güvenlik Konseyi, altı yıllık bir süre için Cumhurbaşkanlığı Konseyi haline dönüşmekte ve Milli Güvenlik Konseyi üyeleri, Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyesi sıfatını almaktadır. Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri, Anayasada TBMM üyelerinin haiz buldukları özlük hakları ile dokunulmazlığa sahip olmaktadır.

<sup>122</sup> Bkz., 27.04.2017 tarih, 30050 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

<sup>123</sup> 6771 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca, 105 ve 106. maddedeki değişiklikler, birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonrasında, Cumhurbaşkanı'nın göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

*“Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer. Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.”*

Düzenlemeye baktığımızda, Cumhurbaşkanının kişisel suçları ile görev suçlarının arasında herhangi bir ayrıma gidilmediğini görmekteyiz. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili olmayan bir fiilden dolayı, örneğin trafik kazası sonucu taksirle ölüme sebep olma suçu ile karşı karşıya kaldığında karşımıza, aynen vatana ihanet suçunda olduğu gibi bir usul problemi çıkması ihtimal dâhilindedir. Kanaatimizce değişiklikte kişisel suç ayrımı yapılması daha yerinde olurdu.

Konumuz ile ilgili olarak 106. maddeye baktığımızda ise şu değişikliği görmekteyiz: *“...Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde andiçerler. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.*

*Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Bu kişilerin görevde buldukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, görevleri bittikten sonra da beşinci, altıncı ve yedinci fıkra hükümleri uygulanır. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır...”*

Görüleceği üzere Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar hakkındaki düzenlemede, 105. maddenin aksine, görev suçları ile görev ile ilgili olmayan suçlar ayırımının yapıldığını ve isabetli bir şekilde Cumhurbaşkanı Yardımcılarının görevleriyle ilgili olmayan suçlar yönünden yasama dokunulmazlığı hükümlerinden faydalanabileceklerinin hüküm altına alındığını görmekteyiz.

### **C. Yasama Dokunulmazlığı Kapsamında Olmayan Durumlar**

Daha önce de değindiğimiz üzere, Türkiye’de de diğer ülkelerde olduğu gibi temiz topluma ulaşabilme amacıyla, yasama dokunulmazlığının sınırlandırılması düşüncesi sık sık gündeme getirilmektedir.<sup>124</sup> Yasama dokunulmazlığı nisbi nitelik taşır ve sınırlıdır.

#### **1. Medeni Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönünden**

Yasama dokunulmazlığının nisbi olmasının ilk sonucu, dokunulmazlığın sadece ceza kovuşturmalarına karşı geçerli olmasıdır. Dokunulmazlık, milletvekiline karşı hukuk davası açılmasına, hakkında ilamlı veya ilamsız icra takibi yapılmasına, cebri icra yoluna gidilmesine ve haciz işlemi uygulanmasına

---

<sup>124</sup> Teziç, bu doğrultuda bir Anayasa değişikliği önererek, yasama dokunulmazlığının ceza kovuşturmasına engel olmaması gerektiğini belirtmekte ve bu amaçla, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan yakalama, gözaltına alma veya tutukluluk hallerinde Meclis kararının bu işlemlerine yerine getirilebilmesi için gerekli olması gerektiğini ifade etmektedir, TEZİÇ, 1991, s. 391.

engel oluşturmaz.<sup>125</sup> Milletvekilleri hakkında cebri icra veya tedbir kararı verilmesi, onların özgürlüklerini kısıtlamayan, sadece malvarlıkları üzerindeki tasarruf yetkilerini sınırlandıran işlemler niteliğinde olduğu için, anılan işlemler dokunulmazlık kapsamına girmezler; bu sebeple milletvekili hakkında borcundan dolayı her türlü hukuk davası açılabilir, hukuki takipler yapılabilir, aleyhine tazminat davası açılabilir.<sup>126</sup> Ancak milletvekili bu hukuk davalarının görülmesi sırasında Hukuk Usulü Muhakemesi Kanununun 150. maddesindeki düzenleme doğrultusunda sorgulanamaz, hapis veya para cezasına mahkûm edilemez.

Mevzuatımızda yasama organı üyelerinin tanık sıfatıyla mahkemelerde dinlenebilmelerini engellen bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, milletvekilinin tanık sıfatıyla da olsa, mahkemeye ihzaren celp edilmesi (hürriyeti kısıtlayıcı tedbirle zorla getirilmesi) mümkün değildir.<sup>127</sup>

## 2. Kabahatler Yönünden

Yasama dokunulmazlığının konusunu kanunlarda suç olarak kabul edilen fiiller oluşturur. Mülga 765 sayılı TCK'da kabahat niteliğinde olan eylemler de suç olarak kabul edilmiş olduğu için, dokunulmazlık kabahatleri de kapsamaktaydı.

5237 sayılı yeni TCK'da ise, haksız kabul edilen eylemler suç ve kabahat olarak ayrı başlıklar altına düzenlenmiştir. Yeni TCK'da kabahatler suç olarak değil, sosyal sapma gösteren ve haksızlık içeren eylemler şeklinde öngörülmüştür.<sup>128</sup> Bu sebeple suç ve kabahatin oluşumu, karara bağlanması, yasa yolları ve infazları birbirlerinden değişik koşullara bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında, suç olarak kabul edilmeyen kabahatlerin, Anayasanın 83. maddesi uyarınca dokunulmazlık kapsamında kalıp kalmadığı konusunda tereddüt oluşmuştur.

Konu, TBMM'ne intikal etmiş, Meclis Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan Karma Komisyonunda görüşülmüştür.<sup>129</sup> Komisyonun hazırladığı raporun

---

<sup>125</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 192; TEZİÇ, **1991**, s. 386; NEZİROĞLU, **2008**, s. 440.

<sup>126</sup> DÖNMEZER / ERMAN, **1985**, s. 273; ÖZBUDUN, **2005**, s. 289.

<sup>127</sup> ATALAY, **2008**, s. 56.

<sup>128</sup> YILMAZ, Zekeriya, **Gereke ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 417.

<sup>129</sup> Turhal Cumhuriyet Başsavcılığı, 13.07.2005 tarihli kararıyla Tokat Milletvekilleri Mehmet Ergün Dağcıoğlu, Orhan Ziya Diren, Feramus Şahin ile Resul Tosun'un soruşturma dosyaları hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca (fiiller suç niteliğinde görülmediği için) kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermiş, ancak kabahatin idari para cezası gerektirmesinden dolayı, infazın yapılıp yapılamayacağı konusunda Adalet Bakanlığı aracılığıyla TBMM'den görüş istemiştir.

sonuç bölümünde; “ kabahatler alanında yargının, itiraz ya da başvuru sonucu da olsa yargılama faaliyetine girecek olmasının özü itibariyle yargılama sürecini başlatacağı, kabahatlerin geniş anlamda Anayasanın 83. maddesindeki suç kavramının içinde mütalaa edilmesi gerektiği, kabahatlerin 5326 sayılı ayrı bir Kanunla düzenleniyor olmasının bu durumu değiştirmedeği, Anayasanın lafzı ve ruhunun yorumundan suç kavramının hem cürüm hem de kabahatlerin dokunulmazlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği” belirtilmiştir.<sup>130</sup>

Kanaatimizce yasama dokunulmazlığı kabahatleri kapsamamalıdır. Yeni TCK’da kabahat teşkil eden eylemler haksızlık oluşturmasına rağmen, suç olarak kabul edilmemişlerdir. Haksızlık olarak kabul edilen fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanması, tamamen yasa koyucunun takdirinde olan, toplum düzeni açısından izlenen suç politikası ile ilgili bir konudur; tasnifte haksızlıklar arasındaki nicelik farkları yönünden bir seçim yapılmaktadır.<sup>131</sup> Diğer taraftan, Karma Komisyonun kabahat fiillerini suç kavramı içerisine alan yorumu kabul edilse bile, dokunulmazlık kapsamına alınan ceza muhakemesi işlemlerinin Anayasanın 83. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu çerçevesinde işlenen fillere yaptırım uygulanması, ceza yargılamasını ya da dokunulmazlık kapsamındaki diğer muhakeme işlemlerini gerektirmemektedir. Bu sebeple bu fiillerin dokunulmazlık kapsamında ele alınması mümkün görülmemektedir. Eğer idari suç ve cezalar ‘tutma, tutuklama ve hürriyeti tahdit gibi’ sonuçlar doğursaydı, haliyle söz konusu fiillerin yasama dokunulmazlığı kapsamına girdiğini düşünmek gerekirdi. Ayrıca, Anayasanın 83. maddesinin kabahatler yönünden genişletmek şeffaf, temiz topluma ulaşma hedeflerini sekteye uğratabileceği gibi, hukuk devleti ilkesini geliştirme çabalarına da aykırılık oluşturabilir.<sup>132</sup>

### 3. Disiplin Hukuku Yönünden

Bir mesleğe mensup olan veya seçimden önce memur olan milletvekili hakkında ilgili oda, birlik veya kamu kurumu tarafından disiplin cezası uygulanmasında bir engel yoktur; disiplin soruşturmaları yasama

<sup>130</sup> AKTAŞ, Kadir, **TBMM Uygulaması Anlamıyla Yasama Dokunulmazlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 67. Özgen’e göre, kısa süreli de olsa bir üyenin TBMM çalışmalarına katılamaması bazen çok önemli bir yasama görevinin yerine getirilebilmesine engel olabileceği için, dokunulmazlık kabahatleri de kapsmalıdır. ÖZGEN, Eralp, “Yeni Anayasamız ve Milletvekili Dokunulmazlığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, C.18, s. 250.

<sup>131</sup> Gerekeçe için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>, (erişim tarihi, 26.07.2016).

<sup>132</sup> Aynı doğrultudaki görüş için bkz., HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 88; GÖREN, 2006, s. 210; ABDULHAKİMOĞLU, 2008, s. 93; AKTAŞ, 2006, s. 112.

dokunulmazlığı kapsamında kalmazlar. Milletvekiliyle ilgili olarak yürütülen disiplin soruşturması sonucu verilen disiplin cezasının infaz edilmesi, yasama fonksiyonunu engelleyen sonuçlara sahip olmayacaktır.<sup>133</sup>

### E. Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasının Sonuçları

Yasama dokunulmazlığı geçici olduğu için, görev süresiyle sınırlı koruma sağlamakta, vekilliğin sona ermesiyle de kendiliğinden kalkmaktadır.<sup>134</sup> Kaldı ki dokunulmazlık, işlendiği iddia edilen tüm suçlar için, her zaman Meclis kararı ile kaldırılabilir; Meclisin bu konudaki takdir yetkisi sınırlanamaz.<sup>135</sup>

Diğer taraftan, milletvekilinin, dokunulmazlığının kaldırılmasını yasama organından talep etme hakkı vardır. Ancak dokunulmazlığın kaldırılmasını talep etme yeterli olmayıp, İçtüzüğü'nün 134. maddesinin son fıkrası uyarınca yasama organının bu konuda karar vermesi gereklidir. Dokunulmazlık kamu düzeni kapsamı içerisinde görüldüğü için yargılamada hâkim tarafından re'sen göz önüne alınmalıdır.<sup>136</sup>

Dokunulmazlığın kaldırılmasına bağlanan temel hukuki sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

- Milletvekilinin dokunulmazlığı hangi fiil ile ilgili olarak kaldırılmışsa, soruşturma da ancak o fiil ile ilgili olarak yapılabilir. Suç teşkil ettiği iddia edilen diğer fiiller yönünden dokunulmazlık devam eder.<sup>137</sup>
- Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili hakkında suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin tüm işlemler ve ceza muhakemesinin koruma tedbirleri, ilgili düzenlemelerin uygulanma koşulları içerisinde uygulanabilir.<sup>138</sup>
- Yasama organının dokunulmazlığı kaldırmış olması, yüklenen suçun milletvekili tarafından işlenip işlenmediği, suçlu olup olmadığı yönünden bir sonuç doğurmaz, yargılamayı yapacak olan mahkeme Meclis kararıyla bağlı değildir.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> GÖREN, 2006, s. 210; ÖZCAN, 2006, s. 149. 1984 tarihinde Almanya Yüksek İdare Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, disiplin cezalarının suçlara göre farklılık gösterdiği gerekçesiyle, idari tedbirlerin yasama dokunulmazlığı kapsamında kalmadığını belirtmiştir. ÖZCAN, 2006, s. 148.

<sup>134</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 204.

<sup>135</sup> GÖZÜBÜYÜK, 1999, s. 191.

<sup>136</sup> TEZİÇ, 1991, s. 390.

<sup>137</sup> GÜRBÜZ, Reşit, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 124; ÖZER, 2008, s. 52; TEZİÇ, 1991, s. 389.

<sup>138</sup> GÜRBÜZ, 2008, s. 124; GÖZÜBÜYÜK, 1999, s. 194.

<sup>139</sup> YALOVA, Yüksel, **Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, İstanbul, 1995, s. 65.

- Dokunulmazlığın kaldırılması üyelik sıfatını sona erdirmeye için milletvekili yasama çalışmalarına devam edebilir.<sup>140</sup> Eğer yargılama sonucunda seçilmeye engel bir suçtan (Any. m.76) kesinleşmiş bir hüküm ile mahkûm olursa, 84. maddenin 2. fıkrası uyarınca üyeliğin düşmesi sonucu ortaya çıkabilir.<sup>141</sup> Bu konudaki mahkeme kararı TBMM Genel Kuruluna bildirildiği anda Meclis üyeliği de düşecek ve cezanın infazı ancak bu şekilde yerine getirilebilecektir.<sup>142</sup>

- Dokunulmazlığı kaldırılmış olan milletvekili hakkında hükmolunun ceza, Anayasanın 76/2. maddesi kapsamında yer almadığı takdirde, üyenin milletvekilliği sıfatı sona ermeyeceği için 83. maddenin 4. fıkrası uyarınca infaz üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacaktır, zamanaşımı işlemeyecektir.<sup>143</sup>

- Dokunulmazlığın kaldırılması ile sadece muhakeme engeli olan dokunulmazlık kaldırılmakta, infaz engeli olarak dokunulmazlık hukuki sonuçlarını devam ettirmektedir. Seçimlerden önce ya da dokunulmazlığın yasama organı tarafından kaldırılmasından sonra yapılan kovuşturma sonucundan kesinleşen mahkûmiyetin infazı, ancak milletvekili sıfatı sona erdikten sonra yerine getirilebilecektir.<sup>144</sup>

- Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili yargılama sonucunda beraat ettiği takdirde, hiçbir işleme gerek kalmadan tekrar dokunulmazlığa sahip olur,<sup>145</sup> milletvekili seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olmadığı takdirde yeni seçimlere de katılabilir.<sup>146</sup> Dokunulmazlığı kaldırılan ve mahkûm olan üye eğer yeni seçimlerde tekrar milletvekili seçilirse, yasama dokunulmazlığı geri gelir ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın infaz ertelenir.<sup>147</sup>

- Meclis tarafından alınan, üyenin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararın sonradan geri alınması veya düzeltilmesi mümkün değildir.<sup>148</sup>

## SONUÇ

Yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerini keyfi ve asılsız ceza kovuşturmalarına ve özgürlüğü kısıtlayıcı işlemlere karşı korumaktır. Dokunulmazlık parlamento üyelerine tanınmış sübjektif bir ayrıcalık olmayıp, yasama görevinin bağımsızca yerine getirilmesi için düzenlenmiş, objektif

---

<sup>140</sup> TEZİÇ, 1991, s. 389; ÖZER, 2008, s. 52; GÜRBÜZ, 2008, s. 124.

<sup>141</sup> GÜRBÜZ, 2008, s. 124.

<sup>142</sup> NEZİROĞLU, 2008, s. 442.

<sup>143</sup> GÖZLER, 2000, s. 285.

<sup>144</sup> AKTAŞ, 2009, s. 144.

<sup>145</sup> TEZİÇ, 1991, s. 389; ÖZER, 2008, s. 52; GÜRBÜZ, 2008, s. 124.

<sup>146</sup> GÖZLER, 2000, s. 284.

<sup>147</sup> GÜRBÜZ, 2008, s. 124

<sup>148</sup> ABDÜLHAKİMOĞLU, 2008, s. 168.



anayasal bir statüdür; milletvekillerinin yasama göreviyle ilgili olmayan fiilleri, dokunulmazlığın mevcut olduğu süre içerisinde himaye edilir. Gerçekte dokunulmazlık Mecliste azınlıkta olan, muhalif görüşler ortaya koyan ve iktidara direnen milletvekillerini korur. Ceza hukuku yönünden dokunulmazlık suçu veya suçun unsurunu ortadan kaldırmaz, geçici bir koruma sağlar; bu sebeple de bir ceza muhakemesi ve ceza infaz hukuku kurumudur. Bu sayede seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, yasama organının kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.

Dünya üzerindeki örneklerine baktığımızda yasama dokunulmazlığı konusunda iki temel sistemle karşılaşmaktayız. Bunlardan ilki ABD, Avustralya, İngiltere, İrlanda ve Kanada'nın içinde yer aldığı Anglo - Sakson sistemidir. Bu sistemde yasama dokunulmazlığı cezai alanda değil, sadece hukuki alanda geçerlidir; yani parlamento üyelerine sadece borçlarından dolayı tutuklanmama güvencesi sağlar, istisnaları yoktur, mutlak ve parlamento tarafından kaldırılmaz. İkinci sistem ise Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, İsrail gibi ülkelerin içinde yer aldığı Kıta Avrupa'sı sistemidir. Söz konusu sistemde yasama dokunulmazlığı esas itibariyle hukuki alanda değil, cezai alanda geçerlidir; dokunulmazlığın istisnaları vardır, kaldırılabilir.

Yasama dokunulmazlığı Ülkemizde ilk defa 1876 Anayasası ile kabul edilmiş, 1924 ve 1961 Anayasalarında da yer almıştır. 1982 Anayasası'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yasama dokunulmazlığı bir muhakeme engeli, 3. fıkrada yer alan ise bir infaz engelidir. Bu sebeple, muhakeme ve infaz şartı yerine gelmediği, yani milletvekilliği sona ermediği veya dokunulmazlık kaldırılmadığı sürece, yasama organı üyesi açısından muhakeme ve infaz engeli birlikte söz konusu olmaktadır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve Anayasanın 14. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek için işlenen suçlar dokunulmazlığın istisnasını oluştururlar. Anayasanın 14. maddesi muğlâk bir düzenleme olup, dokunulmazlık kurumunun amacıyla, ceza hukukundaki kanunilik ve kıyas yasağı ile bağdaşmamaktadır.

Ülkemizde belli dönemlerde yaşanan yolsuzluklar, kimi milletvekillerinin dokunulmazlık koruması altında, özellikle Anayasanın ilk üç maddesinde düzenlenen ilkelere aykırı tutum ve davranışlar içerisinde girmeleri, yasama dokunulmazlığı kurumunun gerekliliği ve kapsamı konusunda tartışmalara yol açmaktadır. Konuyu bir siyasi kurum olarak kabul ettiğimiz takdirde, toplum ve ülke şartlarına göre değerlendirdiğimizde, milletvekili dokunulmazlığının dar ya da geniş tutulmasının, tamamen kaldırılmasının, yasama organının yürütme ve baskı odakları karşısında bağımsız kalabilme derecesiyle, hukuk devleti ilkesiyle paralellik arz ettiğini görmekteyiz. Kanaatimizce yasama dokunulmazlığının gündemimizde yer almasının asıl nedeni hukuki

düzenlemeler değil, yasama organının uygulamaları ile siyasi aktörlerin tutum ve faaliyetleridir. Ayrıca meseleye de hep siyasi gözle bakılmakta, konu hukuk mecrasında tartışılmamakta, kurumun varlık sebebi ve fonksiyonu siyasi tercih ve beklentilere göre değerlendirilmektedir. Doğru olan ise Anayasanın ve kanunların her hükmünün, her müessesenin, varlık sebebine, fonksiyonuna uygun olarak dürüst ve eşit bir şekilde kullanılmasıdır. Eğer yasama dokunulmazlığı konusunda bir daraltmaya gidilmek isteniyorsa şu şekilde bir düzenleme kabul edilebilir:

*“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddia olunan milletvekili, iddiaya konu suçun işlendiği tarihteki kanuna göre ağır ceza mahkemesinde yargılanmayı gerektiren suçüstü hali ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar başlıklı 302 ila 308. maddeleri ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı 309 ila 316. maddelerinde yer alan suçlar ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan suçlar hariç olmak üzere; Meclis kararı olmadıkça milletvekilliği süresince tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Milletvekili hakkında, bu istisnalar dışında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün infaz edilmesi, üyelik sıfatının sona ermesi veya Meclis tarafından dokunulmazlığının kaldırılması ile mümkün olur. Dokunulmazlık devam ettiği sürede dava ve ceza zamaşımı işlemez.”*

Siyasal tarihimizde demokrasinin çeşitli dönemlerde askıya alındığını veya askıya alınmaya çalışıldığını düşündüğümüzde, dokunulmazlık kurumunun varlığının bir ihtiyaç olarak devam ettirilmesinin lüzumlu olduğunu, ancak ifade özgürlüğünün de hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Zaman içerisinde hukuk devleti ilkesi yerleşip, demokratik sistemimiz istikrara kavuştuğu takdirde, eşitlik ve sorumluluk değerleri çerçevesinde, toplumdaki bu yöndeki eğilim de dikkate alınarak daha dar kapsamdaki düzenlemelere gidilmesi gerektiği de muhakkaktır. Esasen yargının bağımsızlığı ile tarafsızlığı sağlanabildiği takdirde, dokunulmazlık kurumuna da bu kapsamda ihtiyaç kalmayabilecek ve daha cesaretli adımlar atılabilecektir. Günümüzde, TBMM’nin özellikle yolsuzluk dosyalarını geciktirmeksizin, bekletmeksizin objektif bir şekilde sonuçlandırması halinde, yasama dokunulmazlığı kamuoyunda bu derece rahatsızlığa yol açmayabilir.

### KAYNAKÇA

- ABDÜLHAKİMOĞLU, Erdal, **Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye’de Yasama Dokunulmazlığı**, Gazi Kitabevi, 2008.
- ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Erdal, “Anayasa’nın 14. Maddesi Bağlamında Parlamenter Muafiyetler”, **Uluslararası Anayasa Kongresi (Metinler Kitabı 3)**, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 179-191).
- ARMAĞAN, Servet, **Memleketimizde İçtüzükler**, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1972.
- ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları**, Ankara, 1964.
- ARSLAN, Kahan Onur, **Türk Parlamento Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Dr Yayınları, İstanbul, 2007.
- AKTAŞ, Kadir, **TBMM Uygulaması Anlamıyla Yasama Dokunulmazlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- AKTAŞ, Kadir, “Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye’deki Gelişimi”, **Yasama**, S.3, Ekim-Kasım-Aralık 2006, (s. 85-114).
- ARSLAN, Çetin / ÖZKUL, Fatih, “Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 15, 2013, (ss. 39-67).
- ATALAY, Nurhan, **Türkiye’de Yasama Dokunulmazlığı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008.
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- AYBAR, Mehmet Ali, **Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri**, İstanbul, 1937.
- BALO, Yusuf Solmaz, “Yasama Dokunulmazlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/100, (s.13-42).
- BAHÇECİ, Barış, **Devlet Başkanlarının Veto Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- BAŞGİL, Ali Fuat, “Teşrii Masuniyet Meselesi Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 17. Maddesi Üzerine Bir Etüd”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.VII, S. 1, İstanbul, 1941, (ss. 47-66).

- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- DE SMITH, S.A. / BRAZIER, Rodney, **Constitutional and Administrative Law**, Penguin Books, London, 1989.
- DOMANIÇ, Hayri, “Yasama Dokunulmazlığının Tarifi, Tarihçesi, Kapsamı ve İstisnalar”, **Yeni Türkiye**, S. 23-24, 1998, (s. 933-947).
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, C.1, İstanbul, 1997.
- ERDEM, Fazıl, Hüsnü / Yunus, HEPER, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)**, Seta Yayınları, Ankara, 2011.
- ERDENER, Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- ERDENER, Yurtcan, **CMK Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- ERGÜNEŞ, İsmail, **Yasama Sorumsuzluğu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.1
- FEYZİOĞLU, Metin, “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul 2004, (s. 397-425).
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Ceza Hukuku Açısından 1961 Anayasası”, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1962, C. XVIII, (s. 251-298), ss. 289.
- GÖNENÇ, Levent / ERGÜL, **Ozan, 1982 Anayasası'na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı**, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr>, (erişim tarihi 03.06.2016).
- GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- GÖZLER, Kemal, “Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.56, S.3, Temmuz-Eylül 2001, (s. 71-101).
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜLFİDAN, O. Serkan, **Yasama Dokunulmazlığı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

HOOD, Philips, O. JACKSON, Paul, **Constitutional and Administrative Law** (London: Sweet & Maxwell).

İBA, Şeref, **Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

KARATEPE, Şükrü, **Türk Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

KESKİNSOY, Ömer, **Yasama Sorumsuzluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KIRATLI, Metin, **Parlamentar Muafiyetler – Bizde ve Yabancı Memleketlerde**, Sevinç Matbaası, 1961.

KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 1985.

KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

KÜÇÜKA, Ali Necip, “Mebusların Teşrii Masuniyeti Esası ve Tatbik Şekilleri”, *Adliye Dergisi*, 1941, No. 8.

MAY, Thomas Erksine, **Parliamentar Practice, A Treatise of the law, Privileges, Proceedings And Usage of Parliament**, Twentythird Edition, London, 2014.

MCGEE, Simon, **Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament, and the Member States of the European Union, Final Draft**, ECPRD, 2001, <http://www.ecprd.org./doc./publicia/OTH/Rulesparllööv.pdf>, erişim tarihi (14.05.2016).

MYTENAERE, Robert, **The Immunities of Members of Parliament**, (Geneva: Inter Parliamentary Union, Report 1998), [www.asgp.info/publications/cplnEnglish/1998-175-05-e.pdf.102.](http://www.asgp.info/publications/cplnEnglish/1998-175-05-e.pdf.102.), (erişim tarihi 15.05.2016).

NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

NOWAK, John E., / ROTUNDA, Ronald D. / YOUNG J. Nelson, **Handbook on Constitutional Law** (St. Paul, Minn.:West Publishing Co.), 1978

SEVİNÇ, Murat, **Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları**, Kırangıç Yayınevi, Ankara, 2004.

ŞİMŞEK, Ali, **Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

- SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, İmge yayınevi, İstanbul, 2011.
- ÖLÇEN, Ali Nejat, **Osmanlı Mebusan Meclisinde İttihat ve Terakki Zorbalığı ve Siyasal İşkenceler**, Güldikani Yayınları, Ankara, 1982.
- ONAR, Erdal, “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, **Anayasa Yargısı**, C.14, 1997, Ankara.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZCAN, Hüseyin, **Yasama Bağışıklıkları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZER, Atilla, **Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ÖZER, Atilla, **Anayasa Hukuku**, Ankara, 2016.
- ÖZGEN, Eralp, “Yeni Anayasamız ve Milletvekili Dokunulmazlığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, C.18.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 2015, Ankara.
- ÖZKUL, Fatih, **1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2011.
- ÖZSOY, Şule, **1982 Anayasası'nın Yapım Süreci**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- ÖZTÜRK, Kazım, İzahlı, Gerekçeli, **Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ajans Türk Matbaası, C.III, Ankara, 1996.
- TANER, Tahir, **Ceza Hukuku**, İstanbul, 1953.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, İstanbul, 1991.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- TRIBE Laurence H. **American Constitutional Law**, New York Foundation Press, I, s. 1012.
- TUNÇ, Mehmet, **Yasama Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2011.
- TÜLEN, Hikmet, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, Mimoza Yayınları, Ankara, 1986.

YALOVA, Yüksel, **Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, İstanbul, 1995.

YAYLA, Yıldızhan / ALACAKAPTAN, Uğur, “Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ocak 2001, (s. 478-500).

YAYLA, Yıldızhan, “Milletvekili Dokunulmazlığı Bakanların Sorumluluğu Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, TBB Yayınları No:12, 9-13 Ocak, (2001).

YILMAZ, Zekeriya, **Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.





# SİVİL HAVACILIĞA YÖNELİK GERÇEKLEŞTİRİLEN SİBER SALDIRILAR: UYGULANACAK ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI, YETKİ VE SORUMLULUK

*The Context of the Cyber Attacks Against Civil Aviation: Applicable Rules of  
International Law, Jurisdiction and Responsibility*

**Dr. Ali İbrahim AKKUTAY<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 25.01.2017 Kabul Tarihi: 10.03.2017

## ÖZET

Hava araçlarına ve hava alanlarına yönelik gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylemler uluslararası sivil havacılığın konusunu oluşturmaktadır. Bu tarz eylemler uçuşu ve hava alanını tehdit etmenin yanı sıra kişilerin canlarını ve malvarlıklarını tehlikeye düşürmektedir. Özellikle 1960'lı yılların başından itibaren bu tarz eylemlere karşı daha yoğun bir mücadele gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte konuyla ilgili hayata geçirilen çok taraflı uluslararası anlaşmalar ile devletlerin çabalarının, istenilen düzeyde bir sonuç alınmasını sağlayamadığı görülmektedir. Sivil havacılıkta söz konusu uluslararası hukuka aykırı eylemler belirli saldırı tiplerini oluşturmaktadır. Siber saldırılar ise, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kapsamının belirlenmemiş olması itibarıyla sivil havacılığa yönelik büyük bir sorunu meydana getirmektedir. Siber saldırılar hem konuya ilişkin çok taraflı uluslararası anlaşmalarla düzenlenen saldırılarla örtüşen yönleri bulunan hem de bağımsız özellikler taşıyan yeni bir saldırı tipini ifade etmektedir. Dolayısıyla sivil havacılığa yönelik gerçekleştirilen siber saldırıların kapsamının, bu saldırılara uygulanacak hukukun ve bu saldırılara karşılık yetkili ve sorumlu devlet ya da devletlerin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Güncel uluslararası hukuk kurallarının bu konuda yetersiz kalması, siber saldırıları da kapsayacak şekilde sivil havacılığa karşı gerçekleştirilen saldırılara yönelik çok taraflı yeni bir uluslararası anlaşmanın ve buna bağlı yeni bir uluslararası örgütlenmenin hayata geçirilmesini zorunlu kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hava Hukuku, Uluslararası Sivil Havacılık, Siber Saldırı, Yetki, Sorumluluk.

## ABSTRACT

Internationally wrongful acts conducted against aircrafts and airports are subject to the international civil aviation. These kinds of actions are not only threatening the flights and airports but they are also endangering the lives and properties of the individuals. From the beginning of the 1960s international society has been struggling with these wrongful acts. Nevertheless the achievements aimed in the international conventions related to the issue have not been succeeded by the state practices. The international wrongful acts against civil aviation constitutes certain types of international offences. On the other hand cyber attacks generate a huge problem as their context has not been composed by the international law. Cyber attacks including some common features with the physical offences denote a new kind of offence against civil aviation. Hence the concept of cyber attacks against civil aviation, the state which has the jurisdiction and the responsibility because of these offences require to be determined. It is a necessity to conclude a new convention on the offences against civil aviation including the cyber attacks and to constitute a new international organization related to that convention.

**Keywords:** International Air Law, International Civil Aviation, Cyber Attack, Jurisdiction, Responsibility.

<sup>1</sup> Araş. Gör. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD., aakkutay@gazi.edu.tr

## GİRİŞ

Uluslararası hava hukuku kendi içinde pek çok hususu düzenlemektedir. Sivil havacılıktan, uluslararası ticarete kadar pek çok alan hava hukukuna ilişkin oluşturulan hukuki rejime uygun bir şekilde gerçekleştirilmek zorundadır. Hava hukuku, iç hukuk ile uluslararası hukuk kurallarının uygulanması bakımından bir çatışmayı düzenlemesinin yanı sıra, özel hukuk ile kamu hukukunu aynı paydada buluşturan bir disiplindir. Uluslararası hukukta siber saldırı konusu da bu ayrımların her birisi için ayrı ayrı ele alınabilecek bir sorunsal ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışma, konuya uluslararası hukuk çerçevesinde kamusal bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Siber saldırıların uluslararası uçuşlar ve havaalanı bakımından oluşturduğu tehditlere dikkat çekilmesinin yanı sıra, mevcut uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde devletlerin uyması gereken uluslararası hukuk kuralları üzerinde durulmaktadır.

Siber saldırıların engellenmesi yalnızca uluslararası hava hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Uluslararası hukukun diğer alanlarında da etkisi görülmeye başlamıştır. Yalnız bir sorun bulunmaktadır. O da hukuk dünyasının “siber” kavramına olan yabancılığıdır. Zira “siber” kavramı yalnızca uluslararası hukukta değil, iç hukuk düzenlerinde de içeriği tam olarak oluşturulamamış, ya da daha doğru bir ifadeyle içeriği doldurulamamış bir kavramdır. Genellikle bir bilgisayar, internet ya da herhangi bir uzaktan erişim aracı vasıtasıyla gerçekleştirilen eylemler üzerinden hareket edilmeye çalışılmaktadır.

Bu yaklaşım, belirli ölçüde fikir oluştursa da “siber” ifadesine bağlı diğer bazı kavramlar söz konusu olduğunda sıkıntı yaratmaktadır. Siber saldırı, siber terörizm vb. kavramlar yoruma açık durumdadır. İçerik oluşturulduğu kanaatine varıldığında dahi eksik bir yanı olduğu savunulabilecek kavramlar ortaya çıkmaktadır. “Siber”, teknolojiyle iç içe geçmiş bir süreci ifade etmektedir. Teknoloji de inanılmaz bir hızla gelişmektedir. Dolayısıyla teknolojiye bağlı olarak da aynı hızla hukuk kurallarının oluşturulması gerekmektedir. Bu durumun iç hukuk bakımından bir nebze daha gerçekleştirilebilmesi imkanı bulursa bile uluslararası hukukun teknolojideki gelişme hızıyla paralel yeni kurallar oluşturabilmesi mümkün değildir.

Hava hukuku da bu açıdan yetersiz kalmaktadır. Hava hukuku “siber saldırı” konusunda ihtiyaç duyduğu sayıda uluslararası hukuk kuralını oluşturamamıştır. Ayrıca uluslararası uçuşlar, havaalanlarının hukuki özellikleri ve devlet hava araçlarının konumu düşünüldüğünde devletler arasında hukuki ve cezai yetki tartışmalarının çok ciddi sorun ve sonuçlar doğurması muhtemeldir. Ayrıca hava araçlarına yönelik siber müdahalelerin uluslararası terörizmin ve uluslararası nitelikteki saldırıların özellikleri bakımından ele alınması gereken yönleri bulunmaktadır. Tanımı ve kapsamı tam olarak kesinleştirilememiş “terörizm” ile “siber” kavramlarını yan yana getirerek “siber terörizm” adını vermek tek başına bu konuda uygulanacak uluslararası hukuk rejiminin belirlenmesi bakımından yeterli değildir.

Böylesi tartışmalı bir konunun hava hukuku kuralları çerçevesinde de uygulanması gerekmektedir. Somut olarak bu konuda çok fazla örnek bulunmamakla birlikte her an yeni gelişmeler yaşanmasının önünde de engel bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk çerçevesinde, hava hukuku ile siber saldırılara karşı alınacak önlemlerin bir arada ele alınması önem taşımaktadır. Hava araçlarının ve uluslararası uçuşların özellikleri dikkate alındığında siber saldırı konusuna gereken önem verilmeden yaklaşılmasının devletlerin uluslararası sorumlulukları bakımından olumsuz anlamda önemli sonuçlar doğuracağı aşikardır.

## I. ULUSLARARASI HAVA HUKUKUNDA GERÇEKLEŞTİRİLEN SALDIRILARA ULUSLARARASI HUKUKUN GENEL YAKLAŞIMI

Sivil havacılığın ortaya çıktığı ilk zamanlardan günümüze, seyahat edecek kişinin öncelikli ve temel endişesi, hava aracının niteliği ve onu kullanacak olan pilotun mesleki becerisi olmuştur. Yakın geçmiş bu endişelerin yanına bir üçüncüsünü eklemiştir. O da hava aracında yer alan bir diğer yolcunun medyanın ilgisini çekmek için eylemde bulunup bulunmayacağı olmuştur. Zira hava aracı kaçırma ya da hava aracının tahrip edilmesi, dünya çapında çok yüksek sayıda izleyiciye ulaşılabilmesinin yollarından birisidir.<sup>2</sup> Bu açıdan bakıldığında yolcu bakımından uçuş esnasında gerçekleştirilebilecek eylemlerin önlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Uçuşa yönelik tehditlerin engellenmesinin sağlanmasında hava aracına yönelik eylemler bakımından taşınan kaygının yanına, bu eylemlerin siber saldırı şeklinde gerçekleştirilebilmesi ihtimali de ayrıca eklenmiştir. Dolayısıyla hava aracında bulunmayan bir kişinin o hava aracına, hava aracında bulunan bir kişiyle aynı şekilde müdahalede bulunabilmesi ihtimali bir başka tehdidi oluşturmuştur.

Siber saldırı hava araçları ile havaalanlarını tehdit etmektedir. Bu tehdit aynı zamanda hava aracında ve havaalanında bulunan kişilerin canlarını ve malvarlıklarını da tehlikeye düşürmektedir. Siber saldırılara karşı alınan önlemler diğer saldırılara karşı olduğu gibi doğrudan belirli bir kasıtlı gerçekleştirilen eylemleri engellemeye çalışmaktadır.<sup>3</sup> Kişi veya eşyanın güven içerisinde seyahati için gerekli hukuk kurallarına vücut verilirken; havaalanı ve uçuşun tehditlere karşı korunmasına yönelik uluslararası hukuk kuralları ve

---

<sup>2</sup> Paul Stephen DEMPSEY, **Public International Air Law**, Montreal: McGill University Publish, 2008, s. 227.

<sup>3</sup> DEMPSEY, s. 66. Hava hukukunda emniyet kavramı, alınabilecek riskler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada hangi risklerin kabul edilebilir hangilerinin kabul edilemez olduğu tartışmasıyla karşılaşılmaktadır. Bu sebeple emniyetin sağlanması bakımından devletlerin egemenlik alanlarında kullandıkları yetkiler bakımından işbirliği içerisinde olmaları ve ICAO düzenlemelerine riayet etmelerinin önemine vurgu yapılmaktadır. (Bkz. Reşat Volkan GÜNEL, **Uluslararası Havacılık Hukuku (International Aviation Law)**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 118.)

uygulamaları da ayrıca oluşturulmaya çalışılmaktadır. Havaalanı, hava aracı ve uçuşa dair her türlü tesis ve altyapının tehdit ve tehlikeden uzak tutulması için çaba gösterilmektedir. Böylece yolcu ve eşyanın yanı sıra, uluslararası toplumun terörist eylemlere karşı korunması ve uluslararası barış ve güvenlik ortamının bozulmaması hava hukukunun amaçlarından bir kısmı olarak ortaya çıkmaktadır. Siber saldırılar söz konusu olduğunda daha ziyade hava aracı ve hava alanına yönelik saldırılar üzerinde durulmaktadır. Bunun nedeni de, siber saldırının kişi veya eşyaya zarar vermesinin hava aracı ve havaalanlarına yönelik saldırıların başarıya ulaşması durumunda mümkün olmasıdır.

Hava hukukunda siber saldırı kavramı, genellikle terörizmle bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Hava aracı kaçırma olayları, havaalanı bombalamaları vb. pek çok olay terörist faaliyet niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte bir eylemin terörist bir eylem olarak kabul edilmesi için aranacak şartları içerisinde barındıran bir tanım henüz uluslararası hukukta oluşturulamamıştır. Tanım eksikliğinin nedeninin siyasi faktörlerde aranması gerekmektedir. Bir tanımın olmayışı terörizm ve ona bağlı olarak meydana gelen sonuçların hukuki rejimine ilişkin çalışmaların sonlandırılmasının nedeni olamaz.<sup>4</sup> Pek çok objektif veri ve kriter üzerinden terörizmle ilgili hukuki görüşler ortaya konmaktadır. Bu sebeple uluslararası hukukta terörizmin ve diğer pek çok kavramın bir tanım olmaksızın belirli bir içerik çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Terörizme ilişkin hava hukuku bakımından belirli bir uygulama alanı oluşturulabilmesi mümkün olmakla birlikte siber terörizm kavramının ortaya çıkışı konunun farklı yönlerden ele alınması ihtiyacını da doğurmaktadır.

Bir eylem terörist bir eylem olsa bile, bunun ulusal ya da uluslararası terörizmin konusunu oluşturup oluşturmayacağı da belirsizdir. Ayrıca suç niteliği taşıyan tek eylem de terörist eylemler değildir. Suçla mücadele genel olarak ele alınmakla birlikte, siber suç kavramının aynı zamanda hava hukukunun özellikleri çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle terörist eylem niteliğindeki söz konusu eylemler çalışma boyunca uluslararası nitelikte ve hukuka aykırı saldırılar olarak ifade edilmektedir.

Bunun yanı sıra hava aracına ve havaalanına yönelik müdahalenin meydana getireceği ihlalinin sonuçlarının ne olacağı da önemlidir. Söz konusu ihlal "saldırı" eylemine bağlıdır. Saldırının ne tür özellikler taşıdığına da irdelenmesi gerekmektedir.<sup>5</sup> Siber saldırı neticesinde hangi devletlerin cezai ve hukuki yargı

---

<sup>4</sup> A. Emre ÖKTEM, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İkinci basım, İstanbul: Derin Yayınları, 2011, s. 29.

<sup>5</sup> Hava aracı kaçırma eylemleri hava hukukunda bahsi geçen saldırıların en yaygın örneğini oluşturmaktadır. Hava aracı kaçırma dışında en yaygın görülen saldırılar ise havalanlarına gerçekleştirilen saldırılar, hava araçlarının bombalanması, hava araçlarına yönelik bombalama teşebbüsü, hava araçlarının vurulması, havaalanı içerisinde yer alan ancak

yetkilerini kullanabileceğinin de ayrıca tartışılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu tartışma saldırının bir uçuş esnasında uçuşa yönelik olmasına, havaalanında belirli bir hava aracına ya da o hava aracının içindeki kişi ya da gruplara yönelik olmasına ve doğrudan havaalanına yönelik olmasına göre farklılık gösterebilmektedir. Aynı şekilde saldırının bir devletin ulusal hava sahasında gerçekleştirilmesi ile uluslararası hava sahasında gerçekleştirilmesi arasında meydana gelecek hukuki sonuçlar bakımından farklılık bulunmaktadır. Özellikle konuya ilişkin çok taraflı uluslararası Sözleşmeler yetki konusunda eleştiriye açık hukuki sistemler kurmaktadır.

Bir devletin hava hukukunda siber saldırıların engellenmesine yönelik ulusal yetkileri ile diğer devletlerin de kullanabileceği uluslararası yetkilerin ayrıldığı ve çatıştığı noktaların tespiti de dikkate alınması gereken hususlardandır.<sup>6</sup> Zira söz konusu saldırılar bakımından devletlerin ihmallerinin ya da kusurlarının da uluslararası sorumluluğun doğması açısından etkileri olacağı açıktır.<sup>7</sup> Ayrıca suç tanımlarının belirlenmesi bakımından sıkıntılar ortaya çıkabilecektir. Yalnızca birden fazla devletin kendisini yetkili görüp, saldırıyı araştırması, kovuşturması ya da yargılaması bakımından değil; kendisini konuya ilişkin yetkili gören birden fazla devletin bir kısmının soruna uluslararası terörizm bir kısmının da bir iç hukuk sorunu olarak bakması bakımından da sorunlar ortaya çıkabilecektir.

---

kişilerin bulunmadığı tesislere yönelik saldırılar ve uçuş esnasında hava aracının içerisinde gerçekleştirilen hava saldırılarıdır. (Paul Stephen DEMPSEY, **“Aviation Security: The Role of Law in the War Against Terrorism”**, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 41, 2003, s. 652.)

<sup>6</sup> Devletlerin egemen yetkilerini kullandığı ulusal hava sahalarının varlığı, devletlerin kendilerini tehditlere karşı korumaları bakımından vazgeçilemezdir. Bununla birlikte uçuşa yönelik tehditlerin önlenmesi bakımından egemen yetkilerden verilecek tavizler önem taşımaktadır. Hava hukukunda bu durum tamamen uluslararası antlaşmaların imzalanmasına bağlı değildir. Devletlerin de bu yükümlülüklerine uygun devlet uygulamaları oluşturması gerekmektedir. (Bkz. Manley O. HUDSON, **“Aviation and International Law”**, American Journal of International Law, Vol. 24, 1930, s. 239.)Ulusal hava sahalarında tamamen egemen olmalarına dayanarak işbirliğine yanaşmamaları, hem sivil uçuşları saldırıların hedefi haline getirebilecek, hem de kendi ulusal yetki alanlarında da terörist saldırıların hedefi olabilecektir. Aynı şekilde uluslararası hukuk bakımından cezai sonuçlar yansıtılması istenilen bir eyleme yönelik devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri hayata geçirmemeleri kendi yetki alanlarında uluslararası hukukun önlemeye çalıştığı sorunların doğmasına neden olmaktadır.

<sup>7</sup> Zira devletler, hava hukukuna ilişkin uluslararası yükümlülüklerinin muhatapları olarak gerçekleştirdikleri ya da gerçekleştirmekten imtina ettikleri eylemlerle kendilerine uluslararası sorumluluğun atfedilebilmesine neden olurlar. (Pablo Mendes DE LEON, **“The Role of International Law in Safeguarding Aviation Security”**, World Bulletin: Bulletin of the International Studies of Philippines, Vol. 14 (1-2), 1998, s. 83.)

Hava hukukunda uluslararası nitelikte saldırılara yönelik hükümler içeren temel uluslararası antlaşmalar “Hava Araçlarında İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Sözleşme (Tokyo Sözleşmesi)”<sup>8</sup>, “1970 Tarihli Hava Araçlarına Hukuka Aykırı El Koyulmasının Önlenmesine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi)”<sup>9</sup> ve “Sivil Havacılığın Emniyetine Karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Bastırılmasına İlişkin Sözleşme (Montreal Sözleşmesi)”<sup>10</sup>dir. Bu üç sözleşmeye uluslararası toplumun büyük çoğunluğunun katılımı olmasına rağmen, doktrin ve uygulamadaki genel kabul sivil havacılığın savunmasız olduğu yönündedir. Söz konusu durumun nedeni olarak bazı devletlerin bu üç sözleşmeden ve Chicago Sözleşmesi’nin 17 No.’lu Ekinden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmamaları ve uluslararası hukukun devletleri bu konuda yükümlülüklerine uygun hareket etmeyi sağlayacak etkin uluslararası zorlama yollarından yoksun olması gösterilmektedir.<sup>11</sup> Uluslararası hava hukukunda, gerçekleştirilen saldırılara yönelik yapılan değerlendirmeler genellikle bahsi geçen uluslararası antlaşmalar çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. İlgili olduğu ölçüde uluslararası hukukun diğer alanlarına ilişkin örf ve adet hukuku kurallarına da başvurulmaktadır.

Hava hukukunda gerçekleştirilen saldırılara ilişkin hukuk kurallarının uygulanacağı yer, hava sahası ve havaalanları olmaktadır. Yukarıda adı geçen uluslararası antlaşmalarda da görüldüğü üzere hava sahasına ilişkin hukuk kurallarının uygulanacağı alan, bir devlet ülkesinin üzerinde egemen bir alan yani ulusal hava sahası olmasına ya da açık deniz alanlarında egemenliğin ötesinde bir alan yani uluslararası hava sahası olmasına göre değişmektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu uluslararası antlaşmalar ile düzenlenen uluslararası hukuka aykırı eylemlere yönelik kullanılacak olan yetki, hava sahasının niteliğine göre farklılık göstermektedir.<sup>12</sup> Bununla birlikte ulusal hava sahasının üzerinde

---

<sup>8</sup> Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft, 14/09/1963, 704 UNTS 219, No. 10106.

<sup>9</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16/12/1970, 860 UNTS 105, No. 12325.

<sup>10</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, 23/09/1971, 974 UNTS 177, No. 14118.

<sup>11</sup> Dionigi M. FIORITA, “Aviation Security: International Response”, Albany Law Journal of Science and Technology, Vol. 3, 1993, s. 270.

<sup>12</sup> H. Priyatna ABDURRASYID, “Growth and Development of Air and Space Law”, Indonesian Journal of International Law, Vol. 8 (1), 2010, s. 62. Yetki alanlarının belirlenmesinin yanı sıra, devletlerin kendi ulusal yetki alanların uluslararası siyasi gelişmelere paralel olarak mevcut uluslararası hukuk kurallarını uygulamalarıyla ilgili sorunlarla karşılaşabilecektir. Uçuş ve iniş serbestisi hususunda olduğu gibi Sovyet Rusya ve Demir Perde bakımından daha farklı bir uygulama oluşturulması da söz konusu olabilmektedir. (Bkz. Mazhar Nedim GÖKNİL, **Hava Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951, s. 122.) Dolayısıyla devletlerin hava hukukundan kaynaklanan uluslararası sorumluluklarını ve egemen yetkilerini kullandıkları ulusal hava sahalarını net bir şekilde belirlemek, olağanüstü durumlar bir

uluslararası hukuk kurallarının uygulanması durumu da ayrıca yer almaktadır. Ancak yetki konusu bakımından ulusal ve uluslararası hava sahalarının sınırlarının net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Böylece devletlerin ulusal mevzuatlarının ve uluslararası hukuk kurallarının uygulanacağı sınırlar konusundaki tartışma asgari düzeye indirilmiş olacaktır. Yalnız konuya ilişkin uluslararası hukuk kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi devletlerin iç hukuklarında gerçekleştirecekleri düzenlemelere bağlıdır. Dolayısıyla yetki kullanılacak yerin ve yetkili devletin tespiti kadar, bu devletlerin iç mevzuatlarının kapsamı da önem taşımaktadır.

### 1. Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Katkıları

ICAO, Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (Chicago Sözleşmesi)<sup>13</sup> ile kurulmuş ve dünya genelinde sivil havacılığa ilişkin düzenlemeler getiren bir uluslararası örgüttür. Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmelerinin tamamı ICAO tarafından gerçekleştirilen çalışmalar neticesinde oluşturulmuştur. Konuyla ilgili 17 No.lu ekte olduğu gibi ICAO'nun Chicago Sözleşmesi'nin 37. maddesi uyarınca standartlar ve uygulama önerileri (SARPs) getirme yetkisine sahip olması, bahsi geçen örgütün yasama benzeri faaliyetler gerçekleştirdiği görüşlerinin ortaya atılması sonucunu doğurmaktadır. Aynı şekilde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yetkilerinin yargı benzeri yetkiler olarak değerlendirildiğine de rastlanmaktadır.<sup>14</sup> ICAO, sahip olduğu yetkiler çerçevesinde sivil havacılıkta meydana gelmesi muhtemel saldırılara ilişkin devletler arası işbirliğini geliştirmeye yönelik düzenlemeler getirmekte ve olası uyuşmazlıkları engellemeyi ve çözmeyi hedeflemektedir. Söz konusu düzenlemeler devletlerin kendi iç hukuklarında hayata geçirdikleri yasama işlemleriyle ya da düzenleyici işlemlerle daha etkin bir şekilde uygulanmaktadır.<sup>15</sup> Chicago Sözleşmesi doğrudan hava aracına ve havaalanına yönelik saldırıların önlenmesinin sağlanmasına ilişkin hükümler içermemektedir.<sup>16</sup> Ancak Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri ile 17 No.'lu ekin uygulanması ve Pekin Sözleşmesi'ne yönelik çalışmaları bakımından uluslararası toplumda alternatifi olmayan bir yetkiye sahiptir. ICAO, bu Sözleşmelerin yetersiz kaldığı her aşamada sorunu gidermek adına hareket

---

kenara bırakıldığında, devletlerin keyfi uygulamalarıyla mevcut uluslararası hava hukuku rejiminin etkinliğini ortadan kaldırmalarını da engeller.

<sup>13</sup> Convention on International Civil Aviation, 7/12/1944, 15 UNTS 295, No. 102.

<sup>14</sup> Michael MILDE, "The Chicago Convention – After Forty Years", Annals of Air and Space Law, Vol. 9, 1984, s. 122, 123.

<sup>15</sup> I. H. Ph. DIEDERIKS-VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, Revised by Pablo Mendes DE LEON, Ninth Revised Edition, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, s. 255.

<sup>16</sup> Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgement, 19 August 1972, 1972ICJ Rep., para. 30(b).

eden otorite ya da kuruluş olmakta; uluslararası hukuk kurallarının etkin şekilde uygulanması ve uluslararası toplumun ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan tepkiyi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla sivil havacılığa yönelik siber saldırılara ilişkin gereken önlemlerin alınması ve Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri çerçevesinde konuya çözüm bulunması bugün için ancak ICAO'nun çalışmalarıyla sağlanabilir.

## **2. Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri ile Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu Eki Çerçevesinde Hava Hukukunda Gerçekleştirilen Saldırıların Önlenmesi**

Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri, hava aracı kaçırma olayları ve hava hukukuyla ilişkili olabilecek suç niteliğindeki diğer eylemleri belirli bir hukuki rejime tabi tutma çabası içerisinde. Yukarıda da belirtildiği üzere Chicago Sözleşmesi'nin metin olarak hava hukukunda saldırıların önlenmesi konusunda özel bir hukuk düzeni oluşturulmaması, anılan sözleşme uyarınca hava hukukunda hukuka aykırı saldırıların ve bu saldırılara yönelik ortaya çıkan sorunların ihmal edildiği anlamına gelmez. ICAO'nun çalışmaları neticesinde meydana gelen ve gelmesi muhtemel saldırılar konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Söz konusu düzenlemeler yetersiz olmakla birlikte, çerçeve bir hukuk düzeninin oluşturulmasını sağlamıştır.

Tokyo Sözleşmesi, 1. maddesi uyarınca hava aracı kaçırma dışında gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemleri hüküm altına almaktadır. Buna göre Sözleşmeye taraf devletlerin ülkeleri dışında uçuş halindeki<sup>17</sup> bir sivil hava aracında gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlere ne şekilde müdahale edebilecekleri düzenlenmektedir. Anılan maddenin 1. paragrafı uyarınca taraf devletlerin ceza hakları dikkate alınmaktadır. Ayrıca hava aracında taşınan kişilerin ve malların emniyetini tehlikeye düşüren veya uçuş esnasında düzeni bozan davranışların da bu çerçevede ele alınacağı düzenlenmektedir. Böylece uçuş güvenliğini ortadan kaldıracak nitelikte hukuka aykırı eylemlerde bulunan kişilerin kaçmalarının önlenmesi ve eylemlerinin karşılıksız kalmaması bakımından olumlu bir adım atılmışken, eylemin gerçekleştiği yerin tespiti ve yetkili devletin belirlenmesi açısından yetersiz bir sözleşme oluşturulmuştur.<sup>18</sup> Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca hava aracının kontrolünün ele geçirilmesi ya da ele geçirilmesine yönelik hukuka aykırı eylemlerden bahsedilmektedir; ancak kontrolün ele geçirilmesinin sonucu olması ihtimali yüksek hava aracı

---

<sup>17</sup> Tokyo Sözleşmesinin 1. maddesinin 3. paragrafı uyarınca sivil hava aracının uçuş halinde olması, hava aracının kalkışı için gerekli gücün hava aracına verilmesinden varacağı hedefe inene kadar olan süreci ifade etmektedir.

<sup>18</sup> Ryuichi HIRANO, "Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft", Japanese Annual of International Law, Vol. 8, 1964, s. 45.



kaçırma eylemi Sözleşme tarafından hüküm altına alınmamaktadır.<sup>19</sup> Hava aracı kaçırma eylemi ile hava aracının kaçırılmasına yönelik eylemler arasında bir ayırım yapılmakta, hava aracının kaçırılması değil hava aracının kaçırılmasına yönelik eylemlere hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Sözleşme esas olarak hava aracı kaçırılması durumunda uçuşun devam etmesini ve mülkiyetin iadesi üzerinde odaklanmakta, bununla birlikte hava aracı kaçırma eyleminin cezai sürecini tamamen iç hukuka bırakarak, uluslararası hukuk boyutuyla saldırganın eylemlerine bağlanacak sonuçları hüküm altına almamaktadır.<sup>20</sup> Bu sebeple Tokyo Sözleşmesi, hava aracı kaçırma eylemi dışında kalan ve hava aracının kontrolünün ele geçirilmesini de kapsayacak şekilde uçuş esnasında gerçekleşebilecek hukuka aykırı fiillere ilişkin hükümler içermektedir. Bununla birlikte söz konusu eylemin Tokyo Sözleşmesi'nin kapsamına girmesi ve aynı zamanda uluslararası terörizmin konusunu oluşturması durumunda, uluslararası terörizmle mücadeleyle ilişkin hukuk kaynaklarının da sorunun çözümünde dikkate alınması önem taşımaktadır.

Lahey Sözleşmesi, Tokyo Sözleşmesi'nin yetersiz yönlerini dikkate alarak ve eksiklerini gidermeyi hedefleyerek oluşturulmuş çok taraflı bir antlaşmadır.

---

<sup>19</sup> Sözleşmenin 11. maddesi ile hukuka aykırı bir şekilde hava aracına el konulmasına ilişkin bir suç tanımı yapılmamış, hatta uluslararası hukuk bakımından söz konusu eylemin bir suç haline getirilmemesiyle karşı karşıya kalınmıştır. Bu sebeple Sözleşmenin genelinde olduğu gibi hava aracının kontrolünün hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmesi durumunda eylemin hangi devlet hava sahasında gerçekleştiği ya da tescil devletinin yetkisinin sınırları bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Oysa Sözleşmenin hazırlık çalışmaları esnasında amaçlanan hava aracına hukuka aykırı bir şekilde müdahalede bulunularak, el konularak ya da herhangi başka bir hukuka aykırı eylemle kontrolün ele geçirilmesi durumunda uluslararası bir suçun vücut bulacağını ortaya koymaktı. Ancak sonuç, cezai soruşturma ve yargı yetkisinin belirsizliğinin yanı sıra, söz konusu eylemlerin cezai niteliğinin tartışmalı bir şekilde bırakılması olmuştur. (Robert P. BOYLE and Roy PULSIFER, “**The Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft**”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 30(4), 1964, s. 345.) Bu konudaki yetersizliğe ICAO da dikkat çekmiş ve 16. Oturumunda almış olduğu kararla, ICAO Konseyi'nin ve üye devletlerin hava araçlarına uluslararası hukuka aykırı şekilde el konulmasıyla ilgili sorunla mümkün olan en kısa sürede ilgilenmesi gerektiği yönünde karar almıştır. (ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 16-37[Unlawful Seizure of Aircraft]*, A16-37 (1968)). Tokyo Sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan yetki çatışmasının önlenmesi ya da daha etkin bir şekilde ortaya konması için 2014 yılında Montreal'de gerçekleştirilen “Uluslararası Hava Hukuku Konferansında” üzerinde uzlaşılan değişiklikler ve bunlara yönelik öneriler hakkında bkz. Jennifer A. URBAN, “**Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity or A Sufficient Modernization**”, *Indiana Law Review*, Vol. 49(3), 2016, s. 719 – 727. Devletlerin yetkilerini kullanacakları alanların tespiti bakımından hava hukukunda egemenlik ve serbesti ilişkisi hakkında bkz. Cemil BİLSEL, *Milletlerarası Hava Hukuku Cilt I*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948, s. 153 – 159.

<sup>20</sup> Alona EVANS, “**Aircraft Hijacking: Its Cause and Cure**”, *American Journal of International Law*, Vol. 63(4), 1969, s. 708.

Tokyo Sözleşmesi hava aracı kaçırma olaylarının engellenmesini sağlayamamış; hatta bu konuda yoğun bir artış yaşanmıştır. Lahey Sözleşmesi'nin hazırlandığı tarihler de bu olayların gerçekleştiği döneme denk gelmiştir. Lahey Sözleşmesiyle hava hukukunda saldırıların önlenmesi bakımından iki amacın gerçekleştirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bunlar, hava aracı kaçırılmasına ilişkin daha etkin bir hukuk yolu oluşturulması ve hava araçlarının kontrolünün ele geçirilmesi bakımından caydırıcılığın artırılmasıdır.<sup>21</sup> Lahey Sözleşmesi 1. maddesinde bir hava aracının kontrolünün ele geçirilmesi ya da hava aracına el konulmasına yönelik uluslararası hukuka aykırı eylemlerin saldırı niteliğinde olacağı ifade edilmiştir. Böylece her ne kadar Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan tanım Tokyo Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile oldukça benzer özellikler taşısa da, Lahey Sözleşmesi hava aracı kaçırma eylemini hava aracının kontrolünü ele geçirme eyleminden ayırmaksızın belirgin hale getirmiş ve bahsi geçen eylemi 1. maddede yazılı şartların yerine gelmesi durumunda açıkça uluslararası sonuçları olan bir saldırı olarak düzenlemiştir.<sup>22</sup> Bu yönüyle Lahey Sözleşmesi hava aracının kontrolünün ele geçirilmesini, hava aracını kaçırma eyleminin bir parçası olarak görerek siber saldırı bakımından da dikkate alınabilecek önemli bir hükmü içermektedir; ancak eylemin uçuş esnasında hava aracında bulunan birisi tarafından gerçekleştirilmesi koşulunu araması siber saldırı bakımından başka arayışların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Sözleşmenin 2. maddesi bu yönde saldırıların taraf devletlerce en ağır şekilde cezalandırılması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılmasını zorunluluk olarak ortaya koymaktadır. Sözleşmenin 4. maddesinde ise hava aracında gerçekleşen saldırıyı soruşturmaya ya da cezalandırmaya yetkili devletlerden bahsedilmektedir. Bu durumda tescil devletinin konumu korunurken, hava aracının saldırganla beraber iniş yaptığı devletin yetkisi ve hava aracının mürettebatının salınması durumunda kullanılacak yetkiye ilişkin ayrımlar yapılmaktadır.

Gerek Tokyo gerekse Lahey Sözleşmeleri hava hukukunda saldırıların önlenmesi bakımından, saldırıların belirlenmesi ve bu saldırılara yönelik kullanılacak yetkiler konusunda yetersiz kalmıştır.<sup>23</sup> Gerçi Tokyo Sözleşmesinde yer verilen eylemlerin yanı sıra Lahey Sözleşmesiyle hava aracı kaçırma

---

<sup>21</sup> Sami SHUBBER, "Aircraft Hijacking under the Hague Convention 1970 – A New Regime?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 22 (4), 1973, s. 688.

<sup>22</sup> R. H. MANKIEWICZ, "The 1970 Hague Convention", *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 37(2), 1971, s. 199.

<sup>23</sup> Lahey Sözleşmesinin hazırlık aşamalarında da taslak metne ilişkin bu yönde eleştiriler getirilmiştir. Hukuka aykırı eylemlere ilişkin hangi devletlerin yetki kullanacağına ilişkin sınırları bir düzenleme tercih edilmiş; ancak yetki sahibi devletlerin bu yetkilerini kullanmamalarının uluslararası hukuk bakımından sorumluluklarını doğurmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. (Haro F. VAN PANHUY, "Aircraft Hijacking and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 9(1), 1970, s. 16, 17.)

eylemleri uluslararası sonuçlar doğuran hukuka aykırı eylemler olarak kabul edilmiştir, ama cezai takibat ve yargılamanın ne şekilde yapılacağı tam olarak ortaya konmamıştır. Bunun en önemli nedeni suç tiplerinin içeriğinin oluşturulmasında her bir taraf devletin iç hukuk uygulamalarına bağımlı kalınması ve farklı uygulamaların ortaya çıkması olmuştur. Ayrıca her iki sözleşmede de uçuş tanımı geniş tutulsa da uçuş esnasında gerçekleşmeyen hukuka aykırı eylemlerin engellenmesi ve sonuçlarının hukuki takibi bakımından herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Sonuç olarak da hava araçlarına yönelik uçuş öncesi müdahaleler ile hava alanlarında gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemler uluslararası bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Montreal Sözleşmesi işte bu eksikliğin giderilmesini hedefleyerek hukuk dünyasındaki yerini almıştır.

Montreal Sözleşmesi sivil havacılığa yönelik gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı saldırılar konusunda önemli adımların atıldığı bir uluslararası antlaşma olmakla birlikte, düzenlediği diğer hususlar bakımından Lahey Sözleşmesinden çok da farklı hükümler içermemektedir. Montreal Sözleşmesinin 1. maddesi uyarınca bir kişinin hukuka aykırı şekilde ve kasıtlı olarak, uçuş halindeki hava aracındaki bir başka kişiye yönelik eyleminin uçuşu tehlikeye düşürmesi; hizmet verebilir nitelikteki bir hava aracını tahrip etmesi ya da bu hava aracını hizmet veremeyecek hale getirecek şekilde zarara uğratması veya bu sonuçların meydana gelmesine neden olacak bir cihazı hava aracına yerleştirilmesi; bir hava aracını uçuş esnasında tehlikeye düşürecek şekilde hava yönlendirme cihazlarına zarar vermesi ya da bunları tahrip etmesi; hava aracının uçuşunu tehlikeye düşürecek şekilde hava aracını yanlış yönlendirmesi, uluslararası nitelikte bir saldırı eyleminin gerçekleştiği sonucunu doğurur.<sup>24</sup> Montreal Sözleşmesi uluslararası nitelikte olarak üç tür saldırı grubu oluşturmuştur. Bunlar hava aracını tehdit eden ve uçuş esnasında meydana gelen eylemler, hava aracının uçuşu esnasında ya da öncesinde doğrudan hava aracına ya da onu yönlendirecek tesislere zarar vermeye yönelik eylemler ve uçuşu tehlikeye düşürecek nitelikte yanlış bilgi paylaşımıdır. Bütün bu eylemlerin, hukuka aykırılık taşımalarının yanı sıra eylemi gerçekleştiren kişinin kastıyla işlenmesi beklenmektedir. Bununla birlikte Montreal Sözleşmesi söz konusu eylemlerin gerçekleşmesi durumunda bu eylemlerin soruşturulması, kovuşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin hususları Lahey

---

<sup>24</sup> Saldırı eyleminin tanımı ve unsurları üzerinde anlaşılması mümkün olmamıştır. Eylemin taşınması gereken özelliklere ilişkin Montreal Sözleşmesinde detaylı hükümler yer almakla beraber, açıklığa kavuşturulması gereken çok sayıda husus bulunmaktadır. Oluşturulmak istenen tanımlar ya da saldırı eyleminin içermesi gerektiği iddia edilen unsurlar üzerinde farklı yorumlar bulunmakta olup hem doktrinde hem de uygulamada bir bütünlük oluşturulamamıştır. (Michael MILDE, **International Air Law and ICAO**, Utrecht/Portland: Eleven International Publishing, 2008, s. 239.)

Sözleşmesi'nin hükümlerinden farklı bir şekilde düzenlememiştir.<sup>25</sup> Montreal Sözleşmesi her ne kadar Tokyo ve Lahey Sözleşmelerine göre bir adım daha ileriye gitmiş olsa da istenilen düzeyde bir gelişimi sağlayamamıştır.<sup>26</sup> Özellikle havaalanlarında gerçekleştirilen terörist eylemlere karşı kullanılacak yetkiler bakımından beklentilerin altında bir hukuki rejim oluşturulmuştur.

Çok taraflı uluslararası antlaşmalar ile hedeflenen amaçların gerçekleştirilememesi ve bu konuda yeni bir uluslararası antlaşma yapma çabalarının sonuçsuz kalması neticesinde ICAO Chicago Sözleşmesinden kaynaklanan yetkilerini kullanarak uluslararası sivil havacılığa karşı gerçekleştirilen saldırılara ilişkin Chicago Sözleşmesinin 17 No.'lu ekini hayata geçirmiştir. Bu metin üzerinde zaman içerisinde uluslararası toplumdaki gelişmelere paralel olarak birtakım değişiklikler de yapılmış, Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin daha etkin şekilde uygulanabilmesi için temel ilkeler ortaya konmuştur. Ancak saldırıların önlenmesi konusunun temel sorun olarak ele alındığı ek 17 No.'lu ek olmakla birlikte, Chicago Sözleşmesi'nin diğer bazı eklerinde de saldırıların önlenmesine ilişkin çeşitli hususlara yer verilmiştir.

### **3. Uluslararası Hukuka Aykırı Gerçekleştirilen Eylemlerin Önlenmesi ve Sivil Havacılığın Korunması**

Hava hukukunda saldırıların önlenmesi bakımından temelde iki nokta üzerinde durulmaktadır. Öncelikle hava araçlarına ve havaalanlarına yönelik gerçekleştirilen saldırıların uluslararası hukuk kuralları tarafından belirlenmesi

---

<sup>25</sup> Bununla birlikte sivil havacılığı tehlikeye düşüren ve uluslararası barış ve güvenlik ortamını tehdit eden bu tarz terörist eylemlere karşı uluslararası toplumun, bu Sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun hareket etmesi çağrısında bulunulan BM Güvenlik Konseyi kararlarına rastlanmaktadır. Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 731 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 21 January 1992, S/RES/731 (1992). UN Security Council, *Security Council Resolution 748 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 31 March 1992, S/RES/748 (1992). UN Security Council, *Security Council Resolution 883 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 11 November 1993, S/RES/883 (1993).

<sup>26</sup> 1973 yılında BM Güvenlik Konseyi Ortadoğu'daki duruma ilişkin 332 sayılı kararında İsrail ile Lübnan arasındaki çatışma nedeniyle masum insanların ölümüne neden olan ve sivil havacılığı tehlikeye düşüren şiddet eylemlerine dikkat çekmiştir. Bu husus, doğrudan sivil havacılığa ilişkin çok taraflı antlaşmaların uygulanmasına ilişkin bir değerlendirme içermese de, Sözleşmelere rağmen sivil havacılıkta saldırıların önlenmesine yönelik zaafı örneklemesi bakımından önemlidir. Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 332[Situation in the Middle East]*, 21 April 1973, S/RES/332 (1973). BM Güvenlik Konseyi ayrıca uluslararası barış ve güvenlik ortamının sağlanması bakımından devletlerin çok taraflı uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun hareket etmelerinin önemine de vurgu da bulunmaktadır. Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 1540 [Non-proliferation of weapons of mass destruction]*, 28 April 2004, S/RES/1540 (2004). Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 1566 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]*, 8 October 2004, S/RES/1566 (2004).

ve tanınması sağlanmaya çalışılmaktadır. İkinci olarak da uluslararası nitelikte saldırı olarak kabul edilen eylemlere bağlanacak hukuki sonuçlar ve bu hukuki sonuçları uygulayacak yetki alanlarının belirlenmesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri uluslararası saldırılara ilişkin hangi devletlerin yargı yetkisini kullanabileceğini ortaya koymuştur; ancak evrensel bir yetki sistemi yaratamamıştır. Bunun en büyük nedenlerinden birisi mevcut gelişmelere bağlı olarak yeni eylem tiplerinin ortaya çıkması olmuştur.<sup>28</sup> Konuya ilişkin çok taraflı antlaşmalar yetersiz oldukları gerekçesiyle eleştirilmekte uygulamanın bir adım daha öteye taşınması hedeflenmektedir. Bu yetersizlik siber saldırı gibi yeni kavramların hem içeriklerinin tam olarak oluşturulamaması hem de hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişinin tespiti bakımından sorun yaratmaktadır.

Hava araçlarına yönelik kaçırma, tahrip ve kontrolü ele geçirme türündeki eylemler ile havaalanlarında gerçekleştirilen tesis ve altyapılara yönelik müdahale ve saldırılar genellikle insan hayatını tehlikeye atmakta veya çok sayıda insanın ölümüne neden olmaktadır. Bu sebeple de uluslararası hukuktaki genel kabul söz konusu eylemlerin terör eylemi niteliğinde olduğudur.<sup>29</sup> Bununla birlikte hangi eylemlerin “terör” niteliğinde olduğuna ilişkin kesin bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığı için devletlerin uygulamaları farklılık göstermekte, söz konusu eylemlerin terör niteliğinde olduğunun her bir devlet tarafından kabul edilmesi aynı doğrultuda olmamaktadır.<sup>30</sup> Bu belirsizliğe

---

<sup>27</sup> Hava hukukunda mevcut uygulamalara yön verebilecek ve kabul edilmiş uluslararası örf ve adet hukuku kuralları son derece sınırlıdır. Bu sınırlı sayıdaki örf ve adet hukuku kurallarından birisi de devletlerin ülkesi üzerinde, egemenliğe sahip devletin yetkili olmasıdır. Bu sebeple ihtiyaca binaen uluslararası hukuk kurallarının uluslararası antlaşmalar yoluyla uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir. (Bkz. Ömer İlhan AKİPEK, **Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu**, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1959. s. 106.) Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri de bu uygulamaya ilişkin sorun giderecek nitelikte uluslararası hukuk kuralları oluşturmaya çalışmaktadır. Ancak yine de devletin uluslararası nitelikteki hukuka aykırı bu eylemlere karşı ne tür bir yetki kullanabileceğinin sınırı kesin olarak oluşturulamamaktadır. Uygulamaya bağlı olarak her bir somut olay, yeni bir sorunu ortaya çıkarmaya adaydır.

<sup>28</sup> Hasan S. KÖNİ, **Uçaklara Karşı Girişilen Eylemlerin Uluslararası Hukukta Doğurduğu Sorunlar**, Ankara: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1977, s. 91.

<sup>29</sup> Hatta BM Güvenlik Konseyi 1269 no.'lu kararında bu tür terör eylemleri uluslararası barış ve güvenlik ortamını tehlikeye düşürmekte olup suç niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu karar sadece gerçekleştirilen eylemi değil, eylem gerçekleştirilemese bile eylemin gerçekleştirilebilmesi için takip edilen yöntemi de suç niteliğinde kabul etmektedir. [Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 1269 [Responsibility of the Security Council in the maintenance of international peace and security]*, 19 October 1999, S/RES/1269 (1999)]

<sup>30</sup> Ruwantissa I. R. ABEYRATNE, “**Terror in the Skies: Approaches to Controlling Unlawful Interference with Civil Aviation**”, *International Journal of Politics, Culture and Society*, Vol. 11(2), 1997, s. 247.

rağmen söz konusu eylemleri önleyerek ya da bu tür eylemlere karşılık verilerek, sivil havacılığa ilişkin tesis, altyapı, eşya ve kişilerin hukuka aykırı bu eylemlere karşı emniyetinin sağlanması ve uçuş ve havaalanı güvenliğinin tesis edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun için anılan sözleşmelerle hukuka aykırı saldırıların kapsamı uluslararasılaştırılarak, devletlerin söz konusu eylemlere karşı yetki alanlarının genişletilmesi hedeflenmektedir. Sözleşmelerden kaynaklanan birörnek uygulamanın oluşturulamaması sıkıntısının ise devletlerin ICAO'ya bahsi geçen eylemler meydana geldiği zaman ne şekilde hareket ettiklerine dair verdikleri raporların değerlendirilmesi ile aşılması amaçlanmaktadır.<sup>31</sup> Chicago Sözleşmesi'nin 37. maddesine uygun olarak 17 No.'lu Ek çerçevesinde bu yönde çaba sarfedilmektedir. 37. madde, uygulamaya ilişkin bir standardizasyon oluşturma hedefindedir.<sup>32</sup> Her ne kadar Chicago Sözleşmesi doğrudan sivil havacılığa yönelik gerçekleştirilen saldırıları detaylarıyla düzenlemese de, ICAO lokomotifi olduğu Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmelerinin uygulanmasını takip etmeye yetkili makam olarak Chicago Sözleşmesinin oluşturduğu araçları bu Sözleşmelerin daha etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanmasında kullanabilecek durumdadır.<sup>33</sup>

Anılan Sözleşmelerin gerçekleştirilen eylemlerin kapsamlarının belirlenmesi bakımından yetersiz kalması, devletlerin sahip oldukları yetkileri hangi yerlerde ne şekilde kullanacağını ayrıca düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Montreal Sözleşmesinde havaalanlarında meydana gelmesi muhtemel saldırılara karşı ne şekilde önlem alınıp, sonuçlarının neler olacağı detaylıca düzenlenmediği için, "Sivil Havacılık Hizmeti Veren Havaalanlarında Hukuka Aykırı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesine Dair Protokol (Montreal Protokolü)"<sup>34</sup> yapılmıştır. Bu protokol, sivil havacılıkta karşılaşılan saldırılara ilişkin sorunların çözümünde ortaya çıkan uluslararası düzenlemelerden yalnızca birisidir. Benzer protokol ve uluslararası antlaşmalar da bulunmaktadır. Bu durum olağandır. Zira sivil havacılığa ilişkin bazı teknik meseleler zamanla farklılaşabilmektedir.

---

<sup>31</sup> Gerald F. FITZGERALD, "Aviation Terrorism and the International Civil Aviation Organization", *The Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1987, s. 223.

<sup>32</sup> Bin CHENG, *The Law of International Air Transport*, London/New York: Stevens & Sons Limited, 1962, 150.

<sup>33</sup> BM, Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri ile oluşturulan sistemin etkin bir şekilde işleminin devletler arası işbirliğiyle sağlanabileceğini ortaya koymaktadır. Bu işbirliğinin devamlılığının sağlanması bakımından, kendisinin ve ICAO'nun direktiflerine uyulmasının önemine vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede ICAO'nun sivil havacılık konusunda spesifik bir uzmanlığa sahip olmasını dikkate alarak, BM'nin ICAO'yu hava hukukunda saldırıların önlenmesi bakımından ön plana çıkardığı görülmektedir. [Bkz. UN General Assembly, *General Assembly Resolution 32/8 [Safety of International Civil Aviation]*, 3 November 1977, A/RES/32/8 (1977).]

<sup>34</sup> Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, 24 February 1988, 1589 U.N.T.S. 474, No. 14118.

Bu farklılaşmaya yönelik uluslararası hukuk kuralları oluşturma ihtiyacı da, kapsamı daha dar uluslararası antlaşmalarla giderilmeye çalışılmaktadır.

Bu çerçevede bağlayıcı niteliği bulunmayan bir uluslararası anlaşma niteliğini taşıyan Bonn Deklarasyonu<sup>35</sup> ile Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme<sup>36</sup>, Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme<sup>37</sup> ve Plastik Patlayıcıların Teşhisi Amacıyla İşaretlenmesi Sözleşmesi<sup>38</sup> uluslararası hava hukukunda gerçekleştirilen hukuka aykırı saldırılar konusunda faydalanılacak hükümler içermektedir. Bu durum bir gereklilik olmakla beraber, konuya ilişkin kaynak teşkil edecek uluslararası düzenlemelerin son derece dağınık olmasının en temel örneğidir. Bu sebeple doktrinde genel olarak terörist eylem olarak kabul edilen bu eylemlerin ve ona bağlanan sonuçların yeknesak bir uygulama haline getirilmesi gerekmektedir.<sup>39</sup> Bunun

---

<sup>35</sup> Canada – Federal Republic of Germany – France – Italy – Japan – United Kingdom – United States: Joint Statement on International Terrorism, 17 July 1978, 17 I.L.M. 1285. Bonn Deklarasyonu bağlayıcı nitelikte olmayan bir anlaşma olmakla ve taraf devletlere uluslararası yükümlülükler getirmemekle birlikte, büyük öneme sahiptir. Her şeyden önce sivil havacılık alanında oldukça aktif şekilde faaliyet gösteren devletlerin terörizm konusunda duyarsız kalmayacağı ve gerekli önlemleri almaktan çekinmeyeceğini ortaya koymaktadır. Ayrıca zaman içerisinde imzacı olmayan devletlerin de aynı yöndeki tutumlarıyla devlet uygulamasının oluşmasına ve bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumuna katkı sağlaması mümkündür. (James J. BUSUTTIL, “**The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking**”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 31, 1982, s. 487.)

<sup>36</sup> Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, 14 December 1973, 1035 U.N.T.S. 167, No. 15410.

<sup>37</sup> International Convention against the Taking of Hostages, 17 December 1979, 1316 UNTS 205, No. 21931. BM Genel Kurulu söz konusu sözleşmeyi imzaya açarken, BM Sözleşmesi’nin 1. ve 2. maddelerinde yer alan temel ilkelere uygun bir uygulamanın oluşturulmaya çalışıldığını belirtmiştir. [UN General Assembly, *General Assembly Resolution 34/146 [International Convention against the Taking of Hostages]*, 17 December 1979, A/RES/34/146 (1979).]

<sup>38</sup> Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection, 1 March 1991, 2122 UNTS 359, No. 36984.

<sup>39</sup> BM Genel Kurulu, yeknesak bir uygulamanın geliştirilebilmesi ve sivil havacılıkta gerçekleştirilen terörist eylemlerin engellenmesinin sağlanabilmesi için bütün devletleri kendi ulusal hukuklarında gereken önlemleri almaya, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun hareket etmeye ve aralarında işbirliğini tesis etmeye çağırılmaktadır. Bunu yaparken de BM’nin terörizmle ilgili aldığı kararlara uygun bir hareket biçiminin sağlanması için BM’nin ve ICAO’nun direktiflerine uygun hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. [Bkz. UN General Assembly, *General Assembly Resolution 40/61 [Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes]*, 9 December 1985, A/RES/40/61 (1985).]

da yolu ilgili uluslararası kaynaklara uygun şekilde ulusal hukuk düzenlerinde düzenlemelerin hayata geçirilmesidir.<sup>40</sup> Bununla birlikte bu dağınıklığın içinde her bir uluslararası antlaşmaya devletlerin aynı şekilde katılımı söz konusu değildir.<sup>41</sup> Uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının da hem uluslararası terörizm hem de hava hukuku bakımından son derece sınırlı olduğu dikkate alındığında sivil havacılığa yönelik saldırılara ilişkin önlemlerin ancak ICAO bünyesinde alınacak kararlara, gerçekleştirilecek çalışmalara ve hayata geçirilecek yeni uluslararası antlaşmalara bağlı olduğu açıktır.<sup>42</sup>

ICAO saldırıların önlenmesi bakımından en önemli rolü oynuyor olmakla beraber tamamen de yalnız değildir. BM ve BM bünyesinde oluşturulmuş uzmanlık kuruluşları; hava aracı kaçırma olaylarının önlenmesi ve hava alanlarına yönelik saldırıların engellenmesine yönelik önemli katkılarıyla Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (IATA) kapsamında danışma nitelikli oluşturulmuş bulunan Güvenlik Grubu (SEG), Uluslararası Hava Yolu Pilotları Dernekleri Federasyonu (IFALPA) ve Uluslararası Havalimanları Konseyi (ACI); İngiltere ve Kanada'nın da gözlemci statüsünde bulunduğu ve bütün dünyada etkileri olan uygulamalarıyla Avrupa Sivil Havacılık Konferansı (ECAC), ICAO ile işbirliğinde olan uluslararası kuruluşlara verilebilecek en önemli örneklerdir.<sup>43</sup> Ancak yine de hiçbirisi ICAO'nun yetki ve donanımına sahip olmadığı gibi, aynı etkinliği de sağlayamamaktadır. Hukuki altyapının sağlanmasından, evrensel nitelikli uygulamaların oluşturulmasına kadar en kritik görevi ICAO yürütmektedir.

## II. SİBER SALDIRILARA UYGULANACAK HUKUK İLE YETKİ VE SORUMLULUK

Uluslararası hava hukukunda uçuşu ve hava alanını tehdit eden saldırılar olan hava araçlarının kaçırılması, hava araçlarına ve hava alanlarına yönelik sabotaj eylemleri ve gerçekleştirilen diğer hukuka aykırı eylemlere ilişkin hukuki çerçeve şu ana kadar üzerinde durulan çok taraflı uluslararası antlaşmalar ile çizilmektedir. Bu çerçeve içerisinde ne tür bir hukuki düzenin uygulanacağı ise ICAO'nun koordinatörlüğünde ve onun oluşturacağı düzenlemeler ekseninde devletlerin işbirliğiyle belirlenmektedir. Gerçekleştirilen eylemlerin

---

<sup>40</sup> John P. GRANT, "Beyond the Montreal Convention", Case Western Reserve of International Law, Vol. 36 (2&3), 2004, s. 456.

<sup>41</sup> ABEYRATNE, 1997, s. 247

<sup>42</sup> ICAO, 11 Eylül Saldırılarından hemen sonra sivil havacılığın yeni bir tehdit altında olduğunu ifade ederek doğrudan, sivil havacılıkta terörizmle mücadelenin gerçekleştirileceğini ortaya koymuştur. (ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 33-1[Declaration on Misuse of Civil Aircraft as Weapons of Destruction and other Terrorist Acts Involving Civil Aviation]*, A33-1 (2010).)

<sup>43</sup> David MACKENZIE, *ICAO: A History of the International Civil Aviation Organization*, Toronto/Bufalo/London: University of Toronto Press, 2010, s. 247, 248.



uluslararası nitelikte bir saldırı olduğunun kabul edilmesinden, terörist eylem olmasına kadar tartışmalarla yürütülen bir sürecin içerisine bir de siber eylemlerin niteliğinin belirlenmesi konusu girince başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Sorunun adı da uluslararası hava hukukunda gerçekleştirilmesi muhtemel siber saldırıların önlenmesidir.

Bu sorunun çok farklı yönleri olmakla birlikte en önemlisi, siber saldırılara karşı yetkiyi hangi devletin kullanacağını belirlenmesidir. Zira siber saldırılar esas itibarıyla iç hukuk düzenlerinde gerçekleştirilen eylemlerdir. Bununla beraber eylemi yapan kişi bir devlet ülkesinde ikamet ederken, eylem diğer bir devlet ülkesinde sonuç doğurabilir. Ya da hava hukukumda karşılaşıldığı gibi uluslararası hukuk bakımından sonuçları olabilir. Bir başka ifadeyle uluslararası hukukta siber saldırı konusu iç hukukta kaynağını bulan bir eyleme ilişkin olarak ele alınmaktadır. Yani uluslararasılaşan bir kavram ortaya çıkmaktadır.<sup>44</sup> Bununla birlikte çözüm yalnızca uluslararası hukuk çerçevesinde bulunamamakta, devletlerin ortak bir şekilde hareket etmesi önem taşımaktadır.

11 Eylül saldırılarından sonra sivil havacılığa yönelik alınan önlemlerde daha sert bir tutumun tercih edilmeye başlandığı görülmektedir. Zira bu saldırıların sonuçları yalnızca hava hukukuna ilişkin bir sorununun tartışılmasının ötesine geçmiş, uluslararası barış ve güvenlik ortamının tehlikeye düştüğü bir süreci yaratmıştır.<sup>45</sup> Sivil hava araçlarının herhangi bir devletin kara ülkesindeki hedeflere yönelik silah olarak kullanılması ihtimali ortaya çıkmıştır.<sup>46</sup> Terörist eylemlere karşı önlem alınması gerektiği genel kabul görmüştür.<sup>47</sup> Görüldüğü üzere sivil havacılık konusunda meydana gelen bir gelişme, uluslararası hukuka aykırı olduğu düşünülen bir askeri müdahale ile uluslararası barış ortamını ortadan kaldırmıştır. Bu süreç doğrudan siber saldırı ile ilgili olmasa da, gelişen teknolojinin sivil hava araçlarının benzer eylemlerin gerçekleştirilmesi için kullanılabilmesi ihtimalinin dikkate daha titizlikle alınması sonucunu beraberinde getirmiştir. Hava araçlarının kaçırılması, kontrolünün ele geçirilmesi ve hava araçlarının ve havaalanlarının sabotajı bakımından siber saldırıların gerçekleştirilebilecek olması, konuya çeşitli açılardan yaklaşılması

---

<sup>44</sup> Mike KEYSER, “**The Council of Europe Convention on Cybercrime**”, *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 12 (2), 2003, s. 294.

<sup>45</sup> Ruwantissa ABEYRATNE, “**The Role of Civil Aviation in Securing Peace**”, *International Journal on World Peace*, Vol. 19(2), 2002, s. 65.

<sup>46</sup> Andy Riadhy ARAFAH, “**Evolution of Terrorism Act Against Civil Aircraft**”, *Indonesian Journal of International Law*, Vol. 11(2), 2014, s. 182.

<sup>47</sup> 11 Eylül saldırılarından sonra BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi, uluslararası terörizmle mücadele bakımından bütün devletlerin ortak bir tutum benimsemesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bkz. UN General Assembly, *General Assembly Resolution 56/1 [Condemnation of terrorist attacks in the United States]*, 18 September 2001, A/RES/56/1 (2001). UN Security Council, *Security Council Resolution 1373 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]*, 28 September 2001, S/RES/1373 (2001).

gerekliliğini doğurmuştur. Bununla birlikte uluslararası hukukta hem siber saldırılara yönelik hukuki rejimin oluşturulamaması hem de uygulamada bu saldırılara ilişkin işbirliği ve yeknesaklığın sağlanamaması nedeniyle hava hukukunda siber saldırı konusu, hava araçlarının ve havacılığa ilişkin tesisler ile kişilerin teknoloji karşısında daha da savunmasız kalmasına neden olmuştur.

## 1. Hava Hukukunda Siber Saldırı

Hacker ve diğer siber suçlulardan gelen saldırılar karşısında son derece savunmasız kalınması nedeniyle sivil havacılıkta ICAO, IATA, ACI, Sivil Hava Ulaştırma İşletmeleri Birliği (CANSO) ve Uluslararası Havacılık Sanayi Birlikleri Koordine Konseyi (ICCAIA), 10 Aralık 2014 tarihinde Montreal'de siber tehditlere karşı gerçekleştirecekleri eylemler konusunda gösterecekleri işbirliğine ilişkin ortak bir yol haritası üzerinde uzlaşmışlardır. Bu beş havacılık örgütü vardıkları anlaşma ile hacker, siber suçlular ve teröristlere karşı ortak bir cephe oluşturduklarını resmileştirmelerinin yanı sıra bilgi hırsızlığı ile olası insan hayatına yönelik tehditlere ve bunların yaratabileceği karışıklığa odaklanmış durumdadır. Amaç siber saldırılara karşı sağlam bir kültür ve sivil havacılığın yararına olacak stratejiler oluşturmaktır. Bunun için de anılan uluslararası örgütler tehdidin tanımlanması, risk değerlendirmesi ve siber önlemler hakkında bilgi paylaşımı sağlamayı taahhüt etmişlerdir.<sup>48</sup> Ancak yine de işleyiş ICAO'nun yönlendirmesine bağlıdır.<sup>49</sup> Siber saldırı, tüm alanlarda olduğu gibi uluslararası hukukta ve özelde hava hukukunda da üzerinde yakın zamanda çalışılmaya başlanan bir kavramdır. Uluslararası toplum ve uluslararası hukuk her şeyden önce siber saldırı kavramını tanımlamak ve belirli bir çerçeve çizmek istemektedir. İç hukuklarda bu hususlarda biraz daha hızlı hareket edildiği görülmektedir. Bununla birlikte uluslararası hukukun işleyişinin iç hukuk gibi olmaması, sorunun tanımlanması ve işbirliğinin geliştirilmesini geciktirmektedir. Buna bağlı olarak da ihtiyaç duyulan uluslararası hukuk kurallarının oluşumu da zaman almaktadır. Hava hukukunda da bahsi geçen uluslararası örgütlerin vardıkları anlaşmanın öncelikle kavramsal içeriğinin oluşturulmasına ve risk değerlendirilmesinin yapılmasına yönelik olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin bir uluslararası antlaşmanın oluşturulmasının zaman alacağı anlaşılmaktadır.

---

<sup>48</sup> ICAO, "Aviation Unites on Cyber Threat", News Release, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/COM.46.14.EN.pdf>

<sup>49</sup> IATA, 2016 yılında gerçekleştirdiği yıllık toplantısında ICAO'nun önemine ve sivil havacılıkta saldırıların önlenmesinin sağlanması bakımından ICAO ile ortak hareket etmenin gerekliliğine vurgu yaparak, ICAO'nun konumunu pekiştirmiştir. (IATA, *Resolution on the Threat of Terrorism to the Airline Industry*, 72nd IATA Annual General Meeting, 2 June 2016.)

Hava hukukunda siber saldırı, özel bir siber saldırı türünü ifade etmemektedir. Bu terminolojinin kullanılmasından amaç, siber saldırının hava hukukuna özgü kavram ve hukuki rejim çerçevesinde değerlendirilmesinin gerekliliğidir.<sup>50</sup> Şu ana kadar bahsi geçen uluslararası sözleşmelerin hiçbirisi özel olarak siber saldırıyı düzenlememektedir. Bununla birlikte siber saldırı da bir saldırı türü olup gerek Tokyo gerekse Lahey ve Montreal Sözleşmelerinin hava hukukunda karşılaşılabilecek hukuka aykırı saldırılara karşı içerdikleri genel hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. Ancak söz konusu sözleşmelerde hukuka aykırı eylemlerin taşınması gereken özellikler ve ulusal hukuk düzenlerindeki bu eylemlerin unsurları ile cezalandırılmalarına yönelik farklılıklar, siber saldırıların hava hukuku bakımından belirli bir kapsamda uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte konuya yönelik olumlu anlamda değerlendirilebilecek hukuki bir düzenin de oluşmaya başladığı söylenebilir. Şöyle ki özellikle Siber Suç Sözleşmesinin<sup>51</sup> getirdiği sistemde olduğu gibi devletlerin iç hukuklarındaki farklı uygulamaların ortadan kalkması yönünde bir gelişim seyri yaşanmaktadır. Zira Siber Suç Sözleşmesi devletler arasında mümkün olan en geniş çapta işbirliğini sağlayarak, yalnızca meydana gelen saldırının sonuçlarının ortadan kaldırılması değil ilgili elektronik delillerin toplanmasında ortak bir biçimde hareket ederek konuya ilişkin diğer uluslararası antlaşmalarla uyumlu bir uygulama sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>52</sup> Her ne kadar bu sözleşme hava hukukunda karşılaşılan türde saldırıları doğrudan karşılamasa da, oluşturduğu siber saldırı ve siber

---

<sup>50</sup> ICAO, çeşitli faaliyetlerinde yaptığı bilgilendirmelerle sivil havacılıkta mevcut siber tehditleri ikiye ayırmaktadır. Bunların bir kısmı kasıtlı bir şekilde siber alanda gerçekleştirilen eylemleri ifade ederken; diğerleri belirli bir kasıtlı gerçekleştirilmeyen ancak uçuş emniyetini tehlikeye düşüren ve siber alanda gerçekleştirilen eylemleri kapsamaktadır. (Bkz. Stephen CREAMER, “**Cyber Security, Safety and Resilience**”, Presentation in the **Cyber Security Workshop**, 25th AVSEC World, 25 – 27 October 2016, <http://www.iata.org/events/avsec/Documents/avsec2016-day3-ws-cybersecurity.pdf>) Siber saldırılar, gizli, kritik veya belirli bir konuya hassasiyetle yaklaşılmasını gerektiren bilgilerin ele geçirilmesi, silinmesi veya manipüle edilmesi ile sistem ve servislerin kontrol edilmesi ya da çökertilmesi amacını taşımaktadır. Bu yönüyle ne tür bir teknolojik donanımla gerçekleştirilirse gerçekleştirilesin hava araçlarına, yerdeki tesislere ve diğer kritik öneme sahip altyapılara yönelik siber bir saldırının gerçekleşmesi ihtimali çok önemli ve aciliyet gösteren bir konudur (IFALPA, “**Cyber Threats: Who Controls your Aircraft**”, 14POS03, 5 June 2013, <http://www.ifalpa.org/store/14POS03%20-%20Cyber%20threats.pdf> )

<sup>51</sup> Convention on Cybercrime, 23/11/2001, 2296 UNTS 167, No. 40916. Türkiye’de “siber” ifadesinin kullanılmasından imtina edilmesi nedeniyle siber suç yerine bilişim suçu ya da sanal ortamda işlenen suçlar gibi ifadelerle yer verilmektedir. Bu sebeple Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi olarak da bilinen Siber Suç Sözleşmesi, Türkiye’de “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi” olarak adlandırılmıştır.

<sup>52</sup> Süleyman ÖZEREN, “**Cyber Terrorism and International Cooperation: General Overview of the Available Mechanisms to Facilitate an Overwhelming Task**”, in **Responses to Cyber Terrorism**, Amsterdam/Berlin/Oxford: IOS Press, 2008, s. 79.

suç kavramı ve devletlerin bunları benzer içeriklerle ulusal hukuklarında uygulama yükümlülükleri hava hukukuna da yansıtılabilecek niteliktedir. Bu sebeple siber ve siber saldırı kavramlarını ele alıp, hava hukukunda saldırı olarak kabul edilen uluslararası nitelikte kavramlar bakımından ne tür bir uygulama oluşturulabileceğinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Hava hukukunda siber saldırı kavramına yönelik olarak tartışılması gereken temel noktalar, siber saldırıların hava hukukunda uluslararası çok taraflı antlaşmalar çerçevesinde hangi saldırı tipini oluşturduğu, bu tür eylemlere karşı hangi devletlerin yetkilerini kullanabileceği ile saldırıların gerçekleştirildikleri hedefe (hava aracı, havaalanı, altyapı vb.) göre ortaya çıkacak hukuki sonuçlardır.

Siber kavramının içeriğini kesin olarak belirleyen ve sınırlarını çizen bir tanıma henüz ulaşılamamıştır. Ancak belirli tür eylemlerin siber saldırıya vücut verebileceği kabul edilmiştir. Siber Suç Sözleşmesi'nin 1. maddesi dikkate alındığında bir servis sağlayıcısı aracılığıyla bilgisayar sistemi vasıtasıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerin siber suça vücut vereceği anlaşılmaktadır.<sup>53</sup> Bununla birlikte siber saldırı tanımı, Siber Suç Sözleşmesinde dahi açıkça yapılmamaktadır. Aynı şekilde BM çerçevesinde de siber saldırıların engellenmesine ve teknolojinin yanlış amaçlarla kullanılmasının önlenmesine vurgu yapılmakta ancak, mücadele edilecek eylemlere ilişkin kesin bir sınır çizilememektedir.<sup>54</sup> Olağan karşılanması gereken bu durum, maalesef teknolojinin gelişimine bağlı olarak meydana gelen hukuka aykırı eylemlere tepki verilmesinde gecikmeye ya da çaresizliğe neden olmaktadır.

Siber saldırının, hangi hallerde siber terörizme neden olacağı ise ayrı bir problemi oluşturmaktadır. Hatta siber saldırının hangi hallerde siber suça vücut vereceği de belirsizdir. Çalışmanın konusu açısından ele alındığında hava hukukunda hava araçlarını ve havaalanlarını tehdit eden durumlar genelde terörist eylem olarak adlandırılmaktadır. Bu sebeple hava aracı

---

<sup>53</sup> Siber suç genellikle bilgisayar veya iletişim ağı vasıtasıyla gerçekleştirilen eylemler neticesinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre siber saldırının gerçekleştirildiği bilgisayar ya da iletişim ağı, saldırının aracı olabileceği gibi, bilgisayar ya da iletişim ağı saldırının hedefi olabilir. (Bkz. Michael KROSS, **Scene of the Cybercrime**, Second edition, Syngress Publishing, 2008, s. 2.) Siber saldırının gerçekleştirilmesinde kullanılan iletişim ağının yalnızca bilgisayar ya da internet bazlı bir sistem ile gerçekleştirilebileceğine ilişkin bkz. Jerry KANG, "**Cyber-Race**", Harvard Law Review, Vol. 113 (5), 2000, s. 1148.

<sup>54</sup> UN General Assembly, *General Assembly Resolution 45/121 [Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders]*, 14 December 1990, A/RES/45/121 (1990). UN General Assembly, *General Assembly Resolution 55/63 [Combating the criminal misuse of information technologies]*, 22 January 2001, A/RES/55/63 (2001). UN General Assembly, *General Assembly Resolution 56/121 [Combating the criminal misuse of information technologies]*, 23 January 2002, A/RES/56/121 (2002). UN General Assembly, *General Assembly Resolution 57/239 [Creation of a global culture of cybersecurity]*, 31 January 2003, A/RES/57/239 (2003).

kaçırmak, hava aracını sabote etmek ya da iletişim ağları aracılığıyla yanlış yönlendirmek ve hava alanı tesislerine ve altyapılarına yönelik siber saldırılar hava hukukunda siber terörizm çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yalnız söz konusu değerlendirme yapılırken de uluslararası terörizmin kesin bir tanımının bulunmaması ve bahsi geçen eylemlerin gerçekleşmesi durumunda devletlerin cezai yetkilerini kullanmasında yeknesaklık bulunmayacağını göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hukuka aykırı bu eylemleri, Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmeleri kapsamında bir “saldırı” olarak nitelendirmek mümkün olmakla birlikte suç veya terörist eylem olarak nitelendirilmesi devletlerin ulusal mevzuatlarına bağlıdır. Sözleşmelerde bahsi geçen bu eylemlerin uluslararası terörist eylemler olarak nitelendirilmesi ise, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız bir biçimde uluslararası örgütlerin ve özellikle BM ile ICAO’nun kararlarından hareketle söz konusu olmaktadır.

Şu ana kadar yalnızca 10 devletin tarafı olmayı kabul ettiği 2010 tarihli “Uluslararası Sivil Havacılığa Yönelik Hukuka Aykırı Eylemlerin Bastırılmasına Yönelik Sözleşme (Pekin Sözleşmesi)”nin<sup>55</sup> 1/d maddesinden uluslararası siber bir saldırı durumunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu madde uyarınca uçuş halindeki bir hava aracının emniyetini tehlikeye düşüren, hava üslerini tahrip etmek veya söz konusu üslere zarar vermek amacıyla gerçekleştirilen eylemler ile bu tesislerin işlemlerine yönelik müdahaleler uluslararası hukuka aykırı bir saldırı durumunu ifade eder. Görüldüğü üzere Pekin Sözleşmesinde böyle bir hükme yer verilmesi önemli olmakla birlikte aynı hükmün Montreal Sözleşmesi’nin 1/1(d)maddesinde yer aldığı görülmektedir. Ayrıca uluslararası hukukta genel olarak terörizm olarak adlandırılan saldırılar, yine metinde terörist eylem olarak adlandırılmamıştır.

Pekin Sözleşmesi, uçuş tanımını Montreal Sözleşmesinde olduğu gibi geniş tutmakla birlikte uçuş halinde olmayan bir hava aracına yönelik siber eylemlerin siber saldırı olarak adlandırılmaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Siber saldırılara karşı alınacak önlemlerin taşıdığı önem bakımından bu konuda daha farklı bir düzenleme tercih edilebilir. Bununla birlikte Pekin Sözleşmesi hava hukukunda gerçekleştirilmesi muhtemel siber saldırılara yönelik uygulanması mümkün bir sistematik getirmesi bakımından önemlidir.<sup>56</sup> Ancak

---

<sup>55</sup> Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation, 10 September 2010, Depository: International Civil Aviation Organization, DCAS Doc. No. 21, [https://www.unodc.org/tldb/en/2010\\_convention\\_civil\\_aviation.html](https://www.unodc.org/tldb/en/2010_convention_civil_aviation.html). Pekin Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmaları, sivil havacılıkta gerçekleştirilen saldırılar konusunda taşıdığı özellikler bakımından bkz. Gökhan GÜNEYSU, “Uluslararası Sivil Havacılığa İlişkin Hukuka Aykırı Eylemlerin Bastırılması Hakkındaki 2010 Pekin Sözleşmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 83-84, 2011, s. 9 vd.

<sup>56</sup> Ruwantissa ABEYRATNE, “Cyber Terrorism and Aviation – National and International Responses”, Journal of Transportation Security, Vol. 4(4), 2011, s. 343.

Sözleşmenin yalnızca uçuş halindeki bir hava aracını etkileyen eylemleri dikkate alması ise, havaalanlarına ve altyapı tesislerine yönelik uçuştan bağımsız diğer siber saldırılar bakımından sivil havacılığın yeteri kadar dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır.

## **2. Siber Saldırıları Bakımından Sivil Hava Araçlarına Yönelik Saldırıları İlişkin Genel Uluslararası Hukuk Rejiminin Uygulanabilirliği**

### **A. Hava Araçlarına Yönelik Siber Tehditler Bakımından**

Hava araçlarına yönelik hukuka aykırı eylemler daha çok fiziksel saldırılar olsa da artık hava aracı kaçırma eylemleri dahil siber saldırıların gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. 2011 yılında radyo hackerları olarak bilinen, yasadışı eylemde bulunan kişiler İngiliz hava trafik kontrolörleri tarafından kullanılan frekansa girerek pilotlara yanlış direktifler vererek uçuşu tehlikeye düşürmüşlerdir. Benzer olayların 1998 yılında 3, 2010 yılında 18 ve 2011 yılında 20 kez gerçekleştiği rapor edilmiştir.<sup>57</sup> ICAO da devletlerin siber tehditlere karşı ortak bir tutum sergilemesi gerektiğini belirttiği kararında, bu tutumun sivil havacılığa ilişkin kullanılan her türlü bilgi ve iletişim sistemine karşı sergilenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.<sup>58</sup> Görüldüğü üzere yalnızca bilgisayar sistemi üzerinden değil, radyo frekansları üzerinden de uçuş emniyetini tehlikeye düşürecek hukuka aykırı eylemlerde bulunulabilmektedir. Dolayısıyla siber saldırıyı yalnızca bilgisayar aracılığıyla internet ağından gerçekleşen saldırı türü olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Her türlü iletişim ağı üzerinden gerçekleştirilen ya da bilgi veya iletişim sistemlerini hedef alan saldırı, siber saldırı özelliğini taşıyabilmektedir.

#### **a. Hava Aracını Kaçırma**

Siber saldırı hava aracının bütün sistemine ya da sistemin bileşenlerine yönelik olarak gerçekleştirilebileceği gibi, fiziksel bir saldırı da bulunmak amacıyla ve o saldırıdan önce sistemin yanlış yönlendirilmesiyle de gerçekleştirilebilir.<sup>59</sup> Özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra artan korku ve kaygıyla sivil hava araçlarının uzaktan kontrol edilerek ya da yanlış bilgilendirmeye terörist bir saldırının aracı olarak kullanılabilmesi ihtimali üzerinde durulmaya başlanmıştır. Zira bir terör eyleminin gerçekleştirilmesi için hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren saldırganın, hava aracının içinde fiziksel varlığını

---

<sup>57</sup> Emilio IASIELLO, "Getting Ahead of the Threat: Aviation and Cyber Security", Aerospace America, July August 2013, s. 24.

<sup>58</sup> ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 39-19[Addressing Cybersecurity in Civil Aviation]*, A39-19 (2016).

<sup>59</sup> Deepika JEYAKODI, "Cyber Security in Civil Aviation", The Aviation and Space Journal, Vol. 14 (4), 2015, s. 3.

olmazsa olmaz bir koşul olarak aramak, siber tehditlere karşı hava araçlarını savunmasız bırakmak anlamına gelir. Saldırgan siber saldırı vasıtasıyla hava aracına ya da hava tesisine hukuka aykırı bir şekilde müdahalede bulunarak da hava aracını kaçırma eylemini gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumun yalnızca hava aracının kontrolünü ele geçirme olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira hava aracının kontrolünü ele geçirme eyleminde kişi çoğunlukla iltica talebinde bulunma amacıyla hareket etmektedir.<sup>60</sup> Oysa hava aracı kaçırma eylemi doğrudan bir terörist eylemdir. Hava aracı içerisindeki kişilerin canlarına kastetme ya da hava aracını bir silah olarak kullanıp belirli bir hedefe ölüm dalışı yapmayı hedefleme durumu söz konusudur. Dolayısıyla saldırının nitelendirilmesinin, saldırırganın fiziksel varlığına bağlı olması beklenemez. Ayrıca 11 Eylül saldırılarından sonra önlem almak isteyen devletlerin, eylemin saikini dikkate almaları pek mümkün görünmemektedir.

Bu şartlar altında hava hukukunda siber saldırıların önlenmesi bakımından hava aracı kaçırma eyleminin niteliğini belirlemek de tek başına yeterli değildir. Zira eylemi gerçekleştiren saldırırganın kimliğinin tespitinin zorluğunun yanı sıra, gerçekleştirilen saldırıya uygulanacak uluslararası hukuk kurallarının belirlenmesi de önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle siber hava aracı kaçırma eylemi dolayısıyla yetkili devletin hangi uluslararası hukuk kuralına göre hareket edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Tokyo Sözleşmesi doğrudan hava aracına el konulması ve hava aracının kontrolünün ele geçirilmesi eylemleri üzerinde durduğu için uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından Lahey ve Montreal Sözleşmesi hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Zira Tokyo Sözleşmesi, hava aracı kaçırma eylemini kabul etmekle birlikte Lahey ve Montreal Sözleşmelerinde olduğu gibi hava aracı kaçırma eylemini değil, hava aracına el konulması yönündeki eylemi saldırı olarak görmektedir. Tokyo Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 2. paragrafı Sözleşmenin 3. bölümünde yer alan hükümler dışında eylemlerin hava aracında fiziksel olarak gerçekleştirilmesi koşulunu aramaktadır. Üçüncü bölümde istisna tutulan haller siber bir saldırı bakımından uygulama alanı bulabilecek türden değildir. Lahey Sözleşmesi'nin 1. paragrafı da uçuş halinde hava aracında gerçekleştirilen saldırıları kapsam içerisine almaktadır. Bu şartlar altında Lahey Sözleşmesi siber saldırı uçuş halindeki bir hava aracında yer alan kişi tarafından işlenmedikçe uygulama alanı bulamayacaktır. Fiziksel saldırı koşulunun neden olduğu tıkanıklığı gidermek amacıyla Hava Araçlarına Hukuka Aykırı El Koyulmasının Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye Ek Protokolle (Pekin Protokolü)<sup>61</sup>, değişiklik yapılması hedeflenmektedir. Protokol, uçuş

---

<sup>60</sup> Bkz. DEMPSEY, 2003, s. 653 vd.

<sup>61</sup> Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 10 September 2010, Depository: International Civil Aviation Organization, DCAS Doc. No. 22, [https://www.unodc.org/tldb/en/2010\\_protocol\\_convention\\_unlawful\\_seizure\\_aircraft.html](https://www.unodc.org/tldb/en/2010_protocol_convention_unlawful_seizure_aircraft.html)

öncesi ve sonrası eylemleri de kapsam içerisine almakta ve hava aracı kaçırma eyleminin hava aracında yer alan bir kişinin fiziksel varlığına bağlı olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>62</sup> Henüz yürürlüğe girmemiş bu uluslararası antlaşmanın 2. maddesinin 1. paragrafıyla Lahey Sözleşmesinin 1. maddesinin kapsamına “teknolojik araçlarla” yapılan saldırılar da sokulmaya çalışılmaktadır. Kapsam içine alınmaya çalışılan saldırıların teknolojik araçlarla yapılan saldırılar olarak ifade edilmesi yerinde olmuştur. Bu şekilde Lahey Sözleşmesinin, meydana gelen teknolojik gelişmeler çerçevesinde, bugün için öngörülemeyen nitelikteki saldırılara da uygulanması sağlanmış olacaktır. Bundan kırk yedi yıl önce yapılan Lahey Sözleşmesi’nin güncel sorunlara yetersizliği dikkate alındığında, böyle bir düzenlemenin oluşturulmasının gelecekte ortaya çıkabilecek benzer sorunlara çözüm bulabilme ihtimalini yükselteceği görülmektedir.

Montreal Sözleşmesi’nin 1. maddesi hava aracında fiziksel olarak bulunmadan gerçekleştirilen saldırı eylemlerinden bahsetmiştir. 1. maddenin 1(e) paragrafında kişinin kasıtlı olarak yanlış bir bilgi paylaşımında bulunarak hava aracının ve yolcuların emniyetini tehlikeye düşüren eylemleri saldırı niteliğinde sayılmıştır. Bir hava aracının yanlış yönlendirilmesine neden olacak şekilde herhangi bir iletişim ağıyla yanlış yönlendirilmesi hava aracı kaçırma eylemine dönüşebilir nitelikte olduğuna göre, anılan maddenin ilgili paragrafında kullanılan ifade Montreal Sözleşmesi’nin siber saldırılar bakımından da dikkate alınmasının yolunu açabilecek niteliktedir. Bu çerçevede ikili bir ayırım yapılabilir. Eğer siber saldırı hava aracının terörist bir eylem için yönlendirilmesini amaçlamıyorsa bu durumda Montreal Sözleşmesi’nin hava aracı kaçırma eylemini kapsamına sokmak için uygulanmaması daha uygun olur. Zira Montreal Sözleşmesi hava aracı kaçırılma eylemlerinden ziyade uçuş emniyeti ile hava aracına ve hava alanına yönelik saldırıları düzenlemektedir. Yani sözleşmenin amacı hava aracı kaçırma eylemlerini düzenlemek değildir. Dolayısıyla bu eylemler hava aracına yönelik sabotaj eylemleri olarak nitelendirilerek Sözleşmenin böyle bir yoruma ihtiyaç duyulmadan uygulanması zaten mümkün olur. Ancak terörist bir eylemde kullanılmak üzere siber saldırıyla yönlendirilen hava aracına yönelik eylemin, saldırı amacına ulaşsa da ulaşmasa da hava aracını kaçırma olarak değerlendirilmesi yerinde olur. Yani gerçekleştirilen siber saldırının amacına bakılmalıdır. Eğer amaç hava aracını kaçırmak değilse, bu durumda uçuş emniyetini tehlikeye sokan hukuka aykırı eylemler, sabotaj eylemi olarak değerlendirilmelidir. Montreal Sözleşmesiyle hava aracını kaçırma niteliği taşımayan bir saldırı türü düzenlenmiş olmakla birlikte siber saldırılarla ilgili yapılan teknik ve hukuki çalışmalar aynı saldırının

---

<sup>62</sup> Samuel WITTEN, “Introductory Note to the Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation and the Protocol Supplementary to the for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft”, International Legal Materials, Vol. 50, 2011, s. 142.



hava aracını kaçırma eylemi olarak nitelendirilmesinin önünü açmıştır. 1/1(e) maddesi uçuşu tehlikeye sokan bilgi paylaşımının saldırı niteliğini taşıyacağını ifade etmektedir. Ancak Sözleşmenin yapıldığı tarihte siber saldırı türü öngörülmediği için, söz konusu eylemin hava aracını kaçırma eylemine vücut verebileceği de değerlendirilmemiştir. Oysa bugün teknolojinin geldiği aşama aynı eylemin hava aracını kaçırma eylemini meydana getirmesinin mümkün olmasıdır. Bu çerçevede Montreal Sözleşmesi'nin 1/1(e) maddesini yorumlayarak sivil hava araçlarının terörist eylemlere karşı korunmasına yönelik bir çözüm bulmak yerine bu ihtimali görmezden gelmek, siber saldırılar neticesinde hava aracı kaçırma eylemlerine uygulanabilecek bir uluslararası antlaşmanın reddedilmesi anlamına gelecektir.

Chicago Sözleşmesi'nin 17. ekinde de ICAO'nun hava araçlarının kaçırılması eylemlerine yönelik önlemlerin sağlanması konusunda, bu eylemin hava aracında fiziksel olarak gerçekleştirilmesi hususunda bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>63</sup> Bu sebeple devletler siber saldırılara yönelik uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde, ICAO tarafından bu ayırımın yapılmamış olmasını yorumlarına dayanak teşkil edebileceklerdir. 17. ekte yapılan 14. değişiklikle de siber saldırılara karşı risk temelli önlem alınması anlayışının sağlanmasının gerekliliğine yer verilirken, yine hava aracında fiziksel olarak gerçekleştirilen ve gerçekleştirilmeyen saldırı ayırımına yer verilmemektedir.<sup>64</sup> Söz konusu gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda Pekin Sözleşmesi ve Protokolü ile oluşturulmaya çalışılan uluslararası sivil havacılığa yönelik yeni antlaşmalar rejiminin uygulanmasına kadar Montreal Sözleşmesi'nin siber saldırı yoluyla hava aracını kaçırma eylemleri için dikkate alınması ve devletlerin aralarındaki işbirliğini bu çerçevede oluşturmaları en makul çözüm görünmektedir.

---

<sup>63</sup> ICAO, **Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation (Security – Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference)**, Eighth Edition, International Standards and Recommended Practices, ICAO Publishing, 2006.

<sup>64</sup> Bkz. ICAO, **Strategic Objectives: Security and Facilitation – Increased Efficiency and Effectiveness in Security Measures**, in **Annual Report of the ICAO Council: 2014**, <http://www.icao.int/annual-report-2014/Pages/progress-on-icaos-strategic-objectives-security-and-facilitation-increased-efficiency-security-measures.aspx>. ICAO, bu yaklaşımıyla Pekin Sözleşmesi yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen mevcut hukuki rejim çerçevesinde bir çözüm arayışı içerisindedir. Konunun uzmanlarından Abeyratne, siber saldırılara yönelik hukuki düzenlemenin yalnızca Pekin Sözleşmesinde yer aldığı düşüncesindedir. (Bkz. Ruwantissa ABEYRATNE, “**The Beijing Convention of 2010 on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation – An Interpretive Study**”, *Journal of Transportation Security*, Vol. 4(2), 2011, s. 134.) Bununla birlikte Montreal ve hatta Tokyo ve Lahey Sözleşmeleri, konuya ilişkin uygulanmalarına cevaz verecek hükümler içermektedir. ICAO'nun tavrının yürürlükte hukuk kaynakları çerçevesinde çözüm bulma çabasında olmasına rağmen, bu tavrını özellikle Montreal Sözleşmesi çerçevesinde somutlaştırmaması eleştirilecek niteliktedir.

## **b. Hava Araçlarına Yönelik Sabotajlar ve Diğer Saldırıları**

Hava araçlarına yönelik siber saldırılar doğrudan hava araçlarına yönelik olabileceği gibi hava tesislerinin altyapılarına yönelik saldırılar aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. 2015 Haziran ayında LOT Polish Havayolu Şirketine ait hava aracına siber saldırı gerçekleşmiştir. Bu saldırıyla hem hava aracının hem de ilgili havaalanlarının uçuş planlarına ulaşması engellenmiştir. Ayrıca hava aracıyla iletişimin kopması durumu da meydana gelmiştir. Söz konusu saldırı nedeniyle hava aracı beş saat boyunca havada daireler çizmiş ve çok zor şartlarda Varşova Chopin Havalimanına iniş yapmıştır.<sup>65</sup> Bu eylemle hava aracı hem sabote edilmiş, hem yanlış yönlendirilmeye uygun hale getirilmiş hem de yolcuların ve havalimanının emniyeti tehlikeye düşürülmüştür. Saldırığı gerçekleştirenlerin kim olduğu belirlenmemiştir. Bahsi geçen olay, hava araçlarının siber saldırılara karşı ne kadar savunmasız olduğunu ortaya koymuştur. Zaten hava araçlarına yönelik sabotaj eylemleri ve diğer saldırıların, hava aracını kaçırmaya yönelik saldırılara nazaran gerçekleştirilme ihtimali daha yüksektir. Bu tarz siber saldırılar hava hukukunda, engellenmedikleri takdirde çok büyük zararlar verebilecek nitelikte uluslararası hukuka aykırı eylemleri oluşturmaktadır.

1985 yılına kadar Chicago Sözleşmesi'nin 17. ekinde yapılan değişiklikler (ilk 7 değişiklik) daha ziyade hava araçlarının kaçırılması bakımından saldırıların önlenmesine yönelik olmuştur. 2001 yılında gerçekleştirilen terör saldırılarından sonra yapılan 10. değişiklik bir kenara bırakılırsa 1985 yılından sonra yapılan değişikliklerin hava hukukunda hava aracı kaçırma eylemleri dışındaki diğer saldırılara yoğunlaştığı görülmektedir.<sup>66</sup> Siber saldırıların gerçekleştirilmesinin kolaylığı ve bu saldırıların daha çok sabotaj eylemleri için kullanılması ihtimalinin bulunması nedeniyle bu yaklaşımın siber saldırıların önlenmesi hususunda da faydalı olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hava aracını kaçırma eylemine uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin yapılan açıklamada da belirtildiği gibi, Tokyo ve Lahey Sözleşmeleri siber saldırılar doğrudan hava aracında gerçekleştirilmedikçe bu saldırılar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Montreal Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1 (b) ve 1 (d) paragrafları ile aynı zamanda hava aracı kaçırma eylemleri için de dikkate alınabileceği yukarıda değerlendirilen 1 (e) paragrafı, hava aracına yönelik gerçekleştirilecek saldırının doğrudan hava aracında gerçekleştirilmesi koşulunu aramaksızın, Montreal Sözleşmesi'nin siber saldırılar bakımından uygulanabilmesine imkan tanıyacak niteliktedir. Buna göre bir hava aracını tahrip edecek ya da ona zarar verecek ve onun uçuşa elverişliliğini ortadan

---

<sup>65</sup> <http://www.reuters.com/article/us-poland-lot-cybercrime-idUSKBN0P21DC20150622>

<sup>66</sup> ICAO, **The Convention on International Civil Aviation – Annexes 1 to 18**,  
[http://www.icao.int/safety/airnavigation/NationalityMarks/annexes\\_booklet\\_en.pdf](http://www.icao.int/safety/airnavigation/NationalityMarks/annexes_booklet_en.pdf).

kaldırarak nitelikte ya da uçuşu tehlikeye sokan saldırılar ile hava ulaştırma tesislerine veya bu tesislerin iletişim sistemlerine yapılan saldırılarla uçuşun tehlikeye düşürülmesi durumunda ve yanlış bilgilendirme ile uçuş tehlikeye düştüğünde Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bahsi geçen bütün eylemlerin siber saldırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda hava araçlarına yönelik sabotaj olarak değerlendirilip uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu tespitin yapılması Pekin Sözleşmesinin 1. maddesinin 1(d) paragrafı ile getirilen düzenlemeden çok da farklı değildir.<sup>67</sup> Montreal Sözleşmesi ve ilgili olduğu ölçüde Tokyo ve Lahey Sözleşmeleri çok uzun zamandan beri yürürlükte olmaları itibarıyla sorunlara yetersiz kalmaktadırlar.<sup>68</sup> Ancak özellikle Montreal Sözleşmesi'nin hükümlerinin siber saldırıların önlenmesi bakımından tamamen görmezden gelinmesi bu gerçeğin ötesinde yaratılmış ve kullanışsız bir yöntemi oluşturmaktadır. Dolayısıyla Montreal Sözleşmesi'nin 1/1(b), 1(d) ve 1 (e) maddeleri çerçevesinde Pekin Sözleşmesinde yer verilen ifadeye yakın bir kullanımın olduğu gerçeğinden hareketle, uluslararası hukukta siber saldırılar bakımından uygulanacak bir uluslararası antlaşma bulunmadığı tespitiyle sorumluluktan kaçmak yerine, soruna çözüm bulmak mümkündür.

Sonuç olarak, hem hava araçlarının kaçırılması hem de hava araçlarına yönelik gerçekleştirilen diğer saldırılar bakımından, uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde Montreal Sözleşmesi'nin görmezden gelinmemesi gerekmektedir. Hatta yeterli donanıma sahip olunması durumunda siber saldırıların hava aracından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu hallerde Tokyo ve Lahey Sözleşmelerinin uygulanmasının da mümkün olabileceği görülmektedir. Bu sebeple Pekin Sözleşmesi ve Protokolünü yalnızca yeni düzen yaratan uluslararası antlaşmalar olarak değerlendirmek yerine, oluşturulan yeni düzen ile eski düzeni bağdaştıran uluslararası hukuk kaynakları olarak kabul etmek daha doğru olur.

Bunun dışında ulusal ve uluslararası terörizme dair her türlü uluslararası antlaşma, uluslararası örgüt kararı ve devletlerin ulusal mevzuatları uygulama alanı bulacaktır. Siber saldırının ya da tehdidin niteliğinin belirlenmesi bakımından Siber Suç Sözleşmesi'nin de uygulanması önem arz etmektedir. Zira bu sözleşmeye taraf olan devletler, ulusal mevzuatlarını sözleşmeye uygun hale getirmek yükümlülüğü altındadırlar. Böylece hava hukukunda en çok ihtiyaç duyulan devletlerin işbirliğini geliştirmeleri ve mevzuatlarını uyumlu hale getirmeleri hususlarında siber saldırının türünün belirlenmesi

---

<sup>67</sup> Bkz. ARAFAH, s. 183.

<sup>68</sup> Xiangqian GONG, "The New Development of International Law on Civil Aviation Security: The Beijing Convention and Beijing Protocol of 2010", *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 4(1), 2011, s. 233.

bakımından ileri bir adım atılmış olmaktadır. Yalnız siber saldırı kavramını tamamen bilgisayar ve internet ağına bağlayan bir kapsam arayışında olmak yerine, teknoloji ve her türlü iletişim aracı dikkate alınarak içeriği doldurmak Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmelerinde olduğu gibi güncel sorunlarla baş edememe problemini ilerleyen yıllar için daha düşük seviyede tutmayı sağlayacaktır.

## **B. Hava Alanlarına ve İlgili Diğer Tesisler ile Altyapılara Yönelik Siber Tehditler Bakımından**

Havaalanına yönelik saldırıların önlenmesinin sağlanması yalnızca tesis olarak havaalanında alınacak önlemlere değil, havaalanının çevresinin ve havaalanında gelen ve giden hava araçlarına yönelik önlemlere bağlıdır. 1974 yılında Heatrow havalimanında taşınabilir hava savunma sistemleriyle (MANPADS) terörist bir eylem hazırlığında bulunulduğunun tespit edilmesi ve 1975 yılında teröristlerce hava savunma sistemi aracılığıyla füze gönderilmek üzereyken terörist eylemin engellenmesi bu görüşü desteklemiştir. 1975 yılından bu yana silah sanayinde yaşanan gelişmeler geçmişe nazaran benzer eylemlere karşı havaalanlarında daha üst düzey önlemler alınmasını gerektirmektedir.<sup>69</sup> Bu tür saldırıların bir de siber saldırı ile gerçekleştirilmesi ihtimalinin bulunması konuyu daha da içinden çıkılması zor hale getirmektedir.

2006 yılında ABD Federal Havacılık İdaresinin (FAA) Alaska'daki hava kontrol sistemini kapatmaya zorlayan; 2008 yılında Spanair Şirketine ait hava aracının kalkıştan kısa bir süre sonra düşmesi ve 154 kişinin ölümüne neden olan teknik arızanın kötü amaçlı yazılım nedeniyle gerçekleşmesine neden olan, Temmuz 2013 yılında İstanbul Atatürk ve Sabiha Gökçen Havaalanlarında dış hatlar pasaport kontrol noktasında sistemin kapanmasıyla pek çok uçuşun ertelenmesi sonucunu doğuran; 2013 yılı içerisinde ABD'deki 75 havaalanında kötü amaçlı yazılıma bağlı ortaya çıkan sorunlar, havaalanlarına ve havaalanlarıyla bağlantılı tesis ve altyapılara yönelik siber saldırıların kapsamını göstermek bakımından önemli örneklerdir.<sup>70</sup>

Spanair hava aracının düşmesine neden olan eylemde de görüldüğü üzere, hava aracına yönelik gerçekleştirilen bir saldırının aynı zamanda havaalanına ve onun altyapısına yönelik gerçekleştirilen bir saldırı olması da mümkündür.<sup>71</sup> Bu tür eylemler hava aracı ile havaalanına aynı anda tehdit

---

<sup>69</sup> Ruwantissa ABEYRATNE, "Civil Unrest and Airport and Aviation Security", Journal of Transportation Security, Vol. 4 (4), 2011, s. 289, 290.

<sup>70</sup> Bernard LIM, "Emerging Threats from Cyber Security in Aviation – Challenges and Mitigations", Journal of Aviation Management, 2014, s. 84.

<sup>71</sup> 11 Eylül saldırılarından sonra hava aracı ile havaalanına yönelik saldırıların önlenmesi aynı paydada değerlendirilen sorunlar haline gelmiştir. Esasında 11 Eylül saldırıları aynı anda

oluşturabilmektedir. Dolayısıyla özellikle siber saldırılar söz konusu olduğunda hava araçlarına yönelik gerçekleştirilen saldırılar ile havaalanlarına yönelik gerçekleştirilen saldırılar arasındaki keskin ayırım belirli yönlerden ortadan kalkmakta ve hava aracına yönelik bir saldırının bile havaalanına yönelik saldırı olarak değerlendirilmesi ihtimalini yaratmaktadır.

Havaalanlarına yönelik olarak gerçekleştirilebilecek siber saldırılar iki şekilde olabilir. Siber saldırı havaalanı altyapılarına yönelik gerçekleştirilerek, fiziksel bir terörist saldırının öncesinde havaalanındaki saldırılara yönelik önlemleri etkisiz hale getirebilir ya da yine havaalanı altyapılarına saldırarak sistemi kilitleyip ya da sistemin çökmesine neden olup hem hava alanını hem de hava araçlarını tehlikeye düşürebilir.<sup>72</sup> Her iki durumda da gerçekleştirilen eylem hava alanına yönelik bir siber saldırı niteliği taşıyıp, havaalanlarına gerçekleştirilen saldırılara ilişkin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde uygulanacak hukuk belirlenir.

Havaalanlarına gerçekleştirilen terörist eylemlere karşı 1/1(d) maddesi uyarınca Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanabilecek niteliktedir. Zira burada hava ulaştırma tesisleri ifadesi, havaalanı ve havaalanında yer alması muhtemel diğer tesisler ile altyapılardan oluşan bir bütünü ifade etmektedir. Montreal Protokolü de 2. maddesiyle Montreal Sözleşmesi'nin 1(bis)/b maddesi olarak hava alanlarını ya da havaalanında yer alan tesisleri tahrip etmeye veya ciddi zararlar vermeye yönelik saldırıları kapsam içerisine

---

hem hava araçlarının hem de havaalanlarının bir arada savunmasız olduğunun, dolayısıyla havacılığın savunmasız olduğunun teröristlerce ifşa edilmesidir. (Thomas A. DICKERSON, “**A Post September 11th Perspective on Airline and Airport Security, Ethnic Profiling, Unruly Passengers, Overzealous Attendants and Disabled Passengers**”, International Travel Law Journal, 2003(3), s. 152) Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde hava araçlarına yönelik kaçırma ve sabotaj eylemlerinin sadece hava araçlarına değil havaalanına yönelik uluslararası hukuka aykırı eylem anlamına geleceği sonucu çıkmaktadır. Aynı şekilde havaalanını tehdit eden bir eylem, hava aracına yönelik saldırının ilk aşaması olabilmektedir. Bir başka ifadeyle havaalanına yönelik saldırı aynı zamanda hava aracına yönelik de bir saldırı olmaktadır. Bu durum özellikle siber saldırılar bakımından gerçekleşmesi çok mümkün bir senaryodur.

<sup>72</sup> Havaalanı altyapılarına yönelik saldırılar yaygın olarak iletişim, seyrüsefer ve gözetleme sistemleri ile hava trafiği yönetimine yönelik olarak gerçekleştirilir. Hava trafiğinin yönetilmesine yönelik gerçekleştirilen siber saldırılar, altyapılara karşı gerçekleştirilen saldırılar arasında en önemli hasarı verebilecek nitelikte olanlardır. Radyo iletişim araçlarına yönelik saldırılar da bu çerçevede siber saldırı olarak değerlendirilir. (Stefan A. KAISER and Martha MEJIA-KAISER, “**Cyber Security in Air and Space Law**”, German Journal of Air and Space Law (Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht), Vol. 64(2), 2015, s. 400, 401.) Hava trafiğinin tehlikeye düşürülmesine yönelik eylemler hava aracının kalkması veya inişi esnasında yanlış yönlendirilmesine, hava aracının düşmesine ya da hava aracının kalkışını düzgün gerçekleştirememesi nedeniyle hava alanında ölümcül sonuçların doğmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu sebeple, havaalanı tesislerine yöneltilen her türlü siber saldırı terörist bir eylem niteliğini taşır.

almıştır. Gerçekleştirilecek saldırının fiziksel bir saldırı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple Montreal Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması bakımından bir sakınca görülmemektedir.

Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu Ekinde havaalanlarında silah, patlayıcı ve diğer tehlike arz eden cihazların belirlenmesi için gerekli önlemlerin alınması gerekliliği ifade edilmektedir.<sup>73</sup> X-ray cihazı gibi cihazlara uzaktan erişimle bu tür maddelerin havaalanına sokulmasının sağlanması da siber saldırı niteliği taşıyacaktır. Bu sebeple devletlerin Ek 17'de bahsedilen türden alacakları önlemlerin engellenmesine neden olan siber saldırılar da bu kapsam içerisinde yer almaktadır.

Tartışılması gereken Tokyo ve Lahey Sözleşmesi hükümlerinin de uygulama alanı bulmasının mümkün olup olamayacağıdır. Tokyo ve Lahey Sözleşmelerinde belirtilen türden saldırı eylemleri havaalanını da tehdit edebilecek nitelikte olmasına rağmen doğrudan havaalanı saldırıları bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Fakat konunun karışıklığı bakımından hava araçlarının kaçırılması, hava araçlarına yönelik sabotajlar ve havaalanları ile tesis ve altyapılara yönelik siber saldırıların ayrıştırılmasında sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple saldırının ne amaçla gerçekleştirildiğinin belirlenmesindeki zorluk veya birden fazla amacın aynı anda bulunması nedeniyle hangisinin dikkate alınacağı tartışmalı olması, Montreal Sözleşmesi dışında diğer sözleşmelerin de uygulama alanı bulması sonucunu doğurabilir. Siber saldırı, yalnızca aşağıda ele alınan yetkili devletin belirlenmesi bakımından değil uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi bakımından da sorunlar yaratmaktadır. Montreal Sözleşmesi'nin 1/1(d) maddesi ile Pekin Sözleşmesi'nin 1/1(d) maddesi aynı hükmü içermektedir. Pekin Sözleşmesiyle hava alanlarına yapılan saldırılar bakımından farklı bir hüküm getirilmemektedir. Dolayısıyla siber saldırılara ilk kez Pekin Sözleşmesiyle dikkat çekildiği ve diğer sözleşmelerdeki hükümlerin üstü kapalı olsa dahi siber sözleşmeler bakımından dikkate alınamayacağı yönündeki görüşlere itibar edilmemesi gerekir.<sup>74</sup>

### **III. SİBER SALDIRILARA İLİŞKİN YETKİ VE BU SALDIRILARA KARŞI GERÇEKLEŞTİRİLECEK EYLEMLERİN ULUSLARARASI HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNU**

Siber saldırılar, bir tehlike yaratabileceği gibi doğrudan zarara da neden olabilecektir. Dolayısıyla söz konusu eylemlere belirli sonuçların bağlanması

---

<sup>73</sup> Alan Khee-Jin TAN, "Recent Developments Relating to Terrorism and Aviation Security", in *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Eds. Victor V. RAMRAJ, Michael HOR and Kent ROACH, Cambridge/New York/Melbourne: Cambridge University Press, 2005, s. 237.

<sup>74</sup> Karşı görüş için bkz. ABEYRATNE, 2011, s. 343.

gerekmektedir. Bunlardan en önemlisi siber suç ve siber terörizm kavramlarının kesin kapsamalarının oluşturulup, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının işbirliği içerisinde uyumlu bir şekilde uygulanmasının sağlanmasıdır. Daha sonra devletlerin bu tür saldırılara karşı sahip oldukları yetki alanlarının belirlenmesidir. Hava hukukunda siber saldırılara ilişkin kesin bir hukuki rejim oluşturulamadığı için bu ihtiyacın öncelikle yürürlükteki mevcut uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca Pekin Sözleşmesi ve Pekin Protokolü ile oluşturulmaya çalışılan uluslararası rejimin BM ve ICAO karar ve uygulamaları çerçevesinde nasıl şekillendirilebileceğine yönelik bir takım hususlar üzerinde durulması gerekmektedir. Bu açıklamalar iki önemli sorunu ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle takip edilen izlerin saldırıyı gerçekleştirmeyen bir kişiyi saldırgan olarak göstermesi durumunda ne şekilde hareket edileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İkinci sorun ise gerçekleştirilen eylemin bir devlet tesisinden çıktığı anlaşılırsa ne şekilde hareket edileceğidir.

### **1. Siber Saldırlara Karşı Ulusal ve Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gerçekleştirilebilecek Karşı Eylemler ile Devletlerin Kullanacakları Yetkilerin Ülkesel Sınırlarının Belirlenmesi**

Uluslararası sivil havacılığa yönelik gerçekleştirilen eylemlerin engellenmesi önde gelen sorunlardan birisidir. Siber saldırılara bağlı ortaya çıkacak sonuçların hukuki rejiminin ortaya konması da bu çerçevede önem taşımaktadır. Siber saldırı amacına ulaşsa da ulaşmasa da hava aracını ya da havaalanını tehdit etmiş olur. Saldırının amacına ulaşması durumundaysa ölüm hadiseleri de dahil olmak üzere elim sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu sebeple siber saldırının önlenmesine yönelik karşı önlemlerin alınması ile siber saldırıya ilişkin cezai ve hukuki sonuçların yürütülmesinde hangi devletlerin yetkili olacağıın tespiti önem taşımaktadır. Söz konusu soruların cevabı fiziksel bir saldırı bakımından Tokyo, Lahey ve Montreal Sözleşmelerinin ve konuya ilişkin diğer uluslararası antlaşmaların ve protokollerin ilgili hükümleri çerçevesinde verilebilecek olmakla birlikte, siber saldırı söz konusu olduğunda farklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle siber saldırıyı gerçekleştiren kişi bireysel olarak gerçekleştirdiği bir siber saldırıyı, saldırının muhatabı devletten başka bir devletin resmi birimleri aracılığıyla gerçekleştirirse, siber saldırının engellenmesi için verilebilecek karşılık bir başka devlete yönelik saldırı niteliğini de alabilecektir. İşte bu şartlar altında siber saldırı belirli bir uluslararası hukuk kuralı çerçevesinde değerlendirilip, o kuralın kapsamı içerisinde yetkilendirme yapılsa bile, kullanılan araçlar bu yetkinin kullanılması hususunda çatışmalar yaşanmasına neden olabilir.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Montreal Sözleşmesi'nin 14. ve Pekin Sözleşmesi'nin 20. maddeleri uyarınca taraflar arasında

Hava aracı kaçırma eylemlerine yönelik siber saldırılarda, saldırıyı gerçekleştiren kişinin hava aracında bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılabilir. Bu durumda saldırgan eğer hava aracında bulunarak söz konusu saldırıyı gerçekleştiriyorsa devletlerin kullanacakları yetkiler Lahey Sözleşmesi çerçevesinde ele alınabilir. Yalnız, bu tespitte bulunulabilmesi iki şartın varlığına bağlıdır. Siber saldırıyı hava aracında da gerçekleştirirse saldırganın tespit edilememesi ve saldırının bir iletişim ağı üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hava aracının ilgili aksamına yerleştirilen bir cihazın kumanda edilmesiyle yahut iletişim ağına girerek saldırıyı gerçekleştiren kişinin tespit edilip engellenmeye çalışıldığı halde saldırganın fiziksel şiddet ya da bir silah kullanarak söz konusu saldırıya devam etmesi artık siber saldırı değil fiziksel bir saldırı halini alır. Ancak her iki durumda da Lahey Sözleşmesinde belirlenen yetki kurallarının uygulama alanı bulması gerekir.

Lahey Sözleşmesinin 4. maddesi saldırılar nedeniyle yetkili devletin belirlenmesinde bir öncelik sonralık ilişkisi yaratmamıştır. Buna göre hava aracının tescil devleti, hava aracının saldırganla birlikte ülkesine iniş yaptığı devlet veya hava aracını kiralayan kişinin işyeri adresinin bulunduğu, yoksa daimi ikametgahının bulunduğu devlet saldırıyı kovuşturma yetkisine sahiptir. Bu devletlerden hangisinin öncelikli olarak yetki sahibi olduğuna yönelik netlik bulunmamaktadır. Anılan devletlerin her birisi yetkilerini tesis etmek üzere gerekli ayarlamaları ve düzenlemeleri yaparlar. Sözleşmenin 6. maddesinin 4. paragrafı uyarınca eğer yetki kullanan devlet, hava aracının tescil devleti dışında bir devletse, tescil devletini bilgilendirir. Suçluların iadesi kurumunun işletilmediği durumlarda saldırganın vatandaşlığında bulunduğu devlet de bilgilendirilir. Ayrıca saldırıyla ilişkisi olan diğer devletlere de kullanılan yetkiye ilişkin bilgilendirmede bulunulur. Yetki sahasının belirlenmesi dışında, yetkiyi kullanan devletin ne tür bir cezai takibat uygulayacağı eylemi cezalandırıp cezalandırmayacağı veya suçluların iadesinin gerekip gerekmediği hususları devletler arasındaki ikili anlaşmalar ve devletlerin iç hukukları çerçevesinde aşılabilecek bir sorundur. Hava aracında gerçekleştirilen siber saldırılar

---

çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde görüşmelerden sonuç alınamaması durumunda, taraf devletlerden birisi tek taraflı olarak tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözümlenmesi talebinde bulunabilir. Bu talepten itibaren altı ay içerisinde hakem mahkemesinin oluşturulamaması durumunda taraflardan birisi uyuşmazlığı UAD'ye taşıyabilir. Montreal Sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bu şekilde tek taraflı olarak UAD'ye taşındığı örnek olan Lockerbie Davasıyla kural perçinlenmiştir. (Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, 27 February 1998, 1998 ICJ Rep., para. 53. Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, 27 February 1998, 1998 ICJ Rep., para. 53.)



bakımından farklı bir uygulama, Lahey Sözleşmesi'nin mevcut hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilemez.

Montreal Sözleşmesi'nin 1/1(e) maddesinin, yorumlanmak suretiyle hava aracını kaçırma eylemlerine uygulanması durumunda aynı Sözleşmenin 5. maddesi uyarınca saldırının gerçekleştiği ülke devletinin, tescil devletinin, hava aracının saldırganla birlikte iniş yaptığı ülke devletinin ve hava aracını kiralayan kişinin işlerinin merkezinin bulunduğu, yoksa daimi ikametgahının bulunduğu devletin yetkileri bulunmaktadır. Montreal Sözleşmesi'nin 1/1(e) maddesinde yer alan hüküm siber saldırılar bakımından önem taşımaktadır. Zira Montreal Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi Sözleşme'nin yetkiye ilişkin yarattığı içinden çıkılması zor düzenin olumlu bir şekilde işletilebilmesinin aracıdır. Montreal Sözleşmesi'nin 5. maddesinin Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesiyle örtüşmeyen 1(a) paragrafı, saldırının gerçekleştiği yer devletini yetkili kılmaktadır. Böylece saldırı nerede gerçekleşirse gerçekleşsin, siber saldırıyı gerçekleştiren kişiye ve saldırıya yönelik yetki kullanımı mümkün olabilecektir. Görüldüğü üzere Montreal Sözleşmesi'nin siber hava aracı kaçırma eylemlerine uygulanabileceğinin kabul edilmesi yetki sorununa bulunacak çözümü de kolaylaştırmaktadır. Lahey Sözleşmesinde değişiklik getiren Pekin Protokolü de Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesini Montreal Sözleşmesi'nin 5. maddesiyle hemen hemen aynı şekilde düzenlemektedir.<sup>76</sup> Tek fark 1(e) paragrafı olarak saldırganın vatandaşlığında olduğu devletin yetkilendirilmesidir. Bu sebeple yetki konusundaki çözümün zaten Montreal Sözleşmesi'nin şu ana kadar bahsedilen maddelerine Pekin Sözleşmesinde yer verilmesi olduğuna göre, Montreal Sözleşmesi'nin yorumlanarak uygulanma ihtimalinin göz önünde bulundurulması konuya çözüm bulunmasını sağlayabilecek niteliktedir.<sup>77</sup>

Hava araçlarına yönelik sabotaj eylemleri bakımından da siber saldırının hava aracında gerçekleştirilmesi durumunda Tokyo ve Lahey Sözleşmesi

---

<sup>76</sup> Sivil havacılıkta saldırıların önlenmesine ilişkin atıfta bulunulan bütün çok taraflı antlaşmalarda olduğu gibi, Pekin Sözleşmesinde de yetki kullanımına ilişkin zorunlu bir hükme yer verilmemektedir. (Aljandro PIERA and Michael GILL, "Will the New ICAO – Beijing Instruments Build a Chinese Wall for International Aviation Security?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, s. 208.)

<sup>77</sup> Montreal Sözleşmesinin bu konuda uygulanamaması yönündeki pozitif yaklaşım uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde anlaşılabilir bir tutumdur. Bununla birlikte Pekin Sözleşmesinde Montreal Sözleşmesinde yer alan hükümlere yer verilerek çözüme ulaşılmaya çalışılması, uluslararası toplumun daha farklı bir çözüm yolunu da benimsemediğini göstermektedir. O halde Montreal Sözleşmesi'nin siber saldırılarla sınırlı olacak şekilde hava aracı kaçırma eylemleri bakımından da uygulanması kısa vadede, geçici de olsa bir çözüm yolu olacaktır. ICAO'nun Tokyo, Lahey, Montreal, Pekin ve ilgili diğer uluslararası antlaşmalara taraf olunması çağırısı da sistemin mevcut sözleşmeler içerisinde bir arayış içinde olduğunu göstermektedir. (Bkz. ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 38-15[Consolidated statement of continuing ICAO policies related to aviation security]*, A38-15 (2015).)

ile Montreal Sözleşmesi'nin yetkiye ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Saldırının hava aracında gerçekleştirilmemesi durumunda Montreal Sözleşmesi'nin yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple yukarıda hava araçlarının kaçırılması durumunda yetkili devletin belirlenmesi bakımından dikkate alınması gereken hükümlere ilişkin yapılan yorumlara eklenecek bir şey bulunmamaktadır. Pekin Sözleşmesi 8. maddesinin 1(e) paragrafında Montreal Sözleşmesi'ne ek olarak saldırganın vatandaşlığında olduğu devletin yetkili olması hususuna yer verilmektedir.

Hava alanlarına yönelik gerçekleştirilen eylemler bakımından da Montreal Sözleşmesinde, yetkili devletin belirlenmesi bakımından farklı bir hükme yer verilmemektedir. Bununla birlikte Montreal Protokolüyle Montreal Sözleşmesi'nin 2(bis) maddesi olarak eklenen hüküm havaalanlarında kişilerin ciddi şekilde ölmesine ya da yaralanmasına neden olacak eylem ya da şiddet kullanımı ve havaalanlarında tahribat yaratan ve ciddi zarar veren eylemlere karşı Sözleşmeciler tarafların hepsinin yetkisini tesis etmek için gerekli düzenlemeleri yapabileceği hükmüne yer verilmektedir. Bu çerçevede havaalanlarına ve ilgili tesis ile altyapılarına yönelik gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı saldırılar sebebiyle bütün devletlerin yetki kullanması durumu söz konusu olacaktır. Fakat devletlerin bu yetkileri kullanmalarının kendi aralarında anlaşmalarına bağlı olduğu gerçeği, havaalanına yönelik saldırılar konusunda çok da büyük bir ilerleme sağlanamaması sonucunu doğurmuştur.<sup>78</sup>

Siber Suç Sözleşmesi de siber saldırılara ilişkin devletlerin kullanacakları yetki hakkında hüküm içermektedir. Sözleşmenin 22. maddesi uyarınca sözleşmenin taraflarından her birisi Sözleşme'nin 2-11 maddeleri arasında tanımlanan suçlara ilişkin yetki kullanmak adına gerekli düzenlemeleri yapabilirler. Hava hukukunda 2. maddede yer alan yasa dışı erişim, 3. maddede yer alan yasadışı müdahale, 4. maddede yer alan verilere müdahale, 5. maddede yer alan sistemlere müdahale, 6. maddede yer alan cihazların kötüye kullanımı suçları uluslararası hava hukukunda gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylemlere de vücut verebilir. 22. madde uyarınca suçun taraf devletlerden birinin ülkesinde işlenmesi, taraf devletlerden birinin hava aracında işlenmesi veya 3. devlet ülkesinde taraf devletlerden birinin vatandaşı tarafından işlenmesi durumunda taraf devletlerden her birisi yetkili olacaktır. Bu şartlar altında hava aracı kaçırma eylemlerine, hava araçlarına yönelik sabotaj eylemlerine ya da hava alanlarına ya da ilgili tesis ve altyapılara yönelik eylemlerde aynı zamanda Siber Suç Sözleşmesine taraf

---

<sup>78</sup> Bin CHENG, "Aviation, Criminal Jurisdiction and Terrorism: The Hague Extradition/ Prosecution Formula and Attacks at Airports", in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, Eds. Bin CHENG and E. D. BROWN, London: Stephen and Sons Limited, 1988, s. 45.

olan bir devletin diğere bir taraf devletle beraber kullanacağı yetki ile buna taraf olmayan devletler veya taraf devletle taraf olmayan devlet arasındaki yetki belirlemesi farklılaşacaktır. Pekin Sözleşmesi ve Protokolü ile getirilmek istenen düzen de dikkate alındığında hava hukukunda siber saldırılara karşı Siber Suç Sözleşmesi'yle paralel bir sistem oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir.

Devletler, üzerinde durulan uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirilen siber saldırılardan doğan sonuçlara ilişkin yargısal ve idari her türlü yetkilerini kullanabilirler. Bununla birlikte devletlerin devam eden bir siber saldırıya karşı ne tür yetkiler kullanabilecekleri açık değildir. Uçuş emniyetini ortadan kaldıracak nitelikteki siber saldırılar, terörist eylem olarak nitelendirilmektedir. Ancak söz konusu siber saldırının sona erdirilmesi için gerçekleştirilebilecek eylemler sınırlıdır. Her şeyden önce bir siber saldırı hava aracında gerçekleştiriliyorsa, bu saldırıya son verilmesi için hava aracında her türlü fiziksel müdahalede bulunulabilecektir. Ancak siber saldırı hava aracının ya da hava alanının bulunduğu yerle ilgisi olmayan dünyadaki herhangi bir noktadan gerçekleştirilebilir. Eğer saldırıyı gerçekleştiren kişi tespit edilerek fiziksel olarak saldırı engellenebiliyorsa, saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı o kişinin bulunduğu devlet yetkili olacak şekilde müdahalede bulunulabilir. Bununla birlikte bir başka devlet ülkesinden gerçekleştirilen siber saldırıya ilişkin, saldırıdan etkilenen devletlerin veya ilgili birimlerin karşılık vermesi başka bir sorunu oluşturmaktadır. Zira bu tür saldırıların tespitinin zor olmasının yanı sıra, bir başka devletin iletişim ağına izinsiz girme ihtimali de ortaya çıkabilecektir.<sup>79</sup> Ayrıca bir resmi kurumdan gerçekleştirilen saldırılarda, saldırının gerçekleştirildiği ülke devletin rolünün bulunmaması durumunda, o devlete karşı gerçekleştirilecek bir saldırı durumu ortaya çıkacaktır. Bu sebeple bu tarz sorunların ortadan kaldırılması için devletler arasında çok taraflı ve iki taraflı uluslararası antlaşmalarla hukuki çerçevenin oluşturulması gerekmektedir. Siber saldırıyla mücadelenin yolu devletler arası işbirliğinden geçmektedir.

## 2. Siber Saldırıların Nedeniyle Sorumluluk

Siber saldırıların gerçekleştirilmesi ve devletlerin bu saldırıların karşılarına karşı uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde idari ve cezai yetkiler kullanması, süreci tamamen sonlandırmamaktadır. Bu saldırılar sebebiyle uçuşun tehlikeye

---

<sup>79</sup> Siber saldırılara karşılık verilmesi çok farklı sayıdaki hukuki sorunun çözümüne bağlıdır. Öncelikle uluslararası ve ulus ötesi prosedürel problemlerle karşılaşılır. Bunlardan en önemlisi yetki kullanım alanıdır. Siber saldırılara karşılık verilirken saldırganlara karşı egemen yetkilerin kullanılmadığı bir devlet ülkesinde karşılık verme olasılığı ortaya çıkar. Bu sebeple iki taraflı ya da çok taraflı uluslararası antlaşmalarla çözüm bulunmadıkça, siber saldırılara karşılık verilmesi, devletler arasında çok ciddi sorunlar ortaya çıkarabilir. (Eric Talbot JENSEN, "Cyber Deterrence", *Emory International Law Review*, Vol. 26, 2012, s. 803.)

düşmesinin yanı sıra maddi zararlar da meydana gelebilecektir. Ayrıca bireyler üzerinde de fiziksel zararların meydana gelmesi veya ölüm hadiselerinin vuku bulması da olasıdır. İşte bu sebeple devletlerin yetkilerini kullanırken meydana gelen tazminat sorumluluğuna ilişkin de bir süreci işletmeleri gerekebilecektir. Siber saldırılara karşı alınması gereken önlemlerdeki yetersizlikler veya idari ve yargısal yetkiler kullanan devletlerin bu anlamdaki yetersizlikleri de devletler arası sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

### **A. Saldırganın Sorumluluğu**

Siber saldırıyı gerçekleştiren kişi, her şeyden önce uçuş emniyetini tehlikeye düşürmektedir. Bu eylem uluslararası hukukta bir saldırı hatta terörist bir eylem olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte saldırıya ilişkin cezalandırma, uluslararası hukuk düzeni tarafından değil, ulusal hukuk düzenleri tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla saldırganın cezai ve hukuki sorumlulukları ancak iç hukuk düzenlerinde ileri sürülebilecektir.

### **B. Devletin Sorumluluğu**

BM Güvenlik Konseyi bütün devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde kendi vatandaşları ve diğer bütün insanları havacılık alanında gerçekleştirilen bütün hizmetler esnasında terörist eylemlerden korumakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Yine aynı kararında BM Güvenlik Konseyi insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle de vurgu yapmıştır. ICAO'nun konumuna da vurgu yapan BM Güvenlik Konseyi, devletlerin Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu eki çerçevesinde yapması gereken düzenlemeler ve eylemler olduğunu bunlara uyulmamasının etkin bir uygulamanın önüne geçip tehditleri arttıracığını belirtmiştir. Bu mücadeleye ilişkin teknoloji transferinin önemi üzerinde de özel olarak durmuştur.<sup>80</sup>

Sivil havacılıkta gerçekleştirilen saldırılara karşı devletlerin, yeterli önlemleri almamaları nedeniyle ihmalleri ya da saldırıyı geçiştirmedeki başarısızlıkları nedeniyle uluslararası sorumluluklarının doğması olağan bir sonuç olacaktır. Bu sebeple ilgili kurum ve kuruluşların davranışları neticesinde siber saldırılar nedeniyle meydana gelen uluslararası hukuka aykırı sonuçlar devletlerin uluslararası sorumluluklarının ileri sürülmesi sonucunu doğuracaktır.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> UN Security Council, *Security Council Resolution 2309 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Aviation security]*, 22 September 2016, S/RES/2309 (2016).

<sup>81</sup> Ruwantissa ABEYRATNE, *Aviation Security Law*, Springer/Heidelberg/Dodrecht: Springer, 2010, s. 42.

Devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin belirli bir uyum içerisinde hareket etmesini sağlamak için ICAO, çeşitli faaliyetler gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte ICAO bünyesinde alınan kararlar ve devletlere yönelik getirilen standartlar ile uygulama önerilerinin esnek hukuk kaynağı olarak ele alınması gerekmektedir. Her ne kadar Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesinin 37. ve 38. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde devletlerin ICAO'nun kararlarına uygun hareket etme yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşan yazarlar olsa da, uygulamada tam tersi örneklerle de karşılaşılmaktadır. Devletlerin ulusal hukuk düzenleri arasındaki uyumsuzlukları bildirmesi yönündeki SARPlara uygun hareket eden kadar etmeyen devletler de bulunmaktadır. Uygun hareket etmeyen devletlere karşı özel bir zorlama mekanizması yer almamaktadır.<sup>82</sup> Bununla birlikte ICAO'nun aldığı kararlar çerçevesinde hareket edilmemesi nedeniyle bir siber saldırıya maruz kalınması ve ciddi tahribat ya da zararların meydana gelmesi durumunda ICAO'nun istediği şekilde hareket etmeyen devletin sorumluluğu durumu söz konusu olabilecektir.

Siber saldırılara ilişkin ICAO Konseyi, 17 Kasım 2014 tarihinden itibaren geçerli olan Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu Ekinde yapmış olduğu 14. değişiklikle iki önemli konuya yer vermiştir. İlk olarak uçuş emniyetine yönelik önlemleri alacak makam olarak taraf devletlerin idari makamları işaret edilmiştir.<sup>83</sup> İkinci olarak da söz konusu idari makamlarda çalışan kişilerin siber saldırılar konusunda bilinçlendirilmesi ve bilgilendirilmesinin gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu Ekinde gerçekleştirilen bahsi geçen değişikliğin uluslararası hukuk bakımından etkileri olacaktır. Değişiklikte değinilen hususlara ilişkin gereğini yapmayan devletler bu eylemlerine bağlı olarak ortaya çıkacak bütün uluslararası hukuka aykırı sonuçlardan sorumlu olacaklardır. Bu çerçevede ilgili taraf devletin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun ileri sürülmesinin koşulları sağlanmış olacaktır. Yani ICAO tarafından oluşturulan sistem çerçevesinde bir uluslararası hukuka aykırılık meydana gelmemiş olsa dahi, uluslararası sorumluluğa ilişkin genel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde devletlerin uluslararası sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

BM Güvenlik Konseyi de 2309 sayılı kararında bütün devletlerin kendi ülkesel sınırları içerisinde yürütülen havacılık hizmetlerine yönelik terörist saldırılara karşı gerekli önlemlerin sağlanmasından sorumlu olduğunu belirtmektedir. Chicago Sözleşmesi'nin 17 No.'lu ekinin önemini vurgulamakta, bu kapsamda

---

<sup>82</sup> Paul Stephen DEMPSEY, "Compliance and Enforcement in International Law: Achieving Global Uniformity in Aviation Safety", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 30(1), 2004, s. 17.

<sup>83</sup> Ruwantissa ABEYRATNE, "Cyber Terrorism and Aviation: A Constructive Look at the Work of ICAO", Air and Space Law, Vol. 41(1), 2016, s. 33.

oluşturulan standartlara ve uygulama önerilerine uygun hareket edilmesinin zaruretini ortaya koymaktadır. ICAO'nun terörle mücadeleyle yönelik kuruluşlarla yaptığı çalışmalardan duyulan memnuniyet dile getirilmekte ve BM Terörle Mücadele Komitesi ile olan ilişkilerin devamlılığı üzerinde durulmaktadır.<sup>84</sup> BM Güvenlik Konseyi'nin 2309 sayılı kararının iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak Chicago Sözleşmesi'ne taraf olsun ya da olmasın bütün devletlerin ülkesel sınırları içerisindeki eylemlerinden uluslararası sorumluluğun doğabileceği yorumuna ulaşılmasını sağlamaktadır. İkinci olarak da çalışma boyunca üzerinde durulan ICAO'nun kilit konumuna vurgu yapmakta; ancak sivil havacılıkta terörizmin önlenmesine yönelik adımların terörizmle mücadeleye ilişkin kuruluşlarla ortak çalışmalar sonucunda atılabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak bu karar bir hususun daha tartışılması gerekliliğini yaratmaktadır. O da ICAO'nun uluslararası sorumluluğunun olup olamayacağıdır.

ICAO'nun aldığı kararlara uygun olarak hareket eden devletlerin siber saldırıların hedefi olması ya da ICAO'nun terörizm konusunda uzmanlaşmış uluslararası kuruluşlarla ortak hareket etmemesi sonucu devletlerin gerçekleştirdikleri uygulamalara rağmen siber saldırıların sonuç vermesi durumunda meydana gelecek uluslararası hukuka aykırılığın giderilmesinin sağlanmasında ICAO'nun tamamen konunun dışında bırakılması kabul edilemez. Yetkiler sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 2309 sayılı kararında belirtildiği üzere ICAO'nun öngördüğü SARPlara uygun hareket etmeyen devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğacağına yönelik yaklaşımın mefhum-u muhalifinden hareketle SARPlara uygun hareket eden devletlerin uğradığı uluslararası hukuka aykırı eylemlerden ICAO'nun uluslararası sorumluluğunun doğacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

## SONUÇ

Sivil havacılığa yönelik gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı siber saldırıların önlenmesinde uluslararası hukuk düzeninin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu yetersizliğin iki temel nedeni bulunmaktadır. En temel neden hava hukukunda meydana gelecek siber saldırılara ilişkin temel bir uluslararası antlaşma metninin bulunmamasıdır. Genel olarak sivil havacılığa yönelik saldırılar bakımından bir uluslararası düzen oluşturulmuş olsa da söz konusu düzenin siber saldırıları kapsayacak şekilde uygulanması mümkün görünmemektedir. Gerçekleştirilmesi muhtemel uygulamalar sınırları zorlayacak şekilde yapılacak yorumlara bağlıdır. Ayrıca devletlerin konuya

---

<sup>84</sup> UN Security Council, *Security Council Resolution 2309 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Aviation security]*, 22 September 2016, S/RES/2309 (2016).

ilişkin çok taraflı uluslararası antlaşmalarda düzenlenmiş saldırı tiplerine yönelik dahi bugüne kadar oluşturamadıkları işbirliğinin sağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

ICAO, sivil havacılığın karşılaştığı saldırılara ve terörist eylemlere karşı başat bir rol üstlenmekteyse de başarılı olma ihtimali çok yüksek görünmemektedir. Aldığı kararlar ve öncülük ettiği çalışmalar son derece yerinde tespitlerde bulunsa da bu tespitlere uygun hareket edilmesini sağlayacak zorlayıcı nitelikte uluslararası hukuk mekanizmaları bulunmamaktadır. BM tarafından alınan kararlar ve BM bünyesindeki çalışmalar da aynı sorunla karşılaşmaktadır. Görüldüğü üzere sivil havacılığın siber tehditlere karşı korunması, devletler arası işbirliğine bağlıdır. Devletlerin güncel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde böyle bir işbirliğini gerçekleştirmesini sağlamak da olası değildir. Bu sebeple yapılan açıklamalar çerçevesinde, mevcut düzenin daha işlevsel hale getirilmesi için ilgili uluslararası örgütler nezdinde daha etkin uygulamaların gerçekleştirilmesinin gerekliliği tartışmalıdır. Yalnız mevcut kuralların uygulanarak bir çözüm bulunması beklentisinde olmanın da bir fayda sağlamayacağı da açıktır. Çalışma boyunca anılan uluslararası örgütlerin yeni bir ulus-üstü düzenin oluşmasına çaba sarf etmesi gerekmektedir. Bu yolda da öncelikle uluslararası hava hukukunda siber saldırıların önlenmesi ve bu saldırılar neticesinde meydana gelen sonuçlar bakımından yetkili ve sorumlu devletleri belirleyecek bir uluslararası antlaşma yapılması olmazsa olmazdır. Devletleri yükümlülüklerine uygun hareket etmeye zorlayacak böylesi bir uluslararası antlaşmanın ve uluslararası örgütlenmenin hayata geçirilmesi yalnızca siber saldırılar bakımından değil, sivil havacılığın karşılaştığı diğer tehditler bakımından da zorunluluktur.

Uluslararası hava hukukunda karşılaşılabilecek siber saldırılara karşı, devletler arası işbirliği sağlanarak, mevcut uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde geçici bir uygulamanın hayata geçirilmesinin öncelikle hedeflenmesi gerektiği de göz ardı edilmemelidir. Zira bahsi geçen organizasyonun oluşturulması, devletler ortak paydada buluşsa bile, on yıllar alacak bir süreçtir. Sivil havacılığa ilişkin uygulanan uluslararası hukuk düzeninde çok fazla sayıda yenilik getirmeyen ve siber saldırılar bakımından geçici çözümün anahtarı olabilecek Pekin Sözleşmesi'nin bile henüz yürürlüğe girmemiş olması bunun göstergesidir. Ancak her halükarda bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip etkin bir uluslararası örgüte ihtiyaç duyulacaktır. Bu sebeple ister BM, ister ICAO bünyesinde ya da yeni bir uluslararası örgüt kurularak olsun, konuya ilişkin ulus-üstü bir hukuk düzeni olmaksızın sorunların giderilemeyeceği görülmektedir.

## KAYNAKLAR

### KİTAPLAR VE MAKALELER

ABDURRASYID, H. Priyatna, **“Growth and Development of Air and Space Law”**, Indonesian Journal of International Law, Vol. 8 (1), 2010, s. 59 – 81.

ABEYRATNE, Ruwantissa, **“Cyber Terrorism and Aviation: A Constructive Look at the Work of ICAO”**, Air and Space Law, Vol. 41(1), 2016, s. 25 – 39.

ABEYRATNE, Ruwantissa, **“Cyber Terrorism and Aviation – National and International Responses”**, Journal of Transportation Security, Vol. 4(4), 2011, s. 337 – 349.

ABEYRATNE, Ruwantissa, **“The Beijing Convention of 2010 on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation – An Interpretive Study”**, Journal of Transportation Security, Vol. 4(2), 2011, s. 131 – 143. (2011/a)

ABEYRATNE, Ruwantissa, **“Civil Unrest and Airport and Aviation Security”**, Journal of Transportation Security, Vol. 4 (4), 2011, s. 285 – 294. (2011/b)

ABEYRATNE, Ruwantissa, **Aviation Security Law**, Springer/Heidelberg/ Dodrecht: Springer, 2010.

ABEYRATNE, Ruwantissa, **“The Role of Civil Aviation in Securing Peace”**, International Journal on World Peace, Vol. 19(2), 2002, s. 53 – 81.

ABEYRATNE, Ruwantissa I. R., **“Terror in the Skies: Approaches to Controlling Unlawful Interference with Civil Aviation”**, International Journal of Politics, Culture and Society, Vol. 11(2), 1997, s. 245 – 282.

AKİPEK, Ömer İlhan, **Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu**, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1959.

ARAFAH, Andy Riadhy, **“Evolution of Terrorism Act Against Civil Aircraft”**, Indonesian Journal of International Law, Vol. 11(2), 2014, s. 177 – 189.

BİLSEL, Cemil, **Milletlerarası Hava Hukuku Cilt I**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948.

BOYLE, Robert P. and PULSIFER, Roy, **“The Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft”**, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 30(4), 1964, s. 305 – 354.

BUSUTTIL, James J., **“The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 31, 1982, s. 474 – 487.



CHENG, Bin, **“Aviation, Criminal Jurisdiction and Terrorism: The Hague Extradition/Prosecution Formula and Attacks at Airports”**, in **Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday**, Eds. Bin CHENG and E. D. BROWN, London: Stephen and Sons Limited, 1988, s. 25 – 52.

CHENG, Bin, **The Law of International Air Transport**, London/New York: Stevens & Sons Limited, 1962.

DE LEON, Pablo Mendes, **“The Role of International Law in Safeguarding Aviation Security”**, World Bulletin: Bulletin of the International Studies of Philippines, Vol. 14 (1-2), 1998, s. 81 – 92.

DEMPSEY, Paul Stephen, **Public International Air Law**, Montreal: McGill University Publish, 2008.

DEMPSEY, Paul Stephen, **“Compliance and Enforcement in International Law: Achieving Global Uniformity in Aviation Safety”**, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 30(1), 2004, s. 1 – 73.

DEMPSEY, Paul Stephen, **“Aviation Security: The Role of Law in the War Against Terrorism”**, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 41, 2003, s. 649 – 733.

DICKERSON, Thomas A., **“A Post September 11th Perspective on Airline and Airport Security, Ethnic Profiling, Unruly Passengers, Overzealous Attendants and Disabled Passengers”**, International Travel Law Journal, 2003(3), s. 148 – 156.

DIEDERIKS-VERSCHOOR, I. H. Ph., **An Introduction to Air Law**, Revised by Pablo DE LEON, Ninth Revised Edition, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

EVANS, Alona, **“Aircraft Hijacking: Its Cause and Cure”**, American Journal of International Law, Vol. 63(4), 1969, s. 695 – 710.

FIORITA, Dionigi M., **“Aviation Security: International Response”**, Albany Law Journal of Science and Technology, Vol. 3, 1993, s. 267 – 313.

FITZGERALD, Gerald F., **“Aviation Terrorism and the International Civil Aviation Organization”**, The Canadian Yearbook of International Law, Vol. 25, 1987, s. 219 – 241.

GONG, Xiangqian, **“The New Development of International Law on Civil Aviation Security: The Beijing Convention and Beijing Protocol of 2010”**, Journal of East Asia and International Law, Vol. 4(1), 2011, s. 232 – 234.

GÖKNİL, Mazhar Nedim, **Hava Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951.

GRANT, John P., **“Beyond the Montreal Convention”**, Case Western Reserve of International Law, Vol. 36 (2&3), 2004, s. 453 – 472.

GÜNEL, Reşat Volkan, **Uluslararası Havacılık Hukuku (International Aviation Law)**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

GÜNEYSU, Gökhan, **“Uluslararası Sivil Havacılığa İlişkin Hukuka Aykırı Eylemlerin Bastırılması Hakkındaki 2010 Pekin Sözleşmesi”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 83-84, 2011, s. 7 – 20.

HIRANO, Ryuichi, **“Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft”**, Japanese Annual of International Law, Vol. 8, 1964, s. 44 – 59.

HUDSON, Manley O., **“Aviation and International Law”**, American Journal of International Law, Vol. 24, 1930, s. 228 – 240.

IASIELLO, Emilio, **“Getting Ahead of the Threat: Aviation and Cyber Security”**, Aerospace America, July August 2013, s. 22 – 25.

JENSEN, Eric Talbot , **“Cyber Dterrence”**, Emory International Law Review, Vol. 26, 2012, s. 773 – 824.

JEYAKODI, Deepika, **“Cyber Security in Civil Aviation”**, The Aviation and Space Journal, Vol. 14 (4), 2015, s. 2 – 9.

KAISER, Stefan A. and MEJIA-KAISER, Martha, **“Cyber Security in Air and Space Law”**, German Journal of Air and Space Law (Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht), Vol. 64(2), 2015, s. 396 – 412.

KANG, Jerry , **“Cyber-Race”**, Harvard Law Review, Vol. 113 (5), 2000, s. 1130 – 1208.

KEYSER, Mike, **“The Council of Europe Convention on Cybercrime”**, Journal of Transnational Law and Policy, Vol. 12 (2), 2003, s. 287 – 326.

KÖNİ, Hasan S., **Uçaklara Karşı Girişilen Eylemlerin Uluslararası Hukukta Doğurduğu Sorunlar**, Ankara: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1977.

KROSS, Michael, **Scene of the Cybercrime**, Second edition, Syngress Publishing, 2008.

LIM, Bernard, **“Emerging Threats from Cyber Security in Avaition – Challanges and Mitigations”**, Journal of Aviation Management, 2014, s. 81 – 91.

MACKENZIE, David, **ICAO: A History of the International Civil Aviation Organization**, Toronto/Buffalo/London: University of Toronto Press, 2010.

MANKIEWICZ, R. H., **“The 1970 Hague Convention”**, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 37(2), 1971, s. 195 – 210.

MILDE, Michael, **International Air Law and ICAO**, Utrecht/Portland: Eleven International Publishing, 2008.

MILDE, Michael, **“The Chicago Convention – After Forty Years”**, Annals of Air and Space Law, Vol. 9, 1984, s. 119 – 131.

ÖKTEM, A. Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İkinci basım, İstanbul: Derin Yayınları, 2011.

SHUBBER, Sami, **“Aircraft Hijacking under the Hague Convention 1970 – A New Regime?”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22 (4), 1973, s. 687 – 726.

TAN, Alan Khee-Jin, **“Recent Developments Relating to Terrorism and Aviation Security”**, in **Global Anti-Terrorism Law and Policy**, Eds. Victor V. RAMRAJ, Michael HOR and Kent ROACH, Cambridge/New York/Melbourne: Cambridge University Press, 2005, s. 225 – 247.

URBAN, Jennifer A., **“Protocol to Ammend the Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity or A Sufficient Modernization”**, Indiana Law Review, Vol. 49(3), 2016, s. 713 – 743.

VAN PANHUYS, Haro F., **“Aircraft Hijacking and International Law”**, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 9(1), 1970, s. 1 – 22.

WITTEN, Samuel, **“Introductory Note to the Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation and the Protocol Supplementary to the for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft”**, International Legal Materials, Vol. 50, 2011, s. 141 – 159.

## **ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR**

Canada – Federal Republic of Germany – France – Italy – Japan – United Kingdom – United States: Joint Statement on International Terrorism, 17 July 1978, 17 I.L.M. 1285.

Convention on Cybercrime, 23/11/2001, 2296 UNTS 167, No. 40916.

Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection, 1 March 1991, 2122 UNTS 359, No. 36984.

Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, 14 December 1973, 1035 U.N.T.S. 167, No. 15410.

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, 23/09/1971, 974 UNTS 177, No. 14118.

Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16/12/1970, 860 UNTS 105, No. 12325.

Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft, 14/09/1963, 704 UNTS 219, No. 10106.

Convention on International Civil Aviation, 7/12/1944, 15 UNTS 295, No. 102.

International Convention against the Taking of Hostages, 17 December 1979, 1316 UNTS 205, No. 21931.

Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, 24 February 1988, 1589 U.N.T.S. 474, No. 14118.

## ULUSLARARASI DİĞER DÖKÜMANLAR

ICAO, **Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation (Security – Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference)**, Eighth Edition, International Standards and Recommended Practices, ICAO Publishing, 2006.

ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 39-19[Addressing Cybersecurity in Civil Aviation]*, A39-19 (2016).

ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 38-15[Consolidated statement of continuing ICAO policies related to aviation security]*, A38-15 (2015).

ICAO General Assembly, *General Assembly Resolution 16-37[Unlawful Seizure of Aircraft]*, A16-37 (1968).

IATA, *Resolution on the Threat of Terrorism to the Airline Industry*, 72nd IATA Annual General Meeting, 2 June 2016.

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 57/239 [Creation of a global culture of cybersecurity]*, 31 January 2003, A/RES/57/239 (2003).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 56/121 [Combating the criminal misuse of information technologies]*, 23 January 2002, A/RES/56/121 (2002).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 55/63 [Combating the criminal misuse of information technologies]*, 22 January 2001, A/RES/55/63 (2001).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 56/1 [Condemnation of terrorist attacks in the United States]*, 18 September 2001, A/RES/56/1 (2001).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 45/121 [Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders]*, 14 December 1990, A/RES/45/121 (1990).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 40/61 [Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes]*, 9 December 1985, A/RES/40/61 (1985).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 34/146 [International Convention against the Taking of Hostages]*, 17 December 1979, A/RES/34/146 (1979).

UN General Assembly, *General Assembly Resolution 32/8 [Safety of International Civil Aviation]*, 3 November 1977, A/RES/32/8 (1977).

UN Security Council, *Security Council Resolution 2309 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Aviation security]*, 22 September 2016, S/RES/2309 (2016).

UN Security Council, *Security Council Resolution 1566 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]*, 8 October 2004, S/RES/1566 (2004).

UN Security Council, *Security Council Resolution 1540 [Non-proliferation of weapons of mass destruction]*, 28 April 2004, S/RES/1540 (2004).

UN Security Council, *Security Council Resolution 1373 [Threats to international peace and security caused by terrorist acts]*, 28 September 2001, S/RES/1373 (2001).

UN Security Council, *Security Council Resolution 1269 [Responsibility of the Security Council in the maintenance of international peace and security]*, 19 October 1999, S/RES/1269 (1999).

UN Security Council, *Security Council Resolution 883 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 11 November 1993, S/RES/883 (1993).

UN Security Council, *Security Council Resolution 748 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 31 March 1992, S/RES/748 (1992).

UN Security Council, *Security Council Resolution 731 [Libyan Arab Jamahiriya]*, 21 January 1992, S/RES/731 (1992).

UN Security Council, *Security Council Resolution 332 [Situation in the Middle East]*, 21 April 1973, S/RES/332 (1973).

## MAHKEME KARARLARI

Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgement, 19 August 1972, 1972 ICJ Rep.

Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, 27 February 1998, 1998 ICJ Rep.

Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, 27 February 1998, 1998 ICJ Rep.

## İNTERNET KAYNAKLARI

CREAMER, Stephen, “**Cyber Security, Safety and Resilience**”, Presentation in the **Cyber Security Workshop**, 25th AVSEC World, 25 – 27 October 2016, <http://www.iata.org/events/avsec/Documents/avsec2016-day3-ws-cybersecurity.pdf>.

Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation, 10 September 2010, Depository: International Civil Aviation Organization, DCAS Doc. No. 21, [https://www.unodc.org/tldb/en/2010\\_convention\\_civil\\_aviation.html](https://www.unodc.org/tldb/en/2010_convention_civil_aviation.html).

ICAO, **The Convention on International Civil Aviation – Annexes 1 to 18**, [http://www.icao.int/safety/airnavigation/NationalityMarks/annexes\\_booklet\\_en.pdf](http://www.icao.int/safety/airnavigation/NationalityMarks/annexes_booklet_en.pdf).

ICAO, “**Aviation Unites on Cyber Threat**”, News Release, <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/COM.46.14.EN.pdf>.

ICAO, **Strategic Objectives: Security and Facilitation – Increased Efficiency and Effectiveness in Security Measures**, in **Annual Report of the ICAO Council: 2014**, <http://www.icao.int/annual-report-2014/Pages/progress-on-icaos-strategic-objectives-security-and-facilitation-increased-efficiency-security-measures.aspx>.

IFALPA, “**Cyber Threats: Who Controls your Aircraft**”, 14POS03, 5 June 2013, <http://www.ifalpa.org/store/14POS03%20-%20Cyber%20threats.pdf>.

Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 10 September 2010, Depository: International Civil Aviation Organization, DCAS Doc. No. 22, [https://www.unodc.org/tldb/en/2010\\_protocol\\_convention\\_unlawful\\_seizure\\_aircraft.html](https://www.unodc.org/tldb/en/2010_protocol_convention_unlawful_seizure_aircraft.html)

<http://www.reuters.com/article/us-poland-lot-cybercrime-idUSKBN0P21DC20150622>.

# HEKİMLERİN MESLEKLERİNİN UYGULANMASINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU

*The Penal Responsibility of Doctors Arised From The Performance Of Their Profession*

**Dr. Ceyda ÜMİT<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 22.05.2017

Kabul Tarihi: 15.09.2017

## ÖZET

Son derece teknik, kutsal ve özel bir alanda yürütülen hekimlik mesleğinin başka mesleklerle kıyaslanamayacak kendine özgü doğası tartışmasıdır. Faaliyet alanı ve sunulan tıbbi hizmetin özelliği, kaçınılmaz olarak hekimlerimizi ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getirmektedir. Hekimin ceza sorumluluğu; en geniş anlamda tıp mesleğini icra ederken ya da mesleğinin icrası dolayısıyla işlenmiş olabilecek eylemlerden sorumluluğu ifade eder. Her tıbbi müdahale, esasen kişinin vücut bütünlüğünün ihlali olduğundan, tıbbi girişimin sınırlarının belirlenmesi ve hukuka uygunluk şartlarının irdelenmesi gerekmektedir. Çalışmada; ceza sorumluluğunun temel ilkeleri ışığında hekimin tıbbi girişimini hukuka uygun kılan nedenler tartışılmakta; bu kapsamda hastanın rızası, aydınlatılmış onam, dikkat ve özen yükümlülüğü kavramları açıklanmakta ve konu açısından özel önem taşıyan taksirle öldürme ve yaralama, kasten öldürme, ihmali davranışla kasten öldürme gibi suçlar ile Türk Ceza Kanununda tanımlanan hekimlerin ceza sorumluluğuna neden olabilecek muhtemel diğer suç türleri incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kusur Sorumluluğu, Nedensellik Bağı, Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahale, Taksirli Suç, Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, Komplikasyon

## ABSTRACT

It is indisputable that physics, performed in an extremely technical, sensitive, sacred and special field has an inherent character which can not be compared with any other vocation. Due to the distinguished character of this sphere of activity and the speciality of medical services, doctors inevitably encounter with penal responsibility. The penal responsibility of doctors as a concept, comprises the liability of physicians from the possible penal actions fulfilled during the exercise of their profession or resulted from the practising of their metier. Each medical attention, regardless of the gravity of its scope, essentially is an infringement of the bodily integrity of a person, that is why it is important to explicate the conditions of legality of the medical interventions. This article details the conditions and reasons of the legality of medical interventions in the light of the general principles of criminal responsibility, explains the concepts of consent of the patient, the informed consent, obligation of care and solicitude; examines some significant offences which have of great importance for this topic such as reckless injury and recless killing, intentional killing and intentional killing by act of ommission and finally discusses some other possible actions defined in the Penal Law which result in the criminal liability of doctors.

**Keywords:** Defect Liability, Principle of Causality, Informed Consent, Medical Intervention, Negligent Offense, Obligation of Care and Solicitude, Complication

<sup>1</sup> Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi Başkanı, ceydaumit@ gmail.com; cumit@ adalet.gov.tr.

## GİRİŞ

Hekimlik, özel ve teknik bir alanda yürütülen son derece hassas bir meslektir. Hekimlerimizi ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getiren de, mesleğin başka mesleklerle kıyaslanamayacak kendine özgü doğası, faaliyet alanı ve sunulan tıbbi hizmetin özelliğidir. Hekimlerin ceza sorumluluğunun saptanması, hukuki ve teknik açıdan ayrıntılı inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Sorumluluğun sınırları, sorumluluğu kaldıran nedenler; hastanın içinde bulunduğu koşullar, hastalığın niteliği, bulunulan ortam, tıbbi müdahalenin özelliği, gerekliliği ve aciliyeti gibi pek çok etken göz önüne alınarak sorumluluk durumu irdelenmelidir. Yasa uygulayıcı makamların değerlendirmesi de; hiç kuşkusuz, ceza sorumluluğunun genel ilkeleri ışığında, ancak, hekimlik mesleğinin özellikleri göz önüne alınarak tıbbi müdahale konusu olayın özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Makale, hukukun oldukça zor ve karmaşık bir alanını ilgilendiren bu konuda, yasa uygulayıcı makamlar ve hekimlerin başvurabilecekleri kapsamlı bir araştırma niteliğindedir. Çalışmanın ilk Bölümünde; ceza hukukundaki suç kavramı ve ceza sorumluluğunun dayandığı esaslara göre tıbbi müdahale eyleminin suç sayılabilmesi için gereken koşullar ve tıbbi müdahalenin tipikliği kavramsal olarak açıklanmış, ikinci Bölümde; hekimlik mesleğinin icrasında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri tartışılmış, son Bölümde ise; tıbbi müdahalenin niteliği gereği hekimler açısından sıklıkla gündeme gelen kast ya da taksirle öldürme ve yaralama suçları ile hekimlik mesleği açısından önem taşıyan bazı suç türlerine değinilmiştir.

## I. CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASLARI: KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

Ceza hukukunda sorumluluk kavramından en geniş anlamıyla hak ve haksızlık değerlendirmesi anlaşılır: *'kim, ne zaman, hangi şekilde suç oluşturan eylemi işlemiştir, bu eyleme hangi hukuksal sonuçlar bağlanacaktır'* sorularının yanıtına göre sorumluluk belirlenerek, toplum yaşamı bakımından önemli olan değer ve yararların korunması amaçlanır<sup>2</sup>. Çalışma konumuz ile bağlantılı olarak ve konuya giriş açısından ceza hukukunda suç kavramına kısaca değinmek gerekir. Ceza hukukunda bir suçtan bahsedebilmek için; kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten ya da taksirle işlenen bir fiil olmalıdır. Suçun kanuni tanımı, tipiklik unsurudur, yani suçun tanımındaki unsurların gerçekleşmesidir. Tipikliğin maddi unsuru; kanunda öngörülen eylemin yapılması, suç tipinde belirtilen sonucun gerçekleşmesi ve hareket ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Tipikliğin manevi unsuru

---

<sup>2</sup> **HAKERİ, H.**, *Ceza Hukuku*, 10.baskı, (Adalet Yayınevi, 2011), s. 26; Yazar; ceza hukukunun ve suç politikasının temel ilkelerini; *hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesi, orantılılık ilkesi, insanilik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, kusurluluk ilkesi, şahsilik ilkesi ve 'şüpheden sanık yararlanır' ilkesi* olarak saymaktadır.



ise; hareketin faile isnat edilebilmesi için gerekli olan kast ve taksir ögesidir. Failin eylemi işlemekteki iradesi kusurlu olmalı, yani suç teşkil eden fiil kusur yeteneğine sahip kişi tarafından kusurlu irade ile işlenmelidir<sup>3</sup>.

Çağdaş ceza hukuku, kusur sorumluluğuna (*nulla poena sine culpa*), yani kusursuz ceza verilemeyeceği ilkesine dayanmaktadır<sup>4</sup>. Sadece sonuçtan doğan sorumluluk kabul edilemez. Sorumluluğun hukuki esası; failin hukuk düzenini ihlal eden davranışdır, bu nedenle, hukuk düzenini ihlal eden davranışın haksızlığı tespit edildikten sonra haksızlık bakımından kusurun bulunup bulunmadığı araştırılır. Kusur ise; suç teşkil eden fiilin kusur yeteneğine yani eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine<sup>5</sup> sahip olan kişi tarafından bilerek veya isteyerek (kasten) veya en azından bilerek (taksirle) yapılmasıdır. Tanımda geçen kast ve taksir ise; failin fiille olan subjektif ilişkisidir<sup>6</sup>.

Kast, kişinin iç dünyasında oluşan, fail açıklamadıkça başkaları tarafından kolay anlaşılamayan bir düşünce ve karardır. Tamamen failin düşünce alanıyla ilgili olan kastın varlığının tespiti, olay öncesi ve sonrasında failin hareketlerinin bir bütün olarak ele alınması ve dış dünyaya yansıyan davranışlarından sonuç çıkarılmasıyla belirlenir. Kişi, işlediği suçun maddi unsurlarının bütününe düşünmüş ve öngörmüş ise; *doğrudan kast*, belirli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik işlenen fiilin diğer bazı sonuçların oluşumuna muhtemelen neden olacağını öngörmüş ise; *olası kastla* hareket etmiş demektir<sup>7</sup>. Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir<sup>8</sup>. Öngörülen netice, istenmemesine karşın sonucun meydana gelmesi halinde bilinçli taksir hali bulunmaktadır<sup>9</sup>. Taksirle işlenen suçlardan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenmektedir<sup>10</sup>. Değerlendirmede; kişinin yaşı, eğitimi, sosyal durumu,

---

<sup>3</sup> HAKERİ, op.cit., 2011, s. 109-193.

<sup>4</sup> Ibid, s. 28.

<sup>5</sup> TCK 31 ila 34. maddeleri kapsamında düzenlenen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, geçici nedenler olarak da; alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma halleri, kusur yeteneğini etkileyen değerlendirme ölçütleridir. Bu kapsamda; cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (TCK 28. madde), haksız tahrik (TCK 29. madde) ve hata (TCK 30. madde) kusurluluğu azaltan veya kaldıran diğer hallerdir.

<sup>6</sup> HAKERİ, op.cit., 2011, s. 193.

<sup>7</sup> ALBAYRAK, M., Türk Ceza Kanunu, 8. baskı, (Adalet Yayınevi, 2011), s. 51; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 21. madde; 'Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.' düzenlemesini içermektedir.

<sup>8</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 22 (2). madde.

<sup>9</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 22 (3). madde.

<sup>10</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 22 (4). madde.

kişisel gelişimi, ekonomik durumu gibi etkenler dikkate alınacaktır<sup>11</sup>. Kısaca, taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksirde ise öngörülebilir nitelikteki sonucu öngörmemesi, her iki kavramı ayırt edici unsurlardır. Kast-taksir kombinasyonuna dayalı eylemde ise; neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç oluşmaktadır<sup>12</sup>. Bu suçtan bahsedebilmek için, fail belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik ilk hareketini kasten gerçekleştirmeli, failin kasten yaptığı bu hareketinden dolayı istenmemiş olan ağır veya başka bir netice meydana gelmeli, ilk hareket ile netice arasında nedensellik bağı olmalı ve failin ağır veya başka neticeden sorumlu tutulması için meydana gelen neticeye yönelik en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir<sup>13</sup>.

Suçun maddi ve manevi unsurlarına uygun, tipik olan eylem, aynı zamanda hukuka aykırılık unsurunu da taşır, hukuka aykırılık suçun yapısal unsurlarından biridir. Ancak hukuka uygunluk nedeni varsa, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmez<sup>14</sup>. Hakeri'nin de belirttiği gibi, ceza normları kural, hukuka uygunluk nedenleri istisnadır<sup>15</sup>. Yazar, hukuka uygunluk nedenlerini; hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getiren nedenler olarak tanımlamaktadır. Hukuka uygun emrin yerine

---

<sup>11</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.11.2009 tarih, 2009/185 esas, 2009/273 karar sayılı ilamında taksir sorumluluğu ayrıntılı olarak açıklanmıştır; Neticenin fail tarafından bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen sonucun meydana gelmesine kayıtsız kalınması halinde olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle sonucun meydana gelmesinin engellenmediği durumda basit taksir hali bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **SAVAŞ, H.**, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpractis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*, 3. baskı, (Seçkin, 2013), s. 199-202.

<sup>12</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç; TCK 23. maddede; 'bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir' şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>13</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 240-241.

<sup>14</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 131; Çakmut da; her hukuka aykırı hareketin suç olmadığını, bir fiilin suç olması için ceza yasasında düzenlenmiş suç tiplerinden birine uygun olması ve fiilin işlenmesinden önce yasada tanımlanmış olması gerektiğini, bu durumun, suçta ve cezada yasallık ilkesinin gereği olduğunu söylemektedir, ayrıntılı bilgi için bkz: **ÇAKMUT, Y.Ö.Ç.**, 'Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam', içinde, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, s. 22-23.

<sup>15</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 253.

getirilmesi<sup>16</sup>, kanun hükmünü icra<sup>17</sup>, meşru savunma<sup>18</sup>, hakkın kullanılması<sup>19</sup> ilgilinin rızası<sup>20</sup> hukuka uygunluk nedeni olarak Ceza Kanunumuzda yer almaktadır<sup>21</sup>. Bu açıklamaların ışığında, ceza sorumluluğunun doğabilmesi için gereken koşullar özetle; fiilin ceza hukukunda suç olarak tanımlanan bir eylem olması, suç olarak tanımlanan eyleme dair sonucun gerçekleşmesi, failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağının olması, iradesi kusurlu olan failin aynı zamanda kusur yeteneğinin olması ve hukuka aykırılık unsurunu kaldıran hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması olarak sayılabilir.

Hekimlerin ceza sorumluluğu açısından da aynı ilke ve esasların geçerli olacağı kuşkusuzdur. Ancak, tıbbi müdahalenin amacı, konusu, özelliği itibarıyla hekimlik mesleğinin icrasında tıbbi müdahaleleri hukuka uygun veya hukuka aykırı kılan koşulların ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Hekimin cezai sorumluluğu, teknik anlamda tıp mesleğini icra ederken ya da mesleğin icrası dolayısıyla işlenmiş olabilecek eylemlerden dolayı sorumluluğu ifade eder<sup>22</sup>. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından hastalığın teşhisi, tedavisi, önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen her tür faaliyettir. Hekimin mesleğini yerine getirirken uyguladığı tıbbi müdahale, hastayı iyileştirmeye yönelik, aynı zamanda hastanın vücut bütünlüğü ve yaşam hakkıyla doğrudan bağlantılı olarak ifa edilen bir eylemdir.

---

<sup>16</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 24 (2). maddede; 'Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz' düzenlemesi vardır.

<sup>17</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 24 (1). madde; kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez, ilkesini düzenlemektedir.

<sup>18</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 25 (1). maddede; 'Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez' ibaresiyle meşru savunma hali tanımlanmıştır.

<sup>19</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26 (1). maddede; 'hakkını kullanan kimseye ceza verilmez' hükmü bulunmaktadır.

<sup>20</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26 (2). maddede; 'Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez' denilmiştir.

<sup>21</sup> Bu nedenler; Kanunun, ceza sorumluluğunun esaslarını düzenleyen ikinci kısmının ikinci bölümünde 'ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler' başlığı altında sayılmıştır. Hakeri; TCK 232 (2). maddede düzenlenen eğitim hakkının verdiği yetkiden kaynaklanan hareketlerin ve TCK 128. maddede düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamındaki eylemlerin de hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmektedir. Yazar, ayrıca, yükümlülüklerin çatışması durumunun da, ceza kanununda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu, ifade etmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz: **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 258-316.

<sup>22</sup> **KEYMAN, S.**, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt::35, Sayı:1, Yıl: 1978, s.57, ([www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/](http://www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/) yıl 1978-cilt-35-sayı -1-4), (siteye giriş tarihi: 22.03.2016).

Bu bağlamda, tıbbi müdahale eyleminin suç sayılıp sayılmayacağı, yani, hekimin tıbbi müdahale eyleminde tipiklik unsurunun bulunup bulunmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi müdahalelerin tipik olmadığı yönündeki görüşler; hekimin tıbbi müdahaleye konu hareketi ve faaliyetinin kanunda düzenlenen suç tipinde öngörülen hareket olmadığı, tıbbi müdahale hareketinin amaç itibarıyla vücut bütünlüğünü ihlal eden yaralama suçunun ya da yaşam hakkına karşı bir suç olan öldürme suçunun koruduğu hukuki değeri ihlal etmediğı, hekimin zarar verme kastı olmadığından suçta manevi unsurun bulunmadığı yönünde gerekçelere dayanmaktadır<sup>23</sup>.

Tıbbi müdahalenin tipikliği ise; tıbbi müdahalenin niteliğı gereğı korunan hukuki değere açıklanmaktadır. Gerçekten de, tıbbi müdahale, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştiğı için kişinin yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, sağlığı gibi çok önemli hukuksal yararlarla doğrudan bağlantılıdır. Bu haklar hukuk düzeninin koruduğı, herkese karşı ileri sürülen, herkesin saygı gösterme ve ihlal etmeme yükümlülüğü olduğu haklardır, bu açıdan her tıbbi müdahale hukuka aykırılık unsurunu bünyesinde taşır<sup>24</sup>. Tıbbi müdahale sonucu, yaralanma, ölüm, sakatlanma, ciddi acılara katlanma gibi sonuçlar doğduğundan, tıbbi müdahale, kasten veya taksirle öldürme, kasten ya da taksirle yaralama suç türlerinin konusu olabilir<sup>25</sup>. Ancak, tıbbi müdahale sonucu meydana gelen her yaralama ya da ölüm olayının suç sayılması düşünülemez.<sup>26</sup> Tıbbi müdahale eyleminden dolayı ceza sorumluluğundan bahsedebilmek için de, suçun maddi ve manevi unsurlarının bir arada bulunması, yani hekimin tipik, hukuka aykırı, kusurlu eyleminin varlığı aranacaktır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması hali ise; hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Ceza hukukunda tipik olan fiilin hukuka aykırı olmasının kural, hukuka uygunluk nedenlerinin ise; istisna olduğu söylenebilir de; tıbbi müdahalenin amacı ve niteliğı, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenlerinin asıl olmasını gerektirir. Hukuka uygunluk nedenleri; tıbbi müdahalelerdeki hukuka aykırılığı

---

<sup>23</sup> **ŞAHİN, M.**, *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yayınlanmış Doktora Tezi, 2010, s. 272-274; Bu kapsamda; tıp mesleğinin kabul edilmiş kurallarına uygun gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin sonucu ne olursa olsun tipik olmadığı ya da tıbbi müdahale başarısız ise tipik olacağı yönünde de görüşler bulunmaktadır.

<sup>24</sup> **ADIGÜZEL, S.**, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:5, Sayı: 19, 2014, s .945-946, ([www.taa.gov.tr-basic-htm-page420](http://www.taa.gov.tr-basic-htm-page420)), (siteye giriş tarihi: 30.06.2017).

<sup>25</sup> **ŞAHİN**, op.cit., 2010, s. 272; Çalışmanın son bölümünde hekim tarafından tıbbi müdahale sonucu işlenebilecek kasten yada taksirli yaralama ve kasten veya taksirli öldürme suçları incelenecektir.

<sup>26</sup> Hasta Hakları Yönetmeliğı 12. maddede; 'teşhis, tedavi veya koruma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz, talep de edilemez' ibaresi ile tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı düzenlenmiştir.

kaldırıldığından, bunun sonucunda doğabilecek sorumluluğu önlemekte olup, aşağıda irdelenmektedir.

## II. HEKİMLİK MESLEĞİNİN İCRASINDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

Hekimlik mesleğinin icrasında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılığı yani haksızlığı kaldıran durumlardır. Tıbbi müdahalenin, ilke olarak, kişiyi tedaviye yönelik hukuka uygun bir eylem olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte; her tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem olduğundan, bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için hekimin tıbbi müdahale eylemini hukuka uygun kılan koşulların belirlenmesi gerekir. Hekimlik mesleğinin uygulanmasında asıl olan, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu; hakkın kullanılması, hastanın rızası, hakkın kullanılması ve hastanın rızasının birlikte bulunması, zaruret hali, hekimde zarar verme kastının olmaması gibi değişik görüşlerle açıklanmaya çalışılmıştır<sup>27</sup>. Ancak, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu; sadece veya birlikte hekime verilen yetkiye<sup>28</sup> ya da hastanın rızası koşuluna veya tıbbi müdahalenin amacı itibarıyla manevi unsurun olmayışına dayandırılmaz.

---

<sup>27</sup> Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu hakkın kullanılmasına dayandıran görüşe göre; hekim yasadan kaynaklanan mesleğini icra hakkını kullandığı için tıbbi müdahale hukuka uygundur, ancak, hekim hakkını icra ederken tedavi etme amacı ile hareket etmeli ve tıp mesleğinin kurallarına uygun davranmalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenini hastanın eyleme rıza göstermesine bağlayan görüşe göre; hastanın bilgilendirilerek müdahaleye izninin sağlanması gerekir, aksi halde hekim, eylemden sorumlu olacaktır. Hakkın icrası ile rızanın birlikte bulunmasını arayan görüşe göre; tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan asıl neden, hakkın icrasındır, ancak bu hukuka uygunluk nedeninin hukuki sonuçlarının ortaya çıkabilmesi için kanunda belirtilen istisnalar dışında hastanın rızası bulunmalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için; hakkın icrası, hastanın rızası ve tıp mesleğinin kurallarına uygun hareket edilmesi koşullarının birlikte bulunması gerektiği de ileri sürülmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu zaruret haline dayandıran görüş; hekimin hastanın yaşamını kurtarmak veya onu tedavi etmek için hareket ettiğinden tıbbi müdahalelerin zaruret hali içinde gerçekleştiğini, bu nedenle cezalandırılmayacağını öne sürer. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu, tıbbi müdahalede suçun manevi unsurunun bulunmaması ile açıklayan görüş ise; hekimin tedavi amacıyla hareket ettiği, hastanın yaşamına veya vücut bütünlüğüne zarar verme kastının olmadığı düşüncesine dayanır, ayrıntılı bilgi için bkz: **ŞAHİN**, op.cit., 2010, s. 280-287.

<sup>28</sup> Hakeri'ye göre de; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu hakkın kullanılması kavramıyla açıklamak modern tıp hukukunun gereklerine uymamaktadır, zira, bu durumda hastanın rızasına gerektiği gibi değer tanınmamakta, hekimin hakkını icra ettiği, mesleğini yerine getirdiği, kanunların verdiği yetkiyi yerine getirdiği, hastasının iyiliğini düşündüğü gerekçeleriyle tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir, **HAKERİ**, op.cit.,2011, s. 307; Şahin'in de belirttiği gibi, kişi kendi vücudu üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Kişinin bedeni üzerinde yapılacak tıbbi işleme onay verme ya da vermeme iradesi, kanunda getirilen istisnalar ve zorunlu haller dışında kısıtlanamaz. Ancak, rıza verme iradesinin sağlıklı oluşumu da önemlidir, **ŞAHİN**, op.cit., 2010, s. 285.

Diğer yandan, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya bir başkasını kurtarmak zorunluluğuna dayandıran zaruret hali de tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklamaya yeterli değildir<sup>29</sup>. Nitekim, Türk Ceza Kanununun 25(2). maddesi gerekçesinde; zaruret halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğu belirtilmiştir. Tıbbi müdahalenin amacı, konusu ve niteliği itibarıyla tıbbi müdahalelerde dayanılabilecek hukuka uygunluk nedenlerinin daha bütünsel bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin eski bir kararında; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için hekimin tıp mesleğini icraya yetkili olması, hastanın rızasının bulunması ve tıbbi müdahale eyleminin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalması gerektiği belirtilmiştir<sup>30</sup>.

Uygulamada da karma görüş olarak adlandırabileceğimiz bütünsel yaklaşım benimsenmiş olup, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için yetkili bir hekim tarafından hastanın aydınlatılmış rızası alınarak tıp biliminin ilke ve kurallarına göre, yani, dikkat ve özen yükümlülüğu çerçevesinde yapılması gerektiği kabul görmektedir<sup>31</sup>. Bu şekilde, hakkın kullanılması, hastanın rızası, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğu ölçütleri bir arada değerlendirilmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilme nedenlerinin dayanaklarına dair genel açıklamanın ardından; tıbbi müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması, tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınması, hastanın tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilmesi (aydınlatılmış onam) ve hekimin tıbbi müdahaleyi dikkat ve özen yükümlülüğu ilkesine uygun gerçekteştirmesi alt başlıkları ile tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan nedenler daha ayrıntılı incelenecektir.

## 1.TIBBİ MÜDAHALENİN YETKİLİ HEKİM TARAFINDAN YAPILMASI

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılması için yetkili hekim tarafından yapılması gerekir. 1219 sayılı Tababet ve şuabatı Tarzı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1. maddesine göre hasta tedavi etmek için tıp fakóltesi diploması sahibi olma şartı getirilmiştir. Kanunun 4.maddesine göre de; yabancı ölke tıp

---

<sup>29</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 25 (2). maddesinde; zaruret hali, 'gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez' ibaresiyle düzenlenmiştir.

<sup>30</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 07.03.1977, E: 1976/6297, K: 1977/2541.

<sup>31</sup> **şAHİN**, op.cit., 2010, s. 287; **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 307-308; Hakeri, ayrıca tıbbi müdahalenin yapılmasında tıbbi endikasyon bulunması koşulunun varlığını aramaktadır. Yazar, tıbbi endikasyonu; tıbbi, sosyal ve psikolojik endikasyon olarak geniş yorumlamakta, kan nakli gibi endikasyonsuz müdahalelerin rızaya dayalı olması ve konuyla ilgili yasal düzenleme bulunması halinde hukuka uygun kabul edilebileceğini belirtmektedir.

fakültelerinden mezun olan hekimlerin diplomalarının Türkiye'deki tıp fakültesi ders programı ve öğrenim süresine göre aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav evrelerinin tamamlanarak alınıp alınmadığının araştırılarak, sonucun olumlu olması ve izin verilmesi halinde yabancı ülke tıp fakültesi mezunu hekimlerin çalışmaları mümkün kılınmıştır<sup>32</sup>. Yani, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için hekimin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartı aranmamaktadır<sup>33</sup>.

Uzman hekimlerin ise; Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğine göre uzmanlık belgesi alması zorunlu olup, uzmanlık belgesi olmayanların uzmanlık ünvanı ve yetkisi kullanması mümkün değildir<sup>34</sup>. Belirli bir dalda uzmanlığı olan hekimin, uzmanlığı dışındaki bir alanda tıbbi girişimde bulunması olanaklı değildir. Kuşkusuz, bu yasaktan tıbbi zorunluluk hallerini istisna tutmak gerekmektedir. Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda ilk yardım ve müdahalede bulunacaktır<sup>35</sup>. Pratisyen hekimlerin yapacağı tıbbi müdahaleleri, uzman hekimler uzmanlık alanları dışında olsa dahi yapabilecektir<sup>36</sup>. Acil tıbbi zorunluluklar haricinde, hekimin uzman olmadığı halde veya uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahalede bulunması, olayın özelliği ve sonuca göre sorumluluk yaratabilecektir.

## 2.TIBBİ MÜDAHALE İÇİN HASTANIN RIZASININ ALINMASI

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan önemli bir unsur da hastanın rızasıdır. Kişinin kendi vücut bütünlüğüne ilişkin karar verme hakkı, hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Tıbbi müdahalede rızanın aranması, Anayasamızda güvence altına alınan, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı üzerindeki hakıyla yakından bağlantılıdır. Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir<sup>37</sup>. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişi rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz<sup>38</sup>. Türk Ceza

---

<sup>32</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 4. madde.

<sup>33</sup> Diş hekimleri için 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 30. maddesine göre; uzmanlık belgesinin yanı sıra, Türk vatandaşı olma şartı getirilmiştir. Yabancı ülke diş hekimliği fakültelerinden mezun Türk diş hekimleri de, aynı Kanunun 31.maddesi uyarınca diplomalarının denkliğinin kabul edilerek Sağlık Bakanlığı tarafından izin verilmesi halinde sanatlarını icra edebilecektir.

<sup>34</sup> Yönetmelik 27. madde.

<sup>35</sup> Hekimlik Mesleği Etik Kuralları 10. madde, ( Türkiye Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi, 10-11 Ekim 1998).

<sup>36</sup> **HAKERİ, H.**, *Tıp Hukuku*, 3. baskı, (Seçkin Yayıncılık, 2010), s. 91.

<sup>37</sup> T.C. Anayasası 17 (1). madde.

<sup>38</sup> T. C. Anayasası 17 (2). madde.

Kanunumuzda da kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilde ceza sorumluluğunun olmadığı düzenlenmiştir<sup>39</sup>.

Rıza; en genel anlamıyla tanı ve tedaviye izin vermeye yönelik irade açıklaması olup, hekimin eylemi açısından hukuka uygunluk nedenidir. Konumuz açısından varsayılan rıza kavramı da açıklanmalıdır. Rızanın açıkça beyan edilemediği, ancak içinde bulunulan koşullardan rızanın bulunduğunun varsayılabildiği hallerde, yani varsayılan rıza durumu da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşu; zorunluluk hali, vekaletsiz iş görme, izin verilen risk ve gerçek rızanın bir türü olmasına dayanan değişik gerekçeler ile açıklanmaktadır<sup>41</sup>. Varsayılan rıza; ilgilinin açık ya da zımnî rızasının alınamadığı durumlarda hekimin hastanın hukuksal yararına müdahale ettiği, ancak objektif ölçütler ile bilimsel ve vicdani kanaate göre hastanın önceki davranışları da göz önüne alınarak hastanın iradesinin saptanmasına yönelik bir değerlendirmedir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26 (2). madde.

<sup>40</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 306.

<sup>41</sup> şahin'e göre; zorunluluk hali, menfaatler arasında yapılan objektif değerlendirmede üstün menfaatin korunmasına dayanır. Aynı tahtaya tutunan boğulmak üzere olan iki kişiden birinin diğerini suya atması örneğinde olduğu gibi, korunma hareketinin ihlal ettiği hukuki değerin sahibi korunan hukuksal değerin sahibinden başka 3. bir kişidir ve fiile rıza göstermez. Varsayılan rızada ise; objektif bir değerlendirme ile hukuksal değer sahibinin bilinci yerinde olsaydı gerçeleştirilen fiile rıza göstereceği kabul edilir, varsayılan rıza ile hak sahibinin iradesi örtüşür. Vekaletsiz iř görmeye ise; failin hukuksal değer sahibinin menfaatine uygun hareket etmesi gerekirken; varsayılan rıza durumunda fiil kişinin menfaatine aykırı olsa bile varsayılan iradesine uygunsa hukuka uygun kabul edilmektedir. Varsayılan rıza, gerçek rızanın türü olarak da açıklanamaz. Gerçek rızada, fiil icra edildiği sırada hak sahibinin iradesini belirtmesine karşın; varsayılan rıza, 'kiři durumu bilseydi rıza gösterir idi' varsayımına dayanır. İzin verilen risk durumunda ise; fail ihlal ettiği hak veya menfaatin sahibinin gerçek iradesinin gerçeleştirdiği fiille örtüşeceği varsayımıyla hareket eder. Hak sahibinin gerçek iradesine ilişkin yaptığı değerlendirmenin yerindeliği hak sahibinin bilinci yerinde olsa ve görüşü alınabilse ne şekilde karar verebileceği objektif ölçütlerine göre tespit edilir. İzin verilen risk halinde; hak sahibinin bilincinin yerine gelmesinin beklenmesinde ortaya çıkacak zarar, kişinin bilinmeyen gerçek iradesine karşı bir fiilin gerçeleştirilmesi halinde ortaya çıkacak zarardan daha büyükse daha risksiz fiilin gerçeleştirilmesi hukuka aykırı değildir. Yazar, bu gerekçelerle varsayılan riskin hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünde izin verilen risk görüşüne dayanılabileceğini belirtmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz: **şAHİN**, op.cit., 2010, s. 211-222; Kangal da; varsayılan rızanın izin verilen riske dayanan bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu, ilgilinin gerçek rızasına ulaşılamayan durumlarda bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu doğacak risk karşılaştırıldığında daha az olanın sečilmesi gerektiğini, söylemektedir, **KANGAL, T.Z.**, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı:4, Yıl:2011, s. 232.

<sup>42</sup> **ADİGÜZEL**, op.cit., s. 972-973.



Temel ilke; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında rıza olmadan kişinin vücut bütünlüğü ve kişilik haklarına dokunulamamasıdır<sup>43</sup>. Bu temel ilkedeki ‘tıbbi zorunluluk’ ve ‘kanunda yazılı haller dışında’ kavramlarının incelenmesi gerekmektedir. Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rıza olmaksızın ve verilen rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye maruz bırakılamaz<sup>44</sup>. İlke açıktır; sadece kanunda açık hüküm olması halinde rızanın alınmaması, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı kılmayacaktır. Örneğin; Ceza Muhakemesi Kanununda üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması<sup>45</sup> ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümler<sup>46</sup>, bu kapsamda sayılabilir. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliğinde de, benzer düzenleme getirilmiştir<sup>47</sup>. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanundaki; açlık grevi veya ölüm orucunda olan hükümlülerin verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri halinde hayati tehlikeye girilmesi veya bilincin bozulması ile sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık ve hayatlarının ciddi tehlike içinde olması durumlarında derhal hastaneye kaldırılarak muayene ve tedaviye yönelik tıbbi araştırma, beslenme ve diğer tedbirlerin uygulanmasına dair

---

<sup>43</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 5 (d). madde;

<sup>44</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 22 (1). madde.

<sup>45</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 75 (1). maddede; ‘bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz’ hükmü bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, bu durumda yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartı getirilmiştir.

<sup>46</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 76 (1). maddede; ‘bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz’ hükmü bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, mağdurun rızasının varlığı halinde birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasının gerekmediği, belirtilmiştir.

<sup>47</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 22 (2) ve (3) madde düzenlemesine göre; bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi müdahaleye tabi tutulması, hakim kararına bağlıdır, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının talebi de yeterlidir.

düzenleme de<sup>48</sup>, kanunda yazılı hallerde, rıza olmasa dahi kişi üzerinde tıbbi müdahale yapılabilmesine imkan tanıyan hallere örnektir.

Kanunda yazılı hallerde rıza aranmadan kişiye tıbbi müdahalede bulunulması; kamu sağlığının korunması gibi üstün bir toplumsal menfaatin veya devletin cezalandırma yetkisini kullanması gibi devlete ait üstün bir hukuksal değerın bulunması ile açıklanır. Bu durumda, rıza olmaksızın kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine ilişkin bir düzenleme yapılırken, kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu bireysel hakkına oranla korunması gereken daha üstün bir menfaatin varlığı ve bu menfaatin toplumsal menfaatin korunmasında zorunlu olması aranacaktır<sup>49</sup>.

Diğer yandan, hastanın rızasının alınamadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde de, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir<sup>50</sup>. Trafik kazası sonucu komaya giren ve şuru yerinde olmayan, yaşınının kurtarılması için acil tıbbi müdahale gereken hastaya hekimin uygulayacağı tedaviye yönelik tıbbi müdahale bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu gibi durumlarda, yani rızanın alınamadığı, hayati tehlikenin olduğu, bilincin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybı veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelecek bir durumun varlığı halinde, mümkünse hastanın orada bulunan bir yakını veya kanuni temsilcisi, mümkün olmadığı takdirde hastanın yakını veya kanuni temsilcisi müdahale sonrasında bilgilendirilmeli ve hastaya yapılan tıbbi müdahaleler kayıt altına alınmalıdır. Hastanın bilinci açıldıktan sonra tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza alınmalıdır<sup>51</sup>. Bu düzenlemeden de rızaya verilen önem açıkça anlaşılmaktadır.

Tıbbi zorunluluk, hastanın rızasının alınmasına gerek duyulmayan genel bir neden olmayıp, ancak hastanın rızasının alınamadığı ve gecikmesinde sakınca

---

<sup>48</sup> 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 83 (2). maddede; 'beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak kaydıyla uygulanır', düzenlemesi bulunmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında da açlık grevi veya ölüm orucu dışında bir nedenden dolayı sağlık sorunu olan ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık ve hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık ve hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde, ikinci fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>49</sup> ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 301-302.

<sup>50</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24 (7). madde

<sup>51</sup> Ibid.

bulunan acil halleri karşılar<sup>52</sup>. Bunun dışında kalan tüm tıbbi müdahalelerde kişinin tedaviyi kabul ve ret hakkı vardır, tıbbi müdahale, “tıbbi zorunluluk” bulunduğu için değil ancak hasta ona rıza gösterdiği için hukuka uygun hale gelir. Hastanın tedaviyi açıkça reddettiği hallerde ise “tıbbi zorunluluk” bulunduğu gerekçesiyle kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilemez. Hasta Hakları Yönetmeliğindeki tıbbi zorunluluklar dışında kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaması ilkesi; yaşamın tehlikede olduğu, rıza almanın mümkün olmadığı durumlara ilişkindir.

Hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda rızası aranmadan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi, öğretilde zorunluluk hali ve varsayılan rıza kavramı ile açıklanmaktadır<sup>53</sup>. Zorunluluk haline dayanan görüş; bu gibi durumlarda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına karşılık, yaşam hakkını tercih eden hekimin tıbbi zorunluluk hali kapsamında hareket ettiğini kabul etmektedir. Bize göre; tıbbi zorunluluk, tek başına bir hukuka uygunluk nedeni olmadığından, Adıgüzel ve Kangal’ın da belirttiği gibi; kişinin bilincini kaybetmesi gibi acil durumlarda hayatının devamı açısından yapılan tıbbi müdahale, varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir<sup>54</sup>. Varsayılan rıza durumunda hastanın önceki davranışları da göz önüne alınarak hastanın iradesinin saptanmasına yönelik bir değerlendirme sonucunda hastanın yararına, hekimlik mesleğinin gerektirdiği önlemlerin alınması, gerekli müdahalenin yapılması gerekmektedir<sup>55</sup>. Hastanın içinde bulunduğu durum olmasaydı müdahaleye rıza göstereceği düşüncesi, yani, varsayılan rıza, müdahale açısından hukuka uygunluk nedenidir.

Kangal’a göre; hekim hastanın rızası ile gerçekleştirdiği ameliyat esnasında karşılaştığı bir bulgu nedeniyle hastanın rızasının kapsamını genişletecek yönde tıbbi müdahalede bulunamaz. Ameliyattan önce her tür risk ve komplikasyon konusunda hastayı bilgilendirerek, böyle bir ihtimal halinde yapılacaklar konusunda hastanın rızasını almak durumundadır. Önceden öngörülmeleyen bir bulgu veya komplikasyonla karşılaşılması halinde ise; ameliyatın yarıda bırakılmasından doğacak risk, ameliyatın genişletilmesi riskinden yüksek ise genişletmiş olduğu ameliyat varsayılan rıza kapsamında hukuka uygun olacaktır<sup>56</sup>. Bize göre; bu konuda Hasta Hakları Yönetmeliğindeki hüküm de dikkate alınarak<sup>57</sup>; hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken, yapılan

---

<sup>52</sup> ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 302.

<sup>53</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: ADIGÜZEL, op.cit., 2014, s. 972-973.

<sup>54</sup> KANGAL, T.Z., op.cit., s.237; ADIGÜZEL, op.cit., 2014, s. 973.

<sup>55</sup> ÇAKMUT, op.cit., s. 32-33; ÖZCAN, T.H., ‘Tıbbi Müdahaleler nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğunda Yargıtay Uygulaması’, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara Barosu Yayınları, 2007), s. 322.

<sup>56</sup> KANGAL, op.cit., 2011, s. 235.

<sup>57</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 31 (3). madde.

işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybı veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak ya da yaşamını yitirmesine neden olacak bir durum varsa, rıza aranmaksızın tıbbi müdahalenin genişletilebilmesi, varsayılan rıza kapsamında hukuka uygun kabul edilmelidir.

Bu bağlamda, rızanın konusu, rızaya ehliyet ve rızanın açıklanma şekline de değinmek gerekmektedir. Rıza; soyut ve genel olamaz, yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin olmalıdır<sup>58</sup>. Asıl tıbbi müdahale konusunda bilgi sunduktan sonra, bu tıbbi müdahaleye bağlı olarak zorunlu yapılması gerekenler bakımından tekrar bilgi verme ve rıza almaya gerek yoktur. Hasta belirli bir hekim için rıza göstermişse, hekim değışikliği halinde yeniden rıza alınmalıdır. Tıbbi müdahale konusundaki rıza, bu müdahalenin gerektirdiği işlemleri de kapsar<sup>59</sup>. Hukukta asıl olan her olayın, her vakianın kendine özgü koşulları çerçevesinde değlendirilerek sorumluluk tespitinin yapılmasıdır. Örnek senaryolar ile konuyu açıklarsak; hastanın aksi yöndeki iradesine karşın, rahim ve yumurtalığının alınması, hekim yönünden sorumluluk doğuracaktır. Buna karşın, Hakeri'nin de belirttiği gibi, bir spor hekiminin sporcunun rızası ile sporcuya doping maddesinin sağlık açısından zararlarını da anlatarak doping ya da benzeri maddeleri vermesi, yani kişinin rızası ile iyileştirme amacı taşımayan ve kişinin vücut bütünlüğünü olumsuz yönde etkileyici nitelikte müdahalelerde bulunması cezai sorumluluk doğuracaktır<sup>60</sup>.

Rıza; üzerinde tıbbi müdahalede bulunulacak kişi tarafından tıbbi müdahaleden önce ya da en geç müdahale sırasında açık ya da zımni<sup>61</sup> şekilde açıklanmalı ve ilgili tıbbi müdahale konusunda alınmış olmalıdır. Rıza verme yetkisi, hastaya aittir. Bilincin kapalı olması halinde rıza, hasta yakınlarından

---

<sup>58</sup> SAVAŞ, H., *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk*, 1.baskı, (Seçkin, 2007), s. 143.

<sup>59</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 31 (2). madde; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70(1).maddesinde de; hekimler ve diş hekimlerinin her tıbbi girişim için hastanın, hasta küçük ya da hacir altında ise veli veya vasisinin onayını alırlar, düzenlemesini getirmiştir. Büyük cerrahi girişimler için bu onay yazılı olmalıdır.

<sup>60</sup> HAKERİ, H., *op.cit.*, 2010, s. 337.

<sup>61</sup> Ameliyat önerilen hastanın hastaneye yatması, kan tahlili istenen hastanın laboratuara gitmesi, zımni rızaya işaretlerdir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70 (1). maddesine göre de; hekimler ve diş hekimleri her tür tıbbi girişim için hastanın, hasta küçük ya da hacir altında ise veli ya da vasinin onayını almalıdır. Veli ya da vasi yoksa veya bulunamıyorsa veya şahıs onay vermeye muktedir değilse onay olmadan müdahale yapılabilecektir. Düzenlemeye göre; büyük ameliyatlardan önce yazılı rıza almak gerekmektedir. Hasta küçük ya da kısıtlı ise her nevi tıbbi girişim için veli ya da vasinin muvafakati alınmalıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 90 (2) (g) maddesinde de insan üzerinde deney yapılabilmesi için yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rıza alınması gereği düzenlenmiştir.

alınır. Hak sahibi, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik gibi bir nedenle rızanın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden yoksun ise; kanuni temsilcisinin izni alınmalıdır<sup>62</sup>. Akıl hastası yönünden rıza açıklamasının bir istisnası vardır: Akıl hastası olan kişi tedavi yapılmadığında sağılığının zarar görmesi ihtimali bulunduğu takdirde, onayı alınmadan hastalığını tedaviye yönelik müdahaleye tabi tutulabilecektir<sup>63</sup>.

Küçük ya da hacir altındaki hastalarda veli ya da vasinin rızası yeterlidir<sup>64</sup>. Hastanın veli ya da vasisi yoksa veya hazır bulunamıyorsa ya da hastanın ifade gücü yoksa bu şart aranmayacaktır<sup>65</sup>. Kanuni temsilcinin muvafakatının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle müdahaleye iştiraki sağlanmalıdır<sup>66</sup>. Hukukta her değerlendirme olaya özgüdür. Hasta ne kadar küçük ise, rıza verme yeteneğinin azaldığı, tıbbi müdahale ne kadar ağırsa ebeveynin rızasını almanın gerekliliği kabul edilmelidir<sup>67</sup>. Tıbbi müdahalenin aciliyeti halinde küçüğün rızası ile yetinilebilir. Hakeri, hekimin tıbbi müdahaleyi zorunlu bulunduğu hallerde veli ya da vasinin rıza vermesi halinde çocuğun razı olmamasının önemi bulunmadığını, söylemektedir<sup>68</sup>. Bu durumda, rıza yokluğuna karşın müdahale 3. kişi lehine meşru savunma veya zorunluluk hali dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunulması tıbben zorunlu ise, velayet ya da vesayet altındaki

---

<sup>62</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 14. maddesine göre; bir kimse sağılığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyette belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise; sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eş, reşit çocuk, ana-baba, kardeş, sayılanlar yoksa hastanın yanında bulunan herhangi birinin rızasının alınması gerekmektedir.

<sup>63</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi 7. madde; Sözleşme, TBMM tarafından 5013 sayılı Kanunla 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiş olup, 25439 sayılı Resmi Gazetede 20.04.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>64</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24 (1). madde.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24 (2). madde

<sup>67</sup> Bize göre; kesin bir yaş sınırı belirlenmesinden ziyade, çocuğun ruhsal gelişimi, ayırt etme gücü, eğitimi, olgunluğu, riziko ve sonuçları kavrama yeteneği, kabiliyetine göre tıbbi müdahaleye rıza gösterme yetkisine sahip olup olmadığı değerlendirilerek, her olaya özgü çözüm bulunmalıdır. Ancak bu durum, 15-18 yaş arası için geçerlidir. Hasta Hakları Yönetmeliği 26.maddede; kanuni temsilcinin muvafakatının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük ya da mahcur hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştirakinin sağlanacağı, düzenlemesi mevcuttur.

<sup>68</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 157; Bize göre; şahsa sıkı sıkıya bağlı kişisel alanı ilgilendiren cinsel alanla ilgili tıbbi önlemlerde rıza yetkisinin daha erken yaşlarda başladığı kabul edilmeli ve olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır.

<sup>69</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 162-165. Yine acil hallerde, Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde sağılık tedbirine karar verilmesi ilgili yer Cumhuriyet Başsavcılığından talep edilebilecektir, bkz: Hasta Hakları Yönetmeliği 24 (3). madde.

hastaya tıbbi girişimde bulunulabilmesi, Türk Medeni Kanununun 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır<sup>70</sup>, bu durumda izin aranmadan müdahale yapılması, eylemi hukuka aykırı kılmayacaktır.

Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir<sup>71</sup>. Açıklama şekli önem taşımamakta, yazılı, sözlü, açık ya da zımni irade beyanı şeklinde dışı vurulması yeterli kabul edilmektedir. Önemli olan, hata, hile, zorlama, yanıltma, etki altında bırakma gibi durumlar olmadan rızanın serbestçe açıklanmış olmasıdır. Uygulamada, yazılı rıza alınmaktadır, ispat açısından da en güvenilir yöntem budur. Bu bağlamda muhtemel bir imza inkarına karşı, imzanın ilgiliye ait olduğu yönünde bir tasdik beyanının tanık huzurunda imzalatılması, olası ihtilafları önleyecektir. Uyuşmazlığa yol açabilecek tıbbi müdahaleler için yazılı bir rıza formu hazırlanmalı, yazılı formdaki bilgiler sözlü olarak hastaya aktarılmalı ve müdahaleyi yapacak hekim tarafından hastaya imzalatılmalı, bir örneği hastada diğer örneği hasta dosyasında muhafaza edilmelidir<sup>72</sup>.

### **3. HASTANIN TIBBİ MÜDAHALE KONUSUNDA BİLGİLENDİRİLMESİ (AYDINLATILMIŞ ONAM)**

Kişilik haklarının korunması, hak sahibinin vücut bütünlüğüne yönelik her tür girişim hakkında serbest karar alabilmesini gerektirir. Rıza ve aydınlatma birbirinin tamamlayıcısıdır. Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları konusunda bilgilendirilip aydınlatılması esastır<sup>73</sup>. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin yapılacak müdahaleyi tüm etkileri ve sonuçları ile birlikte bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir. Sadece aydınlatılmış rıza hukuken değer taşımaktadır. Konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde de sağlık alanındaki müdahalelerin ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

Aydınlatma; hastanın tıbbi müdahaleye izin verme ya da vermeme yönündeki iradesinin bilinçli bir şekilde oluşmasını sağlayıcı, izin verme yönündeki rızasının hukuken geçerli bir irade açıklaması olarak kabulüne

---

<sup>70</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 24 (4). madde.

<sup>71</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 28 (1). madde.

<sup>72</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 26. madde; Madde düzenlemesi, 28994 sayılı 08.05.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>73</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 31. madde.

<sup>74</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5. maddede; 'Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir' düzenlemesi vardır.

hizmet eden çok önemli bir ögedir. Karar verebilmesi için gerekli tüm bilgiler hastaya eksiksiz olarak sunulmalıdır. Tıbbi müdahalenin gerekliliği, kapsamı, sonuçları, muhtemel yan etkileri, riskleri, tedavi ve maliyet alternatifleri, müdahale sonrası uygulanacak bakım, cerrahın adı, uzmanlık durumu, tedaviyi uygulayan kurumun donanımı gibi tüm hususlarda hasta aydınlatılmalıdır<sup>75</sup>. Yani, hasta neye rıza verdiğini bilmelidir. Hastalığın muhtemel nedenleri, seyri, tıbbi müdahalenin kim tarafından nasıl ve nerede yapılacağı, süresi, varsa diğer tanı ve tedavi seçenekleri, fayda ve riskler, muhtemel komplikasyonlar, tedaviyi reddetmenin sonuçları, kullanılacak ilaçlar, tedavi sonrasında sağlanacak tıbbi yardım ve yaşam tarzı önerileri, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sunulacak bilgilerdir<sup>76</sup>. Henüz tanı konulamayan, kesin bulgu elde edilemeyen hastalıklara dair olasılıklar konusunda bilgilendirilme de, aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır<sup>77</sup>.

Diğer yandan, hastaya tıbbi müdahaleyi reddetmesinin sonuçları ve müdahale yapılmaması halinde hastalığın nasıl gelişeceği de açıklanmalıdır, önemli olan aydınlatma yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getirmektir<sup>78</sup>. Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi halinde yapılacak şey yoktur. Hasta Hakları Yönetmeliğinde; 'kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcisine veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılmaz' düzenlemesi mevcuttur<sup>79</sup>. Bu bağlamda, riskler ve olası faydalar hakkında aydınlatıldığı halde, kan naklini istemeyen hastaya, hekim kan nakli yapmamalıdır<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Aydınlatma yükümlülüğü; Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31.maddesinde, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarınının 26.maddesinde ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 7. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

<sup>76</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 15. madde.

<sup>77</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 341.

<sup>78</sup> Kanseri teşhisi ile ilgili bir testin tavsiye edilmesi, ancak testin yapılmaması halinde doğacak sonuçların anlatılmaması, eksik aydınlatma olarak kabul edilmelidir, bkz: **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 113.

<sup>79</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 25. madde; Maddede geçen 'kanunen zorunlu haller dışında' ifadesi, 'kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere hastanın rıza olmadan tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı' ilkesinin sonucudur, bu ilkenin yorumu ile ilgili hastanın rızasının alınması konusunda yaptığımız kanunda belirtilen yazılı hallerle ilgili açıklamalar, burada da geçerlidir.Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 21. maddede de; 'hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı gibi hasta haklarına saygı göstermek zorundadır' ifadesi yer almaktadır.

<sup>80</sup> **SAVAŞ**, op.cit., 2007, s. 229.

Tıbbi girişim sonucu ortaya çıkabilecek riskler konusunda da aydınlatma yapılmalıdır. Risk aydınlatması; müdahaleden sonra meydana gelmesi muhtemel ve önlenmesi konusunda tıp bilimi verilerinin kesin garanti vermediği sonuçları kapsmalıdır. Hastanın aydınlatılmadığı konularda gerçekleşmeyen riskten dolayı ise; hekim sorumlu değildir. Örneğin; felç riski konusunda aydınlatılmayan hastada müdahale sonrasında felç durumu oluşmamışsa sorumluluk doğmaz. Aydınlatılan konularda gerçekleşen ve hekimin tıbbi uygulama hatasının bulunmadığı durumlarda da sorumluluk doğmayacaktır<sup>81</sup>.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre; müdahalenin aciliyeti söz konusu olduğunda aydınlatmanın kapsamı daralacak, müdahalenin acil olmadığı hallerde ve büyük riskler taşıdığı durumlarda ise kapsamı genişleyecektir<sup>82</sup>. Son duruma örnek olarak, estetik operasyonlar gösterilebilir. Öte yandan, önceki başlıkta açıklandığı üzere; hastanın rızasının alınamayacağı istisnai hallerde; yani hayati tehlikenin olduğu, bilincin kapalı olduğu durumlarda ve rıza alınmadan tıbbi müdahaleye cevaz verilen kanunda yazılı hallerde, daha ağır sonuçların doğmasını önlemek bakımından aydınlatma yükümlülüğu aranmayacaktır. Nitekim, trafik kazası sonucu bilincini kaybeden hastanın hayatını kurtarmak için yapılan acil müdahalede bilgilendirilme koşulunun hukuka uygunluk nedeni olarak aranması, hayatın olağan akışına terstir<sup>83</sup>. Önceki Bölümde açıkladığımız rıza alınmasının olanaklı olmadığı durumlarda, yani, bilinci açık olmayan bir hastanın durumu nedeniyle bilgilendirilerek rızasının alınmasının mümkün olmadığı, hasta adına rıza açıklamasına yetkili yakını veya kanuni temsilcisine ulaşılamadığı hallerde makul bir hastanın uygun bir aydınlatmadan sonra müdahaleye rıza göstereceğinin kabul edilebileceği durumlarda rıza olmadan hekimin, hastasının hayatını kurtarma amaçlı olarak müdahale etmesi hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>84</sup>.

Tartışmalı bir konu da; hastanın içinde bulunduğu durum ve hastalığı dikkate alındığında, bilgilendirildiği takdirde hastadaki psikolojik etkiler nedeniyle hastalığının daha kötüye gideceğinin anlaşılması halinde hekimin aydınlatma görevini ifa edip etmeyeceğidir. Böyle bir durumda, hasta için

---

<sup>81</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 342.

<sup>82</sup> ÇAKMUT, op.cit., s. 16-17.

<sup>83</sup> Bkz.:Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 8.maddesinde; acil bir durum nedeniyle muvafakat alınamadığında ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahalenin derhal yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>84</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 135; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 9.maddesinde; 'müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan hastanın tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır' düzenlemesi bulunmaktadır.



kötü sonuçlar yaratmamak, sağlık durumunda düzelme sağlamak amacıyla hekimin iyileştirme amaçlı susmayı tercih edebileceği kabul edilmektedir<sup>85</sup>. Benzer düzenleme, Hasta Hakları Yönetmeliğinde de bulunmaktadır: Genel kabul, hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi halinde teşhisin saklanabileceği yönündedir. Bu durumda, hasta ya da yakınlarına bilgi verip vermeme hekimin takdirindedir<sup>86</sup>.

Aydınlatma kural olarak hastanın kendisine, müdahaleyi yapacak hekim tarafından yapılır. Hekim, hastanın ruhsal durumunu koruyacak şekilde teşhisi ve sonuçlarını söylemelidir<sup>87</sup>. Hastanın küçük, kısıtlı veya akıl hastası olması durumunda veli ya da vasi, hastanın şuurunun kapalı olması halinde ise yakınları bilgilendirilir. Tıbbi müdahaleden önce, karar vermesi için hastaya makul süre tanınarak bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Bilgilendirme, yazılı veya sözlü yapılabilir. Karşılaşılabilecek muhtemel ispat sorunları açısından aydınlatmanın da yazılı yapılması daha uygundur. Nitekim, uygulamada da sağlık kurumları, matbu form imzalatmaktadır. Savaş'a göre; hastada, hekimde ve kurumda kalacak şekilde formlar en az 3 nüsha olmalı, hastanın zaman ve mekanın farkında olarak onay verdiğini gösteren bilgileri içermeli ve hasta 'yeterince bilgilendirildiğini' el yazısıyla teyit ederek imzalamalıdır<sup>89</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ise; hastanın tıbbi müdahaleye verdiği rızanın sağlıklı iradesine dayanmasını engellediği için tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulunu kaldıracaktır. Örneğin; yeterince bilgilendirme yapılmadan ameliyata alınan hastanın ameliyat esnasında bazı organlarının alınması durumunda, müdahaleye izin verme iradesi sakat olduğundan tıbbi müdahale eylemi, hukuka aykırı hale gelecektir. Böyle bir davranış, yani irade sakatlığına dayanan rıza, aynı zamanda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının da ihlalidir<sup>90</sup>. Bu bağlamda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile bağlantılı bir kavram olan, hipotetik rızaya da değinilmelidir. Alman hukukunda ortaya çıkan bir kavram olan hipotetik rıza; aydınlatma yükümlülüğünün ihlali veya yanlış bilgi verilmesi nedeniyle gerçekte geçerli bir rıza bulunmadığı, ancak, sonradan hastanın gerçeği bilmesi veya kurallara uygun aydınlatılması halinde, müdahalenin gerekliliği nedeniyle rıza göstereceğinin anlaşılması ve tıbbi müdahalenin tıp bilimi kurallarına uygun yapılmış olması koşuluyla, hipotetik rızaya dayanarak hekimi ceza sorumluluğundan kurtaran bir kavram

---

<sup>85</sup> ÇAKMUT, op.cit., s. 17-20.

<sup>86</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 19. madde

<sup>87</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 18 (1). madde de; aydınlatmanın sade, tereddüt ve şüpheye yer vermeyecek şekilde hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir.

<sup>88</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 18 (5). madde.

<sup>89</sup> SAVAŞ, op.cit., 2007, s. 229.

<sup>90</sup> KANGAL, op.cit., 2011, s..26; ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 234.

olarak ortaya atılmıştır<sup>91</sup>. Buna göre, hipotetik rızanın gerçekleşmediğinin düşünöldüğü hallerde, eksik ve yanlış aydınlatma sonucu yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı kabul edilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; hipotetik rızada hastanın tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilerek gerçek iradesini öğrenme imkanı olduğu halde, yanlış veya eksik bilgilendirilmeye dayanarak tıbbi müdahale yapıldığından hipotetik rıza, varsayılan rızadan farklıdır. Bu özelliğı ile hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü doğru değıldir<sup>92</sup>.

#### 4. HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEYİ DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLKESİNE UYGUN GERÇEKLEŞTİRMESİ

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan; dikkat ve özen yükümlölüğü; tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde yapılmasıdır. Hasta Hakları Yönetmeliğindeki; ‘hasta modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz’ düzenlemesi de hekimlerin dikkat ve özen yükümlölüğüne işaret etmektedir<sup>93</sup>. Hastanın tıbben kendisine uygulanan yanlış tedaviyi fark etmesi ve karşı koyması beklenemeyeceğinden hekimin özen yükümlölüğüünün kapsamının tespitinde yüksek standartlar esas alınmaktadır<sup>94</sup>. Dikkat ve özen yükümlölüğü; sadece uygulanan tıbbi müdahale ve tedavi yöntemlerini değıl, hastanın özenle koruma altına alınmasını ve hastayı kontrol ve denetim altında bulundurmaya

<sup>91</sup> ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 228; Yazarın belirttiğı örnek olayda; Alman Federal Mahkemesi; hastanın izni ile yapılan ilk bel fitiğı ameliyatından sonra hastanın çekilen röntgeninde doktor hatası tespit edilmesi üzerine doktorun ilk ameliyattaki hatayı hastaya söylemeden, hastadan gerçeğı gizleyerek ikinci kez ameliyata gerek olduğunu bildirmesi üzerine hastanın rızası ile tekrar ameliyata alınması durumunda hipotetik rıza nedeniyle tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

<sup>92</sup> Ibid, s. 229-233; Yazar, isabetli olarak bir fiilin hukuka uygun olması için hukuka uygunluk nedeninin fiilin icrası sırasında bulunması gerektiğini, daha sonra hastanın doğru bilgi ile aydınlatılsa idi, tıbbi müdahaleye izin verip vermeyeceğini belirlemenin tam olarak olanaksız olduğunu, ayrıca, hipotetik rızanın kabulünün rıza alınmadan veya yeterli aydınlatmaya dayanmadan alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahaleleri, tıp bilimi kurallarına uygun yapıldıkları sürece hukuka uygun hale getireceğı düşüncesi ile hipotetik rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmaması görüşünü savunmaktadır; Kangal’a göre de; hipotetik rızada hastanın aydınlatılarak rızasının alınması mümkün iken, yapılmaması söz konusu olduğundan, hipotetik rıza fiili hukuka uygun kılmaz, KANGAL, op.cit., 2011, s. 225.

<sup>93</sup> Hasta Hakları Yönetmeliğı 11. madde; Yönetmeliğın 14. maddesinde de; ‘personel hastanın durumunun gerektirdiğı tıbbi özeni gösterir’ denilmiştir.

<sup>94</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 367, Tıbbi standart; hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış olan hekim tecrübesi, bilimin en son ulaştığı düzeyi ve tıp biliminin genel olarak tanınıp bilinen kurallarını ifade etmektedir,

da kapsayıcı şekilde geniş yorumlanmaktadır<sup>95</sup>. Hekimin tıbbi müdahale öncesinde, tıbbi müdahale esnasında veya tıbbi müdahale sonrasında mesleği gereği; hastanın şikayetlerini dinleyerek sağlık öyküsü alma, muayene yapma, aydınlatılmış onam alma, bilimsel tanı yöntemleri kullanma, uygun tedavide bulunma, tedavi sonrası takip etme, gelişmelere uygun olarak modern tıp bilimi kurallarına uygun müdahalede bulunma, tedavi sonrası takip etme gibi yükümlülükleri olduğundan, bahsedilen yükümlülüklere uyulması da, hekimden beklenen dikkatli ve özenli tıbbi müdahalede bulunma davranışı kapsamındadır.

Hastanın aydınlatılmış rızasına dayalı tıbbi müdahale, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapılmış ise; tedavi ve iyileştirme sonucu elde edilemese dahi, hekimin hastanın yaşam veya vücut bütünlüğüne aykırı haksız bir eyleminden ve kusurluluğundan, dolayısıyla da ceza sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu durum, dikkat ve özen yükümlülüğünün tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulu oluşunun sonucudur. Diğer yandan, Çalışmanın ilk Bölümünde incelediğimiz; taksirli suçun tanımındaki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ögesi; tıp bilimi ve kurallarına uygun, dikkatli ve özenli tıbbi müdahale yapma yükümlülüğü altında olan hekimleri, söz konusu yükümlülüğe uymama halinde taksir derecesinde kusurlu konuma getirmekte, taksirli hareketin yol açtığı sonuca göre hekimler açısından ceza sorumluluğu yaratmaktadır. Sözelimi; uzmanlık sınırının aşılması, tıbbi müdahalenin tıp bilimi kurallarına uygun yapılmaması, tıbbi müdahale öncesi ve sonrasında teşhis, tedavi ve takipte özen eksikliği, tanı ve tedavi hatası gibi durumlarda, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle, hekimin taksirle öldürme veya yaralama suçundan dolayı ceza sorumluluğu doğacaktır. Tıbbi müdahalede dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hekimin hangi şartlar altında taksirle öldürme veya yaralama suçundan sorumlu tutulabileceği, hekimlerin ceza sorumluluğuna yol açan eylem türlerini konu alan, sonraki Bölümde, yargı önüne gelen örnek olaylar da belirtilmek suretiyle incelenecektir.

### **III. HEKİMLERİN CEZA SORUMLULUĞUNA NEDEN OLABİLECEK MUHTEMEL DURUMLAR**

Hekimlik riskli, özel ve teknik bir alanda yürütülen, üst düzey uzmanlık gerektiren ve çok önemli hukuksal yararları konu alan son derece hassas bir meslektir. Hekimlerimizi ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getiren de, mesleğin başka mesleklerle kıyaslanamayacak kendine özgü doğası, faaliyet alanı ve sunulan tıbbi hizmetin özelliğidir. Asıl olan hekimlik mesleğinin uygulanmasında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığıdır. Önceki Bölümde incelediğimiz yetkili hekim tarafından hastaya gerekli açıklamaların yapılmasını müteakip hastanın

---

<sup>95</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 375.

rızası alınarak dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun tıbbi müdahalede bulunulması ölçütleri, hekimin eylemini hukuka uygun kılmakta, herhangi bir kusur isnadını bertaraf etmektedir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan koşullardan birinin yokluğu halinde ise; tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı nedeniyle ceza sorumluluğu doğmaktadır<sup>96</sup>.

Uygulamada, tıbbi müdahale eyleminden dolayı hekimleri sıklıkla ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getiren suç türü; taksirle öldürme veya yaralama suçudur. Tıbbi müdahale eyleminde hekimin kasıtlı davranışı ile ölüm veya yaralama sonucu oluşmuş ise; kasten öldürme veya yaralama suçu oluşacaktır. Bu kapsamda, daha çok hekimin ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediği durumlarla karşılaşmaktadır. Hekimlik mesleğinin icrasında kasten ya da taksirle öldürme veya yaralama suçlarının yanı sıra; çocuk düşürtme, görevi kötüye kullanma, irtikap, suçu bildirmeme gibi bazı özel suç türleri de gündeme gelmektedir. Diğer yandan, nispeten yeni bir kavram olan kişisel verilerin korunması alanında, hekim ile hasta ilişkisinin özelliği nedeniyle önem taşıyan hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme, verme, ele geçirme suçu ile kişinin vücut bütünlüğu ve yaşam hakkıyla yakından bağlantılı olan ve hekimlik mesleğinin icrasında da karşılaşılabilen organ ve doku nakli suçu ve insan üzerinde deney ve deneme yapma suçu, hekimlik mesleğinin ifasında hekimlerin ceza sorumluluğu açısından önem taşımaktadır. Sayılan suç türleri; çalışmanın alanımızın sınırlılığı ve amacı dikkate alınarak seçilmiş olup, bu Bölümün konusunu oluşturmaktadır.

## **1. KASTEN ÖLDÜRME, KASTEN YARALAMA VE KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ SUÇLARI**

Kasten adam öldürme suçuyla korunan hukuki yarar; kişinin yaşam hakkıdır<sup>97</sup>. Kasten öldürme suçu; hayata karşı suçlar arasında yer almaktadır. İnsan öldürme fiili, insanın hayatına ve beden bütünlüğüne yönelik olduğu ve yaşam hakkı, diğer tüm haklardan yararlanabilmek için ön şart niteliği taşıdığından, yaşam hakkına saldırı aynı zamanda diğer tüm haklara saldırı

---

<sup>96</sup> Bu bağlamda, tıbbi müdahale eyleminde suçun tipiklik unsurunun bulunup bulunmadığı ve suç sayılıp sayılamayacağı ilk Bölümde tartışılarak, esasen her tıbbi müdahale eyleminin vücut bütünlüğu ya da sonucuna göre yaşam hakkının ihlaline yönelik olduğu, bu itibarla hukuka aykırı sayılması gerektiği, ancak, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hukuka aykırılıksız unsurunun kalkacağı, bu nedenlerin bulunmaması halinde ise; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu eylemin varlığı nedeniyle suç sayılacağı ve ceza sorumluluğuna konu olacağı, açıklandığından bu Bölümde tekrar ele alınmamıştır.

<sup>97</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 3. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi, Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 6 (1) maddesi, Anayasamızın 17(1) maddesi ile yaşam hakkı koruma altına alınmıştır.

olup, bu yönüyle ağır cezai müeyyide öngörülmüştür.<sup>98</sup> Madde metninde 'bir insanı kasten öldürme' denildiğinden insan, doğumdan ölümüne kadar bu suçun mağduru olabilir. Ceninin insan niteliğine kavuşması için doğumun bitmesi gerektiğinden, doğumdan önceki safhada cenine yönelik hukuka aykırı eylemler, bu Bölümün alt başlığında incelenecek olan çocuk düşürme veya düşürtme suçunun konusunu oluşturacaktır. Kasten öldürme ve yaralama suçunun manevi unsuru kasttır. Kasten öldürmede kasıtlı olarak işlenen eylem sonucu mağdurun ölümü<sup>99</sup>, kasten yaralama suçunda ise; kasıtlı bir eylem ile başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunması hali söz konusudur<sup>100</sup>.

Mesleğinin özelliği gereği iyileştirme ve tedavi amacıyla davranması asıl olan hekimin mesleğinin icrası nedeniyle yaptığı eyleminde kasten adam öldürme veya yaralama kastı ile davranması, hayatın olağan akışında hekimden beklenmeyen bir durumdur. Nitekim, hekimlik mesleğinin icrasında gerçekleştirilen tıbbi müdahale eylemi nedeniyle hekimler açısından daha çok kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçları gündeme gelmektedir<sup>101</sup>. Kasten öldürme suçu gibi suçun kanuni tanımında belli bir fiilin icrasının yanı sıra, neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda söz konusu netice ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir<sup>102</sup>. Bu gibi durumlarda; kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi söz konusu olur. İhmal, kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmamasıdır<sup>103</sup>. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda; kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai

---

<sup>98</sup> **PARLAR, A., - HATİPOĞLU, M.,** 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, 2. baskı, (Adalet Yayınevi, 2010), s. 22.

<sup>99</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 81. madde.

<sup>100</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 86. madde; Kasten yaralama fiilinin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, gebe bir kadına karşı işlenmiş olup da çocuğunun vaktinden önce doğmasına, mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, kemik kırılması ya da çıkığına ya da ölüme neden olması hallerinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu oluşacaktır, bkz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 87. madde; Kanununun 88. madde hükmüne göre de; kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, ceza indirimi nedenidir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.

<sup>101</sup> Açıklanan nedenle, makale konumuza göre, bu başlık altında kasten öldürme suçu, hekimler açısından incelenmiş ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu da ele alınmıştır. Kasten yaralama suçuna dair ise; genel açıklamalar yapılmakla yetinilmiştir.

<sup>102</sup> **ŞAHİN, C., - ÖZGENÇ, İ.,** Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 1. baskı, (Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayını, 2007), s. 201.

<sup>103</sup> **GERÇEKER, H.,** Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, (Cantekin Matbaacılık, 2011), s. 1121.

davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu olabilmesi için bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir<sup>104</sup>. Hekimin yükümlü olduğu belirli bir icrai davranışa yani gerekli tıbbi müdahaleyi yapmaması sonucunda kişinin ölmesi halinde belirli koşullar altında sorumluluğu doğabilir<sup>105</sup>. Bu bağlamda, bir sağlık kuruluşunda görevli hekimin, durumu acil olan bir hastaya müdahaleyi gerçekleştirmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi halinde ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğinin kabulü gerekir<sup>106</sup>.

İhmali davranışla öldürme suçu, kasten işlenebildiği gibitaksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olarak icrai davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüşse, olası kastla<sup>107</sup> işlenmiş olan adam öldürme suçu; belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş adam öldürme suçu oluşacaktır<sup>108</sup>. Her olaya özgü değerlendirme ile oluş, mevcut delil durumu ve sonuca göre hekimin saiki tayin edilerek eylem nitelendirilecektir. İhmali davranışla işlenen kasten öldürme suçuna; yaralının ilk müdahale için getirildiği hastanedeki doktorun yaralıyı görmeden başka bir hastaneye göndermesi, yaralının bir süre müdahale yapılmadan bekletilmesi, daha sonra götürüldüğü hastanede müdahaleye karşın hayatını kaybetmesi durumları da örnek olarak gösterilebilir. Tedavi amacıyla hareket edilmeyen durumlar, iyileşmesi olanaksız bulaşıcı hastalığa yakalanan hastaya gerekli tedavinin uygulanmaması sonucu başka kimselerin de aynı bulaşıcı hastalığa yakalanabileceğinin dikkate alınması, sonuçta bu kimselerin de bulaşıcı hastalığa yakalanarak ölmeleri, daha az masraflı olduğu için riskli ve başarı şansı az olan bir yöntem denenmesi, uçağa yetişmek için ameliyatın yarıda bırakılması, hastanın gereğinden fazla narkozda kalması, örnek senaryolarında ise olası kast altında hekimin ihmali davranışla kasten

---

<sup>104</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 83(1). madde; Gerçekler'e göre; ihmali davranıştan sorumlu tutulabilmek için; neticeyi önlemek konusunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir, hukuki yükümlülük de olmalı, ayrıca ihmali davranışla sonuç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır, ayrıntılı bilgi için bkz: **GERÇEKER**, op.cit., 2011, s. 1123.

<sup>105</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 83 (2). maddesine göre; maddenin birinci fıkrasında sayılan yükümlülük ihmali halinin icrai davranışa eşdeğer olması için kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ve önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

<sup>106</sup> **ŞAHİN, - ÖZGENÇ**, op.cit., 2007, s. 201.

<sup>107</sup> Olası kast, kast,ve taksir kavramları, Çalışmanın I. Bölümünde incelendiği için burada tanımlara yer verilmemiştir.

<sup>108</sup> **ŞAHİN,,- ÖZGENÇ**, op.cit., 2007, s. 201-202.

öldürme suçunun oluştuğu kabul edilebilecektir.<sup>109</sup>. Kasten öldürme ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçlarında kişinin yaşam hakkına yönelik hukuka aykırı eylem cezalandırılmaktadır.

Yaşam hakkına yönelik bir eylem olan ve yaşam hakkının, belirli durumlarda hastanın ya da yakınının isteği ile sonlandırılması hali olan ötenazi durumunda hekimin kasten öldürme suçundan sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da tartışılması gereken bir konudur. Ötenazi, ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp bilimi verilerine göre; iyileştirilmesi olanağı bulunmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin rızasına dayalı olarak tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi tedavinin kesilerek ölüme terk edilmesidir<sup>110</sup>. Hastanın isteği üzerine ağrılarını dindirmek için öldürülmesi, ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktirecek tıbbi tedbirlerin, yarıda bırakılması gibi durumlar, ötenaziye örnek gösterilebilir<sup>111</sup>.

Türk Ceza Kanunumuzda suç olarak tanımlaması yapılmamış olmasına karşın, ötenazinin hayata karşı işlenen suç olarak kabulü zorunludur. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliğinde; 'Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez' düzenlemesi getirilmiştir<sup>112</sup>. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde de; hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, hekimin hastanın ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükellef olduğu, belirtilmiştir<sup>113</sup>. Yani, hekimin hastanın kurtarılmasının mümkün olmadığı hallerde dahi, tıbbi tedaviyi yarım bırakması, sonlandırması hali kabul edilmemiştir. Gerçekler'e göre; hekimin insani ve vicdani sebeplerle, hayati fonksiyonlarını kaybetmiş, fakat hala yaşamını sürdüren veya acı çeken kimseyi, kendisi veya yakınlarının isteği üzerine öldürmesi halinde ihmali hareketle kasten öldürmeden dolayı sorumluluğu olacaktır<sup>114</sup>. Hakeri ise; kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin olduğunu, ancak, bu yetkinin başkasına devredilemeyeceği ve başkası aracılığıyla kullanılamayacağı görüşüyle, kasten öldürme hükümleri uyarınca sorumluluğun doğacağını belirtmektedir<sup>115</sup>.

Bu bağlamda, öğretilerde ötenazinin bazı alt kavramlar altında açıklanarak ötenazi hallerinin sınıflandırılmasına göre hekimin sorumluluğunun

---

<sup>109</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 335-345.

<sup>110</sup> Ibid, s. 344.

<sup>111</sup> **ÇUHACI, M.**, *Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri*, (Güneş Tıp Kitapevleri, 2014), s.36.

<sup>112</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 13.madde; Dünya Tabipler Birliği; 1987 yılında Madrid'te kabul ettiği Ötenazi Bildirgesinde 'bir hastanın yaşamını kendi ya da yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötenazi etik değildir' ifadesi yer almıştır.

<sup>113</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. madde.

<sup>114</sup> **GERÇEKER**, op.cit., 2011, s. 1124.

<sup>115</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 303.

yorumlandığı görölmektedir. Aşağıda, konu bütünlüğü açısından kısaca konuyla ilgili bazı yorumlara değinilecektir.

Aktif ötenazi; iyileşmesi tıbben mümkün görölmeyen bir hastanın acı ve ıstıraplarına son vermek için rızası üzerine ile tıbbi yollardan yaşamının sona erdirilmesidir. Genelde hastaya yüksek dozda morfin enjektisi gibi ani ölüm yapacak özellikteki ilacın verilmesi ile uygulanır. Pasif ötenazi; hekimin uygulaması gereken tedaviyi uygulamayarak ölüm neticesinin ortaya çıkmasına neden olmasıdır. Hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirmek, bu duruma örnektir. Dolaylı ötenazi ise; hekimin hastanın acısını azaltmak üzere kullandığı ve kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörüldüğü bir ilacın kaçınılmaz bir yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısılması durumudur. Bu durumda hastanın aydınlatılmasından sonra açıkladığı rıza çerçevesinde ilaç kullanılmaktadır<sup>116</sup>.

Öğretide, aktif ötenazinin kasten öldürme hükümlerine göre suç sayılması gerektiği görüşü yaygındır<sup>117</sup>. Şahin, aktif ötenazinin, kişinin rızasına dayalı olsa dahi, yaşam hakkı kişiye kendi kararıyla bir başkasının fiili aracılığıyla ölümü seçme hakkı vermeyeceği düşüncesiyle kasten öldürme hükümlerine göre cezalandırılması gerektiğini, pasif ötenazide hastanın tedaviyi ret hakkı bulunduğundan hekimin cezalandırılmasının düşünölmeyeceğini, dolaylı ötenazi halinde de hekimin hastanın acısını azaltmak yükümlülüğü bulunduğundan uygulanan tedavi yaşam süresini kısaltsa bile, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. madde hükmüne göre hekimin eyleminin suç teşkil etmeyeceği görüşündedir<sup>118</sup>. Ulu'ya göre; pasif ötenazinin tedaviyi ret hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi ve ilgilinin rızası çerçevesinde hukuka uygun olması gerektiği görüşü; modern tıbbın ulaştığı seviyede hızlı gelişmeler sayesinde çaresizlikten bahsetmek mümkün olmadığından, ayrıca, ıstırap esnasında kişinin pasif ötenaziye rızası sağlıklı olamayacağından doğru değildir. Pasif ötenazi uygulayan hekim kasten öldürme suçundan sorumlu olmalıdır. Dolaylı ötenazi ise, başka tedavi yönteminin bulunmaması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından aranan diğer koşulların yerine getirilmesi şartlarıyla cezasızdır<sup>119</sup>.

Bize göre; hastanın rızası dahi olsa, tıbbi yollardan yaşamının sona erdirilmesi veya yaşam destekleyici tedavinin sona erdirilmesi şeklinde

---

<sup>116</sup> ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 248-346; Yazara göre; .pasif ötenazide hareket ihmali davranışla gerçekleştirilmektedir. Pasif ötenazi; kişinin kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret hakkı ile bağlantılıdır, ancak, bunun için tedaviyi yarım bırakması ya da tedaviye başlamamasının riskleri de dahil olmak üzere hastalığı hakkında tam olarak bilgilendirilmiş olması gerekir .

<sup>117</sup> ULU, F., Ötenazi, *Türk Hukuk Sitesi*, 2010, ([www.turkhukuksitesi.com/makale-1369.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale-1369.htm)) (siteye giriş tarihi: 01.01.2017); ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 258.

<sup>118</sup> ŞAHİN, op.cit., 2010, s. 258-261.

<sup>119</sup> ULU., op.cit., 2010.



tanımlanan aktif ve pasif ötenazi durumunda hekim açısından kasten öldürme veya ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun unsurları oluşacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliğinde açıkça ötenazinin yasak olduğu düzenlemesi bulunmaktadır. Ayrıca, yukarda da açıklandığı üzere; hastanın hayatını kurtarmak mümkün olmadığı takdirde dahi, hekimin tedaviyi sürdürme ve hastanın ıstırabını azaltmaya çalışma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yaşam mücadelesi veren ve acı çeken bir kişinin veya yaşam ünitesine bağlı yaşayan bir kişinin yaşamına son verilmesi yönünde rızasının, kişinin içinde bulunduğu koşullar altında geçerliliği tartışmalıdır. Kişinin, bir başkasından yaşamına son verilmesini talep hakkı yoktur. Hastanın tedaviyi reddetme hakkının da, ötenazinin kapsadığı durumlar ve iyileşmesi tıbben mümkün olmayan hallerde yaşam mücadelesi içindeki hastanın durumu itibarıyla uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı görüşündeyiz. Her olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirilmek koşuluyla hekimin hastanın acısını azaltmak için kullandığı ve tıp biliminin öngördüğü ilacın kaçınılmaz yan etkisi olarak hastanın yaşamını kısaltması durumunda ise; yaşama son verme hali söz konusu olmadığından, hastanın ilacın kullanmasının risk ve faydaları ve yan etkileri konusunda usulüne uygun yeterli bilgilendirmeye dayalı rızasının olması ve hastanın rıza ehliyetinin bulunması halinde, hekimin tıbbi müdahalesinde hukuka aykırılık bulunmadığı düşünmekteyiz.

## 2.TAKSİRLE ÖLDÜRME VE TAKSİRLE YARALAMA SUÇLARI

Çalışmanın I. Bölümünde de açıklandığı üzere; taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir<sup>120</sup>. Taksirin değerlendirilmesinde; eylemin iradi olması, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, sonucun öngörülebilmesi ancak istenmemesi ve taksirli eylemle sonuç arasında nedensellik bağının bulunması unsurları dikkate alınır<sup>121</sup>. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın, bir başka kişinin ölümüne veya yaralanmasına neden olma sonucuna göre eylem; taksirle öldürme veya taksirle yaralama olarak nitelendirilecektir. Her iki suçun manevi unsuru, yani taksir derecesinde kusurlu olunması gereği, aynı olmakla birlikte, suçun koruduğu hukuki yarar; taksirle öldürme suçunda kişinin yaşam hakkı

---

<sup>120</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 22 (2) madde; Maddenin üçüncü fıkrasında ise; kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi hali bilinçli taksir olarak tanımlanarak, cezada artırım nedeni sayılmıştır.

<sup>121</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında; istisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde failin cezalandırılabilmesi için mutlaka yasada açık bir düzenleme bulunması, icrai veya ihmali hareketin iradi olması, gerçekleşen neticenin öngörülebilen olması gerektiği vurgulanarak, iradi bir davranış bulunmadığı veya öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyeceği, belirtilmiştir, bkz:Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı T: 09.11..2010, E: 2010/ 9-82, K: 2010/221

iken, taksirle yaralama suçunda vücut dokunulmazlığının korunmasıdır<sup>122</sup>. Buna karşın, taksir derecesindeki kusurluluk koşulu, taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarını, kasten öldürme ve yaralama suçlarından manevi unsur açısından ayırt edici bir farklılıktır.

Tıbbi müdahalede dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın mevcudiyeti, yani tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış tıbbi müdahale durumu hukuka aykırı kusurlu bir eylem yaratmaktadır. Tıbbi müdahalede dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmasının ise; Çalışmanın II. Bölümünde incelendiği üzere; tıbbi müdahalenin yetkili hekim tarafından hastanın aydınlatılmış rızasına dayanarak yapılması unsurlarıyla birlikte, hekimlik mesleğinin yerine getirilmesinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birini oluşturduğunun burada da altı çizilmelidir<sup>123</sup>.

Tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun olarak dikkatli ve özen yükümlülüğü kapsamında tıbbi müdahale yapılmaması, hekimin taksir derecesindeki kusuruna neden olduğundan, konu bütünlüğü ve örnek olarak incelenecek yargı kararlarının anlaşılabilirliği bakımından, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı ve tıbbi hata kavramının içeriğinin bu alt başlıkta da tekrar vurgulanması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğü; sadece uygulanan tıbbi müdahale ve tedavi yöntemlerini değil, hastanın özenle koruma altına alınmasını, hastayı kontrol ve denetim altında bulundurmaya da kapsayıcı şekilde geniş yorumlanmalıdır<sup>124</sup>. Hastaya uygulanan girişim, eksik, fazla, gereksiz, yanlış, zamansız, uygunsuz ya da yetkisiz kişiler tarafından yapılmış olabilir. Hastanın aydınlatılmaması, onayının alınmaması, hastaya müdahale öncesi veya sonrasında gerekli destek ve bakım verilmemesi durumları, bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 85. madde, taksirle bir insanın ölümüne neden olma eylemini, Kanununun 89. maddesi ise; taksirle yaralama eylemini düzenlemektedir. TCK 89. maddenin birinci fıkrasında taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişinin eylemi cezalandırılmaktadır. Taksirle yaralama fiilinin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olması hallerinde Kanunda belirlenen usule göre ceza arttırılacaktır.

<sup>123</sup> Hakeri; hekimlik mesleğinin icrasında tıbbi girişimin yetkili hekim tarafından yapılması, tıbbi endikasyon bulunması ve aydınlatılmış rızanın olması şartlarının gerçekleşmediği hallerde kasten sorumluluk, hekimin tıp biliminin gerekliliklerine uygun özenli bir tıbbi müdahale yapmadığı hallerde ise, taksirden dolayı sorumluluktan bahsedileceğini, belirtmektedir, **HAKERİ**, op.cit., 2011, s. 309.

<sup>124</sup> Ibid, s. 375.

<sup>125</sup> **ÜNVER, Y., Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu**, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no:16, 2008), s. 61-62.

Hekim müdahalesinin tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmaması başka bir anlatımla tıbbi müdahalenin kusurlu ifası durumunda tıbbi hata gündeme gelecektir. Tıbbi hata; hekimin tıp mesleğini icra ederken yaptığı tıbbi girişimde tıp mesleği ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının yaşamı ve sağlığına zarar vermesidir<sup>126</sup>. Tıbbi hatalar; dikkatsizlik, deneyim ve beceri eksikliği, ilgisizlik, bilgisizlik sonucu teşhis ve tedavi yönteminin yanlış belirlenmesi ve uygulanması sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>127</sup>. Bu bağlamda, meslek ve sanatta acemilik, yanlış ilaç kullanımı, yanlış ve tehlikeli tıbbi müdahale, yanlış tıbbi alet kullanımı, hasta-hekim sözleşmesine aykırı hareket gibi eylemler de tıbbi hata kavramı içinde değerlendirilmektedir<sup>128</sup>. Tıbbi hatanın tespitinde; tedavinin yapıldığı tarihte geçerli bilimsel bilgiler ve mevzuat esas alınacaktır<sup>129</sup>. Tıbbi hata, hastanın yaralanmasına, ölümüne, sağlığının bozulmasına neden olduğundan hekimin ceza sorumluluğuna yol açacaktır. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi dolayısıyla ceza sorumluluğu ile karşılaştığı somut olaylarda tıbbi hatanın bulunup bulunmadığının saptanması için uygulamada bilirkişi yardımı alınmaktadır.<sup>130</sup>

İlk böbrek (nefrektomi) ameliyatı esnasında vücutta gazlı tampon unutulması üzerine hastada meydana gelen komplikasyonda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir<sup>131</sup>. Yakın zamanda kamuoyuna da yansıyan bir davada ise; zayıflama kliniğine başvuran hastanın 44 günlük zayıflatılmasına yönelik tedavi sürecinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu hayatını kaybetmesinde; tetkiklerin eksik yapılması nedeniyle doktor, kusurlu bulunarak hastanın ölümüne bilinçli taksirle neden olmaktan sorumlu tutulmuştur<sup>132</sup>. Hekimin kusurunu belirlerken çok titiz değerlendirme ölçütlerinin benimsendiği vurgulanmalıdır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi de; bir kararında mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, yasadaki öngörme ölçütünün tek başına kabulünün yeterli olmadığı, hekim kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar gibi ek koşulların gerçekleşmesinin aranması gerektiği, aksi halde tüm tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin varlığının kabul

---

<sup>126</sup> Tıbbi hata; kötü hekim uygulamaları ya da *malpraktis* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>127</sup> ÖZCAN, op.cit., 2007, s. 323.

<sup>128</sup> ÜNVER, op.cit., 2008, s. 156-157.

<sup>129</sup> Ibid, s. 324.

<sup>130</sup> Mahkemeler; adli tıp kurumu, üniversite hastanelerinin ilgili ana bilim dalı, Yüksek Sağlık Şurası gibi uygun görecekları kurum ya da kişilerden bilirkişi raporu istemekle serbesttir. Uygulamada, Yüksek Sağlık Şurası ile adli tıp ihtisas dairesi arasında çelişki olması durumunda adli tıp genel kurulundan görüş alınmaktadır.

<sup>131</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 20.12.1994, E: 1993/ 5852, K: 1994/1197.

<sup>132</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 11.06.2013, E: 2013/11225, K: 2013/15909.

edilebileceği belirtilmiştir<sup>133</sup>. Daire önüne gelen somut olayda; küçük çocuğa yapılan ilk müdahalede yanlış teşhis konulması sonucu meydana gelen sol testis kaybında müdahaleyi yapan hekimin bilinçli taksirden sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>134</sup>.

Gerektiği halde dahiliye konsültasyonu istenmeyip hastanın şeker komasına girmesine yol açılması<sup>135</sup>, tıbbi müdahalenin sağlık görevlisine yaptırılması<sup>136</sup>, hasta dosyasına bakılmadan başlanan ameliyatta tümörlü göz yerine diğer gözün alınması<sup>137</sup>, yanlış diş çekimi<sup>138</sup>, tedavi için yanlış ilaç kullanma<sup>139</sup>, doz alımında yanılma, yanlış teşhis<sup>140</sup>, ameliyat esnasında biten oksijen tüpü yerine, karbondioksit tüpü bağlanması<sup>141</sup>, dikkat ve özen yükümlüğünün ihlalinin kabul edildiği uygulamaya yansayan örnek davalar arasındadır.

Tıbbi müdahale sonucu oluşan komplikasyonlarda ise; hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareketinin bulunup bulunmadığı, hastayı aydınlatma yükümlülüğüne uyup uymaması ve olaydaki tüm karakteristik faktörler bir arada değerlendirilerek hekimin taksirinin bulunup bulunmadığı tayin edilmelidir. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin bir kararında da vurgulandığı üzere; hekimin tıp biliminin ilke ve kuralları çerçevesinde hareket ettiği halde, bazı komplikasyonların doğması durumunda, hekimin yanılığına dayanılarak sorumluluğu cihetine gidilemez<sup>142</sup>. Yargıtay 12. Ceza Dairesi de; hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale, ortaya çıkan bir komplikasyon nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda hekimin sorumluluğundan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>143</sup>. Gerçekten de tedavinin amaç ve yöntemini seçmek, asli olarak hekimin takdirindedir. Seçilen yöntem riskli de olsa, bilinen ve tıbben kabul edilen bir yöntem ise, tıbbin gerektirdiği önlemler alınarak hastanın aydınlatılmış rızasına dayanarak uygulanmış ise hekim sorumlu olmayacaktır. Diğer yandan, öngörülebilir ve

<sup>133</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 29.01.2014, E: 2013/18184, K: 2014/2055.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 20.12.1994, E: 1993/8852, K: 1994/197.

<sup>136</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 15.03.2013, E: 2012/29082, K: 2013/6444; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 13.06.2006, E: 2004/7665, K: 2006/12374.

<sup>137</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 24.04.1996, E: 1996/4493, K: 1996/4682.

<sup>138</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 12.11.2003, E: 2002/28399, K: 2003/11352.

<sup>139</sup> Benzer bir örnek de; hastaya belden ilaç verilerek film çekildikten 5 dakika sonra hastanın hayatını kaybetmesinin ilacın verilme şeklinden kaynaklandığının, somut olayda kullanılan ilacın bel bölgesinden yapılamayacağının, ilaç prospektüsünde yazılı olmasına karşın yanlış uygulama yapılması nedeniyle sonucun meydana geldiğinin saptanarak hekimin kusurlu sayılması halidir; bkz: Yargıtay 9. Ceza Dairesi, T: 5.4.2005, E: 2005/1491, K: 2005/1437.

<sup>140</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 29.01.2014, E: 2013/18184, K: 2014/2055.

<sup>141</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 05.02.1996, E: 1996/268, K: 1996/1025.

<sup>142</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 1984/4885, K: 1984/5416.

<sup>143</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 11.6.2013, E: 2013/11225, K: 2013/15909.

önlenebilir nitelikte olan ve dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun önlemlerle önlenebilecek komplikasyonlarda hekimin, özen yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir<sup>144</sup>. Savaş da; müdahale öncesinde hasta bilgilendirilmiş ve rızası alınmış ise; hekimin hatasının bulunmaması koşuluyla tıbbi müdahale sonucu oluşan komplikasyonların hekim açısından sorumluluk yaratmayacağını, belirtmektedir<sup>145</sup>. Hastaya, istenmeyen ama beklenen zararlı sonuçlar önceden söylenmeli, hasta bilgilendirilmeli ve bu bilinçle müdahaleye onayı sağlanmalıdır, bu durumda istenmeyen sonuçlar oluştuğunda sorumluluk doğmayacaktır<sup>146</sup>.

Diğer yandan, taksirle adam öldürme veya yaralama suçlarından sorumluluk için; hekimin mesleğinin gerektirdiği özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı eylemi, yani tıbbi uygulama hatasının yanı sıra, meydana gelen sonuç ile hekimin hatası arasında nedensellik bağının<sup>147</sup> bulunması da gerekmektedir. Sözelimi; ameliyattan önce anestezi hekiminin gerekli bilgilendirmeyi yapmaması, ancak hastanın narkoz dışında bir nedenle hayatını kaybetmesi halinde, ihlal ile netice arasında nedensellik bağı olmadığından anestezi uzmanı hekimin sorumluluğu doğmayacaktır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da hekimin sorumluluğunun kabulü için hatalı ya da kusurlu tıbbi müdahale ile meydana gelen istenmeyen sonuç arasında nedensellik bağı olması gerektiği, ifade edilmiştir<sup>148</sup>. Nedensellik bağı araştırılırken mesleğin kendine özgü doğası ve özellikleri dikkate alınmalıdır. Kusurlu bir tıbbi müdahale sonucunda, hastanın sağlığının zarar görmesi veya yaşamının sona ermesi halinde, tıbbi müdahale ile doğan sonuç arasında illiyet bağı bulunmakta ise; aydınlatma ve rıza koşulu gerçekleşmiş olsa dahi, müdahaleyi yapan hekim, taksirle yaralama veya öldürme suçlarından sorumlu olacaktır<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T:21.02.2002,E: 2001/10959, K: 2002/487.

<sup>145</sup> **SAVAŞ, H.**, op.cit., 2007, s. 294.

<sup>146</sup> Ibid, s. 293; Bu bağlamda; Hancı, her müdahalede izin verilen risk bulunduğunu, bu kavramın dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi koşuluyla tıbbin ve hukukun kabul ettiği risk ve beklenmeyen durumları ifade ettiğini, belirtmektedir; **HANCI, H.İ.**, 'Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluk', *Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara Barosu Yayınları, 2007), s. 303; Ünver de; alınan standart önlemlere karşın enfeksiyon gelişmesinin izin verilen risk kapsamında değerlendirileceğini, söylemektedir, **ÜNVER, Y.**, 'Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı', *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, s. 154.

<sup>147</sup> Buna göre; hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etseydi dahi netice, kesin bir olasılıkla gerçekleşecek idiye taksirli sonuçtan sorumlu tutulamaz. Nedensellik ögesi, ceza sorumluluğunun saptanmasında suçun yapısal unsurlarından biri olup, Çalışmanın ilk Bölümünde incelenmiş idi.

<sup>148</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi , T: 21.1.2001, E: 2001/94, K: 2001/2276.

<sup>149</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 11.06.2013, E: 2013/11225, K: 2013/15909.

Eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı, her olayın özelliğine göre eksiksiz araştırma ve inceleme ile saptanmalıdır<sup>150</sup>. Sezaryen ile doğumdan kısa süre sonra hayatını kaybeden bebeğin ölümü ile hastanenin yeni doğan ünitesinin bakım hizmetleri ve yeterliliği arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının tespiti açısından adli tıp kurumundan görüş alındıktan sonra sorumluluğun tespiti gerektiğine karar verilmiştir<sup>151</sup>. Trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen bir hastanın ölümü ile sonuçlanan örnek bir olayda ise; geç müdahale olup olmadığı, yeterli müdahale olup olmadığı, tedavide kusur olup olmadığı ve nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, ölçütlerine göre değerlendirme yapılmıştır<sup>152</sup>. Zamanında tanı konulamaması nedeniyle tedavide yeterli sonuç alınamadığının ileri sürüldüğü bir olayda ise; tedaviyi zamanında yapma konusunda savsama, özensizlik, meslek ve sanatta acemilik olup olmadığı, zamanında yapılıysaydı teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği, hususlarında araştırma yapılarak konunun değerlendirilmesi istenmiştir<sup>153</sup>. Yine yargıya yansıyan bir diğer olayda; nöbetçi olan doktorun hastaneye gelip hastayı kontrol etmeden, serum ve ilaç verilmesi talimatını verdiği ve hasta bebeğin ölümü ile sonuçlanan bir olayda; muayene ve kontrol etmeme eylemi ile ölüm arasındaki nedensellik bağının araştırılarak, sonuca göre eylemin görevi ihmal<sup>154</sup> veya taksirle adam öldürme suçunu oluşturup oluşturmayacağına değerlendirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>155</sup>. 2007 yılında Yargıtay önüne gelen bir temyiz başvurusunda ise; hastaya yeterli tetkik yapılmadan reçete yazılmasında doktorun kusurlu olduğu, ancak, hastanın başvurusu ile ölüm olayı arasında geçen kısa sürede tetkiklere başlansa dahi, ölüm olayının meydana gelebileceği, ölüm ile hekimin kusuru arasında nedensellik bağı bulunmadığına dair görüş bildiren adli tıp raporuna itibar edilerek karar verilmesi gereğine işaret edilmiştir<sup>156</sup>.

---

<sup>150</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T:04.07.2013, E:2012/21371, K:2013/18377 sayılı ilamında; hastanın hayatını kaybetmesine erken dönemde ameliyat kararı verilmemesinin neden olup olmadığı, yani nedensellik ilişkisinin bulunup bulunmadığı yönünde detaylı araştırma yapılması yönünde karar vermiştir, benzer karar için bkz: Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 19.04.2013, E:2012/4079, K: 2013/10580.

<sup>151</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 02.10.2014, E: 2013/24939, K: 2014/19433.

<sup>152</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 11.02.2004, E: 2003/1064, K: 2004/2055.

<sup>153</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 14.06.2006, E:2005/52, K: 2006/12500.

<sup>154</sup> Görevi ihmal suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ayrı bir suç olarak tanımlanmakta iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda TCK 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçü kapsamında düzenlenmiştir.

<sup>155</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 8.12.2004, E: 2004/10444, K: 2004/11972.

<sup>156</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T: 11.02.2004, E: 2003/1064, K: 2004/2055.

### 3. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Hekimlik mesleğinin ifasında hekimleri ceza sorumluluğu ile karşılaştıran suçlardan biri de; çocuk düşürtme suçudur. Cenine ana rahminde yapılan hukuka aykırı müdahaleler, çocuk düşürtme suçuna konu olabilecektir. Tam ve sağ doğumdan itibaren ise; hukuka aykırı eylemler taksirle veya kasten öldürme ya da yaralama suçları olarak nitelendirilecektir. Çocuk canlı doğmuş olsa bile çocuk düşürtme hareketinin sonucu olarak ölmüşse eylem çocuk düşürtmedir. Ceninin rahim içinde veya dışında ölmesinin önemi yoktur. Çocuk düşürtme amacıyla yapılan müdahale sonucunda zamanından önce doğması ve bu nedenle ölmesi, suç unsurlarının oluşması için yeterlidir<sup>157</sup>. Ölüm gerçekleşmezse suç, çocuk düşürtmeye teşebbüs olarak nitelendirilebilir. Çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki yarar; gebe kadının beden ve ruh sağlığı ve ceninin yaşam hakkıdır. Çocuk düşürtme suçu, yani ana karnında cenine yönelik hukuka aykırı eylemler kasten işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, yanlış ilaç verilmesi gibi hatalı yapılan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı tıbbi müdahalelerin, yarattığı sonuçlar çocuk düşürtme suçu değil, anneye yönelik taksirle işlenen yaralama suçu olarak değerlendirilmelidir<sup>158</sup>.

Annenin rızası olmak kaydıyla on haftayı geçmeyen gebeliklerde yetkili sağlık mensupları tarafından yapılan rahim tahliyesi suç sayılmamıştır<sup>159</sup>. Diğer yandan, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış bir kadının çocuğunun yetkili olmayan kişi tarafından düşürtülmesi<sup>160</sup>, rıza olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi<sup>161</sup> veya rıza bulunsa dahi tıbbi zorunluluk olmayan hallerde on haftadan fazla gebeliklerde çocuğun düşürtülmesi, suç sayılmıştır<sup>162</sup>. On haftayı aşan gebeliklerde tıbbi zorunluluk halinin bulunup bulunmadığı tıp biliminin verilerine göre belirlenmeli, ayrıca, bu durumda yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için rıza alınmasının yanında, yetkili hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne uyması gerekmektedir. Tıbbi

---

<sup>157</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T: 18.02.1998, E: 1998/637, K: 199871919; **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 120-121.

<sup>158</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 121.

<sup>159</sup> 18.12.1983 tarihli, 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nün 3. maddesi hükmüne göre; rahim tahliyesi kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının gözetim ve denetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler. Tüzüğü'nün 13. maddesine göre, müdahale, gebe kadının izni, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine bağlıdır. Kadın evli ise eşin de rızası alınır.

<sup>160</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 99 (5).madde.

<sup>161</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 99 (1).madde.

<sup>162</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 99 (2) madde.

zorunluluk halleri; derhal müdahale edilmediği takdirde gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit edecek olması ya da doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması durumları olarak belirlenmiştir<sup>163</sup>. Tıbbi zorunluluk hali, kadın doğum uzmanı ve gerektiği hallerde kadın doğum uzmanı hekim ile birlikte ilgili branştaki uzman hekimin objektif bulgulara dayalı raporları ile saptanmalıdır<sup>164</sup>. Çocuk düşürtme filinin annenin beden veya ruh sağlığını zarara uğratması ya da annenin hayatını kaybetmesine yol açması cezayı ağırlaştırıran nedenlerdir<sup>165</sup>.

Kanun koyucu, cinsel istismara maruz kalan ve mağduru olduğu suç sonucu gebe kalan kadının çocuğunun düşürtülmesi konusunda istisnai bir düzenleme öngörmüştür. Kadının mağduru olduğu suç nedeniyle gebe kalması, gebelik süresinin 20 haftadan fazla olmaması, kadının rızasının olması koşullarının birlikte varlığı halinde, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyecektir<sup>166</sup>. Ancak, sonlandırma, uzman hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmelidir<sup>167</sup>. Tıbbi muayene esnasında böyle bir durumla karşılaşıldığında, hastanın anlatımı ve tıbbi bulgulara göre cinsel saldırı suçu şüphesinin varlığı halinde yetkili adli makamlara suç ihbarında bulunulmalıdır<sup>168</sup>. Diğer yandan, açıklanan düzenlemeye göre gebeliğin sona erdirilmesi, yetkili adli makamın bilgisi dahilinde ve resmi yazısına istinaden yapılabilecektir.

#### 4. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Tüm kamu görevlilerinin karşı karşıya kalabileceği bir suç olan görevi kötüye kullanma; görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat sağlamak veya kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hallerin dışında görevin gereklerini yapmada ihmal ya da gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat sağlamak olarak tanımlanmıştır<sup>169</sup>. Uygulamada kamu görevlisi

---

<sup>163</sup> 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 5 (2). madde.

<sup>164</sup> 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi İlişkin Tüzüğün 8. maddesinde rahim tahliyesini gerektiren hastalıklar sayılmıştır.

<sup>165</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 99 (3). ve 99 (4) madde.

<sup>166</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 99 (6). madde.

<sup>167</sup> 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi İlişkin Tüzüğün 6.maddesinde on haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesinin resmi yataklı tedavi kurumlarıyla, özel hastanelerde yapılacağı, belirtilmiştir.

<sup>168</sup> Görev nedeniyle öğrenilen suçun ihbarı ve aksi halin suç teşkil edeceği, ilerleyen başlıklarda açıklanacaktır.

<sup>169</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 257. madde



hekimlerin karşılaşılabileceği görevi kötüye kullanma suçu, genelde hekimin görevinin icrasını geç yerine getirmesi ya da hiç yerine getirmemesi hallerinde oluşabilmektedir<sup>170</sup>. Ameliyat nedeniyle ‘bıçak parası’ olarak tabir edilen para alınması<sup>171</sup>, çalışma saatlerinin bitiminden önce hastaneden ayrılarak başka yerde hasta bakma<sup>172</sup>, hastayı muayene etmeden ilaç ve rapor yazma<sup>173</sup>, hastanın müşahade altında tutulmaması ve ilgili uzman hekime yönlendirilmemesi şeklinde takip ve tedaviye ilişkin ihmali davranışlar<sup>174</sup>, uygulamaya yansıyan örnek olarak sayabileceğimiz eylem tipleridir. Kuşkusuz, her somut olayın özelliğine göre suç kastı ve atılı eylemin yasal unsurlarının oluşup oluşmadığı eksiksiz araştırma ve inceleme ile tespit edilmelidir<sup>175</sup>.

Görevi kötüye kullanma suçu taksirle işlenemez. Tıbbi yanlıgı, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz<sup>176</sup>. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık halinin hekimin sorumluluğunu doğurduğu durumlarda tıbbi müdahalenin sonucuna göre taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçu oluşacaktır. Ameliyat esnasında hastanın vücudunda makas unutmak, röntgen çekilmeden yapılan ameliyatta uzuv kaybı yaşanması, yanlış diş çekimi gibi eylemlerde dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, tıbbi uygulama hatasının niteliği, hata ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağının olması hallerinde taksirle ölüm ya da yaralamadan hüküm kurulacaktır. Bu bağlamda 2016 yılında karara bağlanan bir olayda; hastanın taburcu edildikten sonra şikayetlerinin devam etmesi üzerine tekrar ameliyatı yapan hekime başvurusu sonucu yapılan kontrolde vücudunda cisim tespit edilerek ameliyatla kırık pens parçasının çıkarıldığı olayda; ameliyatı yapan cerrahın ameliyat sahasını kapatmadan önce yeterli kontrolleri yapması gerektiği,

---

<sup>170</sup> Görevi kötüye kullanma suçu, görev nedeniyle işlenen suçlardan olduğundan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması ve yasa da belirtilen yetkili merciler tarafından soruşturma izni verilmesi gerekmektedir.

<sup>171</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:30.09.2003, E: 2003/5-202, K: 2003/230.

<sup>172</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T:10.10.1990, E: 1990/4371, K: 1990/5006.

<sup>173</sup> Suç kastının anlaşılması bakımından hekimin reçete ve raporda adı geçen hastaya tahlil yapıp yapmadığının araştırılarak, tahlil yapmadan ilaç ve muafiyet raporu düzenlediğinin anlaşılması halinde eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağına karar verilmiştir, bkz: Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T: 06.02.2017, E: 2015/7065, K: 2017/687.

<sup>174</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T:16.06.2016, E: 2015/12865, K: 2016/10324.

<sup>175</sup> Hatıra binaen ilaç yazma eyleminde, tüm araştırmalara göre suç kastının sahte belge düzenleme olmadığının kabulü ve ilaçların yüksek maliyetli olmadığı da nazara alındığında eylemin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirmesi gerektiğine hükmedilmiştir, bkz: Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T:12.10.2016, E: 2015/979, K: 2016/6913; Benzer şekilde, hastanın acil serviste görevli hekimin fiziki muayene yapmadığını, ortopedi servisine yönlendirmediğini öne sürdüğü olayda, tüm evrak asılları incelendikten sonra hukuki durumun belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz: Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T:07.06.2017, E: 2016/1153, K: 2017/4812.

<sup>176</sup> GERÇEKER, op.cit., 2011, s. 2650-2803; HAKERİ, op.cit., 2010, s. 141.

hekimin denetim ve kontrol eksikliğinden kaynaklanan kusuru ile hastanın hayatını kaybetmesi arasında illiyet bağı olduğundan, hekimin taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılması gerekirken, görevi kötüye kullanma suçundan verilen mahkumiyet hükmü, eleştirilmiştir<sup>177</sup>.

İlk muayeneyi yapan hekimin icapçı göz hekimine haber vererek telefon ile önerilen tedavi talimatlarını uyguladığı, hastanın ertesi gün tekrar göz polikliniğine başvurduğu ancak görme kaybının olduğu olayda Yargıtay 12. Ceza Dairesi; dava konusu olayda erken dönemde tüm tıbbi gereklilikler yerine getirilip tıbben müdahale edilse dahi görme kaybının gelişebileceğinin belirlenmesi karşısında, kusurlu tıbbi müdahale ile görme kaybı arasında doğrudan bir neden sonuç ilişkisi bulunmaması nedeniyle eylemin taksirle yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına, ancak, travmatik olayın niteliği ve oluşan klinik bulgular dikkate alındığında, görevli hekimin bizzat hastaneye gelerek hastayı muayene etmesi ve tedaviye derhal başlatması gerekirken, tedaviyi uzmanlığı bulunmayan pratisyen hekime bırakması nedeniyle eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>178</sup>. Daire aynı yönde yeni bir kararında da; adli tıp raporunda ilk teşhiste kırık yönünden değerlendirme yapılmamasının tıbbi eksiklik olduğu, ancak, durumun fark edilerek gerekli tedavinin sağlanması ve hastada teşhiste gecikmeye bağlı kalıcı fonksiyonel kısıtlılık gelişmemesi karşısında hekimin eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>179</sup>.

## 5. İRTİKAP SUÇU

İrtikap suçu; görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolla vaatte bulunulmasına bir kişiyi zorlaması, görevin sağladığı güveni kötüye kullanarak hileli davranışlarla kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya kişiyi bu yolla vaatte bulunulmasına ikna etmesi olarak tanımlanmıştır<sup>180</sup>.

Konumuz açısından tanımlandığında; hekimin hasta veya yakınına tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde kötü sonuçların meydana geleceğine inandırarak manevi cebirde bulunması, söz konusu manevi cebir yani zorlama altında mağdurun ödeme yapması veya vaat etmesi irtikap suçunu oluşturacaktır<sup>181</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında da belirtildiği gibi

---

<sup>177</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 31.05.2016, E: 2016/ 4017, K: 2016/ 9169.

<sup>178</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 07.04.2015, E: 2014/7004, K: 2015/6054.

<sup>179</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T:06.04.2017, E: 2015/17126, K: 2017/2899.

<sup>180</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 250. madde.

<sup>181</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 133.

mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla doğrudan veya dolaylı olarak yapılan zorlayıcı bir hareketin bulunması, manevi cebirin ciddi olması ve mağdurun bu etkiden kolayca kurtulmasının mümkün olup olmaması ölçütlerine göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>182</sup>.

İrtikap suçunda suçtan zarar gören kişi, sağladığı yararın haksız olduğunu bilir, ancak, iradesi baskı altına alındığından daha ağır bir zarardan kurtulmak için sağlık personeline yarar sağlar<sup>183</sup>. İrtikap suçundaki yarar sağlama ögesi; kamu görevlisine görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması için menfaat sağlama unsurunu içeren rüşvet suçuyla<sup>184</sup> arasında dikkatli bir karşılaştırmayı gerektirmektedir. Kişinin zorlamadan kendini kolaylıkla kurtarması imkanı bulunmasına karşın, istenen yararı temin etmesi halinde rüşvet suçu oluşacaktır. Yargıya yansıyan bir olayda; çocuk cerrahisi uzmanının sünnet ve çift taraflı fıtık ameliyatı için hasta yakınından ameliyat öncesi bıçak parası altında para aldığı, ameliyat sonrası ise hasta yakınının şikayetçi olduğu olayda; muayenede ödenen paranın ele geçirildiği, dosya kapsamına göre hastanın hayati tehlikesinin bulunmadığı, başka sağlık kurumuna başvurma imkanının olduğu, bu nedenle hekimin icbar yani zorlama boyutuna varmayan eyleminin görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamak olarak nitelendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir<sup>185</sup>.

## 6. HUKUKA AYKIRI OLARAK KİŞİSEL VERİLERİ KAYDETME, VERME, ELE GEÇİRME SUÇU VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekimlik, kişinin yaşam alanı ve vazgeçilmez temel haklarından vücut dokunulmazlığıyla yakından ilişkili olarak icra edilen, hekim ile hasta arasında güvene dayalı bir ilişki tesis eden bir meslektir. Mesleğin ifasında sağlık alanı başta olmak üzere, kişiye ait edinilen tüm bilgiler kişisel veri kapsamında olup, taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemeleri uyarınca korunmaktadır<sup>186</sup>. Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme, verme, ele

---

<sup>182</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:30.03.2010, E: 2009/5-167, K: 2010/70.

<sup>183</sup> **HAKERİ**, op.cit., 2010, s. 135.

<sup>184</sup> 5237 sayılı TCK 252. madde; Gerçeker'in tanımına göre; rüşvet, haksız bir işin yapımı için anlaşma kapsamında yarar sağlanması, irtikap ise haklı bir işin gerçekleştirilmesi için çıkar sağlanmasıdır; **GERÇEKER**, op.cit., 2011, s. 2618.

<sup>185</sup> Yargıtay 5.Ceza Dairesi, T:02.04.2014, E: 2013/10945, K: 2014/3646; aynı yönde bir karar için bkz.: Yargıtay 5.Ceza Dairesi, T: 12.04.2016, E: 2014/1988, K: 2016/3796.

<sup>186</sup> Bu kapsamda başlıca uluslar arası ve ulusal mevzuat ile meslek kurallarını düzenleyen metinler; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına dair 8. maddesi, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasını düzenleyen Anayasamızın 20.maddesi, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri, Türk Medeni Kanununun kişilik haklarının korunmasına ilişkin 24 ve ilgili maddeleri olarak sayılabilir.

geçirme suçuyla ilgili açıklamalardan önce, kişisel veri kavramının içeriği belirlenmelidir. Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her tür bilgi; kişisel veri olarak tanımlanmış olup<sup>187</sup>; özel nitelikli kişisel veriler olan sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ile biyometrik ve genetik verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır<sup>188</sup>.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi<sup>189</sup>, başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi<sup>190</sup> ceza yaptırımını gerektiren eylemlerdir. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, ele geçirilmesi suçlarının kamu görevlisi tarafından görevin verdiği yetki kötüye kullanılarak ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali ise; cezada artırım nedeni olarak düzenlenmiştir<sup>191</sup>. Söz konusu düzenlemelerin kapsamına hekimlerin de girdiği şüphesizdir.

Hekimin mesleğinin icrasında hastasıyla ilgili öğrendiği sırları saklama yükümlülüğu mesleğin etik kurallarıyla düzenlenmiş olup, son derece önemlidir. Bu bağlamda, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ayrı bir suç olarak düzenlenen; ‘resmi mevki veya sıfatı ya da meslek ve sanat icabı açıklanmasında bir zarar meydana gelebilecek bir sırda vakıf olup yasal bir nedene dayanmaksızın sırrı açıklama’ olarak tanımlanan suçun yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’da yer almadığı vurgulanmalıdır. Tıp hukukunda; hastaya ait olup, hekim ya da diğer sağlık personeline aktarılan, başkalarının duymasının istenmeyeceği, bilgiler sır sayılır. Kişinin bir hekimi ya da hastaneyi ziyaret ettiğine dair bilgi, hekimin muayene bulguları gibi mesleğin icrasında öğretilen ve mesleki alanla ilgili bilgiler de sır kapsamındadır.

Hasta, hekimden tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir<sup>192</sup>. Hekimler meslek ve sanatlarının icrası nedeniyle öğrendikleri sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça açıklayamaz.

---

<sup>187</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 3 (d). madde.

<sup>188</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 6. madde; Maddede; ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançlar, kılık kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili veriler de, özel nitelikli kişisel veri olarak belirtilmiştir.

<sup>189</sup> 5237 sayılı TCK 135 (1). madde; Maddenin ikinci fıkrasına göre, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, maddenin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılacaktır.

<sup>190</sup> 5237 sayılı TCK 136 (1). madde; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4. maddesinde kişisel verilerin işleme esasları, 5.maddesinde de işleme şartları düzenlenmiştir.

<sup>191</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 137. madde.

<sup>192</sup> 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayımlanan Lizbon Bildirgesinin ilkelerinden biridir.

Tıbbi toplantılarda veya vaka anlatımlarında hastanın kimliği söylenemez<sup>193</sup>. İlgili mevzuat hükümleri ve hastalığın niteliğine göre yetkili makamlarca alınacak tedbirlerin gerektirdiği hallerin dışında hasta sağlık durumu hakkında kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir<sup>194</sup>. Sağlık hizmeti verilmesi nedeniyle edinilen bilgiler açıklanamaz<sup>195</sup>. Meslek uygulanırken öğrenilen sırlar hastanın ölmesi ya da ilgili hekimle ilişkisini sona erdirmesi halinde dahi açıklanamaz<sup>196</sup>. Hastanın rızası ya da sırrın saklanması hasta ya da başka kişilerin yaşamını tehlikeye sokması durumunda hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla hekimin sır saklama yükümlülüğü yoktur<sup>197</sup>.

## 7. GÖREVİ NEDENİYLE ÖĞRENDİĞİ SUÇU BİLDİRME SUÇU

Suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını istemek, kişi açısından haktır. Aynı zamanda, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu yetkili yasal makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Henüz icrası devam eden bir suçun ya da icrası tamamlanmış olmakla birlikte, suçun neden olduğu neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir eylemin yetkili makamlara bildirilmemesi suç olarak tanımlanmıştır<sup>198</sup>. İhbar yükümlülüğü için kişinin bir suçun işlenmekte olduğu veya neticesinin sınırlanabilir halde bulunduğu konusunda inandırıcı bilgi edinmiş olması ve inandırıcı bilgi edindiği anda suçun işlenmekte olma hali veya neticesinin sınırlandırılma olanağının varlığı olgusunun devam etmekte olması da zorunludur<sup>199</sup>.

Kamu görevlilerinin de görevlerini yaptıkları sırada görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri bir suçun yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>200</sup>. Kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini görevin gerektirdiği faaliyetler dolayısıyla öğrenmesine karşın, yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya gecikme göstermesi hali, cezai sorumluluk nedenidir. Tüm kamu görevlileri için geçerli bir yükümlülük olan görevle bağlantılı olarak işlendiği öğrenilen suçun, yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü sağlık mesleği

---

<sup>193</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. madde.

<sup>194</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 20. madde.

<sup>195</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 23 (1). madde.

<sup>196</sup> Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları 9. madde.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 278 madde; Maddenin üçüncü fıkrasına göre; mağdurun 15 yaşını bitirmemiş bir çocuk ya da ruhsal engelli kişi olması veya hamileliği nedeniyle kendini savunamayacak kişi olması, cezanın ağırlaştırıcı nedenidir.

<sup>199</sup> **GERÇEKER**, op.cit., 2011, s. 2897.

<sup>200</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 279. madde.

mensuplarını da kapsamaktadır<sup>201</sup>. Sağlık mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirtiyi fark etmesi ya da kendisine hasta olarak başvuran kişinin fail ya da mağdur olması şüphesi ile karşılaşması halinde durumu, yetkili makamlara gecikmeksizin bildirmesi gerekmektedir<sup>202</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken, sağlık mesleği mensuplarının suçu ihbar yükümlülüğünün; sağlık mesleğini yasalara göre icra eden tüm özel veya kamu meslek mensuplarını kapsamasıdır. Ülkemizde yasal olarak mesleğini icra eden Türk vatandaşı olmayan sağlık mesleği mensuplarının da suçu ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>203</sup>.

Çalışma alanımızla sınırlı olarak hekimler açısından ilgili Yargıtay kararlarına bakıldığında; hekimin görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bulgu, belirti ya da şüphle karşılaşmış karşılıklı, dolayısıyla suçu ihbar yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususunda somut olayın özelliğine göre eksiksiz araştırma ve inceleme yapılarak ceza sorumluluğunun saptanması gereğinin vurgulandığı görülmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi; dosya kapsamına göre; nöroloji bölümünde görevli nöbetçi hekimin hastanın ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek konumda olmadığı, sınırlı bilgi ile ölüm belgesi düzenlediğinin anlaşılması karşısında hekimin atılı suçtan sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir<sup>204</sup>. Bebeğin ölüm nedeninin ihmâl sonucu ex duhul olarak ölüm tutanağında belirtilmesine karşın, adli vakanın 1 gün sonra yetkili makamlara bildirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda ise; suçun oluştuğu kabul edilmiştir<sup>205</sup>.

## 8. ORGAN VEYA DOKU NAKLİ SUÇU

Organ veya doku nakli; transplantasyon kavramı ile de ifade edilmekte olup, genel olarak fonksiyon göremez hale gelmiş hücre, doku veya organın

<sup>201</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 280. madde.

<sup>202</sup> Sağlık mesleği mensubu tanımına; tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer görevliler girmektedir, bkz: Türk Ceza Kanunu 280 (2). madde; Maddedeki tanıma göre 'sağlık hizmeti veren diğer kişileri belirlemede; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun ile diğer ilgili kanunlardan yararlanılacaktır. Bu kapsamda, tedavi yetkisi yasal olarak kabul edilen pratisyen veya her tür uzmanlık alanındaki hekimler, dış hekimleri, tıbbi hizmetlerde bulunma yetkisi olan anestezi uzmanı ya da teknisyeni, röntgen uzmanı veya teknisyeni, laborant, sağlık memuru, hastabakıcı ve bu kapsamda sağlık hizmeti veren kimseler, sağlık mesleği mensubu kapsamına girecektir.

<sup>203</sup> GERÇEKER, op.cit., 2011, s. 2904.

<sup>204</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, T: 20.01.2014, E: 2013/11235, K: 2014/745; Aynı yönde bir kararda da; kadın doğum uzmanı hekimin, muayene ettiği 1987 doğumlu hastanın 14 haftalık gebeliğini tespit ettiği, ancak, hastaya karşı cinsel saldırıda bulunulduğuna dair bilgisinin olduğu yönünde yeterli delil bulunmaması karşısında beraatine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz: Yargıtay 9.Ceza Dairesi, T: 15.05.2014, E: 2013/16353, K: 2014/ 6220.

<sup>205</sup> Yargıtay 9.Ceza Dairesi, T: 23.09.2014, E: 2014/5249, K: 2014/9442.

çıkarılarak, yerine yeni bir hücre, doku veya organ yerleştirilmesidir<sup>206</sup>. Türk Ceza Kanunumuzda da; ‘Organ ve Doku Ticareti Başlığı’ altında hukuken geçerli rıza olmaksızın kişiden organ veya doku almak<sup>207</sup>, hukuka aykırı olarak ölüden doku ya da organ almak<sup>208</sup>, organ veya doku satın almak, satmak veya satışa aracılık yapmak suretiyle organ ve doku ticareti yapmak<sup>209</sup>, hukuka aykırı yolla elde edilmiş organ ya da dokuyu saklamak, nakletmek, aşılama<sup>210</sup>, belli bir çıkar karşılığında organ ya da doku teminine yönelik ilan ya da reklam vermek<sup>211</sup>, eylemleri düzenlenmiştir. Organ veya doku nakli; nakil edilen hastayı iyileştirmeye yönelik bir tıbbi müdahale, organ veya doku vericisi için de vücut bütünlüğünü ve sağlığını etkileyecek bir tıbbi işlem olduğundan, bu başlık kapsamında; rıza olmadan organ veya doku alma eylemi ile hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alma eylemi ‘organ ve doku nakli suçları’ genel ifadesi kullanılarak incelenecek olup, Çalışma konumuzun kapsamı ve sınırlılığı itibarıyla, maddede sayılan diğer eylem türleri kapsam dışı bırakılacaktır<sup>212</sup>.

Organ veya doku nakli suçları ile korunan hukuki yarar; kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüdür. Suçun, kişinin irade hürriyeti ve insan onurunu koruduğu da ifade edilmektedir<sup>213</sup>. Kanun koyucu da; organ veya doku naklinde korunan üstün değer ve işlemin niteliğini dikkate alarak gerek yaşayan kişilerden gerek ölüden organ veya doku almada, rıza ve organ alımı konusunda bilgilendirilmeye yönelik son derece sıkı ve ayrıntılı koşullar kabul etmiştir. Organ veya doku almada; kişinin bir başka kişinin iyileşmesine yönelik ve kendi sağlığı ile yaşamını doğrudan etkileyecek bir işleme rızası söz konusu olduğundan, organ ve doku naklini hukuka uygun kılacak nedenlerden olan rıza ve aydınlatma konusunda katı kurallar getirilmesi isabetlidir. Aşağıda inceleneği üzere; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından olan rıza için, kanun koyucu küçük ya da hacir altında kişilerde kanuni temsilcinin iznini kabul etmemiştir.

---

<sup>206</sup> **AYDIN, K.Ç.**, Organ veya Doku Ticareti Suçu, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:2011, Sayı:1, s.132, ([www.ankarabarusu.org.tr-tek](http://www.ankarabarusu.org.tr-tek) makale), (siteye girişi tarihi:30.06.2017).; Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 4. maddede; ‘organ ve doku nakli, terminal dönemdeki hastalıklarla mücadele amacı ile uygulanan organ ve doku nakli ameliyesini ifade eder’, tanımı bulunmaktadır.

<sup>207</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 91 (1). madde.

<sup>208</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 91 (2).madde.

<sup>209</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 91 (3).madde.

<sup>210</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 91 (5).madde.

<sup>211</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 91 (6).madde.

<sup>212</sup> Aynı gerekçe ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 92. maddede düzenlenen zorunluluk halinde organ satan kişinin hukuki durumu da, kapsam dışı bırakılmıştır.

<sup>213</sup> **AYDIN**, op.cit, 2011, s. 133.

Yaşayan kişiden sağlığında organ veya doku alınmasında; reşit ve mümeyyiz olmayanların rızası geçerli sayılmamaktadır<sup>214</sup>. Bu kişilerin yerine, veli veya vasinin izni ya da mahkeme kararı ile rıza alınması da kabul edilmemektedir.18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan kişiden organ ve doku alınabilmesi de; vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması koşuluna bağlıdır<sup>215</sup>. Vericinin rızaya yönelik iradesinin sağlıklı şekilde oluşması için aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da geniş bir şekilde belirlenmiştir. Organ ve doku alacak hekim, vericiye uygun bir biçim ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile işlemin tıbbi, psikolojik, ailevi, sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek, organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorundadır<sup>216</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün haricinde, organ ve doku alma işlemini yapacak hekimin uyacağı diğer yükümlülükler; akli ve ruhi durumu itibarıyla, kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve doku almayı reddetmek<sup>217</sup>, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin vericinin bu kararından haberdar olup olmadığını araştırıp öğrenerek, bu durumu tutanakla tespit etmek<sup>218</sup>, bedel ya da çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ya da dokuların alınmasını reddetmek<sup>219</sup>, kan veya sıhri hısımlık ile yakın kişisel ilişkilerin mevcudiyeti hariç olmak üzere, alıcı ve vericinin isimlerini açıklamamak<sup>220</sup>, ayrıca, organ ve dolu alınması, nakli ya da aşılmasından önce verici ve alıcının sağlığı yönünden olası tehlikeleri azaltmak için gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun olurluluk raporu ile saptanması<sup>221</sup>, olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>214</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesi; 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır, hükmünü içermektedir.

<sup>215</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 6. madde.

<sup>216</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 7 (a) ve (b). madde.

<sup>217</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 7 ( c ). madde.

<sup>218</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 7 ( d ). madde.

<sup>219</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 7 (e). madde.

<sup>220</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 7 (f). madde.

<sup>221</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 9. madde



Organ ve doku naklinin hukuka uygunluğu için verici konumdaki reşit ve mümeyyiz kişinin rızasının Kanunda belirtilen koşullarda ve kişinin naklin sonuçları, olası riskleri, vücudunda yaratacağı etkileri, yaşamının ilerleyen evrelerinde olası sorunlar, psikolojik etkileri gibi gerekli tüm bilgiler verilerek aydınlatmaya dayalı alınması, ayrıca, yapılan nakille ilgili yapılacak tıbbi müdahalenin tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun olması gerekmektedir. Aydın'a göre; bir kişiden organ alınması, vücut bütünlüğü değerini ihlal eden, tafefisi mümkün olmayan geri dönülemez sonuçlara yol açacağından ilke olarak hukuka aykırı ise de; organ veya doku nakli eylemi, organ alıcısının yaşamı veya sağlığının kurtarılması amacı ile gerçekleştirildiğinde işlemin iyileştirici niteliğinin organ vericisi için de kabul edilmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda, yaşayan bir kişinin organ alınmasına izin vermesi yönündeki iradesi üstün bir amacın varlığı halinde hukuka uygun sayılacaktır<sup>222</sup>.

Diğer yandan, varsayılan rıza, organ nakli için hukuka uygun rıza sayılmamaktadır<sup>223</sup>. Bize göre de; ilgilinin rızasının alınmadığı durumlarda, kişinin önceki davranışları da göz önüne alınarak tıbbi müdahaleye izin vereceği kabulü ile hastanın iradesinin varsayımsal olarak saptanarak hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi organ alınması ve naklinde hukuka uygunluk nedeni sayılamaz. Kişinin rızasının alınmadığı durumlarda, varsayıma dayalı olarak 'bilinci yerinde olsa idi, kendisinden organ alınmasına izin verirdi' şeklinde bir tespit, mümkün değildir. Varsayılanın rızanın uygulandığı istisnai durumlarda amaç, kişiyi sağlığına kavuşturmak, yaşama hakkını korumaktır, bu amacın sağlıklı kişiden organ alımında geçerliliğinden söz edilemez. Nitekim, organ ve doku alımı için rıza konusunda aranan sıkı şekil şartları da, kişinin açık ve net iradesinin hukuka uygunluk nedeni olacağına göstergesidir. Hakeri; yaşayan insanlar arasındaki nakil eyleminin hukuka uygunluğu için bu işlemin iyileştirme amacına yönelik olması gerektiğini, bu amacın dışında bir nedenle vericinin organ nakline rıza göstermesi halinde, eylemin hukuka aykırı sayılacağını, belirtmektedir.<sup>224</sup> Bu kapsamda; vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması<sup>225</sup>, rıza olmaksızın veya usulüne uygun alınmaksızın organ ve doku alınması, aydınlatma yükümlülüğüne gereği gibi ya da hiç uyulmaması, örnek olarak sayabileceğimiz sorumluluk yaratacak hukuka aykırı eylemlerdir. Söz konusu eylemler nedeniyle, mağdur hayatını kaybetmişse kasten öldürme suçunu ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> AYDIN, op.cit., 2011, s. 141.

<sup>223</sup> GERÇEKER, op.cit., 2011, s.1280; AYDIN, op.cit., 2011, s. 142.

<sup>224</sup> HAKERİ, op.cit., 2010, s. 111.

<sup>225</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 8. madde

<sup>226</sup> 5237 sayılı TCK 91 (8) madde.

Ölüden organ ve doku nakli ise; ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının onayı ile mümkün kılınmıştır<sup>227</sup>. Ölüm halinin gerçekleştiğine iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına göre oybirliği ile karar verilecektir<sup>228</sup>. Ölüm halinin saptanmasında ise; Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliğindeki beyin ölümü kriterinin geçerli olacağının kabulü uygundur<sup>229</sup>. Kaza ya da doğal afet sonucu yaşamı sona eren kişinin sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının hekimler kurulu raporu ile belgelenmesi kaydıyla, ölüün yanında izin vermeye yetkili yakınları olmasa dahi, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabileceği de düzenlenmiştir<sup>230</sup>. Diğer yandan, bir kişi, sağlığında kendisinin ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, organ ve doku alınamayacaktır<sup>231</sup>.

## 9. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME YAPMA SUÇU

Klinik araştırmalarda ceza sorumluluğu, tıp ceza hukukunun önemli konularından biridir. İnsan üzerinde deney kavramı; bilimsel çalışmanın ilk aşamasını, insan üzerinde deneme kavramı ise; bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı bazı somut faydalarından yola çıkarak hastaya uygulanmasını ifade etmektedir<sup>232</sup>. Türk Ceza Kanununda iki farklı suç türü; insan üzerinde bilimsel deney<sup>233</sup> ve hasta olan insan üzerinde tedavi amaçlı deneme yapma eylemleri<sup>234</sup> suç olarak düzenlenmiştir. Suçla korunan temel hukuki değer; vücut bütünlüğünün korunmasıdır<sup>235</sup>. Bu hukuki değer üzerinde soyut

<sup>227</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 14. (1). madde.

<sup>228</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 11.madde; düzenlemede hekimlerin birinin nöroloğ, veya nöroşirürjiyen diğerinin anesteziyoloji veya reanimasyon veya yoğun bakım uzmanı olması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun 12. maddesi ile organ ve doku alınması, nakli , aşılmasını yapacak hekim ile alıcının müdavimi hekimin, ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmıştır.

<sup>229</sup> Yönetmelik, 28191 sayılı 01.02.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olup, beyin ölümüne dair ölçütler, Ek 1'de yer almıştır.

<sup>230</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 14 (4). madde

<sup>231</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 14 (3). madde

<sup>232</sup> HAKERİ, op.cit., 2009, s. 86.

<sup>233</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (1) (2) ve (3).madde.

<sup>234</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (4). madde.

<sup>235</sup> UĞURLUBAY, A.A.G., İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler,

tehlike yaratabilecek her tür bilimsel deney, madde kapsamındadır<sup>236</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği düzenlemelerinden de; kişinin vücut bütünlüğü hakkının korunmasının asıl ilke olarak benimsendiği anlaşılmaktadır. Tıbbi araştırmalardan beklenen fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren kişinin hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz<sup>237</sup>. Bu nedenle, kişinin sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için her tür tedbir alınacak, hatta araştırmanın kişiye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde araştırma yapılamayacaktır<sup>238</sup>.

Aydınlatılmış rıza, bu suç için de son derece önemlidir. Kimse, Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın tecrübe, araştırma ya da eğitim amaçlı tıbbi müdahale konusu yapılamaz<sup>239</sup>. İnsan üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğu gerektirmemesi için öncelikle ilgili kişinin rızasının alınması gerekmektedir. Araştırmacının amacı, yöntemi, muhtemel fayda ve zararları, her safhada rızadan vazgeçilebileceği ve rızanın geri alınabileceği konusunda kişi yeterince bilgilendirilmelidir<sup>240</sup>. Yeterince bilgilendirilmiş olan kişinin rızası yazılı olmalı, maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmadan serbest iradesine dayalı olarak alınmalıdır<sup>241</sup>. Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi, yukarıda sayılan koşulların yanı sıra, rıza açıklamaya ehil olan çocuğun kendi rızası ile birlikte ana babası ya da vasisinin yazılı onayı, deney sonucunda ulaşılabilecek bilimsel verinin hedefe ulaşmak bakımından çocuk üzerinde deney ya da deneme yapılmasını gerekli kılması, deneyle ilgili izin verecek kurulda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunmasına bağlıdır<sup>242</sup>.

İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneyde usulün uygun alınan rızanın yanı sıra; TCK 90 (1). maddesinde sayılan koşullara uyulmalıdır. Buna göre; deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması<sup>243</sup>, deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda

---

*İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl:2015, s.170; Yazara göre; kanun koyucu bilimsel araştırma yapma özgürlüğünü saptadığı kurallar içerisinde özgür bıraktığından, Anayasanın 27(1) maddesinde düzenlenen bilimsel araştırma özgürlüğü de normla korunan hukuki bir değerdir.*

<sup>236</sup> UĞURLUBAY, op.cit., s. 186.

<sup>237</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 32 (2). madde; üzerinde araştırma yapılmasına izin veren kişi; Yönetmelikte 'gönüllü' ibaresi ile yer almaktadır.

<sup>238</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 33 (1). madde.

<sup>239</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 32 (1). madde; Yetkili Bakanlık; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca Sağlık Bakanlığıdır.

<sup>240</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 33 (2). madde.

<sup>241</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği 34. madde.

<sup>242</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (3). madde.

<sup>243</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (a)madde; Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca

hayvan üzerinde yapılmış olması<sup>244</sup>, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması<sup>245</sup>, deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması<sup>246</sup>, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması<sup>247</sup>, deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması<sup>248</sup>, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması<sup>249</sup> gerekmektedir.

Deney sonucunda; mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>250</sup>. Gerçekler'e göre; bu hüküm ceza kanununun temel ilkeleri ile çelişmektedir. Kast halinde failin hareket ve neticeye yönelik bilme ve isteme iradesi bulunduğundan, hukuka uygunluk açısından düşünüldüğünde böyle bir ihtimalde yazar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç kapsamında değerlendirme yapılarak, failin taksir derecesinde kusurunun tespiti halinde eylemin taksirle işlendiğini kabul etmek gerektiğini savunmaktadır<sup>251</sup>. TCK 90(1) madde gerekçesinde, hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi hâlinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerektiği belirtildiğinden, bize göre de failin eylemde kasıtlı davrandığının oluşa göre ispatlanamadığı yani suçun manevi unsuru olan kast ögesinin bulunmadığı hallerde yazarın görüşü isabetlidir.

Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunmak da, Kanunumuzda suç olarak tanımlanmıştır. Tanımda 'hasta olan

---

çıkartılan ve insanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılması ve gönüllülerin haklarının korunmasına dair usul ve esasları düzenleyen 13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik 4 (1) (c) maddesinde araştırmacı; 'sorumlu araştırmacının gözetiminde klinik araştırmada yer alan kişi', sorumlu araştırmacı ise Yönetmelik 4 (1) (y) maddesinde; 'araştırma konusu ile ilgili dalda uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya diş hekimi' olarak tanımlanmıştır.

<sup>244</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (b). madde.

<sup>245</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (c). madde.

<sup>246</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (d). madde.

<sup>247</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (e). madde.

<sup>248</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (f). madde.

<sup>249</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (2) (g). madde.

<sup>250</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (5). madde.

<sup>251</sup> GERÇEKER, op.cit., s. 1284.

insan' ibaresi kullanıldığından, bilimsel deneyin sağlıklı bireyler üzerinde bilime hizmet etmek için denemenin ise hasta insanlar üzerinde hastalığın tedavisi amacıyla yapıldığı kabul edilmektedir<sup>252</sup>. Tedavi amacıyla hasta insan üzerinde denemede bulunmak da sıkı koşullara bağlıdır: Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması ve kişinin rızasının alınması halinde bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, yapılabilecektir. Ayrıca, açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir<sup>253</sup>. Rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunma suçunun faili, sağlık mevzuatımıza göre tedaviye yetkili hekimdir<sup>254</sup>.

## SONUÇ

Hekimlerin ceza sorumluluğu hukukun son derece karışık ve özel bir alanını ilgilendirmektedir. Ceza hukukunda bir eylemin suç sayılma koşulları, yani suçun tipikliği hekimlerin mesleklerinin icrası sırasında gerçekleştirdikleri tıbbi müdahale eylemi için de geçerlidir. Tıbbi müdahale eylemi, kişinin bedeni üzerinde yapıldığından yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü gibi çok önemli haklarla ilişkilidir, bu yönüyle özünde tedavi ve iyileştirme amacı taşımasına karşın, aynı zamanda, suçun kurucu unsurlarından hukuka aykırılık unsurunu ihtiva etmektedir. Ancak, tıbbi müdahale kendine özgü nitelik taşıyan bir eylemdir; bu yönüyle tıbbi müdahalenin yol açacağı hekimin ceza sorumluluğu durumları için özel bir değerlendirme yapılması, her somut olayda tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, tıbbi müdahale eyleminin hukuka aykırılığını, dolayısıyla hekimin ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır. Kuşkusuz, hekimlik mesleğinin icrasında asıl olan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri; yetkili hekim tarafından hukukun kabul ettiği bir amaçla, hastanın aydınlatılmış rızası alınarak tıp bilimi verilerine göre zorunlu ve uygun bir şekilde, yani, dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde yapılması halleridir. Hastanın rızası, en genel tanımıyla tanı ve tedaviye izin vermeye yönelik serbest iradesine dayalı bir açıklama, hastanın aydınlatılması ise; hastanın tıbbi müdahaleye izin verip vermemeye dair iradesinin özgür bir şekilde ve sağlıklı olarak oluşmasını sağlayıcı önemli bir unsurdur. Tıbbi müdahale, hekimlik mesleğini icraya

---

<sup>252</sup> UĞURLUBAY, op.cit., s. 196.

<sup>253</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 90 (4). madde.

<sup>254</sup> Mevzuatımıza göre; tıbbi müdahalede yetkili hekim kavramı, Çalışmanın II.. Bölümünde incelenmiştir.

yetkili kılınmış bir hekim tarafından tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında yapılmalıdır. Sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması, hekimleri mesleklerinin icrası sırasında gerçekleştirdikleri tıbbi müdahale eylemlerinden dolayı ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getirebilmektedir. Tıbbi müdahale eyleminden dolayı hekimleri sıklıkla ceza sorumluluğu ile karşı karşıya getiren suçların başında; taksirle öldürme veya yaralama suçları gelmektedir. Kasten öldürme veya yaralama, ihmali davranışla kasten öldürme, çocuk düşürme suçları da hekimleri ceza sorumluluğuna maruz bırakabilen suç türleri arasındadır. Bu suçların yanı sıra, görevi kötüye kullanma, görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirmeme, irtikap, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme, verme, ele geçirme, organ ve doku nakli ve insan üzerinde deney ve deneme yapma suçları da, hekimlik mesleğinin icrasında gündeme gelebilecek suçlar arasındadır. Çalışmada sıklıkla vurgulandığı üzere; ceza sorumluluğunun genel ilkeleri ışığında hekimlik mesleğinin kendine özgü karakteristik özellikleri dikkate alınarak hassas ve hakkaniyetli bir değerlendirme ile hekimlerin ceza sorumluluğunun saptanmasında yasa uygulayıcı makamların göstereceği özen büyük önem taşımaktadır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**ALBAYRAK, M.,** *Türk Ceza Kanunu*, 8. baskı, ( Adalet Yayınevi, 2011).

**AYDIN, K.Ç.,** Organ veya Doku Ticareti Suçu, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2011, Sayı:1, s. 129-161, ( [www.ankarabarusu.org.tr-tek](http://www.ankarabarusu.org.tr-tek) makale), (siteye giriş tarihi:30.06.2017).

**ADIGÜZEL, S.,** Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:5, Sayı: 19, (Ekim 2014), s.943-995, ([www.taa.gov.tr-basic-htm-page420](http://www.taa.gov.tr-basic-htm-page420)), (siteye giriş tarihi:30.06.2017).

**AKYILDIZ, S.Ç-ÖZKAN, H.,** *Hasta-Hekim Hakları ve Davaları*, 2..baskı, (Seçkin Yayıncılık, 2012).

**ERSOY, Y.,** 'Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:53, Yıl:2004, s.161-189, ([www.tbddergisi.barobirlik.org.tr](http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr)), (siteye giriş tarihi:05.01.2017).

**ÇAKMUT, Y.Ö.Ç.,** 'Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam', *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, s. 22-23.

**ÇUHACI, M.,** *Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri*, (Güneş Tıp Kitapevleri, 2014).

**GERÇEKER, H.**, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, (Cantekin Matbaacılık, 2011).

**HANCI, H.İ.**, 'Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluk', *Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara Barosu Yayınları, 2007), s. 303.

**HANCI, H.İ.**, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. baskı, (Seçkin Yayınları, 2006).

**HAKERİ, H.**, *Ceza Hukuku*, 10. baskı, (Adalet Yayınevi, 2011).

**HAKERİ, H.**, *Tıp Hukuku*, 3. baskı, (Seçkin Yayıncılık, 2010).

**KANGAL, T.Z.**, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı:4, 2011, s. 223-251.

**SAVAŞ, H.**, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpractis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*, 3. baskı, (Seçkin, 2013).

**SAVAŞ, H.**, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza- Hukuk*, 1. baskı, (Seçkin, 2007).

**ŞAHİN, C., ve ÖZGENÇ, İ.**, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, 1. baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayını.

**KEYMAN, S.**, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ([www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/](http://www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/) yıl 1978-cilt-35-sayı -1-4) Cilt:35, Sayı:1, s. 57-89. (siteye giriş tarihi: 22..03.2016).

**ÖZCAN, T.H.**, 'Tıbbi Müdahaleler nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğunda Yargıtay Uygulaması', içinde, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara Barosu Yayınları, 2007).

**PARLAR, A., -HATİPOĞLU, M.**, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları*, 2. baskı, (Adalet Yayınevi, 2010).

**ŞAHİN, E.M.**, *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yayımlanmış Doktora Tezi , 2010.

**TANERİ, G.**, *Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekimin Ceza Sorumluluğu*, 1. baskı, (Bilge Yayınevi, Ankara, 2014).

**TAŞKIN, A.**, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, (Adil Yayınevi, 1997).

**UĞURLUBAY, A.A.G.**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, Cilt:1, Yıl:2015, s.165-206.

**ULU, F.**, Ötenazi, *Türk Hukuk Sitesi*, 2010, ([www.turkhukuksitesi.com/makale-1369.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale-1369.htm)) (siteye giriş tarihi:01.07.2017)

**ÜNVER, Y.**, 'Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı', *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu.

**ÜNVER, Y.**, *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no:16, 2008).



# SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLAK KURALLARININ BELİRLENMESİ

## *Determination of General Moral Rules In The Contracts*

Dr. Derya ATEŞ<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 28.07.2017

Kabul Tarihi: 20.09.2017

### ÖZET

Kanun koyucu tarafından farklı yasal düzenlemeler içinde yer alan “genel ahlâk” kavramı, hâkim tarafından *re’sendikkate* alınması gereken, *emredici*, *objektif*, *nisbi*, *değişken* ve çerçevahukuk *ilkesidir*. Kanunda bulunan bir hükmün, hâkim tarafından somut meseleye doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, *intralegemkanun boşluklarının* varlığından söz edilir. Kanun koyucunun tamamen iradi ve bilinçli olarak yarattığı ve sadece normun genel çerçevesini çizdiği bu tür yetkilendirmelerde, söz konusu boşluğu doldurması gereken kişi, kendisine bu yönde takdir yetkisi tanınan *hâkimdir* (MK.m.4). Tıpkı genel ahlâk kuralı kavramında olduğu gibi. Dolayısıyla somutlaşmadıkça boşluk içeren tüm çerçeve hukuk kuralları gibi, hâkimin genel ahlâk kavramındaki bu boşluğu doldurması, yani kuralı *somutlaştırması* şarttır. Zira toplumda var olan bütün genel ahlâk kurallarının listesini oluşturmak ve uygulanmak üzere hâkime sunmak hiçbir dönemde mümkün değildir. Hukuk düzenlerinde tanınan tüm haklar ve kurallar açısından geçerli olduğu gibi genel ahlâk kuralları da aslında içeriklerinde korudukları *değerler* ile somutlaştırılabilirler. Dolayısıyla hâkimin yapması gereken; kavramın içeriğine dâhil olan değerleri bulmak ve korunmak istenen temel hukuki menfaatlerin, somut meselede amaçlarına uygun kullanılıp kullanılmadıklarını; böylece kuralın ihlal edilip edilmediğini tespit etmektir.

Buna göre korunan değerler; bir yandan MK.m.23 hükmüne ve temel hak ve özgürlüklere paralel, genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine kurulduklarından “*toplumsal*dırlar”.

### ABSTRACT

The “concept of public morality” used by legislator in several legal legislations is a compulsory, objective, comparative, variable and general principles of law that should be considered ex-officio by the judge. If it is not possible for the judge to practice a rule in the law directly to a concrete situation, it is called intra legemsilence of law. It is the judge that is legitimized with judicial discretion who has to fill the mentioned gap if the legislator formed a general frame for authorisation voluntarily and consciously (CL.art.4). Same as the concept of public morality. So it is obligatory for the judge to fill the gap in this general ethics concept as it is obligatory for all the general principles of law that have gaps if it is not concretized. Because in any terms, it is impossible to submit the list all the general ethics rules in the society to the judge for practice. Same as all rights and laws that are recognised in the legal order, the general ethics rules can be concretized by the values that are preserved in their content. Hence the judge should find the values in the concept and determine if there is any breach in the law by checking whether the basic legal principles are protected and used according to their expedient. According to this; the values are “personal” due to protecting the individuals by CL.art. 23 provision and by being paralel to basic rights and freedoms; also “social” due to being established on social order. Naturally it is possible for these values to change, vary or transform in the social life continuity; or even need special protection by legal order for general ethic rules. The actuality of protecting the values by general ethic rules do not change even in situations where the legal order is perceptibly written.

<sup>1</sup> Dr.Derya Ateş, Türkiye Noterler Birliği Hukuki Danışman Yrd.

Elbette ki sosyal hayattaki süreklilik içinde bu değerlerin değişmesi, çeşitlenmesi ya da farklı şekillere bürünmesi, hatta birçoğunun bizzat hukuk düzeni tarafından korunarak genel ahlâk kurallarının özel koruma alanına ihtiyaç duymaması mümkündür. Ancak hukuk düzeninin somut olarak metne aldığı durumlarda dahi bu durum, değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunmaları gerektiği gerçeğini değiştirmez. Sonuç olarak önemli olan, hâkimin bu kişisel ve toplumsal menfaatleri yorum araçlarıyla, objektif ve temel hukuk ilkelerine uygun değerlendirmesi; ayrıca ulaşacağı sonucun da toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmeyen, az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmasıdır.

In summary the important issue is for the judge to evaluate these personal and social benefits through objective and basic legal principles; also his conclusions not to be opposing to the common values of the community, public conscience and to be applicable to similar situations.

**Anahtar Kelimeler:** Sözleşme Özgürlüğü, Genel Ahlak, İntraLegem Boşluk, Hâkimin Takdir Yetkisi, Kişilik Hakları,

**Keywords:** Contract freedom, General ethics, Intra Legem Gap (silence of law), Judicial Discretion of the Judge, Personal Rights

### I- “İntraLegem Boşluk” ve “Hâkimin Takdir Yetkisi”

Toplumsal hayattaki sürekli değişim ve gelişim içinde, mevcut hukuk kurallarının bütün hukuki olayları ve sorunları karşılaması mümkün değildir. Bu nedenle genel ve soyut hukuk kuralları kanun koyucu tarafından ne kadar mükemmele yakın düşünülse ve düzenlense de, bir noktada, sosyal hayattaki değişim ve hareketliliğe bağlı olarak eksik kalabilir. Somut olaya uygulanabilecek yazılı olan ya da olmayan hiçbir hukuk kuralının bulunmaması halinde ortaya çıkan *hukuk boşluklarında*, kanun koyucunun hâkime hukuk yaratma yetkisini tanıması da zaten bu düşüncenin bir göstergesidir (MK.m.1). Buna karşılık, somut meseleye uygulanacak yazılı bir hukuk kuralı bulunmadığı (*PraeterLegem Boşluk*) ya da kanunda bulunan hükmün hâkim tarafından meseleye olduğu gibi uygulanmasının kanunun amacına, menfaat dengelerine aykırı düştüğü durumlarda (*IntraLegem Boşluk*) ise *kanun boşluğundan* söz edilir. Bu bağlamda, çerçeve bir hüküm olarak genel ahlâk kurallarına göndermede bulunan yasal düzenlemeler de (MK.m.23, BK.m.26, m.27, m.49/ II gibi) aslında kanun dışı bir değere atıfta bulunarak “*intralegem boşluklar*” yaratırlar.

Aslında kanun koyucu bu tür boşlukları yaratırken, somut olayın özelliklerine ve şartlarına göre değerlendirme yapılmasını, böylece belirsizliğin giderilmesini istemektedir. Bu sebeple iradi ve bilinçli olarak sadece normun genel çerçevesini çizer ve bir tür yetkilendirme ile (MK.m.4) *hâkimden* bu

boşluğu doldurmasını ister. Dolayısıyla, genel ahlâk kurallarının korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki menfaat dengesini sağlayacak özeni göstermek hâkimin görevidir. Elbette ki hâkim bakımından bir toplumdaki bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak, ardından bunlardan iyi olanları, toplumun kamusal vicdanında benimsenerek genel ahlâk kuralı halini alanları belirlemek mümkün değildir. Bu tespit ancak somut olayın bütün özellikleri içinde ve fiili durumun tüm unsurları ile yapılabilir; bunun içindir ki kanun koyucu bu görevi hâkime bırakır<sup>2</sup>.

Öte yandan belirsizliği yaratan sadece genel ahlâk kavramının kendisi ve içinde koruduğu hukuki menfaatler değil; aynı zamanda kanun koyucunun meseleyi olumsuz ifadeler ile metne alıştırdır. Çünkü kanun asla genel ahlâk kurallarına uygun sözleşmelerle ilgilenmez; aykırı olanlarla ilgilenir. Sonuçta hâkim, genel ahlâk kurallarının ne olduklarını değil ancak ne olmadıklarını araştırmalıdır<sup>3</sup>. Peki ama hâkim takdir yetkisini neden, hangi sınırlar içinde ve nasıl kullanacak; bu boşluğu hangi hukuki değerler ışığı altında dolduracaktır?

Her şeyden önce hâkim, kendisine tanınan bu takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde, genel ahlâk kurallarının konuluş amaçlarını göz önünde bulundurarak ve MK.m.4 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere “*hukuka ve hakkaniyete*” uygun olarak kullanmak zorundadır. O halde hâkim somut meseleyle ilgili uygulayacağı yasal hükümdeki, takdir yetkisinin kapsamının, olay için mi, olayın unsurları için mi, yoksa hukuki sonuçları için mi öngörüldüğünü tespit etmelidir. Çünkü kendisine tanınan yetki her olayda aynı unsura yönelik değildir.

Ardından, hâkimin genel ahlâk kavramındaki boşluğu doldurması ve kuralı *somutlaştırmasına* ihtiyaç vardır<sup>4</sup>. Kanun koyucunun tanıdığı bu imkân; hüküm özel bir duruma uygulanırken, içeriğinin ya da doğrudan kendisinin hâkim tarafından açıklanmasını; daha sonraki zamanlarda yeni uygulama imkânları doğduğunda ise içeriğindeki *etik* ilkenin güncellenmesini mümkün kılar<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Pierre Engel, sh.198 ; Reichard, sh.156.

<sup>3</sup> Böylece aslında kanun koyucu, yasal düzenlemelerde olmayan bir kavrama “genel ahlâk olmayanlara” (*lesnon-bonnesmœurs*) göndermede bulunmaktadır. Zufferey-Werro, sh.87.

<sup>4</sup> Genel ahlâk kuralları, dürüstlük kuralları, hakkaniyet, kişilik hakları gibi genel hukuk ilkelerinin bu tür somutlaştırılma ihtiyaçları için bkz. Deschenaux, sh.140-141; Morin, (*droits*), sh.84; Merz, n.29-30, Terre/Simler/Lequette, sh.278 ; Engel, sh.198 ; Reichard, sh.33.

<sup>5</sup> Deschenaux, sh.142. Genel ahlâk kuralları, kanun koyucunun ahlaki yapının hukuk düzenine, girmesini istediği zamanlarda açıklanmaktadır. Bu durum özel olarak Fransızca’da genel ahlâk kavramının (*bonnesmœurs*) iyi ahlâk kuralları olarak ifade edilmesinde de kendini göstermektedir. Özellikle sözleşme hukuku alanında, genel ahlâk kuralları, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kişinin genel menfaatini tehlikeye soktuğu durumlarda düzeltici bir araç gibidir. Zufferey-Werro, sh.87.

Sonuç olarak bir olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmaması bir hukuk meselesidir<sup>6</sup> ve bunu çözmesi gereken kişi de bizzat hâkimdir.

Bu noktada bizce hâkim öncelikle *anayasal ilkeler ile temel hak ve özgürlükleri dikkate almalıdır*. Yorum araçlarıyla, yine temel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kurallarına uygun (MK.m.2) *objektif* karar verirken de kişisel duygu, düşünce ve değer yargıları ile *sübjektif* ahlâk anlayışından uzaklaşmalıdır. Böylece sözleşmelerin genel ahlâk kurallarına aykırılık halinde geçersiz olacaklarını hükme bağlayan kanun koyucunun maddedeki *ratiolegisine*ve temelde kabul ettiği çıkarlar dengesine uygun davranacaktır. Ulaşacağı sonuç toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmemeli ve az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmalıdır<sup>8</sup>.

## II- Genel Ahlâk Kuralları ile Korunan “Temel Hukuki Değerler”

### A) Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak genel ahlâk kavramını somutlaştırmaya çalışırken, belli bir toplumda yada toplulukta geçerli olan bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak ve ihtiyaç olduğunda bunlar içinden bir seçim yapmak mümkün değildir. Bu yöndeki bir çaba bizi sadece eksik ve ahlâk kurallarındaki değişiklikler karşısında her zaman yetersiz kalacak bir sonuca götürecektir. Örneğin, bizim hukuk sistemimiz için genel ahlâk kavramı, Anayasa dışında (Any.m.28, m.141) Ceza hukuku içinde “Genel Ahlâk Aykırı Suçlar” başlığı altında düzenlenmekte (CK.m.225-229) ve suçlar; *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak ile dilencilik* olarak sayılmaktadır.

<sup>6</sup> Eğer gelenekler, ahlâk veya din kuralları gibi, hukuk dışı bir alandaki düzenlemeler ile çözümlenecek bir mesele söz konusu ise, bu durumda boşluk olmaz, ancak *hukuk dışı* bir alan (domaine extra-juridique, einrechtsfreierRaum) söz konusu olur. Bu kavramla ilgili bkz. Engisch, Der rechtsfreieRaum, ZeitschriftfürgesamteStaatswissenschaft, sh.385 vd; Deschenaux, sh.90. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, hukuki bir mesele olarak görülen bu durum, Fransız hukukunda kesin olarak hâkim tarafından takdir edilecek maddi bir mesele (*question de fait*) olarak kabul edilir. Bu konuda bkz. Zufferey-Werro, sh. 88; ayrıca sh. 351, dipn.18; Roy/ Schoenenberger, sh.40.

<sup>7</sup> Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmaları irade özerkliğini ortadan kaldırmaya kadar gidebilir. Bu sebeple kurallar doğrudan değil dolaylı yoldan özel hukukta etki doğurabilecek şekilde uygulanmalıdır. Hâkim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket edecektir. Atamer, sh.186.

<sup>8</sup> Son dönemde Alman Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen yeni görüşe göre genel ahlâk kuralları da tıpkı kamu düzeni gibi, kötüye kullanılmaması için pozitif anayasal değer yargıları ile somutlaştırılmalıdır. Çünkü temel hakları koruma görevi sadece kanun koyucunun değil, kanunları uygulayan, yerine göre kendisine takdir yetkisi de bırakılan hâkimin görevlerindedir. bkz.Fromont, sh. 348; ayrıca Schönle, sh.67 vd.

Ancak acaba genel ahlâka aykırı hareketlerin kanun koyucu tarafından suç olarak belirlenen bu durumlarla sınırlı olduğunu söylemek doğru mudur? Aksi halde *her hak içeriğinde koruduğu değerler ile somutlaştırılabileceğine* göre; genel ve soyut olan bu kavramın içeriğini dolduracak olan ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştıracak olan değerler nelerdir?

Genel ahlâk kuralları, bireylere ait sübjektif ahlaki değerlerden farklı olarak hukuk düzeninin koruması altındadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Anayasa ve Ceza Kanunu dışında özel hukukta, kanun koyucu bireye, “senin özgürlüklerini kimse genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlayamaz sen bile” (MK.m.23/1); ya da “sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de yapacağın sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır” (BK.m.26) gibi tahditler koyarken; aslında aynı zamanda kişilere bazı “hak”lar da tanımaktadır. O halde yapılması gereken hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmasını isteme yönünde bireyi yetkili kılan bu menfaatler bütünü belirmek olmalıdır. Çünkü, her ne kadar genel ahlâk kurallarının bir listesini oluşturmak mümkün değilse de; içtihat ve doktrinden yola çıkarak, kavramla korunmak istenen *hukuki menfaatler ve değerler belirlenebilir*.

Ancak bu noktada şu hususu dikkatten kaçırmamak gereklidir ki, toplumlara ait bu menfaat ve değerler; belli kültüre, dünya görüşüne bağlı olarak zamana ve mekâna göre her zaman değişime açıktır. Burada bir çelişki yoktur çünkü hukuka olduğu kadar, genel ahlâk kurallarına da nisbîlik özelliğini veren zaten budur. Örneğin bugün ötenazi, kürtaj, cinsel özgürlükler ve aile yapısında yaşanmaya başlayan değişimler artık sadece batı toplumlarında değil bizim toplumumuzda da tartışılmaktadır. Çünkü korunan menfaatler, değerler değişim gösterdikçe, o topluma ait genel ahlâk anlayışı da değişmektedir. Bu sebeple aslında bugün bizim de içeriğini doldurmaya çalıştığımız değerler Türk toplumunda bir süre sonra genel ahlâk kavramı tarafından korunmayabilir ya da tam aksine bugün için toplumda bir menfaati ifade etmeyen herhangi bir durum bundan yüz yıl sonra toplum için genel ahlâk kuralları bakımından önemli bir değer haline alabilir. Ancak kanaatimizce değişmeyecek olan, bulunulan zamana ait olmak üzere “*o değerlerin temel ve dokunulmaz*” niteliği olacaktır ki, toplum o değeri kamusal vicdanında bireysel ahlâktan üstün tutarak genel ahlâk kuralı haline getirmiş olsun<sup>9</sup>.

O halde, kişilerin karşılıklı olarak girmek istedikleri sözleşme ilişkisinde, özgürlüklerinin genel ahlâk kuralları ile sınırlandırılmasında kanun koyucunun korumak istediği hukuki değerler, menfaatler nelerdir? Bu değerlere ulaşabilmek adına nasıl bir muhakeme yapılmalıdır? Her şeyden önce, BK.m.26

---

<sup>9</sup> ATF129/2003IIIp.209= SJ2003Ip.374-375; Engel, “L’évolution Récente Du Droit Des Obligations, Lausanne, 2004, sh.14. Ayrıca bkz. Ateş, sh.251 vd.

hükmü ile sınırı çizilen *sözleşme özgürlüğü*, tıpkı diğer özgürlükler gibi kişilik kavramına dâhil olan ve hukuk düzeni tarafından korunan değerlerdendir. Kişilik haklarının da aslında, kişisel değerler bütünü üzerinde geçerli olan haklar olduğu göz önünde bulundurulduğunda; bunlara özgü nitelik ve hukuki sonuçların, kendi konusuna giren tüm değerler yönünden de geçerli olacağı çok açıktır. Bu sebeple kanun koyucu MK.m.23 ve devamında hem kişilik kavramını hem de *sadece kişi olması sebebiyle ona tanınan*; ehliyetlerini, özgürlüklerini ve maddi, manevi, ekonomik bütünlüklerini korumak istemekte; BK.m.26 hükmüyle ise, özgürlüklerinden birinin geçerlilik sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu sebeple aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları herşeyden önce anayasal düzen içinde temel hak ve özgürlükleri, yani kişilik haklarını ve dolayısıyla bu anlamda korunan tüm hukuki değerleri içermektedir.

Bu konuda *Hatemi*, genel ahlâk kurallarının içeriklerinin belirlenmesinde değil ancak, kuralların uygulanabilirlik denetimlerinde anayasal düzenin ve ilkelerin esas alınması gerektiği görüşündedir<sup>10</sup>. Ancak kanaatimizce, genel ahlâk kuralları da her ne kadar içeriğinde sosyolojik kurallar ve ahlâk kurallarını barındırsa da; tıpkı kamu düzeni kavramı gibi kötüye kullanılmaması için *pozitif anayasal değer yargıları ile* somutlaştırılmalıdır<sup>11</sup>. Çünkü bütün özgürlükler, her ne kadar *bireye* ait olsalar da, sosyal hayat içindeki kullanımları ortak alana müdahale edeceğinden her zaman *toplumsal* bir yön de içerirler. Kaldı ki Anayasal değerlerin bütün hukuk düzeni için üst bir denetim aracı olduğu düşünülduğünde, genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerin aynı zamanda anayasal teminat altında bulunmaları ve aynı denetime tabi olmaları da bizce bir çelişki oluşturmamaktadır. Kaldı ki ne bütün anayasal değerler genel ahlâk kuralları tarafından korunmakta, ne de genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerin anayasal hükümler halinde pozitif hukukta yer alması

<sup>10</sup> Hatemi, sh.104 vd. Yazara göre anayasal düzene aykırı ahlâk kurallarının uygulanabilmesi mümkün olmayacağından, hem kavramın sınırlarının belirlenmesinde hem de üst bir denetim aracı olarak aynı anayasal değerlerin kullanılması doğru değildir. Aynı görüş için bkz. Atamer, sh.153. Aksi görüş için bkz. Zufferey-Werro, sh.108.

<sup>11</sup> Anayasada yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi (m.2/5), eşitlik ilkesi (m.10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi (m.48), tüketicinin korunması (m.172) gibi ilkeler bu yoldan özel hukuk kişileri arasında aktive edilebilecek ve sözleşme içeriğinin bir sınırını oluşturabileceklerdir. Bunların yanı sıra bir hukuk kurumu olarak sözleşme, evlilik, özel mülkiyet, vasiyetname, rekabet, temel hukuk ilkeleri olarak irade özerkliği, güven ilkesi, kişiliğin korunması ise kavramı somutlaştırmada devreye girebilecektir. Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine *dolaylı* olarak uygulanmaları bugün genel olarak kabul edilen yaklaşımdır. Buna göre anayasal normların doğrudan uygulamaları, irade özgürlüğünden vazgeçme noktasına kadar gidebilir. O halde, hâkim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket etmelidir. Bu konu ve anayasal normların doğrudan uygulanmaları hakkındaki görüşler için bkz. Atamer, sh.186-187, özellikle dipn.244. Ayrıca Serozan, sh.272.

şartı bulunmaktadır. Bir ahlâk kuralını (ya da sosyolojik kuralı) genel ahlâk kuralı haline gelmesi, zaten toplumdaki kamusal vicdanın rahatsız edilmesiyle mümkündür, anayasal bir hükmün ihlali ile değil. O halde, kanun koyucu tarafından ortaya konulan genel ahlâk kuralları gibi çerçeve hükümlerin içini dolduracak değerlerin, temellerini anayasal değer yargılarından almaları da kaçınılmazdır<sup>12</sup>.

Üstelik hukuk düzeninin koruduğu bir değer genel ahlâk kuralları tarafından da gözetilmesi, bu değerlerin toplumsal vicdanda da benimsendiğinin ve yazılı hukuk kuralları olmanın ötesinde toplumdaki etik alt yapıya da işlediğinin bir göstergesidir. Eğer ortak koruma alanındaki bu değerler pozitif hukuk düzeni tarafından somut hukuk normları haline almışsa ihlalleri elbette ki öncelikle hukuka aykırılık oluşturacaktır. Ancak bu durum dahi aynı değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunması sonucuna bir engel teşkil etmez. Dolayısıyla bu noktada Anayasal değerler bizce üst bir denetim aracı olmaktan önce, kavramın içeriğine dâhil, onu somutlaştıran hukuki varlıklara da işaret edebilir. Öte yandan şüphe ki, sözleşme özgürlüğü Anayasanın 40 ıncı maddesinde düzenlenen bir temel özgürlük olduğundan, sınırlarından biri olarak genel ahlâk kuralları kavramının da nihai olarak Anayasaya uygun olması şarttır ve bu denetim içeriğe ait değerlerden farklı bir hukuki aşamadır.

Ancak hem felsefi anlamda etik kurallarıyla örtüşen, hem de kanunların ruhu ile genel ahlâk kurallarını oluşturan bu değerler sadece insana insan olması sebebiyle tanınan kişilik hakları değil; aynı zamanda toplumsal ilişkilerin korunması için de yol gösterici olan değerlerdir. Çok çeşitli ve hiçbir zaman sınırlanmaları mümkün olmayan bu değerler toplumsal hayattaki süreklilik, teknolojik gelişim ve değişimle beraber yenilenebilir ya da zamanla yok olabilir. Doğaldır ki değerlerden bir kısmı sadece gerçek kişileri ya da sadece tüzel kişileri, bir kısmı ise, her ikisini birden ya da toplumun tamamını hakkın konusu olarak kabul edebilir.

Elbette ki bu değerleri tespit etmek ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştırmak görevi önüne gelen her meselede bizzat hâkime aittir. Ancak mademki hâkimin önüne bir toplumdaki bütün genel ahlâk kurallarının listesini

---

<sup>12</sup> Alman Federal Mahkemesi de, aile bireylerinin birbirlerine karşı verdikleri ve çok yüklü kefalet miktarlarını içeren kefalet sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı oldukları yönündeki 19 Ekim 1993 tarihli kararında da aynı yöndeki görüş ifade edilmektedir. *“Anayasa, temel haklar bölümünde, hukukun her alanı için geçerli anayasa hukukuna ilişkin temel değer yargıları içermektedir. Bu değer yargıları ilgili hukuk dalına ilişkin çerçeve hükümlerin yorumlanmasında etkili olurlar. BGB § 138 ve § 242 hükümleri de, genel ahlâk kuralları ve dürüstlük kurallarına göndermede bulunurken, maddelerin Anayasal temel ilkeler ve değer yargıları ile somutlaştırılmaları gerekmektedir.”* NJW 1994, 36. Bu konuda ayrıca bkz. Ateş, sh.252 vd.

oluşturarak koyabilmek mümkün değildir, o halde hangi değerlerin korunması gerektiğinin belirlenmesi yeterli olmalıdır.

O halde genel ahlâk kuralları yönünden bu değerler, bir yandan genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine kurulduklarından “*toplumsaldırlar*”<sup>13</sup>. Bu sebeple biz de genel ahlâk kurallarının hangi hukuki değerleri koruduklarını, MK.m.23/II ve BK.m.26 hükümlerinin kapsamlarını da göz önünde bulundurarak, kişisel ve toplumsal değerler ayırımı ile ele almayı uygun bulmaktayız.

## B) Korunan Temel Değerler

### 1) Kişisel Değerler

Bu değerler kişiliğe bağlı maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü koruyucu değerler olabilir. Aynı değerlerin hem *kişilik hakları* hem de *genel ahlâk kuralları* tarafından korunmaları ise değerlerin tahdidi olmamaları ve zaman içinde değişim göstermeleri göz önünde bulundurulduğunda bir çelişki oluşturmaz. Üstelik aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere zaten genel ahlâk kuralları kişilik haklarını kapsamaktadır.

Maddi değerler kişinin sadece bedensel bütünlüğüne dair olup, duygusal ya da toplumsal hayata katılımı ile ilgili olmayan değerlerdir. Bu değerlerden, her bireyin yaşaması için önemli olan fiziksel ve zihinsel fonksiyonlarına saygı ile bu değerlerin korunmasını ifade eden “*hayat hakkı*” gerçek kişiler için en temel haktır (Any.m.17/f.1). Bu sebeple özel amaçlarla insan hayatı için risk taşıyan sözleşmeler dışında; borçlunun ya da bir üçüncü kişinin hayatını tehlikeye sokacak ya da bu tür durumlara sebep olabilecek sözleşmeler BK.m.26 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil aynı zamanda genel ahlâk kurallarına da aykırılık yaratır<sup>14</sup>. Zira hayat hakkının mutlak ve temel niteliği, hukuk sistemi içinde geçerli olan bütün değerler tarafından korunmayı gerektirir ki, genel ahlâk kuralları da bunlardan biridir.

Bunun içindir ki, her ne kadar kişinin hayatına son vermesi ya da buna teşebbüs etmesi herhangi bir yaptırıma tabi olmasa da; hiçbir hukuk düzeninde kişinin “*intihar hakkından*” bahsedilmez ve bir kişiyi intihar etmeye teşvik etme yönünde yapılan bütün anlaşmalar BK.m.27 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşıyacağından geçersizdir<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Hakların ve özel olarak BK.m.26 hükmünün kişisel olmalarıyla ilgili bkz. A.Bucher, sh. 138; Deschenaux/Steinuer, sh.168. Ayrıca toplumsal nitelikle ilgili bkz. Ost/Kerchove, sh.91; Zufferey-Werro, sh.171.

<sup>14</sup> Deschenaux/Steinuer, sh.170; Tercier, (personnalité), sh.54; A.Bucher, sh.128; Engel, sh.284; Thévenaz, sh.146; Zufferey-Werro, sh.173.

<sup>15</sup> Kişinin ölümü halinde zaten intihar eden kişinin cezalandırılmasının imkânsız hale gelmesi,



Aynı şekilde, özellikle iyileşmesi mümkün olmayan ve çok ciddi fiziksel acılar çeken hastalar için ölüm hakkı tanınıp tanınmaması yani “ötenazi (*euthanasie*)” hukuk düzenlerinde ve tıp dünyasında oldukça tartışılmaktadır. Bu konuya özellikle meslek ahlakı boyutu sebebiyle kısaca değinmek istemekteyiz. Ötenazi geleneksel olarak ikiye ayrılır. *Aktif ötenazi*, ölüm döşeğindeki bir kişinin kasıtlı olarak hayatına son verilmesini; *pasif ötenazi* ise, bir hasta veya yaralının hayatını uzatabilecek tedavi, ilaç ve teknik imkânları kabul etmemesini ifade eder. Aktif ötenazi yönündeki sözleşme, bir kimsenin, hastanın hayat hakkına aykırılık taşıyan davranışta bulunması yönündeki taahhütleri içerir ki bu davranış genel ahlâka aykırılık taşımasının da ötesinde *hukuka aykırıdır*<sup>16</sup>. Pasif ötenazi ise, hastalığın artık ölümle sonuçlanması kesin olduğunda ve kişi çok ciddi bedensel ızdıraplar çektiğinde söz konusudur. Bu durumu doktrin hastanın ayırdetme gücü olup olmamasına göre ikiye ayırarak inceler. Kişinin ayırdetme gücü varsa, her ne kadar durum *meslek ahlakı* ile bağdaşmasa da, doktorların tek başlarına tedaviye başlama ve bırakma imkânları olmadığından, bu irade<sup>17</sup> hukuka uygun kabul edilir. Ölüm döşeğindeki kişinin isteğine saygı duyulmalıdır<sup>18</sup> ve burada kişinin hayat hakkı üzerindeki tasarrufu söz konusudur. Hastanın ayırdetme gücü yoksa pasif ötenaziye başvurma hakkı doktora bırakılmaktadır. Güncel eğilim doktorların hastanın farazi iradesi doğrultusunda karar vermeleri gerektiği yönündedir. Diğer görüşler tek başına farazi iradenin yetmeyeceği, yakınlarının iradesi ve meselenin *meslek ahlakı* kurallarıyla beraber incelenmesi gerektiği çünkü insanlık onurunun bazen hayat hakkından daha güçlü olduğu şeklindedir<sup>19</sup>.

---

aslında kişinin ölüm hakkının var olması ve somutlaşması anlamına gelmez. Bu durum hukuk düzeninin çaresizliğini ifade eder. Thévenaz, sh. 148. Bkz. Dijon, Le sujet de droit en son corps, Une mise a l'épreuvedudroitsubjectif, Namur et Bruxelles, 1982, sh.576 vd. Bu durumun aksini ifade etmek, bir kişiyi intihar etmeye teşvik eden kişinin davranışını yasal kılacaktır ki bu, ne hukuk düzeni ne de genel ahlâk kuralları tarafından kabul edilebilecek bir durum değildir

<sup>16</sup> Özel hukuk açısından bu tür bir davranış hukuka aykırılık taşıyacağından kişinin yakınlarının manevi tazminat talepleri söz konusu olabilir. (BK.m.56) Ceza hukuku açısından ise, durum. TCK.m.81 vd. anlamında kasden adam öldürme suçunu oluşturur. Ayrıca doktorların meslek hayatlarına başlamadan yaptıkları hipokrat yeminlerinde, kendisine başvuran kişiye öldürücü bir ilacı almasını söylemek veya bu yönde bir telkinde bulunmaya girişmek yasaklanmıştır. Hipokrat yemini § 4, Thévenaz, sh.150, dipn.29.

<sup>17</sup> Hastanın yeterince bilgilendirildikten sonraki rızası önemlidir. Kişi artık bu yolu seçtiğinde, ayırdetme gücü de bulunsa önceden tedavi için verdiği rızalar geçerli olmayacaktır. Deschenaux/Steinauer, sh.196

<sup>18</sup> Thévenaz, sh.150.

<sup>19</sup> İnsanlık onuru için bkz. Pavia, La Dignité de la PersonneHumaine, Cabrillac/FrisonRoche/Revet, Libertés et droitsfondamentaux, Paris, 2003 içinde, sh.129-145. Ötenazi konusundaki yeni eğilimler, ötenazinin cezalandırılmaması yönünde gelişmektedir. Bazıları, aracı olarak kullanılan kişi tarafından intihar olarak görmektedir. 1976 yılında, Avrupa konseyi parlamenterler meclisi (*Assembléeparlementaireduconseil de l'Europe*)

Korunan bir diğer menfaat, hayat hakkına bağlı olan “*kişilerin bedensel bütünlükleridir*”. İnsan bedeninin dokunulmazlığı, fiziki bütünlüğü, sağlığı, bedensel kuvveti ve görünümü, normal olarak vücut işlevini sağlayan tüm öğeleri kapsar. Dolayısıyla hem fiziksel hem de zihinsel öğeleri içinde barındırır<sup>20</sup>. Bu sebeple kişinin üzerinde tasarrufu daha fazla olan bir haktır. Bu hak, hukuk düzenlerinde hem yazılı olan (Any.m.17/f.2, MK.m.23 gibi) hem de yazılı olmayan (genel ahlâk kuralları gibi) hükümlerle ve yasaklarla korunan menfaatlerdir<sup>21</sup>. Sözleşmenin özel amacından doğan riskler dışında<sup>22</sup>, vücut bütünlüğü için tehlike yaratan durumlar da her zaman genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaktadır. Yine Türk toplumu yönünden “taşiyıcı annelik sözleşmeleri”, yani doğacak olan çocuğun kiralık bir anne karnında büyütülmesi; aynı şekilde “çocukları olmayan çiftler için sperm ya da yumurta bağışlanması” yönündeki sözleşmeler genel ahlâka aykırıdır.

Öte yandan, toplumsal hayatın sürekliliği içinde ortaya çıkan manevi ve duygusal ilişkiler ağı, bireylerin özgürlükleri, isim hakkı, şeref ve haysiyet ile sır çevresi değerleri gibi farklı menfaatlerinin de korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Buna göre, manevi değerlerin en önemlilerini özgürlükler oluşturur. Genel bir düzenleme ile kanun koyucu tarafından, MK.m.23/II hükmünde metne alınan özgürlükler, ancak aşırıya gitmemek kaydı ile ve hukuk düzeni ile genel ahlâk kuralları çerçevesi içinde kalınarak sınırlanabilirler.

Bu bağlamda, bireylerin din, politika, sanatsal görüş gibi farklı hareket alanlarına dair öncelikle bağımsız vicdani kanaatlere sahip olabilmelerini, daha

---

bu konuda şu kararı vermiştir: “insan hayatının uzatılması, acıları da dindirmek amacı olan tıp uygulamasında (alanında) kendiliğinden tek amaç olarak kabul edilmemelidir.” Meclise karşı Dijon, ötenazi hareketinin sahibinin ölen kişinin isteği veya sadece kendi rızası ile işlemi tamamlamasına göre ayırım yapmayı önermektedir; bu ayırımın, bir kişilik hakkına aykırılığa verilen rızanın şeklini aynı biçimde uygulayan CC.m.27/2 karşısında hiçbir önemi yoktur. Nitekim, Gauthier’in dikkate aldığı gibi, aktif ve pasif ötenazi arasındaki ayırım, hareketi imtinadan ayırmaya alışkın hukukçulara yardımcı olmaz. Bu iki ayırım tam olarak örtüşmez, madem aktif ötenazi bir hareketi gerektirmektedir, pasif ötenazi de bir harekete ihtiyaç duyar, örneğin, terapiden vazgeçmek gibi bir imtina ile işlemi kesmekte olduğu gibi. O halde gelecekte, bir hastanın hayatına aykırılık taşıyan, insan onuruna saygının teyit ettikleri dışında hukuka aykırı anlaşmalar ile; ölen kişinin hazır veya farazi iradesi gibi hukuka uygun olabilen kişiyi ölüme terk etmek amacı taşıyan imtinaları (ihmalleri) ayırmak gerekecektir. Bu çözüm klasik doktrin tarafından önerilenden farklıdır. Konu hakkında bkz. Thévenaz, sh.151 vd.

<sup>20</sup> Tercier, (personnalité), sh.55. Ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 171.

<sup>21</sup> ATF 95/1969 II sh.93; ATF 106=JdT 1970 I sh.330-337. Engel, sh. 284.

<sup>22</sup> Örneğin, dublörlerin yaptıkları sözleşmelerde durum böyledir. Hayatlarını ya da vücut bütünlüklerini tehlikeli bir sahnede oynayarak riske atan dublörler (*coscader*) için yaptıkları taahhüdün geçerliliği kabul edilebilir. Engel, sh.284.

sonra bu fikirleri yönünde karar verebilmelerini ifade eden “*karar özgürlüğü*”<sup>23</sup> genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerdendir. Çünkü hukuk kişilerin iç dünyalarında aldıkları kararlardan çok; bunların sosyal yaşama nasıl ve hangi hukuki sonuçları doğurarak yansıdığıyla ilgilenmektedir. Bu yüzden de her ne kadar, herkes kendine ait kararları almakta özgürse de; hukuk düzeninin belirlediği sınırları aşmamak zorundadır. Medenî Kanunumuzun 23 üncü maddesinde hiç kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa feragat edemeyeceğinin; kişisel özgürlüklerin aşırı sınırlanamayacağıının belirtilmesindeki bir sebep de zaten budur. O halde, sözleşme hukukunun temel ayaklarından birini oluşturan karar özgürlüğüne bağlı olarak, hükmün BK’nun 26 ıncı maddesiyle beraber incelenmesi gerekir. Bu anlamda, örneğin maddi bir menfaat karşılığı belli bir gruba, mesleğe girmeye ya da çıkmaya, milliyet değiştirmeye, kefil olmamaya yönelik taahhütler kişilerin karar özgürlüklerinin genel ahlâka aykırı olarak ihlali sonucu doğuracaktır<sup>24</sup>.

Karar özgürlükleri içinde, bireylerin diledikleri ilahî ideale inanmalarını, bu doğrultuda ihtiyaç duydukları ibadet veya yaşam tarzlarını hayata geçirebilmelerini ifade eden “*din ve vicdan özgürlükleri*” genel ahlâk kuralları açısından önemli bir yer tutar. İnançlar kişilerin manevi bütünlüklerini meydana getiren, dinlerin statik yapılarına rağmen kişiye göre değişebilen değerlerdendir. Zira dinler değişmese bile, bireysel inançlar ve değerler farklılık gösterebilir. Din ve vicdan özgürlüğü zaman zaman, belli bir birliğe katılma veya bazı ayin ve törenlere dâhil olmayı da gerektirebilir. Ancak hiç kimse, inancına uygun olsun ya da olmasın, dini nitelikli sözleşmelere katılmaya ya da bu özgürlüklerini ihlal edecek şartları içinde barındıran bir sözleşmeye dâhil olmaya zorlanamaz<sup>25</sup>.

Öte yandan kişileri diğerlerinden ayırarak bireyselleştiren ve toplumsal değeri yanında manevi değerleri de bulunan “*ad (isim) hakkı*” da yine genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadır. Ad kavramı dar anlamıyla kişinin sahip olduğu öz adı ve soyadını ifade ederken, geniş anlamıyla kavram, müstear ad (mahlas), lakap, ticaret unvanı(TTK.m.41-m.54), işletme adı

<sup>23</sup> Karar özgürlüğü, hiçbir zorlama olmadan sadece kendi iradesi altında hareket edebilmeyi ifade etmektedir. Tercier, (personnalité), sh.71. Ancak bu özgürlük de, MK.m.23 hükmündeki ilkelere uygun olmalıdır. Bir kimsenin diğerine bağımlı olarak gerçekleştirdiği bütün taahhütler batıldır. Deschenaux/Steinauer, sh.95; Grossen, sh.12. ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77; ATF 102 II 211; ATF 97 II 108 = JdT 1972 I 648; ATF 69 II 230; ATF 43 II 341= JdT 1917 I 627; ATF 39 II 541=SJ 1913 sh.714 vd; ATF 29 II 114a.; (ATF 104 II 108=JdT 1980 I 77) Thévenaz, sh.240.

<sup>24</sup> Engel, sh.284; Deschenaux-Steinauer, sh.90; Tercier, (RDT), sh. 138 ve Thévenaz, sh.241. Ayrıca bu konuda bkz. Ateş, sh.249 vd.

<sup>25</sup> Robert, La liberté de religion, de pensée et de croyance, Cabrillac/ Frison-Roche/Revet, Libertés et droitsfondamentaux, Paris, 2003, içinde sh. 321-339; Carbonnier, sh.133. Ayrıca din özgürlüğüyle ilgili yapılan açıklamaların mutatis mutandis, politik görüş özgürlükleri için de geçerli olduğu hakkında bkz. Thévenaz, sh.180.

(TTK.m.53) ve tüzel kişi adlarını da kapsar<sup>26</sup>. MK.m.26 ve m.27'de korunması ve değiştirilmesi özel olarak düzenlenen bu kişilik hakkı, eğer seçim ve kullanma özgürlüğü genel ahlâka aykırılık sınırını aşarsa, MK.m.23/II, ya da BK.m.26 hükümlerinin kapsamına da girebilir. Burada söz konusu olan elbette ki, kişinin ad hakkının doğal olarak devredilemez niteliğinin olmasıdır. Şüphesiz ki adın belli amaçlarla "kullanımının devri" mümkündür; tıpkı ticaret unvanını ya da markanın (MarkKHK.m.60) devrinde olduğu gibi. (TK.m.49) Buna karşılık, isim hakkının kullanımını bırakma yönünde yapılan lisans sözleşmelerinde, tarafların aşırı taahhütlerden kaçınma yasağına uymaları gereklidir ki bunu belirleyecek olan, temel borcun süresi olmalıdır<sup>27</sup>.

Her bireyin, ortak yaşam içinde, özel ve mesleki hayatıyla ilgili gizli kalmasını istediği hususlara dair " *özel yaşam alanları*"<sup>28</sup> da genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerler arasındadır. Doktrinde bu alan üçe ayrılarak incelenmektedir. Bunlar, herkes tarafından izlenebilen yaşam olaylarından meydana gelen ortak yaşam alanı; kamuya açık alanlarda cereyan etmeyen ancak kişiye yakından bağlı olanlarla paylaşılan dar anlamda özel yaşam alanı ve bir kimsenin kendisi ya da güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği sır alanıdır. Toplumsal yaşamın sonucu olarak ortaya çıkan, ilişkilerdeki iç içe geçmişlik, ancak her bireye böyle özgür bir alan tanınarak çözülebilir. Bir arada yaşam da böylelikle daha dengeli ve huzurlu olacaktır. Bu hak her bireye, özgürce ve hayatının her aşamasında kullanabileceği bir koruma alanı sunar.

Bu alanlar içinde genel ahlâk kuralları tarafından korundukları çok açık olan ortak yaşam alanı ve dar anlamda özel yaşam alanı dışında bazı kişiler için biraz daha dar tutulsa; ya da belli meslek gruplarına bu yönde özel bir yükümlülük getirilse bile; herkesin *sır çevresiyle* ilgili menfaatlerinin de korunması esastır. Bu sebeple bir kimsenin rızası olmadan onun özel ya da mesleki hayatını gözetlemek, bunları topluma açıklamak MK.m.24/I anlamında hukuka aykırılık teşkil edecektir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biriye kişinin "rızası", yani özel hayatına

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 284; A.Bucher, sh.224; Tercier, (personnalité), sh.64; Thévenaz, sh.183; Zufferey-Werro, sh.175. Ayrıca, Akipek/Akıntürk, sh.440 vd. Adın korunmasıyla ilgili bkz. Deschenaux/Steinauer, sh.177 ve 284; A.Bucher, sh.136 ve 224; Tercier, (personnalité), sh.64 vd; Grossen, sh.57. Ayrıca Fransız hukukunda bkz. Carbonnier, sh.62. Ad üzerindeki hakların niteliği konusunda, Fransız hukukundaki baskın görüş bu hakkın, mülkiyet hakkı olduğu yönündedir. Buna karşılık, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında bu hak, kişilik hakları arasında yer alır.

<sup>27</sup> Thévenaz, sh.184.. ATF 52 II 276; JdT 1928 I 348. ATF 78 II 265, JdT 1953 I 351

<sup>28</sup> Deschenaux/Steinauer, sh.180 vd; A.Bucher, sh.130 vd; Tercier, (personnalité), sh.66 vd; Grossen, sh.90 vd; 2136.

yapılacak müdahaleye izin vermesidir<sup>29</sup>. İşte bu noktada gösterilecek olan rızanın genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşımaması gereklidir.

## 2)Toplumsal Değerler

İnsan, sadece maddi ve manevi bütünlüklerin oluşturduğu bir canlı değil; aynı zamanda toplumsal yaşam içindeki sosyal bir varlıktır da. Her kişinin bu sosyal hayat içinde ayrı yeri olduğu düşünüldüğünde, toplumsal yaşamdaki uyumun sağlanması ve devamı şüphesiz ki, her birinin bu alana ait menfaatlerinin korunması ile mümkün olabilir. Bu durum bir yandan toplum içinde uyumu; diğer yandan ise bireysel davranışlarda belli bir eşitliği sağlamaktadır<sup>30</sup>. Ceza Kanunu kapsamında genel ahlâka aykırı suçlar olarak kabul edilen, *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve dilencilik* suçları (m.225-229) ile yine kanun içinde genel ahlâk kavramına göndermede bulunan *aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali*(m.233) ve *genel ahlâk açısından tehlikeli eşyaların müsaderesinde*(m.54) hep bu anlamda toplumsal değerler göz önünde bulundurulmaktadır.

Bu bağlamda aslında manevi değerlerden olan bazı özgürlüklerin toplumsal hayat içindeki etkileri onların sosyal, ekonomik ve toplumsal olarak genel ahlâk kuralları tarafından korunmaları sonucunu doğurmaktadır. Buna göre öncelikle, kişilerin bir yerde kalma, yerleşme ya da orayı terk etme serbestliğini ve kamu düzeni sınırları içinde hayatını düzenlemeyi ifade eden “*hareket özgürlüğü*” ile kısmen ilişkili olan toplumdaki “*cinsellik*” kavramı genel ahlâk kuralları içinde korunan değerlerdendir<sup>31</sup>.

Bu koruma bilhassa iki yönlü içeriği bulunan cinsellik alanında kendini daha fazla hissettirir. Bunlardan ilki kişinin bedenini özgürce kullanabilmesi, diğeri ise bireyin özel duygularına saygıdır<sup>32</sup>. Bireyler her ne kadar bu alanda özgürlüklere sahip olsalar da, davranışlarının sonucunda utanç, huzursuzluk, rahatsızlık duygusu içine girebilirler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere aslında her genel ahlâk kuralının temelinde bireysel ahlâki değerler yatar. Genel ahlâk kuralları bu zemin üzerinde bazılarının zamanla toplumda yaygınlaşıp

---

<sup>29</sup> Tercier, sh.68; Engel, *La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 11.*;Levy, sh.213.; Thévenaz, sh. 185. ATF 102 la 516 (i); ATF 97 II 97 = JdT 1972 I 242; ATF 95 I 439 = JdT 1970 I 290; ATF 91 I 200=JdT 1966 I 295.

<sup>30</sup> A.Bucher, sh.130 vd; Tercier,(personnalité), sh.63 vd; Deschenaux/Steinauer, sh.176 vd.

<sup>31</sup> Zufferey-Werro, sh. 174.

<sup>32</sup> Tercier, (personnalité), sh.58. Örnek kararlar için bkz. YCGK 24.6.2003 T, E.2003/1-173, K.2003/198, Yarg. 5.CD, 15.3.2005 T, E.2004/10268 E, K.2005/1628, Yarg. 5.CD, 16.6.2003 T, E.2003/5647, K.2003/3829, Yarg. 5. CD, 7.7.2004 T, E.2004/499, K. 2004/5424. Ayrıca. ATF 107/1981 IV 122; ATF 101/1975 IV 134; ATF 94/1968 IV 50; JdT 1962 IV 98 vd.

yerleşmesi ve diğer sosyal düzen kurallarınca benimsenmeleri ile ortaya çıkar. Tıpkı cinsel özgürlüklere bağlı değerleri koruyan genel ahlâk kurallarında olduğu gibi. *Burada artık, bireysel huzursuzluklar zamanla toplumda kolektif bir hal almaktadır*<sup>33</sup>. Çünkü toplum bu alanda, belli bir ahlâki homojenlik gösterir ki, objektif olarak genel ahlâk kurallarının içeriği belirleyecek ve ihtiyaç duyulan uyumu sağlayacak olan da budur.. Bu sebeple, toplumda cinsel ahlâki yaralayan bütün anlaşmalar genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

*Evlilik ve aile üzerine kurulu değerler* de toplumsal anlamları sebebiyle genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadırlar. Bunların başında “kişinin yakınlarıyla ilişki kurma hakkı” gelir. Çünkü aile toplum hayatı için vazgeçilemez bir unsurdur ve hem bireysel hem de kolektif değerler bütünüyle korunmalıdır. Genel ahlâk kuralları da bu değerlerden biridir. Toplumlardaki değişim ve hareketlilik aile olgusunun da zamana ve mekâna göre değiştirmekte; bu da doğal olarak genel ahlâk kurallarının nisbiliğine yansımaktadır<sup>35</sup>. Bu anlamda “evlenme özgürlüğü”<sup>36</sup>, ve dolayısıyla “boşanma özgürlüğü”<sup>37</sup> için de genel

<sup>33</sup> Cinsellik terimi genel bir kavramdır ve cinsel alanda hareket içeren tüm davranışları kapsar. Bu anlamda genel ahlâk kuralları, cinsellik alanında uygulanan genel değerler bütününe dayanır: *beden ve zihin bütünlüğü*, hareket özgürlüğü, karar özgürlüğü, *edep* gibi. Zufferey-Werro, sh.178.

<sup>34</sup> Engel, sh.290; Zufferey-Werro, sh.277,291; Deschenaux/Steinauer, sh.172; Tercier, (personnalité), sh.58; A.Bucher, sh.128. Örnek olarak bkz. Yarg. HGK. 20.3.2002 T,E.2002/13177, K.2002/206, Yarg.19.HD. 8.4.1996 T, E.1995/5994, K.1996/3549, Yarg. 4.HD, 18.2.1968 T, E.9317, K.8158, YİBGK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

<sup>35</sup> Toplumlardaki bu değişimlere rağmen, ailenin toplum içindeki temel bir hukuki değer olarak algılanması anlayışı değişmemektedir. Şu anda bilhassa Batı Avrupa’da, evlilik birliği kurulmaksızın birlikte yaşamalarda görülen artışa rağmen, ailenin sahip olduğu bu değer değişmemiştir. Elbette ki bunda ailenin hukuki bir kurum niteliği taşıması kadar, toplumda değişen bireysel ahlâk anlayışına rağmen değişmeyen temel etik değerler ile bunları etkileyen dini inanışların da etkisi büyüktür.

<sup>36</sup> Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında evlenme özgürlükleri hakkında bkz. Guilloid, La liberté de se marier, in Présence et actualité de la constitution dans l’ordrejuridique, Mélangesofferts a la SociétéSuisse desjuristespour son Congres 1991, Genève, Bale, Francfort-sur-le-Main, 1991, sh.97 vd; Tercier, (personnalité) sh.62; Deschenaux/Steinauer, sh.174; A.Bucher, sh.128; Ayrıca aile hayatı hakkında bkz. Boulanger, La viefamiliale, Cabrillac/Frison-Roche/Revet, Libertés et droitsfondamentaux, Paris, 2003, içinde sh.183-203; Thévenaz, sh.177 vd.

<sup>37</sup> Evlenme özgürlüğüyle ilgili hükümlerin, mutatismutandis, boşanma özgürlüğü için de geçerli olması hakkında bkz. Tercier, (personnalité),sh.63; Thévenaz, sh.178. Ayrıca ATF 51 II 118. Öte yandan evlenme bir sözleşmedir ve bazı yazarlara göre bu durumda aslında bizzat sözleşmenin kendisi evlenme özgürlüğünün sınırlarına getirilen bir istisnadır. (Proptermatrimoniumlibertatismatrimoniiperderecausas) Thévenaz, sh.179. Hatta bu konuda Deschenaux/Steinauer, evlenmenin eşlerin genel özgürlüklerini de ihlal ettiğini çünkü evliliğin bir hayat ortaklığı yarattığı ve genellikle büyük maddi ve manevi sıkıntılar verdiğini belirtmektedir. Eşler, pozitif hukuk tarafından gerçekleşmesi istenen geçerli bir sebep olmadan özgürce boşanamazlar. Bu anlamda da evlenme, CC.m.27/2 hükmünün (MK.m.23/2) bir istisnasını oluşturmaktadır. Deschenaux/Steinauer, sh.92.

ahlâka aykırılık farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Her durumda söz konusu özgürlüklere aykırılık taşıyan bütün şartlar, MK.m.27 hükmü gereğince batıl olacaktır<sup>38</sup>. Örneğin, eşlerin birbirine zina yapma izni vermesi, eşlerden birinin diğeri üzerindeki bakım-yardım ödevinden feragat etmesi, eşlerden birinin çocuk sahibi olmayacağı yönündeki taahhüdü, karının kocasının gelecekte kendine karşı göstereceği kötü muamelelere karşı manevi tazminat hakkından feragat etmesi, para karşılığı boşanma talebini geri çekme taahhüdü gibi.

Kişilerin, hem özel hayatları, hem mesleki yaşamları itibariyle toplumda kazandıkları itibar, saygınlık yani “şeref ve haysiyet<sup>39</sup>” değerleri de her ne kadar kişisel haklar içinde manevi değerler arasında yer alsalar da; genel ahlâk kuralları bakımından toplumsal değerler içinde de önem kazanırlar. Çünkü şeref kavramı; kişinin kendine ait haysiyetini ifade eden “iç onuru” ile; sosyal ortamında saygı duyulması için ihtiyacı olan bütün özellikleri ifade eden “dış onuru” aynı anda ifade etmekte ve özel hukuk bakımından her ikisi de aynı korumaya tabi olmaktadır<sup>40</sup>. Buna göre dış haysiyet değerleri, içlerinde özellikle iki menfaati barındırırlar. *Ahlaki değerler ile*, bireylerin haysiyet değerlerinin genel ahlâka ve hukuka saygı çerçevesinde kullanılmasını şart koşarlar, ki bu durum özellikle mesleki onur, saygınlık ve güvenle ilgili işlerdeki doğru davranışları içerir. Buna karşılık *toplumsal değerler ile* de, kişini diğer tüm özelliklerini içeren ve sosyal rolünü kapsayan bir yapı ortaya koyarlar ki bu da bireyin mesleki yetenek, yatkınlık ve entelektüel birikimden toplumsallık ile bireysellik değerlerine kadar uzanan geniş bir alandaki davranışlara yön verir<sup>41</sup>. Bu sebeptendir ki *ahlakişeref ve haysiyet* kavramı, geniş anlamı ile hukuksal şeref ve haysiyeti de kapsayan, dar anlamda ise ahlaksal yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin olan değerlerdir. Hukuksal şeref ve haysiyetten farklı olarak, bu dar anlamları ile yaptırıma bağlanmayan ancak toplumdaki ahlâk kurallarına aykırı davranıldığı için tepkiler doğuran davranışlardan doğarlar. Örneğin bir kimsenin rüşvet almakla ya da dolandırıcılıkla suçlanması hukuksal olarak şeref ve haysiyet değerlerinin ihlali iken; aynı kişinin ikiyüzlülük, yalancılık ya da güvenilmezlik ile suçlanmasında ahlakişeref ve haysiyet ihlal edilmektedir. Bu değerleri oluşturan toplumlara ait değer yargılarıdır ve bunlar genel olabileceği gibi, belirli kişilere ait de olabilirler<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> A.Bucher, sh.122; Grossen, sh.13.

<sup>39</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 177 vd; A.Bucher, sh.134 vd; Grossen, sh.73a vd; Engel, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10; Tercier, (personnalité),sh.69 vd; Leandro, L'honneur dans le droitsuise, Genève, 1983 ; Zuffrey-Werro, sh.175 vd.

<sup>40</sup> Tercier, (personnalité), sh.69; ATF 31/1905 II 242, JdT1906 I 2; Engel, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10.

<sup>41</sup> Grossen, sh.85

<sup>42</sup> Örneğin yaşa, cinsiyete, aile şerefine, iş ve mesleğe, ticari şerefe dayalı olarak bir toplumda,

O halde, insan onuruyla direk ilişkili olması sebebiyle kimse, önceden ve kabul edilemez şekilde şerefine aykırılık oluşturacak bir taahhütte bulunamaz<sup>43</sup>. Bu duruma aykırı bütün anlaşmalar batıldır. Bunun gibi, ister doğru ister yanlış olsun, bir kişiyi şahsi ya da mesleki şerefine aykırılık taşıyan bilgilerini, kamuoyuna açıklanması yönünde zorlamak da genel ahlâka aykırıdır. Bir kimsenin şeref ve haysiyetinin ihlali yönünde gösterdiği rıza, bu özgürlüğünün genel ahlâka aykırı ihlali sonucu doğurduğunda da durum aynıdır. Örneğin, mesleki olarak kendine ait olmayan bir hatayı kabullenerek açıklamak yönünde yapılan bir anlaşma<sup>44</sup>; ya da bir kimsenin cinsel hayatı ile yaşadıklarının açıklanması, görüntülerinin yayınlanması yönünde gösterdiği rıza böyledir. Burada aynı zamanda kişinin ekonomik özgürlüğünün de ihlal edilmiş olması gerekmez. Kişinin şerefine ve haysiyetine verilen zarara gösterdiği rızanın MK.m.23/II anlamında genel ahlâka aykırılık taşıması yeterlidir<sup>45</sup>.

Toplumsal yaşama katılım, beraberinde her birey için, kendisinin ve yakınlarının ihtiyaçlarını sağlayacak, ekonomik ve mesleki faaliyetlerde, bulunma ihtiyacını da getirmektedir. Bu sebeple her hukuk süjesinin “ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü (ekonomik özgürlüğü)” vardır. Bir kimsenin mesleki ve ekonomik alanda hareket etme imkânı bulamaması ya da bu imkânının kısıtlanması halinde zarar göreceği şüphesizdir<sup>46</sup>. Bu sebeple özgürlük üçüncü kişilerin ihlallerine karşı da kanun tarafından korumaktadır. Genel olarak kişisel özgürlükleri koruyan düzenlemelerden, MK.m.23/2 hükmü dışında, BK.m. 28’de yer bulan “aşırı yararlanma”; BK.m.445’de düzenlenen rekabet yasağı; yine BK.m.182/III’de hükme bağlanan “aşırı ceza koşulunun indirimi”; ayrıca TTK.m.56 ve BK.m.57’de yer bulan “haksız rekabet” düzenlemeleri; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun bu korunmaya örnek olarak verilebilir.

Somut olarak kanun hükümleriyle düzenlenip hukuka aykırılık oluşturan bu ve benzer durumlar dışında, “bir kimsenin ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması” bazı durumlarda genel ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmektedir. Aslında her sözleşme ilişkisi tabiatı gereği, iki tarafa yüklediği borçlar ve değişimlerle (*do ut des*) tarafların ekonomik özgürlüklerini sınırlamaktadır<sup>47</sup>.

---

belirli kişilere ait şeref ve haysiyet değerlerinin var olması mümkündür. Hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet hakkında örnekler ve daha fazlası için bkz. Kılıçoğlu, (basın), sh.64-68.

<sup>43</sup> Deschenaux/Steinauer, sh.178; A.Bucher, sh.134; Grossen, sh.85; Thévenaz, sh.185.

<sup>44</sup> Thévenaz, sh.185.

<sup>45</sup> Deschenaux/Steinauer, sh.99; A.Bucher, sh.122 vd. Ayrıca bu konuda bkz. YHGK 26.3.2003 T, E.2003/4-161, K.2003/201.

<sup>46</sup> Grossen, sh.96 vd. İsviçre Federal Mahkemesi ekonomik özgürlüğü; “Herkesin, kamu düzeni sınırları içinde, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vardır” şeklinde tanımlamaktadır. Bu konuda bkz. Deschenaux/Steinauer, sh.184.

<sup>47</sup> Bu anlamda istisnai bir durum olan “kölelik (*esaret*) anlaşmasından” söz edilmektedir. Engel, sh.285. Bu konuda bkz. Ateş, sh.252 vd.



Öte yandan, bütün sözleşmelerin temellerinde karşılıklı sosyal ilişkilere dayandığı düşünülürken, ilişkiye giren taraflar arasındaki “karşılıklı iyi niyet, güven ve sadakat” değerleri de ön plana çıkmakta ve bu menfaatlerde doğal olarak genel ahlâk kurallarının koruma alanına girmektedir. Bu durum, hileli veya dürüstlüğü aykırı araçlara başvurarak kurulan bir sözleşme; kamuoyu ya da üçüncü kişileri yanıltmaya yönelik bir sözleşme veya meslek ya da görevle ilgili ödevlerin ihlaline yönelik sözleşmeler şeklinde ortaya çıkabilir. Burada dikkat çekmek isteriz ki, taraflardan biri, sözleşmenin kurulması sırasında hileli ve dürüstlüğü aykırı araçlarla, iş hayatındaki dürüstlük kurallarını ihlal ederse; bu durum genel ahlâka değil bizzat MK.m.2 gereği dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur ve böyle bir durumda somut olayın özelliklerine göre sözleşme öncesi sorumluluğa gitmek mümkündür<sup>48</sup>.

### III- Genel Ahlâk Kurallarını Belirlemede Kullanılabilecek Yardımcı Yöntemler

Genel ahlâk kurallarının içerdiği değerler araştırılırken, hâkime yol gösterecek olan öncelikle, toplumun sosyolojik anlamdaki gelenekleri ile asgari, orta düzeydeki, sosyal ve hukuki ahlâk anlayışı olacaktır. Ancak, bu değerlendirmeyi yapmak, hâkim için, her somut olayda beklenildiği kadar kolay olmayabilir. Acaba, tereddütte düşülen bu durumlarda, objektif değerlendirmenin yapılabilmesini sağlayacak başka yardımcı yöntemler var mıdır?

#### A) Zufferey-Werro’a Göre Kullanılabilecek Yöntemler

Zufferey-Werro, bu konuda hâkime “sözleşmenin tekrarlanma sıklığının”, “sözleşmeye bağlı toplumdaki kamuoyu görüşlerinin”, “geniş anlamıyla kıyasın” ve “diğer bazı yöntemlerin” yardımcı olabileceğini belirtmektedir<sup>49</sup>.

Yazara göre bilhassa, sosyal bir grup içindeki karşılıklı ilişkilerin doğurduğu belli bir “sözleşme modelinin tekrarı, sıklığı” hâkim tarafından, davranışın ortak ve az çok kabul edilebilir olduğunu gösterdiğinden dikkate alınmalıdır. Genel ahlâk kurallarını meydana getiren gelenekler için gerekli olan ve bireyleri bu kurallara uymaya yönlendiren “zorunluluk” duygusunu yaratacak olan da bu tekrarlardır. Örneğin, uygulamada sıklıkla görülen iki doktor arasındaki müşteri devretme yönündeki anlaşmalar; yine bir ticari işletmenin müşteri çevresiyle beraber devredilmesi<sup>50</sup>ya da, kişinin sonucunda genel ahlâka aykırı

<sup>48</sup> Ateş, sh.305 vd.

<sup>49</sup> Zufferey-Werro, sh.197-215.

<sup>50</sup> Bu konudaki diğer örnekler için bkz. Zufferey-Werro, sh.198 vd. Yazar bu örneklerin büyük kısmının artık kanun hükümleriyle düzenlendiğini bu sebeple hukuka aykırı olduklarını zaten genel ahlâk kurallarından hukuka aykırılığa geçişi sağlayan aşamanın da bu olduğunu söylemektedir.

bir durum yaratan sözleşmeye karşı çok uzun süre itiraz etmemesi gibi<sup>51</sup>. Genel ahlâk kurallarının içeriğini oluşturan sosyolojik kurallar, bireylerin sürekli ve kapsamlı benzer davranışları tekrarlamasından kaynaklandığı için, ihtiyaç duyulan zorunluluk duygusu da böylece sağlanmaktadır.

Gerek hukuk sosyolojisinin gerekse basın yayın araçlarının gelişimi sonucu, toplumdaki “*kamuoyu yoklamaları, araştırmalar, yapılan anketler*”, hâkim için bilhassa özel alanlardaki baskın görüşleri; toplumun belli bir zamanında ve belli bir kesimindeki hızlı, yeni örneklemeleri ortaya koymak açısından önemli verilerdir. İsviçre’de içtihatlar açısından çok kullanılan bir yöntem olmasalar da<sup>52</sup>; Almanya’da bilhassa genel ahlâk kurallarının belirlenmesinde kullanılan bu yöntem<sup>53</sup>, zaman zaman kanunlaştırma aşamalarında da başvurulmaktadır. Özellikle cinsel alanda, toplumdaki hızlı değişimleri yakalayabilmek adına hâkimin bu tür kamuoyu yoklamalarından yararlanarak halkın gelenek ve ahlâk anlayışındaki değişimi izlemesi, böylece bu yöndeki ihtiyaçları belirlemesi mümkündür<sup>54</sup>.

Diğer yandan hâkim, genel ahlâk kurallarını belirlerken; anayasa hukuku hükümleri, şekli anlamdaki kanunlar ve mesleki kuralları kapsayan “*geniş anlamda kıyastan*” da yararlanabilir. Burada yazarın ifade ettiği, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş genel ahlâk kuralı ile ilgili bir hukuk normu ve somut mesele arasında kıyas hükümlerinin uygulanabilirliği. Bilhassa hukuk düzeni içindeki genel bağlantıları sebebiyle, BK.m.26 ve m.27’nin, MK.m.23 ve buna bağlı, kişilik hakları, kamu düzeni gibi kavramlar hep aynı amaca hizmet ederler. Sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmak. Bu konuda yazar “*Anayasal Hakların Yatay Etkileri Teorisinden (L’effetHorizontalDesDroitsFondamentaux)*”

<sup>51</sup> Örneğin, geçerli olarak kurulan bir sözleşme sonucunda kişinin ekonomik özgürlüğü ihlal edilmiş ancak bu duruma muhatap olan kişi genel ahlâka aykırılığı ileri sürmek için 20 yıl beklemişse mesele artık genel ahlâka aykırılık özelliğini kaybetmiştir. Zufferey-Werro, sh.199.

<sup>52</sup> Yazar İsviçre hukuku için, bu tür kamuoyu görüşlerine dayalı kararların bulunmadığını sadece ceza hukuku alanında İsviçre Federal mahkemesinin, genel ahlâk kurallarına karşı gelmeyle ilgili, makul vatandaşların uyum (görgü) duygularını ortaya koyma amaçlı bir çalışmaya göndermede bulunmuş olduğunu ifade etmiştir. Zufferey-Werro, sh.202. Bu konuda uygulamada çok fazla örnekle karşılaşmak mümkün değildir. 1977 yılında bir İtalyan mahkemesi, ceza hukuku alanında edep kavramının aydınlatılması için özel olarak bir enstitüden anket yapmasını istemiştir. Carbonnier, (Sociologie), sh.381

<sup>53</sup> Alman mahkemeleri, bu tür kamuoyu yoklamalarının genel ahlâk kurallarının uygulanmasında birer ispat aracı olduğunu kabul etmektedirler. RGZ 167, sh 171 (177). BGH 1957, sh.426 (428); BGH 1958, sh.110 vd; BGH 1966, sh. 70 vd; BGH 1968, sh.133 vd. Zufferey-Werro, sh.202.

<sup>54</sup> Örneğin, İsviçre’deki 5 Haziran 2005 tarihli referandumda halka sorulan eşcinsellere yasal haklar tanınmasıyla ilgili soruya vatandaşların yüzde 58’inin ‘eşcinsel çiftlere belli alanlarda evli çiftler gibi hak tanınmasına ilişkin öneriyi kabul yönünde oy kullanmış ve ülkede 10 Ocak 2007 tarihinden itibaren eşcinsel evlilikler yasal olarak yapılmaya başlanmıştır.

yola çıkarak şu tespitleri yapmaktadır<sup>55</sup>: Anayasada yer alan hükümler aslında her şeyden önce temel hak ve özgürlükleri koruyan hükümlerdir. Ancak bunlarla ilgili kıyas uygulanırken unutmamak gereklidir ki; bu hükümler meseleye direk uygulanamazlar. Zira bu durumda zaten hukuka aykırılık söz konusu olur. Ayrıca, hâkimin kanun koyucunun anayasal düzenlemelerinin etkisiyle de ilgisi bulunmaz. Temel hakların, genel hükümler veya belirsiz hukuki durumlarla özel hukuk meselelerini etkilemesi de aslında, normlar hiyerarşisi içindeki etkinin sonucudur. Yoksa bu hükümler genel ahlâk kurallarını belirlemek için yeterince açık değildir. Nihayet, anayasal değerler, bireyin kişiliğinin özgür gelişimi çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan hâkimin hangi çerçevede genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyeceğini ortaya koymak açısından anayasal hükümler önemlidir. Bu kurumlar, yasal hükümler, genel ahlâk kavramı ile korunan değerlerle beraber dikkate alındığında, yapılacak yeterli bir açıklama hâkimi yasal çözüme hatta genel ahlâka aykırılık kavramına götürebilecektir<sup>56</sup>.

Ayrıca bu yöntemler dışında, bilirkişi raporları, doktrin, kanun tasarısı ve tasarıları, idari kararlar, basın yayın organları ve toplumdaki sosyal tepkiler, skandallar gibi diğer başka yöntemler de somut olayın özelliklerine göre hâkime genel ahlâk kuralını belirlemede yardımcı olabilecektir<sup>57</sup>.

## B) Eleştiriler ve Görüşümüz

Bir *davranışın* sürekli tekrarı, onu her şeyden önce, belli bir gruba ait alışkanlık; ardından gelenek ve eğer şartlar gerçekleşirse genel ahlâk kuralı kalıbına sokar. Bu noktada, bir değer kavramı içine dâhil olup olmadığı araştırılırken; tek başına yeterli bir kıstas olmayan; ancak zaten genel ahlâk kavramı için “olmazsa olmaz” bir unsur olan tekrarı, sıklığın sözleşme ilişkisi içinde ayrıca ve yeniden aranmasının pratik bir değeri ve önemi olmadığını düşünmekteyiz.

---

<sup>55</sup> Bu konuda özel olarak bkz. Besson, *L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg, 2000.

<sup>56</sup> Yazar bu konuda İsviçre hukuku ile ilgili Anayasal hükümleri (sh.204-206); diğer şekli kanunlarla ilgili hükümleri (sh.207-213) ve deontolojik kurallarla ilgili hükümleri (sh.213-214) maddeler halinde belirlemektedir. Yazara göre, aslında bu örnekler hukuka aykırılık ile genel ahlâka aykırılık arasında benzerlikleri de ortaya koymaktadır. Temelinde genel ahlâka aykırılık sebebiyle istenmeyen bir sözleşme türü, tek bir yasal hükmün hukuk düzenine girmesi ile artık hukuka aykırı bir hal alacaktır. Bu durumun aksi de elbette ki mümkündür. Zufferey-Werro, sh.204.

<sup>57</sup> Bunlar sistemli yöntemler değildir, şüpheli, rastlantısal ve anlaşmanın ipuçlarını sağlayan araçlardır. Ost/Kerchove, sh.113. Bu sebeple asla tek başlarına kullanılamazlar ancak, diğer araçlarla beraber bir arada hâkime yardımcı olabilirler. Zufferey-Werro, sh.215.

Toplum içinde yapılan *anketler, kamuoyu yoklamaları ve araştırmalar* ise, bir yere kadar hâkim için yol gösterici olabilecek araçlardır. Ancak unutmamak gereklidir ki, bu tür araştırmalarda her zaman, belli gruplara yönelmek, sosyal, politik ya da dini bir görüşü öne çıkarmak eğilimi kendini gösterebilir. Bu tür bir yöntem kullanılırken son derece dikkatli olunmalıdır. Zira bu tür kamuoyu yoklamalarının en geniş tabanlı yapılanlarında dahi; örnekler her zaman katılımla sınırlı kalmaya mahkûmdur. Ancak yine de, hâkim açısından toplumdaki genel ahlâk anlayışının gösterdiği hareketliliği izleyebilme fırsatı yaratan bu tür verilerin her zaman değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bu tür araştırmalar dikkatli ele alındıklarında, hem genel ahlâk kuralı olmaya aday değerlerin, hem de kanun koyucunun yapacağı yeni yasal düzenleme ihtiyaçlarının tespitinde hâkime yol gösterici olabilir.

Bunun yanında, hukuk düzeni tarafından *genel ahlâk kurallarının koruduğu değerlere ait somut yasal düzenlemeler* ve bağlı uygulama örnekleri her zaman için hâkime *kıyasen* genel ahlâka aykırılığı belirlemede yardımcıdır. Yargıtay da bir kararında (YBK. 14.1.1948 T., E.20, K.2) “*Bir akdin kanuna veya ahlâka ve adaba aykırı olup olmadığı* konusu yoruma bağlı sorunlardandır. Bu yorum yapılırken yalnız Borçlar Kanununun koyduğu kurallar değil; memleketin sağlık ve intizamını, inzibatını sağlamak amacı ile konulmuş diğer mevzuat da göz önünde bulundurulur.” ifadesiyle bu durumu açıkça belirtmektedir. Zira bu hükümlerin doğrudan doğruya uygulanmadığı; ancak hâkimin önündeki meseleye kıyasen uygulanabilecek değerler dolaylı olarak genel ahlâk kavramının koruması altında girmektedir. Biz de bu konuda: Anayasanın “Cumhuriyetin nitelikleri içinde saydığı insan haklarına saygılı devlet olmak” (m.2); “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olması” (m.10); “teminat altına alınan bütün kişisel, sosyal, ekonomik ve siyasi temel hak ve özgürlükler” (m.12-m.74) örnek olarak verebiliriz. Öte yandan, zaten hukuk düzeni ile ahlâk kuralları arasındaki sıkı ilişki ortaya koymaktadır ki, pek çok genel ahlâk kuralı bugün hukuksal birer norm halini almıştır ve ihlalleri hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Çünkü yasal düzenlemeler o toplumdaki kanun koyucunun sadece sosyal ve politik değil aynı zamanda etik anlayışlarının da izlerini taşır. O halde bu hükümlerin ve uygulama alanlarının incelenmesi; yine ülkemiz bakımından da, özellikle son yıllarda toplum üzerindeki etkileri tartışılmaz olan *basın-yayın ve medya organları, ülkede yapılan yeni kanunlaştırma çalışmaları, bilirkişi raporları ve toplumsal olaylara verilen sosyal tepkiler* de, kanaatimizce hâkim açısından somut meseleye göre yol gösterici olabilir.

### KAYNAKÇA

- ATAMER, Y.:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999.
- ATEŞ, D.:** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- BUCHER, A.:** Personnes Physiques et Protection de la Personnalité, Bale, 1995.
- CARBONNIER, J.:** Droit Civil, Introduction, Paris, 2002.
- DESCHENAUX H./STEINAUER, P.:** Personnes Physiques et tutelle, Berne, 2001.
- DESCHENAUX, H.:** Les règles de la bonne foi et l'abus de droit, Traite de droit civil suisse, Tome II/1, le titre préliminaire du code civil, droit des personnes, Fribourg, 1969.
- ENGEL, P.:** Traité des obligations en droit suisse, Berne, 1997.
- ENGEL, P.:** La protection de la personnalité, Lausanne, 1985. (*personnalité*)
- FROMONT, M.:** L'autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Privé allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etude a la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles, 2000
- GROSSEN, J/M.:** La responsabilité des tiers complice de la violation d'un contrat; Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger, Fribourg, 1968.
- HATEMİ, H.:** Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul, 1976
- KILIÇOĞLU, A.:** Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukusal Sorumluluk, Ankara, 1982.
- LEVY, V.:** Le Droit a l'image (Définition, Protection, Exploitation), Zurich, 2002.
- MERZ, H.:** Traite de droit Privé suisse, (Traduction française, Pierre Giovannoni) VI, Tome I, Fribourg, 1993.
- MORIN, A.:** La Mise En Oeuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations, JDT 2002 III p. 80-94.
- OST, F./KERCHOVE, M.:** Les Bonnes Mœurs, lieu d'interférence du droit et de la morale, Bonnes Mœurs, discours pénaux et nationalité juridique, essai d'analyse critique, Bruxelles, 1981.
- REICHARD, C.F.:** Etudes sur les contrats immoraux, thèse, Lausanne 1914.
- ROY, Y./SCHÖENENBERGER, M/B.:** Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bale/Genève, 2002

**SCHÖNLE, H.:** Lesfondementsconstitutionnels de la libertéContractuelle, PrésenceetActualité De La Constitution Dans L'ordreJuridique, MélangesOfferts a la SociétésuissedesJuristespour son Congre, 1991 à Genève, Genève 1991.

**SEROZAN, R.:** Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul, 2004.

**TERCIER, P.:** Le Lenouveaudroit de la Personnalité, Zurich, 1984.

**TERRE, F/SIMLER, P./LEQUETTE, Y. :** DroitCivil, LesObligations, Paris, 2002.

**THEVENAZ, A.:** La protectioncontresoimême, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne, 1997.

**ZUFFEREY-WERRO, J.B. :** Le ContratContraireauxBonnesMœurs, Fribourg, 1988.

# VERGİ MAHREMİYETİ KAPSAMINA GİREN HUSUSLARIN YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of the Subjects Covered By Tax Confidentiality in the Context of  
Judicial Decisions*

**Dr. Seyfettin KARA<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 28.12.2016

Kabul Tarihi: 10.05.2017

## ÖZET

Hukuk Devleti temel hak ve özgürlüklerin azami ölçüde koruma altına alındığı devlettir. Kişisel verilerin korunması da temel hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla Hukuk Devleti ilkesinin sağlanması bakımından çok büyük bir önem arz eder. Kişilerin (mükelleflerin) vergiye ilişkin bilgileri de kişisel veri olup, mahrem olduğundan dolayı korunması ve ifşa edilmemesi gerekir. Kişilerin (mükelleflerin) özel hayatlarına, gelirlerine, servetlerine, mesleklerine ve faaliyet alanlarına ilişkin bilgileri vergi dairesine verirken bu bilgilerin gizli kalmasını istemeleri en doğal haklarıdır. Bu alanlara ilişkin bilgilerin vergi görevlilerince de gizli tutulması gerekir. Bu bağlamda, vergi mahremiyeti ilkesi söz konusu olup, bu ilke Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş ve vergi mahremiyetine uymamanın hürriyeti bağlayıcı suç olduğu hükme bağlanarak vergi mahremiyetine uymama hapis cezası gibi ağır bir yaptırıma bağlanmıştır.

Diğer vergi cezalarında korunan yarar kamu yararı iken, vergi mahremiyetini ihlal suçunda korunan kişisel yarar yani mükellefin yararadır. Çünkü mükellef hakkında elde edilen bilgilerin zararına kullanılması söz konusu olur. Vergi mahremiyeti kapsamına giren hususlar kişisel veri olduğundan dolayı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Bu suçun ihlali sonucunda uygulanacak ceza da Türk Ceza Kanununda değil, vergi usulünü düzenleyen Vergi Usul Kanununda özel olarak düzenlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Mahkeme, İdari yargı, Danıştay, vergi mahremiyeti, özel hayat, mükellef.

## ABSTRACT

The State of Law is the state in which fundamental rights and freedoms to the greatest extent are protected. The protection of personal data is also of great importance in terms of ensuring fundamental rights and freedoms and therefore the rule of law principle. The protection of personal data includes the information related to taxpayers and such information must be treated as confidential, protected or not be disclosed. It is natural for a taxpayer to expect from his state (and tax authorities) to keep his information on his private lives, income, wealth, professions and fields of activity as confidential. Tax authorities must respect such expectation. This principle are protected by law and the ones violating the law can be subject to punishment including imprisonment.

In other tax penalties, the protected benefit is the public interest, protecting confidentiality however aims to protect taxpayers' personal interest instead. Because the information received by tax authorities about any taxpayer can be used for blackmailing or unfair advantage. Therefore such personal data are strictly protected by the Law on Protecting Personal Data. In case of violation, the infringer shall be punished in accordance with the law.

**Keywords:** Court, administrative justice, Council of State, taxation, confidentiality, private life, taxpayer.

<sup>1</sup> Muğla İdare Mahkemesi Başkanı, seyfettinkara@yahoo.com

## GİRİŞ

İnsanoğlu hayatını iki türlü yaşar. Bunlardan birincisi, insanın herkesin gözü önünde ve herkese açık; herkesin bildiği, gördüğü ve duyduğu hayatıdır. İkincisi ise, “*özel hayat*” dediğimiz hayat olan ve başkalarının bilgisine kapalı olmakla beraber başkalarınca da bilinmesi istenmeyen veya belirli sayıda insanın bilebileceği hayattır. İnsanın saygınlığı ve onur duygusunun kökleri bu özel hayatına kadar uzanır. Daha doğru bir ifadeyle, insanın saygı ve onur duygusunu kişinin herkese açık hayatının yanında özel hayatı da besler<sup>2</sup>.

Mahremiyet, toplumsal ve bireysel yaşamların temel öğelerinden biridir. Mahremiyet, güncel tartışma konuları arasında çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu tartışmalar çerçevesinde de kişilerin sağlık, mali ve sabıka durumlarına ilişkin kayıtların mahremiyetinden ve kişisel verilerin korunmasından sıklıkla söz edilmektedir.

Kişisel verilerin korunması çok büyük bir önem arz etmektedir. Günümüzde, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki hızlı gelişme ve değişimler insanların özel yaşam alanlarına ihlalleri oldukça kolaylaştırmaktadır. Özellikle de medyanın özel yaşam alanına yönelik müdahalelerinden yakınılmaktadır. Gerek Devletin ve gerekse özel kuruluşların eriştiği gözetleme imkanları ile birlikte insanların özel hayatlarına ve mahrem bilgilerine erişme çok daha kolay hale gelmektedir. Bu gelişmelerden dolayı da kişilerin özel yaşam alanları daralmakta ve mahrem bilgilerine erişimi kolay olunca söz konusu bilgilerin mahrem kalma özelliği de ortadan kalkmaktadır.

Vergilendirme sürecinde görevli olan kimselerin edindikleri bilgilerin gizli tutulması konusunda bir düzenlemenin olması gerekir. Nitekim bu düzenleme de Vergi Sistemimizde vergi mahremiyeti kavramını karşımıza çıkarır<sup>3</sup>. Vergi mahremiyeti, vergilendirme süreciyle ilgili olarak ortaya çıkan ve vergilendirme ilişkisi içinde öğrenilen bilgilerin, mükellefler ile bilgi sahibi kişiler arasında gizli kalması gerektiğini ve üçüncü kişilere açıklanmaması gerektiğini ifade eder. Bu bağlamda, vergi mahremiyeti insanların özel yaşam alanları ile ilgili olup başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen ve bilinmesi durumunda da çok büyük olumsuz sonuçlara yol açabilecek bir durumdur.

Vergi işlemleri dolayısıyla öğrenilen vergisel boyuta ilişkin bilgilerin kullanılması, açıklanması, vergi mükellefleri olan kişileri maddi ve manevi zarara sokabileceği gibi mükelleflerin vergi dairelerine ve dolayısıyla Devlete olan güvenlerinin de sarsılmasına neden olur. Öte yandan, bu bilgilerin

---

<sup>2</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.267.

<sup>3</sup> Mevlüt Karademir, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 273, Haziran 2011, s. 179.



açıklanması ve ifşası hukuk güvenliği ilkesini zedeleyerek kamu düzenine de zarar verir<sup>4</sup>. Vergi mahremiyeti kurumu, beyan esasına dayalı Türk Vergi Sisteminde, vergi mükelleflerinin vergi dairelerine vergi ile ilgili verecekleri bilgilerin açıklanmayacaklarına güven duymalarını ve bu sayede de doğru beyanda bulunmalarını sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Bu sebeple, beyan esasının geçerli olduğu vergi sistemimizde vergilendirilmenin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi mükelleflerin doğru beyanda bulunmasına bağlıdır. Vergi daireleri vergi mükelleflerini çok sıkı bir şekilde denetlese de, mükelleflerin vergi dairesine vermiş olduğu bilgilerin gizli tutulacağına ilişkin inançları sayesinde doğru beyan vermeye teşvik edecek ve böylece beyan sisteminin geçerli olduğu vergi sistemimizin daha güvenilir bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır<sup>5</sup>.

Makale konumuz da vergi mahremiyeti kapsamına giren hususların Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemesi kararları bağlamında değerlendirilmesi olduğundan öncelikli olarak mahremiyetin ne anlama geldiği, vergi mahremiyetinin ne olduğu ve hukuki niteliği, nelerin vergi mahremiyeti kapsamına girip, nelerin girmediği ve istisnaları mahkeme kararları ışığında değerlendirilip sonrasında vergi mahremiyetine uyulmamasının sonuçları üzerinde durulacaktır.

## **VERGİ MAHREMİYETİ KAPSAMINA GİREN HUSUSLARIN YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **I- GENEL OLARAK**

Bu konunun incelenmesinde öncelikle mahremiyet kavramının üzerinde durulması gerekir. Mahremiyet kavramı birçok yerde karşımıza çıkmaktadır. (Devlet sırrı, ticari sır, vergi mahremiyeti ve benzeri). Mahremiyet sözcüğü, Arapça “*harem, haram*” köklerinden türetilmiş olup, gizli, herkese söylenemez, herkesçe bilinmemesi gereken anlamlarına gelmektedir. Bir kimsenin mahremiyetine girmek onun özel hayatını öğrenecek kadar ona yakın olmak anlamında dilimizde kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Sözlük anlamı itibarıyla de Türk Dil Kurumu, bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru özel ve gizli yöntem olarak tanımlamıştır<sup>7</sup>. Bu kavram, herkes tarafından bilinmeyen, yalnızca belirli kişi ve kurumlar tarafından bilinen ve açıklanması durumunda hak ve menfaatlerin zarar görmesine neden olacak kamuya açıklanmayan

---

<sup>4</sup> Noyan Alper Ünal, Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti Esası, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2004, S. 133, s. 100.

<sup>5</sup> Elif Sonsuzoğlu, Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, S. 141, s.116.

<sup>6</sup> Hüseyin Çetinalp, “Hasta Mahremiyeti”, [http:// www.ism.gov.tr/hastahaklari/makale/hastamahremiyeti](http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/makale/hastamahremiyeti).

<sup>7</sup> Tdkterim.gov.tr/bts

bilgi ve belgeler demektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile mahremiyet hakkı, “*bir kişinin hayatını minimum müdahaleyle yaşama hakkı*” olarak tanımlanmıştır.

Mahremiyet kavramı niteliği gereği, bir yanda kamusal yarar ya da zarar riski gereği korunması gereken bilgi ve belgeleri ifade ederken, diğer yanda kişilerin hak ve menfaatleri gereği gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifade etmekle birlikte bu kavramın temel hareket noktası temel hak ve özgürlüklere olumsuz yönde etkide bulunabilecek bilgi ve belgelerin gizlenmesidir<sup>8</sup>. Bireylerin hak ve özgürlük alanlarına müdahale anlamında olan vergilendirmede Devlet bireylerin hak ve özgürlüklerine egemenlik hakkına dayalı olarak müdahale ederken onlar hakkında sahip olduğu bilgilerin gizli kalması büyük önem arz eder. Bu bağlamda, vergileme alanında, vergileme amacına uygun olarak bireylerin Devlete verdiği ve Devletin topladığı bilgilerin gizli kalmasına yönelik olarak Vergi Usul Kanununun 5. maddesinde “*vergi mahremiyeti*” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu Kanunda yazılı kişilerin görevleri dolayısıyla, mükellef ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, işlem ve hesap durumlarına, iş ve işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa etmeleri ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef’ine kullanmaları yasaklanmıştır.

Bu düzenleme çerçevesinde, vergileme amacı ve süresi içinde Devlet tarafından ve Devletin ajanı olan kamu görevlileri tarafından öğrenilen bilgilerin vergi mükellefi lehine korunması ve gizli tutulması esası benimsenmiştir. Mükellef lehine sonuçlar doğuran bu düzenlemeye aykırı hareketler ise vergi mahremiyetinin ihlali kapsamında suç olarak tanımlanmış ve meslek sırrının ifşası suçunun özel bir şekli olan vergi mahremiyetinin ihlali suçu için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

## II- VERGİ MAHREMİYETİNİN KAPSAMI

Vergi mahremiyeti ilkesi vergi sistemimize ilk olarak 1950 yılında 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu ile girmiş olup zamanla kapsamı daraltılmış olmasına rağmen varlığını halen sürdürmektedir. Vergi Usul Kanununun 5. maddesinde, gerek mükellefler gerekse mükelleflerle ilgili kişilerin; - şahıslarına, - muamele ve hesap durumlarına, - işlerine ve işletmelerine, - servetlerine ve mesleklerine ait öğrenilen sırlar ile gizli kalması gereken diğer hususların açıklanmasının yasak olduğu ve açıklanması durumunda da vergi mahremiyetinin ihlali suçunun oluşacağı ifade edilmiştir. Ancak Kanunda belirtilen bu hususlar muğlak olup nelerin vergi mahremiyetine gireceği hususları açık ve net olarak ortaya konulmamıştır.

---

<sup>8</sup> N. İlker Çolak, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye, Ankara 2005, İdari Reformlar, s. 541.

Kişilerin kendilerine ya da işletmelerine ait olan bilgilerin hangilerin mahremiyet kapsamına girdiği hangilerinin girmediği konularında net bir husus mevcut değildir. Bu sebeple mahremiyet kavramının kapsamı çok geniş tutulmamalıdır. Zira vergi mahremiyeti kapsamında mükellef hakkında öğrenilen bilgilerin neredeyse tamamı sır olabilecektir. Bu konuda nelerin vergi mahremiyetinin kapsamına gireceği konularında mahkeme kararları bize yol gösterici olmaktadır. Davacı şirketin sahte fatura kullandığından bahisle re'sen tarh edilen vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi ile özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılan davada vergi mahkemesince katma değer vergisi ile vergi ziyayı cezasında hukuka aykırılık görülmediği, ancak usulsüzlük cezasında hukuka aykırılık görülerek kaldırılması üzerine davacı şirket tarafından yapılan temyiz sonucu Yüksek Mahkemece; *“ticari yaşamda malı satın alan mükellefin, malı satanın, vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda bilgi sahibi olması, bir başka deyişle, bir mükellefin katma değer vergisi beyannamelerini verip vermediği, hasılatının ne kadar olduğu, kullandığı belgelerin (şekil şartlarının doğru olması kaydıyla) vergi dairesinin izniyle bastırılıp bastırılmadığı konularında diğer mükelleflerin bilgisinin olmaması olağan bir durumdur. Esasen vergi mevzuatında bu düşüncenin aksine bir hüküm olmadığı gibi Vergi Usul Kanununun “vergi mahremiyeti” başlıklı 5. maddesi de bu düşüncüyü destekler niteliktedir.... Bir mükellefin vergi ile ilgili sorumluluklarını yerine getirmeyerek yasal olmayan fiillerinden doğan mali sonuçlardan iyi niyetli ve olayla irtibatı olup olmadığı somut olarak ortaya konulmadan bir başka mükellefi sorumlu tutmak hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.”* denilerek mahkeme kararının vergi ziyayı cezalı katma değer vergisine ilişkin kısmının bozulması yönünde karar vermiştir<sup>9</sup>. Anılan karardan da görüleceği üzere mükelleflerin hasılatlarının ne olduğu, kâr mı zarar mı beyan ettikleri ve vergi ödevlerini yerine getirip getirmediği hususlarının vergi mahremiyeti kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Çünkü ticari firmaların söz konusu hususlara ilişkin bilgilerinin başkaları tarafından öğrenilmesinin rekabet açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı muhakkaktır.

Konya İdare Mahkemesinin bir kararında; davacının 29.08.2006 tarihinde fotokopi çektiği dükkanda kendisine fiş verilmemesi üzerine Ereğli Kaymakamlığı'na başvurarak, işletme sahibi hakkında gereğinin yapılmasını, yapılacak işlemlerden ve tutulacak tutanaklardan kendisine fotokopiler verilmesini ve dilekçesinin Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğüne havale edilmesini istediği, bunun üzerine işletme sahibi hakkında V.U.K. hükümleri uyarınca yasal işlem yapıldığı ve durumun Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından 04.09.2006 tarih ve 12288 sayılı yazı ile davacıya bildirildiği, sonrasında davacının 07.09.2006 tarihinde Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğü kayıtlarına giren dilekçe ile yeniden idareye başvurarak kesilen cezayı gösterir belge, olay

---

<sup>9</sup> Dan. 9. D., 20.01.2010 gün , E: 2008/3402, K: 2010/84 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

tespit tutanağı, kesilen cezanın tahsil edildiğini gösterir makbuz ile bununla ilgili diğer belgelerin istemesine rağmen kendisine verilmediğinden bahisle bütün bu belgelerin kendisine verilmesini istediği, ancak davacının talep etmekte olduğu belgelerin Vergi Usul Kanununun 5. maddesi gereğince vergi mahremiyetine girmesi nedeniyle başka belge ve bilgi verilemeyeceğinden bahisle reddedilmesi üzerine açılan davada Mahkemece; şikayet edilen kişi hakkında V.U.K. hükümleri uyarınca yasal işlem yapıldığı ve kişiye 129,00 TL özel usulsüzlük cezası verildiği hususlarının belirtildiği, belirtilen bu hususların şikayet eden davacı açısından yeterli olduğu, öte yandan davacının talep ettiği tutanak ve makbuzların yukarıda yer verilen kanun hükmünde yer alan vergi mahremiyeti kapsamında olduğu, bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş<sup>10</sup> ve söz konusu Mahkeme kararı Danıştay'ca onanmıştır<sup>11</sup>. Nitekim mükellefler hakkında kesilmiş olan cezaların vergi mahremiyeti bağlamında üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi gerekmekte olduğundan kesilen cezaya ilişkin bilgi ve belgelerin verilmemesi gerektiği yönündeki mahkeme kararı kanımızca isabetlidir.

Peki, vergi mahremiyetine uyması gerekenler kimlerdir? Bu VUK 5. maddede tek tek saymak suretiyle belirtilmiştir. Bunlar; vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler olarak sayılmıştır. Ayrıca bu vergi mahremiyeti yasağı, yukarıda yazılı kimseler, bu görevlerinden ayrılırsalar dahi devam edecektir.

Mahremiyet kapsamındaki bilginin açıklanmasının suç oluşturabilmesi için bu bilgilerin görev dolayısıyla elde edilmiş olması gerekir<sup>12</sup>. Görev dolayısıyla öğrenilmemiş olan bilgiler Vergi Usul Kanunu bağlamında vergi mahremiyetini ihlal suçunu da oluşturmayacaktır.

### III- VERGİ MAHREMİYETİNİN İSTİSNALARI

Vergileme alanının hassasiyetinden dolayı vergi mahremiyetinin istisnaları da yine kanunla düzenlenmiştir. Vergi mahremiyetini düzenleyen Vergi Usul Kanununun 5. maddesinde aynı zamanda istisnalara da yer verilmiştir. Bu istisna durumların da vergi mahremiyetinin ihlali suçu söz konusu olmaz. Bu istisnalardan birincisi, matrahların ve vergilerin ilan edilmesidir. Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla gelir vergisi mükelleflerinin yıllık gelir vergisi,

---

<sup>10</sup> Konya 2. İdare Mahkemesi'nin 25.06.2009 gün, E: 2008/1287, K: 2009/725 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

<sup>11</sup> Dan. 10. D., 31.03.2010 gün, E: 2009/11795, K: 2010/2449 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

<sup>12</sup> S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 186.

sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunacağı ve mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilanın orada da yapılacağı ifade edilmiştir. Vergilerin ilan edilmesi, kamu yararı düşüncesiyle vergi güvenliğini sağlama amacına yönelik olarak hazırlanmıştır<sup>13</sup>. Bu istisnaya ilişkin bir mahkeme kararında; Bergama Ovacık'ta maden işleten Eurogold-Newmont / Normandy isimli şirkete, siyanür kullanımı nedeniyle çevreye ve insan sağlığına zarar verdiği iddiasıyla kapatılması için mücadele veren davacılar Maliye Bakanlığına başvurarak anılan şirketin kurum kazancı, vergi borcunun olup olmadığı, kurum kazancı üzerinden devlet hakkı ödeyip ödemediği konuları ile ilgili bilgi almak için başvuruda buldukları, ancak yapılan başvurunun vergi mahremiyeti gerekçe gösterilerek reddedilmesi sonucu açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesince; 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununun "amaç" başlıklı 4. maddesinde belirtildiği gibi kamu kurum ve kuruluşları demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkesine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin yine bu kanunda belirtilen istisnalar dışındaki her türlü bilgi ve belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmakla yükümlü oldukları; 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 5. maddesi ile vergi güvenliğinin sağlanması ile vergi mükelleflerinin güvence altına alınması öngörülmüş ise de Gelir Vergisi veya Kurumlar Vergisi mükelleflerinin beyanları üzerine tarh olunan vergiler ile kesinleşmiş vergi ve cezalarının miktarlarının Maliye Bakanlığı veya Bakanlığın yetkili kıldığı birimlerce açıklanabileceği ve bu konuların sır niteliği taşımadığı belirtilmekle vergi mahremiyetinin sınırlarının belirlendiği; bu durumda, davacıların Eurogold-Newmont / Normandy isimli şirket hakkında, şirketin kurum kazancı, vergi borcunun olup olmadığı, kurum kazancı üzerinden devlet hakkı ödeyip ödemediği gibi konuları kapsayan ve Vergi Usul Kanununun 5. maddesinde belirtilen vergi mahremiyeti ilkesi kapsamında sır niteliği taşımadığı açık olan bilgi edinme taleplerinin Bilgi Edinme Kanunu kapsamından istisna edilen hususlarından olması halinde reddedilmesi gerekirken, adı geçen kanunun kamu kurumlarına yüklediği yükümlülük gözardı edilerek ve Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesindeki vergi mahremiyeti ilkesi gerekçe gösterilerek reddedilmesine yönelik davalı idare işlemi hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle başvurunun reddi yönündeki işlemin iptaline karar vermiş<sup>14</sup> olup söz konusu Mahkeme kararı Danıştay'ca da onanmıştır<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Fatma Taş, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2008, s. 145.

<sup>14</sup> Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 28.02.2007 gün, E: 2005/1732, K: 2007/155 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

<sup>15</sup> Dan. 10. D., 06.10.2010 gün, E: 2008/18765, K: 2010/4348 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

Kanımızca da söz konusu mahkeme kararı çok isabetlidir. Her ne kadar bir şirketin kurum kazancının ne kadar olduğu, vergi borcunun olup olmadığı, kurum kazancı üzerinden devlet hakkı ödeyip ödemediği hususları konusunda vergi mahremiyetinin istisnası bağlamında Maliye Bakanlığına yetki verilmiş olup Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında bu konuda başvuruda bulunanların bilgilendirilmesi de oldukça yerinde bir uygulamadır. Çünkü yargı denetimi dışında kalan işlemlerin, Devlet sırrına ilişkin belgelerin, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin belgelerin, istihbarata adli ve idari soruşturmaya ilişkin belgelerin, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine aykırı belgelerin ve kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi ve belgelerle mali sırların Bilgi Edinme Kanununun kapsamına girmediği adı geçen Kanunun Bilgi Edinme Hakkının sınırları başlıklı dördüncü bölümünde açıkça belirtilmiştir. Söz konusu mahkeme kararında da anılan hususlara değinildikten sonra Vergi Usul Kanunu bağlamında vergi mahremiyeti kapsamına girip girmediği hususu da ayrıca irdelenmiştir.

İkinci istisna ise, vergi levhalarının asılmasıdır. Gelir Vergisi mükellefleri (Kazancı basit usulde tespit edilenler dahil) (...) ile sermaye şirketleri her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarihine esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden vergi miktarlarını gösteren levhayı almak zorunda oldukları VUK'un 5. maddesinde belirtilmiştir. Ancak kooperatiflerin vergi levhası asmak zorunda olup olmadıkları konusu ile ilgili çıkan ihtilaf sonucu açılan davada Danıştay'ca, kurumlar vergisi mükelleflerinden vergi levhası asacak olanların sermaye şirketlerinden ibaret olduğu ve dolayısıyla kooperatiflerin sermaye şirketlerinden olmadığından vergi levhası asmak zorunluluğu bulunmadığı, bu bağlamda kesilen usulsüzlük cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kaldırılması yönünde karar vermiştir<sup>16</sup>. Bu istisna ile ilgili bir mahkeme kararında; mükelleflerin vergi levhalarını 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış meslek mensuplarına da tasdik ettirebileceklerine dair 272 No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde ve serbest mali müşavir olan davacının vergi levhasını tasdik ettiği mükelleflere ilişkin listeyi vergi dairesine vermemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasının iptali istemiyle açılan davada söz konusu düzenlemenin vergi mahremiyeti kapsamına girmediği ve vergi mahremiyetinin istisnalarından olduğu, yasal düzenlemeye aykırılık bulunmadığı belirtilerek açılan davanın reddine karar vermiştir<sup>17</sup>.

Ancak 6111 sayılı Yasa'nın 82. maddesiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde yapılan değişiklik çerçevesinde, 13.02.2011 tarihinden itibaren "Vergi Levhası Asma" zorunluluğu, "Vergi Levhası Bulundurma"

---

<sup>16</sup> Dan. 4. D., 08.04.1985 gün , E: 1984/867, K: 1985/1103 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Programı).

<sup>17</sup> Dan. Vergi Dava Daireleri, 24.03.2006 gün, E: 2005/327, K: 2006/55 sayılı kararı, (Yayınlanmamıştır).

yükümlülüğüne dönüştürüldüğünden, bu durum söz konusu Yasa'nın yürürlük tarihinden itibaren istisna olmaktan çıkarılmıştır.

Üçüncü istisna, vergi ve cezaların Maliye Bakanlığınca açıklanmasıdır. Dördüncü istisna ise; adli ve idari soruşturma yapan kamu görevlilerine ve bankalara bilgi ve belge verilmesine ilişkin istisnadır. Söz konusu bu istisna hükmüne Kanunda yer verilmeden önce de soruşturma ve denetim faaliyetinde bulunanlara vergi dairelerince bilgi verilmesi gerektiği yönünde yargı kararlarının mevcudiyeti söz konusu idi<sup>18</sup>. Böyle bir durumda yalnız VUK'un 5. maddesinde sayılan kişiler için değil aynı zamanda soruşturma ve denetim kapsamı sonucu bu bilgileri edinenler için de vergi mahremiyeti söz konusu olacaktır<sup>19</sup>. Vergi mahremiyetinin beşinci istisnası da; sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, meslek odalarına bildirilmesinin vergi mahremiyetinin ihlali sayılmayacağı belirtilmiştir.

Burada avukatların vergi mahkemelerindeki ya da vergi dairesindeki dosyaları inceleme yetkisinin olup olmadığı konusuna değinmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, Avukatlık Kanununun vermiş olduğu yetki uyarınca avukatın vekaletname sunmak kaydıyla her türlü bilgi ve belgeyi inceleyebileceği ve örnek alabileceği izahtan varestedir. Ancak uygulamada bunun aksi durumlarla da karşılaşıldığı görülmektedir. Nitekim bir avukatın müvekkilleri ile ilgili haciz işlemleri süreci hakkında bilgilendirme istemiyle vergi dairesine yapmış olduğu başvurusunun müvekkillerinin her biri için ayrı ayrı vekaletname aslı olmadığı ve vergi mahremiyeti bulunduğu için reddedilmesi üzerine açılan davada Mahkemece; avukatın müvekkilleri ile ilgili haciz işlemleri süreci hakkında bilgilendirme istemiyle yaptığı başvurusunun 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlarca takip edilebileceği, vekaletname belgesinin aslının sunulmasının resmi dairelerde takip yapabilmemenin bir şartı olmadığı gibi avukatlara Avukatlık Kanunu uyarınca örnek vekaletnameleri onaylayarak kullanma yetkisi verildiği, ayrıca müvekkili şirketin haciz işlemleri süreci hakkında bilgilendirmeye ilişkin istenen bilgi ve belgelerin vergi mahremiyeti bağlamında sır olarak nitelendirilebilecek hususlar da arz etmediğinden söz konusu belgelerin verilmemesinin hukuka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir<sup>20</sup>. Kanımızca anılan mahkeme kararı çok isabetlidir. Çünkü avukatlık hizmeti kamu hizmeti olup müvekkilleri hakkındaki bilgileri öğrenmek de avukatın en doğal hakkıdır. Ancak burada şu hususa değinmekte yarar görmekteyiz. Her ne kadar avukatlar VUK'un 5. maddesinde sayılan

---

<sup>18</sup> Dan. İdari İşler Kurulu, 14.03.1985 gün, E: 1985/42, K: 1985/42 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S. 60-61, 1986, s. 77-78.

<sup>19</sup> Fatma Taş, a.g.e., s. 119.

<sup>20</sup> Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2009 gün, E: 2009/66, K: 2009/1209 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

vergi mahremiyetini ihlal edecek kişiler arasında sayılmasa da bu bilgileri edinmiş olmaları durumunda vergi mahremiyeti kendileri için de söz konusu olduğundan dolayı bu bilgilerin açıklanması durumunda vergi mahremiyetinin ihlali suçunu işlemiş olacaktırlar.

Akla avukatlar ile ilgili ve uygulamada da sıkça karşılaşılan şu soru gelmektedir: Vergi mahremiyeti söz konusu olduğuna ve Kanunda açıkça düzenlendiğine göre bir avukatın vekaletname ibraz etmeden ya da yanında bizzat davacısı olmadan herhangi bir vergi mahkemesi dosyasını inceleyip inceleyemeyeceği sorusudur. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4667 sayılı Kanun ile değişik ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında; yargı organlarının, emniyet makamlarının, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin, özel ve kamuya ait bankaların, noterlerin, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda oldukları ve Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumların avukatların gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemelerine sunmakla yükümlü oldukları, söz konusu belgelerden örnek alınmasının ise vekaletname ibrazına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, avukatlık hizmetinin anayasal güvencesi olan hak arama hak arama özgürlüğünü daha etkin ve hızlı kılmak amacıyla getirilmiştir<sup>21</sup>. Ancak söz konusu Kanunun bu açık hükmüne rağmen avukatlara vergi mahkemelerinde vergi mahremiyet ilkesi gerekçe gösterilerek dosyaların vekaletname sunulmadan incelettilmemesi olaylarının sıkça yaşanması üzerine konu Danıştay'a intikal ettirilip Yüksek Mahkemenin görüşü istenilmiştir. Danıştay da; özellikle yargı organları da dahil olmak üzere maddede sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olması gerektiği ve bu bağlamda kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgelerin avukatın incelemesine sunma yükümlülüğü bulunduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Danıştay'ın istişari nitelikte olan bu kararı Avukatlık Kanununun tekrarı mahiyetinde olmasına rağmen kanımızca da çok isabetlidir. Kamu hizmeti ifa eden avukatların vergi mahkemelerindeki dosyaları vekaletname ibrazı olmadan inceleyebilmeleri, işlerinin kamu hizmeti niteliğinden kaynaklanan en doğal haklarıdır.

Son olarak Vergi Mahremiyeti İlkesi ile Bilgi Edinme Hakkına değinmek yerinde olacaktır. Devlete olan güveni artırmak ve bu yolla vergi güvenliğini sağlamak için getirilen vergi mahremiyeti ilkesi ile Hukuk Devleti olmanın gereği olarak ortaya çıkan bilgi edinme hakkı eş güdümlü olarak korunması gereken iki temel hak<sup>23</sup>. Dolayısıyla, vergi mahremiyetinin bilgi edinme

---

<sup>21</sup> Cemil Kaya, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 294.

<sup>22</sup> Dan. 1. D., 10.04.2002 gün , E: 2002/26, K: 2002/52 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

<sup>23</sup> Recep Çerçi-Mehmet Altıntaş-H. Elif İplikçi, "Vergi Mahremiyeti İlkesinin Bilgi Edinme Yasası



hakkı karşısındaki durumunu, mükellef ile toplum arasındaki hassas denge çözümlenmektedir. Bu bağlamda, gerek beyan esasına dayalı olarak mükelleflerden gizli kalmaları koşuluyla ve vergi mahremiyeti garantisini altında temin edilen bilgiler ve gerekse idari faaliyetlerle vergilemeye yönelik olarak temin edilen bilgi ve belgeler vergileme amacı dışında kullanılamaz. Bu çerçevede, vergi mahremiyeti kapsamına giren söz konusu bilgilerin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında açıklanması mümkün değildir. Ancak, Vergi Usul Kanununun vergi mahremiyetinin istisnaları olarak belirlediği ve kamuoyuna çeşitli araçlarla açıklama konusu yapılabilecek bilgiler, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında isteyenlere verilebilmelidir. Nitekim konuya ilişkin mahkeme kararları da fikrimizi destekler niteliktedir<sup>24</sup>.

---

ve Avukatlık Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Mali Pusula, Mart 2007, s. 13.

<sup>24</sup> Konya 2. İdare Mahkemesi'nin 25.06.2009 gün, E: 2008/1287, K: 2009/725 sayılı kararı, “...davacının 29.08.2006 tarihinde fotokopi çektiği dükkanda kendisine fiş verilmemesi üzerine Ereğli Kaymakamı'na başvurarak; işletme sahibi hakkında gereğinin yapılmasını, yapılacak işlemlerden ve tutulacak tutanaklardan kendisine fotokopiler verilmesini ve dilekçesinin Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğüne havale edilmesini istediği, bunun üzerine işletme sahibi hakkında V.U.K. hükümleri uyarınca yasal işlem yapıldığı ve durumun Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından 04.09.2006 tarih ve 12288 sayılı yazı ile davacıya bildirildiği, sonrasında davacının 07.09.2006 tarihinde Ereğli Vergi Dairesi Müdürlüğüne kayıtlarına giren dilekçe ile yeniden idareye başvurarak; kesilen cezayı gösterir belge, olay tespit tutanağı, kesilen cezanın tahsil edildiğini gösterir makbuz ile bunlarla ilgili diğer belgelerin istemesine rağmen kendisine verilmediğinden bahisle bütün bu belgelerin Bilgi Edinme Kanunu kapsamında kendisine verilmesini istediği, bu başvurusunun dava konusu işlemle; davacının talep etmekte olduğu belgelerin Vergi Usul Kanununun 5. maddesi gereğince vergi mahremiyetine girmesi nedeniyle başka belge ve bilgi verilemeyeceğinden bahisle reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı... Olayda, davacının 07.09.2006 tarihli ikinci başvurusu üzerine tesis edilen dava konusu işlemde, şikayet edilen kişi hakkında V.U.K. Hükümleri uyarınca yasal işlem yapıldığı ve kişiye 129,00 TL özel usulsüzlük cezası verildiği hususlarının belirtildiği, belirtilen bu hususların şikayet eden davacı açısından yeterli olduğu, öte yandan davacının talep ettiği tutanak ve makbuzların yukarıda yer verilen kanun hükmünde yer alan vergi mahremiyeti kapsamında olduğu, bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...” (yayınlanmamıştır); Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 10.01.2012 gün, E: 2011/1097, K: 2012/11 sayılı kararı, “...davacı tarafından istenmiş olan şirketin mali durumunu gösterir bilanço, gelir tablosu ve bunlara ait dipnotların 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde geçen vergi mahremiyeti kapsamında olduğu ve 4982 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca ticari sır niteliğinde belgelerden olması nedeniyle kanuni temsilci sıfatını haiz olmayan davacıya verilmemesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde yasal isabetsizlik bulunmadığı, öte yandan; davacının ortağı bulunduğu şirketin mali durumunu denetleme hakkının kanundan doğan bir hak olması nedeniyle, söz konusu hakkın, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin hükümlerine istinaden genel mahkemelerde dava açılmak suretiyle elde edilmesinin mümkün olduğu...” (yayınlanmamıştır); Danıştay 10. Dairesinin 03.12.2015 gün, E: 2012/5021, K: 2015/5517 sayılı kararı, (yayınlanmamıştır).

## SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

İnsanoğlu bilmeyi sever, bilgiyi de paylaşmaktan hoşlanır. Ancak müeyyidesi hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan vergi mahremiyeti ihlal suçuna muhatap kalmamak için, bu suçun muhataplarının bu konuda gerekli ihtimamı göstermeleri gerekir.

Kişisel verilerin korunması temel hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla Hukuk Devleti ilkesinin sağlanması bakımından çok büyük bir önem arz etmektedir. Günümüzde, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki hızlı gelişme ve değişimler insanların özel yaşam alanlarına ihlalleri oldukça kolaylaştırmış olup her türlü bilgi ve belgeye erişim ve bu bilgilerin yayımı çok kolay hale gelmiştir. Teknolojik gelişmelerden dolayı da kişilerin özel yaşam alanları daralmakta ve mahrem bilgilerine erişimi de kolay olunca söz konusu bilgilerin mahrem kalma özelliği de söz konusu olamamaktadır.

Kişilerin (mükelleflerin) vergiye ilişkin bilgileri de mahrem olduğundan dolayı korunması ve ifşa edilmemesi gerekir. Bu bağlamda, vergi mahremiyeti ilkesi Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş ve vergi mahremiyetine uymamanın hürriyeti bağlayıcı suç olduğu hükme bağlanarak vergi mahremiyetine uymama konusunda yaptırım öngörülmüştür.

Mükellefler özel hayatlarına, gelirlerine, servetlerine, mesleklerine ve faaliyet alanlarına ilişkin bilgileri vergi dairesine verirken bu bilgilerin gizli kalmasını istemeleri en doğal haklarıdır. Bu sebeple de, vergilendirme sürecinde görevli olan kimselerin edindikleri bilgilerin gizli tutulması konusunda bir düzenlemenin olması gerekir. Nitekim bu düzenleme de, Türk Vergi Sistemimizde vergi mahremiyeti kavramı olarak karşılık bulur.

Vergi mahremiyeti suçunun faili, 213 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde sayılmıştır. Ancak kanımızca bunlar tahdidi olmayıp, mükellefler hakkında vergi işlemleri dolayısıyla görevleri nedeniyle, bilgi sahibi olan tüm kişi ve kuruluşların da bu kapsamda dikkate alınarak, suçun faili konumunda olabileceklerini söylemek gerekir.

Vergi mahremiyeti düzenlemesine aykırı davranılmasının yaptırımı olarak hapis cezası öngörülmüştür. Diğer vergi cezalarında korunan yarar kamu yararı iken, vergi mahremiyetini ihlal suçunda korunan kişisel yarar yani mükellefin yararlarıdır. Çünkü mükellef hakkında elde edilen bilgilerin zararına kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu suçun ihlali sonucunda uygulanacak ceza da VUK'un 362. maddesinde düzenlenmiştir.

Vergi mahremiyetinin ihlali suçunun cezası hürriyeti bağlayıcı cezadır. Bu nedenle, vergi mahremiyeti kapsamına nelerin girip girmediğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Ancak bu konuda bir netlik bulunmamaktadır. Bu sebeple, mahremiyet kavramının kapsamı geniş tutulmamalıdır. Zira vergi mahremiyeti kapsamında mükellef hakkında öğrenilen bilgilerin tamamı neredeyse sır niteliğinde olabilecektir.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**ÇETİNALP, Hüseyin**, “Hasta Mahremiyeti”, [http:// www.ism.gov.tr/hastahaklari/makale/hastamahremiyeti](http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/makale/hastamahremiyeti).

**ÇERÇİ Recep-ALTINTAŞ Mehmet-İPLİKÇİ H. Elif**, “Vergi Mahremiyeti İlkesinin Bilgi Edinme Yasası ve Avukatlık Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Mali Pusula, Mart 2007.

**ÇOLAK, N. İlker**, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye, Ankara 2005, İdari Reformlar.

**KARADEMİR Mevlüt**, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 273, Haziran 2011.

**KAYA Cemil**, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

**OKTAR, S. Ateş**, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

**SONSUZOĞLU, Elif** Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, S. 141.

**SOYASLAN, Doğan**: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı Yetkin Yay., Ankara, 2005.

**TAŞ, Fatma**, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2008.

**ÜNAL, Noyan Alper**, Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti Esası, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2004, S. 133.

Tdkterim.gov.tr/



# ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ

## *Judicial Supervision*

**Araş. Gör. Abdurrahman TEKİN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 21.04.2017      Kabul Tarihi: 11.09.2017

### ÖZET

Adli kontrol, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde de belirtildiği üzere, tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar eski ceza muhakemesi hukuku sistemimizde bir takım adli kontrol tedbirleri öngörülmüş olsa da ilk defa 10 yıl önce kanunda geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Son zamanlarda birçok ülke kanunlarında tutuklama yerine alternatif önlemlere başvurulması teşvik edilmiş ve birçok uluslararası sözleşmede bu hususa genişçe yer verilmiştir. Nihayetinde bu gelişmelere kayıtsız kalınmayarak bu kuruma yeni CMK'da yer verilmiştir.

Adli kontrol tedbirlerinin ülkemizde uygulanışının yeterli olup olmadığını anlamak için en iyi yolu mukayeseli olarak incelemeye geçmektir. Bu amaçla bir takım ülkelerle kıyaslamalar ışığında, bu kurum irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Adli Kontrol, Kefalet, Tutuklamaya Alternatif Yollar ve Tedbirler

### ABSTRACT

Judicial control has been brought pursuant to Article 109 of the Criminal Procedure Code as an alternative measure to pre-trial detention. Although some of the judicial supervision measures had been set forth in the previous criminal justice system, these measures were broadly regulated under the criminal law a decade ago. Recently, instead of pre-trial detention, the issue to resort alternative measures has been encouraged by many international conventions and domestic laws of states. Upon the global development of the institution of judicial supervision, it was regulated under the new Criminal Procedure Code of Turkey.

In this study, the procedure and adequateness of the application of judicial supervision in Turkey will be scrutinised by comparing the system of Turkey with a couple of states' systems.

**Keywords:** Judicial Supervision, Bail, Non-custodial Measures, Alternative Measures to Detention

### Giriş

Gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi ve sonuçlanabilmesi için şüpheli veya sanık hakkında yetkili mercilerce geçici olarak bazı koruma tedbirleri alınması gerekmektedir.<sup>2</sup> Yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayini ve teknik araçlarla izleme olarak Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) düzenlenen bu koruma tedbirleri ile ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi amaçlanmaktadır.

<sup>1</sup> Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi, tekinabdurrahman@hotmail.com

<sup>2</sup> Bahadırhan Tabak, "Tutuklamaya Alternatif Bir Koruma Tedbiri Adli Kontrol", *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 89, S: 2, 2015, S. 470.

Her ne kadar yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinden önce, yurtdışına çıkış yasağı ve kefaletle salıverilme gibi adli kontrol tedbirleri mevcut olsa da bu tür tedbirlerin sayısının artırılarak genişçe ve derli toplu bir şekilde kanunda düzenlenmesi, günün değişen şartları çerçevesinde elzem bir hal almıştır. Böylece 2005 yılında yürürlüğe giren CMK'da ilk defa geniş hatlarıyla düzenlenen bu müessese ile "suçluluk ispat edilene kadar herkes masumdur" evrensel ilkesini ihlal etmeyecek şekilde şüpheli veya sanık kişilerin yargılamasının yapılması daha da mümkün hale gelmiştir. Yargılama hukuku açısından en kıymetli hak olarak addedilebilecek olan masumiyet karinesine göre kişinin suç işlediği herkesçe malum dahi olsa, yargılama safhasının sonunda hakimince vereceği karara kadar masum addedilmesidir. Masumiyet karinesiyle tutukluluk gibi ağır tedbirler yumuşatılarak adli kontrol kurumları ortaya çıkarılmıştır. Adli kontrol tedbirlerinin geliştirilmesiyle ileride suçsuzluğu ispat edilme ihtimali olan kişilerin yargılama sürecinde yaşayabilecekleri mağduriyetlerin önüne bir nebze olsun geçilebilmiş olacaktır.

Nitekim, ülkemizde tutukluluk, istisnai bir tedbir olarak uygulanmamakta ve bu durum da birçok mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde, Türkiye aleyhine görülen davaların önemli bir kısmının tutuklamadan kaynaklandığını göz önünde bulundurulduğunda, tutuklamaya alternatif olarak uygulanması gereken adli kontrol tedbirlerinin ne kadar da önemli olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Bu çalışmada, tutuklama gibi telafisi güç zararlar doğurma ihtimali olan koruma tedbirine bir çeşit alternatif olarak getirilen adli kontrol tedbirleri, uluslararası belgeler ve mukayeseli hukuk ışığında irdelenerek bu kurumun Türk hukukundaki düzenleniş şekli ele alınacaktır.

## **I. GENEL OLARAK ADLİ KONTROL**

### **A. Adli Kontrolün Tanımı**

Adli kontrol tedbiri 5271 sayılı CMK'nın 109 ve 115. maddeleri arasında düzenlenmiş bir koruma tedbidir. Bu hükümler arasında bir tanıma yer verilmemiş olsa da bu tedbiri ilgili madde hükümlerine göre şu şekilde tanımlamak mümkündür: Adli kontrol, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması ve şüpheli/sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı halinde veya şüpheli/sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme şüphesinin bulunması veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması ihtimalinin mevcut olduğu durumlarda yetkili mercilerin alacağı bir kararla, şüpheli/sanığın kanunda öngörülen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içeren tedbirlerdir. Ayrıca Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 55. maddesinde adli kontrol "*Şüpheli*

*veya sanığın tutuklanması yerine bir veya birden fazla yükümlülüğe tâbi tutularak, toplum içinde denetimini öngören bir koruma tedbiridir” şeklinde kısaca tanımlanmıştır.*

## **B. Adli Kontrolün Amaç ve Faydaları**

Şüpheli/sanığın kaçma veya delilleri karartma şüphesinin varlığı veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunması ihtimalinin varlığı halinde yargılamanın sıhhatli bir şekilde ilerlemesi için geçici bir tedbir olarak hürriyetinden yoksun bırakılmasına tutuklama denilmektedir. CMK'nın 109. maddesinden anlaşıldığı üzere adli kontrolün amacı tutuklamanın amacıyla aynı olup, kaçma veya delilleri yok etme gibi sebeplerin varlığının olması halinde yargılamanın sıhhatli bir şekilde yürütülmesi ve sonlandırılması için tutuklama tedbirine alternatif olarak getirilmiş bir koruma tedbiridir.

Esasında tutuklama tedbirinin birçok olumsuz yanı mevcuttur. Bunların başında, tutuklanan kişinin toplumda hemen suçlu olarak addedilmesi ve tutuklu yargılanan kişinin beraat etmesi halinde özgürlüğünden yok yere yoksun kalması gelmektedir. Modern ceza hukuku anlayışına göre kişiler, suçları ispat edilene kadar masum olarak addedilir. Bu evrensel ilkeden anlaşılması gereken, tutuklamanın ağır neticeleri beraberinde getirmesinden dolayı istisnai bir tedbir olarak başvurulması gerektiğidir. Nitekim ülkemizde, yeni CMK yürürlüğe girene kadar, tutuklama tedbiri “sanki bir kuralmış” gibi uygulanmakta ve birçok mağduriyet yaşanmaktaydı.<sup>3</sup> Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, uluslararası gelişmeler ışığında hürriyetin “sınırlandırılması” ve “serbest bırakma” arasına ek bir kademe koyarak, “adli kontrol” tedbirlerini düzenlemiştir.<sup>4</sup> Fransız, Alman, İtalyan hukukundan esinlenerek getirilen bu müessese ile amaç, kişi özgürlüklerinin tutuklamada olduğu gibi tam anlamıyla sınırlamadan, tutuksuz yargılama yapılarak şüpheli/sanığın belli hak/haklara erişiminin kısıtlanmasıdır. Böylece, suçun ağırlığına bakmaksızın “ölçülülük ilkesi” göz önünde tutularak, kişi özgürlüğü açısından daha az etkileri olan adli kontrol tedbirleri ile de sanıkların kaçması veya delillerin karartılmasının önüne geçilmesi sağlanabilecek ve kişi özgürlüğü açısından daha ağır bir müeyyide olan tutuklama tedbirine başvurulmadan yargılamalar gerçekleştirilebilecektir.<sup>5</sup> Böylece ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca

---

<sup>3</sup> Mustafa Tarık Şentuna, Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 60.

<sup>4</sup> Mustafa Tarık Şentuna, **Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 123.

<sup>5</sup> Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku-1**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 310.

ulaşmak için kullanılan araç arasında bir denge gözetilerek, belirli hallerin varlığı halinde hâkime, tutuklama yerine adli kontrol tedbirlerini uygulama konusunda takdir yetkisi verilmiştir.<sup>6</sup> Ayrıca kanunda belirtilen tutukluluk sürelerini dolduran sanıkların serbest bırakılmaları ardından adli kontrol tedbirlerine de başvurulabilmesi bu kişilerin tekrar suç işlemesi veya delilleri karartmasını önlemeye yardımcı olabilecektir.<sup>7</sup>

Tutuklama tedbiri yerine adli kontrol yükümlülüklerinin uygulanması en başta şüpheli/sanık olmak üzere toplum ve hukuk sistemimize birçok fayda sağlamaktadır. Öncelikle hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük ilkesi gereği durum ve şartların elvermesi halinde tutuklama yerine adli kontrol uygulanacak ve bu da ilgili kişinin, hürriyetinden tamamen yoksun bırakılmasını engelleyecektir.<sup>8</sup> Tutukluluk halinde kişinin okul, iş, aile ve sosyal hayatı sekteye uğrayacak ve masum olduğunun anlaşılması halinde ise telafisi güç zararlar doğuracaktır. Uygulamada sıkça görüldüğü üzere, adli kontrol yerine tutuklamaya karar verildiği hallerde, şüphelinin/sanığın işine, okuluna devam edememesi sebebiyle, hayatı geri dönüşü olmayabilecek bir biçimde sekteye uğramaktadır. Adli kontrol uygulamalarına gidilmesi ile tutuklamanın kişiler üzerinde meydana getirebileceği bu neviden ağır sonuçların ortadan kaldırılmasına hizmet edilecektir.

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi tutuklama tedbirinin Türkiye’de kural gibi uygulanarak, adli kontrol gibi tutuklamaya alternatif tedbirlere pek de arzu edilen düzeyde başvurulmadığı görülmektedir. AİHM kararlarına bakıldığında da uzun tutukluluk süreleri münasebetiyle Türkiye aleyhine birçok karar verildiği görülmektedir. *Dereci v. Türkiye* davasında mahkeme, sanığın 6 yıl boyunca tutukluluk halinin devam ettiğini ve tutukluluk haline yapılan itirazların her birinin delillerin durumu, suçun tipi, dosyanın içeriği gibi basmakalıp ifadelerle reddedilmesini Sözleşmenin 5/3 maddesine aykırı bularak Türkiye’yi haksız bulmuştur. Esasında bu gibi gerekçelerin, tutukluluğun uzatılması ve alternatif tedbirlere çevrilmemesinin kimi davalar için yeterli olduğunu vurgulayan mahkeme, bu gerekçelerin mevcut olay için geçerli bir gerekçe olamayacağına değinerek hakkın ihlaline hükmetmiştir.<sup>9</sup> Aynı şekilde *Çarkçı/Türkiye* davasında da 10 yıl 11 ay süren davada, yıllardan bu yana tutuklu bulunan sanığın hakkının ihlal edildiğine hükmetmiş ve Türkiye’yi haksız bulmuştur.<sup>10</sup> Gerçekten

---

<sup>6</sup> Veli Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 326.

<sup>7</sup> Ahmet Caner Yenidünya, Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 353.

<sup>8</sup> A. Duygu Özgüven, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 81, 2009, s. 8-9.

<sup>9</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Dereci v. Türkiye*, Başvuru No: 77845/01, para. 38-41.

<sup>10</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Çarkçı v. Türkiye*, Başvuru No: 7940/05, para. 21.



de geciken adalet, adalet değildir veciz sözü uyarınca davaların olabildiğince kısa sürede bitirilmesi ve tutukluluk gibi ağır neticeleri olan bir müesseseden şüpheli/sanıkların korunması ve alternatif tedbirlere başvurulması her hukuk devletinin, vatandaşlarına karşı bir ödevidir.

Kısa vadede bakıldığında, özellikle adli kontrol tedbirlerinin alt yapısının sağlanması bakımından devlet kasasına ciddi bir yük oluşturacağı düşünülebilir. Ancak uzun vadede, kişilerin tutuklanma yerine adli kontrol ile serbest bırakılması ile yarar sağlanacaktır. Bunların başında tutuklu kişi için devletin harcamakla yükümlü olduğu barınma, beslenme, personel ve tesis giderleri gelmektedir.<sup>11</sup> Böylece hapisanelerin aşırı kalabalık olması engellenecek ve yargılamanın sonucuna kadar masum addedilen kişinin, suçlularla aynı ortamda kalması ve aynı muameleye tabi tutulması engellenip toplum ile bağı kesilmemiş olacaktır.

Adli kontrol tedbirlerini hukukunda ilk düzenleyenlerden biri olan Fransa'da bu tedbir, hafif suçlar için ilk defa 1970'li yıllarda uygulanmaya başlanmış ve akabinde yapılan değişikliklerle tüm suç kategorileri için uygulanmaya başlanmıştır.<sup>12</sup> Bu kurumun "kişi haklarının korunmasının sağlanması yanında, kişiyi bir takım yükümlülüklerle tabi tutarak onun denetim altına alınması bakımından "sosyal" bir koruma fonksiyonuna sahip olduğu"<sup>13</sup> düşünülmektedir. Bu tedbirlerle tutukluluğun aslında istisnai olarak başvuru bir tedbir olması yolunda bir çığır açılmış ve birçok ülkenin esinlenmesiyle yaygınlaşmıştır. Esas itibarıyla tutuklama hükümlerinin, kanundaki sıralama itibarıyla adli kontrolden sonra düzenlenmiş olması da bu yaklaşımı doğrular niteliktedir.<sup>14</sup>

Alman hukukunda da tutuklama ile ulaşılmak istenen amaca adli kontrol tedbirleriyle ulaşılabileceği durumlarda hâkime bunları uygulama yetkisi verilmiştir.<sup>15</sup> Alman hukukunda tutuklamanın geri bırakılması başlığı altında düzenlenen adli kontrol yükümlülükleri, esasında tutuklamayı esas olmaktan çıkarıp çeşitli istisnalar düzenleyerek hâkime, adli kontrol tedbirlerini uygulamak için takdir hakkı vermekte ve böylece şüpheli/sanığın hak ve hürriyetlerinin gereksiz yere ihlal edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.

---

<sup>11</sup> Özgüven, a.g.e. s. 9.

<sup>12</sup> Doğan Soyaslan, "Adli Kontrol", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 71, S: 1, 2013, s. 1111.

<sup>13</sup> Zekeriyâ Yılmaz, "Adli Kontrol", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, 2006, s. 41.

<sup>14</sup> Fulya Korkmaz, "Adli Kontrol", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, Özel Sayı, 2015, s. 525-526.

<sup>15</sup> Code of Criminal Procedure of Germany, Art. 116 ([https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html)); Benzer hüküm İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununda da madde 237/1'de düzenlenmiştir.

Son olarak adli kontrol tedbirlerinin ülkemiz hukuku açısından faydalarını istatistiksel bilgileri ışığında değerlendirmek konunun anlaşılması ve faydalarının görülebilmesi açısından daha iyi olacaktır. Buna göre Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış 2010 yılı istatistiklerinde, adli kontrol tedbirlerinden yararlanan şüpheli/mağdur sayısı 862'si çocuk olmak üzere 9.893'dir. 2012 yılının Ocak ayı istatistiklerinde ise 1.127'si çocuklar olmak üzere 15.754 şüpheli/sanık bu tedbirden yararlanmıştır. Son olarak Eylül 2015 tarihinde, çocukların denetim altına alınması da dâhil olmak üzere adli kontrol tedbirleri, 7.046'sı çocuklar olmak üzere toplamda 74.467 kişiye uygulanmıştır.<sup>16</sup> Gittikçe yaygınlaştığı görülen bu tedbirler ile masumiyet karinesinin daha iyi korunduğu söylenebilir ve tutuklamanın ülkemizde artık asli değil istisnai bir tedbir olmaya başladığı ileri sürülebilir.<sup>17</sup> Her ne kadar doktrinde adli kontrol tedbirlerinin de masumiyet karinesine zarar verdiği ileri sürülmektedir. Gerçekten de ileride değinilecek olan her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek (109/3-d); uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek. (109/3-e); silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek (109/3-d) gibi birtakım tedbirlerin, amacını aşarak şüpheli/sanığın cezalandırılması niteliğinde olduğu öne sürülmektedir.<sup>18</sup> Bu tür tedbirlerin, masumiyet karinesine zarar verdiği doğru olsa da araç ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki dengenin kurulması bağlamında adli kontrol tedbirlerinin, tutuklama tedbirinden daha hafif etkisi olduğunu ve masumiyet karinesine daha az zarar verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

### C. Uluslararası Belgeler Işığında Adli Kontrol

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9. maddesinde "Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkûm edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata bağlanabilir." hükmünü düzenleyerek tutuklamanın keyfi olamayacağı ve tutuklunun teminatla serbest bırakılabilmesi vurgulanmıştır.

<sup>16</sup> Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, <http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/istatistik.htm> Erişim Tarihi: 27.10.2015.

<sup>17</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e, s. 326.

<sup>18</sup> Özgüven, a.g.e. s. 39-40.

Bu bağlamda iç hukukta katalog suçlar için tutuklamadan başka bir tedbirin uygulanamayacağı hükmünün bulunması hukuka aykırıdır. Hukuk dar bir kaba koyularak esnetilemeyen bir kurallar bütünü değildir. Bundan dolayı da hâkime olayın şartlarına göre takdir yetkisinin verilmesi gerekir. Bu bağlamda, hâkimin takdir yetkisinin katalog suçlar listesi ile sınırlanması hukuka aykırı olacaktır.<sup>19</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1980 yılında üye devletlere, tutuklu yargılama yerine alternatif tedbirlerin uygulanması hususunda bir takım tavsiye kararları almıştır. Buna göre şüpheli/sanığın suçlu bulunana kadar masum olduğunun üzerinde durularak, tutukluluk yerine aşağıda belirtilen alternatif tedbirlerinin uygulanması tavsiyesinde bulunmuştur:

a) Kişiden adli makamlar önünde, adaletin tecelli etmesine müdahale etmeyeceğine dair söz alınması;

b) Kişinin, adli makamlar tarafından belirlenen bir yerde ikamet ettirilmesi;

c) Belli bir yere giriş çıkışta veya belirli yerlerde yaşamaya sınırlandırma getirilmesi veya bunların izne tabi tutulması;

d) Mahkeme, polis merkezi gibi yerlere belirli aralıklarla imza atma veya rapor verilmesi;

e) Pasaport veya diğer resmi evraklara el konulması;

f) Kefalet veya benzeri yükümlülüklerin verilmesi;

g) Kefil gösterilmesi;

h) Adli makamlar tarafından belirlenen bir kuruluş tarafından yardım alınması veya gözetlenmesi;<sup>20</sup> gibi zorunluluklar şüpheli/sanığa yüklenebilir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1990 yılında hazırlanan “Tokyo Kuralları” olarak da adlandırılan “Tutuklama Yerine Gececek Tedbirler için Minimum Kurallar” başlıklı belgenin 5 ve 6. maddelerinde tutuklamanın, en son çare olarak başvurulması gereken bir tedbir olduğu vurgulanmıştır. Tutuklama yerine geçecek tedbirlerin her ülkenin iç hukukunda belirlenmesi ve çeşitli kriterlere bağlanması bakımından tavsiye kararları içeren bu belgede, özellikle büyük bir cezayı gerektirmeyen suçlar için kesinlikle tutuklama dışı güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Aynı zamanda şüpheli/

---

<sup>19</sup> Lawyers Rights Watch Canada, **Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law, (çevrimiçi)** <http://www.lrwc.org/ws/wp-content/uploads/2013/04/Pre-trial-release-and-the-right-to-be-presumed-innocent.pdf> Erişim Tarihi: 27.10.2015, 2013, s. 19.

<sup>20</sup> The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation No. R (80) 11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Custody Pending Trial (321st Meeting of the Ministers’ Deputies), 27June 1980, s. 1-3.

sanık hakkında mümkün olan en kısa zaman içerisinde adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasının altı çizilmiş ve istenilen amaca ulaşıldığı anda derhal bu tedbirlerin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. İnsan onur ve haysiyetine aykırı olmayacak şekilde belirlenmesi ve uygulanması gereken bu tedbirlere karşı şüpheli/sanığın gerekli mercilere itiraz hakkının iç hukukta tanınması gerektiğine değinilmiştir.<sup>21</sup> Şüpheli/sanığın kişiliği, geçmişi ve işlediği iddia edilen suçun ağırlığı göz önünde bulundurularak, her ülkenin ceza hukuku sisteminde genişçe düzenlenen (düzenlenmesi gereken) koruma tedbirlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiş ve böylece her ülke mevzuatında adli kontrole ilişkin olması gereken minimum kuralların sınırı çizilmiştir.<sup>22</sup>

Görüldüğü üzere dünya çapında bu ve bunun gibi birçok belgeler ile şüpheli/sanığın yargılanma aşamasındaki olası hak kayıplarının engellenmesi ve standartlarının yükseltilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

#### **D. Adli Kontrol Düzenlemesinin Mevzuatımızdaki İlk Hali ve Değişiklikler**

Mülga 1412 sayılı CMUK'da adli kontrol tedbirleri başlığı altında sistemli bir düzenleme mevcut değildi. Ancak günümüzde de uygulanan bir takım adli kontrol tedbirleri gerek CMUK gerekse diğer mevzuatlarda<sup>23</sup> düzenlenmiş bulunmaktaydı. Eski mevzuatta yurtdışına çıkış yasağı, teminatla saliverilme, müşahede altına alma ve işten el çektirme gibi tedbirler sayabilir.

İlk kez Pasaport Kanunu ile düzenlenen yurtdışına çıkma yasağı, daha sonra Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda<sup>24</sup> da düzenlenmiştir. Bu yasağın konulabilmesine, belirli katalog suçların söz konusu olması halinde hâkim kararına gerek olmadan gecikmesinde sakınca bulunan hallerde emniyet personeli veya savcı karar verebilmekteydi. Ancak günümüzde sadece hâkim kararı ile böyle bir karar almak mümkündür. Yine çeşitli kanunlarda<sup>25</sup> düzenlenen hükümlerle hâkim, delillerin sağlama alınması için kişileri, buldukları görevlerden el çektirilmesine karar verebilmektedir.

CMK madde 109'da düzenlenen adli kontrol tedbirlerinin uygulanabilmesi için bir sınır mevcut idi. Buna göre adli kontrol tedbirleri sadece üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç için uygulanabilmekteydi. Yeni CMK'da 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 98. maddesiyle yapılan değişiklikle adli kontrol tedbirine başvurulabilmesi için mevcut olan 3 yıllık

---

<sup>21</sup> United Nations General Assembly Resolution, 45/110 of 14 December 1990, United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), 1990, Art: 5-6.

<sup>22</sup> United Nations General Assembly Resolution, Art: 2(3).

<sup>23</sup> 5682 Sayılı Pasaport Kanunu v.d.

<sup>24</sup> 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 1999, Md. 9.

<sup>25</sup> Devlet Memurları Kanunu Md.137-140; Dernekler Kanunu Md. 45; Yüksek Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu Md. 73, Bkz: Tabak, **a.g.e.** 481.

üst sınır kaldırılmış ve artık ağırlığına bakılmadan tüm suçlar için bu tedbir uygulanabilir hale getirilmiştir. Anayasa Mahkemesine Yusufeli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 2008 yılında yapılan başvuruya kanun metninde geçen "... üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren..." ibaresinin Anayasanın 2, 10, 19 ve 38. maddelerine aykırılığı somut norm denetimi ile ileri sürülmüştür. Yerel Mahkemenin ileri sürdüğü savlardan en önemlisini şu şekilde özetlemek mümkündür: "Cezalar kanun tarafından konulunca, kanunun genel, objektif ve anonim olma niteliği, bunlarda yer alan cezaların da kim olursa olsun, suçlular hakkında eşit uygulanması" gerektiği ve cezada hukuki eşitlik ilkesi kapsamında mevcut kanun hükmünün, Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili kanun hükmünün hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığını delillendirme gayreti içinde bulunup yukarıda ileri sürülen savda belirtilen 10 ve 38. maddeye, neden aykırı olmadığı hususuna pek de değinmemiş ve başvurunun esaslan reddine karar vermiştir.<sup>26</sup> Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesinin kaçırmış olduğu bu büyük fırsatı yasa koyucu değerlendirmiş ve birçok demokratik ülkede de mevcut olmayan süre sınırlamasını kaldırmış ve özgürlükler adına bir adım daha atılmıştır. Esasında "toplumun bu tedbire alışmasının zaman alacağı, toplumda infial uyandıran bazı suçlarda adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasının adalete olan güveni sarsacağı düşüncesiyle getirilen süre sınırlaması, tutuklamayı istisnai hale getirme amacının gerçekleşmesine önemli bir engel oluşturduğu ve ölçülülük ilkesini işlevsiz kıldığı" için 6352 sayılı kanun ile kaldırılmıştır.<sup>27</sup>

Son olarak da Çocukları Koruma Kanunu kapsamında bu kurumun kapsamı genişletilerek aşağıda da değinilecek olan ek üç tedbir daha öngörülmüştür.

## II. ADLİ KONTROL KARARININ VERİLMESİ VE YETKİ

Adli kontrol tedbirinin gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde uygulanabilmesi için bir takım şartlar ve prosedürler mevcuttur. Soruşturma evresinde adli kontrol kararı, Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkiminin kararı ile alınırken, kovuşturma evresinde ise talep üzerine veya resen mahkeme tarafından alınır. 109. maddenin son fıkrasında "...görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da kovuşturma evresinin her aşamasında..." denilerek adli kontrol tedbiri alabilecek merciler açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiş, bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay tarafından da adli kontrol kararı verilebilecektir. Soruşturma evresinde savcının talebi olmadan adli kontrol kararına hükmedilemeyecektir.

---

<sup>26</sup> 2008/70 – 2010/21 Anayasa Mahkemesi Kararı, 28.01.2010.

<sup>27</sup> Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kirit, Özdem Özyayın, Esra Alan Akcan, Efsar Erden, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınçılık, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 488.

Hâkim, hangi adli kontrol tedbiri veya tedbirlerinin uygulanacağına karar verme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Somut olayın şartlarına göre takdir edilecek olan bu tedbirler kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere tahdidi olarak sayılmış ve uygulanacak yükümlülüğü seçme konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Yargıtay bir kararında, sanığın, hakkında verilen adli kontrol kararı için yapmış olduğu kanun yararına bozma talebini reddetmiştir. Sanık, hâkimin, adli kontrol tedbirine hükmederken kullandığı takdir yetkisinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek bu itirazda bulunmuştur. Yargıtay, “kanun yararına bozma talebinde ileri sürülen bozma nedeninin, ...sanığın tabi tutulmakta olduğu yükümlülüğün CMK’nın ilgili hükümlerinde gösterilen objektif kurallara aykırılık iddiasını içermediği, aksine; takdire dair hususlara yönelik olduğu” gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.<sup>28</sup>

Kovuşturma evresinde de adli kontrol tedbirinin uygulanma imkânının getirilmesi büyük önem arz etmektedir.<sup>29</sup> Soruşturma evresinde özellikle nicelik ve nitelik itibarıyla daha fazla cezayı gerektiren suçlarda şüpheli/sanık hakkında delilleri yok etme veya kaçma şüphesinden dolayı tutuklama kararı verilmektedir. Ancak kovuşturma evresinde dava belirli bir aşamaya getirilip delillerin kaybolma ihtimali azaltıldığından tutuklama kararının, eğer verilmişse, adli kontrol tedbirine dönüştürülmesi insan hakları açısından daha uygun olacaktır. Böylece soruşturma evresinde gerekli olduğu için verilmiş olan tutuklama kararı, haklı sebeplerin ortadan kalkması ya da etkisini yitirmesi halinde ölçülülük ilkesi gereği kaldırılarak adli kontrol kararı verilip olası hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanır. Aynı şekilde henüz dava sonuçlanmamış ancak sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığı halinde de sanığın serbest bırakılarak adli kontrol tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Ya da tutuksuz şekilde yargılanan sanığın aslında suçlu olduğuna dair emarelerin olması ve kaçma ihtimalinin olması halinde kovuşturma evresinde mahkeme tarafından tutuklama yerine adli kontrol tedbirlerine hükmedilebilir.

CMK’nın 34. maddesi uyarınca hâkim ve mahkemelerce verilecek olan adli kontrol kararı gerekçeli olarak yazılır. Verilen kararda neden ve hangi somut olguya dayanılarak ve hangi adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar verildiği açıkça belirtilmelidir.<sup>30</sup> Ayrıca verilen bu kararda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilmek zorundadır.

Adli kontrol kararının şüpheli ya da sanığa tebliğ edilmesi hususunda ise CMK madde 35’e göre şüpheli/sanığın hazır bulunması halinde karar, yüzüne

---

<sup>28</sup> 2013/16902E – 2014/149K Sayılı Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kararı, 7.01.2014.

<sup>29</sup> Caner Hacıoğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IX, 2005, s. 175.

<sup>30</sup> Hacıoğlu, a.g.e. s. 186.

okunarak açıklanır ve istemesi halinde bir nüshası da kendisine verilir. Yoklukta adli kontrol kararının alınma konusunda ise şüpheli/sanığın tutuklamada olduğu gibi savunmasının alınma zorunluluğu mevcut olmadığından yokluklarında adli kontrol tedbir/leri alınabilecektir. Adli kontrol tedbirinin kişi hak ve hürriyetlerine daha az müdahale ettiği ve itirazı mümkün olan bir kurum olması gerçeğinden yola çıkarak ilgilinin savunmasının alınmadan yokluğunda karar verilebilmesi makuldür.<sup>31</sup> Zaten hazır bulunmayan bir kişi hakkında tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin verilebilmesi için o kişinin bulunup getirilmesi ve savunmasının alınması, süreci uzatacak ve bu kurumu işlevsiz bir hale getirecektir. Örneğin hakkında yurtdışına çıkma yasağı tedbiri getirilmesi istenen bir kişinin bulunamaması ve savunmasının alınamaması ve bu kişinin de kaçması, ceza yargılamasının sıhhati açısından ciddi sıkıntılar doğurabilir. Ancak şüpheli/sanık hakkında adli kontrol kararı verilmeden önce, ilgili kişinin savunmasının alınması gerektiği de savunulmaktadır.<sup>32</sup> Bu görüşe, adli kontrol tedbirlerinden sadece ‘e’ bendinde düzenlenen uyuşturucu veya alkol bağımlısı kişilerin hastaneye yatırılmasını ve ‘j’ bendinde düzenlenen konutunu terk etmeme tedbirleri açısından katılmak mümkündür. Çünkü diğer yükümlülüklerle kıyaslandığında, özgürlüğü, tutuklanma gibi kısıtlayan yükümlülükler sadece bu bentlerde düzenlenmiştir. Son olarak değinmeliyiz ki yokluğunda alınacak olan bu kararın, ilgili kişiye tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Fransız hukukunda adli kontrol kararına, suçun ağırlığına göre soruşturma hâkimi veya tutuklama hâkimi karar vermektedir.<sup>33</sup> Tutuklama hâkimi yargılamanın her safhasında adli kontrol kararı verebilmekte veya bu kararı kaldırabilmektedir. Soruşturma hâkiminin yetkili olduğu hafif bir cezayı gerektiren suçlarda, bölge savcısının talebi üzerine adli kontrol tedbirleri uygulanır. (Fransa CMK, Madde 137-2)

Soruşturma hâkimi de soruşturmanın her safhasında, adli kontrol yükümlülüklerinin verilmesine karar verebilir. Soruşturma hâkimi, yeni yükümlülükler getirebileceği gibi yükümlülükleri tamamen veya kısmen kaldırabilmekte veya değiştirebilmektedir. Aynı zamanda durum ve şartlara göre çeşitli istisnalar tanıyarak yükümlülükler esnetilebilmektedir. (Fransa CMK, Madde 139)

Son olarak Türk hukukunda tutuklama kararı verilmeden tutuklama yerine daha hafif tedbirlere hükmedilmesi sistemi benimsenmiştir. Ancak

---

<sup>31</sup> Yılmaz, a.g.e. s. 58-59.

<sup>32</sup> Mahmut Koca, “Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, 2003, s. 136; Özgüven, a.g.e. s. 30.

<sup>33</sup> Criminal Procedure Code of France (CPC) Art: 138. <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>

karşılaştırmalı hukukta iki farklı yaklaşım karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Alman hukukunda önce tutuklama kararı verilip daha sonra tedbir öngörülerek tutuklama kararının infazı ertelenmektedir. İtalya, Fransa ve Avusturya hukuklarında ise tutuklama kararının yerine tedbir kararı verilerek yükümlülükler öngörülmektedir.<sup>34</sup>

### III. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BU YÜKÜMLÜLÜKLERE UYMAMA DURUMU

#### A. Türk Hukukunda Adli Kontrol Yükümlülükleri

Gerek CMK gerekse Çocukları Koruma Kanununda (ÇKK) “aşağıda belirtilen tedbirler uygulanır” gibi hükümler yer almaktadır. Buradan da bu yükümlülüklerin kapsamında yer alan adli kontrol tedbirlerinin tahdidi olarak sayıldığı anlaşılmaktadır. Adli kontrol tedbirlerinin tahdidi olarak sayılması ve hâkime takdir yetkisinin verilmemesi hususu doktrinde eleştirilmektedir. Centel’e göre hâkimlerin teknoloji ve günün değişen şartlarına göre adli kendisinin belirleyeceği amaca uygun diğer kontrol tedbirlerini de yükleyebilmesi gerekmektedir.<sup>35</sup> Ancak bu durumun, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla mümkün olabileceği anayasal ilkesine aykırı olacağı bundan dolayı da bu tür tedbirlerin kanunda tek tek düzenlenmesinin daha uygun olacağı düşünülebilir.<sup>36</sup>

Doktrinde ehliyeteye el konulması veya suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlama gibi birtakım adli kontrol yükümlülüklerinin, şüpheli/sanığın kaçma, delilleri karartma ya da tanık, mağdur veya üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyici tedbirler olmaktan çok güvenlik tedbiri niteliği taşıdığından dolayı başka bir başlık altında değerlendirilmesi gerektiği görüşü hakim olsa da<sup>37</sup> bu başlık altında, kanun koyucunun kategorizasyonuna uyulacaktır.

#### 1. Yurt dışına Çıkamamak

Bu tedbir ile ulaşılmak istenen amaç, şüpheli/sanığın yurtdışına kaçmasının engellenmesidir. Bir suçun şüpheli veya sanığının, ülke içinde olması halinde yakalanabilmesi olasıdır. Ancak şahsın yurtdışında olması halinde kamu

---

<sup>34</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2014, s. 382.

<sup>35</sup> Nur Centel, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol, Tutuklama, Yakalama Ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, s. 848.

<sup>36</sup> Koca, **a.g.e.** s. 133.

<sup>37</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.** s. 329; Neslihan Coşkun, “Adli Kontrol”, **Hukuk Perspektifler Dergisi**, S: 3, 2005, s. 87-89.



otoritelerinin, egemenlik haklarını kullanamayacağından dolayı kaçan kişiyi yakalaması veya tutuklaması mümkün olmayacaktır. Pasaport Kanununda düzenlenen bir husus 2004 sonrasında CMK'da düzenlenerek uygulanmaya başlamıştır.

Verilen tedbir kararı, aşağıda anlatılacağı üzere denetimli serbestlik şubesine gönderilerek infazı istenir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunması halinde doğrudan kolluğa da gönderilebilir.<sup>38</sup>

Bu adli kontrol tedbiriyile alakalı olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ve çokça da eleştiriye açık olan bir kararı mevcuttur. Başvurucuya, yasa dışı bir örgüte üye olmak iddiasıyla yürütülen bir soruşturma kapsamında 25.12.2009 tarihinde yurtdışına çıkamama adli kontrol tedbiri uygulanmıştır. Bu tedbirin uygulanması üzerine başvuru sahibi Dikey Geçiş Sınavı (DGS) adli sınava girerek Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (KKTC) bir üniversiteyi kazanmış ancak hakkındaki adli kontrol tedbiri sebebiyle yurtdışına çıkamayarak eğitim hakkından mahrum kaldığını iddia ederek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa'nın "*Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti*" başlıklı 23. maddesi, "*Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.*" hükmünü, kendisine dayanak gösteren Anayasa Mahkemesi, yurt dışına çıkamama adli kontrol tedbirinin kaldırılmaması veya değiştirilmemesini, eğitim hakkının ihlaline sebebiyet vermeyeceğine ve yapılan işlemlerin Anayasa ve kanunlara aykırı olmadığına hükmetmiştir.<sup>39</sup> Ancak burada şu hususu da göz önünde bulundurmak gerekmektedir ki Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC), Dünya üzerinde Türkiye dışında bir ülke tarafından tanınmadığı ve kara, hava ve deniz yoluyla doğrudan doğruya Türkiye dışında hiçbir ülkeyle ulaşım imkânının olmadığı bir ülkedir. Bu yüzden KKTC'nin bu kuraldan istisna tutulması, gerek kanunun ve gerekse de adli kontrol kurumunun amacına aykırı olmayacak ve ilgili şahıs kaçma imkânı bulamayacaktır. Buna ilaveten, başvuru sahibine hem ikamet yerinde hem de KKTC'de belli aralıklarla imza atma yükümlülüğünün yüklenmesi de adli kontrol tedbirinin amacına ulaşılması açısından daha uygun olabilecektir. KKTC'den başka bir ülkeye gitmenin mümkün olmaması ve iki ülkenin birbiriyle mevcut olan sıkı bağı münasebetiyle, hâkimin gerek görmesi halinde bu ülkenin, yurtdışına çıkış yasağından istisna tutulmasına karar verebilmesi yerinde olacaktır. Bu konuda yakın zamanda uygun bir yasal düzenleme ve iki devlet arası karşılıklı anlaşma yapılarak bu tür hak ihlallerinin önüne geçilebilecektir.

---

<sup>38</sup> Hüsamettin Binici, "Tutuklamanın Alternatifi Olarak Adli Kontrol Kurumu", **Adalet Dergisi**, S: 29, 2007, s. 233.

<sup>39</sup> Yüksel Baran Başvurusu, Başvuru No: 2012/782, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, para. 1, 7, 20, 24, 42.

## **2. Hâkim Tarafından Belirlenen Yerlere, Belirtilen Süreler İçinde Düzenli Olarak Başvurmak**

Bu tedbir, şüpheli/sanığın sulh ceza hâkimi veya mahkemenin belirleyeceği jandarma veya polis karakolu, mahkeme kalemi veya denetimli serbestlik ve adli yardım şube müdürlüğü gibi yerlere belirli aralıklarla düzenli bir şekilde gitmesini içerir. Söz konusu tedbirin amacı şüpheli/sanığın kaçmasını engellemektir. Bu yükümlülük ilgisine bildirildiği, yokluğunda ise tebliğ edildiği andan itibaren başlar. Hâkim, tedbir kapsamında uğranılacak yer ve zaman dilimi konusunda ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. Şüpheli/sanığın hayatını zorlaştıracak ve günlük yaşamını ve faaliyetlerini etkileyecek şekilde bir yükümlülük getirilmemelidir.<sup>40</sup> Getirilecek yükümlülüğün belirlenmesinde elbette kişinin işlediği/işlediği iddia edilen suçun ağırlığı, kişinin sabıka kaydı, kaçma ihtimalinin ve imkânının varlığı gibi olgular göz önünde bulundurularak, ilgili yere düzenli olarak başvurma yükümlülüğünün kapsamı belirlenir. Örneğin kanser hastası olan ve tedavi gören bir kişinin kolay kolay kaçmayacağı varsayılarak haftada bir kez başvurusu istenilebilir.

## **3. Hâkimin Belirttiği Merci veya Kişilerin Çağrularına ve Gerekliğinde Meslekî Uğraşlarına İlişkin veya Eğitime Devam Konularındaki Kontrol Tedbirlerine Uymak**

Şüpheli/sanığın işlediği suç sebebiyle hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılması ve hazır bulunmasını sağlamak amacıyla getirilen bir yükümlülüktür. Örneğin sanığın beden muayenesinin yapılmasında veya keşif gibi durumlarda kendisine yapılan çağrılara uyma yükümlülüğünü ifade eder. Aynı şekilde madde hükmünün ikinci kısmında yer alan yükümlülükte ise kişinin mesleki faaliyetlerini veya eğitimini sürdürebilmesi için bir düzenleme yapılmıştır. Örneğin, öğrenim gören şüpheli/sanığın eğitim kurumuna ve yapılan sınavlara devam edip etmediği gibi hususların gözlemlenmesi amaçlanmıştır.<sup>41</sup>

## **4. Her TürLü Taşıtları veya Bunlardan Bazılarını Kullanamamak ve Gerekliğinde Kaleme, Makbuz Karşılığında Sürücü Belgesini Teslim Etmek**

Şüpheli/sanığın gerek taşıtla kaçmasını engellemek gerekse de isnat edilen suç taşıtla işlenmişse suç işlemesini önlemek ve özenli olmasını sağlamak için getirilmiş bir tedbirdir. Örneğin bir kişinin gece saatlerinde arabasını kurallara uymayarak kullanması sonucu bir polis arabasına çarpması halinde bu kişinin tutuklanması yerine ehliyetine el konulması tedbirinin uygulanması, tekrar suç işlemesini engelleyip kişiyi özenli davranmaya iteceği açıktır. Alınan bu

---

<sup>40</sup> Murat Özen, "Adli Kontrol", *Adalet Dergisi*, S. 32, 2008, s. 171.

<sup>41</sup> Hacıoğlu, *a.g.e.* s. 180-181.

tedbirin uygulanması için ilgili kişiden, ehliyetini, bildirilen yere makbuz karşılığında 10 gün içinde ibraz etmesi istenir. Bu kontrol tedbiri, kolluk personeline ve şoförler odası, esnaf ve sanatkârlar odası gibi ilgili meslek kuruluşuna hemen haber verilir ve kişinin ehliyetsiz araç kullandığının tespit edilmesi halinde, derhal adli makamlara bildirimde bulunulur.<sup>42</sup>

Ancak ölçülülük ilkesi kapsamında, şüpheli/sanığın mesleki uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verilebilir. Buradaki maksat, kişinin geçimini sağlayabilmesine olanak tanımak ve iş hayatıyla ilişkisinin kesilmemesini sağlamaktır. Örneğin taksicilik mesleğiyle uğraşan kişi için bu tedbirin uygulanmasında bir istisna tanınarak sürekli veya geçici olarak sadece o taksinin kullanmasına izin verilebilecek, bunun haricindeki bir aracın kullanımına izin verilmeyecektir.

##### **5. Özellikle Uyuşturucu, Uyarıcı veya Uçucu Maddeler ile Alkol Bağımlılığından Arınmak Amacıyla, Hastaneye Yatmak Dâhil, Tedavi veya Muayene Tedbirlerine Tâbi Olmak ve Bunları Kabul Etmek**

Bu tedbirin uygulanması için öncelikle kişinin bu tür uyarıcı maddelerin veya alkol bağımlılığının sağlık kuruluşları aracılığıyla tespit edilmesi gerekmektedir. Akabinde sulh ceza hâkimi veya mahkeme kararıyla kişinin, rehabilite edilmesi ve arındırılması amacıyla tedavi, muayene veya hastaneye yatırılması tedbirlerine başvurulacaktır.

CMK'nın 109/6. maddesine göre bu tedbirin uygulanması, şahsi hürriyetleri sınırlama sebebi olarak kabul edildiğinden, kişinin sağlık kurumlarında geçirdiği süre, ceza alması halinde cezasından mahsup edilecektir. Böyle bir hükmün getirilmesi, kişi özgürlüğüne verilen önemi göstermekte ve kişinin çifte cezalandırılmasının önüne geçilmektedir.

Doktrinde, bu tedbir kararının verilmesinde tutuklama kararı verilmesini sağlayan sebeplerle bir ilişkinin bulunmaması sebebiyle eleştiriler getirilmektedir. Çünkü bir kişiye ancak tutuklama sebeplerinin varlığı halinde tutuklamaya alternatif olarak adli kontrol kararı yüklenebilir. Yani tutuklama sebepleri arasında yargılamanın sağlıklı yapılabilmesi için tedavi olmak ya da bağımlılıktan kurtulma gibi bir neden olmadığı için bu tedbirin adli kontrol olmadığı ve başka bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>43</sup> Ancak bu kontrol tedbirinin düzenlenmesindeki amaç, kişinin bu tür bağımlılığa yol açan alışkanlıklardan vazgeçerek tekrar suç işlemesinin önüne geçilmesidir. Suç işlemesinin önüne geçilmesi her ne kadar tutuklama tedbirinin uygulanması için bir neden olmasa da nitelik olarak bir kontrol tedbiri olduğu için bu madde içinde yer almasında bir sakınca yoktur.

---

<sup>42</sup> Hacıoğlu, a.g.e. s. 180.

<sup>43</sup> Özen, a.g.e. s. 172,

## 6. Şüphelinin Parasal Durumu Göz Önünde Bulundurularak, Miktarı ve Bir Defada veya Birden Çok Taksitlerle Ödeme Süreleri, Cumhuriyet Savcısının İsteği Üzerine Hâkimce Belirlenecek Bir Güvence Miktarını Yatırmak

Fransız CMK madde 142'den esinlenerek getirilen bu tedbir, şüpheli veya sanığa güvence yatırma yükümlülüğünün uygulanması, şüpheli/sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya uygulanabilecek diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunmasının teminatı niteliğini taşımaktadır.<sup>44</sup> Kişinin ekonomik gücü nispetinde belirlenecek olan güvencenin, kişinin kaçmasını önleyecek miktarda olması gerekmektedir. Belirlenen miktarın kişinin ekonomik durumu açısından taşıdığı ağırlıktan dolayı, şüpheli/sanığın kaçmayarak hazır bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesinin olduğu her durumda güvence kurumu işletilmektedir. Ancak yüksek bir meblağ olarak belirlenen bir güvence ile kişinin kaçması önlenilse de, bu tedbirin delilleri karartmayı önleyecek bir niteliği yoktur.<sup>45</sup>

Kişinin hazır bulunma ödevini yerine getirmesi halinde, yargılama sonrası cezaya hükmedilse bile yatırılan para iade edilecektir.<sup>46</sup> Hazır bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda ise güvence miktarı hazineye aktarılır.

Şüpheli/sanığın hüküm giymesi halinde yatırılan bu güvenceyle sırasıyla, katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hâle getirme; şüpheli veya sanık nafaka borçlarını ödememeleri nedeniyle kovuşturuluyorlarsa nafaka borçları, kamusal giderler, para cezaları gibi bir takım masraflar karşılanacaktır. (CMK 115/3) Kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde güvencenin, suç mağduruna veya nafaka alacaklısına verilmemiş olan ikinci kısmı şüpheli/sanığa geri verilir (CMK 119/2).<sup>47</sup> Yargıtay'ın bir kararında, sanığın yatırdığı kefalet parasının mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra iadesine karar verilmesine yapılan itiraz haklı bulunarak CMK 115. maddesi uyarınca kefalet parasının, mahkeme kararın kesinleştiği tarihte değil de verildiği tarihte iade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>48</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da güvence kurumunun makul bir sebebe dayanmayan veya inandırıcı olmayan yetersiz bir takım

<sup>44</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.394.

<sup>45</sup> Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 975.

<sup>46</sup> Fransız CMK madde 142-2 1 ve 2. fıkrasında aynı hüküm düzenlenmiştir.

<sup>47</sup> Fransız CMK madde 142-3'te aynı hüküm düzenlenmiştir

<sup>48</sup> 2007/3341E – 2007/7740K sayılı Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kararı, 30.10.2007.

gerekçelerle reddedilmesini hak ihlali olarak görmüştür. Mahkemeye göre güvence ile tahliyenin reddi için şu dört gerekçenin bulunması gerekmektedir:

1. Sanığın duruşmalara katılmama riski;
2. Tahliye edildiği takdirde adaletin işleyişini bozmak için teşebbüste bulunma riski;
3. Başka suçlar işleme riski;
4. Toplum düzenini bozma riski.<sup>49</sup>

### **7. Silâh Bulunduramamak veya Taşıyamamak, Gerektiğinde Sahip Olunan Silâhları Makbuz Karşılığında Adli Emanete Teslim Etmek**

Bu tedbirle şüpheli/sanığın silah taşımamasının veya bulundurmasının yasaklanması ve gerektiğinde sahip olduğu silahları makbuz karşılığında Cumhuriyet başsavcılığına bağlı adli emanet memurluklarına teslim etmesi öngörülmüştür. Bu tedbir kararında teslim edilecek silahın çeşidi ve teslim edilmesi gereken süre açıkça belirtilmelidir.<sup>50</sup>

Silah bulundurulmasını sınırlayan bu tedbir ile kişinin tekrar suç işlemesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı düşünülebilir. Misal olarak bir kişinin komşusu ile yaptığı kavgada, komşusuna silahını göstererek tehditte bulunmasından sonra soruşturma evresinde, silahın makbuz karşılığında adli emanete kaldırılması tedbirinin uygulanması tekrar suç işlenmesini engelleyecek bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde bu tedbir ile silahtan bulunacak cesaretle tanık mağdur gibi davanın seyri için önemli olan kişiler üzerinde baskı oluşturulması da engellenebilecektir.

### **8. Cumhuriyet Savcısının İstemi Üzerine Hâkim Tarafından Miktarı ve Ödeme Süresi Belirlenecek Parayı Suç Mağdurunun Haklarını Güvence Altına Almak Üzere Aynı veya Kişisel Güvenceye Bağlamak<sup>51</sup>**

Mahkeme veya noter huzurunda verilmesi gereken bu kişisel güvencenin konusunu taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabileceği gibi rehin veya ipotek de oluşturabilir.<sup>52</sup>

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin (Yönetmelik) 28. maddesine göre şüpheli/sanığa, şube müdürlüğü veya büroya 10 gün içinde taşınmaz malların tapu bilgilerini,

---

<sup>49</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 395; Smirnova v.Rusya, 48183/99.

<sup>50</sup> Hacıoğlu, **a.g.e.** s. 182.

<sup>51</sup> Bu adli kontrol tedbiri, CMK 109/3-f bendi düzenlenen tedbir ile benzer olmakla birlikte, buradaki güvence ile suç mağdurlarının hakları garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Aynı hükmü, Fransız CMK madde 142-1'de de görmek mümkündür.

<sup>52</sup> Hacıoğlu, **a.g.e.** s. 182.

taşınır mallara ait kayıtlar ile bankada bulunan nakdî varlıklarına ilişkin bilgileri vermesi için bildirim yapılır. Verilen güvencenin nakdî olması hâlinde paranın çekilmesi, aynı olmasındaysa bunun satılması veya devredilmesi hâlinde bilgi verilmesi için ilgili kurum ve kuruluşa yazı yazılır.

Burada CMK madde 114'te düzenlenen önceden ödetme müessesinden de bahsetmek gerekmektedir.<sup>53</sup> Buna göre şüpheli/sanığın rızasıyla, güvencenin mağdurun haklarını veya nafaka borcuna ilişkin kısımlarının, istem üzerine, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesine hükmedilebilir. Bu işleme şüpheli/sanığın rıza göstermesi ve mağdur/nafaka alacaklısının istemi gerekmektedir. Ancak davanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle mağdur/nafaka alacaklısı lehine, mesela hukuk mahkemesinde, bir karar verildiğinde şüpheli/sanığın rızası aranmadan da ödemenin yapılması emredilebilmektedir.

### **9. Aile Yükümlülüklerini Yerine Getireceğine ve Adli Kararlar Gereğince Ödemeye Mahkûm Edildiği Nafakayı Düzenli Olarak Ödeyeceğine Dair Güvence Vermek**

Aile hukukundan doğan, eş ve çocukları bakma gibi bir takım yükümlülükler mevcuttur. Boşanma gerçekleşmiş olsa bile bu yükümlülük devam eder ve mahkemenin takdir ettiği nafaka miktarı eş/çocuklara ödemeye devam eder. Bu bağlamda bu borcunu ödemekten kaçınmak da TCK madde 233 kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Şüpheli/sanık, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermeye zorlanabilir.

Aile yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi bir tutuklama sebebi olamayacağından, adli kontrol tedbiri olarak da düşünülemeyeceği ileri sürülmektedir. Ayrıca güvencenin, özel hukuk ihtilaflarına yönelik bir kapsamda verilmesi, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kavramıyla çelişmektedir.<sup>54</sup> Bu iddianın doğruluğunu kabul etsek bile toplumda zayıf durumda olan kadınların korunması için sistematüğün bozularak bu tedbirin adli kontrol başlığı altında düzenlenmesinin çok da yanlış olmadığını söylemek mümkündür.

### **10. CMK'da Düzenlenen Diğer Yükümlülükler**

Konutunu terk etmemek, belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek,

---

<sup>53</sup> CMK 114. madde: (1) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanığın rızasıyla güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilir. (2) Soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle, mağdur veya nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararı verilmiş ise, şüpheli veya sanığın rızası olmasa da ödemenin yapılması emredilebilir.

<sup>54</sup> Centel, Zafer, a.g.e., s. 383-388.

belirlenen yer veya bölgelere gitmemek olarak belirlenen adli kontrol tedbirini, 2012 yılında CMK'ya girmiştir. Burada söylenmesi gereken en önemli husus, konutu terk etmeme tedbirini, özgürlüğü ciddi manada kısıtladığı için bu tedbir altında geçen sürenin de ceza alınması halinde cezadan mahsup edilmesi gerektiğidir. CMK 109/3-e bendinde belirtilen tedbirde kişinin tedavi için hastanede geçirdiği sürenin cezadan mahsup edilmesinde olduğu gibi bu tedbir için de bir istisna tanınması yerinde olacaktır.<sup>55</sup>

### **11. Çocuk Koruma Kanununda Öngörülen Tedbirler**

Çocukları Koruma Kanununun (ÇKK) 20. maddesinde, CMK hükümlerine ilaveten birtakım adli kontrol tedbirleri öngörülmüştür. Bunlardan birincisi olan belirlenen çevre sınırları dışına çıkmama tedbirini, mahkemece belirtilen usul ve esaslar dairesinde suça sürüklenen çocuğun belirlenen çevre dışına çıkmasının yasaklanmasını ifade eder. (Yönetmelik 30/1) Hâkim veya mahkeme çevreyi belirlerken çocuğun yaşadığı yeri, okuduğu okulu, ayrıca çocuğun kişisel, sosyal ve zihinsel durumunu göz önünde bulundurmalıdır.

Bir diğer tedbir olan belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilme tedbirinde ise hâkim veya mahkeme, çocuğun tekrar suç işlemesine engel olmak için belirli ortamlardan uzak olması veya belirli ortamlara yakın olmasına karar verebilir. Örneğin çocuğun kahvehaneye, oyun salonlarına girmesini yasaklayabilir veya kütüphaneye, tiyatroya gitmesini zorunlu kılabilir.

Son olarak belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmama tedbirinde amaç ise çocuğun tanık, mağdur veya üçüncü kişilere zarar vermesini ve tekrar suç işlemesini engellemektir.<sup>56</sup>

### **B. Yükümlülükler Uymama**

CMK'nın 112. maddesinde adli kontrol yükümlülüklerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli/sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, hemen tutuklama kararı verilebilir hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin getirilmesindeki amaç, yargı organlarının, şüpheli/saniğe güvenilerek tutuklama yerine verdiği bu yükümlülükler uymadığı zaman bu ihmalin cezasız bırakılmamasını sağlamaktır.<sup>57</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yükümlülüklerin isteyerek yerine getirilmemesidir. Durumun hal ve şartlarına göre geçerli bir mazereti olan kişi hakkında elbette tutuklama kararı verilmeyecektir. Ancak bunun takdiri hâkime bırakılmıştır. Örneğin, "konutunu terk etmemek" yükümlülüğünün, zorunluluk hali kapsamında

---

<sup>55</sup> Korkmaz, a.g.e. s. 534.

<sup>56</sup> Binici, a.g.e., s. 235-236.

<sup>57</sup> Binici, a.g.e. s. 237.

bir yangının çıkması veya deprem olması sebebiyle ihlal edilmesi, geçerli bir mazeret olarak kabul edilecektir.

Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de adli kontrol hükümleri uygulanabilmektedir. (CMK 109/2) Yani CMK madde 100/4 hükmüne göre “Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda” tutuklamaya karar verilemezken adli kontrol tedbirlerine karar verilebilecektir Bu durumda üst sınırı 1,5 yıl hapis cezası olan bir suçun şüpheli/sanığı olan şahıs hakkında adli kontrol kararı uygulanılabilecektir. Ancak bu kişinin yükümlülükler uymaması halinde tutuklanıp tutuklanamayacağı hususu tartışmalıdır. 112. madde metnine göre “...hakkında hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun...” denilerek, üst sınırı 2 yılın altındaki suçlar kapsamında verilen yükümlülük sahipleri de yükümlülükler uymamaları halinde tutuklanabilecektir. Ancak Özgüvenin de haklı olarak belirttiği gibi sadece adli para cezası gerektiren suçlar yönünden, yükümlülükler uymaması halinde tutuklama kararı verilemeyecektir.<sup>58</sup> Tutuklama yasağının bulunduğu 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren hallerde verilen adli kontrol yükümlülüğüne uyulmaması durumunda da tutuklama kararının verilememesi gerekmektedir.<sup>59</sup> Gerçekten de suçun ağırlığına bakıldığında zaten kendisi bile tutuklamaya yetmeyen bir suçken, bu suç için şüpheli/sanığa yüklenen yükümlülüğe uymama gerekçesiyle tutuklama kararı verilmesi, adli kontrol tedbirinin amacına aykırılık teşkil edecektir.<sup>60</sup> Zira adli kontrol kurumunun getiriliş amacı tutukluluk gibi ağır sonuçlardan şüpheli ve sanıkları korumaktır.

Fransız hukukunda da yükümlülükler kasti olarak uyulmaması yaptırımsız bırakılmamıştır. Bu durumda kişiye mahkeme celbi gönderilebilir ya da hakkında tutuklama kararı verilebilir. Ancak kanunun lafzında bir zorlama olmadığı için hâkim tutuklanmasına karar vermeyebilir (Fransa CMK, Madde 141-2/f.1).

Alman CMK’da tutuklama tedbirinin adli kontrol yükümlülükleriyle ertelenmesi durumunda, şüpheli/sanığın uymakla yükümlü olduğu tedbirleri ağır bir şekilde (*gröblich*) ihlal etmesi ve sınırlamalara uymaması halinde bu tedbirlerin ortadan kalkacağı ve kişinin tutuklanacağı belirtilmiştir. Ayrıca, şüpheli/sanığın kaçmak için hazırlık yapması, haklı bir gerekçeye dayanmadan bildirim yükümlülüğüne uymayarak ortada gözükmemesi veya şüpheli/sanığa addedilen güvene zarar verecek herhangi bir durumun olması durumunda, bu kontrol tedbirlerine son verilir ve hakkında tutuklama kararı çıkarılır. Son olarak hakkında adli kontrol tedbiri uygulanan kişinin davasıyla alakalı önemli

---

<sup>58</sup> Özgüven, a.g.e. s. 34.

<sup>59</sup> Özen, a.g.e. s. 176.

<sup>60</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s. 328.



bir hususun gün yüzüne çıkması halinde de adli kontrol tedbirleri durdurulur ve tutuklama kararı verilir (Almanya CMK, Madde 116/f.4).

İsviçre hukukunda da tutuklamaya alternatif olarak getirilen tedbirler, mahkemece yargılamanın herhangi safhasında, yeni durumların ortaya çıkması veya yükümlülükler uylmaması halinde kaldırılabilir, değiştirilebilir veya şüpheli/sanık tutuklanabilir.<sup>61</sup>

### **C. Mukayeseli Hukukta Uygulanan Adli Kontrol Yükümlülükleri**

Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda adli kontrol tedbiri altındaki kişilerin özgürlüklerinin korunduğu ve masum addedildikleri vurgulanmıştır. Kişilere bir veya birden fazla yükümlülük yüklenebilmekte ancak bunun istenilen amaca ulaşmaya hizmet etmediği anlaşıldığında istisnai olarak tutuklama kararı verilebilmektedir (Fransa CMK, Madde 137). Genel olarak Türk hukukuyla benzer içerikte olan bu tedbirler, 2002 CMK tasarısında aynen benimsenmiş ancak mevcut CMK sisteminde bir kısmı alınmamıştır. Bu yükümlülükleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- (a) Soruşturma hâkimi tarafından belirlenen bölge dışına çıkamamak;
- (b) Soruşturma hâkimi tarafından belirlenen istisnai haller dışında meskeninden dışarı çıkamamak;
- (c) Soruşturma hâkimi tarafından belirlenen yerlere gidebilmek veya gidememek;
- (d) Soruşturma hâkimi tarafından belirlenen sınırlar dışına ancak hâkime beyan vererek çıkmak;
- (e) Soruşturma hâkimi tarafından atanan mercilere veya şahıslara periyodik olarak görünmek;
- (f) Soruşturma hâkimi tarafından atanan merci veya kişilerin çağrularına uymak ve mesleki, ticari veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlere uymak.
- (g) Özellikle pasaport olmak üzere her çeşit kimlik kartlarını, bir makbuz karşılığında mahkeme veya polise vermek;
- (h) Tüm veya belirli çeşitteki araçları kullanma yasağı getirmek ve gerektiğinde ehliyetini makbuz karşılığında mahkemeye vermek. Ancak bu tedbirin uygulanmasına iş amacıyla istisnalar getirilebilir;

---

<sup>61</sup> Criminal Procedure Code of Switzerland, Art. 237/3 (<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html>).

(i) Soruşturma hâkimi tarafından belirlenecek kişiler ile görüşmek, buluşmak veya iletişime geçmeyi yasaklamak;

(j) Zararlı alışkanlıklardan kurtulmak için hastaneye yatmak dâhil tıbbi muayene, tedavi ve bakım görmek;

(k) Şüpheli/sanığın maddi durumuna göre ödemesi bir veya birden fazla olmak üzere bir miktar paranın güvence olarak yatırılması;

(l) Sendikal faaliyetler ve seçim görevliliği haricinde yapılan mesleki veya sosyal uğraşlarda bulunurken suçun işlenmesi halinde bu uğraşlarda bulunmamak;

(m) Karşılığı bankada bloke edilmiş olanlar hariç çek keşide edememek ve gerektiğinde usulsüz olarak keşide ettiği çekleri mahkemeye vermek;

(n) Silah taşıyamamak veya bulunduramamak ve gerektiğinde bir makbuz karşılığında bunları mahkemeye vermek;

(o) Soruşturma hâkimince takdir edilecek bir miktarda aynı veya nakdi teminat göstermek;

(p) Aile harcamalarına katıldığını veya mahkeme kararı doğrultusunda yüklenilen nafaka borcunu ödeyeceğine dair güvence vermek;

Fransız CMK'da öngörülen bu tedbirlere ilaveten İç Güvenlik Kanunu'na L. 224-1. maddesi eklenerek yurtdışında terör eylemi yapma potansiyeli olanlar için de adli kontrol tedbirleri öngörülmüş ve bu bağlamda bu kişilerin, Fransa dışına çıkmalarının engellenebileceğine yönelik düzenleme getirilmiştir. "Düzenleme ile "terör eylemlerine, savaş suçlarına, insanlığa karşı suçlara karışacakları veya terörist gruplaşmaların olduğu yerlere gidecekleri ya da Fransa'ya dönüşlerinde kamu düzenini tehdit edebileceklerine dair haklarında ciddi şüpheler bulunan" kişilerin Fransa'dan çıkışları yasaklanabilmektedir. Bu yasaklama kapsamında kişilerin kimlik kartı ve pasaportlarına derhal el konulması mümkün olabilecektir. Ülkeyi terk etme yasağına karşı gelenlere 3 yıl hapis ve 45 bin Euro para cezası öngörülmektedir. Kanun aynı zamanda terör örgütleriyle bağlantılı oldukları gerekçesiyle haklarında sınır dışı edilme kararı bulunan kişilerin sınır dışı edilene kadar terör örgütleriyle irtibatlarının kesilmesi için ev hapsinde tutulmalarını da bir tedbir olarak düzenlemektedir."<sup>62</sup>

Alman ceza sisteminde de adli kontrol tedbirleri düzenlenmiş ancak Fransa veya Türkiye'de olduğu gibi uzun bir liste yapmaktan kaçınılmıştır. Tedbirlerin esas olarak tutuklama kararının ertelenmesi başlığı altında düzenlenmesinden, tutuklamanın esas, şartları gerçekleştiğinde adli kontrol

---

<sup>62</sup> Kenan Evren, Yaşar, "Güncel Değişikliklerle Fransız Ceza Hukukunda Örgüt Kavramı ve Örgütlenme Suçları" **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi** C: 3, S: 1, 2015, s. 203.

kararının uygulanmasının istisnai olduğunu çıkarabiliriz. Ancak Alman hukukunda, hâkim sadece madde hükmünde sayılan tedbirlerle sınırlı tutulmamış, hâkimlere ayrıca tedbirler yükleme yetkisi verilmiştir. Kanun koyucu adli kontrol tedbirlerini kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesine göre farklı kategorilerde düzenlemiştir. Buna göre kaçma şüphesinin varlığı halinde; hâkime, savcılık makamına veya hâkim tarafından belirtilen yerlere periyodik olarak başvurma, hâkimin veya savcılık makamının izni olmadan konuttan veya belirli bir bölgeden ayrılamama, ikametgâhından kendisine eşlik edecek biri olmadan çıkamama ve son olarak teminat yatırmaktır. (Almanya CMK, Madde, Art. 116/f.1) Delilleri karartma şüphesinin varlığı halinde ise hâkim, şüpheli/sanığın iştirak halinde suç işlediği kişiler, tanık veya bilirkişilerle görüşmesini yasaklayabilmektedir. (Almanya CMK, Madde, Art. 116/f.2)

İsviçre hukukunda adli kontrol tedbirleri daha dar çerçevede belirlenmiştir. Buna göre, kefalet yatırma, pasaport veya diğer kimliklere el koyma, belirli bir yer veya evin sınırları içinde kalma veya buralara girememe, periyodik olarak belirlenen makamlara bildirimde bulunma, düzenli bir işe sahip olma, tıbbi muayene veya tedavi olma ve belirlenen kişilerle iletişim kuramama gibi tedbirler düzenlenmiştir. Hukukumuzdan farklı olarak belirlenen düzenli olarak işe sahip olma kriteri göze çarpmaktadır. Ekonomik olarak hiçbir sıkıntının olmadığı bu ülkede, adli kontrol olarak kişiye iş bulunmakta ve bu işte düzenli bir şekilde çalışması beklenmektedir. (İsviçre CMK, Madde, Art. 237/2) Daha da önemlisi hâkim tarafından verilecek bu kontrol tedbirlerinin gözetimi hususunda getirilen hükümdür. Buna göre mahkeme, adli kontrol tedbirlerinin düzgün bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini gözlemek için teknik aletlerin kullanılmasına hükmedebilecektir (İsviçre CMK, Madde 237/3). Böylece adli kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesinde, şüpheli/sanık başı boş bırakılmamakta, bilhassa elektronik kelepçe, GPRS gibi teknolojik donanımlardan yardım alınmaktadır.

#### **IV. ADLİ KONTROL KARARINA İTİRAZ**

Soruşturma veya kovuşturma evresinde verilecek olan adli kontrol kararlarına, bu kararlarda yapılan değişikliklere ve bu tedbirin kaldırılmasına itiraz etmek mümkündür. (CMK 111/2) Adli kontrol kararına ilişkin olarak sulh ceza hâkimliklerinin veya mahkemelerin vermiş oldukları karara, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, şüpheli/sanığın yasal temsilcisi, eş ve katılan itiraz edebilmektedir. Aynı zamanda Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde sanık lehine olarak itiraz edebilmektedir. (CMK 260-263) Sulh ceza hâkimliği veya mahkeme tarafından adli kontrole ilişkin olarak verilmiş kararlara, kararın öğrenildiği tarihten itibaren 7 gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme,

itirazı yerinde görürse düzeltir, yerinde görmezse en geç 3 gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. (CMK 268/1-2)

Bu hususta Yargıtay 9. Ceza Dairesinin bir kararına değinmek yerinde olacaktır. Sanık hakkında, 5/08/2013 tarihinde adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmiş olup, sanık bu karardan yaklaşık 1,5 ay sonra, mahkemeye ibraz ettiği bir dilekçeyle, adli kontrol kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunmuştur. Ancak mahkeme, sanığın talebini itiraz olarak addedip, bunu da 7 günlük itiraz süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay'da görülen bu davada Daire, "sanığın talebinin adli kontrol kararına itiraz mahiyetinde olmadığı ve adli kontrol kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebini içerdiği, mahkemesince kovuşturma evresinin her aşamasında ileri sürülebilecek nitelikteki bu talep hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiği ve bu karardan sonra yasal süresine bağlı yeni bir yasa yolunun başlayacağı gözetilmeden... CMK' 110 ve 111. maddelerine aykırı olacak biçimde yazılı şekilde karar verilmesini" isabetli bulmayarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur.<sup>63</sup> Görüldüğü üzere Yargıtay, sanığın dilekçesi adli kontrol kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebini içerdiğinden ve bunun da kovuşturmanın her aşamasında ileri sürülebilmesinden dolayı bu talebin itiraz olarak değerlendirilmesini hukuka aykırı bularak isabetli bir karar vermiştir.

İtiraz hususunda bir istisna getirilerek, adli kontrol kararlarının tamamen kaldırılması kararına itiraz edilememesi gerekmektedir. Nasıl ki tutuklama müessesesinde, soruşturma evresinde şüphelinin savcı tarafından resen saliverilmesi kararına; kovuşturma evresinde sanığın saliverilmesi ve tutuklama kararının geri alınması kararlarına karşı itiraz edilemiyorsa, adli kontrol açısından da tedbir kararının gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde kaldırılmasına da itirazın mümkün olmaması gerekmektedir.<sup>64</sup> Bu nedenle, belirtilen bu hususun kanun değişikliğiyle bir istisna olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Fransız hukukunda adli kontrol kararının kaldırılmasına, soruşturma hâkimince resen veya bölge savcısının tavsiyesi üzerine veya ilgili kişinin başvurusu üzerine karar verilebilir. Şüpheli/sanığın verilmiş olan adli kontrol kararının kaldırılmasını istemesiyle soruşturma hâkimi, 5 gün içinde gerekçeli olarak kararını vermek zorundadır. Hâkimin bu süre zarfında itirazı değerlendirmemesi halinde kişi, itirazını "soruşturma dairesine" gönderir ve bu dairenin 20 gün içinde karar vermesi beklenir. Belirtilen süre içerisinde

---

<sup>63</sup> 2014/1494E – 2014/2310K Sayılı Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kararı, 20.02.2014.

<sup>64</sup> Korkmaz, a.g.e. s. 538-539.

karar verilmemesi halinde adli kontrol yükümlülüklerinin kalkması şüpheli/sanık için bir hak olur. (Fransa CMK, Madde, Art. 140/f.1,2)

İsviçre hukukunda tutuklamaya alternatif olarak uygulanan tedbirlere yapılacak itirazların usulü kanunla düzenlenmemiş olup, yapılacak olan bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. (İsviçre CMK, Madde 237/4)

## **V. ADLİ KONTROL TEDBİRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ, DENETİMİ, SONA ERMESİ, MAHSUP VE TAZMİNAT**

### **A. Adli Kontrol Tedbirlerinin Yerine Getirilmesi**

Adli kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesi görevi 5402 sayılı “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu” ile denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüklerine verilmiştir. İlgili kanunun 12. maddesi uyarınca, adli kontrol altına alınan şüpheli/sanıklarla ilgili olarak, kararda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin çalışmaları yürütmek, şube müdürlüklerinin görevlerinin başında sayılmıştır.

Adli kontrol kararı, verilmesinden hemen sonra Cumhuriyet başsavcılığında bulunan adli kontrol kararlarının kaydına dair deftere kaydedilir ve Cumhuriyet savcılığı tarafından gecikmeden şube müdürlüğüne gönderilir. Adli kontrol kararının yerine getirilmesi için gerekli işlemler böylece başlamış olur.<sup>65</sup>

Adli kontrol defterine kayıt işleminden sonra şüpheli/sanığa, gerekli bildirimler yapılarak şube veya büroya davet edilir. İlgililerin büroya gelmemeleri durumunda Cumhuriyet savcısı bilgilendirilir. Kişinin büroya gelmesi durumunda ise denetim memuru ile birlikte adli kontrole ilişkin bir plan hazırlanır ve şüpheli/sanığa tabi olduğu yükümlülük hakkında bilgi verilir, yapması ve yapmaması gereken hususlar açıklanır.<sup>66</sup>

### **B. Adli Kontrol Tedbirlerinin Denetimi**

Şüpheli/sanığın denetleme planına uyup uymadığı, şube müdürlüğü veya bürolar tarafından rutin bir şekilde, gerek denetim memurlarının ilgili kişiyi ziyareti gerekse de kişinin denetimli serbestlik ve yardım merkezlerine gelerek denetlenmesi şeklinde yapılır. Adli kontrol tedbirlerinin nasıl icra edileceğine dair şube müdürlükleri veya bürolarca hazırlanan plana uymayan kişiler bir defaya mahsus olmak üzere uyarılır, tekrarı halinde ise kişinin dosyası kapatılarak Cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılır.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Binici, a.g.e. s. 237-238.

<sup>66</sup> Tabak, a.g.e. s. 497-498.

<sup>67</sup> Özgüven, a.g.e. s. 37.

Ayrıca gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde yükümlülüğün değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Adli kontrol kararının durumun şartlarına göre kaldırılmasına veya değiştirilmesine veya yükümlülüklerle uymaktan geçici olarak muaf tutulma kararına şüpheli/sanığın talebi üzerine sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından karar verilebilir.<sup>68</sup> Bu durumda hâkim veya mahkeme, Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra en geç 5 gün içinde karar verir. (CMK 111/1)

Doktrinde, kovuşturma evresinde her oturumda veya oturum arasında adli kontrol tedbirinin uygulanmasının devamına ilişkin olarak denetleme ve incelemenin yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>69</sup> Her ne kadar açık bir hüküm veya yasak olmasa da kimsenin talebine gerek olmaksızın bu kontrol ve incelemelerin sürekli yapılması, gerçekten de olası hak kayıplarını önlemek açısından önemli bir gelişme olacaktır. Dahası bir düzenleme yapılarak yükümlülükler için birkaç ay ile ifade edilebilecek bir üst sınırın getirilmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Belirli ve kısa bir üst sınırın olmaması durumunda, bir kez verilen adli kontrol yükümlülükleri bir daha mahkeme huzurunda talep olmadan gündeme gelemeyecek olması ciddi mağduriyetlere sebebiyet verebilecektir. Bunun yerine aynı tutuklulukta olduğu gibi belirli aralıklarla adli kontrol kararının tekrar görüşülerek gerekirse yenilenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması gerekmektedir.

### C. Adli Kontrolün Sona Ermesi

Bu yüzden Türk hukukundaki sistemi anlatmakla yetineceğiz. Adli kontrol tedbirleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde kendiliğinden hükümsüz olur ve ortadan kalkar. Yine soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı tarafından bu tür kontrol tedbirlerinin uygulanmasının gereksiz olduğunun anlaşılması üzerine, savcının kararı ile adli kontrol tedbirleri kaldırılır. (CMK 103/2) Kovuşturma evresinde ise sanığın talebi üzerine Cumhuriyet savcısının görüşü alındıktan sonra, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından, 5 gün içinde karar verilecek şekilde, bu tedbirler kaldırılabilir. (CMK 111)

Aynı şekilde yukarıda da bahsedildiği gibi adli kontrol tedbirlerine uymama halinde, şüpheli/sanık hakkında tutuklama kararı verilerek bu tedbirler sona erecektir. (CMK 112) Buna ilaveten CMK 112/2, “Birinci fıkra hükmü, azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle verilen adli kontrol tedbirinin ihlali hâlinde de uygulanabilir. Ancak, bu durumda tutuklama süresi ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde dokuz aydan, diğer işlerde iki aydan fazla olamaz.” hükmünü getirmiştir.

---

<sup>68</sup> Soyaslan, a.g.e. s. 1116.

<sup>69</sup> Centel, a.g.e. s. 849; Hacıoğlu, a.g.e. s. 189.

Tutukluluk süresinin aşılması sebebiyle ne olacağı hususu hakkında kanunda bir boşluk mevcuttu. Bu durumda da adli kontrol tedbirlerinin sona ereceği bu tedbire hükmedilemeyeceği düşünülse de kanun koyucu 2006 yılında yapmış olduğu bir düzenlemeyle «Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.» hükmü getirilmiştir.

#### **D. Mahsup**

Adli kontrol kararı kapsamında verilen yükümlülükler incelendiğinde, bunların kişilerin hareket serbestisini esaslı bir şekilde sınırlamadığı görülmektedir. Bundan dolayıdır ki CMK'nın 109/5. maddesi uyarınca bu yükümlülükler altında geçen süre kişinin ceza alması halinde, cezasından mahsup edilmeyecektir. Ancak kanun koyucu aynı maddenin 3. Fıkrasının 'e' bendinde buna bir istisna getirmiştir. Buna göre özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından kurtulmak amacıyla, hastaneye yatan veya tedavi veya muayene tedbirlerini yerine getiren kişilerin bu yükümlülük altında geçirdiği süreler, kişinin ceza alması halinde cezasından mahsup edilecektir. Gerçekten de uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin mahkeme kararı doğrultusunda bir tesise yatırılarak uzun bir süre tedavi görmesi ile pasaportuna yine aynı süre ile el koyulan bir kişinin hak kayıpları kıyaslandığında, bu istisnai hükmün ne kadar yerinde olduğu görülecektir. Aynı hükmün 'j' bendinde düzenlenen konuttan çıkamama tedbiri için de getirilmesi çifte cezalandıramama yasağına ve insan haklarına daha uygun olacaktır.

#### **E. Tazminat**

Soruşturma veya kovuşturma sürecinde koruma tedbirleri nedeniyle kamunun maddi ve manevi sorumluluğu CMK'nın 141-143 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda arama, el koyma, yakalama ve tutuklama gibi koruma tedbirlerine haksız veya hukuka uygun olmayacak şekilde başvurulması halinde ilgili kişiler tazminat talebinde bulunabilecektir. Madde hükümlerinde adli kontrol tedbirleri sayılmamış ve bundan dolayı haksız bir şekilde hakkında tedbir uygulanan kişinin uğramış olduğu zararlar CMK kapsamında hukuki güvence altına alınmamıştır. Ancak hak kaybına uğradıklarını iddia eden kişilerin, CMK hükümlerine göre değil de özel hukuk hükümlerine göre tazminat davası açması gerekecektir.<sup>70</sup> Adli kontrolden doğan zararların CMK hükümlerine uyarınca tazmin edilmesi "soruşturma usullerinin sadeliği ve teklifi ilkesi"<sup>71</sup> açısından daha yerinde bir uygulama olacaktır. Ancak

---

<sup>70</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar Kırt, Özaydın, Alan Akcan, Erden, a.g.e., s. 492.

<sup>71</sup> Akin Çakın, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Adli Kontrol", **Adalet Dergisi**, S: 30, 2008

CMK 141/3'de de belirttiği üzere «Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.»

Fransız, Alman ve İsviçre hukukunda da uygulanan adli kontrol tedbirleri sebebiyle oluşabilecek maddi ve manevi zararlar için tazminat ödenmesine dair bir hüküm mevcut değildir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi sözünü ettiğimiz zararlar hukuk mahkemeleri aracılığıyla talep edilebilecektir.

### **Sonuç**

İnsan haklarının gelişmesiyle birlikte modern hukuk sistemlerinde şüpheli/sanıklara, hükmün açıklanmasına kadar tutuklama yerine daha az hak kayıplarına yol açacak alternatif tedbirler uygulanmaktadır. Tutukluluğun, vermesi muhtemel zararlarını dile getiren birçok uluslararası rapor ve tutuklamaya alternatif tedbirlerin getirilmesini teşvik edici belgeler mevcuttur. Özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hukukta birlik oluşturma çabasının bir ürünü olarak yakın zamanda da birçok tavsiye niteliğinde kararlar alınmıştır. Kişinin suçluluğu ispatlanana kadar masum addedilmesi, masumiyet karinesi, ilkesinin vücut bulabilmesi için Türkiye de diğer ülkeler gibi yeni mevzuatında tutuklamaya alternatif tedbirleri genişçe yer vermiş ve eski mevzuattaki dağınık yapıyı toparlamıştır.

İlk başta bakıldığında demokratik ülkelerle aynı seviyede belirlenen bu tedbirler, istenilen amaca hizmet edememiş, kanunlarda yer alan düzenlemeler uygulamaya geçirilememiştir. Ancak istatistiki bilgilere bakıldığında gitgide artan oranda adli kontrol tedbirlerinin uygulandığı görülmekte ve bu da masumiyet karinesinin hukukumuzda anlam bulunduğunu göstermektedir. Diğer ülke mevzuatlarındaki düzenlemelere de yer yer değindiğimiz bu kontrol tedbirlerinin ülkemizde, uygulamaya daha çok yansıtılması gerekmekte ve yukarıda bahsedilen eleştiriler ışığında gelecekte yeni düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir.



### KAYNAKÇA

- Binici, Hüsametdin, “Tutuklamanın Alternatifi Olarak Adli Kontrol Kurumu”, **Adalet Dergisi**, S: 29, 2007, s. 230-238
- Centel, Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol, Tutuklama, Yakalama Ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, s. 841-878
- Centel, Nur-Zafer, Hamide, “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, Beta Yayınevi, 11. Bası, 2014
- Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, <http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/istatistik.htm> Erişim Tarihi: 27.10.2015
- Coşkun, Neslihan, “Adli Kontrol”, **Hukuk Perspektifler Dergisi**, S: 3, 2005, s. 85-89
- Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku-1**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- Çakın, Akın, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Adli Kontrol”, **Adalet Dergisi**, S: 30, 2008
- Hacıoğlu, Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IX, 2005, s. 168-192
- Koca, Mahmut, “Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, 2003, s. 119-142
- Korkmaz, Fulya, “Adli Kontrol”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, Özel Sayı, 2015, s. 521-542
- Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun Nuhuğlu, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul 2010
- Lawyers Rights Watch Canada, Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law, (çevrimiçi) <http://www.lrwc.org/ws/wp-content/uploads/2013/04/Pre-trial-release-and-the-right-to-be-presumed-innocent.pdf> Erişim Tarihi: 27.10.2015, 2013
- Murat, Özen, “Adli Kontrol”, **Adalet Dergisi**, S. 32, 2008, s. 167-179
- Özbek, Veli- Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014

Özgülven, A. Duygu, "Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 81, 2009, s. 1-42

Öztürk, Bahri- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sırma, Özge- Saygılar Kırıt, Yasemin F.- Özaydın, Özdem-Alan Akcan, Esra- Erden, Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2015

Soyaslan, Doğan, "Adli Kontrol", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 71, S: 1, 2013, s. 1109-1118

Şentuna, Mustafa Tarık, Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014

Şentuna, Mustafa Tarık, **Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

Tabak, Bahadırhan, "Tutuklamaya Alternatif Bir Koruma Tedbiri Adli Kontrol", **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 89, S: 2, 2015, S. 470-501

The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation No. R (80) 11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Custody Pending Trial (321st Meeting of the Ministers' Deputies), 27June 1980

United Nations General Assembly Resolution, 45/110 of 14 December 1990, United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), 1990

Ünver, Yener, Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

Yaşar, Kenan Evren, "Güncel Değişikliklerle Fransız Ceza Hukukunda Örgüt Kavramı ve Örgütlenme Suçları" **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi** C: 3, S: 1, 2015, s. 191-237

Yenidünya, Ahmet Caner, İçer, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

Yılmaz, Zekeriya, "Adli Kontrol", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, 2006, s. 33-62

Criminal Procedure Code of France, (<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>)

Criminal Procedure Code of Germany, ([https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html))

Criminal Procedure Code of Switzerland, (<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html>)

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, 2013

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği, 2007

### **Yargı Kararları**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dereci v. Türkiye, Başvuru No: 77845/01

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çarkçı v. Türkiye, Başvuru No: 7940/05

Sadun Doğan ve Agit Alpaslan Başvurusu, Başvuru No: 2013/68 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı

Yüksel Baran Başvurusu, Başvuru No: 2012/782, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı

2008/70 – 2010/21 Anayasa Mahkemesi Kararı, 28.01.2010



# ALİŞVERİŞ MERKEZİNİN ORTAK ALANLARINDA MEYDANA GELEN ZARARLARDAN ALİŞVERİŞ MERKEZİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

*Shopping Center's Responsibility For Damage Which Is Occured In The Shopping Center's Joint Area*

**Arş. Gör. Bedia GÜLEŞ**

Geliş Tarihi: 10.04.2017

Kabul Tarihi: 22.06.2017

## ÖZET

Günümüz dünyasında nüfusun büyük bir çoğunluğu şehirlerde yaşamaktadır. Yoğun bir hayat akışı içinde olan ve zamandan tasarruf etmek isteyen bu nüfus, pek çok ihtiyacını aynı alanda ve daha kısa zamanda karşılamak üzere alışveriş merkezlerine gitmeyi tercih etmektedir. Nüfusun bu tercihi alışveriş merkezlerini cazip hale getirmektedir; ancak alışveriş merkezleri için pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan biri de müşterilerin, alışveriş merkezlerinin ortak alanlarında uğradığı zararlardan dolayı alışveriş merkezlerinin sorumluluğu konusudur. Çalışmada da müşterilerin bu tür yerlerde uğramış olduğu zararlardan, alışveriş merkezlerinin güven sorumluluğu ve sözleşme görüşmeleri çerçevesinde sorumlu olup olmayacağı konusu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Alışveriş merkezi, mağaza, zarar, sözleşme görüşmeleri, güven sorumluluğu.

## ABSTRACT

At today's world, the most of population is living in cities. This population which has in an intensive life and wanted to save time prefer to go to shopping center to satisfy its need on the same area and at shorter time. The population's this preference is making to shopping center attractive; but this is bringing a lot of problem with together. One of the this problem is subject of shopping center's responsibility for customers' damage in the shopping center's joint area. In this study, shopping center's responsibility will be examined for customers' damage in the such areas within the framework of confidence responsibility and contract negotiations.

**Keywords:** Shopping center, store, damage, contract negotiations, confidence responsibility.

## KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi	S.	: sayı
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi	s.	: sayfa
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch	s. k.	: sayılı kanun
bkz.	: bakınız	T.	: tarih
E.	: Esas	TBK	: Türk Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
HD	: Hukuk Dairesi	TMK	: Türk Medeni Kanunu
K.	: Karar	vd.	: ve devamı
m.	: madde	Y.	: Yıl

<sup>1</sup> KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, bedia.gules@karatay.edu.tr

## GİRİŞ

Bulduğumuz çağda insanlar her an bir önceki anın daha modern halini yaşamaktadır. Zira teknoloji bugün baş döndürücü bir hızla gelişmekte, özellikle büyükşehir olarak nitelenen yerlerde insanlar hızlı yaşam temposuna kapılmakta, deyim yerindeyse zamanın hızına yetişememektedir. Özellikle kadının iş hayatında artık daha aktif durumda yer alması, onun zamanını iyi kullanmasını zorlaştırmaktadır. Yine, insanların iş hayatında birden fazla konumda yer alması zaman planlaması açısından sıkıntı yaşamasına sebep olmaktadır. Tüm bu karmaşa içerisinde kişisel veya gündelik ihtiyaçlarını karşılamak ya da kendine biraz vakit ayırmak isteyen insanlar, bunları en kısa zamanda gerçekleştirebileceği alternatif çözüm yolları bulmaya çalışmaktadır<sup>1</sup>. İşte, gıda, giyim ve diğer ihtiyaç konusu malları bulunduran, yemek, eğlence ve bunun gibi pek çok aktivite imkânı sunan alışveriş merkezleri, günümüzde bulunan çözüm yollarından bir tanesidir. Gerçekten de örneğin kıyafet satın almak isteyen tüketici alışveriş merkezine gitmeyi tercih ettiği zaman birçok ilgili mağazayı bir arada bulmakta, kendisine uygun olanı alma konusunda daha çok seçeneğe sahip olmakta ve bunu da daha kısa bir zaman diliminde gerçekleştirmektedir. Dahası alışverişin yanı sıra yemek için başka bir yere gitmesi gerekmemekte, sonrasında alışveriş merkezince sunulan eğlence aktivitesiyle yoğun hayatın karmaşasından kısa bir zaman da olsa kurtulma imkânı bulmaktadır. Sayılan tüm bu özellikleri alışveriş merkezlerini tüketici için cazip kılmaktadır. Tüketicinin tam da alışveriş merkezlerinin sunduğu gibi bir beklenti içinde olması da tüketiciyi alışveriş merkezleri için cazip hale getirmektedir. Ancak arzın taleple bu şekilde tam bir uyum içinde olması bazen sekteye uğrayabilmekte, alışveriş merkezlerinin karmaşık yapısı bazı sorunlara sebep olabilmektedir. Bu sorunlardan bir tanesi de tüketicilerin alışveriş merkezlerinde uğradığı zararlardan dolayı kimin sorumlu tutulacağı meselesidir.

Söz konusu mesele son zamanlarda gerek uygulamayı gerek tüketicileri yeterince meşgul eden bir konuma gelmiştir<sup>2</sup>. Zira alışveriş merkezleri belirtildiği üzere pek çok işletmeyi bünyesinde barındırmaktadır. Bu işletmeler de kendi başına bir kişiliğe sahiptir. Diğer bir deyişle hukuken özne olma açısından değerlendirildiğinde, hem alışveriş merkezleri hem de o alan içinde bulunan mağazalar zarardan sorumlu durumda bulunabilirler. Ancak her olayda hangi kişiliğin sorumlu olacağı kesin sınırlarla belirli olmayabilir.

---

<sup>1</sup> Aynı yönde, ALKİBAY Sanem/TUNCER Doğan/HOŞGÖR Şeref, Alışveriş Merkezleri ve Yönetimi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 3.

<sup>2</sup> İlgili kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD, T. 2.11.2011, E. 2011/9930, K. 2011/15928; Yargıtay 13. HD, T. 9.7.2008, E. 2008/4120, K. 2008/9661; Yargıtay 13.HD, T. 26.5.2009, E. 2009/1663, K. 2009/7250; Yargıtay 13. HD, T. 15.9.2008, E. 2008/6085, K. 2008/10581; Yargıtay 13. HD, T. 14.3.2006, E. 2005/17206, K. 2006/3552, kararlara erişim için, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi: 21.06.2017.

Ayrıca sorumlu kişinin belirlenmesi durumunda da o kişiliğin hangi esaslar çerçevesinde sorumlu olacağıın tespiti de önemli bir husustur. Bu önem özellikle alışveriş merkezlerindeki ortak alanlar açısından ön plana çıkabilir. Şöyle ki bir tüketici girdiği bir mağazada zarara uğrarsa mağazanın muhatap olması açısından bu, onun kurduğu sözleşme hükümleri ya da kurmayı düşündüğü sözleşmenin görüşmelerine uygulanacak hükümler çerçevesinde incelenir. Zira uygun görülen fikre göre<sup>3</sup>, taraflar arasında bir sözleşme varsa ya da olması muhtemelse sorumluluk konusunda artık diğer sorumluluk sebeplerine başvurulmaz<sup>4</sup>. Bir başka ihtimal de üçüncü bir kişinin haksız bir fiille müşteriye zarar vermesi ya da en azından bir zarardan, mağazanın yanında üçüncü kişinin haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasıdır<sup>5</sup>. Örneğin mağazada alışveriş yapmakta olan bir müşterinin hırsız tarafından çantasının çalınması halinde durum böyledir. Ancak müşterinin, herhangi bir mağaza içinde gerçekleşmeyen, alışveriş merkezinin ortak kullanım alanlarında uğradığı zararlardan kimin sorumlu olacağı konusu tartışılabilir.

<sup>3</sup> Sözleşme hükümleri ile haksız fiil hükümlerinin yarışıp yarışmayacağı konusunda doktrinde farklı fikirler vardır. Söz konusu fikirler ve bu konu ile ilgili ayrıntılı bir çalışma hakkında bkz. KARACABEY Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Y. 1980, S. 6, s. 666-385, s. 673 vd.<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1980-6/1.pdf> (erişim tarihi: 20.06.2017). Konuya bütünlük menfaati fikri açısından bakılması ve yine konu ile ilgili beyan edilmiş fikirler için, DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, "Müşterinin Uğradığı Bütünlük Menfaati ihlallerinden Mağazaların Sorumluluğu", ABD, 2009, Y. 67, S. 1, s. 115-120, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2009-1.pdf>(erişim tarihi 20.06.2017). Ancak sözleşme hükümleri geçerli iken haksız fiil hükümlerine başvurmamak fikri daha uygun görünmektedir. Zira sözleşme hükümleri özel hükümlerdir ve önceliklidir. Ayrıca sözleşmenin ifası sırasında karşı tarafın şahıs veya malvarlığına zarar verilmiş olması da yan yükümlerin ihlali anlamına gelir, EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 39. Bu sebeple taraflar arasında bir sözleşme varken haksız fiil hükümleri ile zararın karşılanması yoluna gidilmemelidir.

<sup>4</sup> "... Kusurlu davranıştan sonra geçerli bir sözleşme kurulmuşsa ve bu kusurlu davranış bu sözleşmeden doğan bir borcun ihlaline yol açıyorsa, borca aykırılık hükümlerinin uygulanacağıında tereddüt edilmemelidir" OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 11.Bası, İstanbul 2014, s. 493. Bir borcun ifa edilmemesinin ancak akde muhalefet olduğu, haksız fiil teşkil etmediği ve sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil sebeplerinin karşılaştırılması hakkında, VON TUHR Andreas, Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Cilt: 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, (Çeviren: Cevat Edege), s. 364. Yine sözleşmeye dayanan bir talep söz konusu olduğunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağına dair OLGUÇ Senai, Sebepsiz İktisap, 1977, s. 2; ANTALYA Gökhan O. ,Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2015, s. 579; OĞUZMAN /ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, s. 311; sözleşmeden dönme halinde TBK m. 125 uygulanacağına dair, AYAN Mehmet,Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya 2015, s. 327.

<sup>5</sup> Bir zarardan birden fazla kimsenin farklı sebeplerden dolayı sorumlu olması durumunda müteselsil sorumluluğun gündeme geleceği konusunda bkz. EREN,s. 809; VON TUHR, s. 792; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, s. 541, 542; AKINCI Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016, s. 263; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, s. 459; ZEVKİLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTCU Ayşe/AYDOĞDU Murat/CUMALIOĞLU Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir 2013, s. 379; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 190; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 500; AYAN, s. 37; NOMER Haluk N.,Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2013, s. 159, 160; ERDOĞAN İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 103; ŞENYÜZ Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa 2016, s. 118, 119.

Zira burada sözleşmenin tarafı olan somut bir mağaza yoktur, alışveriş merkezi işletmesi ise zaten çoğu zaman böyle bir sözleşmenin tarafı değildir. Oysaki öncesinde alışveriş merkezi müşteri çekmek için reklam gibi çeşitli faaliyetlerde bulunmuş ve müşteri de bu faaliyetlerde verilen güven duygusuyla alışveriş merkezine gelmiştir. Müşteri nezdinde oluşturulan bu güven duygusunun alışveriş merkezine katkısı olduğu gibi tersi durumda alışveriş Merkezinin sorumluluğuna da sebep olması gerekir. Çalışmada da müşteriler üzerinde oluşturulan bu güven algısı dolayısıyla ortak alanlarda oluşan zararlardan alışveriş merkezlerinin sorumlu olup olmayacağı konusu incelenmektedir.

## I – ALIŞVERİŞ MERKEZLERİNİN HUKUKİ DURUMU

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 2/1-a'ya göre alışveriş merkezi “bir yapı ya da alan bütünlüğü olan, içinde büyük mağaza ve/veya beslenme, giyinme, eğlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı diğer işyerleri bulunan, merkezi bir yönetime ve ortak kullanım alanları ile yönetmelikte belirlenen diğer niteliklere sahip işletmeyi... ifade eder” . Yine 29636 sayılıolarak 26 Şubat 2016 tarihinde resmi gazetede yayınlanan Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in m. 3/1-a bendine ve onun yaptığı atıfla Yönetmeliğin 4. maddesine göre:

“Alışveriş Merkezinin;

a) Bir yapıya veya alan bütünlüğü içinde yapılar topluluğuna,

b) En az beş bin metrekare satış alanına,

c) İçinde en az biri büyük mağaza niteliğini taşımak şartıyla beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az on işyerine ya da büyük mağaza niteliği taşıyan işyeri bulunmasa dahi beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az otuz işyerine,

ç) Bu Yönetmelikte belirtilen ortak kullanım alanlarına,

d) Merkezi bir yönetime,

sahip olması gerekir”.

Dolayısıyla söz konusu düzenlemelere göre bir alışveriş merkezinden bahsedebilmek için belli bir büyüklükte satış alanına, çeşitli faaliyetlerin bu alanda yürütülüyor olmasına, bu faaliyetleri yürüten birimlerin en az otuz

---

<sup>6</sup> Tanımlanan alışveriş merkezi türü, çalışmada da konu edinilmiş, bugün daha çok şehir merkezlerinde yoğun şekilde karşılaştığımız, ticari uyumluluk içinde meydana getirilen yapılardır. Bunlar teknik olarak “organize alışveriş merkezi” şeklinde adlandırılmaktadır, ALKİBAY/TUNCER/HOŞGÖR, s. 2 vd.. Yoksa alışveriş merkezleri geleneksel sınıflandırmada yerel (fırın, bakkal, manav gibi acil gereksinimleri gideren yapılardan oluşan topluluk), yöresel (araba mesafesinde ulaşılabilir merkezler) ve bölgesel organize alışveriş merkezleri olarak sınıflandırılabilir, ALKİBAY/TUNCER/HOŞGÖR, s. 6 vd..



işyerinden oluşmasına, satış alanı dışında ortak yerlerin ayrılmış olmasına, tüm bunların merkezi bir yönetimin gözetimi altında olmasına, diğer bir deyişle söz konusu unsurların ticari bir gayeyle bir araya getirilip uyumlu çalıştırılmasına ihtiyaç vardır.

Bir alanın alışveriş merkezi olarak nitelendirilebilmesi için yönetmelikte belirlenen ilk şart “bir yapı veya alan bütünlüğü içindeki yapılar topluluğu” şeklindeki fiziki şarttır. Buna göre alışveriş merkezi içinde yer alan işletmelerin birlikte bir alışveriş merkezi statüsü kazanması, aynı yapı içinde yer almalarına ya da aynı yapı içinde olmasalar da en azından görünüş itibarıyla bu topluluğun bir alışveriş merkezi olduğu izlenimini verecek alan bütünlüğüne sahip olmasına bağlıdır<sup>7</sup>. Alan bütünlüğü olup olmadığının belirlenmesinde, tek güvenlik hizmetinin verilmesi, alışveriş merkezi alanına girildiğinin flamalarla belirtilmesi, alan bütünlüğünü oluşturan sahanın ortak giderlerinin işletmelerce birlikte karşılanması hususları kriter olarak gösterilebilir.

Alanın alışveriş merkezi olarak saptanmasından sonra gereken ikinci şart “en az beş bin metre kare satış alanı”nın var olmasıdır. 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun m. 3/1-j bendine göre satış alanı “Münhasıran büro amaçlı kullanılan işyerleri ile konaklama, depolama, üretim tesis ve alanları ile ortak kullanım alanları hariç olmak üzere; alışveriş merkezlerinde işyerlerinin toplam alanlarını, büyük mağaza ve zincir mağazalarda ise doğrudan satış yapılan ve aracı satıcılara kiralanılan alanları”dır. Yine benzer tanımı kullanan Yönetmeliğin m. 3/1-ğ bendine göre satış alanı “Münhasıran büro amaçlı kullanılan işyerleri ile konaklama, depolama, üretim tesisleri/alanları ve ortak kullanım alanları hariç olmak üzere alışveriş merkezlerinde işyerlerinin toplam alanını... ifade eder”. Dolayısıyla satış alanı ile kastedilen bölümlerin, bir alışveriş merkezine alışveriş merkezi olma niteliğini kazandıran asıl mekânlar olduğu söylenebilir.

Alışveriş merkezlerinde yer alan işyerlerinin sayısı da en az otuzu bulmalı ve bunlardan en az biri büyük mağaza niteliği taşımalıdır. Büyük mağaza “Hangi ad altında olursa olsun, tüketim mallarının kısmen veya tamamen perakende satışının yapıldığı, en az dört yüz metrekare satış alanına sahip işletme” dir (Kanun m. 3/1-ç ve Yönetmelik m. 3/-d).

Bir alanın alışveriş merkezi niteliği taşıyabilmesi için gereken diğer bir şart da niteliği belirlenen şekilde ortak alanlara sahip olmasıdır. Kanunun “ortak kullanım alanları” başlığını taşıyan 11. Maddesinde, satış alanının en az beşte birinin sosyal ve kültürel etkinliklerin düzenlenmesi için ortak kullanım alanı olarak ayrılması zorunluluğundan bahsedilmiştir. Yine aynı maddeye

---

<sup>7</sup> Organize alışveriş merkezlerinin özelliklerinden bir tanesi de planlanmış bir mimari yapı bütünü içinde faaliyet göstermesidir, ALKIBAY/TUNCER/HOŞGÖR, s. 2.

göre ortak kullanım alanları acil tıbbi müdahale ünitesi, ibadet yeri, bebek bakım odası, çocuk oyun alanı gibi alanlardan oluşur. Söz konusu alanların çocuklar ve yaşlılar ve engelliler göz önüne alınarak düzenlenmesi gerektiği de ifade edilen diğer noktalar arasındadır (6585 s. k. m. 11). Diğer hususların düzenlenmesi ise yönetmeliğe bırakılmıştır. Yönetmelikte de ortak kullanım alanlarından “Alışveriş merkezinde kullanımı ücretsiz olacak şekilde; sosyal ve kültürel etkinlik alanı, acil tıbbi müdahale ünitesi, ibadet yeri, bebek bakım odası, çocuk oyun alanı ve dinlenme alanları ile ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zorunlu olan diğer alanlar oluşturulur. Alışveriş merkezi otoparkının müşteriler ve alışveriş merkezi içindeki perakendeciler haricinde kullanımını sınırlandırmak amacıyla alışveriş merkezi yönetimi tarafından, süreli kullanıma bağlı ücretlendirme yapılabilir” şeklinde bahsedilmiştir (Yönetmelik m. 6/1). Yine Yönetmeliğin 7 vd. maddelerinde ayrılması gereken bölümler sosyal ve kültürel etkinlik alanı, acil tıbbi müdahale ünitesi, bebek bakım odası, çocuk oyun alanı ve ibadet yeri ile diğer alanlar olarak belirtilmiş, ayrıntıları düzenlenmiştir.

Alışveriş merkezinin taşınması gereken son özelliği de ortak bir yönetime sahip olmasıdır. Şöyle ki alışveriş merkezi yönetiminde fiziki muhatap açısından iki unsura sahiptir: Alışveriş merkezi sahibi ve alışveriş merkezi yönetimi. Nitekim Yönetmelik m. 3/1-b’de de alışveriş merkezi malikinden bahsedilmiştir. Buna göre alışveriş merkezi maliki gerçek veya tüzel kişi olabilir. Alışveriş merkezi yönetimi ise “alışveriş merkezinin maliki tarafından alışveriş merkezinin yönetimi konusunda yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişiden oluşan birim” olarak tanımlanmıştır (Yönetmelik m. 3/1-c). Dolayısıyla alışveriş merkezi yönetimi doğrudan muhatap, sınırlı sebeplere dayanarak da malik ikinci planda muhatap durumundadır. Zira alışveriş merkezi yönetimi bu konuda bizzat yetkilendirilmiş konumdadır. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki malik ve yönetimin aynı kişi veya kişilik olmasına da bir engel görmemek gerekir<sup>8</sup>.

## **II – ALIŞVERİŞ MERKEZLERİNDE MEYDANA GELEN ZARARLARDAN SORUMLULUK**

Her türlü sözleşmede olduğu gibi alışveriş merkezlerinde kurulan sözleşmelerde de hedef, sözleşme ile beklenen amaca ulaşmaktır. Nitekim taraflar sözleşme ilişkisi içine girdikleri zaman temenni edilen, her iki tarafın da sözleşme ilişkisinden beklediği yararı elde etmiş olarak ve kişisel bütünlüklerine bir zarar gelmeden sözleşmenin sonlanmasıdır. Ancak her zaman bu yarar elde edilememiş ya da taraflar sözleşme dolayısıyla yahut henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında zarara uğramış olabilirler. Sözleşme kurulmuş ise tarafların beklenen yararı elde edememesi durumunda, buna sebep olan olgunun, sözleşmenin karşı tarafına yüklenip yüklenemeyeceğine

---

<sup>8</sup> Yatırımcı firmanın kendisinin de yönetimi üstlenebileceğine dair, ALKİBAY/TUNCER/HOŞGÖR, s. 153.

bakılır ve uyumsuzluk somut sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenir. Bununla beraber sözleşme henüz kurulmamış; fakat taraflar bu sözleşmenin kurulması aşamasında diğer tarafın kusurlu davranışı sonucu zarara uğramışsa bu durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk gündeme gelmektedir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk Latince "culpa in contrahendo" şeklindeki ifadesiyle ün kazanmıştır. Kelime anlamı olarak "culpa" "kusur", "contrahendo" ise "sözleşme" manasını taşımaktadır<sup>9</sup>. İlk defa Alman Hukukçu Rudolf von Jhering tarafından, kurulamayan ya da batıl bir sözleşmeden dolayı tarafların kusurlu davranışlarıyla birbirlerine verdikleri zarardan dolayı sorumlu olmaları şeklinde ortaya konulmuştur<sup>10</sup>. Daha sonra Leonhard ise culpa in contrahendo'yu "sözleşmenin kurulması esnasındaki kusur" olarak yorumlamış ve bu sorumluluğun ancak kurulmuş bir sözleşme için gündeme gelebileceğine değinmiştir<sup>11</sup>. Bugün kazandığı anlam itibarıyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, tarafların henüz sözleşme kurulmadan önce görüşmeler sırasında, dürüstlük kuralına aykırı olarak diğer tarafı zarara uğratmaları durumunda bu zarardan doğan sorumluluğu ifade eder<sup>12</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki kaynağı konusu tartışmalı bir konudur. Görüşlerden ilki sözleşme görüşmelerinden doğan

<sup>9</sup> Culpa'nın kusur (her türlü kınanmayı gerektiren davranış) anlamının yanında ihmal (neglegere) olarak da kullanıldığına dair bkz. GÜVEN Dilek Tamer, Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001, s. 30.

<sup>10</sup> GEZDER Ümit, Türk - İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 10; (KALKAN) OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 91 vd. . Culpa in contrahendo'nun "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk", "görüşme sorumluluğu", "görüşme kusuru" şeklindeki anlamları için, EREN, s. 1129; OĞUZMAN/ÖZ, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, s. 489; YILMAZ Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa in Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", Yargıtay Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, s. 234-252, s. 234, <http://www.yargitay.gov.tr/dergi/yargitay-dergisi/temmuz-1985/491> (erişim tarihi: 9.8.2016, saat:11.09). "Akdin müzakerati esnasında işlenen kusur" ifadesi için VON TUHR, s. 188; benzer ifade için RUMPF Christian, "Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışının 80. Yılı, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s. 162.

<sup>11</sup> Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. 187; EREN, s. 1129; DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), 1. Baskı, Ankara 2009, s. 61; YILMAZ, s. 235; GÜRPINAR Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, İzmir 2006, s. 140; BAYGIN Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 345-377, s. 346.

<sup>12</sup> Bkz. EREN, s. 1129; (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 102; ULUSAN İlhan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, Cilt: 1, İstanbul 1982, s. 275-319, s. 305 vd.; İNAN Ali Naim, " "Culpa in Contrahendo"-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", Adalet Dergisi, Yıl: 45, Sayı: 7 (s. 878-887), 8 (s. 999-1013), 1954, S: 8 s. 1000, 1002; GÜRPINAR, s. 140; BAYGIN, s. 346.

<sup>13</sup> DEMİRCİOĞLU, Culpa in Contrahendo, s. 43; Mağazaların Sorumluluğu, s. 116; EREN, s. 1128; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 113; ULUSAN, s. 287; (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 90.

sorumluluğun haksız fiilden kaynaklandığı yönünde olup, görüşmeler esnasında zarara uğranması durumunda henüz bir sözleşmeden bahsedilemeyeceğinden dolayı haksız fiilin şartlarının oluştuğunu beyan etmektedir; ancak bu görüş zarar gören açısından zararı ve zarar verenin kusurunu ispat yükünü zarar gören üzerinde olması gibi aleyhe durumlara sebep olacağından kabul görmemiştir<sup>14</sup>. Diğer bir görüş de sözleşme görüşüdür ve buna göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, görüşenler arasında meydana gelmiş sözleşme benzeri bir ilişkiden kaynaklanır<sup>15</sup>. Nihayet sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk kaynağı olduğunu beyan ederek bunu da güven sorumluluğunun bir alt türü olması gibi çeşitli temellere dayandıran görüşler mevcuttur<sup>16</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan bahsedebilmek için sözleşme görüşmelerinin başlamış olması gerekir<sup>17</sup>. Fakat sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta sözleşmenin kurulup kurulmaması ya da sonradan geçersiz hale gelmesi önem taşımaz<sup>18</sup>. Bununla beraber eğer sözleşme geçerli olarak kurulmuş ve devam ediyorsa, kurulması anından itibaren artık sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk değil sözleşme sorumluluğu hükümleri geçerli olacaktır<sup>19</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde taraflar görüşmelere başladıkları andan itibaren görüşmelerin ciddi olarak yürütülmesine özen göstermek, karşı tarafı bilgilendirmek, dürüstlük kuralının gerektirdiği önlemleri almak ve karşı tarafın kişi malvarlığının zarar görmesini engellemekle yükümlüdürler<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Bkz. (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 102 vd.;ANTALYA, s. 195; GEZDER, s. 73 vd.; ULUSAN, s. 301 vd.; DEMİRCİOĞLU,Culpa in Contrahendo,s. 90 vd.; İNAN, S:7,s. 881vd.; GÜRPINAR, s. 147; CANSEL Erol/ ÖZEL Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 308; RUMPF, s.179 vd.; EREN, s. 1130, 1131; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 200; OĞUZMAN/ÖZ, s. 490; BAYGIN, s. 347; YILMAZ, s. 244 vd.

<sup>15</sup> Bkz. GEZDER, s. 64 vd.:(KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 102; EREN, s. 1131; ULUSAN, s. 305 vd.; SEROZAN Rona, “ ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 3, 1968, s. 108-129, s. 110; DEMİRCİOĞLU,Culpa in Contrahendo,s. 77 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 490 vd.; İNAN, S. 8, s. 999 vd.; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 200; CANSEL/ÖZEL, s. 307; RUMPF, s. 179; GÜRPINAR, s. 148; ANTALYA, s. 194; BAYGIN, s. 348, 349; YILMAZ, s. 243.

<sup>16</sup> Bkz. GEZDER, s. 78 vd.:(KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 104 vd.; EREN, s. 1132, 1133; DEMİRCİOĞLU,Culpa in Contrahendo,s. 111vd.; İNAN, S. 8, s. 1011 vd.; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 200, 201; CANSEL/ÖZEL, s. 308; GÜRPINAR, s. 148 vd.; BAYGIN, s. 352.

<sup>17</sup> ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, s. 188; YILMAZ, s. 237; GEZDER, s. 113, 114; GÜRPINAR, s. 154.

<sup>18</sup> YILMAZ, s. 236; CANSEL/ÖZEL, s. 307; (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 95. Ayrıca bkz. EREN, s. 1129, 1130; RUMPF, s. 172; BAYGIN, s. 346.

<sup>19</sup> YILMAZ, s. 237. Zaten sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, ileride kurulması düşünülen sözleşmenin akıbetine bağlı olmaksızın, dürüstlük kuralından kaynaklanan koruma yükümünü taraflara yükleyen bir borç ilişkisi doğurur. Bu yönde bkz. ULUSAN, s. 286.

<sup>20</sup> ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, s. 189; RUMPF, s. 173 vd.;DEMİRCİOĞLU, Culpa in Contrahendo,s. 191 vd.; ULUSAN, s. 289 vd.; EREN, s. 1137; (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 82; CANSEL/ÖZEL, s. 307; OĞUZMAN/ÖZ, s. 488.

Bir tarafın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna başvurulabilmesi için şu şartların bulunması gerekir<sup>21</sup>:

- Sözleşme görüşmelerine başlanmış olması
- Gösterilmesi gereken özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması
- Görüşmelerden dolayı bir zararın ortaya çıkmış olması
- Kusurlu davranış
- İlliyet bağı.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk konusuna alışveriş merkezleri açısından bakıldığında iki ihtimal gündeme gelecektir: İlk olarak müşteri alışveriş merkezi içinde bulunan bir mağazaya girip sözleşme görüşmelerine başladığında, bu görüşmeler esnasında bir zarara uğramış olabilir. İkinci ihtimal ise müşterinin, herhangi bir mağazaya ayrılmış bölümde bulunmaksızın örneğin bir işletmeye kiralanmamış ortak alanda zarara uğraması durumudur.

#### **A) ALIŞVERİŞ MERKEZLERİNDEKİ MAĞAZALARDA MEYDANA GELEN ZARARLARDAN SORUMLULUK**

Müşterinin mağazalardan biri içerisinde zarara uğraması durumu, 2006 yılında Yargıtay kararlarınınakonu olmuştur<sup>22</sup>. Karara konu olay 19.6.2004 günü gerçekleşmiş, olayda davacılar anne ve oğlu elbise almak için A... iş merkezinde bulunan B. Club'a gitmiş, davacılardan A elbise denemek için cüzdanını annesine vermiş, annesi de oğlunun denediği kıyafeti görmek için kendisine verilen cüzdanı ve çantasını kontrolsüz bir şekilde tezgâha bırakmış, denenen elbiseyi gördükten sonra cüzdanın çalındığını fark etmiştir. Dava S. İnşaat ve İşletme A.Ş.'ye, üretici firma olarak BBA B. Boğaziçi Al. Mağazacılık Tekstil San. ve A.Ş.'ye ve olayın mağazasında gerçekleştiği K. Giyim Sanayii Limited Şirketine yöneltilmiş olup aylıklı hizmet dolayısıyla maddi ve manevi tazminat istemi ile açılmıştır. Yerel mahkeme mağazanın B. Ürünü sattığı için husumet itirazının yerinde olmadığına karar vermiştir. Yine mahkeme S. İnşaat ve İşletme A.Ş.'nin husumet itirazını da onun, mağazaları kiralayan ve güvenlik şirketiyle sözleşme yapan konumda olan kişi olduğu, ayrıca müşterilerin de yapılan reklama ve verilen hizmete güvenerek geldiği ve iş merkezinin bu güveni muhafaza edici önlem alması gerektiği gerekçesiyle reddetmiştir. Taraflar kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay olayı culpa in contrahendo sorumluluğu açısından değerlendirmiş; ancak üretici firmayı ortada şube veya acentelik değil bayilik ilişkisi olduğundan dolayı sorumlu tutmamıştır. Buna karşılık davalı mağaza K'nın sorumluluğunu

---

<sup>21</sup> ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, s. 189; RUMPF, s. 172 vd.;DEMİRCİOĞLU, s. Culpa in Contrahendo,178 vd.; GEZDER, s. 112 vd.; GÜRPINAR, s. 151vd.; YILMAZ, s. 236 vd.

<sup>22</sup> Yargıtay 13. HD. E. 2005/15654, K.2006/4848, T. 31.3.2006, [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5939#erişim\\_tarihi:21.06.2017](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5939#erişim_tarihi:21.06.2017).

kabul etmiştir. Ancak davacının ağır kusuru olup illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmadığından dolayı tazminatta indirime hükmetmiştir. Alışveriş merkezi yönetimini ise kiralama işlemiyle birlikte artık onun müdahale imkânı ve yetkisinin kalmadığı, yönetimin tüm güvenlik kapılarının kapatılarak herkesi zan altında bırakmak gibi bir önlemi almasının uygun olmayacağı gerekçesiyle sorumlu tutmamıştır. Ayrıca olayın ortak alanlarda meydana gelmemiş olması ve olayda da yönetimin kişisel kusurunun söz konusu olmadığı da Yüksek Mahkemenin gösterdiği gerekçeler arasındadır.

Kararda davarılan sonuç üzere alışveriş merkezi içinde münferit bir mağazada müşteri sözleşme görüşmeleri aşamasında zarara uğrarsa, bu durum o mağaza açısından culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde incelenecektir. Zira mağazanın kiraladığı bölüm bizzat hâkimiyetinde bulunan alandır ve müşteriler bu alana girdikleri andan itibaren culpa in contrahendo sorumluluğunun bir gereği olarak müşterilerinin şahıs ve malvarlıklarına zarar gelmesini engellemekle yükümlüdürler<sup>23</sup>. Olay mağazanın hâkimiyet alanında gerçekleşmiş ve sözleşme görüşmeleri başlamıştır. Zarar da bu görüşmeler esnasında ve görüşmelerle bağlantılı olarak meydana gelmiştir. Ancak olaydaki sorun, mağazanın culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu olması açısından, kusurun ona yüklenip yüklenemeyeceği durumudur. Olayda cüzdanın emniyetsiz bir şekilde tezgâha bırakılması, kusurun ağırlığı noktasında elbette ki etkilidir. Ancak illiyet bağına tamamen kopmuş sayılması için yeterli görmemek gerekir. Zira olaydaki alışveriş merkezi, her şeyden önce gözde bir şehirde ve onun gözde bir mekânındadır. Diğer bir deyişle müşteri o mağazaya gelirken kendisini sıradan bir mağazaya geliyor addetmemekte<sup>24</sup>; bunun sonucu olarak da o mağazaya güven duymaktadır. Müşteri nazarında olaydaki mağaza sıradan bir yer değildir. Dolayısıyla olayda mağazanın culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusudur; ancak cüzdanın kontrolsüzce bırakılması da tazminatta bir indirim sebebidir.

Alışveriş merkezi –ve bu arada tüm alışveriş merkezleri- ise üçüncü kişi konumundadır; ancak o sıradan bir üçüncü kişiden farklıdır. Zira alışveriş merkezi örneğin bir ev kiralayan gibi değildir; diğer bir deyişle onun, kiralayan mağaza ile yaptığı sözleşmedeki borcu sadece kiralanan bölümü teslim ederek kullanıma uygun bulundurmaktan ibaret değildir. Bunun yanı sıra yapılan sözleşme içeriğine göre değişmekle birlikte genel olarak alışveriş merkezi yönetimi, yapılanmanın diğer yönetim işleri ile de ilgilenmekte, bu kapsamda

---

<sup>23</sup> ANTALYA, s. 189; RUMPF, s. 175; EREN, s. 1137; ULUSAN, s. 290; AYAN, s. 142; SEROZAN, s. 111, dipnot: 9, "Culpa in contrahendo sorumluluğunun ayol açan bir olayda yaralanma veya malın hasara uğraması gibi mutlak bir hakkın ihlali söz konusu ise, o takdirde kural olarak uğranılan tüm zararın tazmin edilmesi gerekir", NOMER, s. 312.

<sup>24</sup> Bu noktada mağazaya duyulan güvenin "belli bir kimseye yönelik, özel ve somut güven" olduğuna dair, DEMİRCİOĞLU, Mağazaların Sorumluluğu, s. 117.

ilanlar vermekte, reklamlar yapmakta, çeşitli etkinlikler düzenlemekte ve alışveriş merkezini müşteri açısından cazip hale getirecek çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır<sup>25</sup>. Çünkü müşterilerin düzenli bir şekilde merkeze ve bu arada mağazalara gelmesi, onun da bundan kâr elde etmesi demektir. Dolayısıyla giriştiği tüm bu faaliyetler çerçevesinde alışveriş merkezi, müşterilerin o mekâna gelmeleri açısından çok aktif rol oynamaktadır. Hâl böyleyken, müşterilerin mağazalarla ya da işletmelerle kuracağı ya da kurmayı düşündüğü sözleşmeler açısından alışveriş merkezi yönetimi, sıradan bir üçüncü kişi gibi ya da sadece kira konusu şeyi kullanıma hazır bulundurmakla borcu sona eren bir kiralayan gibi düşünülemez<sup>26</sup>. Bu noktada üçüncü kişilerin de culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu olup olmayacaklarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Alman Borçlar Hukukunda üçüncü bir kişinin culpa in contrahendo hükümleriyle sorumlu tutulması mümkündür. Nitekim BGB § 311 (3)'e göre üçüncü kişinin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna başvurabilmek için üçüncü kişinin önemli ölçüde güven vermesi, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasını temin etmiş olması ya da ciddi şekilde etkilemiş olması ve güvene aykırı davranıştan bir zarar doğmuş olması gerekir. Hukukumuzda bu tür bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tıpkı culpa in contrahendoda olduğu gibi bu sorumluluğun temelleri de dürüstlük kuralında aranarak, şartlar geliştiği ve hakkaniyet gerektirdiği zaman üçüncü kişinin de culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu olabileceği düşünülmelidir. Gerçekten de alışveriş merkezi barındırdığı mağazalardan alışveriş yapılması konusunda, yaptığı çalışmalarla ve oluşturduğu güven duygusuyla ciddi bir etkiye sahiptir. Olayda ise alışveriş merkezinin üçüncü kişi olarak sorumlu olabilmesi açısından ona yüklenebilecek güvene aykırı davranıştan doğan bir zararın olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda alışveriş merkezinin hırsız bulma adına tüm kapıları kapatıp tüm müşterileri zan altında bırakması ya da girişte herkesi sorgulayarak onların hırsızlık yapıp yapmayacaklarını tespit etmesi düşünülemez<sup>27</sup>. Zira alışveriş merkezinin

---

<sup>25</sup> Alışveriş merkezi yönetiminin yaptığı ortak giderlerin ortak alan giderleri, ortak faydaya yönelik hizmet giderleri ve diğer ödemeler şeklinde gruplandırılması; pazarlama, yönetim, reklam gibi faaliyetlerin ortak faydaya yönelik hizmet grubunda olup bunların alışveriş merkezlerine özgü birer harcama kalemi teşkil ettiği hususunda, DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, "Türk Hukukunda Alışveriş Merkezi Kiracılarının Ortak Giderlerden Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı:1, Ocak 2016, s.65-100, s. 81 vd.

<sup>26</sup> BGB § 311, 3, "2. cümlede çok önemli ve esaslı bir kriter söylenmektedir: Üçüncü kişi, karşılığında kendisine bir menfaat sağlayacak şekilde, karşı tarafta ciddi, hatırı sayılır derecede bir güvenin oluşmasına yol açmış ise, bu durum sonucu da sözleşme görüşmelerini ya da sözleşmenin meydana gelmesini etkilemişse, meydana gelen zarardan ötürü sorumlu olacaktır. Çünkü 1. cümlede, bu kapsamdaki üçüncü kişilerin de yükümlülük doğuran bir sözleşmenin tarafı oldukları düzenlenmiştir", (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 153.

<sup>27</sup> Nitekim Yargıtay 13. HD, E. 2014/36440, K. 2015/26619 sayılı kararında alarm öttüğü gerekçesiyle müşterinin üstünün aranması durumunda, müşterinin rencide olduğuna ve bu yüzden manevi tazminat

verdiği güven hizmet ya da satılan mal yahut çalışanların işleriyle ilgili konulardaki titizliği olabilir; ama oraya hırsızların giremeyeceği şeklinde bir taahhütte bulunması insanların niyetlerini okuyamayacağından manasızdır. Ancak sözgelimi mağaza kameralarından hırsızın kim olduğu tespit edilmiş ve buna göre alışveriş merkezi güvenliğinin yapabileceği birtakım işlemleri, örneğin hırsız çıkmadan yakalama imkânı varken bunu yapmaması durumu<sup>28</sup>, alışveriş merkezinin verdiği güvene aykırı bir zarar teşkil eder. Dolayısıyla hem olay kapsamında hem de genel olarak üçüncü kişilerin culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu olmaları noktasında şu söylenebilir: Üçüncü kişilerin böyle bir nedenle sorumlu tutulmaları, sözleşmenin kurulmasını temin etmeleri veya önemli derecede etkilemeleri şartı başta var olmak üzere<sup>29</sup>, verdikleri güvene aykırı kusurlu bir davranışla zarara sebep olmalarına bağlıdır<sup>30</sup>. Zarara engel olma veculpa in contrahendo açısından da koruma yükümlülüklerine riayet adına, kendilerine bir kusurun yüklenemediği durumlarda bu tür bir sorumluluklarından da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla alışveriş merkezi yönetimi, müşterilerin alışveriş merkezine gelmelerini ciddi bir güven uyandırarak temin ettiği takdirde ortaya çıkan zarardan sorumlu olmalıdır.

Alışveriş merkezinin üçüncü kişi olarak mağazada meydana gelen zararlardan sorumlu olması fikri, esasında onun mağaza açısından ne kadar önemli bir rol oynadığına dayanmaktadır. Öyle ki alışveriş merkezi bir mağaza için kamuoyu açısından temsilci konumuna bile gelebilir. Nitekim alışveriş merkezi yönetiminin görevi belirtilirken şu hususlara değinilmiştir<sup>31</sup>: *“Başarılı bir organize alışveriş merkezi yöneticisinin... Üçüncü görevi ise, her biri birer bağımsız işletme olan yüzlerce kiracıyı, organize alışveriş merkezi imajı altında dışarıya karşı temsil etmektir. Merkez yöneticisi halkla ilişkiler, reklam ve*

verilmesine karar vermiştir. Karar için <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>

<sup>28</sup> Gerçekten de Yargıtay, bir alışveriş merkezine ait otoparkta müşterinin araç içinde olduğu bir esnada, eli bıçaklı bir adamın araca binip müşteriye tehdit ettiği, sonra da kaçtığı, ancak otopark güvenliğinin adamı yakalamak için hiçbir şey yapmadığı, durumu engelleyici önlem de almadığı bir olayda, alışveriş merkezinin can ve mal güvenliğini temin edemediği ve bu sebeple TMK m. 2 hükmüne aykırı davrandığı için alışveriş merkezini tazminata mahkûm etmiştir, 13. HD. E. 2015/6703, K. 2015/7310http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (erişim tarihi: 21.06.2017).

<sup>29</sup> (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 142. *“...Bu durum üçüncü kişilerin culpa in contrahendodan sorumluluğu olarak nitelendirilir. Bilgi veren üçüncü kişiyle doğrudan doğruya temas halinde bulunmasa bile, üçüncü kişilerin tasarruflarında esas almasına elverişli, ona yönelik olarak verdiği bilgiler, üçüncü kişiye karşı güven oluşturuyor ise, bilgi veren ile üçüncü kişi arasında doğrudan doğruya bir güven ilişkisi kurulur”*, KIRCA Çiğdem, *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Ankara 2004, s. 112.

<sup>30</sup> Bu duruma örnek teşkil edebilecek bir durum Yargıtay 13. HD'nin verdiği E. 2013/32404, K. 2014/15761 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9100#> erişim tarihi: 21.06.2017) sayılı kararda mevcuttur. Karara konu olay Bauhaus'taki bir kafede gerçekleşmiş, kafede küçük kızın üstüne sıcak kahve dökülmüş, mahkeme de zarardan hem alışveriş merkezinin hem de kafenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

<sup>31</sup> ALKIBAY/TUNCER/HOŞGÖR, s. 62.



*tanıtım faaliyetleriyle* müşteriler olmak üzere, resmi kurumlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla alışveriş merkezi arasında iyi bir iletişim kurmaya çalışmalıdır. Amaç, maksimum düzeyde tüketiciyi organize alışveriş merkezine çekebilmek ya da geleceğe yönelik olarak potansiyel müşteri oluşturmaktır”.

Sonuç olarak culpa in contrahendo dolayısıyla bir mağazanın sorumluluğu söz konusu olduğu zaman, şartlarının oluşması durumunda mağaza yanında alışveriş merkezinin de aynı sebepten dolayı sorumluluğundan bahsedilebilir.

### **A) ALIŞVERİŞ MERKEZLERİNİN ORTAK ALANLARINDA MEYDANA GELEN ZARARLARDAN SORUMLULUK**

Müşterilerin alışveriş merkezi içerisinde zarara uğraması konusunda ikinci ihtimal münferit bir mağazanın sınırları içerisinde olmaksızın, alışveriş merkezinin ortak alanında zararın meydana gelmesidir. Değerlendirildiği üzere bir kimsenin culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna başvurulabilmesi için gereken şartlardan biri de sözleşme görüşmelerine başlanmış olmasıdır. Oysa alışveriş merkezi içindeki örneğin merdivenlerde ya da çocuklar için ayrılan alanlarda, henüz bir mağazanın hâkimiyet alanına girilmiş ya da bir mağaza ile sözleşme görüşmelerine başlanmış değildir. Bu sebeple, örneğin merdivenlerde bir zarar meydana gelmiş olduğu bir durumda, henüz mağaza devrede olmadığından sorumluluğu da söz konusu değildir. Ancak alışveriş merkezinin hâkimiyet alanına girilmiştir ve onun sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekir. Ortak alanlarda meydana gelen zararlardan sorumluluk durumu saptanırken de alışveriş merkezi ile müşterinin, bu ortak alanların kullanımı açısından bir sözleşmenin tarafı olup olmadıkları saptanmalıdır.

Alışveriş merkezinin ortak alanlarında meydana gelen zararlar konusunda Yargıtay çoğunlukla, zararın meydana geldiği yer ayrımı gözetmeksizin bir tüketici hizmet sözleşmesinin olduğu yönünde tutum sergilemiş ve bu hükümlere dayanarak uyuşmazlığı çözmüştür<sup>32</sup>. Bu kararlar da ekseriyetle otoparkta meydana gelen zararlar için verilmiştir. Ancak Mahkeme, yine otoparkta meydana gelen bir zararın tazminine, genel bir ifade kullanarak, alışveriş merkezinin toplum nezdinde oluşturduğu reklam ve hizmete güvenin boşa çıkmasını<sup>33</sup> ya da TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılığı<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> 20. HD, E. 2015/13580, K. 2016/2541 (<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5800#> erişim tarihi: 22.06.2017); 13. HD, E. 2015/6703, K. 2015/7310 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi: 22.06.2017) ; 13. HD, E. 2014/42879, K. 2014/37428

<sup>33</sup> 13. HD, E. 2013/21217, K. 2014/238

<sup>34</sup> 13. HD, E. 2008/4120, K. 2008/9661 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi: 22.06.2017). Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin aynı gerekçe ile vermiş olduğu 17.10.2005 gün ve E. 2005/8367 ve K. 2005/15280 sayılı kararının incelemesi için, **DEMİRCİOĞLU**, *Mağazaların Sorumluluğu*.

gerekçe göstermiştir. Bazen de alışveriş merkezi otoparkına araç bırakmak vedia sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiş, bu değerlendirmede de vedia sözleşmesi için ücretin zorunlu unsur olmadığı vurgusu yapmıştır<sup>35</sup>. Dolayısıyla Mahkeme farklı gerekçelerle olaylara çözüm getirmektedir. Bu durum, somut olayda bir sözleşmeden bahsedilip bahsedilmemesinden kaynaklanabilir.

### 1) Alışveriş Merkezinin Ortak Alanının Kullanımı Hususunda Bir Sözleşmenin Kurulmuş ya da Kurulma İhtimalinin Olması Durumunda Zarar

Alışveriş merkezlerindeki bazı bölümlerin kullanımı hususunda bir sözleşme meydana gelmiş ya da henüz sözleşme kurulmuş olmasa da taraflar bu amaçla sosyal temasa geçmiş olabilirler. Böyle bir durumda zarar, kurulan sözleşme ne ise onun hükümleri çerçevesinde giderilmelidir. Örneğin alışveriş merkezi otoparkına, merkeze müşteri olarak gelen bir kimsenin aracını bırakması durumunda bir saklama sözleşmesinden bahsedilecektir<sup>36</sup>. Esasında alışveriş merkezine gelen araç sahibi otoparkı kullanmasından dolayı bir ücret ödemez; ancak zaten saklama sözleşmesinin kurulması için de kural olarak ücret kararlaştırılması da gerekmemektedir (TBK m. 561). Belirtmek gerekir ki her ne kadar TBK m. 561/2'de *"Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir"* denilse de alışveriş merkezlerindeki otoparkın kullanılması bu istisnaya dâhil olmaz. Zira ne açıkça ücret öngörülmesi durumu vardır ne de durum ve koşullar alışveriş merkezi müşterilerinin bu kullanımlarından dolayı ücret ödemelerini gerektirmektedir. Alışveriş merkezi yönetimlerinin genel tutumu, otoparkların müşteriler tarafından kullanılması hizmetinin ticari teamül olarak ücretsiz olarak sunulmasıdır. TBK m. 579'da otopark, garaj ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğundan bahsedilirken, işletenlerin sorumluluğunun günlük kullanım ücretinin on katını aşamayacağından bahsedilmekte; yani ücretin zorunlu unsur olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak alışveriş merkezleri otoparklarının müşterilerce kullanımı bir teamül olarak işletenlerce ücretsiz temin edildiğinden, artık bu husus dikkate alınacaktır.

Dolayısıyla alışveriş merkezine aracıyla gelmiş müşteriler alışveriş merkezi otoparkını kullanmayı tercih ettikleri zaman artık bir sözleşme kurulduğundan bahsedilmelidir. Bu durumda alışveriş boyunca müşteri alışveriş merkezi

---

<sup>35</sup> 4. HD, E. 2014/12307, K. 2014/13073 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi: 22.06.2017).

<sup>36</sup> Bununla beraber Yargıtay, müşteri niteliği taşımaksızın, oğlunun çalıştığı alışveriş merkezinin otoparkına akşam almak üzere aracını bırakan, ancak döndüğünde aracının çalınmış olduğunu fark eden kimse ile alışveriş merkezi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından dolayı 4077 sayılı kanun hükümlerine başvurulamayacağına ve bu yüzden de olayda genel mahkemelerin görevli olacağına karar vermiştir, 13. HD, E. 2013/24429, K. 2014/227

ortak alanında bir zarara uğradığı zaman, en azından bu sözleşmenin yan yükümleri çerçevesinde tarafların birbirlerinin şahıs ve malvarlığını koruma yükümlülüklerinden bahsedilmelidir. Bunun gibi sadece otopark sözleşmesi değil, ortak alanların kullanımı hususunda sözleşmeden bahsedilebilen diğer durumlarda da uyumsuzluğun çözümü sözleşme çerçevesinde düşünülebilir. Şunu da ifade etmek gerekir ki ister satım olsun ister hizmet sözleşmesi olsun bir sözleşme kurulmuş olması durumunda, alışveriş merkezine gelen müşteri tüketici olduğundan artık 6502 sayılı TKHK hükümleri öncelikli olarak uygulanmalıdır.

## 2) Alışveriş Merkezinin Ortak Alanının Kullanımı Hususunda Bir Sözleşmeden Bahsedilemeyen Durumlarda Zarar

Alışveriş merkezinin ortak alanları içinde iken henüz bir sözleşmeden bahsedilemeyen durumlar söz konusu olabilir. Örneğin alışveriş merkezine gelen müşterinin aracı yoksa bir saklama sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Yine alışveriş merkezinin kapısından girilmesi anından itibaren mesela sırf koridorda yürünmesinden, merdivenlerin kullanılmasından dolayı bir sözleşme kurulduğundan bahsedilemez<sup>37</sup>. Zira bu durumda ne bir mağaza ile sözleşme görüşmelerine başlanmıştır ne de alışveriş merkezi yönetimi ile müşteri arasında somut bir sözleşme vardır. Diğer yandan bu tür hizmetlerin sunulması malvarlığını eksiltmediği için bir bağışlama sözleşmesinden de bahsedilemez<sup>38</sup>. Dolayısıyla konusu ortak alanların kullanımı olan, ancak kurulması taraflarca düşünülmemiş böyle bir sözleşmenin, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu da söz konusu olamaz. Fakat örneğin alışveriş merkezinin koridorunda yürürken aydınlatmada kullanılan araçlardan biri müşterinin üzerine düşüp zarar verebilir. Böyle bir durumda haksız fiil şartlarının olduğu hâller bir yana, sırf bir sözleşme veya sözleşme görüşmesinin olmadığından bahisle, müşterinin zararı ile baş başa bırakılması hakkaniyet duygusuna aykırı düşer. Şöyle ki alışveriş merkezi maliki yönetim için gerçek veya tüzel kişi ile anlaştıktan sonra bu yönetim bağımsız bölümlerin kiralanması ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesini temin gibi faaliyetlerinin yanında ayrıca çeşitli

---

<sup>37</sup> Bununla beraber Yargıtay 13. HD, E. 2005/17206, K. 2006/3552 sayılı, 14.3.2006 tarihli ve alışveriş merkezindeki zeminin kaygan olmasından dolayı düşüp zarar gören bir müşterinin zararının tazmini konulu bir kararda, bir hizmet satışının ve dolayısıyla bir hizmet kusurunun olduğu hükmetmiştir. Esasında hizmet sözleşmesi tüketici hukukundaki gibi geniş yorumlanıp olayda da bir hizmet sözleşmesinin olduğu kabul edilse dahi burada tüketici bu yerleri kullanması için bir ücret vermediğinden, diğer bir deyişle ilişki karşılıklı olmadığından, bir sözleşmeden bahsedilememelidir. Nitekim tarafların da bu yönde bir iradesi söz konusu değildir (Karar için <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> erişim tarihi: 22.06.2017).

<sup>38</sup> Bağışlama sözleşmesi konusunun taşınır, taşınmaz, alacak hakkı veya irtifak hakkı gibi malvarlığına dâhil bir değer olması gerektiği konusunda, **ARAL** Fahrettin/**AYRANCI** Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 213; **EREN** Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 305; **YAVUZ** Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 9. Baskı, İstanbul 2011, s. 164, 165; **ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTCU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU**, s. 470; **ŞENYÜZ**, s. 313.

reklam çalışmaları yapmakta, böylece alışveriş merkezine müşteri çekmeyi hedeflemektedir. Bu arada yaptığı reklamlarda ismi ya sadece kendi başına ya da diğer mağazalarla birlikte verilerek toplum nazarında bir birliklilik görüntüsü sergilenmektedir. Bu durum da özellikle reklamlarda önemli bir mağaza isminin olduğu hallerde tüketiciye bir güven duygusu aşılacaktır. Özellikle bir alışveriş merkezinin kuruluş aşamasına bakıldığında, bulunduğu mevki gibi bazı avantajlar dışında, ona değer ve rağbet kazandıran asıl etkenin içinde bulunan mağazalar olduğu görülmektedir. Dolayısıyla müşteri nazarında, alışveriş merkezi ile mağazalar ve onların oluşturduğu güven, kalite ile seçkinlik duygusu bütünleşmektedir. Müşteri bir alışveriş merkezine giderken, o yerin gerek mağazalar gerekse alışveriş merkezi açısından kaliteli, güvenli ve dürüst bir hizmet sunacağı inancıyla hareket etmektedir. Şahıs ve malvarlığı bütünlüğünün o alışveriş merkezine gittiği zaman daha güvende olacağına inanmaktadır<sup>39</sup>. Hâl böyleyken, sırf kurulması düşünülen sözleşme alışveriş merkezindeki mağazalar veya diğer işletmeler arasında olacağı düşüncesiyle, alışveriş merkezinin ortak alanlarda meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağını kabul etmek doğru olmamalıdır.

Müşterinin ortak alanlarda uğradığı zararlarda, şayet müşteri ile bir mağaza, işletme ya da alışveriş merkezi arasında bir sözleşmeden bahsedilemiyorsa, zararın alışveriş merkezinden talebi hususunda güven sorumluluğu esasına dayanılabilir. Zira toplumun alışveriş merkezini tercih etmesi ve dolaylı olarak bundan da alışveriş merkezinin kâr elde etmesinin altında yatan temel sebep müşteride oluşan güven duygusudur. Esasında güven toplumdaki tüm işlemlerin temelidir<sup>40</sup>; nitekim TMK m. 2'ye göre de *“Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranmak zorundadır”*. Ancak dar anlamda güven sorumluluğu olarak adlandırılan<sup>41</sup> hususta güven, diğer alanlardan daha ziyade ön plana çıkmakta, güvenilen tarafın bilinçli olarak oluşturduğu güven duygusunun boşa çıkmasından dolayı bir zarar oluştuğu durumlarda onun sorumluluğuna sebep olmaktadır<sup>42</sup>. Bu durumda aslında zarar gören tarafın zarar gördüğü sahaya girme iradesine etki eden yoğun bir

---

<sup>39</sup> Nitekim Yargıtay da mağaza ya da alışveriş merkezlerinde görülen zararların tazminine zemin oluşturacak fiili durum konusunda, ekseriyetle toplum nezdinde oluşturulan bu güven duygusuna işaret etmektedir. Bu konuya örnek teşkil edebilecek olan ve müşterinin çantasının alışveriş için geldiği mağazada çalışıldığı, oysa müşterinin bu mağaza hakkında yapılan reklama güvenerek geldiği, mağazanın sıradan bir yer olmadığı inancıyla hareket ettiği ve bu yüzden de müşterilerinin mal güvenliğini de sağlamak durumunda olduğu yönündeki karar için bkz. 13. HD. E. 2013/5258, K. 2013/15220http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm erişim tarihi: 22.06.2017.

<sup>40</sup> *“Güven İlkesi” Dürüstlük İlkesinden doğar*, (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 248.

<sup>41</sup> (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 122.

<sup>42</sup> Ancak bu durumlar sözleşme kapsamında kalan güven duygusunun boşa çıkarılması kapsamına girmemelidir. Bununla beraber yapılan bir beyana güvenme ve bunun da boşa çıkması durumunda negatif anlamda güven sorumluluğu ortaya çıkacağına dair görüşler için bkz. (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 112, 123.

dış unsur söz konusudur. O unsur da söz konusu iradenin ve güvenin oluşmasını sağlayan ve aynı zamanda zarar veren taraftır.

Dar anlamda güven sorumluluğunu diğer sorumluluk türlerinden ayıran ana unsur esasında, birbirlerine karşı üçüncü kişi<sup>43</sup> konumunda olan, ancak rastlantı olarak bir araya gelmemiş tarafların birbirleri nezdinde bilinçli olarak oluşturdukları güven duygusudur. Zira örneğin sözleşme kurulduğu durumlarda da taraflar birbirlerine güven duyar; ancak onların bu güven duygusu, ilişkilerini oluşturan ana hukuki durum –sözleşme ilişkisi- çerçevesinde şekillenmektedir. Ancak dar anlamda güven sorumluluğunda güvenilen ve güvenen arasında güven sorumluluğunu kuran ilişki dışında bir hukuki ilişkiden bahsedilememektedir<sup>44</sup>. Çünkü zaten böyle bir ilişkide güvenilen tarafın diğer sorumluluk esaslarından biri ile sorumlu tutulamamasından dolayı dar anlamda güven sorumluluğuna başvurulmaktadır<sup>45</sup>. Dolayısıyla güven sorumluluğu diğer sorumluluk türlerine göre zarar vereni sorumlu tutmanın mümkün olmadığı durumlarda devreye girmektedir. Bu noktada zarar verenin en azından haksız fiil esasına göre sorulu tutulması fikri akla gelebilir. Ancak haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü zarar görenin üzerindedir. Dar anlamda güven sorumluluğuyla ise sorunun çözümü zarar gören açısından bir adım ileriye taşınmak istenmekte; zarar verenin oluşturduğu güvene karşılık ispat ona yüklenmesi amaçlanmaktadır.

Dar anlamda güven sorumluluğu hakkında verilen bu bilgiler doğrultusunda, alışveriş merkezlerindeki ortak alanların kullanımı hususunda bir sözleşmeden veya başkaca bir sorumluluk esasından bahsedilemeyen durumlarda zararın tazmini için güven sorumluluğuna başvurulabilir. Alışveriş merkezinin söz konusu zarardan güven esasına göre sorumluluğundan bahsedebilmek için, zarar görenin hukuki görünüm ile menfi zarar şeklindeki bir kazanç kaybına uğraması, illiyet bağı, kusurlu davranış ve zarar görenin haklı güveni gereklidir<sup>46</sup>. Söz konusu şartların sağlanması durumunda alışveriş merkezinin bilinçli olarak oluşturduğu güven duygusunun boşa çıkarılması sonucu zarar gören müşteri, ortak alanların kullanımı hususunda alışveriş merkezi ile aralarında bir sözleşmeden bahsedilemese dahi zararının tazminini isteyebilecektir.

Alışveriş merkezlerinin ortak alanlarında meydana gelen zararlar için güven sorumluluğunun uygulanması fikri, esasında alışveriş merkezi yönetimi için culpa

---

<sup>43</sup> Zaten aksi halde culpa in contrahendo gündeme gelmelidir.

<sup>44</sup> KIRCA, s. 114.

<sup>45</sup> (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 268; "Güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, uyarılan güvenin hal ve şartların değerlendirilmesinden "durumun gereği olarak sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurlar eksik olsa bile, sorumluluğun kurulmasını gerekli kılmayı" (BGE II 355) gerekir", ANTALYA, s. 175.

<sup>46</sup> Güven sorumluluğu için gerekli olan bazı şartlar için, (KALKAN) OĞUZTÜRK, s. 268, 124; ANTALYA, s. 179 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 286.

in contrahendo sorumluluğuna başvurmanın uygun görülmemesi fikrinden de doğmaktadır. Zira böyle bir durumda zarar, ileride kurulması düşünülen ve alışveriş merkezi yönetiminin de tarafı olduğu bir sözleşme görüşmesinden doğmamaktadır. Alışveriş merkezi yönetimi her ne kadar bünyesinde pek çok mağaza barındırsa da bunlar ile müşteriler arasında kurulan sözleşmelerin tarafı konumunda değildir. Bununla beraber müşterilerin alışveriş merkezine gelmeleri hususunda âdeta tarafı imiş gibi tanıtım ve reklam faaliyetlerine girişmektedir. Dolayısıyla tıpkı yukarıda güven sorumluluğu için bahsedilmiş olduğu gibi, müşterinin alışveriş merkezinde bulunması bir tesadüf eseri değildir. Alışveriş merkezi yönetimi müşteri nazarında söz konusu güvenin oluşması için yoğun çaba harcamıştır. O hâlde bundan sonraki safhada kendi sahasında meydana gelen zararlara da katlanmak durumundadır.

Doktrinde de yukarıda bahsedildiği gibi zarar gören ile zarar veren arasında bir haksız fiilden, sözleşmeden hatta sözleşme yapma niyeti bile bulunmayan durumlarda, zararı tazmin için sözleşme öncesi sorumluluk ya da fiili sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümlerine başvurmanın sonuç olarak doğru olsa da esasında uygun olmayacağı; dolayısıyla böyle durumlarda “sosyal temastan kaynaklanan kanun kapsamı dışında kalan koruma yükümlülükleri” ne başvurmanın isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

## SONUÇ

Alışveriş merkezleri günümüzün hem ticari hem de sosyal anlamda gözde yapılarından biridir. Nitekim bir yandan yoğun şehir hayatı içinde, insanların pek çok zorunlu ihtiyacını pek kısa zamanda karşılamalarına zemin hazırlarken diğer yandan da ticari hayat için iyi bir yatırım aracı haline gelmiştir. Dolayısıyla alışveriş merkezleri ekonomik olmasının yanında sosyal anlamda da insanların birbirleri ile yoğun hukuki ilişki içinde oldukları kompleks yapılardır. Alışveriş merkezlerinin bu durumu onların birtakım sorunları beraberinde getirmesine yol açmaktadır. Söz konusu sorunlardan bir tanesi de alışveriş merkezinde meydana gelen zararlar ve onların tazminidir.

Alışveriş merkezinde meydana gelen zarar bir mağaza içinde veya alışveriş merkezinin ortak alanlarında meydana gelebilir. Şayet sözleşme kurulmuşsa mağazada meydana gelen zararın da ortak alanlarda meydana gelen zararın da bu sözleşme hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulacağı aşikârdır. Zira bir sözleşmenin varlığında, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar müspet zarar kalemi olarak tazmin edilecek, sözleşme sürecinde tarafların birbirlerinin şahıs veya malvarlıklarına verdikleri zararlar da yine tarafların sözleşme

---

<sup>47</sup> ERBAŞ Gökhan C., “Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı”, EÜHFD, Cilt: VII, Sayı:3-4, Yıl: 2012, s.121-133, s.130.

çerçevesinde bunları koruma yükümlülüklerine aykırı davranmalarından dolayı karşılanacaktır. Ancak bir sözleşmeden bahsedilemeyen durumlarda şartlara göre zararın tazmini için gösterilecek hukuki sebep de değişmekte; aynı zamanda da bu hukuki sebep tartışılabilir hale gelmektedir. Şöyle ki eğer müşteri bir mağaza ile sözleşme görüşmeleri aşamasında ise bu esnada şahıs veya malvarlığının uğradığı zararları tazmin açısından mağazanın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna başvurabilir. Ancak mağazanın yanında alışveriş merkezinin yine aynı esas gereğince sorumlu olması gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü her ne kadar alışveriş merkezi kurulması düşünülen sözleşmenin tarafı olmasa da reklam, pazarlama unsurları gibi çeşitli faaliyetlerle, müşterilerin alışveriş merkezi nezdindeki mağazalarla sözleşme kurma iradesinde etkin rol oynamakta, toplum nezdinde ciddi bir güven duygusu oluşturmaktadır.

Alışveriş merkezinin ortak alanlarında meydana gelen zarar konusu ise yine şartlara göre değişiklik göstermektedir. Nitekim ortak alanların kullanımı açısından alışveriş merkezi ile müşteri arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilmesi ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda yine yukarıda bahsi geçtiği şekilde kurulan sözleşme çerçevesinde uyumsuzluğun çözülmesi yoluna gidilmelidir. Örneğin alışveriş merkezi otoparkının alışveriş merkezine müşteri olarak gelen bir kimse tarafından kullanılması durumunda artık bir saklama sözleşmesinden bahsedilmelidir. Yine bu durum aynı zamanda tüketici hukukunu da harekete geçirmektedir. Dolayısıyla uyumsuzlukta bu hükümler doğrultusunda bir çözüme ulaşılabilir. Ancak ortak alanların kullanımı hususunda bir sözleşmeden bahsedilemeyebilir. Dolaylı olarak bir sözleşme görüşmesi de söz konusu olmayacaktır. Bununla beraber alışveriş merkezinin toplum nezdinde oluşturduğu yüksek güven duygusunun boşa çıkmasından dolayı bir zarar meydana çıktığı da ortadadır. Böyle bir durumda da alışveriş merkezinin dar anlamda güven sorumluluğuna başvurularak bahsedilen sebeple doğan zararın tazmini yoluna gidilebilir.

### KAYNAKÇA

- AKINCI Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016.
- ALKİBAY Sanem/TUNCER Doğan/HOŞGÖR Şeref, Alışveriş Merkezleri ve Yönetimi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- ANTALYA Gökhan O. ,Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2015.
- ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.
- AYAN Mehmet,Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya 2015.
- BAYGIN Cem, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Yıl: 2000.
- CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara 2014.
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), 1. Baskı, Ankara 2009 (DEMİRCİOĞLU, Culpa in Contrahendo).
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, “Müşterinin Uğradığı Bütünlük Menfaati ihlallerinden Mağazaların Sorumluluğu”, ABD, 2009, Y. 67, S. 1, s. 115-120, (DEMİRCİOĞLU, Mağazaların Sorumluluğu).<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2009-1.pdf> (erişim tarihi 20.06.2017).
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, “Türk Hukukunda Alışveriş Merkezi Kiracılarının Ortak Giderlerden Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı:1, Ocak 2016, s.65-100 (DEMİRCİOĞLU, Ortak Giderler).  
<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi: 22.06.2017).
- ERBAŞ Gökhan C.,“Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı”, EÜHFD, Cilt: VII, Sayı:3-4, Yıl: 2012, s.121-133.
- ERDOĞAN İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2014.  
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>(erişim tarihi: 21.06.2017).  
<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5939#>(erişim tarihi: 21.06.2017).



GEZDER Ümit, Türk - İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2009.

GÜRPINAR Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, İzmir 2006.

GÜVEN Dilek Tamer, Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001.

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

İNAN Ali Naim, “ “Culpa in Contrahendo”-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”, Adalet Dergisi, Yıl: 45, Sayı: 7 (s. 878-887), 8 (s. 999-1013), 1954, S: 8.

KARACABEY Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Y. 1980, S. 6, s. 666-385. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1980-6/1.pdf>

(KALKAN) OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 2008.

KIRCA Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

NOMER Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2013.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-II, 11. Bası, İstanbul 2014.

OLGAÇ Senai, Sebepsiz İktisap, 1977.

RUMPF Chritian, “Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışının 80. Yılı, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007.

SEROZAN Rona, “ ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 3, 1968, s. 108-129.

ŞENYÜZ Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016.

ULUSAN İlhan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, Cilt: 1, İstanbul 1982, s. 275-319.

VON TUHR Andreas, Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Cilt: 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, (Çeviren: Cevat Edege).

YILMAZ Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, s. 234-252. <http://www.yargitay.gov.tr/dergi/yargitay-dergisi/temmuz-1985/491> (erişim tarihi: 9.8.2016, saat:11.09).

ZEVKLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTCU Ayşe/AYDOĞDU Murat/CUMALIOĞLU Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir 2013.

# TAŞINMAZ REHNİNDE BELİRLİLİK İLKESİ

## *Principle Of Certainty In The Mortgage Of Properties*

Arş. Gör. Murat TÜMERDEM<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 11.09.2017

### ÖZET

Aynı haklar alanına ilişkin tarihsel gelişim süreci neticesinde ortaya konulmuş olan birtakım ilkelerin varlığı kabul edilmektedir. Aynı haklar alanına hakim olan ilkeler aynı hakların bir türü olan rehin hakkı ve rehin hakkının bir türü olan taşınmaz rehini açısından da geçerlidir. Eşya Hukuku'nun temel konularından olan taşınmaz rehni alanına ilişkin genel olarak aynı haklar için ortaya konulmuş olan ilkelerin yanında bazı ilkeler de geliştirilmiş olup, taşınmaz rehni bu ilkelere göre uygulama bulmaktadır. Taşınmaz rehnine egemen olan ilkeler; belirlilik ilkesi, kamuya açıklık ilkesi, rehin derecelerinin sabitliği ilkesi ve teminat ilkesidir. Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi ne tür ve hangi özelliklere sahip şeyler üzerinde rehin kurulabileceği sorusuyla, taşınmaz rehninin hangi tür ve ne miktarda alacağı teminat altına alacağına ilişkin iki temel soruya cevap vermektedir. Bu bağlamda taşınmazın tamamı üzerinde değil de, sadece belirli bir kısmının rehnin konusunu teşkil edip etmeyeceği, yabancı para borçlarının hangi şartlarda yabancı para cinsiyle teminat altına alınabileceği sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Belirlilik, Taşınmaz, İpotek, Rehnin Konusu, Rehnin Kapsamı

### ABSTRACT

Existence of a group of principles which have been set a result of a long historical development about real rights field is assumed. The principles that dominate the field of a real rights is also valid for mortgage right, which is a type of a real rights; and mortgage of properties, which is a type of mortgage right. Along with principles set for real rights developed regarding the mortgage of properties, major fields of Law of Property, some other principles are also developed and the mortgage of property is implemented in accordance with these principles. The principles which dominate the mortgage of property are; principles of certainty, principle of public domain, principle of stability of mortgage degrees and principle of warrant. The principle of certainty in mortgage of property answers two major questions of on what type of properties a mortgage could be established and the characteristics; and what type and what amount of receivable will be put under warrant by a mortgage of property. Within this context, questions such as whether a certain part of property would constitute mortgage or not, and under what conditions foreign currency debts could be warranted with foreign currency type should be answered.

**Keywords:** Certainty, Property, Mortgage, Subject to Mortgage, Scope of Mortgage

---

<sup>1</sup> Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, murattumerdem@gmail.com.

## GİRİŞ

Belirlilik ilkesi aynı haklara egemen olan ilkelerdendir<sup>1</sup>. Belirlilik ilkesi aynı hakkın ancak mevcut ve ferdan belirlenmiş şeyler üzerinde kurulabilmesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle ancak belirli bir nesne aynı hakka konu olabilecektir<sup>2</sup>. Bu açıklamalarımız genel belirlilik ilkesine ilişkindir. Genel belirlilik ilkesinin yanında taşınmaz rehnine özgü belirlilik ilkesi bulunmaktadır. Genel belirlilik ilkesi bir aynı hak olan rehin hakkına da uygulanır. Ancak rehin hakkına özgü belirlilik ilkesinin genel belirlilik ilkesinden farklı yönleri bulunmaktadır.

Taşınmaz rehni, TMK'nın 850-938'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taşınmaz rehin hukukuna hakim olan ilkeler; belirlilik ,kamuya açıklık, sabit dereceler ve teminat ilkeleridir. Taşınmaz rehin hukukunun genel yapısı bu ilkelerle açıklanmaktadır.

Taşınmaz rehninde amaç, alacağın teminat altına alınmasıdır<sup>3</sup>. Borçlu borcunu ifa etmezse rehin hakkı sayesinde alacaklı teminatın konusunu oluşturan taşınmazın paraya çevrilmesini isteyerek, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değerden alacağına kavuşabilecektir<sup>4</sup>. Buna göre taşınmaz rehninin iki temel unsur olduğu görülecektir. Birincisi, teminat altına alınacak alacak; ikincisiyse, teminatın konusunu oluşturan taşınmazdır. Taşınmaz rehniyle teminat altına alınan alacak ve teminatın konusunu oluşturan taşınmaz "belirli" olmalıdır. Çünkü, rehinle güvence altına alınan alacak aynı teminatın kapsamına girecek ve rehinle yüklü taşınmaz borcun vadesinde ödenmemesi durumunda paraya çevrilecektir. Taşınmaz rehniyle güvence altına alınacak alacağın belirli olması zorunluluğu TMK mad. 851/1'de belirtilmiştir. Taşınmaz rehninin konusunu oluşturan taşınmazın belirli olması zorunluluğu da TMK mad. 854/1'de belirtilmiştir.

---

<sup>1</sup> Belirlilik ilkesi nesnelere üzerinde aynı hakkın kamuya açık olması gerektiğine dair yaklaşımın sonucudur. Kamuya açıklık ilkesiyle, bir kişinin nesne üzerinde aynı hak sahibi olduğu; belirlilik ilkesi sayesinde de bir kişinin belirli bir nesne üzerinde belirli bir aynı hakka sahip olduğu herkes tarafından görülebilmektedir. Bunun sonucunda, kişiler arasında nesnelere üzerindeki hakimiyet çatışmaları engellenmektedir. Bkz. **Acar, Faruk**, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 145-146.

<sup>2</sup> **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir-Oktay, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 22.

<sup>3</sup> Taşınmaz rehni kredibilite aracıdır. Borçlu kendisine veya bir başkasına ait taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurarak borç para alma veya ticari hayata rahat işlem yapabilme imkanı elde etmektedir. Bkz. **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, Sachenrecht, Tübingen 2006, s. 239.

<sup>4</sup> Aynı doğrultuda BGB mad. 1147 ipoteği tanımlamıştır. Bu tanımdan hareketle ipoteğin bir ödeme yükümlülüğü meydana getirmedeği, aksine yüklü taşınmazın sahibine teminat altına alınan alacağın ödenmemesi halinde taşınmazın paraya çevrilmesine katlanma yükümlülüğü yüklediği belirtilmiştir. Alman Hukuku'ndaki durum için bkz. **Luo, Jing**, Die Hypothek, Bremen 2010, s. 31.

Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi olarak belirtilen ve TMK mad. 851 ve 854'te düzenlenen bu ilkenin iki yönü bulunmaktadır. Birinci yönü rehin hakkının konusunu oluşturan taşınmazın belirli olması; ikinci ynyse, teminat altına alınacak alacağın miktarının belirli olmasıdır.

## A. REHİN KONUSU AÇISINDAN BELİRLİLİK İLKESİ

### I. GENEL OLARAK

Rehin konusu taşınmazın belirli olmasının taşınmaz maliki, alacaklı ve bunlarla ilişki kurabilecek üçüncü kişiler açısından yararları bulunmaktadır. Alacaklı ve alacaklıyla ilişki kurabilecekler –rneğin, alacağı devralan- alacağı güvence altına alan Şeyin ne olduğunu bilir. Aynı Şekilde taşınmazın maliki ile taşınmazı sonradan devralan veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak ya da rehin hakkı elde edecek kişilerin de güvenliği sağlanır; çünkü rehin hakkının taşınmaz üzerindeki yükü bilinebilir hale gelir.

Taşınmaz rehninin kurulabilmesinin n koşulu, taşınmazın tapuya kayıtlı olmasıdır<sup>5</sup>. Dolayısıyla taşınmazın tapuya kayıtlı olması belirlilik ilkesi açısından da n koşuldur<sup>6</sup>. Taşınmaz üzerinde rehin hakkının kurulması resmi Őekle tabi olan rehin sözleşmesinin yapılması ve tapuda tescilin gerçekleŐtirilmesiyle mümkündür<sup>7</sup>. Bu itibarla rehin hakkının kurulması için gerekli olan işlemlerin yapılması taşınmazın tapuya kayıtlı olmasını gerektirmektedir<sup>8</sup>. TMK mad. 853 bu durumu düzenlemiştir. TMK mad. 854/2'de taşınmazın bölünmesiyle oluşan parsellerin tapu kütüğüne ayrı ayrı kaydedilmedikçe rehne konu olamayacağını belirterek, buna işaret etmiştir.

<sup>5</sup> Taşınmazın tapuya kaydedilebilmesinin koşulları için bkz. **Acar**, s. 164-196.

<sup>6</sup> **Acar**, s. 159; **Akipek, Jale**, Türk EŞya Hukuku, 3. Kitap, Mahdut Aynı Haklar, Ankara 1974, s. 193; **Altay, Sümer/Eskiocak, Ali**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehini İpotek İpotekli Borç Senedi İrat Senedi, İstanbul 2007, s. 44; **Cansel, Erol/Gürsoy, K. Tahir/Eren, Fikret**, Türk EŞya Hukuku, Ankara 1984, s. 969; **Doğan, Filiz**, İpotek Açısından Belirlilik İlkesi, TBBD, Y.1992, S. 3, s. 22; **Ertaş, Şeref**, EŞya Hukuku, Ankara 2002, s. 503; **Helvacı, İlhan**, Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, s. 31; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Yeni Medeni Kanun EŞya Hukuku, Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, 2.Cilt, İstanbul 2007, s. 226; **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 1982, s. 208; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basel Genf München, s. 1561; **Sirmen, Lale**, EŞya Hukuku, Ankara 2013, s. 632.

<sup>7</sup> Bu durum rehin hakkının sözleşmeden kaynaklandığı haller için geçerlidir. Tapuya kayıtlı olma zorunluluğu yasadın kaynaklanan rehin hakkı açısından da geçerlidir. Bkz. **Helvacı**, s. 32.

<sup>8</sup> Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde de rehin kurulabilir; ancak bunlar taşınır rehni hükümlerine tabi olacaktır. Taşınmazın tapuya kayıtlı olması, TMK'da düzenlenen taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi ve TMK anlamında taşınmaz rehninin kurulabilmesi için zorunludur. Yargıtay da tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde kurulan rehinlerin taşınır rehni hükümlerine tabi olacağı belirtmektedir. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı için bkz. Y.16.HD. T.07.05.2004, 5201/7024 (**Altay/Eskiocak**, s. 45).

## II. REHİN HUKUKUNA ÖZGÜ BELİRLİLİK İLKESİNİN YAPISI

Rehin konusunu oluşturan taşınmazın belirli olması TMK mad. 854'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme rehin hakkının konusunun belirli olmasına ilişkin iki kural ortaya koymaktadır. Birincisi, TMK mad. 854/1'deki "*Rehin kurulurken, konusu olan taşınmazın belirtilmesi gerekir*" ifadesinin işaret ettiği "*rehin konusu taşınmazın bireyselleşmiş olması*" hususudur<sup>9</sup>. İkincisiyse, TMK mad. 854/2'deki "*Bölünen taşınmazın parselleri tapu kütüğüne ayrı ayrı kaydedilmedikçe rehne konu olamaz*" ifadesinin işaret ettiği "*bölünmezlik*" olarak adlandırılabilir rehnedilecek taşınmazın bütün olarak rehne konu edilebileceğidir<sup>10</sup>.

Rehin konusu taşınmazın bireyselleşmiş olması, rehnedilecek taşınmazın açık ve kesin olarak bilinmesi anlamına gelmektedir. Bireyselleşmiş olma iki aşamada gerçekleştirilecektir. Öncelikle rehin sözleşmesinde rehnedilecek taşınmaz belirtilecektir. Tapu Sicil Tüzüğü mad. 20'de "*Resmi senede, işleme konu taşınmaz mal ve tarafların isteği açıkça yazılır*" ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm sebebiyle rehin sözleşmesinde rehne konu taşınmazın belirtilmesi zorunludur<sup>11</sup>. Resmi senette rehne konu taşınmaz belirtildikten sonra taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında rehin hakkı tescil edilecektir. TST mad. 31 taşınmazın kütük sayfasındaki özel kısma rehin hakkının yazılacağını belirtmektedir. Tescil işlemiyle malik taşınmazın rehne konu edilmesi yönündeki özgüleme iradesini belirtmektedir<sup>12</sup>. Tescil işlemiyle birlikte bireyselleşmiş olma gereği gerçekleşecek ve rehin hakkı kurulacaktır.

Bireyselleşmiş olmayla ilgili üzerinde durulması gereken bir konu da taşınmaz rehninin konusunu birden fazla taşınmazın oluşturabileceğidir. Rehne konu her taşınmazın rehin sözleşmesinde belirtilmesinin gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi, birden fazla taşınmazın rehne konu olması halinde rehin sözleşmesiyle ilgili TMK'da ve TST'de bir düzenlemenin bulunmaması ve TST mad. 32'deki birden fazla taşınmazın rehin verilmesi halinde her taşınmazın tapudaki sayfasına rehin hakkının tescil edileceği düzenlemesidir. Bir görüşe göre, rehnin konusunu birden fazla taşınmazın oluşturduğu hallerde her bir taşınmazın kimliği rehin sözleşmesinde ayrı ayrı belirtilmelidir<sup>13</sup>. Diğer görüşe göre, rehin sözleşmesinde rehne

<sup>9</sup> Acar, s. 158; Köprülü/Kaneti, s. 203.

<sup>10</sup> Acar, s. 158; Brehm, Wolfgang/Berger, Christian, s. 255.

<sup>11</sup> Rehin sözleşmesi rehnedilen ve rehnalan arasında yapılan, rehnedenin rehin kurmayı taahhüt ettiği borçlandırıcı bir işlemdir. Bir borç ilişkisinin geçerliliği edimin belirli veya belirlenebilir olmasına bağlıdır. Dolayısıyla borçlandırıcı işlem niteliğindeki rehin kurma sözleşmesinde rehnedilecek taşınmazın belirlenebilir olması sözleşmenin geçerliliği açısından önemlidir.

<sup>12</sup> Acar, s. 204.

<sup>13</sup> Acar, s. 206; Cansel/Eren/Gürsoy, s. 970.

konu taşınmazların kimliğinin açıkça belirtilmesine gerek olmayıp, bir kimse rehin sözleşmesi yaparken tüm taşınmazlarını rehne konu yapabilir; ancak tescil her taşınmazın sayfasında ayrı ayrı yapılmalıdır<sup>14</sup>. Biz bu konuda, TST mad. 20'deki "*resmi senette rehne konu taşınmaz yazılır*" kuralı uyarınca birden fazla taşınmazın rehne konu olduğu hallerde de rehin sözleşmesinde her taşınmazın kimliğinin ayrı ayrı yazılması ve her taşınmazın tapudaki sayfasına tescilin yapılması gerektiği görüşündeyiz. Böylece, rehin verecek kişinin tüm taşınmazlarının veya ileride mülkiyetini kazanacağı bütün taşınmazların rehin kapsamına girmesi kararlaştırılarak taşınmaz rehni kurulamayacaktır<sup>15</sup>.

TST mad. 32/a ve b uyarınca aynı malike veya müteselsil borçlulara ait taşınmazların birlikte rehin verilmesi durumunda her taşınmazın kütükteki sayfasının düşünceler sütununa hangi taşınmazlarla birlikte rehinli olduğu belirtilmelidir. Bu durumda her taşınmaz alacağın tamamını güvence altına alacak ve rehin hakkı sahibi borcun vadesinde ödenmemesi halinde taşınmazların tamamının paraya çevrilmesini isteyecektir. TMK mad. 873/3 uyarınca icra müdürü gerektiği kadar taşınmazı paraya çevirtecektir. Rehne konu taşınmazın düşünceler sütunundaki bilgiler icra müdürünün işini kolaylaştıracaktır<sup>16</sup>.

Rehin hukukuna özgü belirlilik ilkesiyle ilgili ikinci kural olan bölünmezlik iki konuya işaret etmektedir<sup>17</sup>. Birincisi, taşınmazın bölünmesiyle oluşan yeni parseller tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilerek taşınmaz rehinine konu edilebilecektir. İkincisiyse, arazinin bir kısmının hukuki bir bölünme olmaksızın rehne konu edilemeyecek olmasıdır. Örneğin, deniz manzaralı bir arazi üzerinde rehin hakkı kurulurken, malik arazinin deniz görmeyen bir kısmı üzerinde rehin hakkı kurup, kalan kısımların rehne dahil olmadığını ve borç ödenmediğinde ancak o kısmın paraya çevrileceğini belirterek arazisi üzerinde rehin hakkı kuramaz. Bunun sebebi, arazinin bir kısmının hukuken taşınmaz niteliğinde olmamasıdır<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> **Acar**, s. 206; **Cansel/Eren/Gürsoy**, s. 970.

<sup>15</sup> **Sarı, Suat**, Taşınmaz Rehininde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 991; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 1567.

<sup>16</sup> **Acar**, s. 207.

<sup>17</sup> **Acar**, s. 208; **Helvacı**, s. 37; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 1566; **Karahasan**, s. 1937.

<sup>18</sup> **Acar**, s. 209; **Cansel/Eren/Gürsoy**, s. 970; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 1566; **Köprülü/Kaneti**, s. 290; **Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir**, s. 724.

### III. TAŞINMAZ KAVRAMI VE REHNİN KAPSAMINA DAHİL OLAN UNSURLAR

#### A. Genel Olarak

Rehnin kapsamına öncelikle rehne konu taşınmaz dahildir. TMK mad. 704/1'de taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklar<sup>19</sup> ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler sayılmıştır. TMK mad. 998/1'de bu düzenlemeyle uyumlu olarak arazinin, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli hakların ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebileceği belirtilmiştir<sup>20</sup>.

#### B. Bütünleyici Parça

Bütünleyici parça TMK mad. 684/2'de tanımlanmıştır. Kanun gereği yapılar, bitkiler, kaynaklar ve doğal ürünler tanımdaki şartları taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın bütünleyici parça olarak kabul edilmiştir. TMK mad. 862/1 uyarınca taşınmazın bütünleyici parçaları da rehnin kapsamına dahildir. Bütünleyici parçalar bağımsız eşya olmayıp asıl şeyin hukuki kaderine tabi olduğundan, bu hüküm olmasaydı dahi asıl şeyle birlikte teminatın kapsamına girecektir<sup>21</sup>. Taşınmazda bulunmasına rağmen taşınır yapılar ve taşınır bitkiler bütünleyici parça olarak kabul edilmediğinden rehnin kapsamına girmeyecektir<sup>22</sup>.

Taşınmazın bünyesinde bulunmasına rağmen yasal olarak bütünleyici parça niteliğine sahip olmayan malvarlığı değerleriyse rehnin kapsamına girmeyecektir<sup>23</sup>. Örneğin, taşınmaz üzerinde üst hakkına bağlı olarak yapılan binalar bütünleyici parça niteliğine sahip olmayacağından ipoteğin kapsamına girmeyecektir.

Taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulunca bütünleyici parçalar özel bir işlem veya belirleme yapmaya gerek olmaksızın kendiliğinden rehnin kapsamına girer.

---

<sup>19</sup> Bağımsız ve sürekli bir hakkın bir taşınmaz gibi rehne konu olduğu hallerde borç ifa edilmezse paraya çevrilecek olan bağımsız ve sürekli nitelikteki haktır. Rehinli alacaklının üzerinde bağımsız ve sürekli hak kurulmuş taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkı yoktur.

<sup>20</sup> Eskiden madenlerde taşınmaz kavramı içerisinde yer almaktaydı; ancak sonradan madenler taşınmaz kavramı dışına çıkarılmıştır. Madenlerin hukuki durumu Maden Kanunu'yla düzenlenmiştir ve madenler ve maden cevheri üzerinde rehin hakkı kurulabilmektedir. Madenler üzerinde rehin hakkının nasıl kurulabileceğiyle ilgili bilgi için bkz. **Topaloğlu, Mustafa**, Maden Hukuku, Ankara 2003.

<sup>21</sup> **Luo**, s. 35; **Sarı**, s. 994; **Westermann, Harry/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter**; Sachenrecht, Hamburg 2011, s. 745.

<sup>22</sup> **Ayan, Mehmet**, Eşya Hukuku 3 – Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2012, s. 161; **Esener, Turhan/Güven, Kudret**, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 445; **Helvacı**, s. 171; **Sirmen**, s. 663.

<sup>23</sup> **Helvacı**, s. 171.



Taraflar bütünleyici parçaların rehnin kapsamına girip girmeyeceği hususunda anlaşılabilirler; ancak bu anlaşma sadece taraflar arasında hüküm ifade eder, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>24</sup>. Çünkü, TMK mad. 862/1 emredici niteliktedir. Rehin kurulurken bütünleyici parça olan Őeylerin yanında rehin kurulduktan sonra bütünleyici parça niteliği kazanan Şeyler de kendiliğinden rehnin kapsamına girecektir<sup>25</sup>. Örneğin, rehnin kurulmasından sonra arazi üzerine dikilen ağaçlar taraflar aksini kararlaştırmamışsa kendiliğinden rehnin kapsamına girecektir.

Bütünleyici parça taşınmazdan geçici olarak ayrılırsa ipoteğin kapsamından geçici olarak çıkacak daha sonra taşınmaza yeniden bağlandığında ipoteğin kapsamına tekrar girecektir. Rehin kurulurken veya rehin kurulduktan sonra bütünleyici parça olarak kendiliğinden rehnin kapsamına giren Şeyler sonradan bu niteliklerini kalıcı olarak kaybederse kendiliğinden güvencenin kapsamından çıkacaktır. Ancak bir Şey bütünleyici parça niteliğini kaybetmekle beraber eklenti veya rehnin kapsamına dahil olan başka bir unsur olarak rehnin kapsamında kalmaya devam edebilir<sup>26</sup>. Örneğin, bütünleyici parça eklenti haline dönüşmüşse veya yeni bir taşınmaz haline gelmişse rehin hakkı bunların üzerinde devam edecektir.

### C. Eklenti

Eklenti TMK mad. 686/2'de tanımlanmıştır. Bir Şeyin bütünleyici parçasının bağımsız varlığı bulunmamakla birlikte, eklentisinin bağımsız varlığı bulunmaktadır. Dolayısıyla eklenti asıl Şeyden bağımsız bir hukuki varlık olarak ayrı ayrı hak konusudur.

TMK mad. 686/1ve 862/1 uyarınca taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulunca taşınmazın eklentileri de rehnin kapsamına girecektir. Bir diğer ifadeyle, taşınmaz üzerinde rehin kurulunca eklenti özel bir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden rehnin kapsamına girecektir<sup>27</sup>. Dolayısıyla rehnedn ve rehnalan

---

<sup>24</sup> **Ayan**, s. 161; **Esener/Güven**, s. 445; **Helvacı**, s. 170; **Karahasan**, s. 227; **Oğuzman/Seliçi/zdemir/Oktay**, s. 748; **Sarı**, s. 995; **Sirmen**, s. 663.

<sup>25</sup> **Akipek**, s. 168; **Ayan**, s. 161; **Esener/Güven**, s. 445; **Ertaş**, s. 503; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1008; **Karahasan**, s. 227; **Oğuzman/Seliçi/zdemir/Oktay**, s. 748; **Sarı**, s. 995; **Sirmen**, s. 663.

<sup>26</sup> **Ertaş**, s. 502; **Esener/Güven**, s. 446; **Helvacı**, s. 170; **Köprülü/Kaneti**, s. 624; **Oğuzman/Seliçi/zdemir/Oktay**, s. 749; **Sarı**, s. 995.

<sup>27</sup> Taşınır mal üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi için, kural olarak malın zilyetliği rehnalana veya üçüncü bir kişiye devredilmelidir. Taşınmaz rehninin eklentiyi de kapsaması sonucu taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescille kurulunca taşınır eşya olan eklentiler de rehnin kapsamına girecektir. Böylece taşınmaz maliki eklenti niteliğindeki taşınır malları elinde tutarak onlardan yararlanabilecek böylece kredibilitesini arttırmış olacaktır. Bkz. **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, s. 268; **Helvacı**, s. 177; **Karahasan**, s. 227; **Luo**, s. 35; **Oğuzman/Seliçi/zdemir-Oktay**, s. 749; **Reisoğlu, Seza**, İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Uygulamada Ortaya ıkan Sorunlar, Ankara 1979, s. 17; **Sirmen**, s. 295.

eklentinin varlığından haberdar olmasa bile eklenti niteliğindeki taşınır eşyalar üzerinde rehin hakkı doğacaktır<sup>28</sup>. Taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulunca eklentiler kendiliğinden rehnin kapsamına girdiği gibi rehin kurulduktan sonra taşınmazın eklentisi niteliğini alan eşya da kendiliğinden rehnin kapsamına girecektir<sup>29</sup>. Rehin kurulurken veya kurulduktan sonra eklenti niteliğinde olan bir eşya, daha sonra bu niteliğini kaybederse rehnin kapsamından çıkar; ancak eklenti niteliğini kaybeden eşya rehnin kapsamına dahil olan başka bir unsur olarak nitelendirilirse rehnin kapsamında kalmaya devam eder<sup>30</sup>.

Ekleninin rehnin kapsamında yer alması emredici bir düzenleme değildir. TMK mad. 686/1 aksi kararlaştırılmadıkça ibaresine yer vererek, tarafların aralarında anlaşarak eklentiye rehnin kapsamından çıkarabilmelerine imkan tanımıştır. Taraflar rehin sözleşmesinde tüm eklentilerin rehnin kapsamına dahil olmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi, bazı eklentilerin rehin kapsamına dahil olmayıp bazılarının rehnin kapsamına dahil olacağını da kararlaştırabilirler.

TMK mad. 862/2 bir eşyanın eklenti olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda karine ortaya koymuştur. Taşınmaz malikinin yazılı istemi üzerine taşınmazın beyanlar hanesine yapılan kayıt malikin özgüleme iradesini gösterir. Bu kayıtla birlikte taşınmazın beyanlar hanesine kaydedilen eşyanın eklenti niteliğinde olduğuna dair karine oluşur. Bu karine aksi ispat edilebilir bir karinedir. Bir eşyanın eklenti olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartları taşıması gerekir<sup>31</sup>. Beyanlar hanesine yapılan kayıt eklenti niteliği taşımayan eşyayı eklenti yapmaz. Tapudaki kayda rağmen eşyanın eklenti olarak nitelendirilebilmesi için gereken şartları taşımadığını iddia eden biri, bu karineyi çürütebilir. Dolayısıyla beyanlar sütununda eklenti olarak kaydedilmiş bir şeyin, bu niteliği kazanmak için gerekli şartları taşıması halinde bu kaydın herhangi bir değeri olmayacaktır<sup>32</sup>. Bir eşyanın eklenti olarak nitelendirilebilmesi için beyanlar sütununa kaydedilmesi de şart değildir. Gerekli şartları taşıyorsa bir eşya beyanlar sütununa kaydedilmese de eklenti olarak nitelendirilir ve rehnin kapsamına girer.<sup>33</sup>

Ekleni asıl şeyden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptir. Dolayısıyla eklenti asıl şeyin maliki dışında bir üçüncü kişiye ait olabilir. Ekleninin asıl şeyin maliki

---

<sup>28</sup> Brehm, Wolfgang/Berger, Christian, s. 268; Luo, s. 35; Reisoğlu, s. 21.

<sup>29</sup> Ayan, s. 161; Davran, s. 13; Ertaş, s. 502; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1009; Helvacı, s. 177; Karahasan, s. 227; Köprülü/ Kaneti, s. 264; Oğuzman/Seliçi/Özdemir/Oktay, s. 749; Sarı, s. 996.

<sup>30</sup> Sarı, s. 999.

<sup>31</sup> Ayan, s. 162; Esener/Güven, s. 446; Helvacı, s. 181; Karahasan, s. 228; Köprülü/Kaneti, s. 267; Oğuzman/Seliçi/Özdemir/Oktay, s. 750; Sarı, s. 997; Sirmen, s. 664; Reisoğlu, s. 24.

<sup>32</sup> Ayan, s. 162; Esener/Güven, s. 446; Helvacı, s. 182; Sirmen, s. 664; Reisoğlu, s. 24.

<sup>33</sup> Y.12.HD.E.2008/14389 K.2008/18381 kararına bkz.

dışında üçüncü bir kişiye ait olması halinde tarafların karşılıklı durumlarının ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Eklentinin malikinin, eklentinin rehnin kapsamında yer almasına rızası varsa sorun olmayacaktır. Ancak, eklentinin malikinin rızasının bulunmaması durumunda, eklentinin rehnin kapsamına girip girmeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Özellikle emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabının korunması kapsamında eklenti üzerinde rehin hakkının kazanılıp kazanılamayacağı tartışma konusu yapılacaktır. TMK mad. 862/3 üçüncü kişilerin eklenti üzerindeki hakkının saklı olduğunu belirtmiştir. Bir görüş, emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabı için gerekli şartlar varsa eklentinin rehnin kapsamına gireceğini savunmaktadır<sup>34</sup>. Diğer görüş, emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabı ile eklenti üzerinde rehin hakkının kazanılabilmesi için zilyetliğin de mutlaka devredilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>35</sup>. Başka bir görüşse, emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabı ile eklenti üzerinde rehin hakkının kazanılmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>36</sup>.

#### D. Kira Bedeli

TMK mad. 863/1 rehnedilen taşınmazdan belirli bir süre elde edilen kira bedellerinin de rehnin kapsamında yer alacağını belirtmiştir. Taşınmaz rehninin kapsamına giren kira bedelleri, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bu takibin başlamasından; iflas yolu ile takipte iflasın ilanından taşınmazın paraya çevrildiği ana kadar geçen sürede elde edilen kira bedelleridir<sup>37</sup>.

Kira bedellerinin rehin kapsamında yer aldığı hususunun kiracıya karşı ileri sürülebilmesi için, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip söz konusuysa takibin kiracıya bildirilmesi, iflas yoluyla takip söz konusuysa iflasın ilan edilmesi gerekir. Dolayısıyla takip bildirilmeden veya iflas ilan edilmeden kiracı kira bedellerini kiralayana derse rehin hakkı sahibine karşı herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. Ancak kiracıya takip bildirilmemiş veya iflas ilan edilmemiş olsa da, kiracı söz konusu kira bedellerinin rehnin kapsamına girdiğini ve taşınmaz malikine ödeme yapmaması gerektiğini öğrenmişse kiralayana yaptığı ödemeye sorumluluktan kurtulamaz ve rehinli alacaklıya ikinci bir ödeme yapmak zorunda kalır<sup>38</sup>. İİK mad. 150/b uyarınca alacaklının

---

<sup>34</sup> Akipek, s. 173; Ayan, s. 164; ; Davran, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 576; Esener/Güven, s. 446; Helvacı, s. 190; Karahasan, s. 228; Sarı, s. 999; Sirmen, s. 664; Reisoğlu, s. 21.

<sup>35</sup> Karahasan, s. 228; Köprülü/Kaneti, s. 269; Sirmen, s. 664.

<sup>36</sup> Ayan, s. 164; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1010; Helvacı, s. 190; Köprülü/Kaneti, s. 269; Oğuzman/Seliçi/zdemir-Oktay, s. 751.

<sup>37</sup> Alman Hukuku'nda rehin kapsamına giren muaccel kira bedellerinin sorumluluğun gerçekleşmesinden 1 yıl geçtikten sonra kendiliğinden kapsam dışına çıkacağı ngrlmştir. Bkz. Brehm, Wolfgang/Berger, Christian, s. 271; Luo, s. 36; Westermann/Gursky/Eickmann, s. 770.

<sup>38</sup> Karahasan, s. 229; Köprülü/Kaneti, s. 271; Sarı, s. 1001.

talebi üzerine kiracıları takipten haberdar etme ve kiracıların kiralalarını icra dairesine ödemeyi emretme görevi icra müdürüne aittir<sup>39</sup>.

TMK mad. 863/3 rehnin kapsamına giren kira bedelleri konusunda rehin hakkı sahibini koruyucu bir düzenleme getirmiştir. Böylece rehinli taşınmaz malikin henüz muaccel olmamış kira bedelleri üzerinde yaptığı hukuki işlemler –örneğin, kira bedellerinin devredilmesi- kira alacaklarının muaccel olmalarından önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanması halinde rehinli alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir. Aynı şekilde söz konusu döneme ilişkin kira bedellerine başka alacaklılar tarafından koydurulan hacizler de rehin hakkı sahibine karşı hüküm ifade etmeyecektir.

### E. Sigorta Tazminatı

TMK mad. 879/1 rehin hakkı sahibinin malikin sigortacıdan olan sigorta tazminatı alacağı üzerinde kanundan doğan bir alacak rehnine sahip olduğunu belirtmiştir<sup>40</sup>. Kural olarak taşınmaz malikin 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 9’uncu maddesindeki zorunluluk haricinde, taşınmazını sigorta ettirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Taşınmaz maliki kendi iradesiyle veya rehin hakkı sahibi ile arasındaki anlaşma uyarınca taşınmazını sigorta ettirirse sigorta tazminatı kaim değer olarak rehnin sağladığı teminatın kapsamına girecektir<sup>41</sup>. Sigorta tazminatının rehnin sağladığı güvencenin kapsamına girebilmesi için sigorta sözleşmesinin rehnin kurulmasından önce veya sonra yapılmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır<sup>42</sup>. Taşınmaz yeniden inşa edilirse veya onarırsa sigorta tazminatı rehnin kapsamından çıkar<sup>43</sup>.

Sigorta tazminatı taşınmaz malikine ancak rehin hakkı sahiplerinin rızasıyla ödenir. Riziko gerçekleşince sigortacı rehinli alacaklıların rızasını almadan malike ödemedede bulunursa rehinli alacaklılara karşı sorumlu olur ve ikinci defa ödeme yapmak zorunda kalabilir<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Y.12.HD. E.1996/15851 K.1996/16274 kararına bkz.

<sup>40</sup> Doktrinde kaim değer olan sigorta tazminatını düzenleyen bu hükmün geniş yorumlanması gerektiği ve taşınmazın yok olması, değerinin azalması hallerinde taşınmaz maliki yararına doğabilecek kaim değer niteliğindeki alacak haklarının da rehnin kapsamına girmesi gerektiği belirtilmektedir. **Akipek**, s. 175; **Ayan**, s. 164; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1014; **Köprülü/Kaneti**, s. 275; **Sarı**, s. 1002; **Sirmen**, s. 666.

<sup>41</sup> **Akipek**, s. 174; **Ayan**, s. 164; **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, s. 271; **Davran**, s. 17; **Esener/Güven**, s. 447; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1013; **Köprülü/Kaneti**, s. 274; **Luo**, s. 37; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 770.

<sup>42</sup> Bir görüş, ipoteğin sigorta sözleşmesinde öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden önce taşınmazın kütükteki sayfasına tescil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş çok fazla taraftar toplayamamıştır. Görüşün eleştirisi için bkz. **Helvacı**, s. 203.

<sup>43</sup> **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, s. 272; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 772.

<sup>44</sup> **Sarı**, s. 1002.

Kural sigorta tazminatının malike rehin hakkı sahiplerinin rızasının alınmasından sonra ödenmesi olmakla beraber TMK mad. 879/2 bu kurala istisna getirmiş ve sigorta tazminatının taşınmazın eski hale getirilmesi için harcanacak olması halinde rehinli alacaklıların rızası olmadan malike ödeneceğini zenlemiştir. Kanun bu durumda rehinli alacaklıların rızasını aramamakla birlikte sigorta tazminatının malike ödenebilmesi için malikin yeterli güvenceyi göstermesi koşulunu getirmiştir<sup>45</sup>. Taşınmaz maliki güvence olarak başka bir taşınmazı, taşınır bir eşyayı, alacağı rehnedebilir veya kefil göstermek gibi şahsi bir teminat verebilir<sup>46</sup>.

Uygulamada bankalar genellikle ipotek koydurdukları taşınmazları kendileri için sigorta ettirmektedirler. Bankaların yaptırdığı gibi rehinli alacaklının taşınmazı kendisi için sigorta ettirmesi halinde TMK mad. 879 uygulanmayacak, sigorta tazminatı rehinli alacaklıya malikin, diğer rehinli alacaklıların veya herhangi bir başkasının rızasına gerek olmaksızın ödenecektir<sup>47</sup>.

#### IV. REHİN KONUSUNUN BELİRLİLİĞİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

##### A. Birden Fazla Taşınmazın Rehın Verilmesi

Birden fazla taşınmaz aynı alacağın güvencesi olarak rehnedilebilir. Bu durum TMK mad. 885’de zenlenmiştir.

Belirlilik ilkesi rehınn konusunu birden fazla taşınmazın oluşturduğı hallerde de uygulama alanı bulacaktır<sup>48</sup>. Rehınn konusunu birden fazla taşınmazın oluşturduğı hallerde belirlilik ilkesinin nasıl uygulama bulacağıyla ilgili daha önce açıklama yaptığımızdan burada bu konuya tekrar değinilmeyecektir<sup>49</sup>.

Birden fazla taşınmazın aynı alacak için rehınn konusunu oluşturması iki farklı şekilde olabilir. Birincisi, güvence bölünerek verilen rehın; ikincisiyse, güvence blnmeksizin verilen rehındır.

##### aa. Güvence Bölünerek Verilen Rehın

Birden fazla taşınmazın aynı alacağı güvence teşkil etmek üzere rehın verilmesi halinde kural güvencenin bölünmesidir. Rehınn konusunu oluşturan taşınmazlar aynı borçluya veya farklı borçlulara ait olabilir. Birden fazla

---

<sup>45</sup> Bir görüş, taşınmazın eski hale getirilmesi için harcanacak tutarla ilgili teminat gsterilemediğı hallerde, bir banka hesabı açılarak bu tutarın buraya yatırılarak eski hale getirme çalışmaları için kullanılabilceğini savunmaktadır. Bkz. **Helvacı**, s. 206.

<sup>46</sup> **Köprülü/Kaneti**, s. 274; **Oğuzman/Seliçi/zdemir/Oktay**, s. 752; **Sarı**, s. 1003.

<sup>47</sup> **Doğın**, s. 26; **Helvacı**, s. 207; **Sirmen**, s. 666.

<sup>48</sup> **Acar**, s. 236; **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, s. 299; **Davran**, s. 27; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 830.

<sup>49</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. “Rehın Hukukuna zg Belirlilik İlkesinin Yapısı” kısmındaki açıklamalara.

taşınmazın aynı alacağa güvence teşkil etmek üzere rehin verilmesi halinde önemli olan, taşınmazlar üzerindeki rehin yükünün miktarının, alacağın miktarını geçmemesidir<sup>50</sup>. Burada alacak değil, rehin yükü bölünmektedir<sup>51</sup>. Böylece her bir taşınmaz alacağın belirli bir kısmını güvence altına alacaktır. Örneğin, B, A'ya 100.000 TL olan borcunu güvence altına almak amacıyla Çankaya'daki arazisi üzerinde 40.000 TL; İncek'teki arazi üzerinde de 60.000 TL rehin kurmuş olabilir. Borcun ödenmemesi halinde A, Çankaya'daki arazinin 40.000 TL için, İncek'teki arazinin de 60.000 TL için paraya çevrilmesini isteyebilecektir. Bu bağlamda Çankaya'daki arazinin paraya çevrilmesi neticesinde 150.000 TL elde edilmesi halinde A 100.000 TL olan alacağının tamamının bu değerden karşılanmasını isteyemeyecek sadece 40.000 alabilecektir.

Güvencenin bölünmesi borçlunun yararına, alacaklının zararındır. Çünkü alacaklı güvencenin bölünmesi nedeniyle alacağının tamamına kavuşamayabilir. Bu itibarla bir taşınmazın yüklü olduğu rehinden daha az bedelle, diğer taşınmazlarına daha yüksek bedelle satılmaları halinde, rehin yükünden az bir bedelle paraya çevrilen taşınmazdan elde edilemeyen bedel rehin yükünden yüksek bedelle satılan taşınmazlardan sağlanan bedelle telafi edilemez<sup>52</sup>.

Taraflar rehin yükünün dağıtımını aralarında yapacakları anlaşmayla serbestçe belirleyebilirler. Bu durumda taraflar arasında "rehin yükünün dağıtımı anlaşması" söz konusu olacaktır<sup>53</sup>. Taraflar arasında rehin yükünün dağıtımına ilişkin herhangi bir anlaşma yoksa TMK mad. 855/3 uyarınca tapu idaresi taşınmazın değerine göre rehin yükünü taşınmazların her birine dağıtacaktır. TST mad. 32/2'de "*istemde bulunanlar her bir taşınmaz malın ne miktar için rehnedildiğini belirtmezlerse, istem reddedilir*" hükmü bulunmaktadır. TMK mad. 855/3 hükmüyle TST mad. 32/2 bu konuda birbiriyle çelişmektedir. Normlar hiyerarşisi uyarınca tüzükler kanunlara aykırı olamayacağından kanun hükmü esas alınmalıdır. Bu konuda TMK'nun getirdiği çözüm tarzı kabul edilecek olursa yani rehin yükünün taşınmazlar arasında taşınmazların değerine göre tapu idaresi tarafından resen dağıtılması kuralı benimsenecek olursa rehnedilecek taşınmazların değerinin bilinmesi gerekecektir<sup>54</sup>. Uygulamada tapu kütüğünde taşınmazın değerine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, bu durumda rehin

---

<sup>50</sup> Brehm, Wolfgang/Berger, Christian, s. 300; Luo, s. 31; Sirmen, s. 633-634.

<sup>51</sup> Acar, s. 237; Altay/Eskiocak, s. 50; Cansel/Eren/Gürsoy, s. 972; Davran, s. 27; Doğan, s. 29; Helvacı, s. 228; Honsell/Vogt/Geiser, s. 1574; Karahasan, s. 214; Sirmen, s. 633.

<sup>52</sup> Altay/Eskiocak, s. 50.

<sup>53</sup> Acar, s. 239; Davran, s. 27; Sirmen, s. 634.

<sup>54</sup> Acar, s. 241; Davran, s. 27; Köprülü/Kaneti, s. 295; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 724; Sirmen, s. 634.

sözleşmesini düzenleyen tapu müdürü rehin yükünün dağıtımı konusunda anlaşmaya varmamış olan taraflardan taşınmazların değerini kendisine bildirmelerini istemelidir<sup>55</sup>. Taraflar bildirimde bulunmazsa tapu müdürünün tescil istemini reddetmesi uygun olacaktır. Bir başka görüşse, paylaştırmanın mahkemece yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>56</sup>. Burada konuya ilişkin bir diğer czm yoluysa, taşınmazın vergi değerı esas alınarak rehin yükünün dağıtımının yapılmasıdır<sup>57</sup>. Ancak taşınmazın vergi değerıyla piyasa değerinin birbiriyle örtüşmemesi durumunda bu czm tarzı uygulamada birçok sorunun cıkmasına sebep olabilecektir. Uygulamada tapu sicil müdürünün rehin yükü bildirilmedikçe, rehin sözleşmesini yapmaktan kaınacağından bu tartışmanın pratik bir değerinin olmadığı söylenebilir.

Güvence bölünerek birden ck taşınmaz üzerinde rehin kurulduğu durumlarda alacaklı TMK mad. 873/3 uyarınca taşınmazların tamamının paraya cvrilmesini istemelidir. Cnk taşınmazların her biri alacağın belirli bir kısmını güvence altına almaktadır. İcra memuru talep üzerine taşınmazların tamamını paraya cvirecektir. Bir görüş TMK mad. 873/3 son cümlesinde bu durumda taşınmazların tamamının paraya cvrilmeyeceğini, icra dairesinin gerektiği kadar taşınmazı paraya cvireceğini savunmaktadır; ancak biz bu görüşe katılmıyoruz<sup>58</sup>.

#### **bb. Güvence Blnmeksizin Verilen Rehin**

TMK mad. 855/1 güvence blnmeksizin tek alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde, her biri alacağın tamamına güvence teşkil etmek üzere rehin kurma olanağını sağlamıştır. Bu rehni ifade etmek üzere toplu rehin, kolektif rehin, müteselsil rehin, müşterek rehin gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır<sup>59</sup>. Bir alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulabilir ancak, bir alacak için aynı taşınmaz üzerinde birden fazla rehin kurulamaz<sup>60</sup>.

Birden fazla taşınmaz üzerinde tek bir alacağa güvence teşkil etmek üzere rehin kurulmasında kural güvencenin bölünerek rehin kurulmasıdır. Güvence blnmeksizin bir tek alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde rehin

---

<sup>55</sup> **Köprülü/Kaneti**, s.295; **Oğuzman/Seliçi/zdemir-Oktay**, s. 724; **Sirmen**, s. 634.

<sup>56</sup> **Akipek**, s. 195.

<sup>57</sup> **Altay/Eskiocak**, s. 52.

<sup>58</sup> Bu görüş için bkz. **Acar**, s. 241 vd.

<sup>59</sup> **Acar**, s. 243; **Altay/Eskiocak**, s. 45; **Baur, Fritz/ Baur, Jürgen/ Stürner, Rolf**, Sachenrecht, München 2009, s. 474; **Davran**, s. 28; **Doğan**, s. 25; **Helvacı**, s. 212; **Karahasan**, s. 215; **Köprülü/Kaneti**, s. 291; **Oğuzman/Seliçi/zdemir-Oktay**, s. 725; **Sirmen**, s. 633; **Weirich, Hans-Armin**, Grundstckrecht, München 2006, s. 429; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 831.

<sup>60</sup> **Baur, Fritz/ Baur, Jürgen/ Stürner, Rolf**, Sachenrecht, München 2009, s. 474; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 830.

kurulması istisnai olup ancak kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle böyle bir rehin kurulabilecektir. Toplu rehlin kurulabilmesi için TMK mad. 855/1 uyarınca taşınmazların aynı kişinin mülkiyetinde olması veya taşınmazlar aynı kişinin mülkiyetinde değilse, bu kişilerin borçtan müteselsilen sorumlu olması ve tarafların toplu rehin kurma iradesine sahip olması gerekir. Toplu rehin kurulabilmesi için gerekli şartlar mevcut olsa dahi taraflar rehin yükünü taşınmazlar arasında paylaştırarak da rehin kurabilirler. Toplu rehinde birden fazla taşınmaz alacağın tamamını güvence altına aldığından her bir taşınmazın tapudaki sayfasına alacağın tamamı yazılır<sup>61</sup>. Toplu rehin aynı alacak için kurulabilir, birden fazla alacağın güvence altına alınması için toplu rehin kurulamaz<sup>62</sup>.

Toplu rehlin bulunduğu hallerde bir tek alacak birden fazla taşınmaz tarafından güvence altına alındığından tek bir rehlin mi yoksa birden fazla rehlin mi söz konusu olacağı yönünde tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, toplu rehin halinde alacağın bölünmediğini ve rehlin hem iktisadi hem de hukuki açıdan bir bütün oluşturması sebebiyle tek bir rehlin bulunduğunu ileri sürmektedir<sup>63</sup>. Diğer görüş, aynı hakkın konusunu tek bir eşyanın oluşturabileceğini, burada birden fazla taşınmaz olduğu için birden fazla rehlin bulunduğunu savunmaktadır<sup>64</sup>. Biz burada rehnedilen taşınmazlar üzerinde tek bir rehin olduğu görüşüne katılmaktayız.

Toplu rehni güvence altına alınan borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı TMK mad. 873/3 uyarınca toplu rehni konusunu oluşturan bütün taşınmazların paraya çevrilmesini istemelidir<sup>65</sup>. İcra dairesiyse, taşınmazlardan alacağı karşılayacak kadarını paraya çevirecektir. Kanunkoyucu bu hükümlerle ipotekli alacaklının alacağını aşan miktarda taşınmazın gereksiz yere paraya çevrilmesini engellemeyi amaçlamaktadır<sup>66</sup>.

## **b. Arazi Bölünmesi**

Arazi TST mad. 9'da "*Arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdaki arazinin sınırlarının belirlenmiş olması ifadesi belirlilik ilkesini belirtmektedir.

---

<sup>61</sup> Acar, s. 250.

<sup>62</sup> Altay/Eskiocak, s. 58; Honsell/Vogt/Geiser, s. 1571.

<sup>63</sup> Acar, s. 250; Altay/Eskiocak, s. 56; Davran, s. 28; Doğan, s. 25; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1037; Helvacı, s. 213; Köprülü/Kaneti, s. 291; Kuntalp, s. 271.

<sup>64</sup> Acar, s. 251; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 725; Weirich, Hans-Armin, s. 429.

<sup>65</sup> Y.12.HD. E.2011/12836 K.2011/31083 kararına bkz.

<sup>66</sup> İcra müdürü paraya çevrilecek taşınmaz veya taşınmazları belirleyecektir. Belirlemeyi yaparken taşınmazların malik veya maliklerinin menfaatleriyle rehlinli alacaklının menfaatlerini ve diğer rehlinli alacaklıların menfaatlerini dengelemeye çalışacaktır. İcra müdürünün belirlemeyi yaparken göz önünde bulunduracağı çeşitli kriterler için bkz. Helvacı, s. 223-226.



Bir arazi bölünerek birden fazla parsel ayrılabilir<sup>67</sup>. Bir arazinin bölünmesiyle oluşan yeni arazi parçaları için tapu kütüğünde ayrı sayfa aılmadıka bunlar TMK açısından taşınmaz niteliğ kazanamayacaktır. Bu durum TMK mad. 854/2’de belirtilmiştir.

Arazinin bölünmesi malikin iradesine bağlıdır. Arazi maliki mülkiyet hakkının kendisine vermiş olduğu tasarruf yetkisi kapsamında arazisini birden fazla parçaya ayırabilecektir. Arazinin bölünmesi arazi malikinin iradesine bağlı olmakla beraber bölünme başta imar mevzuatı olmak üzere ilgili yasal düzenlemeler göz önüne alınarak gerçekleştirilecektir.

Arazinin üzerinde rehin hakkı bulunması arazinin bölünmesine engel değildir. Ayrıca rehinli arazinin bölünmesi alacaklının rızasını veya katılımını da gerektirmemektedir<sup>68</sup>. Dolayısıyla rehinli alacaklının arazinin bölünmesine rıza göstermemesi de arazinin bölünmesini engellemeyecektir. Bu durum TMK mad. 889’da düzenlenmiştir.

Rehinle yüklü bir arazinin bölünmesi için rehinli alacaklının rızasına gerek bulunmamaktadır; ancak arazinin bölünmesi de rehinli alacaklıya zarar vermemelidir. TMK mad. 889/1 yeni arazi parçalarının alacağın güvencesi olmaya devam edeceğini hükme bağlamıştır. Bölünme sonucunda oluşan yeni arazi parçalarının tamamının aynı malikte kalması, bir veya birkaç parçanın bir ya da birden fazla kişiye devredilmesi bu sonucu değiştirmeyecektir. Yeni arazi parçalarını alan kişi veya kişiler bu parçaları rehinle yüklü olarak alacaktır<sup>69</sup>.

Taraflar rehin yükünün nasıl dağıtılacağını aralarında yapacakları bir anlaşmayla serbestçe kararlaştırabilirler. Bu durum TMK mad. 889/1’de *“aksine bir anlaşma yoksa”* ifadesiyle belirtilmiştir. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması durumunda bölünmeyle oluşan yeni arazi parçaları rehinle yüklü olmakla beraber rehin yükünün nasıl dağıtılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda iki farklı çözüm söz konusu olabilecektir<sup>70</sup>. Birinci ihtimalde, yeni arazi parçaları bütünüyle alacağın teminatı olacaktır. İkinci ihtimaldeyse, yeni arazi parçaları kısmen alacağın teminatı olacaktır. Kanunkoyucumuz TMK mad. 889’da rehin yükünün bölünmesini yani ikinci çözüm tarzını benimsemiştir<sup>71</sup>. Bu hüküm uyarınca dağıtım tapu idaresince

---

<sup>67</sup> Arazi bölünmesi teknik bir kavramdır. Arazinin it veya benzeri Őeylerle fiilen parçalanarak belirli bölümlerinin farklı Şahıslar tarafından kullanılması teknik olarak bölünme anlamına gelmeyecektir.

<sup>68</sup> **Acar**, s. 215.

<sup>69</sup> **Acar**, s. 217; **Ayan**, s. 172; **Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 288; **Köprülü/Kaneti**, s. 392; **Reisoğlu**, s. 37.

<sup>70</sup> **Acar**, s. 219.

<sup>71</sup> Bkz. Y.14.HD. E.2009/2619 K.2009/3869. Alman kanunkoyucusu Türk kanunkoyucusunun aksine rehinli taşınmazın bölünmesi halinde rehin yükünün bölünmesini değil, her bölümün alacağın tamamını güvence altına almaya devam edeceğini hüküm altına almıştır. Bkz. **Luo**,

resen yapılacak ve rehin yükü taşınmazlara değerleri oranında dağıtılacaktır. Kural rehin yükünün bölünmesi olmakla beraber iki istisnai durumda rehin yükü bölünmeyecek, yeni arazi parçaları bütünüyle arazinin teminatı olmaya devam edecektir<sup>72</sup>. Birinci hal, rehinli taşınmazın bölünmesine rağmen bölünmeyle oluşan parçaların malikin mülkiyetinde kalmaya devam etmesi durumudur. İkinci halse, bölünmeyle oluşan parçaların borçtan müteselsilen sorumlu olan kişi veya kişilere devredilmesi durumudur.

Arazi bölünmesi halinde rehin yükünün nasıl dağıtılacağı konusunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmaması durumunda rehin yükü tapu idaresi tarafından resen ve taşınmazların değerine göre dağıtılacaktır; ancak alacaklı bu dağıtımı kabul etmek zorunda değildir. Kanunkoyucu TMK mad. 889/2 alacaklının dağıtıma itiraz edebileceğini belirtmiştir. Alacaklının itirazı iki sebebe dayanabilir<sup>73</sup>. Birinci sebep, dağıtımın hukuka aykırı olmasıdır. İkinci sebepse, dağıtım hukuka uygun olmakla beraber dağıtımın alacaklıyı tatmin etmemesidir. Rehin yükü tapu idaresi tarafından resen dağıtıldıktan sonra tapu müdürü durumu alacaklıya bildirir. Alacaklı tapu müdürü tarafından kendisine yapılan bildirimden sonra iki sebepten birine dayanarak bir ay içerisinde borçluya yazılı bildirimde bulunup, alacağı muaccel kılıp bir yıl içerisinde de borcun ifasını isteyebilir. Alacaklı borcun ifasını borçludan isteyebilir yoksa bölünme sonucunda oluşan yeni parçaların başka kişi veya kişilere devredilmesi söz konusuysa yeni maliklerden borcun ifasını isteyemez<sup>74</sup>.

TMK mad. 889/3'e göre, bölünmeyle oluşan arazi parça veya parçalarının yeni kişi veya kişilere devredilmesi durumunda, yeni malik veya malikler kendilerine ait taşınmaza düşen borcu yüklenirlerse alacaklı, önceki borçluya kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak bildirmezse, borçlu borcundan kurtulacaktır. Kanunkoyucu bu hükümle alacaklıya bir seçim imkanı getirmiştir. Alacaklı isterse rehin yükünün dağıtımından sonra TMK mad. 889/2'deki olanaktan yararlanarak yeni maliklerin borcu üstlenmesini engelleyebilir ya da yeni maliklerin beyanlarına karşı koymayarak onların borcu üstlenmesini ve önceki borçlunun borçtan kurtulmasını kabul eder<sup>75</sup>.

### c. Rehin Konusu Taşınmazdan Küçük Bir Parçanın Ayrılması

Arazi bölünmesinde yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda arazi birden fazla parçaya ayrılmakta ve yeni oluşan arazi parçalarının büyüklüğüne

---

s. 34.

<sup>72</sup> **Acar**, s. 220; **Gürsoy, K. Tahir**, Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978, s. 25; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay**, s. 725.

<sup>73</sup> **Acar**, s. 228; **Gürsoy**, s. 28.

<sup>74</sup> **Davran**, s. 28; **Gürsoy**, s. 28.

<sup>75</sup> **Acar**, s. 230; **Davran**, s. 28.

bakılmaksızın bu parçalar üzerinde de rehin hakkı devam etmektedir. Dolayısıyla taşınmazdan ayrılan parçanın boyutu ne kadar küçük olursa olsun bu durum bölünme olarak nitelendirilecek ve bölünmeye bağlanan hüküm ve sonuçlar bu parça ne kadar küçük olursa olsun o parça açısından da geçerli olacaktır. Bu kapsamda bölünen küçük arazi parçası üzerinde rehin hakkının sona ermesi ancak rehin hakkı sahibinin rızasıyla mümkün olacaktır.

TMK mad. 868 bu kurala istisna getirmiştir. Bu düzenleme uyarınca bölünen küçük arazi parçası üzerinde rehin hakkının sona erebilmesi için gerekli olan koşullar;

- Ayrılan arazi parçasının alacağın yirmide birinden az değerde olması
- Ayrılan arazi parçasının başkasına devredilmesi
- Geri kalan arazi parçasının alacağın tamamını güvence altına alması veya geri kalan arazi parçası alacağın tamamını güvence altına almaya yetmiyorsa bölünmeden önce taşınmazın değeri alacağın tümünü karşılamaya yetmiyorsa ayrılan parçanın değerinin tamamının, bölünmeden önce taşınmazın değeri alacağın tamamını karşılamaya yetiyor ancak bölünme ile karşılanamaz hale gelmişse eksik kalan kısmının rehin hakkı sahibine ödenmesi

Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda arazi maliki rehinli alacaklıdan rehnin kaldırılmasını isteyebilecektir. Talebi yerine getirilmezse malik mahkemeye başvurarak rehnin terkinini sağlayabilecektir.

#### **d. Arazi Birleşmesi**

Arazi birleşmesi TMK mad. 859-861 arasında her üç rehin türü için aynı esaslara tabi tutulmuştur. Aynı şahsa veya farklı şahıslara ait birbirine bitişik birden fazla arazi maliklerin rızasıyla birleştirilebilir<sup>76</sup>. Bu durumda “iradi birleşme” söz konusu olacaktır. Ancak arazi birleştirilmesi daha çok zorunlu birleştirmeye gerçekleşmektedir. Devlet genellikle imar planlaması veya tarım reformları çerçevesinde daha verimli tarım arazilerinin elde edilmesi amacıyla maliklerinin iradesine bakmaksızın küçük araziler yerine büyük arazilerin oluşturulmasını sağladığında “zorunlu birleşme” söz konusu olacaktır<sup>77</sup>. Birleşme sonucunda eski arazilere ait tapu sayfası kapatılmakta, malike yeni tapu verilmektedir.

Arazi birleştirilmesinde birleştirilen araziler üzerinde rehin hakkı olduğunda bu rehin hakkının durumunun ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır.

---

<sup>76</sup> Acar, s. 257; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 761; Helvacı, s. 341; Sirmen, s. 677.

<sup>77</sup> Acar, s. 257; Sirmen, s. 678.

Arazi birleşmesinin aynı haklara zarar vermemesi kuralı benimsenmiştir<sup>78</sup>. Bu bağlamda, arazi birleşmesi ister rızai ister zorunlu olsun birleştirilen araziler üzerindeki rehin hakkı sona ermemekte, birleşmeyle oluşan yeni arazi üzerinde rehin hakkı varlığını devam ettirmektedir. Birleşme sonrası rehinlerin aktarılması tapu sicil müdürü tarafından resen yapılacaktır. Birleştirilen arazilerden biri rehinle yüklüyse bu durumda rehinli alacaklılar birleşmeyle oluşan arazi üzerinde aynı miktar ve aynı derecede rehin hakkına sahip olacaktır. Birleştirilen arazilerin birden fazlası rehinle yüklüyse, TMK mad. 859/2 uyarınca rehin hakkı yeni arazi üzerinde sıralarını koruyarak aktarılır ve rehin hakkı arazinin tümünü kapsar.

TMK mad. 860 arazi malikine rehinli alacaklıya borcu ödeyerek birleşme sonrası oluşan araziye rehin yükünden kurtarılma imkanı da getirmiştir.

#### **e. Paylı Mülkiyet Payı**

Hukukumuzda nelerin taşınmaz olduğu TMK'da sınırlı olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla paylı mülkiyet payı taşınmaz değildir ve tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmesi de mümkün değildir. Bununla birlikte TMK mad. 688/3 paylı mülkiyet payının rehne konu olabileceğini düzenlenmiştir. Payın rehn edilmesi paylı mülkiyete tabi taşınmaza yük getirmez. Borcun ifa edilmemesi halinde taşınmaz değil, pay paraya çevrilecektir.

Pay rehn edilebildiğinden taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi pay açısından da uygulama bulacaktır. Bu itibarla rehn edilecek taşınmaz ve pay belirli olmalıdır. Pay rehninin kurulabilmesi için öncelikle taşınmaz belirli olmalı ve bu taşınmaz üzerinde geçerli bir paylı mülkiyet ilişkisi bulunmalıdır. Dolayısıyla pay rehninin ön koşulu, geçerli bir paylı mülkiyet ilişkisinin bulunmasıdır. Geçerli bir paylı mülkiyet ilişkisi yoksa şekli olarak pay üzerinde rehin kurulsa da rehnin varlığından söz edilemeyecektir<sup>79</sup>. Geçerli bir paylı mülkiyet ilişkisinin olmasına rağmen pay oranlarının hiç belirtilmemesi veya yanlış belirtilmesi pay üzerinde rehin kurulmasını engellemeyecek yasa gereği eşit pay kuralı uygulanacak ve eşit pay üzerinden rehin kurulmuş olacaktır<sup>80</sup>. Belirli olma kuralı hem borçlandırıcı işlem aşamasında hem de tescil aşamasında hayata geçirilecektir. Bu bağlamda TST mad. 33 uyarınca rehin sözleşmesinde payın miktarı ve paydaşın kimliği açıkça belirtilecek, tescil yapılırken de hangi paydaşa ait payın rehinli olduğu düşünceler sütununda belirtilecektir. Hukukumuzda paylı mülkiyet payı için tapu kütüğünde ayrı sayfa açılması mümkün olmadığı için rehin kurma işlemi taşınmazın sayfasında gerçekleştirilecektir.

---

<sup>78</sup> Acar, s. 259; Helvacı, s. 342.

<sup>79</sup> Acar, s. 294.

<sup>80</sup> Acar, s. 294.

Belirlilik ilkesinde bölünmezlik pay rehninde de uygulanacak ve paydaş payını bölerek rehnedemeyecektir. Bir taşınmaz nasıl ki fiziki anlamda bölünüp rehnedilemiyorsa paylı mülkiyet payı da bölünerek rehnedilemez.

#### **f. Elbirliği Mülkiyetinde Ortaklık Hakkı**

Elbirliği mülkiyetinde ortakların hakları paylı mülkiyette olduğu gibi bir payla ifade edilmemektedir. Dolayısıyla ortakların hakları tam olarak belirli değildir. Bu durum TMK mad. 701/2'de belirtilmiştir. Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi uyarınca, elbirliğine konu maldaki ortaklık hakkı üzerinde belirleme ve bireyselleştirme yapılamayacağı için elbirliği mülkiyetindeki ortaklık hakkı taşınmaz rehnine konu olmaz. Ancak, üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan bir taşınmazın kendisi rehne konu edilebilir. zerinde elbirliği mülkiyeti bulunan bir taşınmaz üzerinde rehin kurulabilmesi için TMK mad. 702/2 uyarınca ortakların oy birliğiyle karar vermeleri gerekecektir. Aıklamalarımızı bir örnekle somutlaştıracak olursak, A ve B adlı kardeşler babalarından kalan arazinin tamamı üzerinde oybirliğiyle karar alıp rehin kurulabilir; ancak A miras payı olan ½ hisse üzerinde ne kendi başına ne de B'nin rızasıyla rehin kuramayacaktır.

### **B. TEMİNAT ALTINA ALINACAK ALACAK AÇISINDAN BELİRLİLİK İLKESİ**

#### **1. Genel Olarak**

Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesinin birinci yönü yukarıda açıkladığımız gibi rehin konusu taşınmazın belirli olmasıdır. Belirlilik ilkesinin ikinci ynyse, rehinle güvence altına alınan alacağın belirli olmasıdır<sup>81</sup>. Rehinle teminat altına alınacak alacağın belirli olması, rehinin temin ettiği alacağın miktar itibariyle belirli olması anlamına gelmektedir. Hukukumuzda verme, yapma, yapmama gibi her türlü alacağın güvence altına alınması için taşınmaz rehni kurulabilir<sup>82</sup>. Ancak rehinin kurulabilmesi için alacağın miktarının tapuda gösterilmesi şarttır. Alacağın bir miktar para olduğu hallerde bu miktarın, alacağın paradan başka bir Şeyin verilmesine, yapma veya yapmamaya ilişkin olduğu hallerdeyse, tarafların belirleyeceği miktarın tapu kütüğünde gösterilmesiyle taşınmaz rehni kurulabilecektir. Alacağın borçlar hukuku nitelikli olması gerekmez, eşya hukuku, aile hukuku veya bir başka hukuk alanına ilişkin bir alacak için de

---

<sup>81</sup> Rehinin amacı alacağı güvence altına almaktır. Ortada bir alacak olmadan rehin kurulamaz. Örneğin, taşınmaz sahibi A oğlunu alacaklıları karşısında korumak amacıyla ortada bir alacak olmamasına rağmen taşınmazı üzerinde oğlu lehine bir rehin hakkı kuramaz. Başka rnekler için bkz. **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 746.

<sup>82</sup> **Akipek**, s. 189; **Doğan**, s. 3; **Esener/Güven**, s. 449; **Kuntalp, Erden**, Ana Para ve st Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989, s. 3; **Oğuzman/Seliçi/zdemir-Oktay**, s. 757; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 961; **Sarı**, s. 964.

rehin kurulabilecektir, ancak her durumda tapuda belirli bir parasal karşılık gösterilerek rehin kurulmalıdır<sup>83</sup>. Bu durum TMK mad. 851/1'de belirtilmiştir. Düzenlemenin amacı, rehnin taşınmaz üzerinde ne miktarda bir yük teşkil ettiğini ilgili herkesin tapu kütüğünden anlayabilmesini sağlamaktır<sup>84</sup>. Böylece taşınmazı sonradan alacak olanlar, diğer sınırlı aynı hak ve rehin hakkı sahipleri, rehinli alacağı devralacaklar hatta adi alacaklılar rehnin taşınmaz üzerinde ne miktarda bir yük teşkil ettiğini görebilme imkanı elde etmektedir.

Taşınmaz rehniyle güvence altına alınacak alacağın miktarının Türk parası olarak gösterilmesine dair TMK mad. 851/1 hükmünün hukuki niteliği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, bu hükmün tapu müdürünün uyması gereken bir düzen hükmü olduğunu savunmaktadır<sup>85</sup>. Bu görüş uyarınca, bu hükme uyulmaması halinde yani teminat altına alınacak alacağın miktarının Türk parası olarak gösterilmemesi halinde, rehin geçerliliğini korumaya devam edecek; sadece hükme uymayan tapu müdürüne idari yaptırım uygulanabilecektir. Diğer bir görüşe göre, bu hüküm emredici niteliktedir<sup>86</sup>. Bu görüş uyarınca, bu hükme uyulmaması halinde yani teminat altına alınacak alacağın miktarının Türk parası olarak gösterilmemesi halinde, rehin hakkı geçerli olarak kurulamayacaktır. Alacağın miktarının hiç gösterilmemesi halinde veya kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmediği halde yabancı parayla gösterildiği hallerde geçerli bir rehin haktan söz edilemeyecektir. Hakim görüş bu düzenlemenin emredici olduğunu savunmaktadır. Zira alt sıradaki aynı hak sahiplerinin ve diğer ilgililerin rehin yükünün tutarını bilme imkanına sahip olmasında yarar vardır.

Taşınmaz rehniinde belirlilik ilkesi uyarınca teminat altına alınacak alacağın mutlaka belirli olması şart değildir. TMK mad. 851 alacağın miktarının tam olarak belirli olmadığı hatta ileride doğacak veya doğması muhtemel alacaklar için bile taşınmaz üzerinde ipotek kurulabileceğini düzenlemiştir. Belirlilik ilkesinin uygulanabilmesi için, rehnin taşınmaz üzerinde ne miktarda yük teşkil ettiği belirli olmalıdır yoksa rehinle güvence altına alınan alacağın belirli olması şart

---

<sup>83</sup> Baur, Fritz/Baur, Jürgen/Stürner, Rolf, s. 474; Westermann/Gursky/Eickmann, s. 747.

<sup>84</sup> Baur, Fritz/Baur, Jürgen/Stürner, Rolf, s. 477; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 757; Sarı, s. 964; Sirmen, s. 628. Westermann/Gursky/Eickmann, s. 747. Rehin kurulurken rehin sözleşmesinde miktar gösterme zorunluluğu olmakla beraber alacağın hukuki sebebinin gösterilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacağın belirlenebilir olması için hukuki sebep rehin sözleşmesinde gösterilmelidir. Hakim görüşe göre, belirli olma alacakla değil, alacağın miktarıyla ilgilidir; dolayısıyla hukuki sebebin rehin sözleşmesinde gösterilmesi gerekmez. Hukuki sebebin rehin sözleşmesinde gösterilme zorunluluğu olup olmadığı tartışması mevcut alacaklara ilişkin olmayıp, mevcut olmayan doğması kesin veya muhtemel alacaklara ilişkindir. Bkz. Doğan, s. 5; Kuntalp, s. 7-10.

<sup>85</sup> Doğan, s. 6; Kuntalp, s. 12; Sarı, s. 965.

<sup>86</sup> Akipek, s. 189; Altay/Eskiocak, s. 66; Ayan, s. 116; Doğan, s. 6; Esener/Güven, s. 446; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 962; Karahasan, s. 875; Kuntalp, s. 12; Sarı, s. 965.

değildir. Rehin yükünün belirliliği alacağın miktarının rehnin kuruluğu sırasında belirli olup olmamasına göre farklı hükümlere tabi tutulmuğuur. Dolayısıyla, anapara ipoteğinin ve üst sınır ipoteğinin kurulduğu hallerde rehinle güvence altına alınan alacağın kapsamına nelerin girdiği belirlenmelidir<sup>87</sup>.

## 2. Anapara İpoteğinde Alacağın Kapsamı

İpoteğin kurulduğu anda alacak mevcut ve miktarı belirliyse tarafların bu belirli miktardaki alacağı güvence altına almak amacıyla kurdukları ipotek “*anapara ipoteği*” olarak belirtilmektedir. Bir görüş, anapara ipoteğinin ancak miktarı belirli olan bir para alacağı için kurulabileceğini savunmaktadır<sup>88</sup>. Diğer bir görüş, teminat altına alınacak alacağın konusu paradan bağua bir şeyse bunun parasal karđuılıęının tapuda gösterilmesiyle anapara ipoteği Şeklinde ipoteğin kurulabileceğini savunmaktadır<sup>89</sup>. Hakim görüş, anapara ipoteğinin mevcut ve miktarı belirli para alacakları için kurulabileceği yönündedir.

Anapara ipoteğinde alacaklının rehin konusu tağuınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen değerden isteyebileceği alacak kalemlerinin neler olabileceği belirlenmelidir. TMK mad. 875/1 hükmüyle anapara ipoteğiyle güvence altına alınan alacağın kapsamını belirlemiğuur. Anapara ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen anapara tutarı, alacaklının anapara alacağı için bir üst sınır teğuil etmekte; diğer belirtilen yan alacaklar açısından bir üst sınır teğuil etmemektedir<sup>90</sup>. Bir bağua deyiğule alacaklı ipotekli tağuınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değerden anapara dığuındaki diğer yan alacaklarını tapu kütüğünde yazılı olan miktara ek olarak isteyebilecektir. Belirtilen alacak kalemleri dığuında rehinli tağuınmazın korunması amacıyla yapılan zorunlu masrafların da teminat kapsamında yer aldığı TMK mad. 876’da belirtilmiğuur.

### a. Anapara

Anapara ipoteğiyle yüklü bulunan tağuınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değerin güvence teğuil ettiği alacak kalemlerinden ilki anaparadır. Anapara alacağı açısından ipoteğin sağladığı teminatın üst sınırı, tapu kütüğünde yazılı olan miktardır<sup>91</sup>. Anaparanın tapu kütüğünde gösterilen

---

<sup>87</sup> Bir görüş, anapara rehni ifadesini kullanmakta ve anapara rehninin ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi Şeklinde kurulabileceğini, buna karđuılık üst sınır rehninin sadece ipotek Şeklinde kurulabileceğini ifade edip, üst sınır ipoteği kavramını kullanmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve terminolojik değerlendirilme için bkz. **Sarı**, s. 966-967.

<sup>88</sup> **Helvacı**, s. 141.

<sup>89</sup> **Sarı**, s. 968.

<sup>90</sup> **Helvacı**, s. 141-142 ; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 1558.

<sup>91</sup> **Ayan**, s. 162; **Helvacı**, s. 147; **Reisoğlu**, s. 9.

miktardan fazla olması halinde fazlaya ilişkin kısım ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girmeyecektir.

Rehnin kurulduğu tarihteki anapara alacağı zaman içerisinde azalabilir hatta sona ermiş olabilir. Tapu kütüğüne tescil edilen miktar böyle bir alacağın varlığına karine teşkil etmez<sup>92</sup>. Dolayısıyla alacaklının ipotekle teminat altına alınmış alacağının varlığı ve tutarı ayrıca ispat edilmelidir.

### **b. Takip Giderleri**

Takip giderleri, icra organlarının rehnin paraya çevrilmesi sırasında yaptığı harcamalardır. Örneğin, tebligat giderleri, ilan giderleri, bilirkişi giderleri, avukatlık ücretleri, harçlar bu giderlerden bazılarıdır<sup>93</sup>. İİK mad. 59/1 uyarınca bu giderler alacaklı tarafından peşin olarak ödenmelidir. Takip giderlerinin ipoteğin kapsamına girmesi için tapu kütüğüne ayrıca tescil edilmesi gerekmez<sup>94</sup>.

### **c. Gecikme Faizi**

TMK mad. 875'te gecikme faizi ibaresi kullanılmakla beraber bununla ifade edilmek istenen temerrüt faizidir. Borçlu ipotekle güvence altına alınan borcunu ödemediğinde temerrütte düşmüşse temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır ve bu faiz miktarı ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamında yer alacaktır. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar temerrüt faizi oranını aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. Temerrüt faizi oranını sözleşmede serbestçe kararlaştırmamışlarsa borçlu TBK mad. 120 uyarınca faiz borcunun doğduğu tarihteki mevzuat hükümlerine göre belirlenecek temerrüt faizini ödeyecektir. Bu faiz miktarının ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamında yer alabilmesi için tescil gerekmez. Bir görüş, kanuni temerrüt faizi oranına göre hesaplanacak temerrüt faizinin ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamında yer alabilmesi için tapu kütüğüne ayrıca tescil edilmesine gerek olmadığını; ancak temerrüt faizi oranının kanuni temerrüt faizi oranından daha yüksek bir oranda kararlaştırılması halinde bu oranın kanuni temerrüt faizini aşan kısmının güvencenin kapsamına girmeyeceğini savunmaktadır<sup>95</sup>. Diğer bir görüşse, kanuni temerrüt faizi oranını aşan temerrüt faizi oranının tapu kütüğüne tescil edilmesi halinde ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamına gireceğini

---

<sup>92</sup> Helvacı, s. 147; Sirmen, s. 668.

<sup>93</sup> Hangi giderlerin takip gideri olarak nitelendirilip rehnin sağladığı güvencenin kapsamına girdiği konusundaki tartışma için bkz. Altay/Eskiocak, s. 87.

<sup>94</sup> Ayan, s. 164; Helvacı, s. 149; Kuntalp, s. 25; Oğuzman/Seliçi/Özdemir/Oktay, s. 757; Sirmen, s. 668.

<sup>95</sup> Akipek, s. 190; Ayan, s. 134; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 964; Helvacı, s. 150; Köprülü/Kaneti, s. 284; Oğuzman/Seliçi/Özdemir/Oktay, s. 757.



savunmaktadır<sup>96</sup>. Bu görüşe göre, tarafların belirledikleri faiz oranının tapu ktgnde gösterilerek belirlilik ilkesinin gereği yerine getirilmiş olacak ve bu şekilde tarafların belirlediği faiz oranına göre hesaplanan miktar ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girecektir.

Yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi anapara ipoteği ancak miktarı belirli olan bir para alacağı için kurulabilecektir. Borunun temerrüde dmesi halinde alacaklının uğradığı zararın tamamının temerrüt faiziyle karşılanamaması durumunda aşkın zararın istenmesi söz konusu olacaktır. Temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın zarar ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamına girmeyecektir<sup>97</sup>. Ancak taraflar aralarında anlaşarak gelecekte doğması muhtemel ve belirsiz bu alacak için ayrı bir üst sınır ipoteği kurarak bu alacağı güvence altına alabilirler<sup>98</sup>.

İpoteğin mutlaka borçlu tarafından verilmesi şart değildir, üçüncü bir kişi de taınmazını başka birinin borcu için güvence teşkil etmesi amacıyla ipotek konusu yapabilir. deme istemi başlıklı TMK mad. 887 uyarınca güvence altına alınan alacağın muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlanmısa bu ihbar taşınmaz malikine de yöneltilmelidir. Dolayısıyla temerrüt faizinin ipotekle sağlanan güvencenin kapsamına girmesi taşınmaz malikine yapılacak ihbardan sonra mümkün olacaktır. İhbar yapılmıya kadar işleyecek temerrüt faizi ipotekle sağlanan güvencenin kapsamına girmeyecektir<sup>99</sup>.

#### d. Sözleşme Faizleri

TMK mad. 875 uyarınca sözleşme faizleri ipotekle sağlanan güvencenin kapsamına girmeyecektir<sup>100</sup>. Taraflar ipotekle güvence altına alınan para alacağı için faiz ödeme yükümlülüğünü emredici hükümler çerçevesinde serbestçe kararlatırabilirler. Taraflar faiz ödenmesini kararlatırmakla beraber faiz oranını belirlememilerse veya taraflar faiz ödenmesi konusunda anlamamakla beraber faiz ödenmesi kanundan kaynaklanıyorsa kanunda öngörülen faiz oranı uygulanarak belirlenecek miktarın ödenmesi gerekecektir. Faiz denmesi kanundan kaynaklanıyorsa veya taraflar kanunda öngörülen oranın ödenmesi konusunda anlama yapmılarsa kanuni faiz oranının tapu ktgndeki faiz stnuna yazılmadan ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamından yararlanması söz konusu olacaktır<sup>101</sup>. Kanunen faiz ödenmesi zorunlu olmadığı halde taraflar faiz ödenmesini kararlatırmılarsa veya kanunen faiz ödeme

---

<sup>96</sup> Ayan, s. 134; Helvacı, s. 150; Kuntalp, s. 32; Köprülü/Kaneti, s. 184; Sarı, s. 974; Sirmen, s. 668; Reisoğlu, s. 10.

<sup>97</sup> Helvacı, s. 150; Sarı, s. 974.

<sup>98</sup> Doğan, s. 17; Helvacı, s. 150; Sarı, s. 974.

<sup>99</sup> Doğan, s. 17; Helvacı, s. 151; Reisoğlu, s. 9.

<sup>100</sup> Bkz. Y.19.HD. E.2005/4900 K.2005/6735.

<sup>101</sup> Doğan, s. 17; Helvacı, s. 152; Sirmen, s. 669.

yükümlülüğü olmakla beraber kanunda öngörülen orandan daha fazla bir oran kararlaştırmışlarsa TST mad. 31 uyarınca bu oranının tapu kütüğüne yazılması gerekecektir. Bu oranın tapu kütüğüne yazılması belirlilik ilkesinin gereğidir.

Sözleşmesel faizler ister taraflarca kararlaştırılsın ister kanun gereği ödenmek zorunda olsun, bu faizlerin sadece belirli bir kısmı ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamına girecektir. Güvencenin kapsamına giren sözleşmesel faizlerin ilk kısmı, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faizlerdir. Burada iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarih esas alınarak belirleme yapılmıştır. Bu andan geçmişe dönük olarak muaccel olmuş üç yıllık faiz istenebilecek olup, daha önceki tarihlerdeki temerrüt faizleri istenemeyecektir. Üç yıllık süreden önce muaccel olmuş faizler güvencenin kapsamına girmeyecektir. Sözleşmesel faizlerden güvencenin kapsamına girecek diğer bir kısım sözleşmesel faizse, son vadeden başlayarak işleyen faizlerdir. Kanun bu tarihten sonra işleyecek faizler için herhangi bir sınırlama getirilmeden ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamına gireceğini hükme bağlamıştır. İpoteğin sağladığı güvencenin kapsamına girmeyen faizler adi alacak niteliğindedir ve alacaklı bunlar için borçlunun kişisel malvarlığı değerlerine yönelecektir.

Faiz oranı taraflarca belirlenip tapu kütüğüne yazıldıktan sonra bu oranın arttırılması gündeme gelebilir. TMK mad. 875/2 bu durumu düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca tapu kütüğüne kaydedilen faiz oranının arttırılmasıyla güvencenin kapsamı kural olarak genişletilemeyecektir. Bu düzenlemenin amacı, malik ve alacaklının aralarında anlaşarak alt derecedeki veya aynı derecedeki diğer ipotekli alacaklıların durumunu kötüleştiremeyecek olmalarıdır. Faiz oranının arttırılması alt derecedeki veya aynı derecedeki diğer ipotekli alacaklıların rızasıyla mümkün olacaktır<sup>102</sup>.

#### **e. Taşınmazın Korunması İçin Yapılan Zorunlu Giderler**

TMK mad. 876 taşınmazın korunması için yapılan zorunlu giderlerin güvenceden yararlanıp yararlanmayacağını düzenlemektedir. Bu hükme göre ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına giren alacaklardan biri de taşınmazın korunması için özellikle malik hesabına sigorta ücretlerini ödemek için alacaklının zorunlu olarak yaptığı giderlerdir. Bu alacakların ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamına girmesi için tapu kütüğüne tescil gerekmez. Bu giderler, tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkıyla teminat altına alınmıştır<sup>103</sup>. Rehinli alacaklının rehinli taşınmazın korunması için yaptığı zorunlu giderler vekaletsiz iş görmeye dayalı bir alacak hakkı niteliğindedir<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Helvacı, s. 154; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 757, Sarı, s. 976; Sirmen, s. 669.

<sup>103</sup> Aybay/Hatemi, s. 282; Doğan, s. 19; Esener/Güven, s. 449; Helvacı, s. 154;; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 757; Sirmen, s. 670.

<sup>104</sup> Helvacı, s. 156; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 757; Sirmen, s. 670.

Bu alacakların tescile tabi olmaksızın ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamında yer almasının sebebi, rehinli alacaklının bu masrafları yapmayacak olması halinde taşınmazın değer yitirecek ve ipotekli alacaklının, diğer ipotekli alacaklıların ve adi alacaklıların zarar görecektir. Kanun alacaklının özellikle malikin ödemesi gereken sigorta primlerini ödemesi durumunda onu korumak amacıyla bu hükmü getirmiştir.

### 3. Üst Sınır İpoteğinde Alacağın Kapsamı

Rehnin kurulması sırasında alacağın miktarı belirli değilse TMK mad. 851/1'in ikinci cümlesi uyarınca taraflar üst sınır ipoteği kurabilecektir. Rehnin kurulması sırasında alacağın miktarının belirli olduğu hallerde taraflar anapara ipoteği kurabilecektir; ancak anapara ipoteği kurma zorunlulukları bulunmamaktadır. Taraflar ana para ipoteği kurabilecekleri hallerde üst sınır ipoteği de kurabilir. Rehnin kurulduğu sırada alacağın miktarı belirli değilse üst sınır ipoteği kurulmasından başka imkan bulunmamaktadır. Üst sınır ipoteğinin kurulabilmesi için alacağın mevcut olması da gerekli değildir. Henüz doğmamış ve doğması muhtemel veya kesin alacaklar için de üst sınır ipoteği kurulabilecektir.

Anapara ile üst sınır ipoteği ayrımının önemi, sağladıkları güvencenin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Anapara ipoteğinde taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değerden alacaklının isteyebileceği alacak kalemleri TMK mad. 875'te düzenlenmiştir. Anapara ipoteğinde alacaklı anapara alacağı dışındaki yan alacaklarını tapu kütüğünde yazılı miktardan ayrı olarak isteyebilecektir. Üst sınır ipoteğindeyse, tapu kütüğüne tescil edilen miktar alacaklının tüm taleplerini karşılayacak şekilde belirleneceği için bu miktar alacaklının tüm alacak kalemleri için bir üst sınır teşkil edecek olup, alacaklı anapara dışındaki yan alacaklarını tapu kütüğünde yazılı miktara ek olarak isteyemeyecektir<sup>105</sup>. Yani TMK mad. 875 üst sınır ipoteğinde uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, lehine üst sınır ipoteği kurulan alacaklı tapu kütüğüne yazılan miktar dışında kalan anapara, takip giderleri, gecikme faizi ve sözleşmesel faizleri taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değerden isteyemeyecektir. Alacaklı üst sınırı aşan alacak kalemleri için borçlunun kişisel malvarlığına yönelecektir.

---

<sup>105</sup> **Brehm, Wolfgang/Berger, Christian**, s. 302; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 1558; **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 847. Alman Hukuku'nda üst sınır ipoteğinin alacaklı açısından bu tür dezavantajları olması sebebiyle daha ziyade ipotekli borç senedi uygulama bulmaktadır. Bkz. **Luo**, s. 68-69. Bir görüş tüm yan alacakları kapsayacak bir üst sınır ipoteği olduğunu kabul etmemekte, tapuda gösterilen üst sınırın ana para için bir üst sınır oluşturduğunu savunmaktadır. Bkz. **Kuntalp**, s. 35; **Reisoğlu**, s. 15.

TMK mad. 875 üst sınır ipoteği için uygulanmayacağından sözleşmesel faizler için öngörülen sınırlamalar da üst sınır ipoteği için uygulanmayacaktır. Buna göre, iflasın açıldığı veya rehlin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yılı aşan faizlerde tapu kütüğünde tescil edilen üst sınırın içinde kalmak koşuluyla ipoteğin sağladığı güvenceden yararlanabilecektir. Aynı şekilde anapara ipoteği için geçerli olan daha önce belirlenmiş faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına arttırılamaz; ancak alacaklıların rızasıyla arttırılabilir kuralı da üst sınır ipoteği için uygulanmayacak olup, taraflar alacaklıların rızasına gerek olmaksızın faiz oranını arttırabileceklerdir. Bunun sebebi, taşınmaz üzerinde üst sınır ipoteği kurulmuş olmasının taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanacaklar için yeterli güvence oluşturmasıdır<sup>106</sup>. Taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanacaklar, lehine üst sınır ipoteği kurulan kişinin elde edebileceği miktarı önceden açıkça görebilme imkanına sahip bulunmaktadır.

Üst sınır ipoteğinin güvence teşkil ettiği alacak kalemlerinin neler olduğuyla ilgili tartışmalı olan bir husus da TMK mad. 876'da belirtilen taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masrafların üst sınır ipoteğinin sağladığı güvencenin kapsamına dahil olup olmadığıdır.

Bir görüş, TMK mad. 876'nın tüm rehin türleri için geçerli olduğunu ve ne tür ipotek kurulursa kurulsun alacaklının taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masrafları tapu kütüğünde yazılı olan miktara ek olarak isteyebileceğini savunmaktadır<sup>107</sup>.

Diğer bir görüşse, TMK mad. 876 hükmünün sadece anapara ipoteği için uygulanabileceğini, bu hükmün rehlin kapsamını genişletmesi sebebiyle üst sınır ipoteği için uygulanamayacağı savunmaktadır<sup>108</sup>.

Bizim bu konudaki görüşümüz, TMK mad. 876'nın üst sınır ipoteği için de uygulanacağı, ipotekli alacaklının ipotekli taşınmazın korunması için yaptığı zorunlu masraflar ve özellikle malik ödemediği için ödemek zorunda kaldığı sigorta primlerini tapu kütüğünde yazılı miktara ek olarak isteyebileceği yönündedir. Bunun sebebi, ipotekli alacaklının yaptığı bu masraflar açısından ne tür bir ipotek hakkına sahip olursa olsun tescile tabi olmayan kanuni bir ipotek hakkına sahip olması ve yapılan bu masrafların taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan diğer hak sahiplerinin hatta adi alacaklıların da yararına olmasıdır. Bu masrafların rehlin sağladığı güvencenin kapsamında yer almadığı kabul edilirse ipotekli alacaklı bu masrafları yapmaktan kaçınacak, bu durum taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan diğer kişiler ve adi alacaklılar için olumsuz sonuçlar doğuracaktır<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Doğan, s. 22; Helvacı, s. 157; Kuntalp, s. 30.

<sup>107</sup> Ayan, s. 167; Helvacı, s. 158; Sarı, s. 987; Sirmen, s. 670.

<sup>108</sup> Altay/Eskiocak, s. 120; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 758.

<sup>109</sup> Yargıtay'ın her iki görüşü de destekler nitelikte kararları bulunmaktadır. Bkz. Kuntalp, s. 37-40

#### 4. Yabancı Para zerinden Kurulan İpotekte Alacağın Kapsamı

Türk hukukunda kural, taşınmaz rehninin miktarı Türk parasıyla gösterilen belirli bir alacak için kurulabilecek olmasıdır. Bu kuralı düzenleyen TMK mad. 851'in ikinci fıkrasında taşınmaz üzerinde rehin hakkının yabancı para birimiyle de kurulabileceği belirterek bu kurala bir istisna getirilmiştir<sup>110</sup>. TMK mad. 851/2'ye göre yabancı para üzerinden ipotek kurmak için gereken şartlar:

- Alacaklının bir kredi kuruluşu olması
- Kredi kuruluşu tarafından bir kredi verilmiş olması
- Bu kredinin yabancı para üzerinden veya yabancı para endekli olarak verilmiş olması

Taraflar kanunda öngörülen bu şartların gerçekleşmesi halinde yabancı para üzerinden ipotek kurabileceklerdir; ancak bu şartlar gerçekleşse bile taraflar yabancı para üzerinden ipotek kurmak zorunda değildir. Taraflar isterlerse Türk parası üzerinden de ipotek kurabilirler. Yabancı para rehni ipotekli borç senedi ve irat senedi düzenlenerek kurulamaz. İpotekli borç senedi ve irat senedinde bu senetler bağlı oldukları temel ilişkiden soyutlanmıştır. Yabancı para rehnindeyse fer'ilik kendisini açıkça göstermektedir. Türk parası üzerinden kurulan ipotekte alacağın hukuki sebebinin rehin sözleşmesinde gösterilmesi gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla beraber, yabancı para ipoteklerinde alacağın hukuki sebebinin rehin sözleşmesinde belirtilmesi zorunludur<sup>111</sup>. Yabancı para ipoteği ana para ipoteği veya üst sınır ipoteği olarak kurulabilir.

Doktrinde yabancı para üzerinden rehin kurulması durumunun belirlilik ilkesini nasıl etkilediği tartışma konusu olmuştur. Bir görüş, yabancı para üzerinden ipotek kurulmasının belirlilik ilkesini zedelediğini savunmaktadır<sup>112</sup>. Bu görüş taraftarları gerekçe olarak, rehnin güvence altına aldığı alacak miktarının Türk parası olarak gösterilmesi kuralının ilgili diğer kişilerin durumlarını bu miktara bakarak belirlemesi amacıyla getirildiğini yabancı para üzerinden ipotek kurulduğunda ilgili kişilerin durumlarını tam olarak bilemeyeceklerini ayrıca yabancı para üzerinden ipotek kurulduğunda tapu kütüğüne belirli bir miktar yazıldığını; ancak döviz kurundaki oynamaların ilgili kişilerin durumlarının ileride ne olacağını ngrememeleri sonucunu doğurduğunu, belirtmektedirler. Hakim görüşe göreyse, yabancı para üzerinden ipotek kurulması belirlilik ilkesini zedelememektedir. Buna gerekçe olarak da, yabancı para üzerinden ipotek kurulduğunda tapu kütüğüne belirli bir miktar yazılmaktadır, döviz kurunda oynamalar olsa da bu ticaret hayatının bir gereğidir, demektedirler.

---

<sup>110</sup> Aynı şekilde GBO 28 düzenlemesiyle Alman Hukuku'nda da yabancı para cinsiyile ipotek kurulabilmesine olanak sağlanmıştır. Bkz. **Westermann/Gursky/Eickmann**, s. 747.

<sup>111</sup> Bkz. **Sirmen, Lale**, Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para zerinden Taşınmaz Rehin Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler, AÜHFD, Y.2003, C.52, S.1, s. 8 vd.

<sup>112</sup> **Altay/Eskiocak**, s. 71.

## SONUÇ

Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi taşınmaz üzerindeki hak sahipleri, alacak üzerinde hak sahipleri ve bunlarla ilişki içinde olanlar veya olabileceklerin korunması ve hukuki belirsizliklerin engellenmesi için önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Taşınmaz rehnine hakim olan diğer ilkeler gibi belirlilik ilkesi de belirli bir süreç sonucunda ortaya konulmuş olup ortak bir aklın ürünüdür. Dolayısıyla taşınmaz rehininin uygulanmasında ve bu alana ilişkin düzenlemelerin oluşturulmasında bu ilkeye uygun hareket edilmelidir. Ancak durağan bir konumda olan hukukun sosyal ve ekonomik hayatın ihtiyaçlarına tatmin edici cevaplar verememesi veya hukuki ilkelerin katı bir şekilde uygulanması ve korunması adına bu gelişmelere kayıtsız kalması bu hukuki ilkelerin sorgulanmasını beraberinde getirecektir. Özellikle yabancı para üzerinden ipotek kurulmasına ilişkin düzenlemelerin belirlilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle getirilen eleştiriler bu çerçevede değerlendirilmelidir. Dolayısıyla hukuk kurumunun ekonomik ve sosyal hayatın gereklerine kayıtsız kalmak bir yana bu ihtiyaçlara cevap vermesi gerektiği gerekçesiyle taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi ilk ortaya konulduğu şekliyle katı bir şekilde uygulanmamalıdır.

\*\*\*\*\*

## KAYNAKÇA:

**Acar, Faruk:** Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008

**Akipek, Jale:** Türk Eşya Hukuku, 3. Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara 1974  
Altay, Sümer/Eskiocak,

**Ali:** Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni İpotek İpotekli Borç Senedi İrat Senedi, İstanbul 2007

**Ayan, Mehmet:** Eşya Hukuku 3 – Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2012

**Aybay, Aydın/Hatemi,Hüseyin:** Eşya Hukuku, İstanbul 2010

**Baur, Fritz/Baur, Jürgen/ Stürner, Rolf,:** Sachenrecht, München 2009

**Brehm, Wolfgang/Berger, Christian:** Sachenrecht, Tübingen 2006

**Cansel, Erol/Gürsoy, K. Tahir/Eren, Fikret:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984

**Davran, Bülent:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972

**Doğan, Filiz:** İpotek Açısından Belirlilik İlkesi, TBB, Y.1992, S.3

**Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, Ankara 2002

**Esener, Turhan/Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, Ankara 2008

**Grsy, K. Tahir:** Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978

**Helvacı, İlhan:** Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008

**Luo, Jing:** Die Hypthek, Bremen 2010

**Honsell, Heinrich/Vogt,** Nedim Peter/Geiser,

**Thomas:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basel Genf München

**Karahasan, Mustafa Reşit:** Yeni Medeni Kanun Eşya Hukuku, Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, 2.Cilt, İstanbul 2007

**Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 1982

**Kuntalp, Erden:** Ana Para ve st Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989

**Oğuzman, Kemal/Seliçi,zer/zdemir-Oktay,Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009

**Reisoğlu, Seza :** İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979

**Sarı, Suat:** Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000

**Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, Ankara 2013

**Sirmen, Lale:** Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para zerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler, AÜHFD, Y.2003, C.52, S.1

**Topaloğlu, Mustafa:** Maden Hukuku, Ankara 2003

**Weirich, Hans-Armin:** Grundstckrecht, München 2006

**Westermann,Harry/Gursky,Karl-Heinz/Eickmann,Dieter:** Sachenrecht, Hamburg 2011





# FİKİR VE SANAT ESERLERİNDE LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN SAĞLADIĞI LİSANS HAKLARININ HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

*Distraint And Encashment of the Royalties Provided by License Agreements Based on Literary and Artistic Works*

**Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 03.04.2017

Kabul Tarihi: 20.07.2017

## ÖZET

Fikir ve sanat eserlerinde, sahibinin eser üzerindeki hakları, manevi ve mali haklar olmak üzere iki kategoride incelenir. Eser üzerindeki manevi haklar hukukî işlemlere konu edilemez. Mali haklar ise hukukî işlemlere konu olabilir. Bu bağlamda eser sahibi, mali haklarla alakalı eser üzerinde borçlandırıcı işlem yapabileceği gibi tasarruf işlemi de yapabilir. Mali haklar üzerinde eser sahibinin yapabileceği hukukî işlemlerden biride lisans sözleşmesidir. Bu çalışmada, fikir ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmelerinin sağladığı haklarının haczinin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse nasıl yapılacağı ve son olarak da lisans sözleşmelerinin sağladığı haklarının nasıl paraya çevrileceği incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Fikir ve Sanat Eserleri, Lisans Sözleşmeleri, Haciz, Paraya Çevirme

## ABSTRACT

The properties of the author on his literary and artistic works are examined in two different categories defined as moral and financial rights. The moral rights of the work can't be the subject matter of legal transactions. Contrary to this financial rights are the subject matter of legal transactions. Within this context, related to financial rights, the owner of the work has the right of making both promissory transactions and act of disposal. License agreement is one of the legal transactions of the owner of the work related to financial rights. In this study whether the royalties provided by license agreements based on literary and artistic works are distrainable and if distrainable, in what way it can be possible will be examined. Finally how the royalties provided by license agreements are encashed will be analyzed.

**Key Words:** Literary and Artistic Works, License Agreements, Distraint, Encashment.

## GİRİŞ

Son yüzyılın ilk çeyreğinde yaşanan gelişmeler fikrî bir çabanın ya da çalışmanın neticesinde ortaya çıkan bir ürün üzerindeki fikrî mülkiyet haklarının hukukî açıdan daha fazla dikkate alınması gerektiğini bize göstermiştir. Gerçekten de Dünya'nın küçülmesiyle uluslararası düzeyde yaşanan sanat ve ticaret alanındaki gelişmeler, fikrî mülkiyet haklarının esasen tabiatında olan ekonomik yönünü bir hayli geliştirmiş ve sadece bir fikrî ürünün yansıması olan bu haklara çok ciddi parasal değerler kazandırmıştır.

<sup>1</sup> Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı – yavuzozkan@outlook.com.

Haciz ise bilindiği gibi iktisadi değere sahip olan taşınır, taşınmaz, alacak ve hakların hepsi üzerinde tatbik edilebilir. Dolayısıyla fikrî mülkiyet hakları da ekonomik yönü itibarıyla haciz açısından göz ardı edilemeyecek kadar ciddi bir öneme sahiptir. Fikrî hak sahipleri, bu haklarını, ekonomik yönden değerlendirebilme imkanını birçok zaman bizzat elde edemezler. Bunun için sahibi oldukları fikrî ürünü ekonomik kullanıma entegre edecek araçlara ihtiyaç duyarlar. Bu şekilde eser sahibi ile eser üzerindeki mali hakları kullanarak hem kendisine hem de eser sahibine ekonomik bir çıkar elde etme imkanı sunacak kişiler arasında lisans sözleşmeleri kurulmaktadır. Başka bir tabirle eser sahibi olan kişiler haklarını başkalarına da kullandırarak, ekonomik yönden gelir sağlamayı amaçlamışlar ve bu durum neticesinde, fikrî hakların kullanım hakkının üçüncü kişilere tesis edilmesi sonucunda, fikrî haklar üzerindeki lisans sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada da fikrî ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans haklarının haczinin mümkün olup olmadığına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Konunun sınırlandırılması açısından belirtelim ki, çalışmamızın konusu fikrî hak sahibinin lisans sözleşmesi yaparak elde ettiği gelirin ya da lisans alanın bu hakkı kullanarak elde ettiği gelirin haczi değil doğrudan lisans hakkını kullanma hakkının haczinin mümkün olup olmadığı olacaktır.

## I. FİKİR VE SANAT ESERLERİ

Fikrî ve sanat eserleri fikrî mülkiyet haklarının bir kanadını oluşturur. Doktrinde fikrî mülkiyet hakları, fikrî ve sanat eserleri ve sınaî mülkiyet hakları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Sınaî mülkiyet hakları ise markalar, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar ve diğer tüm fikrî ürünü olarak ortaya çıkan eserleri kapsayan mülkiyet hakkı olarak geniş bir şekilde yorumlanmıştır<sup>2</sup>.

Fikrî ve sanat eserleri kavramı bünyesinde fikrî hak ve eser kavramlarını barındırmaktadır. Fikrî hak kavramı, bir insan tarafından üretilen ve o insanın fikrî zekâ ve becerisini yansıtan, malikine sahibi olduğu bu fikrî hak için inhisari yetkiler sağlayan, gayri maddi bir mülkiyet hakkı çeşidi olarak tanımlanmıştır<sup>3</sup>. Eser kavramı ise, fikrî ve sanat eserleri hukukunun temel kavramıdır. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında koruma, eser olarak kabul edilen fikrî haklar üzerinde mümkündür<sup>4</sup>. Fikrî ve Sanat Eserleri Kanunu ancak kendi verdiği

---

<sup>2</sup> Ünal **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 1; Rıza **Ayhan**, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 275.

<sup>3</sup> Veli Veldet **Velidedeoglu**, Türk Medeni Hukuku, İlaveli Yedinci Baskı, C. I, İstanbul 1968, s. 236; Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 1986, s. 249; Nuşin **Ayiter**, İhtira Hukuku, AÜHF Yayınları, N. 236, Ankara-1968, s. 1-2.

<sup>4</sup> Nuşin **Ayiter**, Hukukta Fikrî ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 38.

tanım içine giren ürünleri eser olarak kabul etmiştir<sup>5</sup>. Fikîr ve Sanat Eserleri Kanunu'nun tanımlar başlıklı 1/B maddesinde eser, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikîr ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır<sup>6</sup>.

## II. FİKİR VE SANAT ESERLERİNDE LİSANS KAVRAMI VE LİSANS SÖZLEŞMELERİ

### A. Genel Olarak Lisans Sözleşmeleri

Lisans kelimesi Latince kökenli bir kelimedir ve yetki, izin, yetkili kılmak anlamlarına gelmektedir<sup>7</sup>. Dolayısıyla lisans terimi ile bir hakkı, o hak kendisine ait olmadığı için kullanamayan kişiye, hakkı kullanma yetkisinin hak sahibi tarafından verilmesi kastedilmektedir. İşte hak sahibi ile hakkı kullanmak isteyen kişi arasında yapılan bu sözleşmeye de lisans sözleşmesi denilmektedir<sup>8</sup>.

Hukumumuzda lisans sözleşmelerinin fikrî mülkiyet hakları üzerinde kurulabileceği kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Yani fikîr ve sanat eserleri ve marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım ve diğer tüm fikîr ürünü olarak ortaya çıkan haklar üzerinde lisans hakkı tesisi mümkündür.

### B. Fikîr ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmeleri

Bir fikîr ve sanat eserinin sahibinin eser üzerindeki hakları, manevi ve

---

<sup>5</sup> Duygun **Yarsuvat**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1977, s. 40.

<sup>6</sup> Öztan'a göre, fikîr ürünlerinin eser olarak kabul edilmesi için belirli bir kategoriye dâhil olması şartı yerinde değildir. Zira bir hayli hızlı gelişen dünyamızda bugün tahmin bile edemediğimiz birçok kültürel ve teknik gelişmeler meydana gelmektedir. Bu gelişmeler ise birçok eser nevelerinin meydana çıkmasına sebep olmaktadır. Bu açıdan eser kavramına olabildiğince geniş anlam verilmeli ve yapılan bir tanımlamada, eser olabilmeyen şartlarına haiz yeni bir ürünü de kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır (Firat Öztan, Fikîr ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 91). Aynı yönde bkz. Andreas B. **Schwars**, “Yabancı Memleketlerde Telif Hukukunun Bugünkü Durumu”, İHFM, C. 7, S. 2-3, Y. 1941, s. 527.

<sup>7</sup> Saibe **Oktay Özdemir**, “Fikrî Nitelikteki Sınâî Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 10; Ömer **Arbek**, Fikîr ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 52; Çağlar Özel, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015, s. 42; Burcu **Boso**, “Sınâî haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Legal Fikrî ve Sınâî Haklar Dergisi, Y. 2006, S. 8, s. 854.

<sup>8</sup> Doktrinde yapılan lisans sözleşmesi tanımları için bkz. Hande Bahar **Kerimoğlu**, “Fikîr ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği”, Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y. 2003, C. 7, S. 2, s. 5; Sila **Başaran**, “Marka Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği”, Legal Fikrî ve Sınâî Haklar Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 29, s. 76; **Arbek**, s. 65.

<sup>9</sup> Özge **Erbek**, “Fikîr ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği”, DEÜHFD, C. 11, S. 2, Y. 2009, s. 37; Özel, s. 119. Lisans sözleşmesinin kira sözleşmesi ile olan ilişkisi ve bu sözleşmeden farkları için bkz. Özel, s. 119.

mali<sup>10</sup> olmak üzere iki kategoride incelenir<sup>11</sup>. Manevi haklar, FSEK m. 14 ve devamında; *umuma arz salahiyeti* (FSEK m. 14), *adın belirtilmesi salahiyeti* (FSEK m. 15), *eserde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisi* (FSEK m. 16) *eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları* (FSEK m. 17) olmak üzere dört başlık altında düzenlenmiştir. Mali haklar ise, *işleme hakkı* (FSEK m. 21), *çoğaltma hakkı* (FSEK m. 22), *yayma hakkı* (FSEK m. 23), *temsil hakkı* (FSEK m. 24), *işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı* (FSEK m. 25) olmak üzere beş başlık altında düzenlenmiştir.

Eser sahibinin eser üzerindeki manevi hakları hukukî işlemlere konu edilemez<sup>12</sup>. Dolayısıyla fikir ve sanat eserleri üzerinde kurulan lisans sözleşmelerinin konusu ancak eser üzerindeki mali haklarla sınırlıdır. Bunun yanında bazen mali hakların bir hukukî işleme konu olması, o hakkın yanında bir takım manevi hakların da intikaline sebep olabilir. Mesela yayma hakkı lisansa konu edildiğinde bu hakkın umuma arz hakkını da içerdiği kabul edilmelidir. Zira umuma arz hakkı olmadan yayma hakkının bir önemi kalmaz. Bu sebeple söylenebilir ki, mali haklar bir hukukî işleme konu olduğunda o mali hakla ilgili manevi haklar da hukukî işlemin kapsamında ilgili kişi tarafından kullanılabilir<sup>13</sup>.

Hukuki işleme konu teşkil eden mali haklarla ilgili olarak eser sahibi, eser üzerinde borçlandırıcı işlem yapabileceği gibi tasarruf işlemi de yapabilir<sup>14</sup>. Mali haklar üzerinde lisanstan başka devir, rehin, hapis hakkı ve haciz gibi hukukî işlemler de yapılabilir.

Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu lisans kelimesi yerine “ruhsat” kelimesini tercih etmiştir. Nitekim FSEK m. 56/1’de “*Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu taktirde (tam ruhsattır).*” Burada basit lisans, basit ruhsat olarak, münhasır lisans ise, tam ruhsat olarak belirtilmiştir<sup>15</sup>.

Münhasır lisans (tam ruhsat) ile lisans veren, mali hak üzerindeki kullanma hakkını başkasına devretmemek borcu altına girmektedir. Ayrıca münhasır lisansta, lisans veren kullanma hakkını devrettiği mali hakları kullanamaz<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Doktrinle manevi haklar ve mali haklar bir bütün halinde “telif hakları” olarak da adlandırılmaktadır (Ahmet M. Kılıçoğlu, “Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırıldılması”, FMR C. I, S. 2000/1, s. 43-44; Tekinalp, s. 10.

<sup>11</sup> Halil Arslanlı, Fikrî Hukuk Dersleri II Fikr ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 278; Mustafa Reşit Belgesay, Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1952, s. 49; Tekinalp, s. 160.

<sup>12</sup> Şafak N. Erel, Türk Fikr ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 283; Arslanlı, s. 171; Ayiter, Fikr ve Sanat, s. 199.

<sup>13</sup> Arslanlı, s. 171; Ayiter, Fikr ve Sanat, s. 201; Erel, s. 283.

<sup>14</sup> Arslanlı, s. 171; Ayiter, Fikr ve Sanat, s. 199; Öztan, s. 549; Erel, s. 283.

<sup>15</sup> Uluslararası terminolojiye uyum sağlamak adına çalışmamızda “ruhsat” kelimesi yerine “lisans” kelimesi tercih edilecektir.

<sup>16</sup> Oktay Özdemir, s. 12; Ayiter, Fikr ve Sanat, s. 212.

Basit lisans sözleşmesi, lisans verenin sahip olduğu eserin kullanım hakkını lisans alana verdiği ancak, bu hakkı verirken aynı zamanda, kendi kullanım hakkını ve/veya bir başka lisans sözleşmesi ile bir üçüncü kişiye vereceği aynı eseri kullandırma hakkını saklı tuttuğu lisans sözleşmesidir<sup>17</sup>.

### **C. Fikîr ve Sanat Eserlerinde Tesis Edilen Lisans Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği**

Fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans haklarının hukukî niteliği üzerinde doktrinde birçok tartışma yaşanmıştır. Bazı yazarlar fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmelerinin aynı etkileri olduğunu yani bir tasarruf sözleşmesi olduğunu savunurken<sup>18</sup>; Ayiter ise bu tip sözleşmelerin borç doğuran sözleşmeler olduğu aynı etkilerinin olmadığını ifade etmiştir<sup>19</sup>.

Hak olarak bir malvarlığı değerinin haczedilebilir olması tıpkı taşınır ve taşınmaz hacizlerinde olduğu gibi hacze konu hakkın ekonomik değerinin olması ve hukuken devredilebilir olmasına bağlıdır. Yani hakkın hukukî niteliğinin haciz açısından bir önemi yoktur. Bu sebeple fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans haklarının hukukî niteliğine ilişkin bu kısa açıklama ile ve bu durumun hacze etkisi olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

Fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmelerinin ve bu sözleşmenin sağladığı lisans hakkının ekonomik bir değerinin olduğu açıktır. Ancak lisans hakkının devrinin mümkün olup olmadığı tartışılması gerekir.

### **III. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN DEVİR KABİLİYETİ**

Fikîr ve Sanat Eserleri Kanunu m. 49/1 uyarınca “Eser sahibi veya mirasçılarında malî bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir. İşleme hakkının devrinde, devren iktisap eden kimse hakkında da eser sahibi veya mirasçılarının aynı suretle muvafakati şarttır.”

Mali hakkın devrinde olduğu gibi mali hakka ilişkin lisans sözleşmesinde de lisans alan, lisans verenden yazılı izin almak koşuluyla bu lisansı başkasına devredebilir. Görüldüğü üzere kanun lisans hakkının devri bakımından basit lisanslarla, münhasır lisanslar arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle doktrinde her iki lisans hakkının da devredilebileceği kabul edilmiştir<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Tekinalp, s. 230; Ayiter, Fikîr ve Sanat, s. 212.

<sup>18</sup> Erel, s. 306; Arslanlı, s. 174-175; Tekinalp, s. 234.

<sup>19</sup> Ayiter, Fikîr ve Sanat, s. 211.

<sup>20</sup> Şirin **Aydıncık**, Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 59.

Fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans haklarının devir kabiliyeti açısından Kanun'un ifadesinden iki farklı anlam çıkarılması mümkündür. İlk olarak malî bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, eser sahibinin yazılı muvafakati olmadan bu hakkı veya kullanma ruhsatını bir üçüncü kişiye devredemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Yani kural olarak fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisansların (ruhsatların) kural olarak devri mümkün değildir. Ancak eser sahibinin yazılı izin ile mümkün hale gelmektedir. Diğer bir anlam ise, kural olarak fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisansların (ruhsatların) devri mümkündür. Ancak eser sahibi buna yazılı izin vermezse devir işlemi geçersizdir. Bu iki yorum farklılığı haczin mümkün olup olmadığı noktasında ciddi farklılıklara neden olur.

#### IV. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN HACZEDİLEBİLİRLİĞİ

Maddi hukuka göre devri yasaklanan malvarlığı değerlerinin haczi de mümkün değildir<sup>21</sup>. Ancak bunun için buradaki "kabili devir" olmama vasfının kanun gereği olması lâzımdır. Tarafların kendi anlaşmaları gereğince devredilemez olarak kabul ettikleri mal varlığı değerlerinin haczi mümkün

<sup>21</sup> Baki Kuru, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", AÜHFD, Y. 1962, C. 19, S. 1-4, s. 279; Nazif Kaçak, Haczedilemezlik, Ankara 2006, s. 256; Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflâs Usûlleri, 5. Baskı, Ankara 1960, s. 95; Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 205; Necmeddin M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1969, s. 87; Ömer Ulukapı, "Haczedilemezlik ve Haczedilemezliğin 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamında Uygulaması", BATİDER, Y. 1995, C. XVIII, S. 1-2, s. 137; Talih Uyar, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 492. **Yarg. 12 HD 30.12.1976 T, 1976/10780 E, 1976/13644 K "12. madde uyarınca Türkiye'ye geçici olarak sokulmuş taşıtların tabi olacağı hukukî rejim, Gümrük Kanunu ve Türk Parasını Koruma Hakkındaki Kanun ve tebliğleri uyarınca yukarıda işaret edilen biçimde oluşmuştur. Bu çeşit araçların muvazaalı satış ve takipler yapılmak suretiyle yurt içinde kalmalarının da önüne geçilmiştir. Her ne kadar bu taşıtların haczini engelleyecek nitelikte İİK. 82. maddesinde açık bir hüküm bulunmadığı söylenebilirse de, bir malın kabili devir olmadığı kanundan anlaşılıyor ise o şey haczedilemez. Maddi hukuka göre devri kabil olmayan mal ve hakların haczi de caiz değildir. Olayda, haczedilmiş taşıtla ilgili bilgiyi ihtiva eden ve Gümrük Yönetmeliğinin 1293. maddesine uygun biçimde düzenlenmiş triptik belgesi dosya içindedir. Taşit yabancı menşeli olup geçici süre sonunda çıkarılmak üzere yurda sokulmuştur. Başkasına devri ve satışı kanunen men edilmiştir. Gerek Gümrük Kanunu ve yönetmeliğinin yukarıda belirli hükümleri gerekse kanunla men edildiği cihetle İİK. hükümleri uyarınca taşıtın sahibi elinde haczedilmesi kabil değildir".** **Yarg. 12 HD 30.12.1976 T, 2016/9427 E, 2016/10030 K "Mahkemece şikâyet konusu hastane ruhsatı ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı'na yazı yazılarak, hastane işletme ruhsatının hukukî niteliği, hastane binasından ayrı olarak tek başına ekonomik değere sahip olup olmadığı, yine tek olarak ve hastaneden ayrı devrinin mümkün bulunup bulunmadığı sorulmalı ve ayrıca özel hastane mevzuatı tartışılmalıdır. Bu araştırma ve yukarıda yapılan açıklamalar ve yönetmelik hükümleri doğrultusunda yapılacak değerlendirme sonucunda, hastane işletme ruhsatının, bir ticari işletme olan özel hastaneden ayrı ve müstakil bir ekonomik değere sahip olduğu ve tek başına devrinin mümkün bulunduğu sonucuna varılırsa haczedilebileceği, aksi halde haczin mümkün olmadığı kabul edilmelidir" (www.kazanci.com).**

kabul edilir<sup>22</sup>. Örneğin TMK m. 25/IV'e göre "manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez" hükmü gereği manevi tazminat taleplerinin kural olarak devredilemez ve bu sebeple de haczedilemez<sup>23</sup>.

İşte bu noktada cevabını aradığımız soru, Kanun (FSEK) fikir ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans haklarının üçüncü kişilere devrini kural olarak yasaklamış mıdır? Bir üst başlıkta Kanun'daki ifadeden her iki anlamın da çıkarılabileceğini ifade etmiştik. Kanaatimizce buradaki ayrımı lisans sözleşmesinde devre ilişkin bir madde bulunmadığı durumlarda verilecek hüküm ekseninde yapmak isabetli olacaktır. Yani eğer lisans sözleşmesinde sözleşmeden doğan hakların devrine ilişkin bir hüküm olmadığında kural olarak devir yasak diyorsak, bu takdirde Kanun'un yasakladığı bir devir vardır ve devri yasak olan bu hakkın haczi de mümkün olmayacaktır<sup>24</sup>. Ancak lisans sözleşmesinde sözleşmeden doğan hakların devrine ilişkin açık bir anlaşma olmadığında kural olarak devir mümkündür, diyorsak bu takdirde haciz de mümkündür diyeceğiz. Bu durumda sözleşmeye devrinin yasak olduğuna ilişkin bir madde konulması da lisans hakkının haczine engel teşkil etmeyecektir. Zira haczin yasak olması için devir yasağının kanun gereği olması gerekmektedir. Örneğin bir kitap yazarı olan (K), kitabı üzerindeki mali haklardan olan işleme hakkına yönelik çeviri yetkisinin (A)'ya, filme alma yetkisini (B)'ye vermiş ve bu hakların (lisans haklarının) devrini yasaklamıştır. (A)'nın ya da (B)'nin borçlarından dolayı kendilerine karşı yapılan bir takipte (A)'nın ve (B)'nin (K)'nin kitabı üzerindeki işleme hakları (lisans hakkı) hacze konu edilerek bir başka kişi tarafından haciz yolu ile satın alınarak kullanılabilir midir? Yani haciz yolu ile bu hakkı devralan kişi (K)'nin kitabını film olarak çekebilecek midir ya da onu tercüme edebilecek midir? Başka bir örnek bir tiyatro senaryosu yazarı (T), eserinin Ankara'daki temsil için (A), İstanbul'daki temsil için (B)'ye lisans vermiş ve bu hakların (lisans haklarının) devrine ilişkin sözleşmeye bir hüküm koymamışlardır. (A)'nın ya da (B)'nin borçlarından dolayı kendilerine karşı yapılan bir takipte (A)'nın ve (B)'nin (T)'nin tiyatro eseri üzerindeki temsil hakları hacze konu edilerek bir başka kişi tarafından haciz yolu ile satın alınarak kullanılabilir midir? Fikîr ve Sanat Eserleri Kanunu m. 49'u "kural olarak fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisansların (ruhsatların) devri mümkün değildir" şeklinde yorumladığımızda her iki örnekte de lisans hakkının haczi

---

<sup>22</sup> **Kuru**, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, s. 279. Bunun tek istisnası kaydı hayatla iratların haczinin düzenlendiği 818 sayılı BK m. 510 ve bu maddeye atf yapan İİK m. 82/1-8 hükmüdür. Ancak 818 sayılı BK m. 510'da haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar "İİK m. 82/1-8'de" haczi mümkün olmayan mallar ve haklar arasında düzenlendiğinden 6098 sayılı TBK m. 610 metnine alınmamıştır.

<sup>23</sup> Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 502.

<sup>24</sup> Ayrıca manevi tazminat örneğinde de görüldüğü üzere bir hakkın devrinin sözleşme ile mümkün hale getirilebilme imkânının olması o hakkın maddi hukuka göre devri yasak bir hak olarak nitelendirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir.

de mümkün değildir. “Kural olarak fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisansların (ruhsatların) devri mümkündür” şeklinde yorumladığımızda ise, her iki örnekte de lisans hakkının haczi mümkündür. Bu durumda ilk örnekte devir yasağı olsa bile, yasak Kanun’dan değil sözleşmeden doğduğundan hacze engel teşkil etmeyecektir.

Kanaatimizce FSEK m. 49, lafzi olarak yorumlandığına fikr ve sanat eserleri üzerinde kurulan lisans sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan hakların devrinin kural olarak yasak olduğu sonucu, karşıt sonuca göre daha belirgin bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak fikr ve sanat eserleri üzerinde kurulan lisans sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan hakların devrinin kural olarak mümkün olduğu şeklinde bir çıkarımda, Kanun’un lafzından istinbat edilen alakasız bir çıkarım olmayacaktır. Gâyi olarak yorumlandığında ise Kanun’un amacının devri kural olarak yasaklamak olduğu söylenebilir. Zira fikr ve sanat eserlerinde manevi yön diğer fikrî mülkiyet haklarına göre çok daha fazladır. Bu sebeple FSEK, fikr ve sanat eserlerinin haczine ilişkin kısıtlamalar getirmiştir. Bu manevi yön yukarıdaki örneklerden de net bir şekilde anlaşılabilir. Bir marka açısından marka sahibi markasını kullanmak isteyen kişi ile lisans sözleşmesi yaptığında marka sahibinin lisans hakkı isteyen kişinin kişiliğine verdiği önem ile bir fikr ve sanat eseri sahibinin eseri üzerinde lisans hakkı isteyen kişinin kişiliğine verdiği önem aynı derece de değildir. Nitekim Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu’nu hazırlayan Hirsch, mali haklar üzerindeki tasarruf işleminin eser sahibinin kişiliği ile ilişkisini göz önünde tutarak, bu işlemin eser sahibi ile hakkı devralan arasındaki bir güven ilişkisine dayalı olduğunu belirtmiştir<sup>25</sup>. Bu sebeplerle bir fikr ve sanat eserinin sahibinin izni olmaksızın bir üçüncü kişi tarafından kullanılmasının önünün açılması kabul edilmemelidir.

Manevi tazminat talepleri karşı tarafça kabul edildiği takdirde devredilebileceğinden, aynı durumda haczi de mümkün hale gelmektedir<sup>26</sup>. Manevi tazminat talep hakkıyla ilgili açık düzenlemenin amacından hareketle eser sahibi, lisans sözleşmesinde, sözleşme konusu mali hakların devrine açıkça muvafakat etmiş ise, bu durumda haciz engeli de ortadan kalkacaktır. Sonuç olarak lisans sözleşmesinde lisans hakkının devredileceğine ilişkin bir hüküm yok ya da devri yasaklar bir hüküm varsa, lisans hakkının haczi de mümkün değildir. Ancak eser sahibi lisans hakkının devrine açıkça muvafakat etmiş ise lisans hakkının haczinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

İcra müdürü, haczi mümkün olmadığı halde, lisans hakkının haczine karar verirse, lisans hakkı sahibinin ya da eserin sahibinin başvuracağı yol, İİK m.

---

<sup>25</sup> Ernst E Hirsch, Hukukî Bakımdan Fikrî Say II, İstanbul 1943, s. 229. Aynı yönde bkz. Kerimoğlu, s. 5 dp 12.

<sup>26</sup> Kuru, El Kitabı, s. 502.



16'da düzenlenen şikâyet yolu olmalıdır. Yargıtay kararlarına baktığımızda<sup>27</sup> lisans hakkı sahibinin borcundan dolayı haczedilen lisans hakkına eser sahiplerinin üçüncü kişi sıfatıyla alacaklılara karşı istihkak davası açarak karşı koyduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki istihkak davası yoluna ancak maddi hukuka ilişkin mülkiyet ya da sınırlı aynı haklarla ilgili olarak bir hakkın ihlâl edildiği gerekçesiyle başvurulabilir. Çünkü üçüncü kişiler bu davayı, haczedilen şeyler üzerinde maddi hukuka ilişkin bir haklarının ihlâl edildiği ve bu ihlalin cebri icra organı olan icra dairesi aracılığıyla yapıldığı gerekçesiyle açmaktadırlar. Üçüncü kişilerin ihlâl edildiğini ileri sürdükleri haklar, icra hukukuna ilişkin bir nitelik taşıyorsa, bunun giderilmesi için ancak şikâyet yoluna başvurulabilir<sup>28</sup>. Diğer bir ifadeyle icra müdürünün bir şeyin haczinin mümkün olup olmadığını belirlemesi icra ve iflâs Kanunu ile tanınan bir yetki olduğundan, icra ve iflâs Kanunu'nun tanıdığı yetkinin yanlış kullanılması İİK m. 16'nın uygulanmasını gerektirir. Ayrıca lisans hakkı, lisans veren eser sahibinde değil, borçlu konumunda bulunan lisans alan kişidedir. Bir hakka sahip olmadan o hakka ilişkin istihkak talebinde bulunulması mümkün değildir. Dolayısıyla icra hukukuna dair bir hak ihlali olan, lisans hakkının haczi mümkün olmadığı halde haczine, karşı başvurulacak yol şikâyet yoludur.

## V. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN HACZİNİN MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ İLE KIYASLANMASI

Haczin mümkün olduğu hallerin düzenlendiği FSEK m. 62'de lisans haklarının (ruhsat)<sup>29</sup> haczine ilişkin bir madde yer almamaktadır. Ancak doktrinde ve Yargıtay kararlarında<sup>30</sup> lisans haklarının da mali hak kapsamında

<sup>27</sup> **Yarg. 21 HD 20.02.2007 T, 2006/4529 E, 2007/2357 K** "Uyuşmazlık 3 kişinin İİK 96 vd. maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir. Davacı şirket maliki ve isim hakkı sahibi oldukları dergilerin "lisans hakkı" üzerine, borçlu 1 numara H. Yayıncılık A.Ş.'nin borcundan dolayı konulan hacizlerin kaldırılmasını istemiştir. Uyuşmazlık, icra ve iflâs Kanunu'nun 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı üçüncü kişinin istihkak davasına ilişkindir". **Yarg. 21 HD 29.03.2007 T, 2006/6253 E, 2007/5275 K** "Davacı üçüncü kişi H.E. B.V. vekili, davaya konu basın mevkutelerinin malikinin ve isim hakkı sahibinin davacı şirket olduğunu, davacı şirketin yazılı basın konusunda uluslararası bir şirket olup, Türkiye'deki faaliyetlerini, lisans hakkı verdiği ve ortağı bulunduğu borçlu 1 N. H.Y. A.Ş. vasıtası ile sürdürmekte olduğunu, davacı şirket ile borçlu 1 N. H.Y. A.Ş. (eski unvan: 1 N. Y.A.Ş.) arasında lisans sözleşmeleri yapıldığını belirterek, davalı alacaklı tarafından borçluya ait olduğu ileri sürülerek haciz edilen basın mevkuteleri üzerindeki haczin kaldırılmasını istemiştir" ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>28</sup> Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 110.

<sup>29</sup> Fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların ruhsat konusu edilmesi genellikle sinema, tiyatro ve opera gibi eserlerin temsili işlerinde görülür (Arslanlı, s. 176). Fikir ve sanat eserlerinin ruhsat sözleşmesine konu edildiği durumlara örnek olarak, mesela işleme hakkına yönelik çeviri yetkisinin (A)'ya, filme alma yetkisinin (B)'ye verilmesi; bir tiyatro eserinin Ankara'daki temsilieri için (A), İstanbul'daki temsilieri için (B)'nin yetkilendirilmesi gösterilebilir (Erel, s. 304).

<sup>30</sup> **Yarg. 21 HD 20.02.2007 T, 2006/4529 E, 2007/2357 K** "Lisans hakkının haczine ilişkin açık

değerlendirilerek haczedilebileceği savunulmuştur<sup>31</sup>. Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu m. 48/II'de de belirtildiği üzere lisans (ruhsat), bir fikr ve sanat eseri üzerindeki mali hakları kullanma yetkisinin<sup>32</sup> başkasına devredilmesidir. Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu m. 49 doktrinde “mali hakları kullanma yetkisini devralan (ruhsat sahibi ya da lisans hakkı sahibi) bu hakkı veya kullanma lisansını diğer birine devredebilir. Ancak lisans alanın, aldığı lisansı başkasına devretmesi için eser sahibinin (veya mirasçılarının) muvafakati ve bu muvafakatin yazılı olması gerekir” şeklinde yorumlanmıştır. Bu gerekçelerle, gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında hukukî işlemlere konu olabilen yani devredilebilen bu hakkın haczinin de mümkün olması gerektiği ve lisans mali haklara ilişkin olduğundan haczinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yukarıda fikr ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların lisans sözleşmesine konu edilmesi durumunda lisans hakkının haczedilemeyeceği yönündeki görüşümüzü gerekçeleriyle belirttik. Konunun ve Kanun'un yorumunda ortaya çıkan farklı anlamların sebebinin daha iyi anlaşılması açısından bu başlık altında marka hakkı üzerinde kurulabilen lisans hakları ile mali haklar üzerinde kurulabilen lisans hakkının birlikte değerlendirilmesini faydalı buluyoruz.

Marka hakkı açısından da FSEK'teki hükme benzer bir düzenleme getirilmiştir. Ancak lisans hakkının devri açısından iki yasal düzenleme arasında lafzi bir fark bulunmaktadır. SMK m. 24/III'te “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez” demek suretiyle lisans hakkının devrinin kural olarak yasak olduğunu ancak sözleşmede devredilebileceğinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir<sup>33</sup>. FSEK m. 49/I'de ise, “eser sahibi veya mirasçılarında mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir” demek suretiyle doktrinde ve

---

*bir hüküm bulunmamakla birlikte, anılan maddeler ve İK 82. maddesinin genel hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Lisans hakkının haczini engelleyen bir durumun söz konusu olmadığı lisans hakkının da hasılat kirası hükümleri çerçevesinde kiracının (lisans alanın) borcundan dolayı haczi mümkün olduğu...” (www.kazanci.com).*

<sup>31</sup> Sümer **Altay**, 5846 Sayılı FSEK Bağlamında Mali Hakların Haczi ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi, İHFM, C. 56, S. 1-4, Y. 1998; **Erel**, s. 328.

<sup>32</sup> Dikkat edilecek olursa ruhsat sözleşmesinin konusunu oluşturan mutlak nitelikte mali hak değil; bu hakkın kullanma yetkisi devredilmektedir. Ancak kullanma yetkisi değil de, hakkın kendisi devredilseydi, mali hakkı devralanın mutlak nitelikte herkese karşı ileri sürebileceği bir hakkı olurdu. Hâlbuki ruhsat sözleşmesi neticesinde hakkın kendisi eser sahibinde kalmaya devam etmektedir (**Erbek**, s. 41).

<sup>33</sup> Hamdi **Yasaman**/Sıtkı Anlam **Altay**/Tolga **Ayoğlu**/Fülürya **Yusufoğlu**/Sinan **Yüksel**, Marka Hukuku, C. II, İstanbul 2004, s. 712; Burak **Ongan**, Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukukî Durumu, Ankara 2007, s. 61.

Yargıtay kararlarında sanki kural olarak ruhsatın devredilebileceğini ancak bunun için eser sahibi veya mirasçılarının muvafakatının alınması gerektiği şeklinde bir yorum ortaya çıkmıştır.

Bunun neticesinde de doktrinde markalar açısından lisans hakkının haczedilemeyeceği<sup>34</sup>; fikîr ve sanat eserleri üzerindeki ruhsatların ise haczedilebileceği savunulmuştur<sup>35</sup>. Aslında iki hüküm arasında lafzi bir yorum ile bir fark görünse de kastedilen aynı şeydir. Yani her iki hükümde de hakkın devredilmesi için hak sahibinin izin vermesi şartı aranmıştır. Dolayısıyla diyebiliriz ki kural olarak lisans ya da ruhsat hakkının devri mümkün değildir; ancak hak sahibinin muvafakatiyle lisans ya da ruhsat hakkının devri mümkündür. Hak sahibi buna lisans ya da ruhsat sözleşmesinde açıkça izin vermelidir. Ancak sözleşmede hüküm yoksa buna sonradan yazılı olarak izin vermesi de mümkündür. Yani markalar açısından muvafakatın sözleşmede yazılı olması sonradan verilememesi; fikîr ve sanat eserlerinde ise sonradan da izin verilmesi gibi bir fark da yoktur<sup>36</sup>. Dolayısıyla iki hüküm arasında fark oluşturup haciz açısından da farklı sonuca varmak yerinde değildir.

Marka hakkının ya da fikîr ve sanat eserleri açısından mali hakkın devri ile bu hakların lisansa konu edilmesinde aynı esaslar geçerlidir. Dolayısıyla bu açıdan da iki lisans hakkı arasında fark oluşturulmaması gerekir. Yani markanın devrinde markayı devralan nasıl bu markayı kullanacak ve bundan ekonomik bir menfaat elde edecekse; markanın lisansa konu edilmesi durumunda da markayı devralan kişi bu markayı kullanacak ve bundan ekonomik bir menfaat elde edecektir. Bu durum fikîr ve sanat eserleri için de aynı şekilde geçerlidir. Bu açıdan markalar ile fikîr ve sanat eserleri arasında fark yoktur. İki sözleşme türü arasındaki fark yani devir ile lisans verilmesi arasındaki fark, hakkın devri sözleşmelerinde hak, devreden malvarlığından sözleşmedeki şartlar çerçevesinde çıkararak devralanın malvarlığına dâhil olmasına karşılık, lisans sözleşmesinde hakkın özünün eser ve/veya hak sahibinde kalmaya devam etmesidir.

Sonuç olarak fikîr ve sanat eserlerinde lisansların hazine, tıpkı markalarda olduğu gibi izin verilmemesi daha isabetli bir yaklaşımdır. Bunun yerine

---

<sup>34</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, Ankara 1997, s. 207; Mücahit Ünal, *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukukî İşlemler*, Ankara 2007, s. 112; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s. 712.

<sup>35</sup> Erel, s. 328; Tekinalp, s. 250; Altay, s. 216.

<sup>36</sup> Nitekim Aydıncık'a göre; marka lisans sözleşmesine alt lisansa ilişkin bir kayıt konulmamasına rağmen alt lisans verilmesi halinde, lisans verenin alt lisans sözleşmesini kabul etmiş sayılabilmesi için yazılı muvafakati gerekmektedir. Yani Aydıncık isabetli olarak SMK m. 24/III hükmünü aynen FSEK m. 49/1 hükmü gibi yorumlayarak lisansın devri için sahibinin sonradan muvafakat vermesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür (Aydıncık, s. 69).

yukarıda da belirttiğimiz üzere ve Yasaman'ın markalar açısından isabetli olarak ifade ettiği, lisans sözleşmesinin devrinin kural olarak mümkün olmaması sebebiyle, haczinin de mümkün olmadığı; ancak tarafların lisans hakkının devredilebileceğini kararlaştırdıkları durumda, lisans hakkının haczedilebilmesi gerektiği görüşünün fikr ve sanat eserlerinde de uygulanması gerekir<sup>37</sup>.

## VI. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDE TESİS EDİLEN LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN HACZİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Haciz, kesinleşmiş bir icra takibi üzerine, alacaklının talebiyle borçlunun ekonomik değere sahip mal ve haklarının, alacaklının alacağını karşılayacak kısmına, icra dairesince, kanunda belirtilen kurallar ışığında, el konulmasına ya da borçlunun ekonomik değere sahip mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına yönelik bir icra takip işlemidir<sup>38</sup>.

Fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans hakkının taşınmaz ya da taşınır niteliğinde olmadığı aşikârdır. Zira fikr ve sanat eserleri üzerindeki haklar, maddi bir varlığa sahip olmadıkları için eşya olarak kabul edilmemektedirler. Dolayısıyla bu hakkın kullanımını konu eden lisans hakkı da yani hakkın bizzat kendisinin de eşya olarak kabulü mümkün değildir. Eşya olarak kabul edilmeyen lisans hakkının haczine de İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz haczine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı da rahatlıkla söylenebilir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 94'ün ise, mali hakların ve bu hakların kullanılmasını konu eden lisans haklarının haczine uygulanabilir olduğu doktrinde savunulmuştur<sup>39</sup>. Bolayır'a göre, doğrudan İİK m. 94 uygulanır demek mümkün

<sup>37</sup> **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, s. 712. Ancak aksi görüşte olan Erel'e göre FSEK m. 49'da aranan "eser sahibi veya mirasçılarının yazılı muvafakati" şartının ruhsatın haczine herhangi bir etkisi olmaz. Zira eser sahibinin muvafakati sadece ruhsatın ruhsat alanca bir başka şahsa devrinde (alt ruhsat ya da lisans) aranmıştır. Alman Hukuku'nun aksine bizim fikrî hukuk sistemimizde haciz açısından eser sahibinin muvafakati aranmamıştır (**Erel**, s. 328)

<sup>38</sup> Baki **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Eylül 2016, s. 207; Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, Üçüncü Baskı, C. I, İstanbul 1988, s. 616; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26. Baskı, Ankara 2012, s. 231; İlhan E. **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982, s. 290; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, s. 143; Abdurrahim **Karslı**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 278; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2013, s. 243; **Kuru**, El Kitabı, s. 410; **Uyar**, s.3.

<sup>39</sup> Seyithan **Deliduman**, "5846 Sayılı Fikr ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu", Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08-11 Ocak 2002, Ankara, s. 870; Cahit **Suluk**/Ali **Orhan**, Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2005, s. 615; Hülya Taş **Korkmaz**, "Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Caiz Olan Malvarlığı Unsurları", MİHDER, Y. 2005, S. 2, s. 345; Nurullah **Bal**, "Fikr ve

değildir. Bunun yerine İİK m. 94'ün kıyasen uygulanabileceğini söylemek daha isabetli olur<sup>40</sup>. Bunun yanında Topuz'a göre, İİK m. 94'ün ne doğrudan ne de kıyasen uygulanması mümkün değildir<sup>41</sup>. Bu görüşü destekler nitelikte bir Yargıtay kararında da Yargıtay 12. HD. "İİK'nin 94. maddesi ise, bir intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras, MK'nın – BK'nın maddelerinde belirtilen bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi hakkında uygulanabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde doğması muhtemel haklar için anılan maddenin uygulanması mümkün değildir"<sup>42</sup> demek suretiyle İİK m. 94'ün sadece madde metninde belirtilen durumlarda uygulanabileceğini belirtmiştir. Kanaatimizce de bu görüş daha isabetlidir. Zira İİK m. 94'e baktığımızda maddenin başlığı "iştirak halinde tasarruf edilen mallar" olarak belirtilmiştir<sup>43</sup>. İçeriğinde ise, bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesinin haczinden bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere lisans haklarının ya da genel olarak hakların haczinden bahsetmek yerine intifa hakkı ve miras ya da şirket veya iştirak halinde kullanılan bir mal hissesinin haczi düzenlenmiştir<sup>44</sup>.

Sanat Eserleri Kanununa Göre Fikrî Hakların Haczi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 454; **Tekinalp**, s. 248; **Altay**, s. 215. **Yarg. 21 HD 20.02.2007 T, 2006/4529 E, 2007/2357 K** "Lisans hakkının paraya çevrilmesinde ise yine İİK 94 ve 121 maddelerinde açık hüküm bulunmamakla birlikte (satışın yapılması ve satış usulü icra mahkemesinden sorularak) (FSEK'nun 62. 1/3. maddesi kıyasen uygulanmalı eser sahibinin korunmaya layık menfaatlerinin ihlal edilmemesi şartı burada da aranılmak suretiyle mahkemece kararlaştırılmalıdır" ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>40</sup> Nur **Bolayır**, "Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi", DEÜHFD, C. 16, ÖS. 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Y. 2015, s. 2543. Üstündağ, İİK m. 94'de sayılan hallerin sınırlı olmayıp örnek olarak gösterildiğini ileri sürmüştür (Üstündağ, s. 202). Ancak burada Üstündağ, m. 94'de sayılan haller ile kastettiği şey, İİK m. 94/II'de belirtilen alacaklıya yetki belgesi verilmesi suretiyle borçlu adına dava açma hakkının verildiği hallerin metinde belirtilen hallerle sınırlı olmayıp, Kanun'da örnek olarak belirtildiğidir. Buna ilişkin paylaştığı Yargıtay kararında da bu husus belirtilmiştir. İlgili Yargıtay kararında Yargıtay, "borçlu ile üçüncü bir kişi arasında bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa ve borçlu malike karşı tescil davası açmıyorsa, alacaklı İİK. m. 94'e göre icra dairesinden alacağı bir yetki belgesi ile, borçlu adına tescil davası açabilir. Çünkü m. 94 sınırlayıcı bir düzenleme öngörmemiştir" demek suretiyle İİK m. 94/II'de sayılan hallerin sınırlı olmadığını vurgulamıştır (**Yarg. 4. HD. 1971/8638 E, 1971/9927 K, 29.11.1971 T**).

<sup>41</sup> Gökçen **Topuz**, "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", EÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2008, s. 410. Topuz'a göre İİK m. 94'ün açık ifadesi karşısında ne doğrudan ne de kıyasen mali haklar üzerindeki haciz uygulamasının m. 94'e göre yapılacağını söylemek mümkün değildir (**Topuz**, Marka Haczi, s. 410). Mali haklar ve diğer tüm haklarının haczinin m. 94'e göre yapılabilmesi için bir değişiklik yapılarak, m. 94'ün tüm hakları kapsar şekilde yeniden düzenlenmesi daha isabetli olur (Gökçen **Topuz**, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009, s. 311).

<sup>42</sup> **Yarg. 12. HD. 1997/4385 E, 1997/4720 K, 16.04.1997 T** ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>43</sup> İcra ve İflas Kanunu m. 94'ün tüm hakların haczini kapsar şekilde yeniden düzenlenmesi ve buna ilişkin kanun önergesi için bkz. **Topuz**, Hisse Haczi s. 311.

<sup>44</sup> **Topuz**, Marka Haczi, s. 410.

Sonuç olarak baktığımızda fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının haczine; ne doğrudan ne de kıyasen taşınır ya da taşınmaz haczine ilişkin hükümler ya da intifa hakkı ve hisse haczinin düzenlendiği İİK m. 94 hükmünün uygulanması isabetli olmaz. Kanaatimizce bunun yerine fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının İİK m. 85/1'e<sup>45</sup> göre haczedebileceğini<sup>46</sup> ve bunun yanında İİK'nın talep müddeti (İİK m. 78), hacze başlama müddeti (İİK m. 79), kıymet takdiri (İİK m. 87), hakların haczinde muhafaza tedbiri alınması gerektiğini düzenleyen İİK m. 90 ya da haciz tutanağı (İİK m. 102) gibi hacze ilişkin maddeleri uygun düştüğü ölçüde fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının haczine de uygulanır demek daha isabetli olur.

## VII. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDE TESIS EDİLEN LİSANS SÖZLEŞMELERİNİN HACZİ USULÜ

Fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının haczi de diğer tüm haciz kurallarında olduğu gibi alacaklının haciz talebi ile başlar<sup>47</sup>. Burada karşımıza çıkan ilk sorun ise haczin nerede yapılacağıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar bulunduğu yerde (mahallinde) haczedilir (İİK m. 102). Sicile kayıtlı malların haczi ise, kaydına işletilmek suretiyle buldukları adreslere gidilmeden doğrudan da yapılabilir (İİK m. 79/II)<sup>48</sup>. Hakların haczinin yapılacağı yer açısından ise Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada fikr ve sanat eserleri üzerindeki tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının sicile kayıtlı mal varlığı değerleri olmadığından, haczinin de borçlunun konutunda ya da işyerinde tutanak düzenlemek suretiyle yapılması gerekir<sup>49</sup>. Ayrıca bu haklarının haczi için bir fikr ve sanat eserinin varlığı şarttır. Dolayısıyla icra müdürünün re'sen ya da alacaklının talebi doğrultusunda tespit ettiği lisans hakkının bağlı olduğu fikr ve sanat eserini, eserin mahiyetini, içeriğini, niteliğini, kapsamını; lisans hakkının hangi mali hakka ilişkin olduğunu belirtmek suretiyle haciz tutanağına yazması gerekmektedir<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> **Taşınır ve Taşınmaz Malların Haczi**

İİK m. 85 - "Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur".

<sup>46</sup> **Topuz**, Marka Haczi, s. 411.

<sup>47</sup> **Postacioğlu**, s. 284; **Kuru**, C. I, s. 619; **Kuru**, El Kitabı, s. 412; **Üstündağ**, s. 143; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 243; **Kuru**, İstinaf, s. 208; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 232; **Karslı**, s. 280.

<sup>48</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 233; **Kuru**, El Kitabı, s. 421; **Kuru**, İstinaf, s. 210.

<sup>49</sup> **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 243; **Bolayır**, s. 2543.

<sup>50</sup> **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 243; **Bolayır**, s. 2543.

Kıymet takdiri ise, icra müdürü tarafından bizzat değil, bilirkişi marifetiyle yaptırılmalıdır<sup>51</sup>. Lisans verenin ya da lisans alanın istihkak iddiaları olması durumunda icra müdürünün bu konuda takdir yetkisi olmadığından<sup>52</sup> haczi yapması; borçlunun (lisans alan) ya da üçüncü kişinin (lisans veren) iddialarını tutanağa yazması gerekir<sup>53</sup>.

Lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının haczinin caiz olmadığı durumlarda icra müdürü lisans hakkının haczedilemeyeceği kanaatindeyse bunun gerekçesini tutanağa yazarak haciz talebini reddedecektir (İİK m. 82/son). Örneğin haciz esnasında üçüncü kişiye ait bir tablo üzerinde borçlunun lisans hakkı (yayma hakkı) bulunduğu lisans sözleşmesinde devir yasağı varsa ya da devre imkan veren açık bir ifade yoksa icra müdürünün maddi hukuka göre devri kabil olmayan bir hakkın haczi de caiz olmayacağından lisans hakkı üzerinde haczi tatbik etmemesi gerekir. 6352 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen İİK m. 82/son hükmü ile icra memuruna haczi talep edilen mal veya hakların haczinin mümkün olup olmadığını değerlendirme ve talebin kabulüne veya reddine karar verme yetkisi verilmiştir<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Senai **Olgaç/Haydar Köymen**, Türk İcra ve İflâs Kanunu, İkinci Baskı, İstanbul 1965, s. 758; Üstündağ, s. 154. Üstündağ'a göre de fikir ve sanat eserlerinde kıymet takdirinin bilirkişiye yaptırılması zorunludur. Ayrıca bilirkişiye müracaat edilmesi gerektiği halde edilmemişse, yani icra müdürü kıymet takdirini bizzat yapmışsa, şikâyet üzerine icra mahkemesi kıymet takdirini bilirkişiye yaptırır. İcra mahkemesinin tekrar kıymet takdiri yapması durumunda, haczedilen malların kıymetinin alacağın tutarından fazla olması halinde, icra müdürü malların bir kısmı üzerindeki haczi kaldıracabilir (Üstündağ, s. 154). **Yarg. 12. HD. 2004/22062 E, 2004/27468 K, 30.12.2004 T**, "*Özel bir bilgi gerektirmediği hallerde haczedilen menkuller üzerinde icra müdürü resen kıymet takdiri yapabilir*" ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>52</sup> Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C. II, İstanbul 1990, s. 973; Üstündağ, s. 145; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 247 dp 210.

<sup>53</sup> Buradaki istihkak iddiası ile kastedilen, lisans hakkının borçluya ait olmadığı bir üçüncü şahsa ait olduğu şeklinde ileri sürülen bir istihkak iddiasıdır. Yoksa yukarıda da belirttiğimiz üzere, lisans veren (eser sahibi) ya da lisans alan (borçlu) haczedilemezlik iddiasını istihkak iddiasında bulunarak değil, şikâyet yolu ile ileri sürmeleri gerekir.

<sup>54</sup> 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı RG. Bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "Maddeyle, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması, haczinde ekonomik yarar bulunmayan ya da muhafazasında ve satışında güçlük çekilen eşyaların hacizlerinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli her türlü eşya, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü eşya ile öğrenci bursları ve diğer kanunlarda haczi yasaklanan mal ve hakların haczedilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır. 2004 sayılı Kanunun "Tutanaklar" kenar başlıklı 8 inci maddesine bu Tasarının çerçeve 2 nci maddesiyle yeni bir fıkra eklenerek, icra ve iflâs dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince, icra memurunun yapacağı değerlendirme sonucu bir şeyin haczedilip haczedilemeyeceği konusundaki,

Kanun değişikliğinden önce Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar ile icra memurunun bu takdir yetkisi kabul edilmemiş ve bu tür malların haczedilmesi, haczedilmezlik şikâyeti için borçlular tarafından icra mahkemesine müracaat edilmesi kabul edilmişti<sup>55</sup>. Ancak kanun değişikliği ile gerekçede de belirtildiği gibi icra memuruna haciz konusu malın haczinin, mümkün olup olmadığını değerlendirme ve talebin kabulüne veya reddine karar verme takdir yetkisi açıkça tanındığından<sup>56</sup>, icra memuru haczi talep edilen fikr ve sanat eserinin haczedilemeyeceği kanaatindeyse haczi gerçekleştirmeyecektir. Nitekim Yargıtay'ın güncel vermiş olduğu kararlarda, kanun değişikliğinin etkisiyle, haczedilmezliğin icra memurun tarafından dikkate alınacağı belirtilmiştir<sup>57</sup>. İcra memuru fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının haczi konusunda takdir yetkisini kullanırken haciz tutanağında takdir yetkisini neden o yönde kullandığının gerekçesini de bildirecektir (İİK m. 8/2)<sup>58</sup>.

kararını gerekçeli olarak verecektir. Böylece icra memurunun keyfi kararlar vermesinin önlenmesi ve denetim kolaylığının sağlanması amaçlanmaktadır.”

<sup>55</sup> **Yarg HGK 2004/12-202 E, 2004/96 K, 31.03.2004 T**, “*Yasa hükmünün açık ifadesi ve içeriği ile icra müdürüne alacaklının haciz isteminin yerine getirilmesi konusunda takdir yetkisi tanındığından söz edilemeyeceği gibi, başka alanlarda tanınmış takdir yetkisinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi isabetsizdir*” (Nizam İpeki, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 437). Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD. 9774 E, 10408 K, 09.10.1997 T; Yarg. HGK. 12-213 E, 244 K, 10.06.2009 T; Yarg. HGK. 12-433 E, 430 K, 18.06.2008 T ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Yargıtay'ın görüşünün detaylı gerekçeleri ve eleştirileri için bkz. Tolga **Akkaya**, “İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD, Y. 2009, C. 11, s. 846 vd.

<sup>56</sup> **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 278; **Kuru**, İstinaf, s. 255; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 276; **Kuru**, El Kitabı, s. 421.

<sup>57</sup> **Yarg. 12. HD. 5621 E, 14186 K, 15.04.2013 T** “İİK.nun 82.maddesine 02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanununun 16. maddesiyle eklenen son fıkra da yer alan “İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin mümkün olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.” düzenlemesi karşısında, icra memurunun haczi talep edilen malın bu madde uyarınca haczinin mümkün olup olmadığını değerlendirerek, bu doğrultuda haciz talebini yerine getirip getirmeme konusunda takdir yetkisi vardır. Görüldüğü gibi burada tanınan takdir yetkisi, İİK.nun 82.maddesi kapsamında malın haczi mümkün olup olmadığı ile sınırlı olup, icra müdürünün bunun dışında, örneğin malın 3.kişiye ait olduğu ya da somut olayda olduğu gibi haciz ihbarnamesi gönderilmesi istenen kişilerin borçluya nazaran 3.kişi sayılamayacakları gerekçesi ile haciz talebinin veya haciz ihbarı gönderilmesi isteminin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı tartışmasızdır. Haczi talep edilen malın üçüncü kişiye ait olduğunun iddia edilmesi halinde istihkak prosedürünün uygulanacağı ya da kendisine haciz ihbarı gönderilen kişinin 3.kişi olmadığı yönündeki iddiasını İİK.nun 16. maddesi uyarınca şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürebileceği tabidir” ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Aynı yönde Yarg. 12. HD. 3365 E, 12821 K, 04.04.2013 T; Yarg. 12. HD. 2012/27279 E, 2013/11536 K, 26.03.2013 T ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>58</sup> Osman **Duran**, “Belediyeye Karşı Haciz Tatbiki”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 736; Osman **Duran/Alı Yeşilyurt**, “İl Özel İdaresi Mallarının Haczi”, EÜHFD, C. IX, S. 2, Y. 2014, s. 93.



### VIII. LİSANS HAKKININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının ve diğer fikrî mülkiyet haklarının haczi bir hak haczi olduğundan doktrinde herkes tarafından paraya çevirmenin İİK m. 121'e göre yapılacağı belirtilmiştir<sup>59</sup>. Yani markanın haczinin hangi hükümlere göre yapılacağı konusunda doktrinde çıkan tartışma markaların paraya çevrilmesi açısından yaşanmamıştır. Zira markaların haczi açısından en çok gündeme gelen İİK m. 94'de açıkça tüm hakların ya da markaların haczine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak "*paraya çevirmenin diğer tarzı. İştirak halinde mülkiyet hisseleri*" başlıklı İİK m. 121'de "Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukardaki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazım gelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar" hükmünde görüldüğü üzere başka nevi mallar ifadesi ile taşınır ya da taşınmaz haczi kapsamında değerlendirilmeyen ve intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi de olmayan haciz konusu malın satışı İİK m. 121 kapsamına alınmıştır. Bu sebeple de rahatlıkla fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının İİK m. 121'e göre paraya çevrileceği söylenebilir.

Satış isteme süresine ilişkin maddede bir süre yok. Ancak bu hakların alacaklara daha yakın olduğundan satış isteme süresinin 6 ay olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>60</sup> (İİK m. 106/II).

İİK m. 121/II'de "*İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malum olan alacaklıları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir*" hükmü getirilmiştir.

Bu hüküm ile fikîr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının satışının talep edilmesi üzerine icra müdürünün öncelikle satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorması gerekir. Yani satış usûlüne icra mahkemesi karar verecektir. İcra müdürünün bu talebi üzerine icra mahkemesi uygun olan satış usulünü belirlemek için ilgilileri çağırır. İlgililer olarak alacaklı, borçlu ya da hacizle ilgili olan üçüncü kişiler kastedilmektedir<sup>61</sup>. Bunun sonucunda icra mahkemesi, markanın açık artırma yolu ile satışını emredebilir ya da satış için bir memuru görevlendirip satışı bu memura havale edebilir. Bunun yanında icra mahkemesi gerekli gördüğü diğer bir tedbiri de alabilir.

---

<sup>59</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 634; **Topuz**, Marka Haczi, s. 414.

<sup>60</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 634; **Topuz**, Marka Haczi, s. 414.

<sup>61</sup> **Topuz**, Marka Haczi, s. 414.

İcra mahkemesi, fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan lisans haklarının pazarlık yolu ile satılmasını da kanaatimce gerekli gördüğü bir tedbir olarak karar verebilir<sup>62</sup>. Özellikle borçlu ile ticari ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişinin lisans hakkına sahip olmak istemesi halinde pazarlık ile satışa karar verilerek hacizli lisans hakkının satışı kolaylaştırılabilir.

Bu şekilde pazarlık ile satışa karar veren icra mahkemesi icra dairesinden lisans hakkını almak isteyebilecek kişilere teklif sunmaları için davetiye çıkarılmasına da karar verebilir. Bu suretle lisans hakkını almak isteyen birden fazla kişinin çıkması halinde bunlar arasında özel bir açık artırma yaparak lisans hakkının yine pazarlıkla satışı sağlanabilir.

Esasen pazarlık ile satışa karar verilebilmesi için lisans hakkı açısından tüm alakadarların bunu istemesi gerekmektedir. Aslında pazarlık ile satışın nasıl mümkün olacağı kanunda açıkça belirtilmiştir. Ancak “gerekli gördüğü diğer tedbirleri almak” tabirinden herhangi bir şart aranmaksızın satışın pazarlık suretiyle de yapılabileceğini icra mahkemesinin emredebileceğini kabul etmek gerekir.

## SONUÇ

Fikr ve sanat eserleri üzerinde tesis edilebilen lisans sözleşmelerinin sağladığı lisans hakları çok ciddi ekonomik değer ifade edebilir malvarlığı haklarıdır. Yani eserin kendisi bir ekonomik değere sahip olduğu gibi, eserin lisans sözleşmesine konu edilmesi durumunda lisans alanın lisans hakkı da başlı başına ciddi bir ekonomik değere sahip olacaktır. Fikrî hak sahipleri, bu haklarını, ekonomik yönden değerlendirebilme imkânını birçok zaman bizzat elde edemezler. Bu sebeple eser sahibi lisans sözleşmesi yaparak ekonomik bir gelir elde etmek ister. İşte fikr ve sanat eserlerinde hukukî işlem olarak en sık tesis edilebilecek olan lisans sözleşmelerinin haczinin, fikr ve sanat eserlerinin haczi başlığı altında incelenmesi gereken en önemli başlıklardan bir tanesi olduğu söylenebilir.

Uygulamada ise ne fikr ve sanat eserlerinin haczine ne de bu haklar üzerinde tesis edilen lisans sözleşmelerinin haczine çok sık rastlanılmamaktadır. Fikr ve sanat eserlerine bakıldığında bunun en ciddi sebebi tescildir. Belki daha doğru bir ifade ile belirginliktir. Öyle ki, bu sadece bir fikr ve sanat eserinin varlığının tespitinde yaşanan bir sorun değil; onun sahibinin belirlenmesinde ve haciz aşamasında yani satış güvenlik tedbirleri gibi aşamalarda karşılaşılabilen bir sorundur. İcra prosedürünü düşündüğümüzde takibin kesinleşmesi ile

---

<sup>62</sup> Aynı yönde bkz. Seda Özmumcu, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005, s. 292.

alacaklıların borçlunun taşınmaz malvarlığı, araç, maaş ve bankalardaki alacakları üzerine yoğunlaştıkları görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında alacaklıların tercih ettiği haciz konusu malvarlığı değerleri “tespiti en kolay olan malvarlıklarıdır”. Bu sebeple bir fikir ve sanat eseri üretildiğinde, bu fikir ve sanat eserinin Türk Patent Enstitüsü ya da buna benzer bir kurum tarafından tutulan bir sicile kayıt edilmesi ve tıpkı markalarda olduğu gibi korumanın da buna bağlanması ile fikir ve sanat eserlerindeki belirginlik sorunu çözülebilecektir. Bu ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun fikir ve sanat eserleri üzerinde yaptığı kategoriye sadık kalan bir sicil ile sağlanabilir.

Bir başka çözüm ise, haciz esnasında borçlunun malvarlığında olan bir fikrî mülkiyet hakkının ya da lisans hakkının varlığını, alacaklıların doğrudan aklına getirecek bir yol ile sağlanabilir. Örneğin tıpkı trafiğe kayıtlı araçlar ya da tapu siciline kayıtlı taşınmazların haczinde olduğu gibi bu hakların doğrudan icra dairesi tarafından görülebilmesinin sağlanması bu hakların haczini kolaylaştıran bir yöntem olabilir. Yani icra müdürü haczin kesinleşmesine müteakip, alacaklının talebi ile çok basit bir işlemle borçlunun trafiğe kayıtlı araç, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmaz ya da maaş (SGK sorgusu) durumunu görüntüleyebilmektedir. Tıpkı bunun gibi borçlunun sahibi olduğu bir fikrî mülkiyet hakkının ve bu hak üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinin varlığını da görüntüleyebilmesi, bu hakların yani tüm fikrî mülkiyet haklarının haczini daha kolay hale getirecektir.

Fikir ve sanat eserleri üzerinde tesis edilen lisans sözleşmelerine bakıldığında lisans sözleşmesinden doğan hakkın haczine ilişkin bir madde FSEK’te bulunmamaktadır. Hâlbuki yukarıda da belirttiğim gibi lisans sözleşmesi fikir ve sanat eserlerinde en çok karşılaşılan durumlardan biri olacaktır. Gerçekten de haczin konusu yani lisans hakkının hacze konu olabileceği ya da olamayacağı, haczi düzenlenen malvarlığı değerinin düzenlendiği kanunda belirtilmelidir. İcra ve İflâs Kanunu ise, haczin nasıl yapılacağı, etkilerinin neler olacağı ya da haciz için muhafaza tedbirleri gibi şekli hükümleri düzenlemelidir.

Diğer bir eleştiri de ortak olması gereken bazı kurumların düzenleniş tarzında yapılan lafzi farklılıklar sonucu hukukî işlemlere yönelik doktrinde farklı yorumların çıkmasıdır. Örneğin fikir ve sanat eserlerinde ruhsatların haczine ve devrine ilişkin düzenleme ile diğer sınaî mülkiyet haklarındaki lisans haklarının haczine ve devrine ilişkin düzenlemeler anlamca aynı ancak lafzen farklı olduğundan doktrinde de farklı yorumların çıkmasına neden olmuştur. Sınaî mülkiyet haklarına yönelik “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez” demek suretiyle lisans hakkının devrinin kural olarak yasak olduğunu ancak sözleşmede devredilebileceğinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Fikir ve sanat eserleri için ise, “eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya

*böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir”* denmiştir. Bu iki hüküm arasındaki lafzi farklılık da haciz açısından farklı sonuçların doğmasına neden olmuştur. Hâlbuki düzenlemelere bakıldığında Kanun koyucunun amacının aynı olduğu görülecektir.

İcra ve İflâs Kanunu açısından bakıldığında göze çarpan eksiklik; Kanunu’nun hali hazır haliyle hakların haczine ilişkin yeterli düzeyde düzenleme içermemesidir. Kanun’un 85. maddesinde hakların haczedilebileceği düzenlenmekle yetinilmiştir. Ancak haczin yapılış şekline ilişkin bir madde şu an için İcra ve İflâs Kanununda bulunmamaktadır. Bu durum doktrinde fikrî mülkiyet haklarının haczine İİK m. 94’ün uygulanması gerektiği yönünde yaygın bir eğilimin olmasına neden olmuştur. İcra ve İflâs Kanunu m. 94’ün fikrî mülkiyet haklarının haczine uygulanabilir bir madde olmadığı çalışmamız içinde tartışıldığından burada buna ilişkin bir açıklama yapmıyoruz. Ancak İİK’ya haklarının haczi ile ilgili düzenlemeler de getirilmelidir. Çünkü fikrî mülkiyet hakları ve bu haklar üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesi ya da diğer sözleşmelerden doğan haklar, taşınır ve taşınmaz gibi malvarlığı değerlerinden farklı olduğu gibi intifa hakkı, geçit hakkı gibi hak olarak kabul ettiğimiz malvarlığı değerlerinden de farklıdır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

- AKKAYA** Tolga, “İcra Memurunun Hacedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD, Y. 2009, C. 11, s. 845-866.
- ALTAY** Sümer, 5846 Sayılı FSEK Bağlamında Mali Hakların Haczine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi”, İHFM, C. 56, S. 1-4, Y. 1998, s. 209-218.
- ANSAY** Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usûlleri, 5. Baskı, Ankara 1960.
- ARBEB** Ömer, Fikrî ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2008.
- ARKAN** Sabih, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1997.
- ARSLANLI** Halil, Fikrî Hukuk Dersleri II Fikrî ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- ASLAN** Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.
- AYDINCIK** Şirin, Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.
- AYHAN** Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016.
- AYİTER** Nuşin, Hukukta Fikrî ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.

- AYİTER** Nuşin, İhtira Hukuku, AÜHF Yayınları, N. 236, Ankara-1968.
- BAL** Nurullah, “Fikrî ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Fikrî Hakların Haczi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 440-462.
- BAŞARAN** Sıla, Marka Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 29, s. 75-90.
- BELGESAY** Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948.
- BELGESAY** Mustafa Reşit, Fikrî ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1952.
- BERKİN** Necmeddin M., İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1969.
- BOLAYIR** Nur, “Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, DEÜHFD, C. 16, ÖS. 2014 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Y. 2015, s. 2513-2570.
- BOSO** Burcu, Sinaî haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, Y. 2006, S. 8, s. 851-883.
- DELİDUMAN** Seyithan, “5846 Sayılı Fikrî ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu”, Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08-11 Ocak 2002, Ankara, s. 866-883.
- DURAN** Osman, “Belediyeye Karşı Haciz Tatbiki”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara 2014, s 753-795.
- DURAN** Osman/**YEŞİLYURT** Allı, İl Özel İdaresi Mallarının Haczi, EÜHFD, C. IX, S. 2, Y. 2014, 61-104.
- ERBEK** Özge, Fikrî ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği, DEÜHFD, C. 11, S. 2, Y. 2009, s. 1-68.
- EREL** Şafak N., Türk Fikrî ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009.
- HİRSCH** Ernst E, Hukukî Bakımdan Fikrî Say II, İstanbul 1943.
- İPEKÇİ** Nizam, İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı (Şerh), 7. Baskı, İstanbul 2007.
- KAÇAK** Nazif, Hacedilemezlik, Ankara 2006.
- KARSLI** Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- KERİMOĞLU** Hande Bahar, Fikrî ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukukî Niteliği, Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y. 2003, C. 7, S. 2, s. 2-22.
- KILIÇOĞLU** Ahmet M., “Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırdedilmesi”, FMR C. I, S. 2000/1, s. 43-49.

**KORKMAZ** Hülya Taş, “Fikr ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Caiz Olan Malvarlığı Unsurları”, MİHDER, Y. 2005, S. 2, s. 327-352.

**KURU** Baki, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFD, Y. 1962, C. 19, S. 1-4, s. 277-326.

**KURU** Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.

**KURU** Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C. I, İstanbul 1988.

**KURU** Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C. II, İstanbul 1990.

**KURU** Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Eylül 2016.

**KURU** Baki/**ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 26 Baskı, Ankara 2014.

**OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, Fikrî Nitelikteki Sınaî Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 571-598.

**OLGAÇ** Senai/**KÖYMEN** Haydar, Türk İcra ve İflâs Kanunu, İkinci Baskı, İstanbul 1965.

**ONGAN** Burak, Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukukî Durumu, Ankara 2007.

**ÖZEL** Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015.

**ÖZMUMCU** Seda, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.

**ÖZSUNAY** Ergun, Medeni Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 1986.

**ÖZTAN** Fırat, Fikrî ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

**PEKCANITEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN** Meral/**ÖZEKES** Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2013.

**POSTACIOĞLU** İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982.

**SCHWARS** Andreas B., Yabancı Memleketlerde Telif Hukukunun Bugünkü Durumu, İHFM, C. 7, S. 2-3, Y. 1941, s. 519-540.

**SULUK** Cahit/**ORHAN** Ali, Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2005.

**TEKİNALP** Ünal, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.

**TOPUZ** Gökçen, “Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, EÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2008 s. 403-417.

**TOPUZ** Gökçen, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009.

**ULUKAPI Ömer**, Haczedilemezlik ve Haczedilemezliğin 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamında Uygulaması, BATİDER, Y. 1995, C. XVIII, S. 1-2, s. 137-150.

**UYAR Talih**, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990.

**ÜNAL Mücahit**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukukî İşlemler, Ankara 2007.

**ÜSTÜNDAĞ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004.

**VELİDEDEOĞLU Veli Veldet**, Türk Medeni Hukuku, İlaveli Yedinci Baskı, C. I, İstanbul 1968.

**YARSUVAT Duygun**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1977.

**YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan**, Marka Hukuku, C. II, İstanbul 2004.





# ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN YANSIMASI OLARAK KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE BU BAĞLAMDA UNUTULMA HAKKI

*Protection of Personal Data As Reflection to the Privacy of Private Life and the Right To Forgether for This Context*

**Arş. Gör. Yeşim ÇELİK<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 24.08.2016

Kabul Tarihi: 20.01.2017

## ÖZET

Son zamanlarda teknolojinin ilerlemesi ve internetinde yaygınlaşması ile kişilerle ilgili bilgi akışı, bilgiye erişim ile bunların dağılması çok kolaylaşmıştır. Bu da kişilerin hukuki güvenlikleri açısından bazı tehditlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kişisel veriler, özel hayatın gizliliğini korumaları bakımından insan haklarıyla yakından bağlantılıdır. Kişiyi unutulma hakkının verilmesiyle, kişinin özel hayatının gizliliği korunmuş olur. Dolayısıyla günümüzde, insan haklarının gelişmesi ve korunmasına bağlı olarak kişisel verilerin korunmasının esas amacı, özel hayatın korunmasının güvenceye alınmasıdır.

Unutulma hakkı ve kişisel verilerin saklanması, tutulması kişisel verilerin korunmasının çatısını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kişisel verilerin korunması hakkıyla iç içe geçmiş olan unutulma hakkı ve bunlarla ilgili yapılan düzenlemeler, kişilerin özel hayatlarının korunmasına da katkı sağlamış olacaktır.

Çalışmamızda unutulma hakkı çerçevesinde birbiriyle döngü içinde olan (özel hayat/gizliliği kişisel verilerin korunması ve nihayetinde unutulma hakkı) bu üç temel hakkın birbirleriyle bağlantılarını ortaya koyabilmek için genelden özele doğru tümden gelişmel bir yöntem ile konu incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Özel hayat, özel hayatın gizliliği, kişisel veri, kişisel verinin korunması, unutulma hakkı.

## ABSTRACT

Access to information, flow of information and spread of information are much easier thanks to technological developments and the spread of internet, which has resulted in potential violations of the legal security of individuals. Personal data is related to human rights in terms of the protection of private life. In other words, securing the right to be forgotten means the protection of the privacy of private life. For that reason, the main objective of the protection of personal data is to protect human rights and to assure the protection of private life.

The first step of protecting personal data is associated with the right to be forgotten and personal data protection. In this regard, the right to be forgotten and related regulations related to the protection of personal data will contribute to the protection of private life.

In this context, this study will problematize the connections among the three fundamental rights, private life/privacy, protection of personal data and, therefore, the right to be forgotten by making use of deductive method proceeding from the general to the specific.

**Keywords:** Life, Privacy of Private Life, Personal Data, Protection of Personal Data, The Right to Be Forgotten

<sup>1</sup> Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, ycelik@erzurum.edu.tr

## I. ÖZEL HAYAT VE GİZLİLİĞİ

Yaradılışı gereği toplumsal bir varlık olan insan, tarih boyunca hep toplum içinde var olmuştur. Toplumda var olmasının gereği olarak insanın hem toplumsal hayatı hem de bunun yanında, toplumdan ayrı olarak kendine özgü bir hayatı olmaktadır.<sup>2</sup> Dolayısıyla insanın birey olarak kişiliğinin yansıması olan yaşam alanı içerisinde özel yaşamı da bulunmaktadır. İnsan; bir taraftan herkese açık olan toplumda bulunma duyusuna ve diğer taraftan da toplumdan uzak, kendine ait, özel ve gizli alanında yaşama arzusuna sahiptir.<sup>3</sup>

Özel hayat, kişinin, başkalarının gözü önünde olmayan, kamuya kapalı olan, herkesten gizlediği hayatıdır. Özel hayat, insanın kişiliğine saygı gösterilme, rahat bırakılmayı isteme, kendi hayatını istemediği ve benimsemediği şekilde kamuya aktarılmadan devam ettirebilmeyi isteme hakkıdır. Özel yaşam alanı, kişinin hayatının yakınlarıncı (ailesi, arkadaşları, dostları v.b.) bilinen, onlarla paylaşılan etkinlik ve davranışları kapsayan kesittir.<sup>4</sup>

Özel hayatın yanı sıra, özel hayatın bir parçası olan kişinin gizli hayat alanı vardır.<sup>5</sup> Gizli alan kişinin kimseyle paylaşmadığı, kişinin kendisiyle baş başa kaldığı, sır, gizli duygu ve düşünce alanıdır.<sup>6</sup> Günümüzde devletler, kişilerin özel hayatlarıyla ilgili çok sayıda bilgiye sahiptirler. Bu bilgilerin başkasının eline geçme ihtimali kişilerin özel hayatına müdahaleyi oluşturmaktadır ki işte gizlilik, özel hayatın ve dolayısıyla bunun kapsadığı kişiliğin korunmasının bir aracını oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Hangi şekilde olursa olsun, bir kimsenin gizli alanına girilip müdahale edilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturur.<sup>8</sup>

Yani özel hayat hakkı, herkesin kendisi, ailesi ve mesleğiyle alakalı olup başkalarıncı öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliğini içeren; kişilerin üzeri, eşyası ya da iletişimi v.b. ile ilgili olarak, herkese karşı ileri sürülebilen anayasal olarak güvenceye alınmış mutlak bir haktır.<sup>9</sup> Dolayısıyla hukuk devleti olmanın bir gereği olarak devlet, onur sahibi insanların kişiliğini geliştirebileceği bir alan olan özel hayatı ve gizliliğini tanımak ve korumakla yükümlüdür.<sup>10</sup> Keza

---

<sup>2</sup> Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, 2009, s. 9.

<sup>3</sup> Akgül, Unutulma Hakkı, s. 19.

<sup>4</sup> Fatih Kanmaz, *Özel Hayata Karşı Suçlar*, Ankara 2015, s. 127.

<sup>5</sup> Hamide Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, 1. Bs., İstanbul 2010, s. 5.

<sup>6</sup> Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlhan Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015, s. 525.

<sup>7</sup> Döner, s. 76.

<sup>8</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 17.

<sup>9</sup> Hamdi Yaver Aktan, "Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam", *TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Paneli*, Ankara 2008, s. 12.

<sup>10</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bs., Ankara 2016, s. 465.

kişilere maddi ve manevi varlıklarını diledikleri gibi şekillendirebilecekleri, geliştirebilecekleri, yönlendirebilecekleri özgür bir özel yaşam alanı oluşturmak demokratik hukuk devletinin gereğidir.<sup>11</sup>

Özel hayatın gizliliğinin temel değeri, Araslı'ya göre insanın insan olmasından kaynaklanan yüksek değerini korumaktır. Özel hayat ve gizliliği, çok yönlü ve değişken olması nedeniyle teknolojik gelişmelere ayak uydurması gereken temel bir insan hakkıdır.<sup>12</sup> Dolayısıyla bu hak sadece kişinin kendisiyle alakalı değil aynı zamanda sosyal çevresi, evi ve ailesiyle ilişkili daha geniş bir kapsamı içermektedir.<sup>13</sup>

İç hukukumuzda baktığımızda da özel hayatın gizliliği ile ilgili genel düzenlemeler şu şekildedir:

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın İkinci Bölümünün "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlıklı İkinci Kısımının 20. Maddesi:<sup>14</sup> "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında 134. Maddesi:<sup>15</sup> "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nin 12. Maddesi<sup>16</sup> ile İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS)'nin 8. Maddesi<sup>17</sup> başta olmak üzere birçok uluslararası hukuk normlarında özel

---

<sup>11</sup> Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlhan Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015, s. 524.

<sup>12</sup> Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bs., İstanbul 2016, s. 83.

<sup>13</sup> Akgül, *Kişisel Veri*, s. 84.

<sup>14</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, ([https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa\\_2016.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2016.pdf)) (25.12.2016).

<sup>15</sup> Türk Ceza Kanunu, (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>) (25.12.2016).

<sup>16</sup> "Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır." Bknz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ([http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/h\\_rights\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf)) (25.12.2016).

<sup>17</sup> **Özel ve aile hayatına saygı hakkı** "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ([http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf)) (25.12.2016).

hayatın gizliliği hakkı düzenlenerek, hakkın korumaya alındığı görülmektedir.<sup>18</sup> Bu normatif düzenlemelere baktığımızda özel hayat kavramının tanımlanmadığını görmekteyiz. AİHM'nin uygulamasına baktığımızda da özel hayat kavramı için her daim geçerli genel bir tanımının yapılabilmesindeki güçlük nedeniyle, Mahkeme kazuistik bir yöntem kullanmış ve her somut olaya göre bir değerlendirme yaparak, söz konusu durumun özel hayat kavramı içine girip girmediğini belirleme yolunu seçmiştir. Böylelikle, kavram belirli bir açıklık kazanmıştır. Mahkeme'ye göre özel hayat kavramı yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup kişinin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için özellikle duygusal bağlar kurabilmesi ve devam ettirebilmesini de kapsar.<sup>19</sup> Mahkemeye göre özel hayatı sadece kişinin iç alanı ile sınırlı tutup kişinin dış alanını özel hayatın dışında tutmak aşırı kısıtlayıcı bir yaklaşım olur ve özel hayat kavramının kapsamını daraltır. Bu bakış açısıyla, özel hayata saygı başka insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmek hakkını da bir aşamaya kadar muhteva etmektedir.<sup>20</sup> Yapılan başvurulardan yola çıkarak Mahkeme özel hayatın kapsamını somut olaylara göre şöyle belirlemiştir: Kişinin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, kişinin ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, bireye ilişkin araç, ev gibi özel yerlerin ve evrakın aranması ve zaptı işlemleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması ile kişinin adı, fotoğrafı, namı, şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar da özel hayatın kapsamında görülmüştür.<sup>21</sup>

Devlet bahsedilen bu hakları sadece tanıyarak yani negatif yükümünü yerine getirerek sorumluluğunu tamamlamış olmaz, ayrıca özel hayata gerek devlet kurumları gerekse özel kişilerce saygı gösterilmesinin sağlanması, bu hakların fiilen kullanılması ve gerekli tedbirlerin alınmasıyla da yani pozitif açıdan da yükümlüdür.<sup>22</sup> Bu yükümlülüğün kaynağı AİHS 8. Maddesindeki "saygı" ifadesidir. Mahkeme Sözleşme'nin 8. Maddesindeki yükümlülüğü maddedeki saygı ifadesini kullanarak genişletmektedir.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Koca/Üzülmez, s. 465; Aktan, s. 12; Güney Dinç, " Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam", TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 15; Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 157.

<sup>19</sup> Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bs., Ankara 2011, s. 334; Dinç, s. 16-17; Korkut Kanadoğlu, " Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Özel Yaşam", TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 61-62.

<sup>20</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 84.

<sup>21</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s. 335; Osman Doğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Bs., Ankara 2013, s. 19 v.d.; Dinç, s. 15.

<sup>22</sup> Koca/Üzülmez, s. 465; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 332; Uzeltürk, s. 161.

<sup>23</sup> Uzeltürk, s. 162.

## II. KİŞİSEL VERİLER VE KORUNMASI

### A) ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLE KİŞİSEL VERİLERİN İLİŞKİSİ

Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının en iyi biçimde değiştirilmesi olarak kabul edilip, çoğu ülkede kişisel verilerle bağlantı kurulmadan, yani kişisel verileri teğet geçerek özel hayatın gizliliği hakkının tanımlanamadığı, mutlaka kişisel verilere dokunulduğu görülmüştür. Bu bağlantı; kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği hakkının kendine has özelliklerini içinde barındıran bir türü olması, biçiminde ortaya konulmuştur.<sup>24</sup> Resmi makamların kişiler hakkında özel hayat alanına giren resmi nüfus sayımı, polisin aldığı parmak izi veya fotoğraf, tıbbi bilgilerin tutulması gibi rızası hilafına bilgileri toplaması özel hayat çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>25</sup> Ülkelerin normatif düzenlemelerine baktığımızda da kişisel verilerle ilgili normların özel hayatın gizliliği başlığı altında yapılması da bunun bir kanıtıdır.<sup>26</sup> Keza 1982 Anayasası'nda kişisel verilerle ilgili hüküm Özel hayatla ilgili 20. Maddeye eklenerek son fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>27</sup> Özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına gelmektedir.<sup>28</sup>

Bu iki norm arasındaki temel ilişki kaynaklarına dayanmaktadır ki bu da özel hayat alanıdır. Tabii ki de konu kişisel olduğunda özel hayat alanının daha geniş olarak sorgulanması gerekmektedir. Bununla beraber; özel hayatın gizliliği hakkı kişisel verilere göre daha geniş kapsamlı olup, özel hayatın gizliliği kişisel verilerin korunmasını da kapsamaktadır.<sup>29</sup>

### B) TANIMI VE KAPSAMI

Kişisel veri, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgidir. Kişinin kimlik, iletişim, sağlık ve mali bilgileri ile özel hayatına, dini inancına ve siyasi görüşüne ilişkin bilgiler, kişisel veri olarak nitelendirilmektedir.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Akgül, Kişisel Veri, 85.

<sup>25</sup> Uzeltürk, s. 189.

<sup>26</sup> Akgül, Kişisel Veri, 86.

<sup>27</sup> 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" şeklinde bir fıkra eklenmiştir.

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi E. 2014/87 K. 2015/112 § 155.

<sup>29</sup> Akgül, Kişisel Veri, 86.

<sup>30</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, ([https:// www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf)) (28.12.2016), s. 4.

Anayasa Mahkemesi de kişisel veriyi; “Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir.” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>31</sup>

Kişisel veriler yalnızca kişilerin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun doğrudan teşhisini sağlayan bilgiler değil, bunların yanında kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal v.b. özelliklerine ilişkin bilgileri de içerir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilerek, mevcut kişinin tanımlanabilir hale getirilmesidir. Yani veriler; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlarla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar.<sup>32</sup> “*Kişinin adı, telefon numarası, adresi, doğum tarihi, medeni durumu, uyuşu, sağlık durumu, görüntüsü, kanaatleri*”<sup>33</sup>, “*motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler*”<sup>34</sup> gibi veriler doğrudan olmasa da dolaylı olarak kişiyi belirlenebilir kılması nedeniyle kişisel verilerdir.<sup>35</sup> Dolayısıyla kişisel veri, kişinin yalnızca özel yaşamındaki bilgileri içermez, ayrıca ekonomik ve mesleki bilgileri de dahil onun kimliğini ortaya çıkararak kişiyi belirli kılan ve kişiyi karakterize eden bütün bilgi ve verilerdir.<sup>36</sup>

Kişisel verilerin korunması hakkının esas amacı, kişilerin özel hayatının gizliliğini güvence altına alarak kamu veya özel sektör tarafından tutulan kayıtların korunması için gerekli önlemlerin alınması ve bu vasıta ile kişileri korumaktır.<sup>37</sup>

### C) GENEL OLARAK TARİHİ SÜREÇ

Kişisel verilerin korunması, otomatik veri işlemlerine tabi tutulmasıyla gündeme gelse de, bir birey olarak insanın kendine özgü kişiliğinin kabul edilmesinden beri bu düşüncenin var olduğu görülmektedir. Özellikle bazı mesleklerle yönelik olarak güvene dayalı sır saklama yükümlülüğü kişisel veri alanlarının korunmasının gereği olarak ortaya çıkmıştır.<sup>38</sup> Örnek olarak tarihi M.Ö. 5. yy’a dayansa da günümüzde geçerliliğini koruyan hekimin sır saklama

---

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi E. 2014/122 K. 2015/123 § 20.

<sup>32</sup> Kişisel Veri, (<http://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/kisisel-veri-nedir-ne-demektir/>) (28. 12. 2016); Komisyon Raporu, s. 18

<sup>33</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul 2008, s. 121.

<sup>34</sup> Kişisel Veri, s. 18.

<sup>35</sup> Kişisel Veri, s. 18.

<sup>36</sup> Aydın Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y. 2013, S. 133, s. 24.

<sup>37</sup> Akgül, Unutulma, s. 13.

<sup>38</sup> Şimşek, s. 5.

yükümlülüğüne ilişkin Hipokrat yeminidir.<sup>39</sup> Hipokrat yemini, hekime hastalarla ilgili elde ettiği verileri saklama ve açıklamama yükümlülüğü getirir ki bunun iki nedeni vardır; biri hekimlik mesleğine güvenilmesinin önemi diğeri de bu bilgilerin bilinmesiyle sosyal açıdan kişilerin zarar görmemeleridir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünü diğer mesleklerin sır saklama yükümlülükleri izlemiştir: avukatın, memurun, bankanın v.b. sır saklama yükümlülüğü gibi.<sup>40</sup>

Bunlara karşılık, modern manada kişisel verilerin korunmasıyla ilgili esas gelişmeler; 20 yy. da kişilerin bilgisayar teknolojisi karşısında korunması ve gerekli önlemlerin alınmasına dair sorunlarla ABD'de 60'lı yıllarda başlamıştır. Keza İsviçre, Almanya'da da kişisel verilerin kayıt altına alındığı veri bankalarının oluşturulmalarına karşı, insanlar özgürlüklerine sahip çıkmışlardır. Bundan sonra teknolojik gelişmeler ile kişiler yeni tehlikelerle karşılaşmışlar ve bu alan artık kişilerin özel hayatlarına müdahale boyutunu göz önüne getirmiştir. Böylelikle kişiler kişisel verilerinin kendi talepleriyle korunması gerektiğini kabul etmişlerdir.<sup>41</sup>

Modern teknolojik gelişmelerle kamu makamlarının kişisel verilere müdahale imkanının artması bu konudaki yasal düzenleme ihtiyacını doğurmuştur. Artık bireyin özgürce kişiliğini geliştirme, karar alabilme hakkının korunmaya alınmadan, birey katımlı demokratik toplum düşüncesinin tehlike altında olacağı düşünülmeye başlanmıştır.<sup>42</sup>

#### D) ULUSLARARASI NORMATİF DÜZENLEMELER

Öncelikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) 12. Maddesi<sup>43</sup>nde özel hayat düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Mahremiyet Hakkı başlıklı 17. maddesi<sup>44</sup> çerçevesinde geliştirdiği 16. Genel Yorumu ile bu maddenin kapsamını açıklamış ve kişisel verilerin korunmasını özel yaşamın gizliliği hakkı içerisinde görmüştür. Buna göre *"...Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi*

---

<sup>39</sup> Yusuf Büyükkay, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *AÜEHFD*, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 384.

<sup>40</sup> Şimşek, s. 6.

<sup>41</sup> Şimşek, s. 9.

<sup>42</sup> Şimşek, s. 10.

<sup>43</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi özel yaşamın gizliliği hakkını düzenlemiştir: *"Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onur ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı yasa ile korunma hakkı vardır."*

<sup>44</sup> BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. Maddesi mahremiyet hakkını düzenlemiştir: *"Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."*

*için, her birey kişisel dosyalarda veya veri tabanlarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca, her birey hangi kamu otoritelerinin, özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir.”<sup>45</sup>*

Kişisel verilerin korunması bağlamında Avrupa Konseyi (AK) tarafından yapılan en önemli çalışma 1981 yılında kabul edilen 108 Sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme olup kişisel verilerin korunmasıyla ilgili ilk hukuksal bağlayıcılığı olan uluslararası belgedir. AK buna binaen bu sözleşmeyi güncel tutmak ve kişisel verilerin korunması amacıyla birçok karar almıştır.<sup>46</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişisel verilerin korunmasını bağımsız bir hak alanı olarak düzenlememiş, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele almıştır.<sup>47</sup>

14 Aralık 1960 tarihinde imzalanan Paris Sözleşmesi'ne dayanılarak kurulan Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) bünyesinde kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak yürütülen çalışmalar neticesinde 23 Eylül 1980 tarihinde bağlayıcı olmasa da uluslararası mahiyette “Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler” kabul edilmiştir. Bu rehberde, kişisel veri işleme faaliyetleriyle ilgili dikkate alınması gereken temel hususlar ortaya koyulmuştur.<sup>48</sup>

24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu (AP) ve Konseyi Yönergesi ise Avrupa Birliği (AB) bünyesinde yapılan kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli metinlerden biridir. Yönerge'nin 1. maddesi, kişisel verilerin korunmasının temel bir insan hakkı olarak açıkça düzenlemektedir. Buna göre, “Üye Devletler, gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili özel yaşamın gizliliği hakkını koruyacaktır”.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Adnan Coşkun Doğan, *Kişisel Verilerin Korunması, Muhafazası ve Paylaşımı*, Ankara 2015. ( file:///C:/Users/YesiM/Desktop/UNUTULMA%20 HAKKI/MAKALELER/kisisel\_veri\_lerin\_korunmasi\_ve\_paylism\_rehberi.pdf) (01.11.2016), s. 7; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara 2004, s. 24.

<sup>46</sup> Doğan, s. 9-10; Başalp, s. 24.

<sup>47</sup> Doğan, s. 13; Başalp, s. 25.

<sup>48</sup> Doğan, s. 15; Başalp, s. 24.

<sup>49</sup> Doğan, s. 18; Başalp, s. 26.



Avrupa’da çoğu devletlerin mevzuatında kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kanunlar uzun yıllardır uygulanmaktadır ki çağdaş devletlerin neredeyse tamamı, bu konuda temel kanunlar çıkarmıştır. Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenleme yapmamış devletlerin üzerinde ise bu konuyla ilgili artan bir baskının olduğu gözlemlenmektedir. Bu baskının ilk sebebi, daha önce otoriter rejim ve bunların acı tecrübelerini yaşamış ülkelerin tekrar bunları yaşamaması için kişisel temel hak ve özgürlüklerin korunmasına önem verilmesidir. İkinci olarak, başta elektronik ticaret olmak üzere teknolojiye paralel gelişen ticaretin önündeki engelleri kaldırma isteğidir. Üçüncü sebep ise, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin kişisel verilerin yeterli koruma sağlamayan ülkelere transferini yasaklamasından dolayı Avrupa ilkeleriyle ticaret yapmak isteyen ülkelerin mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapmak zorunda kalmasıdır.<sup>50</sup>

### **E) TÜRKİYE’DEKİ NORMATİF DÜZENLEMELER**

2010 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 20 maddesinin 3. Fıkrasına kişisel verilerle ilgili bir fıkra eklenmiştir. Buna göre;<sup>51</sup>

*“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*Böylelikle kişisel verilerin korunması temel insan hakkı olarak görülmüş ve Anayasayla güvence altına alınmıştır. Ayrıntıları da kişisel verilerle alakalı çıkarılacak kanuna bırakılmıştır.

Buna binaen yapılan çalışmalar neticesinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7.4.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. O zamana kadar kişisel verilerin korunmasıyla alakalı bütüncül bir kanun bulunmamaktaydı. Konuyla alakalı çeşitli kanunlarda hükümler bulunmaktaydı.

### **III. UNUTULMA HAKKI**

#### **A) KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI İLE UNUTULMA HAKKININ İLİŞKİSİ**

Kişisel verilere ilişkin hakkın korunması, kişilerin kişiliklerini özgürce geliştirebilmeleri, koruyabilmeleri ve özgür kişilerden oluşan bir toplum düzeninin yerleşebilmesi için gereklidir.<sup>52</sup> Unutulma hakkı ve bağlantılı olarak

---

<sup>50</sup> İbrahim Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, *TBDD*, S. 124, 2016, s. 83-84.

<sup>51</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa\\_2011.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf).

<sup>52</sup> Şimşek, s. 4.

gerektiği ölçüde ve mümkün olduğu kadar kısa süreliğine kişisel verilerin tutulması ve kaydedilmesi, kişisel verilerin korunması hakkının temelini oluşturur. Keza, unutulma hakkını aslında uzun süredir var olan kişisel verilerin korunması hakkının çağımıza göre yeniden harmanlanarak uygulanması olarak görenler de vardır ve bu düşünceye dayanmaktadırlar.<sup>53</sup>

Unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkının her ikisinin özünde de kişilerin onurlu yaşaması, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahip olması ile kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi vardır.<sup>54</sup> Esasında insan hayatında baştan beri unutulma bir kural, hatırlanma ise istisna olmuştur. Ancak teknolojik gelişmelerin paralelinde, internet ve dijital ortamlar vasıtasıyla bu kural tersine dönmüş ve günümüzde unutulma istisna, unutulmama kural halini almıştır.<sup>55</sup>

Kişisel verilerin korunması hakkının görünülerinden biri olan kişilerin kendilerine ait kişisel verilerini silme hakkının, kişisel verilerin sınırsızca kayıt altına alındığı, paylaşıldığı ve kontrolsüzce yayıldığı bir ortamda yetmediği için, unutulma hakkına ayrı bir hak olarak ihtiyaç duyulmuştur. Böylece kişiler, teknolojiye rağmen diğer kişilerin gözetiminde olmadan yaşamını özgürce sürdürebilme imkanını elde edebileceklerdir.<sup>56</sup> Keza, kişilerin herkesin bilmesini istemedikleri kendilerine ait özel hayat alanları, elektronik haberleşme araçları ile kullanılamaz bir hale gelmektedir.<sup>57</sup> Bu bakımdan başta internet olmak üzere, kişilere ait kişisel verilerin kendi talepleriyle dijital alandan silinip silinmeyeceğiyle ilgili tartışmaların neticesinde unutulma hakkı ortaya çıkmıştır.<sup>58</sup>

## B) TANIM VE KAPSAM

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda unutulma hakkı, kişilerin dijital dünyadaki izlerinin ve özellikle de sosyal medya üzerindeki geçmişinin kendi isteği doğrultusunda silinip silinemeyeceği tartışmasının yoğunlaşmasıyla gündeme gelmiş bir yeni kuşak haktır.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Akgül, *Kişisel Veri*, s. 14.

<sup>54</sup> Akgül, *Kişisel Veri*, s. 14.

<sup>55</sup> Akgül, *Kişisel Veri*, s. 15.

<sup>56</sup> Akgül, *Kişisel Veri*, s. 15.

<sup>57</sup> Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara 2009, s. 285.

<sup>58</sup> Serdar Güleler, "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak 'Unutulma Hakkı'", *TBB*, S. 102, 2012, s. 221.

<sup>59</sup> Enis Karaaslan/ Mehmet Beşir Eren/ Serhat Koç, "Çevrimiçi Mahremiyet: Teknik ve Hukuksal Durum", (<https://www.researchgate.net/publication/271762529>) (31.10.2016).

Unutulma hakkı ile kişilere kişisel verilerini kontrol edebilme yetkisi<sup>60</sup> verilir. Unutulma hakkı gereği kişiler, dijital geçmişte internette yer alan rahatsız edici içerikleri ve üzerindeki hak sahibi oldukları kişisel verilerini silme ve daha fazla yayılmasını önleme hakkına sahip olabilmelidirler. Ayrıca unutulma hakkı hem kişinin kendi rızasıyla verdikleri bilgileri hem de kendilerinden habersiz üçüncü kişiler tarafından oluşturulan, işlenen ve yayılan içerikleri kapsar. Unutulma hakkını talep etme yetkisi yalnızca söz konusu veriler üzerinde hak sahibi olan kişide olup, hakkı başkasının kullanmayı talep etme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>61</sup>

Unutulma hakkı, kişilere “ ‘yeni bir sayfa açma’, ‘geçmişine ait izleri bir daha geri getirilemeyecek biçimde silme’ ve ‘yeni bir başlangıç’ ”<sup>62</sup> yapma imkanı sağlar. Böylece unutulma hakkı, kişilerin geçmişte yaptıkları hatalardan sonra hayatlarını hem sosyal hem ekonomik manada yeniden kurabilmeleri ve hayatlarına devam edebilmeleri açısından son derece önemlidir. Yani, unutulma hakkı, kişilerin belli bir zaman dilimindeki kişisel verileri hakkında, özgürce hak sahibi olabilmesi hakkına dayanmaktadır.<sup>63</sup>

Unutulma hakkı; kişilere kişisel verilerinin içeriği doğru da olsa silinmesi için ilgili kişileri zorlama, ilgili bilgi veya fotoğraf v.b. kaldırılmasını isteme hakkını ve bunların hatırlanmaması için gerekli önlemleri isteme yetkisini verir.<sup>64</sup>

### C) NORMATİF DÜZENLEMELER

Unutulma hakkıyla ilgili ilk kanuni düzenlemenin 2010 yılında Fransa’da kişilerin isteği yahut makul bir süre sonunda e-mail ve telefon mesajlarının tamamıyla silinmesi ve ortadan kaldırılması hususunda internet ve telefon firmalarına yükümlülük getirilmesine ilişkin olarak yapıldığı görülmektedir.<sup>65</sup>

Unutulma hakkıyla ilgili hukuki tartışmalarına, AB Komisyonu’nun, 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi’nin revizyonu önerisi üzerine canlandığı görülmüştür. Avrupa Birliği, 2012 yılında 95/46/EC sayılı AB Veri Korunması Direktifi’ni, üye devletlerin iç hukuklarında doğrudan uygulama bulacak olan AB Genel Veri Korunması Tüzüğü ile değiştirme çalışmalarını

---

<sup>60</sup> Akgül’e göre kişilerin, kişisel verilerinin özel bir bölümünün silinmesini isteme hakkını içeren unutulma hakkı pozitif ve negatif olmak üzere iki hakkı kapsamaktadır. Pozitif yönü; kişilerin geçmişini kontrol etme, belirli konuların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı iken; negatif yönü ise kendisiyle ilgili söz konusu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmamasına veya hatırlanmamasına ilişkin yükümlülük ile unutulmayı isteme hakkıdır. Bknz. Akgül, Unutulma Hakkı, s. 422.

<sup>61</sup> Şebnem Ahi, “Unutulma Hakkı”. (<http://www.bilisimhukuk.com/2014/02/unutulma-hakki-the-right-to-be-forgotten>) (01.11.2016).

<sup>62</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 35.

<sup>63</sup> Akgül, Unutulma Hakkı, s. 422.

<sup>64</sup> Akgül, Unutulma Hakkı, s. 422-423.

<sup>65</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 24.

yoğunlaştırmış ve AB Komisyonu, AB Parlamentosu ve AB Konseyi'nin görüşmeleri sonucunda tüzüğün taslağı oluşturulmuş ve yayınlanmıştır. Ardından AP tarafından 14.04.2016 tarihinde 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü kabul edilmiş ve en nihayetinde kabul edilen tüzüğün 17. Maddesinde de unutulma hakkı düzenlenmiştir.<sup>66</sup>

## D) YARGI KARARLARI

AB üye devletlerin AB hukukunun aynı ölçüde ve aynı anda uygulanmasında en büyük yargı organı olan ABAD'nın 13 Mayıs 2014 yılında verdiği "Google Kararı" unutulma hakkı bakımından, 2012 yılında taslağın hazırlanmasından sonra ancak henüz Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlüğe girmediği bir dönemde unutulma hakkıyla alakalı hukuksal bir zemin oluşturmuş olması bakımından son derece önemlidir.<sup>67</sup>

Ülkemizde de YHGK'nun ve AYM'nin verdiği kararlarda unutulma hakkına yer verilmiştir. Bu kararlar bakımından önemli olan unutulma hakkı kapsamında çatışan haklarla ilgili nasıl bir denge kurulması gerektiği yönündedir.

### 1. ABAD Google Kararı

Söz konu dava; İspanya'da bir avukatın google arama motorunda ismi yazıldığına, arama motorunun kişileri bir gazetenin iki farklı linkine yönlendirmesi, bu sayfalarda da avukatın sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasından bahsedilmesiyle ilgilidir. Yerel mahkeme, Google için ilgili linkleri kaldırma kararı vermesine rağmen gazeteyle ilgili herhangi bir karar vermediği gerekçesiyle Google temyize gitmiş, Yüksek Mahkeme'de görüş için konuyu ABAD'a göndermiştir. ABAD, 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği unutulma hakkına ilişkin kararını, 95/46 sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif'e dayanarak vermiştir.<sup>68</sup> Ancak, kararın verildiği tarihe kadar doktrinde tartışılan ve o tarihte taslak olan Avrupa Genel Veri Koruması Tüzüğü'nün 17. Maddesinde düzenlenen "unutulma hakkı" kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla unutulma hakkına, Tüzük yürürlüğe girmeden içtihat yoluyla belirli bir oranda geçerlilik kazandırılmıştır.<sup>69</sup>

Google, bazı kişisel verilerin silinmesi yönünde zorlama yapılmasının, kamunun bilgi edinme hakkını engelleyeceğini savunmuştur. Ancak

---

<sup>66</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 24-25.

<sup>67</sup> Onur M. Sümer, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı", (<https://www.linkedin.com/pulse/yarg%C4%B1tay-hukuk-genel-kurulundan-unutulma-hakk%C4%B1-karar%C4%B1-m-onur-sumer>) (17.12.2016).

<sup>68</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 31.

<sup>69</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

Mahkeme; kural olarak, kişilerin özel hayatının gizliliği hakkının, bilgi edinme hakkının üzerinde olduğu, bu kuralın yalnızca kamunun bilgiyi öğrenmede üstün bir yararı olduğu hallerde uygulanmayacağını belirtmiş ve Google'ın savunmasını yerinde görmemiştir.<sup>70</sup> Kararda; kişinin ismine dayalı olarak üçüncü kişiler tarafından internet ortamında yasal olarak işlenmiş ve yayınlanmış kişisel veriler, “geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmiş” ise işlenmesi amacını aşan ve arama motorları tarafından internet ortamına yüklenen söz konusu kişisel verilerin ve buna ilişkin sonuç listesinde yer alan bilgilerin silinmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>71</sup> Yani, kişiler belirli şartlar altında (bilginin, veri işleme amacı karşısında yanlış, elverişsiz, ilgisiz ya da ölçsüz olması hallerinde), kişisel verileriyle ilgili bağlantıların arama sonuçlarından çıkarılmasını arama motorlarından talep edebileceklerdir. Dolayısıyla karara göre unutulma hakkı mutlak olmayıp kişilerin veri korunması hakkının her somut olay bakımından düşünce ve basın özgürlüğü ile yarışırılması gerekmektedir. Kişilerin özel hayatıyla ilgili olan veriler ile toplumun haber alma hakkının ve kişinin toplumdaki yerinin bu doğrultuda dikkate alınması gerekmektedir.<sup>72</sup>

AB Genel Veri Koruması Tüzüğü'ndeki düzenlemeye göre unutulma hakkı fiziksel veya elektronik ortamdaki veriler açısından bir ayırım yapmamış, ABAD Google İspanya kararında, internet arama motorları özelinde işlenen veriler üzerine eğilmiştir. Dolayısıyla ABAD'nın Google İspanya kararı fiziksel ortamda işlenen kişisel verilerle ilgili doğrudan bir netice doğurmamaktadır.<sup>73</sup>

## 2. Türkiye'de Verilmiş Yargı Kararları

YHGK E. 2014/4-56 ve K. 2015/1679 T. 17.06.2015 ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016 kararları; AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer almasına rağmen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'muzda yer almayan “unutulma hakkı” ile ilgili hukuksal boşluğu yargı içtihatlarıyla kapatmış olmaları bakımından önemlidir.

### a) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Unutulma hakkının kabul edilmesiyle ilgili Türk mahkemelerince verilen ilk karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (YHGK) E. 2014/4-56 ve K. 2015/1679 T. 17.06.2015 kararıdır. Dava konusu somut olayda, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik bilimsel çalışma ürünü olan kitapta yer verilen Yargıtay kararında cinsel taciz mağduru davacının isminin kitapta rumuzlanmadan

---

<sup>70</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 31; Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

<sup>71</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 31.

<sup>72</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

<sup>73</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

açıkça yer verilmesinden dolayı davacı, manevi tazminat davası açmış, yerel mahkeme talebi kısmen kabul etmiştir. Yerel mahkeme kararı temyiz edilmiş, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de kararı şu gerekçeyle bozmuştur:

*“...eserin bilimsel nitelikli bir çalışma olduğu, kamuya açık hale gelen Yargıtay kararının bilimsel çalışma ürünü olan kitapta olduğu gibi yer almasından dolayı ... davalıların sorumlu tutulamayacağı, çatışan yararlar dengesinin davacı aleyhine bozulmadığı..”* yönünde karar vermiştir.<sup>74</sup> İlk derece yargı yerinin direnme kararı vermesi üzerine dava YHGK önüne gelmiştir. YHGK önüne gelen uyuşmazlıkta, Avrupa Adalet Divanı'nın Google İspanya kararına atıfta bulunulmuş ve davacının durumunu unutulma hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Söz konusu dava unutulma hakkının YHGK nezdinde tanınmış olması bakımından önemlidir.

YHGK sorunu; *“unutulma hakkı ve bunun sonucu olan kişisel verilerin ve kişilik hakkının korunması ile bilim ve sanat hürriyetinin birbiri karşısında sınırlarının belirlenmesi olarak”*, tespit etmiş; sorunun çözümünde de dikkat edilmesi gereken hususa, *“bilim ve sanat özgürlüğü ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulması”* olarak işaret etmiştir.<sup>75</sup>

YHGK kararları ilgili değerlendirmelerinde bulurken AB mevzuat ve içtihadına atıf yapmış ve unutulma hakkının Türk hukuk içtihadındaki ilk tanımına yer vermiştir.<sup>76</sup> Bu tanıma göre unutulma hakkı;

*“üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.”* Yalnızca YHGK kararına bakıldığında ABAD'nın google kararının aksine unutulma hakkını geniş ve amaçsal yorumlayarak hakkın yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil aynı zamanda fiziksel ortamdaki verileri de kapsaması gerektiğine vurgu yapmıştır:<sup>77</sup> *“unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır”*<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> YHGK E. 2014/-56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015, (<http://www.yarginnabzi.com/yargitaydan-unutulma-hakki-ictihadi-4938.html>) (17.12.2016).

<sup>75</sup> YHGK E. 2014/-56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015.

<sup>76</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

<sup>77</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

<sup>78</sup> YHGK E. 2014/-56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015.

Mahkemeye göre unutulma hakkının temelinde, “bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır.”<sup>79</sup> Kişiler unutulma hakkı ile “yeni bir sayfa açma olanağı” elde etmek isteyebileceklerdir.

### **b) Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı**

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu inceleme neticesinde yukarıda bahsettiğimiz YHGK'nun kararı ile ABAD Google İspanya kararına atf yaparak başvuruyu kabul etmiştir.<sup>80</sup>

Söz konusu başvuruda başvuru 1998 ve 1999 tarihlerinde hakkında yayımlanan ve halen erişilebilir durumda olan bir gazetenin haber arşivindeki haber ve yayınların kaldırılması talebinin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği altında düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkıyla bağlantılı olarak maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi kapsamında değerlendirerek şeref ve itibarın korunmasını çatısında incelemeyi uygun görmüştür.

Mahkeme, teknolojinin özellikle internetin sağladığı kolaylıklardan dolayı, kişilerin geçmişte yaptıkları ve hatırlamak ya da hatırlatılmasını istemedikleri hatalarının kolayca göz önüne serilebildiğini belirtmektedir. Haber arşivlerine erişimin kolaylığı, kişiler hakkında yapılan haberlerin unutulmasına fırsat vermeyen bir sanal ortam oluşturmaktadır. Böyle kişilerin geçmişte yaptıkları hataların sürekli olarak karşısına çıkma ihtimali artmaktadır. Bu durum, basın organlarının interneti aktif olarak kullanmasıyla ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengeyi ifade ve basın özgürlüğü aleyhine bozmuştur. Mahkeme, internet vasıtasıyla unutulmanın zor olduğu günümüzde, şeref ve itibar bakımından kişilere unutulma hakkının tanınmasıyla bu dengenin yeniden kurulabileceğinden bahsetmiştir.<sup>81</sup>

Mahkeme, 1982 Anayasası'nda unutulma hakkını doğrudan düzenleyen bir hüküm içermediği, ancak, Anayasa'nın “Devletin temel amaç ve ödevleri” başlıklı 5. maddesi çerçevesinde devletin bir görevinin “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak “ olduğu, bu çerçevede Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen “kişinin şeref ve itibarının

---

<sup>79</sup> YHGK E. 2014/-56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015.

<sup>80</sup> Burak Özdağıstanlı, “Anayasa Mahkemesi'nden Unutulma Hakkı Kararı”, (<http://www.iptech-legal.com/single-post/2016/08/26/ANAYASA-MAHKEMES%C4%B0ND E -UNUTULMA -HAKKI-KARARI>) (01.01.2017).

<sup>81</sup> Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016, § 45-46.

korunması hakkı” özellikle<sup>82</sup> Anayasa’nın 20. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı kapsamındaki kişisel verilerin silinmesini talep hakkının, unutulma hakkını tanıma imkanı verdiğinden söz etmiştir. Böylelikle doğrudan unutulma hakkı düzenlenmemiş olsa da bu anılan maddelerin doğal sonucu olarak unutulma hakkı karşımıza çıkmaktadır.<sup>83</sup>

Kararda unutulma hakkıyla ilgili devletin, kişilerin kişisel manevi varlıklarını dolayısıyla kişisel itibarlarını korumaları için gerekli tedbirleri alması bakımından pozitif yükümlülük altında olduğundan bahsedilmektedir.<sup>84</sup>

Son olarak Mahkeme söz konusu olayı basın özgürlüğü bakımından şu şekilde değerlendirmiştir:

*“...özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğu açıktır. Bu durumda bir internet haberinin unutulma hakkı kapsamında internetten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilmeme, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu... halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmektedir.”<sup>85</sup>*

## SONUÇ

Modern teknolojik gelişmelerle kamu makamlarının kişisel verilere müdahale imkanının artması bu konudaki yasal düzenleme ihtiyacını doğurmuştur. Artık kişilerin özgürce kişiliğini geliştirme, karar alabilme hakkının korunmaya alınmadan, kişi katımlı demokratik toplum düşüncesinin tehlike altında olacağı düşünülmeye başlanmıştır.<sup>86</sup> Kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği hakkının kendine has özelliklerini bünyesinde barındıran bir türüdür.<sup>87</sup> Özel hayatın gizliliği hakkı kişisel verilere göre daha geniş kapsamlı olup, özel hayatın gizliliği kişisel verilerin korunmasını kapsamaktadır.<sup>88</sup>

Kişisel verilerin korunması hakkının esas amacı, kişilerin özel hayatının gizliliğini güvence altına alarak kamu veya özel sektör tarafından tutulan kayıtların korunması için gerekli önlemleri almak ve bu vasıta ile kişileri korumaktır.<sup>89</sup>

---

<sup>82</sup> Özdağıstanlı, Anayasa Mahkemesi’nden Unutulma Hakkı Kararı.

<sup>83</sup> Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016, § 47.

<sup>84</sup> Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016, § 49.

<sup>85</sup> Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016, § 50.

<sup>86</sup> Şimşek, s. 10.

<sup>87</sup> Akgül, Kişisel Veri, 85.

<sup>88</sup> Akgül, Kişisel Veri, 86.

<sup>89</sup> Akgül, Unutulma, s. 13.



Kişisel verilerin uluslararası hukukta; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) 12. Maddesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Mahremiyet Hakkı başlıklı 17. Maddesi, 108 Sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında, 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu (AP) ve Konseyi Yönergesi ile düzenlendiği görülmektedir.

Türkiye'de ise 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 20. maddesinin 3. Fıkrasına kişisel verilerle eklenen fıkra ile kişisel veriler anayasal güvenceye bağlanmıştır. Buna binaen yapılan çalışmalar neticesinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7.4.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Unutulma hakkı ve bağlantılı olarak gerektiği ölçüde ve mümkün olduğu kadar kısa süreliğine kişisel verilerin tutulması ve kaydedilmesi, kişisel verilerin korunması hakkının temelini oluşturur. Unutulma hakkı kişisel verilerin korunması hakkının çağımıza göre yeniden harmanlanarak uygulanması olarak da görülmektedir.<sup>90</sup>

Unutulma hakkı, kişilere “ ‘yeni bir sayfa açma’, ‘geçmişine ait izleri bir daha geri getirilemeyecek biçimde silme’ ve ‘yeni bir başlangıç’ ”<sup>91</sup> yapma imkanı sağlar.

Uluslararası hukukta unutulma hakkı AP tarafından 14.04.2016 tarihinde 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 17. Maddesinde ile kabul edilmiştir. Ancak Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün henüz yürürlüğe girmeden ABAD'nın 13 Mayıs 2014 yılında verdiği “Google Kararı” unutulma hakkına hukuksal bir zemin oluşturmuş olması bakımından son derece önemlidir.<sup>92</sup>

Ülkemizde unutulma hakkını doğrudan koruyan bir hukuki düzenleme olmamasına rağmen YHGK ve AYM unutulma hakkına dayanan iki önemli karar vermiştir.

YHGK E. 2014/4-56 ve K. 2015/1679 T. 17.06.2015 ve Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru No: 2013/5653 K. 3.3.2016 kararları; AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer almasına rağmen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'muzda yer almayan “unutulma hakkı” ile ilgili hukuksal boşluğu yargı içtihatlarıyla kapatmış olmaları bakımından önem taşımaktadır.

---

<sup>90</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 14.

<sup>91</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 35.

<sup>92</sup> Sümer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan 'Unutulma Hakkı' Kararı.

Bu yargı kararlarında unutulma hakkında bahsedilerek, unutulma hakkının mutlak olmadığı, bu nedenle her somut olay açısından haklar arasındaki dengenin ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla dijital ve fiziksel ortamdaki yasal olarak işlenmiş ve yayınlanmış kişisel veriler, “geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmiş”, güncelliğini yitirmiş ise, artık kamunun üstün bilgi edinme hakkından söz edilemeyeceğinden bu verilerin silinmesi talep edilebilecektir.<sup>93</sup>

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**Ahi, Şebnem**, “Unutulma Hakkı”, (<http://www.bilisimhukuk.com/2014/02/unutulma-hakki-the-right-to-be-forgotten>). (01.11.2016).

**Akgül, Aydın**, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y. 2013, S. 133, s. 21-45. (Akgül, Sağlık Verileri).

**Akgül, Aydın**, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, *TBB*, S. 116, 2015, s. 11-38. (Akgül, Unutulma).

**Akgül, Aydın**, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bs., İstanbul, 2016. (Akgül, Kişisel Veri).

**Aktan, Hamdi Yaver**, “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, *TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel*, Ankara, 2008, s. 11-13.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ([http://www.echr.coe.int /documents/convention\\_tur.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf)) (25.12.2016).

**Başalp, Nilgün**, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara 2004.

**Büyükay, Yusuf**, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *AÜEHFD*, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 383-396.

**Dinç, Güney**, “ Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, *TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel*, Ankara, 2008, s. 14-54.

**Doğan, Adnan Coşkun**, *Kişisel Verilerin Korunması, Muhafazası ve Paylaşımı*, Ankara 2015. ( file:///C:/Users/YesiM/Desktop/UNUTULMA %20 HAKKI/MAKALELER/kisisel\_verilerin\_korunmasi\_ve\_paylism\_rehberi.pdf) (01.11.2016).

---

<sup>93</sup> Akgül, Kişisel Veri, s. 31.

**Doğru, Osman/Nalbant, Atilla**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Bs., Ankara, 2013.

**Döner, Ayhan**, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, İstanbul, 2010.

**Gözübüyük, Şeref/ Gölcüklü**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Bs., Ankara, 2011.

**Gülener, Serdar**, “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’”, *TBBĐ*, S. 102, 2012, s. 219-240.

**Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem**, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, 2009, s. 9-22.

**İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi**, ([http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/h\\_rights\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf)) (25.12.2016).

**Kanadoğlu, Korkut**, “ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Özel Yaşam”, *TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel*, Ankara 2008, s. 55-99.

**Kanmaz, Fatih**, *Özel Hayata Karşı Suçlar*, Ankara, 2015.

**Karaaslan, Enis/Eren, Mehmet Beşir/Koç, Serhat**, “Çevrimiçi Mahremiyet: Teknik ve Hukuksal Durum”, (<https://www.researchgate.net/publication/271762529>) (31.10.2016).

Kişisel Veri, (<http://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/kisisel-veri-nedir-nedemektir/>) (28.12. 2016).

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>) (28.12. 2016). (Komisyon Raporu).

**Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*,3. Bs., Ankara, 2016.

**Korkmaz, İbrahim**, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, *TBBĐ*, S. 124, 2016, s. 82-152.

**Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2015.

**Özdağıstanlı, Burak**, “Anayasa Mahkemesi’nden Unutulma Hakkı Kararı”, (<http://www.iptech-legal.com/single-post/2016/08/26/ANAYA-SA-MAHKEMES%C4%B0NDEN-UNUT-ULMA-HAKKI-KARARI>) (01.01.2017).

**Özdemir, Hayrunnisa**, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara, 2009.

**Sümer, Onur M.**, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ndan ‘Unutulma Hakkı’ Kararı”, (<https://www.linkedin.com/pulse/yarg%C4%B1tay-hukuk-genel-kurulundan-unutulma-hakk%C4%B1-karar%C4%B1-m-onur-sumer>) (17.12.2016).

**Şimşek, Oğuz**, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, 2008.  
Türk Ceza Kanunu, (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>) (25.12.2016).

**Üzeltürk, Sultan**, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul, 2004.

**Zafer, Hamide**, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, 1. Bs., İstanbul, 2010.

# HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNDAKİ CEZA MUHAKEMESİ HÜKÜMLERİ ÖZELİNDE DİSİPLİN HAPSI

*Disciplinary Detention as laid down in the Criminal Procedure Provisions in  
the Civil Procedure Code*

**Osman ÇAKAR<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 13.07.2016 Kabul Tarihi: 07.09.2017

## ÖZET

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak genel usul kurallarını belirleme amacıyla ihdas edilen bir kanun olmasına rağmen hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğindeki disiplin hapsi gibi ceza yargılamasına ilişkin hükümler içermektedir. Hukuk yazınında Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan disiplin hapsine ilişkin doğrudan bir kaynak bulunmamaktadır. Çalışma ile bu eksikliğin bir miktar olsun giderilmesi ve konuya dikkat çekilmesi hedeflenmektedir. Çalışmada hukuk ve ceza yargılaması arasında disiplin hapsi bağlamındaki etkileşim, disiplin hapsinin hukuki niteliği, Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen disiplin hapsi cezasına ilişkin eksik bırakılan usul hükümlerinin neler olduğu ve çözüm önerileri ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ceza Yargılaması, Disiplin hapsi

## ABSTRACT

Despite being a code that lays down general rules of procedure for the resolution of private law disputes, the Civil Procedure CodeNo. 6100 comprises provisions that relate to punishment restricting personal freedom as it is in the case of disciplinary detention which is concerned with criminal procedure. Legal literature does not contain any first hand sources that deal with disciplinary detention as to be found in the Civil Procedure Code. This essay aims at filling this gap to a certain extent and furthermore intends to draw attention to this topic. Moreover, the essay addresses the interaction between the law and criminal procedure on the basis of disciplinary detention, the legal nature of the latter, as well as the gaps in the procedural provisions with regard to disciplinary detention contained in the Civil Procedure Codeand solutions to the raised problems.

**Key Words:** Civil Procedure Code, Criminal Procedure, Disciplinary Detention

## GİRİŞ

Dava konusu uyuşmazlığın esasının tabi olduğu hukuk dalına göre davalar; hukuk ve ceza davaları ile idari davalar olarak ayrıma tabi tutulabilir. Hukuk usulü, ceza usulü ve idari yargılama usulü olmak üzere bu üç tür davaya farklı yargılama usulleri uygulanır<sup>2</sup>.

Özel hukuk uyuşmazlıklarının çözüm usullerine ilişkin genel yargılama hükümleri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) yer almakla birlikte, 4721 sayılı Medeni Kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2004 sayılı

<sup>1</sup> Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, cakarosman@gmail.com

<sup>2</sup> Gözler, Kemal , **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınları, 11. Baskı, Bursa,Ağustos 2014, s.441-442.

İcra ve İflas Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gibi diğer kanunlarda da usul hükümlerine yer verilmiştir. Aynı şekilde maddi ceza hukukuna ilişkin temel ve özel ceza yasalarının uygulanmasına ilişkin yargılama usulleri de 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) yer almakla birlikte çeşitli özel ceza yasalarında da usul hükümleri bulunmaktadır. Devletin, cezayı gerektiren fiillerden dolayı faili cezalandırma hakkı nedeniyle ceza mahkemelerinin yargısal faaliyet alanı ceza yargısının, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri de hukuk yargısının konusunu oluşturmaktadır<sup>3</sup>.

Ceza yargılaması ile tamamen farklı düzenleme alanında yer almasına rağmen HMK'da disiplin hapsi ve disiplin para cezasına ilişkin hükümler mevcuttur. Şöyle ki:

HMK'nın 151/2. maddesinde; ihtara rağmen mahkemenin düzenini bozan veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam eden kimsenin<sup>4</sup>, 253/2. maddesinde; kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığın<sup>5</sup>, 269/2. maddesinde; yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişinin<sup>6</sup>, 398. maddesinde; ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin disiplin hapsi ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>7</sup>.

Bunun yanında HMK'nın 42/4. maddesinde; esas yönünden kabul edilmeyen red talebini, kötüniyetle yapan kimsenin, 49/1. maddesinde; hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat davası esastan red edilen davacının, 182. maddesinde; kötüniyetle ıslaha başvuran tarafın, 218/2. maddesinde; mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgelerin, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenmesi emrini yerine getirmeyen kimsenin, 245. maddesinde; usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın, 253/1. maddesinde; kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinen, yemin etmeyen veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinen tanığın, 269/2. maddesinde; geçerli bir özürlü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan bilirkişinin, 291/3. maddesinde; keşfe karşı koyan üçüncü

---

<sup>3</sup> Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara, 2014, s.66.

<sup>4</sup> Kuru/ Arslan / Yılmaz, s.113-114.

<sup>5</sup> Yılmaz, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012, s.162-163.

<sup>6</sup> Kuru/ Arslan / Yılmaz, s.428.

<sup>7</sup> Kuru/ Arslan / Yılmaz, s.562.

kişinin, 329/2. maddesinde; kötünüyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafın disiplin para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>8</sup>.

Bu düzenlemeler tamamen özel hukuk uyumsuzluklarının çözümüne yönelik hükümler içeren HMK ile ceza hukuku ve ceza yargılamasının disiplinler arası ilişkisine sebep olmaktadır.

HMK'nın 446. maddesinde; disiplin para cezasının, yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezası olduğu, bu cezanın, seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği ve adli sicil kayıtlarında yer almayacağı, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği açık olarak hüküm altına alınmış ise de disiplin hapsinin niteliği hakkında her hangi bir hüküm bulunmamaktadır.

CMK'nın 60/1. maddesinde; yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanığın, tanıklık yapana kadar veya yemine zorlamak üzere yemin edene kadar<sup>9</sup>, 71. maddesinde, 60. madde yollamasıyla yeminden, süresi içinde<sup>10</sup> oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişinin yemin edene ve oy ve görüş bildirene kadar, 124/1. maddesinde; ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerini teslim etmekten kaçınan kimsenin bunları teslim edene kadar, 203/3. maddesinde; duruşmanın düzenini bozan ve salondan çıkarılması sırasında direnç gösteren veya karışıklığa neden olan kişinin disiplin hapsi ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine anılan maddelerde ve aynı Kanunun 2/1-l. maddesinde; disiplin hapsinin, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla saliverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis olduğu, öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde saliverilmenin uygulandığı<sup>11</sup>, CMK'nın 267. ve devamı maddelerine göre itiraz yoluna başvurulmasının mümkün olduğu, disiplin hapsine ilişkin tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkili olduğu, duruşma düzeninin bozulması halinde hâkim veya mahkeme tarafından bu kararın verileceği hususları açık olarak düzenlenmiştir. CMK'da disiplin para cezası bulunmamaktadır.

---

<sup>8</sup> Kuru/ Arslan / Yılmaz, s.66.

<sup>9</sup> Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık,3.Baskı, Ankara, 2015, s.520.

<sup>10</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s.225.

<sup>11</sup> Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 7.Baskı, Ankara, 2012,s.690-691.

HMK ve CMK'nın anılan hükümleri göz önünde tutularak çalışmanın birinci bölümünde HMK'da düzenlenen disiplin hapsi müessesesinin hukuki niteliği, ikinci bölümünde HMK'da öngörülen disiplin hapsi cezasına ilişkin eksik bırakılan usul hükümlerinin neler olduğu ve sonuç bölümünde ise disiplin hapsine ilişkin eksik bırakılan hususlara dair çözüm önerilerinin neler olabileceği değerlendirilecektir.

## 1. HUKUK MUHADEMELERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN DİSİPLİN HAPSİ MÜESSESESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

HMK'da yer alan disiplin hapsinin hukuki niteliğine ilişkin belirleme yapmadan önce disiplin kavramının açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Disiplin; bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı ya da yazısız kurallarına, titizlik ve önemle uyması durumu, ikinci olarak, kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin tümü olarak tanımlanmaktadır.<sup>12</sup> Bu disiplin tanımlarından ikincisinde belirtilen kuralların ihlali halinde disiplin yaptırımlarının uygulanması sözkonusu olacaktır. İkinci tanım da ilk tanım ile tamamen bağımsız bulunmamakla birlikte HMK'da öngörülen disiplin hapsi için geçerli bir tanım olarak görülmemektedir. Şöyle ki HMK'da bir topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymayan kişilere değil; yargılama esnasında mahkemenin öngördüğü önlemlere aykırı davranan tarafa ve hatta yargılamanın tarafı durumunda bulunmayan ancak yargılamaya müdahale eden, üçüncü kişilere de yaptırım uygulanabilecektir.

Yine burada suç ile disiplin cezasını gerektiren fiil ayrımının yapılması da gerekmektedir. Suç, genel sosyal düzeni korumak için, disiplin yaptırımı ise kısmi bir düzeni korumak için yaptırım altına alınan beşeri ihlal fiili<sup>13</sup> olarak tanımlanabilir. Başka bir ifade ile suç; genel olarak hukuk düzeninin, ceza adı verilen yaptırım türü ile yasakladığı fiil olarak tanımlanabilir<sup>14</sup>. Suçun kişinin ülkesinde yaşadığı devlete karşı olan genel itaat yükümlülüğünün ihlali, ceza kanununun olumlu veya olumsuz bir emrinin ihlali<sup>15</sup>, disiplin cezasını gerektiren fiilin ise bir kişinin rızası ile tabi olduğu belirli bir topluluğa karşı olan özel bağlılık yükümlülüğüne karşı gelmesi halinde ortaya çıkacağı ifade edilmekte<sup>16</sup> ise de bizim de katıldığımız görüşe göre kamusal bir faaliyetin yürütülmesine

---

<sup>12</sup> Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.12.2015)

<sup>13</sup> Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2010, s.2.

<sup>14</sup> Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, 22. Bası, Ankara, Şubat 2016, s.97.

<sup>15</sup> Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Beta Basın Yayın Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s.113.

<sup>16</sup> Yurtcan, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, 2007, s.24.



dair kurallara aykırı davranan kişiler hakkında, kurallara uygun davranmalarını sağlamak amacıyla disiplin para cezası ve disiplin hapsini de içerecek şekilde disiplin yaptırımları uygulanabilmektedir<sup>17</sup>. İlk görüş çalışmanın kalanında da örnekleri verileceği üzere yargılamanın taraf olma iradesi ve rızası olmayan tanık, bilirkişi ve ihtiyati tedbir kararına muhalefet eden üçüncü kişi gibi şahıslar hakkında da disiplin hapsi kararı verilebilmesi nedeniyle benimsenmemiştir.

HMK'da düzenlenen disiplin hapsinin hukuki niteliğini belirlemek için öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamındaki cezalara değinmek gerekir. Cezalar yönelik olduğu değerlere ve hukuki niteliklerine göre farklı ayrımlara konu olabilmektedir. Yoksun bıraktığı değerlere göre cezalar; yaşama hakkına yönelik ölüm cezası, hürriyete yönelik özgürlüğü bağlayıcı cezalara ve malvarlığına yönelik para cezaları şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>18</sup>.

TCK'nın 45. ve devamı maddelerinde öngörülen cezalar; hapis cezası ve adli para cezası olmak üzere iki türdür: Hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak hükme bağlanmıştır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası; sıkı güvenlik tedbirleri ile ömür boyu çektirilen cezadır. Müebbet hapis cezası; ömür boyu infaz edilen hapis cezasıdır. Süreli hapis cezası; bir aydan yirmi yıla kadar olan hapis cezasıdır. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına da kısa süreli hapis cezası adı verilir. Adli para cezası ise kanunda aksi belirtilmedikçe beş günden az yedi yüz otuz günden fazla olmayan ve failin ekonomik durumuna göre bir gün için yirmi ile yüz TL arasında değişen devlet hazinesine ödenen cezadır<sup>19</sup>. Kanunda suçun karşılığı olarak özgürlüğü bağlayıcı ceza türü "hapis cezası", malvarlığı değerlerine yönelik ceza türü "adli para cezası" olarak yer almıştır<sup>20</sup>. TCK'nın 50. maddesinde kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına veya seçenek yaptırımlara çevrilebileceği ve 51. maddesinde ise iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasının ertelenebileceği hüküm altına alınmıştır.

CMK'nın 2/1-l. maddesinde ise disiplin hapsi; kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis olarak tanımlanmıştır. Kanunun gerekçesinde Türk Dil

---

<sup>17</sup> Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 3.Baskı, Ankara, 2007, s.621., Özgenç, İzzet,s.689.

<sup>18</sup> Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 8.Baskı, Ankara, 2015,s:531.

<sup>19</sup> Yerdelen,Erdal, **Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi)**, Karamaoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Karaman, 2010, s.10, www.tez2.yok.gov.tr.

<sup>20</sup> Koca/ Üzülmöz, s.538.

Kurumunun tanımına da uygun olarak kısmî bir düzeni, örneğin mahkemenin, disiplin, düzen ve yüceliğini (mehâbetini) veya yargılamanın esenlikle yürütülmesini sağlamak üzere disiplin hapsi yaptırımının mahkeme başkanı veya hâkim tarafından uygulanabileceği ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

Tasarıda 62. madde olarak yer alan CMK'nın tanıklığa ilişkin 60. maddesinin gerekçesinde; tanıklıktan ve yeminden çekinmenin yaptırımları ve uygulama koşullarının düzenlendiği, ceza muhakemesi faaliyetinin süreklilik arz etmesi ve en kısa sürede bitirilmesi hedefleri bulunduğundan tanığın gelmemesinin, gelip beyanda bulunmamasının veya yeminden kaçınmasının bu iki hedefe ulaşılmasını engelleyeceğinden; beyanda bulunmaktan veya yeminden kaçınan tanığın, üç ayı geçmemek ve herhâlde dava hakkında hüküm verilmeye kadar disiplin hapsine konacağı belirtilmiştir. Disiplin hapsi için Kanunun 2. maddesinin gerekçesine de bakılması gerekmektedir. Disiplin hapsine karşı CMK'nın 267. ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz yolunun açık olduğu belirtilmiş böylelikle disiplin hapsinin uygulanmasına ilişkin ilk kez bir usul hükmüne yer verilmiştir<sup>22</sup>. Yine gerekçede tanımlardaki düzenleme doğrultusunda "hapis yolu ile tazyik" yerine "disiplin hapsi" kelimesi kullanıldığı açık olarak belirtilmiş CMK'da düzenlenen disiplin hapsinin, Ermenek'in<sup>23</sup>2004 sayılı İcra ve İflas Kanunundaki hapsen tazyikin bir disiplin hapsi olduğuna ilişkin tespitinin aksine bir belirleme yapılmıştır.

CMK'nın 60/1. maddesinde yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çeken tanığın, yemin edene veya tanıklık yapana kadar disiplin hapsine tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır.

CMK'nın tasarıda 92. madde olarak yer alan 124/1. maddesinde ise ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerini teslim etmekten kaçınan kimsenin bunları teslim edene kadar disiplin hapsine mahkum edileceği hüküm altına alınmış gerekçede maddede ifade edilen disiplin hapsinin 60. maddede yer alan disiplin hapsi olduğu belirtilmiştir.

Tasarda 210. madde olarak yer verilen CMK'nın 203/3. maddesinde; duruşmanın düzenini bozan ve salondan çıkarılması sırasında direnç gösteren veya karışıklıklara neden olan kişinin disiplin hapsi ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde disiplin hapsinin önleyici niteliğine "duruşmanın düzen ve disiplinini sağlanması konusunda getirilen hükümlerle

---

<sup>21</sup> Özgenç, s. 691.

<sup>22</sup> Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015, s.703.

<sup>23</sup> Ermenek, İbrahim, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis In Idem İlkesinin Uygulama Alanı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:19, Ekim 2014, s.302.

duruşmanın düzen ve disiplinin bozulmasına neden olabilecek olayların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.” ifadesi ile vurgu yapılmıştır.

Böylelikle disiplinin hapsiyle yukarıda disiplin tanımı ile belirtilen yasalara ve düzenle ilgili yazılı ya da yazısız kurallara, titizlik ve önemle uyulması durumunun sağlanması amaçlandığı açık olarak ifade edilmiştir. Katıldığımız fikre göre de duruşma düzenini bozma eyleminin gerçek anlamda bir suçla, bu fiilin karşılığı olarak varsa Türk Ceza Kanununda öngörülen hapis cezası ile, kişi hakkında, belirli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılması dışında<sup>24</sup>, bir benzerliği yoktur<sup>25</sup>.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 150. maddesinde ihtarla rağmen mahkemenin düzenini bozan veya mahkeme huzurunda münasip olmayan söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam eden kimsenin derhal yakalanması emredilerek hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanacağı, mahkemenin düzenini bozan fiilin veya mahkeme huzurunda söylenen sözün aynı zamanda suç oluşturması halinde, durumun bir tutanakla Cumhuriyet başsavcılığına bildirileceği ve gerekiyorsa fiili işleyen yakalanması emredilerek Cumhuriyet başsavcılığında hazır bulundurulmasının sağlanacağı, ancak bu durumun bu kimse hakkında disiplin hapsinin uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Maddede ne bis in idem<sup>26</sup> ilkesine şeklen aykırı gibi görünse de mahkemenin düzenini bozan eylem veya mahkeme huzurunda münasip olmayan söylenen sözün veya davranışın, aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde failin disiplin hapsi cezasından başka ayrıca bir ceza hukuku yaptırımına tâbi tutulacağı açık olarak ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak amacıyla, duruşmadan çıkarılmasına direnç gösteren veya karışıklıklara neden olanlar hakkında hâkim veya mahkemece uygulanacak disiplin tedbiri olarak “disiplin hapsi” uygulanmasının hükme bağlandığı, bu düzenlemeyle, ceza mahkemeleri bakımından uygulanan CMK’nın 203. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile hukuk mahkemeleri yönünden bir paralellik sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Maddede öngörülen disiplin hapsi CMK’da belirtilen disiplin cezası ile aynı mahiyettedir ve CMK’ya açık bir atfı yapılmıştır.

HUMK’nın 271. maddesinde kanuni bir sebep göstermeden veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan

---

<sup>24</sup> Özgenç, s. 690.

<sup>25</sup> Zafer, s.115.

<sup>26</sup> “Aynı konuda aynı sanık için önceden bir dava açılmış veya bir hüküm verilmişse bu duruma yatay non bis in idem ilkesi denilir.” Özen, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. Sa. 1, 2010, s. 390, Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, *Non Bis İn İdem İlkesi*, Çetin ÖZEK Armağanı,1. Bası, İstanbul, 2004, s. 219.

çekinen, kendisine sorulan sorulara cevap vermekten kaçınan ya da yemin etmemekte direnen tanığın, tanıklığının veya yemininin gerçekleştirilmesi için, dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde onbeş günü geçmemek üzere disiplin hapsine karar verilebileceği, tanıklığa ve yemine ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>27</sup>. Madde gerekçesinde yine 150. maddenin gerekçesinde olduğu gibi CMK'ya paralelliğin sağlanmaya çalışıldığı açık olarak zikredilmiş, tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme hâlinde tanıklar hakkında uygulanacak usulü işlemler yeniden düzenlenmek suretiyle ceza mahkemeleri yönünden tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme hâlinde uygulanan 5271 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrası hükmüyle paralelliğin sağlanması amaçlandığı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile ilke olarak duruşmaya çağrılan tanıkların geçerli bir sebebi bulunmaması hâlinde tanıklık yapmalarının veya yemin etmelerinin ilke olarak kabul edildiği, ancak buna rağmen bu ilkeye uymayanlar hakkında disiplin hapsine karar verileceği, hukuk mahkemelerinin kendine özgü yargılama kuralları dikkate alınmak suretiyle, bu temel ilkeye uyulmamasının ikinci defa gerçekleşmesi durumunda mahkemece hükmedilecek disiplin hapsinin üst sınırı onbeş gün olarak belirlendiği ifade edilmiştir. Yine bu hükümde de CMK'nın esas alındığını görmekteyiz. Madde ve gerekçesinde disiplin bozucu eylemin sonlandırılması halinde yaptırımın derhal geri alınacağı öngörüldüğünden Kanun koyucunun buradaki amacının cezalandırmak değil yargılamanın gereğinin yerine getirilmesini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür.

HUMK'nun 113/A maddesinde ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimsenin fiilinin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm ile Kanunun geneline hakim olan disiplin hapsi kavramından vazgeçilerek ilk kez hapis cezası öngörülmüştür. İhtiyati tedbir kararı gereğinin yerine getirilmemesinin ayrıca bir suç oluşturması halinde madde gereğince ceza verilemeyeceği açıktır. Burada fail, aleyhine veya lehine tedbir kararı verilen taraf olabileceği gibi yed'i emin gibi üçüncü bir kişi de olabilir<sup>28</sup>. Gerekçede tedbire aykırı davranmaya ilişkin eylemin mülga 765 S. TCK'nın 526. maddesinde düzenlenen ve kabahatler arasında yer alan yetkili mercilerin emrine uymama eylemini oluşturmadığı ifade edilmiş ve Yargıtay kararlarının da bu yönde olması nedeniyle uygulamanın kanundaki yerini aldığı belirtilmiştir.

---

<sup>27</sup> Yılmaz, s. 1162-1163, Yılmaz, tanıklığa ilişkin disiplin hapsinin, tanığı (tanıklık yapmaya veya tanık yeminine) "zorlama (tazyik) hapsi" olduğunu, bu nedenle HUMK'nun 271/ cümle 3'te belirtilen hükmün yeniden kabulünün gerektiğini belirtmektedir.

<sup>28</sup> Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir-Demir, 6. Baskı, İstanbul, 2001,s.4345.

İsviçre Medeni Usul Kanununda (Swiss Civil Procedure Code, Code De Procédure Civile)<sup>29</sup> disiplin hapsine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. HMK'nın 151. maddesinde düzenlenen mahkemenin düzeninin bozulması halinde disiplin hapsine karar verilmesine ilişkin de İsviçre Medeni Usul Kanununda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre Medeni Usul Kanununun 167. maddesinde mahkeme ile işbirliği yapmayı haksız olarak reddeden kimsenin mahkeme tarafından disiplin para cezası veya İsviçre Ceza Kanununun 292. maddesi gereğince resmi mercilerin emrine itaatsizlik suçundan cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. HMK'nın 240- 265. maddeleri arasında düzenlenen tanıklık kurumu İsviçre Medeni Usul Kanununda 169- 176. maddeleri arasında düzenlenmiş ancak HMK'da olduğu gibi kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığın disiplin hapsi ile cezalandırılacağına ilişkin herhangi bir hüküm ihdas edilmemiştir. İsviçre Medeni Usul Kanununun 171. maddesinde İsviçre Ceza Kanununun 307. <sup>30</sup>maddesi kapsamında yalan tanıklığın cezai sonuçlarının hatırlatılacağı hüküm altına alınmıştır. HMK'nın 389- 399. maddeleri arasında düzenlenen ihtiyati tedbir kurumu İsviçre Medeni Usul Kanununda 261- 276. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>31</sup>. İsviçre Medeni Usul Kanununun 267. maddesinde hakim'in ihtiyati tedbirin uyulmasına yönelik tedbirler alabileceğinden bahsedilmiş disiplin hapsine ilişkin bir hüküm tesis edilmemiştir.

HMK'da disiplin para cezasına ilişkin tanımlama yapılmış ise de disiplin hapsinin hukuki niteliği tanımlanmamıştır. HMK'nın 151/2. maddesinde, ihtara rağmen mahkemenin düzenini bozan veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam eden kimsenin, dört güne kadar; 253/2. maddesinde, kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığın, iki haftaya kadar<sup>32</sup>; 269/2. maddesinde; yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişinin 253/2. maddede düzenlendiği şekilde iki haftaya kadar, 398. maddesinde, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

HMK'nın genel gerekçesinde disiplin hapsinin, özellikle duruşmanın düzeninin sağlanması gibi hâllerde öngörüldüğü, davanın görülmesi sırasında

---

<sup>29</sup> İsviçre Medeni Usul Kanunu için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/201407010000/272.pdf> (Erişim Tarihi 20.12.2015).

<sup>30</sup> İsviçre Ceza Kanunu için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> (Erişim Tarihi 20.12.2015).

<sup>31</sup> Özbek, Selçuk, "İsviçre Medeni Usul Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2, 2013, s.259.

<sup>32</sup> Kuru/ Arslan / Yılmaz, s. 418.

kötü niyetli davranışları önlemek ve yargılamayı daha etkin kılabilmek için ise disiplin para cezasının düzenlendiği, bu cezaların tecili veya ertelenmesi gibi sebeplerle uygulanamamasının önlenerek, yargılamanın işleyişinin güvence altına alınmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu ifade ile kanun koyucunun amacının, disiplin hapsi ile yargılamayı daha etkin kılmak için duruşma düzeninin korunması ve kötü niyetli davranışların engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır.

TCK'da öngörülen kısa süreli hapis cezalarının ertelenmesi, paraya çevrilmesi nedeniyle etkili sonuca ulaşılamayacağı anlaşılabilir derhal sonuç alınabilen ve paraya çevrilip ertelenemeyen disiplin hapsinin tercih edildiğini söylemek gerekir, bu amaca yönelik olarak HMK gereği verilecek disiplin hapsi kararlarında CMK'nın 231. maddesinde öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının da uygulanamayacağını söylemek de mümkündür<sup>33</sup>.

HMK'nın tasarıda madde numarası 156. olan 151. maddesine ilişkin madde gerekçesinde ise mahkemenin düzenini bozmakta veya münasip olmayan söz ve davranışta ısrar eden kişiler hakkında, CMK'da olduğu gibi, disiplin hapsi öngörüldüğü ifade edilmiştir. Her ne kadar HMK'da disiplin hapsinin tanımı yapılmamış ise de bu atıf ile genel gerekçede tecili veya ertelenmesi mümkün olmayan ve CMK'nın 2/1-I. maddesinde tanımlanan disiplin hapsinin kabul edildiği söylenebilecektir. Madde gerekçesinin devamında mahkemenin düzenini bozan veya münasip olmayan eylemin ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeden TCK'da bir suç teşkil etmesi halinde ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabileceği belirtilmiştir. Örneğin duruşma sırasında taraflar veya orada bulunan herhangi bir kişinin hakaret ve tehdit içeren sözler söyleyerek duruşma düzenini bozması halinde o kişiye maddede öngörülen dört güne kadar disiplin cezası verilebileceği gibi ayrıca hakaret veya tehdit eylemi nedeniyle de hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasının akabinde, bu eylem nedeniyle o kişi hakkında ayrıca TCK'nın ilgili maddeleri gereğince hapis veya adli para cezası uygulanabilecektir. Ceza Kanunu anlamındaki suçlar ile muhakeme düzenine aykırı fiillerle arasında Ne bis in idem ilkesi geçerli sayılamaz<sup>34</sup>. Madde gerekçesinde ayrıca duruşma disiplinini bozan davranışın vahametini ve CMK'daki şartların oluşmasına göre hukuk hâkimine de tutuklama kararı verebilme yetkisi tanıdığı belirtilerek bu halde CMK'nın uygulanmasının sözkonusu olduğu açık olarak tekrar ifade edilmiştir.

Kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığın disiplin hapsine mahkum edilmesine ilişkin tasarinın 256.,

---

<sup>33</sup> Turan, Hüseyin, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2012, s.66.

<sup>34</sup> Zafer, s.115.

Kanunun 253. maddesinin gerekçesinde ise tekrar disiplin hapsinin niteliğine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak Kuru da buradaki disiplin hapsinin CMK'nın 2/1.I. maddesinde düzenlenen disiplin hapsi olduğunu belirtmiştir<sup>35</sup>.

Yine bilirkişilik görevinin kapsamını hüküm altına alan tasarının 273., Kanunun 269. maddesinde bilirkişinin yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınması halinde tanıklara ilişkin disiplin yaptırımına maruz kalacağı ifade edilirken disiplin hapsinin niteliğine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır.

HMK'nın ihtiyati tedbire muhalefet halinde disiplin hapsinin uygulanmasına ilişkin tasarının 402., Kanunun 398. maddesinin gerekçesinde ise mahkeme kararı olan ihtiyati tedbirin, etkinliğinin sağlanması için tedbirin uygulanmasına engel olacak her türlü davranışın önüne geçilmesi gerektiği, içinde zor kullanma yetkisini barındıran bir mahkeme emri olan tedbirin gereğinin sağlanması ve mahkeme kararlarına saygının korunması için bir yaptırımının olması gerektiği gözetilerek tedbire aykırı davranışların cezaî sonucunun ayrıca düzenlendiği ifade edilmiştir. Cezayı uygulayacak mahkeme yönünden tereddütleri ortadan kaldırmak için maddede görevli ve yetkili mahkemenin de açık olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu madde ile disiplin hapsi kararının uygulamasında görevli ve yetkili mahkemenin, esas hakkında dava henüz açılmamış ise ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme, esas hakkındaki dava açılmış ise bu davanın görüldüğü mahkemenin olduğu<sup>36</sup> belirtilerek yetkili ve görevli mahkeme açık olarak düzenlenmiş ve yargılama usulüne ilişkin bir husus daha açıklığa kavuşturulmuştur. İhtiyati tedbir kararına muhalefet halinde de öngörülen disiplin hapsinin CMK'nın 2/1.I. maddesinde düzenlenen disiplin hapsi olduğunu söylemek gerekmektedir<sup>37</sup>. Kanımızca HMK'nın 151. ve 253. maddelerinde de yetkili ve görevli mahkeme hususunda muğlak bir durum söz konusu değildir, bu hükümlerde yetkili ve görevli mahkeme duruşmayı icra eden mahkeme ve tanığı dinleyen mahkemedir. Bu mahkemenin mutlaka esas davayı gören mahkeme olması zorunlu değildir zira duruşma yapılması veya tanık dinlenmesi işlemi HMK'nın 172, 197, 236, 289, 320, 354. maddelerinde açık olarak belirtildiği üzere istinabe mahkemesinde yapılabilecek ve bu durumda disiplin hapsine istinabe mahkemesi tarafından karar verilebilecektir.

---

<sup>35</sup> Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2015, s.305. , Aksi görüş için; Yılmaz, Ejder,s.1163.

<sup>36</sup> Yılmaz, s.1654.

<sup>37</sup> Kuru, s:506, Kuru hem tanıklık ile bir önceki dipnota ilişkin ilgili kısımda hem de bu kısımda "İhtiyati tedbir kararının uyulmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, disiplin hapsi (CMK 2/1) ile cezalandırılır" ifadesini kullanarak disiplin hapsinin CMK'nın 2/1 maddesinde düzenlendiğini ifade etmiştir.

Tüm bu karşılaştırmalar göz önüne alındığında HMK'da düzenlenen disiplin hapsinin madde gerekçelerinde açık olarak belirtildiği ve yine Kanunun 446. maddesinde disiplin para cezasının tanımlamasından da anlaşıldığı üzere 5271 sayılı CMK'nın 2/1-l. maddesinde düzenlenen kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen yine CMK'nın 267. ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz kanun yoluna tabi hapsi ifade ettiğini söylemek gerekir. Madde gerekçelerine yansıyan kanun koyucunun iradesinden ve HUMK'un 113/A, 150. ve 271. maddelerinde 1711 ve 5728 sayılı Yasalarla yapılan değişiklik gerekçeleri ve maddelerin değişim yönünden hüküm altına alınan hapsin; disiplin hapsi olduğu ve CMK'da düzenlenen disiplin hapsi ile aynı nitelikteki müeyyideyi ifade ettiği görülmektedir.

## **2.HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN DİSİPLİN HAPSİ CEZASINA İLİŞKİN EKSİK BIRAKILAN HÜKÜMLER**

Birinci bölümde tespiti yapıldığı üzere HMK'daki disiplin hapsinin CMK'da ifadesini bulan disiplin hapsi olarak kabul nedeniyle CMK'da disiplin hapsine ilişkin eksik hükümlerin de belirlenmesi gerekmektedir.

5271 sayılı CMK'nın 2/1.l maddesinde disiplin hapsi;

-Kismî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen,

- Seçenek yaptırımlara çevrilemeyen,
- Önödeme uygulanamayan,
- Tekerrüre esas olmayan,
- Şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan,
- Ertelenemeyen,
- Adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen,

hpsi ifade etmektedir. CMK'nın 2. maddesinde disiplin hpsinin tanımlamasının yapılması yerine sonuçlarına yer verilmiştir<sup>38</sup>.5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 17. maddesi gereğince disiplin hpsine mahkum olanlar hakkında infazın ertelenmesinin istenemeyeceği de görülmektedir<sup>39</sup>. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza

---

<sup>38</sup> Özgenç, s.690, Kılıçparlar, Zeliha, **Tazyik Hpsisi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Temmuz 2016, s.8.

<sup>39</sup> Disiplin hpsine mahkum olanlar hakkında 5275 sayılı Kanunun 110. maddesi gereğince özel infaz usullerinin uygulanamayacağı hususunda; Çolak, Haluk/ Altun, Uğurtan, *Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak*



ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 193. maddesi gereğince; disiplin hapsinin Cumhuriyet başsavcılığınca infaz edileceği<sup>40</sup>; disiplin hapsine mahsus deftere kaydedileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre; disiplin hapsi cezasının infazı amacıyla, on gün içinde Cumhuriyet başsavcılığına gelmesi için hükümlüye çağrı belgesi gönderilir. Bu süre içinde hükümlünün gelmemesi veya kaçması halinde yakalama emri düzenlenir. İlgilinin bu adreste bulunamaması halinde karar, yargı çevresi dışındaki o yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir, Kanun hükümlerine göre disiplin hapsi, kaldırılmadığı veya düşürülmediği takdirde kurumda yerine getirilir. Disiplin hapsi kararları için kurumda ayrı bir kayıt tutulur. Disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararları, tekröre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adli sicil kayıtlarına işlenmez.

CMK'nın 2. maddesinde yer verilen tanımda her ne kadar disiplin hapsinin seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekröre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen hapsi ifade ettiği belirtilmemiş ise de yine CMK'nun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden sonra 231. maddesine 6/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanununun 23. maddesi ile eklenen 5. fıkra gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği hususunda herhangi bir açıklık yoktur.

Birinci bölümde de belirtildiği üzere HMK'da düzenlenen disiplin hapsine ilişkin hükümlerde Kanununun 446. maddesi ve disiplin hapsine ilişkin madde gerekçelerinde belirtilen CMK'da uygulanan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin geçerli olacağına ilişkin tereddütlerin bulunması nedeniyle öncelikle kanunda disiplin hapsinin niteliğine ilişkin hükmün bulunmadığını söylemek mümkündür. Madde gerekçeleri ve HMK'nın 446. maddesi dikkate alınarak disiplin hapsi için CMK'nın 2/1.1 maddesinin ve bu maddenin CMK'daki ilk uygulaması olan 60. maddenin son fıkrası gereği disiplin hapsine karşı kanun yolunun itiraz olduğu zımnen anlaşılmaktadır<sup>41</sup>. Ancak bu belirleme dahi CMK'nın disiplin hpsinin düzenlendiği 71, 124, 203. maddelerde de 60. maddeye atfı yapılması nedeniyle itiraz usulünün nasıl uygulanacağını tespitinde yorum ihtiyacı bulunmaktadır. Gerekçenin kanunun bir parçası olmayıp yorumlama açısından değer taşıması nedeniyle, HMK'daki disiplin hpsinin madde gerekçelerinde ifade edildiği şekilde CMK'daki disiplin hpsine ilişkin açık bir hükmün bulunmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

---

*Disiplin ve Tazyik Hpsinin Hüküm ve Sonuçları*, Adalet Dergisi,2007,Sa.27, s.9.

<sup>40</sup> Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi,4. Baskı, Ankara, Ekim 2015, s.305.

<sup>41</sup> Çolak / Altun, s.9, Hukuk hakiminin disiplin tedbiri olarak verdiği kararların kesin olduğu, bunlara karşı kanun yoluna (üst mahkemeye) başvurulamayacağına ilişkin aksi görüşler için bkz. Türkmen, Ali, **Özel Hukuk Muhakeme Usûlü**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2015, s.63. , Kuru/ Arslan / Yılmaz, s. 114.

HMK'da ve CMK'da disiplin hapsine ilişkin müeyyidenin uygulanmasında mahkemenin resen mi, şikayet veya ihbar üzerine mi harekete geçeceğine ilişkin bir hükmün bulunmadığı açıktır. Hakim ihtara rağmen mahkemenin düzenini bozan veya mahkeme huzurunda uygun olmayan söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam eden kimseye, kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığa, yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiye karşı kendiliğinden yargılamaya ara verip bir disiplin hapsi kararı verebilecek midir yoksa tarafların şikayeti içerir irade beyanlarını mı bekleyecektir. Hakimin ihtiyati tedbir kararına muhalefet hali haricinde bizzat olayın içinde olması ve duruşma ve yargılama düzeninin bozulması nedeniyle, düzeni yeniden sağlamaya yönelik resen harekete geçeceğine söyleyebiliriz<sup>42</sup>. Ancak ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimseye karşı da derhal resen harekete geçilebileceğini söylemek pek mümkün olmayacaktır. Örneğin kıymetli evrakın iptali talebini içerir bir dava açıldığında, davanın devamı sırasında senedin kullanılması imkanı bulunması nedeniyle senedin kullanılmasını veya senedin devredilmesini ya da ifa talebiyle borçluya ibraz edilmesini önlemeye yönelik ihtiyati tedbir kararına<sup>43</sup> rağmen senedin kullanılması veya devredilmesi hallerinden hakim haberdar olması halinde resen disiplin hapsine karar vermesi mümkün değildir. Bu durumda tarafların veya üçüncü kişilerin tedbire muhalefet edildiğini bildirmelerinin şikayet veya ihbar mı olarak değerlendirileceği hususunda hüküm bulunmamaktadır. Benzer şekilde ihtiyati tedbir kararına aykırı davranılması nedeniyle şikayetçi sıfatının kabul edilmesi halinde şikayetten vazgeçmenin veya katılma talebinde bulunmanın herhangi bir hüküm ifade edip etmediği de belirsizdir. Disiplin hapsini gerektiren suçların şikayete tabi olması halinde uzlaşma hükümlerine tabi olup olmayacağı yönünde de bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Şikayet eden sıfatı ve dolayısıyla katılan sıfatının kabul edilmesi halinde mahkemenin verdiği karara karşı bu kişilerin itiraz hakkının bulunup bulunmadığı yönünde HMK'da ve CMK'da bir hüküm bulunmamaktadır.

HMK'nun 389. maddesinde ihtiyati tedbir kararına uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse hakkında disiplin hapsi vermeye yetkili ve görevli mahkeme belirlenmiştir buna göre; görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme;

---

<sup>42</sup> Disiplin hapsini gerektiren suçların, şikâyete bağlı olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. Çolak/ Altun, s.10

<sup>43</sup> Konuralp, Cengiz Serhat, **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, S. 2, s.227.

<sup>44</sup> Disiplin hapsini gerektiren suçların, şikâyete bağlı olduğu ancak uzlaşma hükümlerine tabi olmadığına ilişkin görüş için bkz. Çolak/ Altun, s.10.

esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir<sup>45</sup>. Ancak HMK'nın 151, 253. ve 269. maddelerinde ihtara rağmen mahkemenin düzenini bozan veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam eden kimsenin, kendisine sorulan sorulara cevap vermeyen veya yemin etmemekte direnen tanığın, yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişinin, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin sanki o yargılamayı yapan mahkeme tarafından disiplin hapsine mahkum edileceği düşünülse de; duruşma yapma, tanık dinleme ve bilirkişilik yaptırma işlemlerinin HMK'nun 197, 259, 289. ve 172. maddelerinde düzenlendiği üzere istinabe suretiyle yerine getirilmesi halinde istinabe talep eden mahkeme tarafından mı istinabe mahkemesi tarafından mı mahkumiyet kararı verileceği kanımızca belirli olsa da açık bir düzenleme bulunmadığından usul hükmü eksikliği bulunmaktadır. Bu konudaki tereddütün yorumla giderileceği muhakkaktır. Centel/Zafer de CMK'ya göre tanık ve bilirkişilerin yeminden ve tanıklık ve bilirkişilik yapmaktan çekinmeleri halinde disiplin hapsi kararı vermeye yetkili hakim; CMK'nın 60/2. maddesine göre naip ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hakimi olduğunu ifade etmişler, yorum yolu ile davayı gören mahkemenin karar verebileceğini ve Cumhuriyet savcısının bu konuda karar veremeyeceğini belirtmişlerdir<sup>46</sup>. Bu konudaki farklı yorumların önüne geçmek için açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Disiplin hapsini gerektirir eylemlerin ortaya çıktığı andan itibaren bu hususa ilişkin yargılamanın HMK'nun 163-165. maddeleri arasında düzenlenen ön sorun veya bekletici sorun sayılıp sayılmayacağı, bu eylemlere ilişkin yargılamanın yürütülen yargılama ile birlikte aynı esas altında mı, ek karar ile mi yoksa yeni bir dava gibi ayrı esas dosyası veya değişik iş dosyası ile mi yapılacağı hususu da ayrı bir belirsizlik konusudur.

HMK'nın 389. maddesinde düzenlenen ihtiyati tedbir kararına muhalefet edenin disiplin hapsi ile cezalandırılmasına ilişkin hükümde tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin eyleminin tespit edilmesi HMK'nın 151, 253. ve 269. maddelerine muhalefet edenlerin eylemlerinin tespit edilmesinden ve bu hususta karar verilmesinden daha zor olabilecektir. Örneğin usulsüz kesilen elektrik enerjisinin tedbiren açılmasına karar veren mahkemenin, tedbir kararına aykırı bir şekilde enerji verilmemesini tespit etmesi, yargılama sırasında

---

<sup>45</sup> Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler**, Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara, 2015, s. 410-411.

<sup>46</sup> Centel, Nur/ Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, 12. Baskı, İstanbul, 2015, s.252 ve s.281.

hemen önünde cereyan eden diğer maddelerde sayılan haller kadar kolay olmayacaktır. Bu örnekte mahkemenin tarafların iddia ve savunmalarını tespit etmesi, tanık dinlemesi, mahallinde keşif yaparak açılmasına karar verilen elektriğin kullanıma sunulup sunulmadığı, kullanımın sağlamlasının sonrasında tekrar kapatılıp kapatılmadığının tespitinin bilirkişi marifeti ile yapılması gibi, bir yargılamanın asli faaliyetlerinin de yerine getirilmesi söz konusu olabilecektir. HMK'da ve de CMK'da disiplin hapsi kararı verilmeden önce delillerin tespitinde uygulanacak muhakeme hükümleri bulunmamaktadır.

Her ne kadar HMK'nın madde gerekçelerinde CMK'da hüküm altına alınan disiplin hapsine atıf yapılmış ise de disiplin hapsine konu eylemi gerçekleştiren kimseye, disiplin hapsi kararı verilmeden evvel Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarında dahi tanınan<sup>47</sup> savunma hakkı gibi şüpheli ve sanık haklarının tanınıp tanınmayacağı hususunda her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın 36/1., taraf olduğumuz İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 11., İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde ifadesini bulan savunma hakkının kısıtlanması CMK'nın 289/1.h maddesine göre mutlak bozma sebebidir<sup>48</sup>. Disiplin hapsine mahkum edilmesine karar verilen kişilere CMK'nın 147. maddesine göre yüklenen suçun anlatılması, müdafii seçme ve onun hukukî yardımından yararlanabilme, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabilmesi, müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilmesi, duruşmada hazır bulunma susma, tercümandan yararlanma<sup>49</sup>, yakalanması halinde yakınlarından istediğine yakalandığının derhâl bildirilme, kanunî hak olarak yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmayabilme, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebilme, kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırma ve lehine olan hususları ileri sürme olanağının tanınması şeklindeki şüpheli veya sanık haklarının tanınıp tanınmayacağı belirli değildir. Yine bu hakların bulunduğu ilişkin bilgilendirmenin yapılıp yapılmayacağı, CMK'nın 148. maddesindeki ifade alma ve sorguda yasak usullerin kullanılmasının sorgu veya savunmaya etkisinin nasıl olacağına ilişkin bir usul hükmü de bulunmamaktadır.

---

<sup>47</sup> Işıklar, Celal, **Barışta ve Savaşta Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ve Yorumu**, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2015, s.992.

<sup>48</sup> Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Saygılar, Kurt, Yasemin F./ Özeydin, Özdem/ Alan, Akcan, Esra/ Erden, Efser, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık,9.Baskı, Ankara, 2015, s:153.

<sup>49</sup> Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi,10.Baskı, Ankara, 2015, s.219.

Her ne kadar Pekcanıtez/Atalay/Özekes disiplin hapsine konu eylemin aynı zamanda suç oluşturması halinde failin en ağır olan ceza ile cezalandırılacağı<sup>50</sup> ifade etmiş iseler de HMK'da öngörülen disiplin hapsini gerektiren eylemlerin aynı zamanda suç oluşturması halinde failin disiplin hapsi ile mi yoksa TCK'da düzenlenen bir suç nedeniyle mi cezalandırılacağı ya da her iki yaptırıma aynı anda mı maruz kalacağı hususunda bu tarz yorum farklılıklarının önüne geçecek nitelikte hüküm bulunmadığından, Kanunda eksiklik bulunmaktadır.

Konuralp Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.12.2012 tarih ve E.2012/15887, K.2012/18734 sayılı kararına istinaden ihtiyati tedbir kararına muhalefet suçunda görevli ve yetkili kanun yolu merciinin her ne kadar Yargıtay<sup>51</sup> olduğunu söylemekte ve Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 24/02/2014 gün 2014/1414 esas, 2014/2321 karar sayılı "Onama" ilamında da disiplin hapsi uygulamasına ilişkin mahkeme uygulaması esas yönünden incelenerek onanmış, 11. Hukuk Dairesi 28.11.2013 gün 2013/15970 esas 2013/21645 karar sayılı ilamında bu hususta incelemenin Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 26/01/2013'de Resmi Gazete'de yayınlanan, 21/01/2013 gün ve 1 sayılı kararı gereğince Yargıtay 7. Ceza Dairesi'ne ait olduğu belirtilmiş<sup>52</sup> ise de disiplin hapsine karşı başvurulabilecek kanun yolunun HMK'nın madde gerekçelerinde yapılan atıflar nedeniyle ve 19. Ceza Dairesinin 05.11.2015 gün 2015/17158 esas ve 2015/6673 karar sayılı ilamında doğru olarak belirtildiği şekilde<sup>53</sup> CMK'nın 267. ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz kanun yolu olduğunu düşünmekteyiz. Mahkeme veya hakim kararlarına karşı kanun yolu kural olarak istinaf ve temyiz ise de; kanunun açık olarak gösterdiği hallerde mahkeme ve

<sup>50</sup> Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.633.

<sup>51</sup> Konuralp, s.261, Her ne kadar burada Konuralp disiplin hapsi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması durumunda kanun yolu incelemesinin Yargıtay hukuk dairelerince yapıldığını belirtmiş ise de anılan Yargıtay 4. HD 06.12.2012 tarih ve E.2012/15887, K.2012/18734 sayılı kararının metninden de görüleceği üzere eylem HMK'nın yürürlüğe girdiği 1/10/2011 tarihinden önce 13.01.2011 suç tarihli olaya ilişkindir ve yine karar içeriğindeki "Şu durumda, olay tarihine ve ihtiyati tedbir kararına aykırı eylemin gerçekleştirildiği tespit edilen tarihe göre, bu konuda görevli mahkeme 1086 sayılı HUMK 113/A maddesi uyarınca Sulh Ceza Mahkemesi'dir." ifadesinde de suçun HMK'nın 398. maddesine göre değil HUMK'nın 113/A maddesine göre tanımlandığı anlaşılmaktadır.

<sup>52</sup> Yargıtay karar sorgulama ekranı için <http://digerlb.uyap.gov.tr>, Erişim Tarihi 30.06.2016.

<sup>53</sup> 19. Ceza Dairesi 05.11.2015 gün 2015/17158 esas ve 2015/6673 karar sayılı ilamında "Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü: Davalılar hakkında verilen "disiplin cezasına hükmedilmesi talebinin reddine" ilişkin kararın, CMK'nın 223. maddesinde öngörülen kararlardan olmadığından, temyizinin mümkün bulunmadığı, bu karara karşı yapılan itirazların ise, CMK'nın 264-268. maddeleri gereğince mahallinde sonuçlandırılması gerektiğinden, dosyanın incelenmeksizin mahalline iade edilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE, " karar vermiştir. Yargıtay karar sorgulama ekranı için <http://digerlb.uyap.gov.tr>, Erişim Tarihi 30.06.2016.

hakim kararlarına karşı hem hukuksal hem maddi yönden denetimini içeren kanun yolu itiraz<sup>54</sup> kanun yoludur<sup>55</sup>. CMK'nın 60/son maddesinde disiplin hapsi kararına itiraz edilebileceği hüküm altına alınarak disiplin hapsine karşı CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz yoluna başvurulabileceği açık olarak belirtilmiştir. Ancak CMK'nın 268. maddesinin üçüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve e bentlerinde düzenlenen;

*Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.*

İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

*Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.*

*Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.*

*Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.”*

---

<sup>54</sup> Ünver / Hakeri, s. 850-851.

<sup>55</sup> Şahin, Cumhuriyet/ Göktürk, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin Yayınevi, 4.Bası, Ankara, 2015, s. 241.

hükümlerindeki ceza daireleri ve mahkemelerinin, hukuk daire ve mahkemelerine karşılık gelen mahkemelerin hangileri olduğu hususu belirli değildir. Şöyle ki; ceza mahkemelerindeki sulh, asliye, ağır ceza ayrımlarının, hukuk mahkemelerindeki sadece sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin bulunması karşısında denk mahkemelerin nasıl tespit edileceği konularında tereddüt ve usul hükmü eksikliği bulunduğunu da söylemek mümkündür. Yine CMK'nın 270. maddesinde itiraz incelemesi neticesinde verilen kararın Cumhuriyet Savcısına da bildirilebileceği, 271. maddesinde itiraz incelemesinin duruşmalı yapılması halinde Cumhuriyet Savcısının dinlenebileceğine ilişkin hükümlerin hukuk mahkemelerindeki yargılamalarda Cumhuriyet Savcısının yer almaması nedeniyle uygulanabilirliği konusunda tereddütlerin oluşacağı da açıktır.

Yine itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu yönünde CMK'nın 271/4. maddesindeki düzenleme karşısında bu kararlara karşı HMK'nın veya CMK'nın olağanüstü kanun yollarından hangisine başvurulacağı, bu olağanüstü kanun yolunun hukuki sonuçlarının ne olacağına ilişkin usul hükmü eksiklikleri bulunmaktadır. Şöyle ki CMK'nın 309. ve 310. maddelerinde düzenlenen Kanun yararına bozma yolunun geçerli olacağına kabul edilmesi halinde kanun yararına bozma yoluna gidebilecek mercilerin ve kanun yararına bozma nedenlerinin farklı olmasına ayrıca kanun yararına bozma kararının ilk derece mahkemesinin kararına etkili olmasına rağmen HMK'nın 363. maddesinde düzenlenen kanun yararına temyiz kabul edilmesi halinde, kanun yararına temyiz yoluna gidebilecek merciler ve kanun yararına temyiz nedenlerinin farklı olması ayrıca kanun yararına bozma kararının ilk derece mahkemesinin kararına etkili olmaması, resmi gazetede yayımlanması gibi farklılıkların ortaya çıkacağı açık iken bu hususa ilişkin Kanunda hüküm bulunmamasının *önemli bir* eksiklik olduğu söylenmelidir.

HMK'nın 446. maddesi gereğince disiplin para cezalarının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak disiplin hapsinin nasıl infaz edileceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Madde gerekçelerinde yapılan atf gereği CMK'nın disiplin hapsine ilişkin hükümleri uygulansa dahi ancak yorum yolu ile HMK gereği verilen disiplin hapsinin Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun gereğince infaz edileceği ortaya çıkmaktadır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün "Disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararlarının infazı" kenar başlıklı 193'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre disiplin hapsi infaz edilecektir<sup>56</sup>. HMK'nın 446. maddesi gereği disiplin para cezasının 5272 sayılı Kanununun 106. maddesinden farklı olarak

---

<sup>56</sup> Çolak/ Altun, s.38.

6183 sayılı Kanun gereği tahsil edileceği ayrıca belirtildiğinden disiplin hapsi için de infaz usulünün net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Yine disiplin hapsine konu eylemler nedeniyle dava zamanaşımı sürelerine ilişkin bir süre öngörülmemiştir<sup>57</sup>. Türk Ceza Kanununda hapis cezasını gerektiren suçlar nedeniyle kanuni tanımdaki hapis cezası sürelerine göre dava zamanaşımı süreleri belirlenmiş iken disiplin hapsine ilişkin suçlar nedeniyle zamanaşımı süresi belirlenmemesi de başka bir eksikliğe ve uygulama farklılıklarına yol açabilecektir. Dava zamanaşımı süreleri gibi ceza zamanaşımına ilişkin de disiplin hapsi için bir zamanaşımı süresinin belirlenmediği de açıktır.

### **SONUÇ YERİNE: HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNDA YER ALAN DİSİPLİN HAPSİNE İLİŞKİN EKSİK BIRAKILAN HUSUSLARA DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

Öncelikle HMK'da öngörülen disiplin hapsinin CMK'da düzenleme altına alınan disiplin hapsi olduğuna ilişkin bir atf maddesinin madde gerekçelerine değil de madde metnine işlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Sonrasında HMK'da ifade edilen disiplin hapsini gerektiren eylemler üzerine mahkeme tarafından resen mi HMK'nın 24. maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesi gereği şikayet üzerine mi harekete geçileceğine ilişkin madde metinlerine ifade eklemesi yapılması faydalı olacaktır. Disiplin hapsine konu eylemler nedeniyle yapılacak yargılamanın, yeni bir yargılama konusu mu, aynı yargılama içinde ön sorun, bekletici sorun mu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Disiplin hapsini gerektirir eylemin esas dava ile birlikte mi değişik iş şeklinde mi, duruşma yapılarak mı veya yapılmadan mı karara bağlanacağı belirlenmelidir. Yapılacak yargılamanın tarafların huzurunda mı, savunma tespit edilip edilmeden mi yapılacağı ve delil toplama ile delil takdirinin nasıl yapılacağı belirlendiği yargılama usulünün tespit edilerek yeni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yine HMK'da öngörülen disiplin hapsini gerektirir eylemlerin aynı zamanda suç oluşturması halinde tanık, bilirkişi, taraf veya üçüncü kişi hakkında disiplin hpsinin yanında ayrıca suç nedeniyle ceza verilip verilmeyeceği, en ağır olan yaptırımın mı yoksa her iki yaptırımın mı uygulanacağı hususlarında madde metinlerine eklemesi yapılması gerekmektedir. Ayrıca verilen disiplin hpsine konu disiplin bozucu eylemden vazgeçilmesi halinde bu cezanın kaldırılıp kaldırılmayacağı hususunun da CMK'da olduğu şekilde açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Disiplin hpsisi kararına karşı kanun yolunun, süresinin, olağan üstü kanun yolunun ne olduğu, kanun yoluna başvurunun kararın infazına etkisinin ne olacağına ilişkin açık düzenleme yapılmalıdır. Disiplini sağlamaya yönelik tedbirlerin acil olarak

---

<sup>57</sup> Özgenç,s.690.



alınması gerekmesi nedeniyle kanun yolu merciinin yapacağı incelemenin nasıl olacağına ilişkin açık düzenlemelere yer verilmelidir. Disiplin hapsine ilişkin kararların nasıl infaz edileceği ve özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanıp uygulanmayacağı hususunun da açık olarak Kanunda ifadesini bulması gerekmektedir. Disiplin hapsine ilişkin suçlar nedeniyle dava ve ceza zamanaşımına ilişkin İcra ve İflas Kanununun 354. maddesine benzer nitelikte bir hüküm ihdas edilmelidir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 12. Baskı, İstanbul, 2015

CİHAN, Erol/ YENİSEY, Feridun, *Non Bis İn İdem İlkesi*, Çetin ÖZEK Armağanı, 1. Bası, İstanbul, 2004

ÇOLAK, Haluk/ ALTUN, Uğurtan, *Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları*, Adalet Dergisi, Ocak 2007, Sa.27

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2015

ERMENEK, İbrahim; "İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.19, Ekim 2014

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 11. Baskı, Bursa, Ağustos 2014

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, US-A Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2010

İŞIKLAR, Celal, Barışta ve Savaşta Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ve Yorumu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2015

KILIÇPARLAR, Zeliha, Tazyik Hapsi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Temmuz 2016

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2015

KONURALP, Cengiz Serhat, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 2, 2013

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir, 6. Baskı, İstanbul, 2001

KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2015

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara, 2014

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015

ÖZEN, Mustafa, “*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. Sa. 1, 2010

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler (Gazi Şerhi), Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 3. Baskı, Ankara, 2007

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2012

ÖZTEK, Selçuk, “İsviçre Medeni Usul Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2, 2013

ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, KURT, Yasemin F./ ÖZAYDIN, Özdem/ ALAN, AKCAN, Esra/ ERDEN, Efsar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2015

PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2015

PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2015

ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2015

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, 22. Bası, Ankara, Şubat 2016

TURAN, Hüseyin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2012

TÜRKMEN, Ali, Özel Hukuk Muhakeme **Usûlü**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2015

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2015

YERDELEN,Erdal, Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Karamaoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Karaman, 2010,www.tez2.yok.gov.tr

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, 2007

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Beta Basın Yayın Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul, 2011

İsviçre Medeni Usul Kanunu için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/201407010000/272.pdf> (Erişim Tarihi 20.12.2015)

İsviçre Ceza Kanunu için bkz <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> (Erişim Tarihi 20.12.2015)

Türk Dil Kurumu, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 03.12.2015)

Yargıtay karar sorgulama ekranı için <http://digerlb.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi 30.06.2016)



# TANIK İFADESİ VE ÇAPRAZ SORU PSİKOLOJİK BİR BAKIŞ

*Eyewitness Testimony and Cross Examination a Psychological View*

Alper KÜÇÜKAY<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 17.05.2017

Kabul Tarihi: 29.05.2017

## ÖZET

Tanık ifadesi, hukukumuzda önemli bir yere sahiptir. Tanığın ifadesi olayın açığa çıkması ve gerçeğe ulaşılması açısından önemlidir. Çapraz sorgu tanığın ifadesinin alınabilmesi için hukukçuların kullanabileceği bir yöntemdir. Bu noktaya psikolojik açıdan bakıldığında tanığa soru sorulmasında ne tür durumların yaşandığı ve sonuçta nelere yol açtığı incelenmiş bununla beraber çeşitli çapraz sorgu teknikleri üzerinde durulmuştur. Tanık ifadesinin alınmasında çeşitli yöntem ve teknikler olmakla birlikte soru sorma ve özellikle çapraz sorgulama bu makalenin konusu olarak ele alınmıştır. Çapraz sorgu tekniklerinin uygulanabilirliği ve sorgunun kişi üzerindeki etkileri de değerlendirilmiştir. Ağırlıklı olarak batı kaynaklı literatür araştırması yapılarak hukukçulara hem akademik hem de pratik temelde fayda oluşturması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Tanık İfadesi, Tanığa Soru Sorma, Sorgulama Teknikleri, Çapraz Sorgu, Psikolojik Etkiler

## ABSTRACT

Eyewitness Testimony is an important topic in Turkish law. In order to reach the truth and reveal the factual details, the testimony of an eyewitness is of crucial importance. For this purpose, cross examination is a method usable for jurists to interrogate the eyewitness. From a psychological perspective, this technique is used to scrutinize what has been experienced by the eyewitness and what can come out of an eyewitness's testimony. Moreover, some cross examination techniques has been focused on. There are different methods and techniques for an eyewitness testimony. Similarly, interrogation and especially cross examination have been addressed in this article. We applicability of cross examination techniques and the effects of examination on a person have also been assessed. By delving basically into literature of western origin, this article aims to provide academic and practical for jurists.

**Key Words:** Eyewitness Testimony, Eyewitness Interrogation, Techniques of Examination, Cross Examination, Psychological Effects

## GİRİŞ

Tanığa soru sorma hâkimin önünde gerçekleştirilen bir mahkeme işlemidir. Bu makalede tanığa soru sorma işi, hukukçunun bir rolü olarak ele alınmıştır. Çapraz sorguda savcı veya avukat sorgulayan, tanık ise soru sorulan kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. CMK 201. maddesine göre tanığın yanı sıra sanık, bilirkişi ve duruşmadaki diğer kişilerin de sorgulanabileceği belirtilmiştir ancak konu gereği burada ağırlıklı olarak tanığa soru sorulması ve tanığın ifadesi sırasında uygulanan bir yöntem olarak çapraz sorgu incelenecektir. Yine aynı maddeye göre soru sormayı cumhuriyet savcılarının da yapabileceği ifade edilmiş olup bu makalede sorgulama süreçlerine ve psikolojik boyutlarına yer verilmiştir.

<sup>1</sup> Psikolog, ODTÜ Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, alperk@metu.edu.tr

Tanık ifadesi ve çapraz sorgu için sorgulayanın çok iyi hazırlanması ve bu hazırlığın dosyayı, tarafları ve tanığı kontrolüne alabilecek düzeyde olacak şekilde önceden yapılması gerekmektedir. Çapraz sorgunun temelinde tanığı, belirlediğiniz amaç olan maddi gerçeği ortaya çıkarmaya uygun hale getirmek ve bunu da planlanan sorularla yapabilmek yatmaktadır. Soru sorma sorgulayanın yetkin olması gereken özelliklerden biridir. Böylelikle sorgulayan soru sorma şekliyle aktif varlığını ve ağırlığını soru sorulan tanığa hissettirme şansına sahip olacaktır. Bu şekilde hâkimin de dava konusu hakkındaki düşüncelerini ve algılarını etkileyerek karar verme sürecindeki rolünü ortaya koyacaktır.

Tanığa soru sorma, sert ve sıkıcı olmakla beraber olayı belirleyici nitelik taşımaktadır. Bu niteliği gereği hem güçlü hem de zayıf yönlere sahiptir. Amerikan hukukunda birçok dava; anlatım ve beyanlarıyla çok başarılı olmakla birlikte, doğrudan ve çapraz sorgulamayı yeterince beceremeyen yeterince avukatlar nedeniyle kaybedilmektedir.<sup>2</sup> Bu makaleyi yazmaktaki amaç tanık ifadesi ile ilgili bazı psikolojik detaylara inerek daha sağlıklı bir değerlendirme ve bilgilenmeyi sağlamak, çapraz sorgu yöntemlerini de psikolojik bir bakış açısıyla ele alıp sorgulayıcılara avantaj oluşturacak alt yapıyı tesis etmektir. Bu amaçla birçok yabancı makale ve yayınlar incelenerek bu iki konunun ortak noktalarına da değinilmiştir. Çapraz sorgunun avantajlı ve dezavantajlı yönlerinin etraflıca değerlendirilmesi açısından bir zemin hazırlanmaya çalışılmıştır.

Sorgulama teknikleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Çapraz sorgunun daha iyi anlaşılıp daha etkili bir şekilde kullanılabilmesi için çalışmamızda öncelikle doğrudan sorgu ele alınmış ve bu sorgu biçimi ile çapraz sorgu arasındaki farklılıkların anlaşılması amaçlanmıştır.

## I. DOĞRUDAN SORGU

Tanıklar, özellikle suçun soruşturulması ve kanıtların ortaya konması açısından yargısal stratejinin önemli bir parçasıdır.<sup>3</sup> Sorgunun ayırıcı özelliği ise yargı makamınca yapılmasıdır. İfade ve sorgu suçlanan kişilerin suça konu olan olayla ilgili beyanlarından oluşur. Konuyla alakalı olmayan bilgilerden oluşan açıklamalar, ifade veya sorgu niteliği taşımaz.<sup>4</sup> Sorgulamayı yapan makamın amacı, olayın çözüme kavuşturulmasıdır.<sup>5</sup> Tanık ifadesinin, olayın anlatılması ve çözümlenmesi için gerekli olduğu düşünülmektedir.

---

<sup>2</sup> Jack E. McGehee, "A Guide to Direct Examination and Cross-Examination", GPSolo, 2014, Vol. 31 No. 5, s.1

<sup>3</sup> Lauren R. Shapiro, "Eyewitness Testimony for A Simulated Juvenile Crime by Male and Female Criminals with Consistent or Inconsistent Gender-role Characteristics", Journal of Applied Developmental Psychology, 2009, Volume 30, Issue 6, s. 649

<sup>4</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, Alfa Yayınları, İstanbul, 1994, s. 142

<sup>5</sup> Cumhuriyet Şahin, Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s.99

Doğrudan sorgulama çapraz sorguya benzetilmekle birlikte aslında farklı sorgulama aşamalarından birisi olduğu düşünülmektedir. Doğrudan sorgu, öyküsel bir anlatı yerine, merakları giderici ve dikkatli dinlemeye yol açan kısaltılmış ve hızlı bir sorgu türüdür. Doğrudan sorgu kısa, güçlü bir tarzda gerçekleşmektedir.<sup>6</sup> Yönlendirici olmayan, eklentili sorular tanığa soru sormada kullanılabilir. Bıktırıcı, sıkıcı “Sonrasında ne oldu?” sorusu yerine, tanıktan lehte cevap almaya yarayacak eklenti temelli sorular sorulması daha etkilidir.<sup>7</sup>

Doğrudan sorguda kaliteyi yakalamak sorgulamanın amacına ulaşmasını sağlayacaktır. Elde edilebilecek kanıtların analizinden sonraki en önemli karar, ispatın nasıl sağlanacağıdır? Tanık hikâyeyi anlatmaya başladığında soru sormanın beklenen en iyi şekli, mahkemede soruşturma sırasındaki kronolojiye uygun bir başlangıç ve bitiş düzeninin sürdürülmesidir.

Diğer yandan, tanığın dava konusunu destekleyici ifade vermesi veya olayın meydana geliş nedenlerinin, savcılık soruşturmasındaki mantıksal akışa göre sıralanması önem taşımaktadır. Tanığa soru sorarken soruları çeşitlendirip örnekler vermek, daha çok ilgi çekebilir.<sup>8</sup> Tanığın güvenilirliği de önem taşımaktadır. İlk başta, tanığa olayın geneline dair açıklamalar yaptırılıp, tanığın zihnindeki görsel imgelerin ifade edilmesi ve bunların notlandırılması sorguda iyi bir açılış sağlamaktadır.<sup>9</sup> Aşağıdaki sorular açılış ve görsel imgelerin ifadesinin sağlanmasına yönelik sorulara örnek olarak verilebilir:

- Kazayı gerçekten gördünüz mü?
- Şimdi gördüğünüz her şeyden bahsedelim
- İlk gördüğünüz şey neydi?

Yargılamanın/duruşmanın amacı, hâkimin zihni ile vicdanını birbirine bağlayarak maddi gerçeklere ulaşmaktır. Genelde açık ve anlaşılır dil kullanmak bu bağlantıyı artırıcı etki yapmaktadır. Tutuk veya bunalıcı bir soruyla başlamak, daha en baştan iletişime ket vurabilir. Bu nedenle bazı durumlarda basit bir soruyla giriş yapmak daha iyi olabilmektedir. Çok resmi olmayan bir açılış sorguda ilerlemeyi daha rahat sağlayacaktır. Tanığa soru sorulması sırasında soru yağmuruna itiraz edilip duruşmanın akışının engellenmesi/bozulması, tanığın önemini/etkisini azaltan bir tehdit olarak karşımıza çıkabilmektedir. Sorgulamanın başlangıcında ilk kelimelerin özel bir dikkatle seçilmesiyle birlikte soruların itinayla oluşturulması, yönlendirici “itirazları” çoğu zaman önleyebilmektedir.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> McGehee, s. 2

<sup>7</sup> Dawn Archer, “Cross-Examining Lawyers, Facework and the Adversarial Courtroom”, *Journal of Pragmatics*, 2011, 43, 3216–3230

<sup>8</sup> McGehee, s. 2

<sup>9</sup> McGehee, s. 2

<sup>10</sup> Archer, s. 3220-3228

Göz teması kurmak sorgulamalarda kullanılan bir tekniktir. Tanık yemin ettirildikten sonra, iyi hazırlanmış sorgulayan kendi hazırladığı notlara bakma ihtiyacı hissetmemeli ve gözünü bir tanıktan ayırmamalıdır. Bu şekilde tanıkla göz teması kurulması daha etkin bir biçimde sağlanabilecektir. Çünkü tanığın yüz ifadelerini kaçırmak, görmemek büyük risk oluşturabilmektedir, öyle ki duruşma esnasında, bir yanıt ifadesi içeren mimik veya olayın açıklığa kavuşmasında önemli bir noktayı destekleyen bedensel tepkiler olabileceği gözden kaçırılmamasını gerekli kılmaktadır. Sorgulayanın tanığın verdiği ifadeye, tanığın yüzüne ve beden diline dikkat kesilmesi gerekmektedir. Mesela bir yüz ekşitme aslında bir cevap niteliğinde olabilir. Bazı reaksiyonlar, olayı açıklığa kavuşturmak için önemli noktalar olabilmektedir. Sorgulayanın tanıktaki bu reaksiyon ve ifadeleri kullanması olayın aydınlatılmasına yardımcı olabilmektedir. Sorgulayan bu şekilde ifadelerin ve beden dilinin tutarlılığını test etme imkânı yakalayabilecektir.

Tanığın dikkatinin bölünmemiş olması soru sorma açısından önem taşımaktadır. Sorgulayanın, kendiliğinden gelişen veya yönlendirerek oluşturduğu tanıktaki ve ifadesindeki değişimleri o anda görüp değerlendirme yeteneğine sahip olması avantaj sağlamaktadır. Sözel tonlamayı yani ses tonunu ayarlamak normal konuşmalarda da önem taşımaktadır. Mekanik bir ses tonu, tanık ve ifadesinin sıkıcı ve düşük bir dikkatte ilerlemesini sağlayacağı gibi diğer yandan yüksek bir ses tonu, tanığa yönelen dikkatin ve konuşmanın sürekliliği ile hâkimin merakını arttırabilir. Düzgün ve akıcı anlatımların kullanılması, ifadelerin hız ve ritminin ayarlanması ilgi uyandırırken, karar vericinin dikkatini de konu üzerinde devamını da sağlayabilir.<sup>11</sup>

Üçlü konuşma alanı (A three-way conversation) sorgulamanın bir parçasıdır. Mükemmel bir doğrudan sorgulamada sesler, iki meraklı insanın ilgi çekici bir konu üzerine konuşmasındaki gibidir. Hâkim ise konuşmaya dinleyerek dâhil olan üçüncü bir kişi gibidir. Bir sorgulayanın yapacağı etkili sorgulama, açık ve net bir ses tonu ve bununla tutarlı bir ruh hali ile sağlanmaktadır. Bu da sorgulayanın yetkin, saygılı, gerçekçi, aklındaki ve kalbindekileri ortaya koyacak bir özgüvene sahip şekilde davranmasıyla oluşabilmektedir.<sup>12</sup>

Programlama – öncelik ve sonralık etkisi sorgulamada etkin olarak kullanılmaktadır. En çok hatırlanan bilgi ilk ve son sunulandır. Tanık ifadesinin ana hatları oluşturulurken bu durum dikkate alınarak planlama yapılmasında fayda vardır. Akıllı bir sorgulayıcı, tanığın dava içindeki pozisyonuna göre soru sormaya başlamalı ve sonra dava konusunu pekiştiren bir final oluşturacak şekilde tanığın ifade vermesine yönelik sorular dizayn etmelidir.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Wayne Chappelle, Kent Rosengren, "Maintaining Composure and Credibility as an Expert Witness During Cross-Examination", *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2001, 1:3, 55-72, DOI: 10.1300/J158v01n03\_03

<sup>12</sup> McGehee, s. 3-4

<sup>13</sup> McGehee, s. 4



## II. ÇAPRAZ SORU

Çapraz sorgu, tarafların sorgu sujesi konumundaki şahıslara soru sormasının son derece gelişmiş ve sistematik bir şekli olarak Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde kullanılan gelişmiş bir muhakeme işlemidir.<sup>14</sup> Çapraz sorgu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. Fıkrasının (d) bendinde yer almaktadır. Bu maddeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne üye devletlere çapraz sorgu uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>15</sup> Hukukumuzda bilindiği üzere Ceza Muhakemesi Kanununun 201. maddesinde "Doğrudan Soru Yönelme" başlığı ile savcı ve avukata doğrudan soru sorma kapsamında çapraz sorgu yapma imkânı tanınmıştır. Doğrudan soru yönelme başlığında CMK madde 201 ile:

"Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir" düzenlemesi yapılmıştır.<sup>16</sup>

Çapraz sorgunun amacı davanızı destekleyecek ifadenin elde edilmesidir.<sup>17</sup> Ayrıca çapraz sorguda başarılı olmak esas olmakla beraber asıl hedef tanıktan istenilen beyanı alarak gerçeğe ulaşılmasının sağlanmasıdır. Gerçeğe ulaşmaya yönelik sorular önceden belirlenip hazırlanarak duruşma esnasında tanığa yöneltilmektedir.<sup>18</sup> Bu şekilde yargılama sürecine sorgulayanın da aktif olarak katıldığı ve müdahil olduğu görülmektedir. Bu nedenle çapraz sorgu uygulamalarının savcı ve avukatlar açısından önemli bir yeri olduğunu vurgulayabiliriz.

Çapraz sorgunun amacı kontrollü, hedeflenen bir sonuç oluşturmaktır. Eğer sorgulama iyi yapılırsa saldırgan ya da atılgan bir tavır takınmış olan tanık kurguladığı ifadesini daha fazla ileri süremeyecektir. Eğer sorgulama yetersiz yapılırsa tanık sonucu tersine de çevirebilir. Çapraz sorguda karşılaşılan en zor

---

<sup>14</sup> Naim Karakaya, Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, Avukatlar İçin El Kitabı IV, s. 11-12

<sup>15</sup> Çapraz Sorgu (Cross Examination) ve Portekiz, HSK, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/dd7069fe-3e12-4280-92a8-bc323983d56e.pdf>

<sup>16</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>

<sup>17</sup> David Debold, Gibson Dunn, "Çapraz Sorgu ve Tanığın Güvenirliği", TBB Etkili Sorgu ve Dava Tanıklarının Çapraz Sorgulanması Eğitim Notları, 2016

<sup>18</sup> Joseph Rabianski, Neil G. Carn, "Cross Examination: How to Protect Yourself and The Appraisal Report", The Appraisal Journal, 1992, 60-4, s. 472-482

iki durum, sorularla manevra alanı/rahatlatıcı bir alan bırakmamak ve durulacak zamanı bilmemek olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerekenden fazla sayıda soru sorulduğunda tanık için manevra alanı kalması mümkün olabilmektedir ki bu istenen bir durum değildir. Cevapları yalnızca “evet” ya da “hayır” olabilecek kapalı uçlu soru sorma tekniği kullanılarak soruları seçerek sormak tanığın kaçış noktası ya da manevra alanını kullanması önlenmektedir. Cevapları “evet” olan soru dizisi tanığın durumu kendi lehine çevirmesini sağlayabilirken “hayır” cevaplı sorular tanığın bir çeşit zayıflık ya da yetersizlik içinde olduğunu ifade etmektedir.<sup>19</sup>

Çapraz sorgulamaya örnek bir diyalog aşağıda verilmiştir:<sup>20</sup>

Soru: Doktor değilsiniz

Cevap: Hayır

S: Hiç toksikoloji çalışmadınız

C: Hayır

S: Alkol ölçerleri destekleyici bilimsel teorileri bilmiyorsunuz

C: Hayır

S: Hatta Alkolölçerler nasıl çalışır bilmiyorsunuz

C: Hayır

S: Bundan dolayı, polis tarafından yolun kenarına çekildikten sonra Alkolölçerin nasıl 0.20 gösterdiği hakkında bir fikriniz yok

C: Hayır

Tam bir çapraz sorgulama yapabilmek için sorgulayanın, sorgulamayı sona erdireceği zamanı bilmesi gerekmektedir. “Ne zaman sorgulamayı bitireceğini” ayarlamak, sorgulayanın adeta takım çantasındaki önemli bir alet gibi<sup>21</sup> değerlendirilebilir. Hâkim üzerinde sorgulayanın amaçladığı etkinin olduğu, yani tanığın istenilen konuma getirilerek vurgulanan noktanın anlaşıldığı vakit sorgulamanın bitirilmesi önem taşımaktadır. Bu optimum noktadan sonra soru sorulması ya da erken davranılıp sorgunun istenen durumdan önce bitirilmesi, sorgulamanın sorgulayanın istediği sonucu doğurmasına engel oluşturabilir. Bu nedenle sorgudan maksimum faydanın elde edilebilmesi için sorgunun tamamlandığı an hedeflenen etkinin de sağlanmış olması gereklidir. Bu durum çapraz sorgunun başarıya ulaşması açısından çok önemlidir.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> McGehee, s. 4

<sup>20</sup> McGehee, s. 4

<sup>21</sup> McGehee, s. 5

<sup>22</sup> Rabianski, s. 481

### A. Kaliteli Bir Çapraz Sorgu

Sorular çapraz sorgunun kalitesini belirlemede önem taşımaktadır. Sorgulama yapanın sorgulamayı planlanması ve amacına uygun üretilen soruları kullanması duruşma salonunda hâkimiyet sağlamasına yardımcı olmaktadır. Sorgulama sırasında iddiaların, savunmaların tekrarlanması ve doğrulanması da önem taşımaktadır. Bu bağlamda yapılması gereken ilk iş sorguya hazırlık aşamasında etkili soruların oluşturulmasıdır. Etkili sorular yönlendirici, kısa, basit ve kontrol sağlayıcı özellikleri haiz olmalıdır. Zira cevabı sadece evet ya da hayır olmayan açık uçlu sorular, sorgunun kontrolünün sorgulayandan çıkmasına neden olabilmektedir. Kontrolün kaybedilmesi çapraz sorgunun amacına ulaşmasına engel teşkil eder.<sup>23</sup>

Aşağıda çapraz sorguda yer alması uygun olmayan bir soruya örnek verilmiştir:

Soru: Davacı işten kovuldu çünkü kendi kendini yaraladı değil mi?

Cevap: Davacı işten kovuldu çünkü işini yapmıyordu.

Görüldüğü üzere bu tarz bir soruyla kontrol sorgulayandan çıkabilmektedir.

Cevabı sadece evet ya da hayır olan sorular kontrolün sorgulayanda olmasına imkân vermektedir. Böylelikle sorgulamanın etkin şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Buna göre olması gereken bir sorgulama şu şekilde örneklenebilir:

S: Davacı 12 Şubat 2016 tarihinde yaralandı, doğru mu?

C: Evet.

S: Onun bu yaralanmasını siz 13 Şubat tarihinde öğrendiniz doğru mu?

C: Evet.

S: Ve onu 14 Şubat tarihinde işten kovdunuz, doğru mu?

C: Evet.

Özetlemek gerekirse doğru ve etkili bir sorgulama yapabilen sorgulayan, etkili bir çapraz sorgunun kalitesini belirleyen diğer önemli unsurdur. Hem zihinsel hem de vicdani açıdan etkileyici bir başlangıç yapmak ve bunu sürdürmek ile sorgulayanın tasvirine göre hâkim üzerinde net ve güvenilir bir etki bırakacak şekilde çapraz sorgulama yapmak önem taşımaktadır. Bu etkiyi oluşturabilmek için sorgulayanın sorgulama becerisine sahip olması ve bunu yerinde kullanabilmesi gerekmektedir.

---

<sup>23</sup> McGehee, s. 5

## B. Sorgulayanın Sahip Olması Gereken Nitelikler

Sorgulama yapan hukukçunun bazı niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bunlardan başlıca olanları arkadaşça, kibar ve saygılı davranması, sorgulamada beklenen etkiyi oluşturabilmesi, sözünü geçirebilmesi yani sorgulamayı yönetebilmesi, gerçeğe ulaşmayı hedeflemesi, sorgulamayı istenilen sonuca ulaşınca tamamlayabilme bilincine sahip olması olarak sıralanabilir.<sup>24</sup>

Etkili bir çapraz sorgulayıcı, sorgulama yaparken seçeceği sorularda tedbirli davranmalıdır. Sorgulayan sorgulama süresince özellikle alakasız detayları öne sürmemeli, cevabını bilmediği soruları kesinlikle sormamalı, tanığa sorusunun cevabından başka bir açıklama yapma şansı vermemeli ve neden sorusunu sormamalıdır.<sup>25</sup> Çünkü tedbirli davranan bir hukukçu böylelikle sorgulamada inisiyatifi elinde tutmayı başarabilecektir. Bu kriterlere dikkat eden sorgulayan çapraz sorgunun amacına ulaşmasını engelleyecek durumlardan uzak kalarak ulaşmak istediği gerçeğe ya da sonuca kolaylıkla varma imkânı bulabilecektir. Çapraz sorguda özellikle sanık aleyhine tanık ifadelerinin alınmasında soru sorma ile tanığın anlattığı olayın doğru olduğuna dair itimadın sarsılması ve tanığın anlattığı olayın “zayıf noktalarının” meydana çıkartılması gerekmektedir.<sup>26</sup> Böylelikle avukat veya savcı, tanık beyanı ile tanığın güvenilirliğinin sarsılması ya da kendi savunmasının desteklenmesi yoluyla hâkimin kanaatini etkilemeye çalışacaktır.

Sorgulama yapan hukukçunun soru sorarak tanık üzerinde otorite kurması, sorgulamanın kalitesini etkilemektedir. Tanığa soru sorulurken, ifadesinin alınmasına yönlendirici sorularla başlamak ve devamında ifadenin tanığın yanıtlarından tamamen emin olan sorgulayıcının vurgularıyla pekiştirdiği bir sorgulamayla bitirilmesi gerekmektedir. Zira böyle bir sorgulama ile tanık beyanının hâkim üzerindeki etkisinin artırılması amaçlanmaktadır.<sup>27</sup> Tanık üzerinde otorite kurabilmek için küçültücü sözler içeren soruların sorgulamada kullanılması da etkili olabilmektedir. Bu bağlamda olumsuz yargı içeren bir soru otoriteyi sorgulayanın elinde tutmasına yardımcı olabilmektedir. Böylelikle küçültücü, olumsuz nitelik içeren bir soru tekniği kullanılmasıyla tanık hakkında olumsuz bir izlenim yaratılarak tanık beyanının güvenilirliğinin zedelenmesi hedeflenebilir.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> McGehee, s. 6

<sup>25</sup> McGehee, s. 6

<sup>26</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2.Basıdan, TBB Çapraz Sorgu Notu

<sup>27</sup> McGehee, s. 6

<sup>28</sup> “A Checklist of Winning Cross-Examination Concepts and Techniques”, s. 1-17, <http://publicdefender.mt.gov/training/PracticeManual-Criminal/Ch9-CrossExam.pdf>

Çapraz sorgu esnasında “Yaptınız mı, yapar mısınız, orada mı?” gibi sorulardan kaçınılmasında fayda vardır. Çünkü merak uyandırıcı, tartışma oluşturabilecek, tekrarlatıcı ve rica ifadeleri içeren sorular çapraz sorgunun kalitesini ve etkililiğini düşürücü etki göstermektedir. Bu nedenle bunlar çapraz sorgunun temel amacı dışındaki soru ve ibareler olarak değerlendirilmektedir. Birleşik Devletler’de birçok savunma avukatı çapraz sorguyu bu yönde rutin olarak kullanma ihtiyacı hissetmektedir.<sup>29</sup> Çapraz sorgunun kalitesini belirleyen bir diğer etkende sorgulayanın sorularına sorgulama sırasında gelebilecek itirazları, sorgulamaya başlamadan önce değerlendirebilmesidir. Sorguya hazırlanan sorgulayanın “Çapraz sorgu esnasında şu itirazlarla karşılaşılması muhtemeldir” deyip itirazları önceden değerlendirmesi ve sorularını buna göre hazırlaması avantaj sağlayacaktır. Bu şekilde etkili bir çapraz sorgu yapmayı amaçlayan sorgulayıcının, ifade esnasında itirazları göğüsleyip verim sağlayacak ve sorgudaki hız ile idareyi kaybetmesini önleyecek soruları önceden belirleyip düzenlemesi gerekmektedir. Böyle bir hazırlıkla yapılan çapraz sorgu, tanık ifadesinin sonucunu kontrol altına alırken güvenilirliği ve tanık beyanının etkisinin temelini çürütme fırsatı sağlamaktadır. Özetle sorgulamayı kontrol altında tutabilmek için gelebilecek itirazları da dikkate almayı unutmamak tavsiye edilmektedir.<sup>30</sup>

Sorgulamaya hazırlanan sorgulayanın karşılaşılabileceği itirazlar genellikle; iyi niyet taşımayan soru, tartışmaya açıklık, yanlış aktaran tanık, henüz kanıtlanmamış olayları gerçek farz etmek, sorudan vazgeçmek, sorduğu soruyu cevaplamak, uygunsuz/hatalı itham etmek, dürüstlüğü ötesine geçmek, söylentiye dayanmak olarak ifade edilebilir. Bu nedenle sorgulamanın kalitesi, sorgulayanın hem sorusunu hazırlaması hem de gelebilecek itirazların da değerlendirilip itirazlara hazırlıklı olması ile artırılabilir. Zira etkin bir sorgulama ile istenilen sonuca ulaşmak için açık nokta bırakmayacak şekilde hazırlanmak, sorgunun kalitesini de en üst düzeye çıkartılabilmesine katkı sağlayacaktır.<sup>31</sup>

### C. İyi Bir Çapraz Sorgunun Özellikleri

İyi bir çapraz sorgu için soruları önceden planlayarak sorgulama öncesinde bir hazırlık yapılması gerekmektedir. Hazırlık evresinde sorular kapalı uçlu soru sorma tekniği ile bir başka deyişle evet veya hayır cevabı alınacak biçimde dizayn edilmelidir. Bu şekilde iyi bir hazırlık süreci ile karşı tarafın davayı yönlendirmesi ihtimalini ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Nilay U. Vora, “Radical Cross-Examinations”, *Minority Trial Lawyer*, ABA Section of Litigation, 2015, Vol. 13, Issue 2, s. 1-4

<sup>30</sup> McGehee, s. 6-7

<sup>31</sup> McGehee, s. 6-7

<sup>32</sup> Rabianski, s. 481-482

Sorgulamanın iyi bir temele oturtulan sorgulama sistematiği ile sorgulayanın, tanığın gerçekleri görmemiş olması, hatırlama ve gözlem kabiliyetindeki eksiklikler, önyargılı olması ve şüpheli olduğuna dair açıkları ortaya koyarak sorgulama yapması etkili olmaktadır. Böylelikle sorgulamanın iyi yürütülmesi sağlanırsa; tanık sıkıştırıldığında, tanığın sessiz ve hareketsiz kalması lehe çevrilebilir; tanık aniden boşa düşürülebilir ve böylece ifadesinin güvenilirliği azaltılarak hâkim üzerinde etki oluşturulması sağlanabilmektedir. Bu şekilde adeta beklenmeyen bir etki yaratılarak davanın seyri özellikle avukat tarafından sorgulama yapıldığında avukatın tanığı istediği yöne yönlendirilmesi sağlanabilmektedir.<sup>33/34</sup>

Sorgulama öncesinde hazırlık süresince, maddi olay kurgusunun ve çelişkilerinin belirlenmesinden sonra tanığa hangi soruların sorulabileceği genel olarak tespit edilmelidir. Bu aşamada sorgulama yapacak hukukçu tarafından hedeflenen, karşı tarafın olay kurgusunda mevcut delillerle çelişen ya da kendi içinde çelişkili olan noktaların ortaya konulmasıdır.<sup>35</sup> Çapraz sorguda sorulacak soruların sıralanması aşamasında, “ikinci en önemli zayıf noktayı” çürütmeye çalışmakla başlamak ve bunun sonrasında sıra gözetmeksizin, tespit edilen bütün zayıf noktalara vurgu yapılması ile en önemli zayıf noktayı en sona saklamak<sup>36</sup> iyi bir sorgu sistematiği olarak tavsiye edilmektedir.

Debold ve Dunn (2016),<sup>37</sup> çapraz sorguda olan tanığın üzerinde kontrol sağlanması gerektiğini ifade etmiş ve bu kontrolün aşağıdaki konuları dikkate alarak mümkün olabileceğini işaret etmiştir:

- Tanık az önce ne söyledi?
- Tanık duruşma öncesi ne söyledi?
- Diğer tanıklar tutarlı şekilde ne söyledi?
- Şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlar neyi gösteriyor?
- Akla en uygun olan nedir?

---

<sup>33</sup> Fredrik H. Leinfelt, “Descriptive Eyewitness Testimony: The Influence of Emotionality, Racial Identification, Question Style, And Selective Perception”, *Criminal Justice Review*, 2004, Volume 29, Number 2, s. 317-340

<sup>34</sup> Lauren O’Neill Shermer, Karen C. Rose, Ashley Hoffman, “Perceptions and Credibility: Understanding the Nuances of Eyewitness Testimony”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2011, 27(2), s. 183–203

<sup>35</sup> Karakaya, s.72

<sup>36</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 2.Basıdan, TBB Çapraz Sorgu Notu

<sup>37</sup> David Debold, Gibson Dunn, “Çapraz Sorgu ve Tanığın Güvenirliği”, TBB Etkili Sorgu ve Dava Tanıklarının Çapraz Sorgulanması Eğitim Notları, 2016

Doğrudan soru ve çapraz sorgu, hâkime tanığın güvenilirliği yoluyla delillerin de ortaya çıkarıldığı, gösterildiği ve dava hakkında inanılan gerçeklerin ifade edildiği yerdir. Çapraz sorgulama hazırlanmış, akışkan ve dinamik bir süreçtir. Doğrudan soru sorma esnasında tanıkla iletişim kabiliyeti ön plandayken, çapraz sorgu da ise tanığın itibarını sarsarken sorgunun en sonunda kendinize inanarak ve kendi tarzınızı kullanarak gerçeğin ortaya çıkarılması arzu edilmektedir.<sup>38</sup> Özellikle çapraz sorgulama yapan avukatların çapraz sorgudaki rolü, davada karşı tarafın tanıklık sürecinde itham edici olmak, beyanları itibarsızlaştırmak ve hükümsüz kılmaktır.<sup>39</sup>

#### **D. Çapraz Sorguda Soru Tarzının Sonuca Etkisi**

Tanıkların çapraz sorgu sorularıyla olan mücadelesi sıklıkla beyanlarının değişimiyle sonuçlanır.<sup>40</sup> Çocuklar kadar yetişkinler de çapraz sorguyla birlikte tutarsız ifadeler beyan edebilmektedirler. Psikolog Jack ve Zajac'ın (2012) çalışmasında <sup>41</sup>, çapraz sorgulama esnasındaki soruların 10 yaşa kadar olan çocuklardaki ifadenin güvenilirlik oranlarını düşürdüğü görülmektedir. Çocukların çapraz sorgusundaki güvenilirliği konusundaki araştırma sonuçları bu bulguyu desteklemektedir. Ergenler üzerinde de benzer etkiler yaşandığı aynı çalışmada bahsedilmektedir. Yetişkinlere göre daha genç olan tanıklar, genel olarak daha çok yönlendirilebilir ve etki altında kalabilir durumda olsalar da tarafsız soru sorulma koşullarında, hatırlama ve ifadelerin tutarlılığında yaşa bağlı bir değişim gözlenmemektedir.<sup>42</sup> Yaşa bakılmaksızın, aynı soruların basit bir şekilde sorulmasına göre, çapraz sorgu şeklinde sorulmasıyla sorguya alınan kişiler orijinal cevaplarını daha çok değiştirme eğilimindedirler. Çapraz sorgunun bu olumsuz etkiye yol açmasındaki sebep araştırmacı Psikologlara göre, özellikle yetişkinlerde verdikleri ilk beyanların yetersiz olduğu ve değiştirdikleri cevapların "daha iyi" verilmiş olduğunu düşünmeleri yönündedir. Bunun yanı sıra yetişkinlerin, olayla ilgili detayları destekleyici anılarını hatırlayabildiğinde cevaplarını daha az değiştirme eğiliminde oldukları da görülmektedir.<sup>43</sup> Yani yetişkinlerin verdikleri cevaplar üzerinde üst-bilişsel bir gözetleme-denetleme yapıyor olduklarını düşünebiliriz. Bu

---

<sup>38</sup> McGehee, s.10

<sup>39</sup> Thomas G.Gutheil, Michael Lamport Commons, Patrice Marie Miller, "Personal Question on Cross-Examination: A Pilot Study of Expert Witness Attitudes", Journal of the American Academy of Psychiatry and Law, 2001, 29:85-8

<sup>40</sup> Fiona Jack, Rachel Zajac, "The Effect of Age And Reminders on Witnesses Responses to Cross-Examination-Style Questioning", Journal of Applied Research in Memory and Cognition, 2014, 3, s. 1-6

<sup>41</sup> Jack ve Zajac, s. 5-6

<sup>42</sup> Karen Tustin, Harlene Hayne, "Defining Boundary: Age-Related Changes in Childhood Amnesia", Developmental Psychology, 2010, Vol 46(5), 1049-1061

<sup>43</sup> Jack ve Zajac, s. 5

denetlemeyle yetişkinler daha önce verdikleri yanlış ifade ya da cevapları ikinci sorgularında düzeltme şansı elde etmiş olmaktadırlar. Çapraz sorguyu bu anlamda değerlendirirsek sadece olumsuz değil burada olduğu gibi olumlu bir yanı olduğunu da kabul edebiliriz.

Çapraz sorguda doğru ifadeleri etkileyen ve değiştiren bir diğer unsur ise tanık tarafından elde edilen olaya ait bilgi miktarıdır. Olayın ardından kapsamlı bir bilgi verilen tanık daha güçlü ve sağlıklı bir hafıza kaydına sahip olabilmektedir.<sup>44</sup> Burada önemli olan ikinci unsur, olayın olduğu andan hemen sonrasında yapılan bilgilendirmenin daha etkili olduğudur. Olay ile sorgulama arasındaki zamanın açılması ile gelişen gecikmelerin negatif etki oluşturduğu bilinmektedir. Fradella (2006, s.10) bir kural olarak açıklamıştır ki, ne kadar çok zaman geçerse anıları akılda tutma, zihne geri çağırma o kadar zor olmaktadır.<sup>45</sup> Bu iki değişkenden başka bir diğer değişken özgüven sahibi olmadır (Zajac ve ark., 2009).<sup>46</sup> Çapraz sorgu esnasında karmaşık sözcük ve tümcelerin kullanımının da tanık ifadesinin doğruluğunda azalmalar meydana getirdiği belirtilmiştir.<sup>47</sup> Bilişsel ve bellekle ilgili değişkenler önem arz etmekle birlikte başka diğer faktörlerin de olabileceği göz önüne alınmalıdır. Mesela genç yetişkin bir sorgulayıcının kullanılması, sorgulayıcı kişinin niyetinin açık ve şeffaf olması, tanık yemini gibi değişkenlerin tanık beyanları üzerinde etkili olabileceği düşünülebilir. Pratik olarak ele aldığımızda çapraz sorguda üç tip değişkenin önemli olduğu görülmektedir:

1-Genç tanıkların çapraz sorgusu nasıl yürütülmeli?

2-Sorulabilecek soru tipleri

3-Çapraz sorgunun ne zaman yapıldığı?

Her ne kadar bu değişken tipleri üzerinde durulsa da çapraz sorguda doğruluk ve tutarlık konusunu daha iyi değerlendirebilmek için farklı değişkenler üzerinde daha çok çalışma yapılması gerektiği düşünülmektedir.

### **E. Çapraz Sorguda Riskler**

Çapraz sorgu doğası gereği risk taşımaktadır. Çünkü çapraz sorguda

---

<sup>44</sup> Debra A. Poole, Lawrence T. White, "Effects of Question Repetition on The Eyewitness Testimony of Children And Adults", *Developmental Psychology*, 1991, Vol. 27, No. 6, 975-986

<sup>45</sup> Henry F. Fradella, "Why Judges Should Admit Expert Testimony on the Unreliability of Eyewitness Identifications", *Federal Courts Law Review*, 2006(3), 2-29.

<sup>46</sup> Rachel Zajac, Emma Jury, Sarah O'Neill, "The Role of Psychosocial Factors in Young Children's Responses to Crss-Examination Style Questioning", *Applied Cognitive Psychology*, 2009, 23: 918-935

<sup>47</sup> Louise Ellison, "Exploring The Influence of Courtroom Questioning and Pre-Trial Preparation On Adult Witness Accuracy", *University of Leeds Research Report*, s.1



oluşması muhtemel belirsizlikler sorgulayanın ulaşmak istediği amaç için faydalı olmayabileceği gibi zararlı da olabilir. Doğru ve etkin olarak yapılmayan bir çapraz sorgulama, çapraz sorgunun hiç yapılmamasından daha kötüdür. Zorlayıcı nedenlerin olmaması ve diğer yandan başarı sağlaması yönündeki kuşku varsa çapraz sorgu yapılması kararından vazgeçilmesi tavsiye edilebilmektedir.<sup>48</sup> Olasılıklara dayalı çapraz sorgu yapan bir avukat adeta bir kumar oynamaktadır ve kaybetmesi de an meselesidir.<sup>49</sup>

Avukat bir sorgulayıcı olarak yönlendirici soruları sormaya başladığında tanık gerçekten tanıklığa başlamış olacaktır. Bu düşünceye göre avukat tüm iddiaları içeren şekilde yönlendirici sorular sorarak sorgulama yapar. Avukatın sorularını geri çevirip cevaplamak istemeyen ve direnme başarısızlığı gösteren tanık kendini şüpheli duruma düşürmüş olur. Tanık dikkate değer bir konuda şüphe uyandırdığında mahkeme önünde güvenilirliğini kaybeder.<sup>50</sup>

Melilli (2014), çapraz sorgudaki tahmin edilebilen başarısızlık risklerine bağlılık ve avantaj sağlayacak bazı hazırlıklar önermiştir: İlk aşama riskten uzak temel soruların hazırlanması. Bu aşamada iki kriter önem taşımaktadır. Bu kriterlerden birincisi; dava tarafınızın lehine uygun şartlarda soruların olması ve ikincisi ise tarafın iddia konusunda hemfikir, iddialarla bağdaşan bir tanıklık yapması veya bu olmuyorsa iddiaların sorular yoluyla gerçek olduğuna karar vericinin mutlaka ikna edilmesidir. Bu aşamada önceden verilmiş ifadeler, yazılı beyanlar en yararlı kaynaklar olarak görülmektedir. Sorgulayan burada yönlendirici sorulara ihtiyaç duyacaktır. İddialarıyla örtülü oluşturduğu yönlendirici soruları içeren çapraz sorgu yoluyla sorgulayanın hâkimin kararını etkilemeyi amaçlaması gerekmektedir. Bunun için iddia içeren soru cümlelerine son ekler ilave ederek ya da ses tonlamaları yaparak başarı sağlanabilecektir. Anlaşılabilir ve gramatik olarak doğru soruların sorulmasının yanı sıra tanığın daha önce verdiği ifadeler kullanılarak bu ifadeleri kabul etmesi için zorlanabilir. Önceki ifadelerine karşı çıkması ve kendi ifadelerinin farklılığıyla tanığın itham edilmesi optimize bir sonuç sağlayabilmektedir. Ayrıca, polise verilen ifadeler, tanık ifadeleri, görüşmeler, doktora verilen ifadeler, aile bireyleri ve arkadaşlara verilen ifadeler tutarsızlıklara ulaşabilmeyi sağlayan kaynaklardır.<sup>51</sup>

Düzenli bir şekilde belirlenip formüle edilmiş sorular başarısızlık için öngörülebilir risk içermemektedir. Bu şekilde tanık cevap vermek için iki

---

<sup>48</sup> William C. Flanagan, Harry P. Carrol, "Massachusetts Practice Series", Trial Practice, 2013, 12-2-50

<sup>49</sup> Kenneth J. Melilli, "Risk Management in Cross Examination", American Journal of Trial Advocacy, 2015, Vol. 38, issue 2, s.317

<sup>50</sup> Melilli, s.318

<sup>51</sup> TBB Doğrudan Sorgu ve Çapraz Sorgu Eğitim Notları, 2015

seçeneğe sahip olacaktır. Eğer sorgulayıcının iddiasına uygun cevabı verirse bu olumlu sonuç verecektir; diğer şekilde ise tanık iddiayı reddedecektir. Bu durumda sorgulayan en azından tanığın önceki ifadelerine de dayanarak itham etme ve şüphe uyandırmaya çalışabilir. Böylelikle çapraz sorgulama tekniklerinin kullanılması ile tanık durumu kabul etme pozisyonuna getirilebilecektir.<sup>52</sup>

Yargılama öncesi ifadeler ve beyanlar yargılama sürecinde çok faydalı olacak, bunlara dikkat eden sorgulayanın çapraz sorguya önceden hazırlanması ve duruşmada avantajlı olmasını sağlayabilecektir. Önceki ifadelerin özellikle üzerinde durulmalı ve bu ifadeler üzerinde çalışılmalıdır.<sup>53</sup> Kimsenin, daha önce vermiş olduğu ifadeleri her şeyiyle hatırlaması veya tahmin etmesinin mümkün olmadığı gerçeği akıldan çıkarılmayarak sorgulama kurgulanmalıdır.

İdeal çapraz sorgu sadece mağlup edici olduğu zaman iyidir ve çapraz sorguyu daha iyi yönetmek için dört dörtlük altı tane soru sorup sonra bırakmak yeterlidir.<sup>54</sup> Görünen o ki çapraz sorgunun kısa olanı etkili ve makbul olmaktadır. Hünerli bir sorgulayan çapraz sorgu ile kapanış argümanı arasındaki iş bölümünü iyi değerlendirmiş bir hukukçudur.<sup>55</sup>

#### **F. Çapraz Sorgu ile İlgili Fayda Sağlayacak Bazı Metotlar**

Tecrübeli sorgulayanların duruşma öncesinde, çapraz sorgu yapmalarına yönelik çok sıkı hazırlıklar yaptıkları bilinmektedir ve bazı metotları önceden bilmek fayda sağlayabilmektedir. Cotsirilos'a<sup>56</sup> göre çapraz sorgu sırasında, yapılması ya da yapılmaması gereken yöntemler aşağıda sıralanmıştır:

1. Çarpıcı darbeler ilk birkaç soruyla ifade edilirken bazı manalı soruları çapraz sorgunun kapanışına saklamalı.
2. Ortalama seviyedeki bir kişinin anlayabileceği basit sorular yöneltmeli.
3. Amaç dışı konuyu tekrarlamamalı ve tanığa yineletmemeli.
4. Süslü sözcükler kullanmamalı.
5. Her ne kadar öfkelenendirme, saldırganlık, zorlama, sertlik gerekse de her zaman kibar, centilmen olmalı.
6. Ölçüyü asla kaçırmamalı; iyi bir sorgulayıcı bazı durumlarda öfkeli görünse dahi gerçekte kesinlikle öyle olmamalı.

---

<sup>52</sup> Melilli, s.322

<sup>53</sup> James T. O'Reilly, Theresa Nelson Ruck, "Ohio Personel Injury Practice", 2013 Reardon, 11.3, supra note 5, at 36

<sup>54</sup> Melilli, s.324

<sup>55</sup> Melilli, s.325

<sup>56</sup> George J.Cotsirilos, "Meeting The Prosecution's Case: Tactics and Strategies of Cross-Examination", The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 1971, Vol.62, No:2, s. 143-144

7. Tanık kaçınan, düşmanca, aptalca, saygısızca hatta aldatıcı olabilir, ancak çapraz sorgu özellikle daha önceki sorgularda tespit edilmiş olan zayıf noktalara yönelik olmalı, daha fazlasına yönelik değil.
8. Tekrarlanan soru ve cevapların meydana getirdiği zayıf unsurların, farklılıkların zafer getirdiğini zannetmemeli, karar vericinin bu tarz durumlarda bundan etkilenmeyeceği unutulmamalı.
9. Eğer tanık davanın gidişatına zarar verici cevaplar verirse gecikmeden, hızlıca diğer sorulara geçmeli.
10. Konuşkan veya geveze tanıkları kontrol altında tutmalı. Bu kişiler aleyhte bir tanık olabilir, fırsat verilirse bazı zararlar ortaya çıkarabilir.
11. Her bir çapraz sorgulayıcı, gösterişli ve agresif ya da kibar ve sakin olsun esasen kendi tarzında olmalı. Ancak monotonluktan uzak davranmalı.
12. Cevabını bilmediğiniz sorular sorulmamalı, özellikle kritik sorularda.
13. Bir konuya dikkat çektikten sonra hemen diğerine geçmeli.
14. Tanığı bağırarak, gözdağı vererek, utandırarak rezil etmemeli.
15. Uygun dayanakları oluşturmadan önemli soruları riske atmamalı. Onaylayıcı, doğrulayıcı cevapları ortaya çıkaran bir soru silsilesiyle finale kadar ilerlemeli.
16. Büyük bir dikkatle tanığın güvenilirliği üzerine gidilmeli.

Yukarıda bahsedilen kurallar çapraz sorgu yapacak sorgulayana uygun bir şekilde hazırlanmış ve Cotsirilos ele aldığı makalesinde diğer başka birçok hukukçunun görüşlerini de dikkate alarak bu maddeleri sıralamıştır.<sup>57</sup> Umutsuz bir durumdayken ise dramatik sorularla durumu kurtarabilmek adına çapraz sorguda risk alınabilir ve bazı kurallar çiğnenebilir. Çapraz sorguda etkili olabilmek için yeterince hazırlanmış ve planlanmış olmak gereklidir. Bu da dava öncesi soruşturma ve keşif modlarını iyi değerlendirip kullanmayı gerektirir. İyi bir hazırlanma ile becerikli bir sorgulayan çapraz sorgusunu maksimum etki gösterecek şekilde strateji ve stille dizayn edecektir.<sup>58</sup>

### III. SORGULAMA STRATEJİLERİ

Literatürde yaygın olarak gösterilen genel soru tarzları yönlendirici, açık uçlu, kapalı, evet/hayır soruları, negatif, çift negatif, çoklu olarak sıralanabilir. Bu soru tiplerinin hepsi farklı şekillerde tanık beyanlarının doğruluğunu etkileyebilir.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Cotsirilos, s. 142-152

<sup>58</sup> Cotsirilos, s. 144-152

<sup>59</sup> Rachel Wilcock, Ray Bull, Rebecca Milne, Witness Identification in Criminal Cases: Psychology and Practice, 2008, Oxford; New York: Oxford University Press, s. 63

Yönlendirici sorular “istenen” cevapları gösteren, ima edici tipte sorulardır. Örneğin, “Gömleği beyaz mıydı?” veya daha da yönlendirici olarak, “Gömleği beyazdı değil mi?”. Bu iki soruda da bahsedilen kişinin beyaz gömlek giydiğini işaret etmektedir. Sorgulayanın, verilmesini beklediği cevabın hatalı olması sebebiyle yanlış bir yönlendirme yapmış olması halinde yönlendirici sorular cevabın doğruluğu hakkında olumsuz etki sağlamış olur. Bu tarz sorgulama, olayın bellekteki temsili üzerinde bariz bir değişime yol açmasıyla ve sorgulayanın istediğine riayet etmesiyle tanığın cevapları üzerinde bozulma ve çarpıtmalara yol açabilir.<sup>60</sup>

Benzer olarak, açık uçlu sorular (ör: saldırganı tanımlayınız/anlatınız), kapalı (ör: adamın gömleği ne renkti?) ve evet/hayır soruları (ör: adamın gömleği kırmızı mıydı?) tanık ifadesinin doğruluğu/netliği üzerinde çarpıcı derecede etkiler gösterebilir. En kesin cevap sağlama eğilimi gösteren soru tipi açık uçlu sorulardır. Kapalı soru sorma stratejisi ise bir yandan doğruluğu/kesinliği azaltırken diğer yandan tanığa detayları ekleme şansı verebilir. Genel olarak sorular ne kadar spesifik olursa yanıtlarda da doğruluk o denli azalabilmektedir; bu sebeple polis memurlarına sorgulama için açık formlar kullanmaları tavsiye edilmiştir.<sup>61</sup>

Soruların gösterebileceği etkileri anlayabilirsek nasıl soru sorabileceğimizi ve ihtiyacımıza göre hangi soru tiplerini seçeceğimizi ayarlayabiliriz. Açık uçlu soruları, tanığın hatırlayabileceği şeyleri sorgulayıcıya anlatması için tercih edebiliriz. Daha özel ve kapalı sorular için, sorgulayıcının tanığın hatırlamasını istediği durumlar olmalı. Kapalı sorularda tanık, sorgulayıcının taleplerine açık olup hafızasındaki boşlukları net olmayan ya da çarpık materyallerle doldurmaya meyilli hale gelebilir. Evet/hayır soruları ise kabullenme ve uyum nedeniyle hatalı neticeler doğurabilir. Kabullenme eğilimi, tanığın olay içeriğini dikkate almaksızın özellikle evet cevabını vermesidir.<sup>62</sup> Tanığa negatif, çifte negatif veya çoklu sorular yöneltilmesi de bazı problemlere yol açabilir. Negatif yönlü ve çifte negatif sorular tanığın soruları anlamasında güçlük meydana getirdiği için sorunlara yol açabilir. Birçok araştırmada tanıklar, özellikle çocuk tanıklar sorunun tam anlaşamadığı durumlarda genellikle “bilmiyorum” cevabı vermektedirler. Hâlbuki tanıklara daha basitleştirilmiş sorular yöneltile cevapların aslında bilindiği görülebilir. Çoklu sorular ise içinde birden çok kısım ve farklı cevaplar içermektedir. Bu tarz sorular tanıkların hem soruları anlama zayıflığına yol açması hem de iki soru dahi olsa tek cevap

---

<sup>60</sup> Gisli H. Gudjonsson, *The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook*, 2008, Wiley Online Library, s. 384-385

<sup>61</sup> Wilcock ve ark., s. 29-60

<sup>62</sup> Gudjonsson, s. 412

vermesi nedeniyle problemlere yol açmaktadır.<sup>63</sup>

İngiliz psikologların Londra Mahkemeleri'nde yaptıkları araştırmaların sonuçlarına göre, açık sorular nispeten seyrek, kapalı sorular daha sık, evet/hayır soruları ise tüm soru tipleri arasında en sık kullanılanlar olmuştur; yönlendirici soruların da sıkça kullanıldığı tespit edilirken çift negatif sorular gözlenmemiştir. Her ne kadar tanıkların zorlandığı bir soru tipi olsa da çoklu sorular da mahkemelerde sorulmaktadır.<sup>64</sup> Çapraz sorguda hangi soru tiplerinin ne sıklıkla kullanıldığına dair daha çok bilgi edinebilirsek konuyu daha detaylı gözden geçirme şansını elde edebiliriz. Çapraz sorguda yönlendirici ve evet/hayır sorularının daha etkili ve verimli olabileceği düşünülmektedir.

#### IV. ÇOCUKLAR İÇİN ÇAPRAZ SORU UYGULAMALARI

Çocuk tanıklarda çapraz sorgu yapmak stresli ve bazı durumlarda zorlayıcı olabilir. Çapraz sorgu sırasında avukatlar tanığın doğru ifade verip vermediğini test ederler, bu nedenle sıklıkla karmaşık, kafa karıştırıcı ve bazen de agresif soru stili kullanırlar.<sup>65</sup> Çapraz sorgu hukukçular tarafından, genellikle doğrunun ortaya çıkarılması için güvenilir bir vasıta olarak kullanılmaktayken çocuklar için bu geçerli olmayabilir.

Doğrudan sorgu kurallarından farklı olarak, hukukçular çocuklara çapraz sorgu uygularken imalı/telkin edici sorular yöneltmekte, duruşma dosyası ile ilgili sıklıkla karmaşık ve gramatik olarak da kafa karıştırıcı sorular sorabilmekte.<sup>66</sup> Bu tip soruların çocuklar açısından kavranması, idrak edilmesi güç ve uygun cevap vermesi zor olmaktadır (Brennan, 1998). Bununla birlikte çapraz sorgu soruları yüzleştirmeye yol açıcı olup bazı çocuklar bu sorulara karşı yalan söylemekle suçlanmaya maruz kalmaktadırlar.<sup>67</sup> Otoriter tarzda sorular yöneltmek çocuğun duyarlılığı üzerinde olumsuz bir etki bırakabilmektedir.

Diğer bir durum çapraz sorgunun iddialardan ve olayın meydana gelmesinden aylar hatta yıllar sonra gerçekleştirilmesidir. Çocukların hatıraları

---

<sup>63</sup> Mark Brennan, Roslin E. Brennan, *Strange Language: Child Victims Under Cross-Examination*, 1998, Wagga Wagga

<sup>64</sup> Mark R. Keibell, Steven Deprez, Graham F. Wagstaff, "The Direct and Cross-Examination of Complainants and Defendants in Rape Trials: A Quantitative Analysis of Question Type", 2003, *Psychology, Crime & Law*, 9:1, 49-59

<sup>65</sup> Don Mathieson, "Cross on Evidence", 2012 Wellington, LexisNexis NZ Ltd.

<sup>66</sup> Saskia Righarts, Fiona Jack, Rachel Zajac, Harlene Hayne, "Young Children's Responses to Cross-Examination Style Questioning: The effects of Delay and Subsequent Questioning", *Psychology, Crime & Law*, 2015, 21:3, s.274-275

<sup>67</sup> Emma Davies, Emily Henderson, Fred W. Seymour, "In Reply to: The Interest of Justice? The Cross-Examination of Child Complainants of Sexual Abuse in Criminal Proceedings", *Psychiatry, Psychology and Law*, 1997, 4:2, s.217-229

zaman geçtikçe zayıflar ve bu zayıflama yetişkinlere oranla daha hızlı olur.<sup>68</sup> Bu nedenle zaman içindeki gecikmeler çapraz sorguda problemlere sebep olabilmektedir. Bu mühim durumu dikkate alarak çocuklarda çapraz sorguya yönelik pratik uygulamalar üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

Zajac ve Hayne (2003) yaptıkları çalışmada 5-6 yaşındaki çocukların doğru ifade vermesini ve çapraz sorgu ile ilişkisini araştırmışlardır. Çocuklarla çeşitli zaman aralıklarında çapraz ve doğrudan sorgu görüşmeleri yapmışlar ve bazı sonuçlara varmışlardır. Tekrar çapraz sorguya giren çocukların %85'i en az 1 cevabını değiştirmiştir. Hatta çocukların 3'te 1'i önceki cevaplarının tamamını değiştirmişlerdir. Üstelik çocukların ifadesi doğrudan sorguya göre çapraz sorguda oldukça düşük doğrulukta çıkmıştır. Benzer bulgular 9-10 yaşlarındaki çocuklardan da elde edilmiştir.<sup>69</sup>

İfadelerdeki değişme ve bozulmaların, çapraz sorgu yapan kişiye olan riayet etme/uyma davranışı, yani genel anlamda çocuklardaki uyum mekanizmaları tarafından meydana getirildiği düşünülmektedir. Çapraz sorgu soruları yönlendirici, kafa karıştırıcı ve güvenilirliği zorlayıcı olmaktadır. Buna rağmen tekrarlayan görüşmeler çocuklarda önemli etki gösterebilmektedir. Bazı araştırmacılar çocuklarla yapılan üçüncü (final) görüşmede yüksek seviyede güvenilirlik oranlarına ulaşmışlardır.<sup>70</sup> Daha önce yapılmış birçok araştırma göstermektedir ki çapraz sorgu çocuk tanıklar üzerinde sıkıcı ve stres oluşturan bir etki göstermektedir<sup>71</sup>. Kay (2013), bu veriler ışığında 5-8 yaş arası çocukların ifadelerinden gerçeklere ulaşma açısından çapraz sorgunun en iyi teknik olmadığını ifade etmiştir.<sup>72</sup> Bu bulgular çocuklarla yapılan çapraz sorgu ve görüşmeler açısından çok büyük önem arz etmektedir. Çocukların çapraz sorgusu ile ilgili yine de daha fazla çalışmanın yapılıp bulgularının uygulamaya yönelik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>68</sup> Carolyn H. Jones, Margareth-Ellen Pipe, "How Quickly Do Children Forget Events? A Systematic Study of Children's Event Reports as a Function of Delay", *Applied Cognitive Psychology*, 2002, Volume 16, Issue 7, 755-768

<sup>69</sup> Rachel Zajac, Julien Gross, Harlene Hayne, "Asked and Answered: Questioning Children in The Courtroom", *Psychiatry, Psychology, and Law*, 2003, 10:1, 199-209

<sup>70</sup> David F. Bjorklund, Barbara R. Bjorklund, Rhonda Douglas Brown, William S. Cassel, "Children's Susceptibility to Repeated Questions: How Misinformation Changes Children's Answers and Their Minds", *Applied Developmental Science*, 1998, 2(2), 99-111

<sup>71</sup> Christine Eastwood, Wendy Patton, "The Experiences of Child Complainants of Sexual Abuse in The Criminal Justice System", 2002, *Avustralya*, s. 1-156

<sup>72</sup> Rhiannon Fogliati, Kay Bussey, "The effects of cross-examination on children's reports of neutral and transgressive events", *Legal and Criminological Psychology*, 2014, 19-2, s. 311-312

## V. PSİKOLOJİK (RUHSAL) DURUMUN İFADE ÜZERİNDE ETKİSİ

Kişisel duygudurumun bellek üzerindeki etkisi tanıklık sürecinin üç aşamasında görülmektedir: olaya ilk şahitlik edilen dönem (kodlama dönemi), sonrasında potansiyel yanıltıcı bilgilerle karşılaşılacak dönem (olay sonrası dönem) ve son olarak bilginin hatırlanıp olayla ilgili muhakemenin yapıldığı dönem (yeniden hatırlama dönemi).<sup>73</sup> Yakın zamanda yapılan bazı çalışmalar, iyi bir ruh halinin bellekteki bilgi işleme sürecini kuvvetlendirdiğini, olumsuz ruh halinin bilgi özümsemeyi engelleyici etki gösterdiğini ifade etmektedir. Bellekteki bu süreçle birlikte sonrasında yapılan bilgilendirmeler ya da bilgilere maruz kalma hafıza üzerinde çeşitli etkiler meydana getirmektedir.

Sosyal algı ve değerlendirmeler, insanlar ve olaylarla ilgili bilgileri ayırt etmek, anımsamak ve yorumlamak üzerinde çok olumlu bir stratejik etki sağlamaktadır. Loftus'un (1979) çalışmaları olay sonrası dönemde yanlış bilgilere maruz kalmanın sonucunda insanların kolaylıkla yanılabildiğini ve neticede hatalı raporlar düzenlenebildiğini göstermiştir.<sup>74</sup> Olay sonrası dönemde (yanlış) yönlendirici sorular yoluyla yapılan (yanlış) bilgilendirme de aynı etkiyi gösterebilmektedir. Sorulan soruların ne kadar önemli olduğunu bir örnekle anlayabiliriz:

- Ana yolda seyahat ederken yol kenarındaki ahır geçtiğinde, beyaz spor araba ne kadar sürat yapıyordu?

Orijinal sahnede bir ahır bulunmadığı halde tanık bu soruyla bir ahır gördüğünü ifade edebilir.

Şöyle bir soru tarzı dahi beyanlar üzerinde etkilidir:

- "Bu" lambanın kırıldığını gördünüz mü?

veya

- Kırılan bir lamba gördünüz mü?

Bu inceliklerin, ayrıntıların farkında olarak, bilerek yapılan sorgulamalar lehte sonuçlar elde etmek açısından da önem taşımaktadır.

Burada kişi lambanın "o" olup olmadığını bilmese bile "o" olduğunu ifade ettiğinde bir tür "bellek hatası" meydana gelebilir. Sonuçta bu istenmeden de meydana gelmiş olabilir. Bellekteki orijinal izler üzerine sonradan yenileri eklenebilir. Ancak güçlü hafızalar, zayıf olanlara kıyasla yanlış yönlendirmelere

---

<sup>73</sup> Joseph P. Forgas, Simon M. Laham, Patrick T. Vargas, "Mood Effects On Eyewitness Memory: Affective Influences on Susceptibility to Misinformation", *Journal of Experimental Social Psychology*, 2005, 41, 574-588

<sup>74</sup> Elizabeth F. Loftus, "Eyewitness Testimony", 1996, Harvard University Press

karşı daha direnç göstermektedirler.<sup>75</sup> Daha yapıcı ve özümseyici düşünme, hatalı detaylar üzerinde fazlaca düşünmeden olduğu gibi kabul ederek belleğe aktarmaya eğilimini artırabilmektedir.<sup>76</sup>

Tanığın duygudurumu konuyla alakalı olarak incelenmelidir. Çünkü duygudurum hafıza ve hatırlama üzerinde çok etkilidir. Diğer koşullar eşit olarak kabul edilirse duygudurum, duygu ile eşleşen/uyumlu bilgilerin kullanımı hatırlanmasını olumlu kolaylaştırıcı ve ortaya çıkarıcı bir etki gösterir.<sup>77</sup> Olumlu ruh halinin bilgi süreçleri açısından daha az çaba gerektirdiği ve daha sistematik stratejilerin kullanılmasına zemin hazırladığına yönelik sonuçlanmış birçok çalışma yapılmıştır.<sup>78</sup> Olumsuz ruh halinin ise aksine bilgi süreçleri üzerinde daha dikkatli ve ihtiyatlı olmasına yol açtığı düşünülmektedir. Her ne kadar olumlu duygulanımın bellek üzerinde olumlu etkiler gösterdiği düşünülse de çeşitli bilgi işleme teorilerinin oluşturduğu neticelere göre aslında olumsuz ruh hali ve duygudurumun daha üretken ve detaycı bir bilgi işleme sürecine yol açtığı görülmektedir. Bu teorileri tanıklık psikolojisiyle ilişkilendirdiğimizde, olumsuz ruh duygudurum içindeki tanıkların durumsal detaylara daha çok dikkat etmekte olan ve pozitif duyguduruma sahip kişilere göre yanıltıcı bilgilerden daha az etkilenen kişiler olduğu görülmektedir. Olumsuz duygudurum, olası yanıltıcı bilgilendirmeyi azaltırken tanığın belleği ile de birleşmesine yardımcı olarak tanığın doğruluğunu artırmaktadır.<sup>79</sup> Forgas ve ark.'nın (2005) tanık ifadeleri ile ilgili yaptıkları çalışmanın sonuçlarına göre: görgü tanıklarının yanıltıcı detaylara eğilimi olumlu duygudurumda artarken olumsuz duygudurumda azalmaktadır.<sup>80</sup> Bu çalışmalardan da anlaşılacağı üzere, olumlu ve olumsuz duygudurumlar bilgi işleme süreçleri üzerinde asimetrik bir etkiye sahiptir. Tanığın olayı yaşarken içinde bulunduğu duygudurum, bellek ve bilgi işleme süreçleri üzerinde önemli etkiler göstermekteyken diğer değişkenlerin sabit olduğu farz edilmiştir. Bununla birlikte kişisel başka değişkenlerin de tanık doğruluğu üzerinde etkisinin olabileceği de unutulmamalıdır.

Kişinin yaşamış olduğu olayla ilgili anılarını hatalı olarak beyana sunması önemli bir noktadır. Psikologlara göre kişiler, olaylar/anılar ile ilgili varsayımlarını işletip ya da hafıza kayıtlarındaki bazı belirsiz veya boş olan kısımları kendilerince tamamlayarak veya başkaları tarafından tamamlanarak

---

<sup>75</sup> Charles Brainerd, Valerie F. Reyna, "Fuzzy-Trace Theory and Lifespan Cognitive Development", *Developmental Review*, 2015, Volume 38, s. 89-121

<sup>76</sup> Klaus Fiedler, Judith Asbeck, Stefanie Nickel, "Mood and Constructive Memory Effects on Social Judgement", *Cognition and Emotion*, 1991, 5, 363-378

<sup>77</sup> Gordon H. Bower, Joseph P. Forgas, "Mood and Social Memory", *The Handbook of Affect and Social Cognition*, 2001, s. 95-120

<sup>78</sup> Forgas ve ark., s.575-576

<sup>79</sup> Forgas ve ark., s.576

<sup>80</sup> Forgas ve ark., s.585



ifade verebilirler. İnsanlar genellikle anı ve yorumları içerisindeki boşlukları, duydukları şeylere göre doldururlar.<sup>81</sup> Hafıza ve anılardaki bu doldurma ve eklemeler genellikle farkında olmadan olabilmektedir; tanık açısından ise değerlendirdiğimizde bu durum ifadesinin doğruluğu ve netliği açısından daha çok önem kazanmaktadır. Birçok durumda kelimelerin dahi önemli olduğu, kelimelerin kişilerin zihninde oluşturduğu imajların/görüntülerin anlamını ve niteliğini değiştirebildiği çeşitli deney ve araştırmalarda tespit edilmiştir. Örneğin: Bir kazada araçların birbirine “çarpması” ya da “vurması” arasında bile, çok az da olsa önem arz edebilecek bir fark bulunmaktadır. Tanık ifadelerine de bu etkinin yansıtacağını düşünebiliriz. Bu nedenle de sorgulamaların ne kadar titiz ve detaylara yönelik hazırlanması gerektiğini söylememiz gerekmektedir. Çünkü genellikle farkında olmadan verilen hatalı ifadelerin ayıklanması ve gerçeğin ortaya konulması esas amaç olmalıdır. Bazen detaylar konu üzerinde gerçeğe ulaşmanın anahtarı olabilmektedir.<sup>82</sup>

Yargılamanın en zor kısımlarından birisi ifade esnasında tanığın doğru ve eksiksiz beyan verip vermediğine karar vermektir. Bazı ceza yargılamalarında bu durum çok daha önem kazanabilir. Amerika’da davaların hemen hemen %90’ında suçun itirafıyla/kabullenilmesiyle karar verilmektedir.<sup>83</sup> Aşağıda tanık ifadesinin doğruluğunu değerlendirmemizi sağlayacak önemli etkenler sıralanmıştır:

1. Güdü. Tanığın yalan söylemesi için herhangi bir neden var mıdır? Örnek: 1.1.) Kocası ile birlikte bir arkadaşının yakalanmış olduğu bir tecavüz iddiasındaki kurbanın durumunda. 1.2.) Hırsızlık veya kundaklama kurbanı bir kişinin büyük miktarda mülk sigortası hakkındaki yargılamada. 1.3.) Herhangi bir saldırının kurbanı olan bir kişinin parasal zararları konusunda davalı durumundayken.
2. Önyargı. Tanık davalıdan hoşlanmıyorsa veya tanık herhangi birisini korumak ya da tam tersine incitmek istiyorsa.
3. Hata. Tanık gerçekten hatalı olabilir mi? Bu konuda gözden geçirilmesinde fayda sağlayacak bazı genel konular bulunmaktadır: 3.1.) Delillerin, bulguların saptanması. 3.2.) Görme kabiliyeti; çok karanlık, çok uzak, engeller, kötü görüş açısı vb. 3.3.) Hafıza problemleri; bir

---

<sup>81</sup> George Fisher, Barbara Tversky, “The Problem with Eyewitness Testimony”, Stanford Journal of Legal Studies, 1:1, s.26

<sup>82</sup> Marc L. Resnick, “When Eyewitnesses Misremember: The Delicate Balance Between Forensic Investigation and Memory Evidence Assessment”, Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting, 2014, Volume: 58 issue: 1, s. 539-543

<sup>83</sup> Robert I. Richter, Senior Judge, District of Columbia Superior Court, “Examination and Cross-Examination of Trial Witnesses A Judicial Perspective”, [http://www.abgm.adalet.gov.tr/eng/pdf/makaleler%20\(EN\)/article%203.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/eng/pdf/makaleler%20(EN)/article%203.pdf)

suça ait tanığa kanuni yaptırımlar nedeniyle önceden verilen tutarsız, çelişkili açıklamalar ve bilgiler. 3.4.) Mental yetersizlik ve zayıflıklar. 3.5.) Yönlendirme; kolluk birimi veya başkasının bilinçli ya da bilinçsiz olarak tanığın zihnine bilgi yerleştirmesi

4. Karakter. Tanık yalancı/aldatıcı davranan bir geçmişe sahip birisi midir?

Tanığın güvenilirliğini değerlendirebilmek için en önemli noktalardan birisi de çok dikkatli dinleyip zihni yeni söylenecek şeylere açık tutmaktır. Çapraz sorgu ile ilgili bir diğer önemli husus ise avukatın müvekkiline, söyleyeceği ilk sözden kapanış argümanında kullanacağı son söze kadar yardımcı olmasıdır. Kafası karışık ya da meşgul bir tanık kendi tanıklık yaptığı tarafa ve avukatının zor anlar yaşamasına sebep olabilir. Diğer taraftan, karşı tarafın tanığı durumunda ise varsa önceki sorgulamaların zayıf noktalarına odaklanıp hâkim karşısında bunların tamamen açıklanması ve ortaya konmasına çalışılması gerekmektedir. Tanığın zayıf kaldığı noktalar neticesinde öyküsünün tutarsızlığı veya çelişkileri görülecek, tanığa yönelik şüphe ve güvensizlik için geçerli nedenlerin oluşmasını sağlayacaktır.<sup>84</sup> Doğrudan soru sorma esnasında, tanığın dikkatlice gözlenmesi ile olayın hakikati ve hukuki zemini arasındaki bağ üzerinde çalışılarak zayıf noktalar çıkarılması mümkün olabilmektedir. Yargılamadan evvel yapılması gereken bilinçli bir hazırlık süreci, çapraz sorgu esnasında hukukçunun sorularını bu zayıf noktalara yöneltmesini sağlaması için gerekmektedir.<sup>85</sup>

## VI. TRAVMATİK HAFIZA

Bazı adli olaylar kişide travmatik etkiler ve durumlar oluşturabilmektedir. Bu durumda bu travma mağdurlarının yaşadıkları olaylarla ilgili ifadeleri mahkeme ortamında çapraz sorgu yoluyla alınabilir. Ancak travmatik hafıza günlük hafızaya göre daha karmaşıktır. Bu durum hukuki konularda sorun oluşturabilir. Deneysel araştırmalar gösteriyor ki travmatik yaşantılar geçiren kişinin hafızası, şekillendirilebilir ve yönlendirici etkilere açıktır.<sup>86</sup> Travma mağduru bir kişinin hafızası sıklıkla şöyle tanımlanır: parçalara ayrılmış, karışmış ya da detayların kaybolduğu, olayların zamansal sıralamasının hatırlanmasının güç olduğu.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Cotsirilos, s. 146-147

<sup>85</sup> Cotsirilos, s. 142-144

<sup>86</sup> Deryn Strange, Melanie K.T. Takarangi, "False Memories for Missing Aspects of Traumatic Events", *Acta Psychologica*, 2012, 141, 322-326

<sup>87</sup> Daisy A. Segovia, Deryn Strange, Melanie K.T. Takarangi, "Encoding Disorganized Memories for An Analogue Trauma Does Not Increase Memory Distortion or Analogue Symptoms of PTSD", *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 2016, 50, 127-134

Travmalara ait anılar kalıcıdır. Ancak telkin edici sorular, bazı ikna yöntemleri ve yanlış bilgilendirmeler hafızayı gerçek olaydan saptırabilir<sup>88</sup>. Travmatik deneyimler sıklıkla ve yaygın olarak aile, arkadaş, doktor, polis ve avukatlarla konuşulur, bazen medyaya konu olur ve genellikle elverişsiz imge, düşünce ve anılarla birlikte istenmeyen şekilde sonuçlar doğurabilir. Çapraz sorguda dürüst bir tanığın güvenilirliği yükselirken dürüst olmayan bir tanığın güvenilirliği ise azalmaktadır. Çapraz sorguda hedeflenen karşı taraf tanığının güvenilirliğinin azaltılmasıdır. Bu nedenle bir nevi kırılğan hafızaya sahip olan travmatik mağdurlar çapraz sorgu esnasında dezavantajlı konuma düşürülebilmektedirler. Nitekim çocukların da ilk ifadeleri sorgulama tekrarıyla değişime uğramakta olduğundan bahsetmiştik. Çapraz sorgudaki bu sosyal baskı etkili olmaktadır.<sup>89</sup>

Segovia ve arkadaşlarının (2015) yaptığı çalışmaya göre travmatik hafıza ve anılar aslında yönlendirici sorulara karşı savunmasız ve kırılğan durumdadır.<sup>90</sup> Bu çalışmada çapraz sorgunun travmatik anıların anlatımında oluşan hataları artırıcı etki gösterebildiği de belirtilmiştir. Ayrıca çapraz sorgunun hafıza üzerinde olumsuz etki gösterdiği, sorgulayıcı tarafından maruz kalınan sosyal baskı ve taleplerin gerçek anılar üzerinden sapmalara neden olduğu ifade edilmiştir.<sup>91</sup>

## VII. TANIĞIN TELKİNE AÇIK OLMA DURUMU VE BİREYSEL FARKLILIKLAR

Sorgulama ve ifadeler üzerinde önemli etkisi olduğunu düşündüğümüz bir diğer konu ise bireysel farklılıklardır. Genel anlamda telkine açıklık şöyle düşünülebilir: hipnotik duyarlılık veya basit anlamda bir saflık. Tanık hafızası boyutunda değerlendirmek gerekirse, kişinin yanıltıcı bilgilere karşı hassasiyet ya da direnç seviyesi düşünülmelidir. Schooler ve Loftus (1993), ele aldıkları bu konuda iki genel tip üzerinde durmuşlardır: hatalı bilginin doğrudan (hemen) kabulü ve gecikmeli hatırlama hataları.<sup>92</sup> Burada özellikle ikinci tipte hatalı bilginin kişinin belleğinde özümsemesi ifade edilmiştir. Yanıltıcı bilgilerin içeriğindeki kusurlu varsayımlarla birlikte kişinin bunlara uyararak yaptığı

---

<sup>88</sup> Hans F.M. Crombag, Willem A. Wagenaar, Peter J. Van Koppen, "Crashing Memories and The Problem of Source Monitoring", *Applied Cognitive Psychology*, 1996, 10, 95-104

<sup>89</sup> Tim Valentine, Katie Maras, "The Effect of Cross-Examination on The Accuracy of Adult Eyewitness Testimony", *Applied Cognitive Psychology*, 2011, Volume 25, Issue 4, s. 554-561

<sup>90</sup> Daisy A. Segovia, Deryn Strange, Melanie K.T. Takarangi, "Trauma Memories On Trial: Is Cross-Examination A Safeguard Against Distorted Analogue Traumatic Memories?", *Memory*, 2015, 29:1-12

<sup>91</sup> Segovia ve ark., s. 9

<sup>92</sup> Jonathan W. Schooler, Elizabeth F. Loftus, "Multiple Mechanisms Mediate Individual Differences in Eyewitness Accuracy and Suggestibility", *Mechanism of Everyday Cognition*, 1993, s. 177-203, Hillsdale, NJ: Erlbaum

tanıklık, hatalı bilginin doğrudan kabulü tipi açısından değerlendirilebilir, soruşturmalardaki telkine açıklık da bu bağlamda düşünülebilir. Gudjonsson'a göre (1986), bir sorgulama içeriğinde sunulan yanıltıcı sorular, davranışın yapılmış olduğunu zannetmeyi artırıcı bir etki gösterir ve sonuç olarak tasdik edici cevaplarla bir hata meydana gelir.<sup>93</sup> Bu şekilde, kabullenilmiş yanıt hatası bir kişinin telkine açıklığı açısından önemli bir değişken olarak görülebilmektedir.

Kabullenme aslında sosyal psikolojide de yer alan bir kişilik tarzı olarak araştırmalara konu olmuştur. Son yıllarda ise kişilik faktörü olmasından ziyade bilişsel bir tarz olarak görülmektedir. Bu açıdan kabullenme ile yönlendirme arasında bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Tanıklar, yaşadıkları olayların detayları hakkında soruları cevaplama baskısı altındayken ve hatırladıkları hakkında kararsız veya şüpheli olduklarında kabullenme eğilimine girerler.<sup>94</sup> Kişinin bilişsel yapısıyla birlikte, hafızasındaki netliği engelleyen faktörler ve sorgulama esnasında oluşan baskı neticede hatalı cevaplara yol açabilmektedir.

Yüksek derecede dissosiyatif<sup>95</sup> bireylerde de tanıklık esnasında bazı bellek problemlerinin yaşanması muhtemeldir. Dissosiasyon, başka tanımlara

<sup>93</sup> Gisli H. Gudjonsson, "The Relationship Between Interrogative Suggestibility and Acquiescence: Empirical Findings and Theoretical Implications", *Personality and Individual Differences*, 1986, Volume 7, Issue 2, 195-199

<sup>94</sup> Gisli H. Gudjonsson, Noel K. Clark, "A Theoretical Model of Interrogative Suggestibility", *Social Behavior*, 1986, 1, 83-104

<sup>95</sup> Dissosiyasyon (Çözülme) Bozuklukları: 1-Kimlik Çözülmesi Bozukluğu: A. İki ya da daha çok ayrı kişilik durumu ile belirli kimlik bölünmesi. Bu durum, kimi kültürlerde cin çarpması yaşantısı olarak tanımlanır. Kimlikte bu bölünme, kendilik duygusunda ve eylemlerini yönetebilirlik algısında sürekliliğin belirgin olarak bozulmasını kapsar ve duygulanım, davranış, bilinçlilik, bellek, algı, biliş ve/ya da duyuşal-devinsel işlevsellikte bunula ilişkili değişiklikler bulunur. Bu belirti ve bulgular, başkalarının gözlenebilir ya da kişi bunları bildirir. B. Sıradan bir unutkanlıkla açıklanamayacak bir biçimde, günlük olayları, önemli kişisel bilgileri ve/ya da örseleyici olayları anımsarken boşluklar olması. ... 2-Unutkanlık Çözülmesi (Dissosiyatif Amnezi): A. Sıradan bir unutkanlıkla açıklanamayacak bir biçimde, genellikle örseleyici ya da gerginliği tetikleyici nitelikte, özyaşam öyküsüyle ilgili bilgileri anımsayamama. ... 3-Kendine Yabancılaşma (Depersonalizasyon) / Gerçekdışılık (Derealizasyon) Çözülmesi: A. Sürekli ya da yineleyici, kendine yabancılaşma, gerçekdışılık yaşantıları ya da her ikisinin birlikte olduğu yaşantıların varlığı: 1. Kendine yabancılaşma (depersonalizasyon): Kişinin düşünceleri, duyguları, duyguları, vücudu ya da eylemleriyle ilgili olarak gerçekdışılık, kendinden kopma ya da dışarıdan bir gözlemciymiş gibi olduğu yaşantıları (ör. Algısal değişiklikler, zaman algısında çarpıklık, kendiliğin gerçekdışılığı ya da yokluğu, duyuşal ve/ya da bedensel uyuşma). 2. Gerçekdışılık (derealizasyon): Çevredekilerle ilgili olarak gerçekdışılık ya da kopukluk yaşantıları (ör. İnsanlar ya da nesnelere gerçekdışı, düşsel, sisli, cansız ya da görsel açıdan çarpık olarak yaşantılanır). B. Bu kendine yabancılaşma ya da gerçekdışılık yaşantıları sırasında gerçeği değerlendirme bozulmamıştır. ... Kaynak: Amerikan Psikiyatri Birliği, Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı, DSM-5, Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabından çeviren: Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu, Hekimler Yayın Birliği, 2013, Ankara

sahip olsa da konuyla alakalı olarak, hatalı anılar geliştirmeye ilgili olduğu söylenebilir. Bernstein ve Putnam (1986) düşünce, duygu ve deneyimlerin bellek ve bilinç akışına olan katılmasındaki eksiklik olarak tanımlarken<sup>96</sup> dissosiasyon için bir tanım da şöyle yapılabilir: Bütünleşik olan kimlik, çevresel algılar ve bellek fonksiyonlarının parçalanması veya bozulması (American Psychiatric Association, 1994, s.477).<sup>97</sup> Dissosiatif bozukluklar genel bağlamda her ne kadar patolojik olarak değerlendirilse de bu makalede tanık beyanları açısından ele alınmaya çalışılmıştır. Putnam'a göre (1997), dissosiatif bireyler hafızalarına pek güvenmezler ve bu güven eksikliği onları yanıltıcı bilgilerin yönlendirici etkilerine karşı daha savunmasız ve kırılabilir yapar. Bellekteki bu patolojik nitelikteki kesintilerle bu kişiler, otobiyografik belleklerdeki boşlukları makul yönlendirmelerle doldurmaya açık haldedirler.<sup>98</sup> Ayrıca bellek ya da anılardaki belirsiz noktalar, detaylar kişinin beyan esnasında vereceği cevabı değiştirmesine de yol açabilir.<sup>99</sup> Kişinin psikolojik durumu ile birlikte yöneltilen sorular önem arz etmektedir. Yönlendirici, yanlış bilgi içeren sorular özellikle bellek problemi yaşayan kişiler ve kabullenici, tasdik edici eğilimlere sahip olan kişiler tarafından dikkatle ve titizlikle değerlendirilmelidir. Çeşitli kişilik özellikleri ile hafıza, dikkat ve cevaplama stilleri üzerine daha net veriler elde edebilmek için doğal olarak daha çok bilimsel ve deneysel araştırmaların yapılması ve irdelenmesi gerekmektedir.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Her ne kadar yakın zamanda güvenlik kameraları ve cep telefonlarının artmasıyla beraber teknolojik birçok yenilikler meydana geldiyse de özellikle ceza hukuku süreçlerinde temel seviyede bir başarı elde etmenin yolu etkili tanık sorgulamadan geçmektedir. Kuşkusuz hukukçuların bu alandaki bilimsel çalışmaları ve alandaki uygulamaları bulunsa da psikolojinin, bilimsel yaklaşımı ve katkılarıyla konu daha detaylı incelenip etraflıca değerlendirilme fırsatı elde edilebilir. Tanık ifadesi hassas ve önemli bir konudur çünkü yargılamada hak ve adaletin sağlanmasında dikkate alınan bir unsurdur. Bu konuda hukuk ve psikolojinin eşgüdümlü çalışması sonuca mutlaka pozitif yansıyacaktır. İlerleyen zamanlarda bu konuda daha çok araştırma ve çalışmanın yapılmasının gerekliliği de açıktır.

---

<sup>96</sup> Eve M. Bernstein, Frank W. Putnam, "Development, Reliability, and Validity of A Dissociation Scale", The Journal of Nervous and Mental Disease, 1986, Volume 174, Issue 12, 727-735

<sup>97</sup> American Psychiatric Association, Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders, 1994, Washington DC

<sup>98</sup> Frank W. Putnam, "Dissociation in Children and Adolescents", 1997, NY: Guilford Press

<sup>99</sup> Mitchell L. Eisen, Danielle Y. Morgan, Laura Mickes, "Individual Differences in Eyewitness Memory and Suggestibility: Examining Relations Between Acquiescence, Dissociation and Resistance to Misleading Information", Personality and Individual Differences, 2002, 33, 553-571

Çapraz sorgunun bir soru sorma tekniği olarak kullanılmasında en önemli husus suç ve suçlunun tespiti, suçlunun serbest kalmaması, masumun suçlu bulunmaması; maddi anlamda gerçeğe ulaşılarak hak ve adaletin sağlanmasıdır. Suçlu ile masumun ancak hukuk yoluyla ayrılabileninden hareketle çapraz sorgu uygulamalarının bu amaca hizmet edecek bir yöntem olarak kullanıldığında hukukçulara fayda sağlayabileceği düşünülebilir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

“A Checklist of Winning Cross-Examination Concepts and Techniques”, s. 1-17, <http://publicdefender.mt.gov/training/PracticeManual-Criminal/Ch9-CrossExam.pdf>

Amerikan Psikiyatri Birliği, Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı, DSM-5, Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabından çeviren: Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu, Hekimler Yayın Birliği, 2013, Ankara

Archer Dawn, “Cross-Examining Lawyers, Facework and the Adversarial Courtroom”, *Journal of Pragmatics*, 2011, 43, 3216–3230

Bernstein Eve M., Putnam Frank W., “Development, Reliability, and Validity of A Dissociation Scale”, *The Journal of Nervous and Mental Disease*, 1986, Volume 174, Issue 12, 727-735

Bjorklund David F., Bjorklund Barbara R., Brown Rhonda Douglas, Cassel William S., “Children’s Susceptibility to Repeated Questions: How Misinformation Changes Children’s Answers and Their Minds”, *Applied Developmental Science*, 1998, 2(2), 99-111

Bower Gordon H., Forgas Joseph P., “Mood and Social Memory”, *The Handbook of Affect and Social Cognition*, 2001, s. 95-120

Brainerd Charles, Reyna Valerie F., “Fuzzy-Trace Theory and Lifespan Cognitive Development”, *Developmental Review*, 2015, Volume 38, s. 89-121

Brennan Mark, Brennan Roslin E., *Strange Language: Child Victims Under Cross-Examination*, 1998, Wagga Wagga

Ceza Muhakemesi Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>

Chappelle Wayne, Rosengren Kent, “Maintaining Composure and Credibility as an Expert Witness During Cross-Examination”, *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2001, 1:3, 55-72, DOI: 10.1300/J158v01n03\_03

Cotsirilos George J., "Meeting The Prosecution's Case: Tactics and Strategies of Cross-Examination", *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1971, Vol.62, No:2, s. 142-152

Crombag Hans F.M., Wagenaar Willem A., Van Koppen Peter J, "Crashing Memories and The Problem of Source Monitoring", *Applied Cognitive Psychology*, 1996, 10, 95-104

Çapraz Sorgu (Cross Examination) ve Portekiz, HSK, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/dd7069fe-3e12-4280-92a8-bc323983d56e.pdf>

Davies Emma, Henderson Emily, Seymour Fred W., "In Reply to: The Interest of Justice? The Cross-Examination of Child Complainants of Sexual Abuse in Criminal Proceedings", *Psychiatry, Psychology and Law*, 1997, 4:2, s.217-229

Debold David, Dunn Gibson, "Çapraz Sorgu ve Tanığın Güvenirliği", *TBB Etkili Sorgu ve Dava Tanıklarının Çapraz Sorgulanması Eğitim Notları*, 2016

Diagnostic Statical Manual of Mental Disorders, American Psychiatric Association, 1994, Washington DC

Eastwood Christine, Patton Wendy, "The Experiences of Child Complainants of Sexual Abuse in The Criminal Justice System", 2002, Avustralya, s. 1-156

Ellison Louise, "Exploring The Influence of Courtroom Questioning and Pre-Trial Preparation On Adult Witness Accuracy", *University of Leeds Research Report*, s.1-8

Eisen Mitchell L., Morgan Danielle Y., Mickes Laura, "Individual Differences in Eyewitness Memory and Suggestibility: Examining Relations Between Acquiescence, Dissociation and Resistance to Misleading Information", *Personality and Individual Differences*, 2002, 33, 553-571

Fiedler Klaus, Asbeck Judith, Nickel Stefanie, "Mood and Constructive Memory Effects on Social Judgement", *Cognition and Emotion*, 1991, 5, 363-378

Fisher George, Tversky Barbara, "The Problem with Eyewitness Testimony", *Stanford Journal of Legal Studies*, 1:1, s. 25-30

Flanagan William C., Carrol Harry P., "Massachusetts Practice Series", *Trial Practice*, 2013, 12-2-50

Fogliati Rhiannon, Bussey Kay, "The Effects of Cross-examination on Children's Reports of Neutral and Transgressive Events", *Legal and Criminological Psychology*, 2014, 19-2, s. 296-314

Forgas Joseph P., Laham Simon M., Vargas Patrick T., "Mood Effects On Eyewitness Memory: Affective Influences on Susceptibility to Misinformation", 2005, *Journal of Experimental Social Psychology*, 41, 574-588

Fradella, Henry F., "Why Judges Should Admit Expert Testimony on the Unreliability of Eyewitness Identifications", *Federal Courts Law Review*, 2006(3), 2-29.

Gudjonsson Gisli H., *The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook*, 2008, Wiley Online Library

Gudjonsson Gisli H., "The Relationship Between Interrogative Suggestibility and Acquiescence: Empirical Findings and Theoretical Implications", *Personality and Individual Differences*, 1986, Volume 7, Issue 2, 195-199

Gudjonsson Gisli H., Clark Noel K., "A Theoretical Model of Interrogative Suggestibility", *Social Behavior*, 1986, 1, 83-104

Gutheil G. Thomas, Commons Michael Lamport, Miller Patrice Marie, "Personal Question on Cross-Examination: A Pilot Study of Expert Witness Attitudes", *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*, 2001, 29:85-8

Jack Fiona, Zajac Rachel, "The Effect of Age And Reminders on Witnesses Responses to Cross-Examination-Style Questioning", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2014, 3, s. 1-6

Jones Carolyn H., Pipe Margareth-Ellen, "How Quickly Do Children Forget Events? A Systematic Study of Children's Event Reports as a Function of Delay", *Applied Cognitive Psychology*, 2002, Volume 16, Issue 7, 755-768

Karakaya Naim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, *Avukatlar İçin El Kitabı IV*, s. 11-12

Kebbell Mark F., Deprez Steven, Wagstaff Graham R., "The Direct and Cross-Examination of Complainants and Defendants in Rape Trials: A Quantitative Analysis of Question Type", 2003, *Psychology, Crime & Law*, 9:1, 49-59

Leinfelt Fredrik H., "Descriptive Eyewitness Testimony: The Influence of Emotionality, Racial Identification, Question Style, And Selective Perception", *Criminal Justice Review*, 2004, Volume 29, Number 2, s. 317-340

Loftus Elizabeth F., "Eyewitness Testimony", 1996, Harvard University Press

Mathieson Don, "Cross on Evidence", 2012 Wellington, LexisNexis NZ Ltd.

McGehee E. Jack, "A Guide to Direct Examination and Cross-Examination", *GPSolo*, 2014, Vol. 31 No. 5, s. 1-10

Melilli Kenneth J., "Risk Management in Cross Examination", *American Journal of Trial Advocacy*, 2015, Vol. 38, issue 2, s. 317-334



Poole A. Debra, White T. Lawrence, "Effects of Question Repetition on The Eyewitness Testimony of Children And Adults", *Developmental Psychology*, 1991, Vol. 27, No. 6, 975-986

Putnam Frank W., "Dissociation in Children and Adolescents", 1997, NY: Guildford Press

Rabianski Joseph, Carn Neil G., "Cross Examination: How to Protect Yourself and The Appraisal Report", *The Appraisal Journal*, 1992, 60-4, s. 472-482

Resnick Marc L., "When Eyewitnesses Misremember: The Delicate Balance Between Forensic Investigation and Memory Evidence Assessment", *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, 2014, Volume: 58 issue: 1, s. 539-543

Richter Robert I., Senior Judge, District of Columbia Superior Court, "Examination and Cross-Examination of Trial Witnesses A Judicial Prospective", [http://www.abgm.adalet.gov.tr/eng/pdf/makaleler%20\(EN\)/article%203.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/eng/pdf/makaleler%20(EN)/article%203.pdf)

Righarts Saskia, Jack Fiona, Zajac Rachel, Hayne Harlene, "Young Children's Responses to Cross-Examination Style Questioning: The effects of Delay and Subsequent Questioning", *Psychology, Crime & Law*, 2015, 21:3, s. 274-296

Schooler Jonathan W., Loftus Elizabeth F., "Multiple Mechanisms Mediate Individual Differences in Eyewitness Accuracy and Suggestibility", *Mechanism of Everyday Cognition*, 1993, s. 177-203, Hillsdale, NJ: Erlbaum

Segovia Daisy A., Strange Deryn, Takarangi Melanie K.T., "Encoding Disorganized Memories for An Analogue Trauma Does Not Increase Memory Distortion or Analogue Symptoms of PTSD", *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 2016, 50, 127-134

Segovia Daisy A., Strange Deryn, Takarangi Melanie K.T., "Trauma Memories On Trial: Is Cross-Examination A Safeguard Against Distorted Analogue Traumatic Memories?", *Memory*, 2015, 29:1-12

Shapiro Lauren R., "Eyewitness Testimony for A Simulated Juvenile Crime by Male and Female Criminals with Consistent or Inconsistent Gender-role Characteristics", *Journal of Applied Developmental Psychology*, 2009, Volume 30, Issue 6, s. 649

Shermer Lauren O'Neill, Rose Karen C., Hoffman Ashley, "Perceptions and Credibility: Understanding the Nuances of Eyewitness Testimony", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2011, 27(2), s. 183-203

Strange Deryn, Takarangi Melanie K.T., "False Memories for Missing Aspects of Traumatic Events", *Acta Psychologica*, 2012, 141, 322-326

Şahin Cumhuri, Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 99

Tustin Karen, Hayne Harlene, "Defining Boundary: Age-Related Changes in Childhood Amnesia", *Developmental Psychology*, 2010, Vol 46(5), 1049-1061

TBB Doğrudan Sorgu ve Çapraz Sorgu Eğitim Notları, 2015

Wilcock Rachel, Bull Ray, Milne Rebecca, *Witness Identification in Criminal Cases: Psychology and Practice*, 2008, Oxford; New York: Oxford University Press

Valentine Tim, Maras Katie, "The Effect of Cross-Examination on The Accuracy of Adult Eyewitness Testimony", *Applied Cognitive Psychology*, 2011, Volume 25, Issue 4, s. 554-561

Vora Nilay U., "Radical Cross-Examinations", *Minority Trial Lawyer, ABA Section of Litigation*, 2015, Vol. 13, Issue 2, s. 1-4

Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 2.Basidan, TBB Çapraz Sorgu Notu

Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, B. 5, Alfa Yayınları, İstanbul, 1994, s. 142

Zajac Rachel, Jury Emma, O'Neill Sarah, "The Role of Psychosocial Factors in Young Children's Responses to Crss-Examination Style Questioning", *Applied Cognitive Psychology*, 2009, 23: 918-935

Zajac Rachel, Gross Julien, Hayne Harlene, "Asked and Answered: Questioning Children in The Courtroom", *Psychiatry, Psychology, and Law*, 2003, 10:1, 199-209