

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Gizem Özkan
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 20. 04. 2016

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
 2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
 3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
 - c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
 4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
- Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
- Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
 7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
 8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
 9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hake-me gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
 11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
 12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Doğa ELÇİN

Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar / Temporary Protection Status Applied To Syrians In Turkey Similarities And Differences Between European Council Directive No. 2001/55 And Temporary Protection Regulation

81 İbrahim KORKMAZ

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme / An Assessment Of The Law On Protection Of Personal Data

153 Seda DUNBAY

1961 Anayasası Perspektifinden Parlamenter Bağışlıklar / Parliamentary Immunities In The Perspective Of The 1961 Turkish Constitution

183 Mustafa BABAYİĞİT

Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu / The Problem Of Non-Retroactivity Of Rulings Of The Constitutional Court Under Turkish Law

221 Fahri Gökçen TANER

Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi / A Multiple Layered Solution Proposal After the Decisions Of Constitutional Court Related To Child Sexual Abuse And Religious Ceremony Of Marriage

247 Yeşim YILMAZ

Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama / Judicial Search As A Criminal Procedure Pro

305 Elvin Evrim DALKILIÇ

Kamu Avukatlarının Türk İdare Hukuku Açısından Dikkate Alınması Gereken Sorunları / Problems Of Public Lawyers In Terms Of Turkish Administrative Law

323 Yunus Emre YILMAZOĞLU

Vergi Yargısı Uygulamasında Kabahatler Kanunu'na Alternatif Bir Bakış ve Vergi Ziyat Doğuran Fiillere İştirake İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Bir İrdeleme / An Alternative View Of The Law Of Misdemeanors On The Practice Of Tax Jurisdiction And An Examination Of The Constitutional Court Judgement About The Abetment In Violations Causing Tax Loss

357 Bahattin ARAS

Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi / The Effect Of Civil And Criminal Court Decisions On Each Other About Claim Of Forgery

407 Barış BAHÇECİ

Serbest Bölgede İstisnaya Tabi İşçi Ücretlerinden Terkin Edilen Gelir Vergisi Tutarı Üzerindeki Hak Sahipliği Sorunu / The Debate On The Right Of To Own The Amount That Deducted From Wages Of Employees Under The Exception Clause Pertaining To Income Tax In Free Zones

433 Hakan ALBAYRAK / Serkan AĞAR

Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması / Comparison Of Annulment Action Within The Scope Of Public Enforcement Law And General Enforcement Law In Terms Of Specific Requirements For Action

485 Hediye Bahar SAYIN

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu / The Object Of The Right Of Board Of Director Of The Joint Stock Company To Receive Information Outside Of Meeting

MAKALELER / ARTICLES

497 Av. Dr. Özden SAV

Uluslararası Hukuk Açısından Sığınma, Göç, Nüfus Mübadelesi, Vatansızlık Gibi Silahlı Çatışma Bağlantılı Nüfus Sorunları

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu olarak, göreve geldiğimiz günden itibaren avukatlık mesleğinin sorunlarına çözüm üretmek için yoğun mesai harcadık. Meslektaşlarımızın ihtiyaçlarına yönelik projeler ürettik ve hizmete sunduk.

Sizlere, 5 Nisan Avukatlar Günü dolayısıyla hayata geçirdiğimiz üç yeni projemizden bahsetmek istiyorum.

- Özel yazdırdığımız bir arama motoru ile bir milyondan fazla Yargıtay kararını, ücretsiz olarak kullanıma açtık. Düzenli olarak güncelleme yapılacak bu programın çok kullanışlı olacağına inanıyoruz.
- Türkiye Barolar Birliği'nin çok sayıda kurum ve kuruluşla yaptığı indirim anlaşmalarına cep telefonunuzdan kolaylıkla ulaşabilmenizi sağlayacak TBB Kampanya Uygulaması'nı IOS ve Android tabanlı olarak yazdırdık ve hizmetinize sunduk. Bu uygulamayı telefonuna indiren meslektaşlarımız, istedikleri kategoriye veya bulundukları konuma göre hangi firmalardan ne oranda indirim sahibi olduklarını kolayca öğrenebilecek, adres ve telefon bilgisine ulaşabilecek.
- Büro yönetimi için çok kullanışlı olduğunu düşündüğümüz Bürotek Online Büro Yönetim Sistemi'ni devreye soktuk. Avukatlar için özel olarak hazırlanan bu sistemin sizlere kolaylık sağlayacağını düşünüyoruz.

Hayata geçirdiğimiz bu projelerin yanı sıra mesaimizi uluslararası alanda yürüttüğümüz çalışmalara da harcadığımızı bilmenizi isterim. Son olarak çok önemli bir birliğin kuruluşuna ev sahipliği yaptık. Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlıkları yaklaşık iki yıldır sürdürülen Türk Dili Konuşan ve Akraba Ülkeler Avukat Örgütleri Birliği'ni

(TÜRK-AV) dokuz ülkeden avukat örgütleri temsilcilerinin katıldığı imza töreniyle resmen kurduk.

Dost ve kardeş ülkelerin avukatları arasındaki işbirliği imkânlarını verimli ve kalıcı hale getirmeyi amaçladığımız TÜRK-AV'da; Azerbaycan, Moğolistan, Kırgızistan, Kazakistan, Gürcistan, Kosova, Arnavutluk, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ve Türkiye kurucu üye olarak yer alıyor.

7 Nisan 2016 tarihinde bu ülkelerin temsilcileriyle bir araya geldik ve TÜRK-AV'ın kuruluş tüzüğüne son halini hep birlikte verdik. Birliğin merkezi, Ankara olacak; adresi ise Türkiye Barolar Birliği. Birliğin kurucu genel sekreterliğini, Türkiye Barolar Birliği adına üstlendik. Kararlı başladık, aynı kararlılıkla yürüyeceğiz.

Yüz binlerce avukatı temsil eden meslek örgütleri ve iki yüz milyon nüfusu temsil etme potansiyeline sahip avukatlar olarak aynı çatı altında buluştuk. Bu, ne anlama geliyor:

- Bir yatırımcının yabancı bir ülkede yatırım yapabilmesinin ön şartı, o ülkenin hukuk düzeni hakkında kendisine yol gösterecek güvenilir kaynaklara, rehberlere sahip olmasıdır. Bu da Birliğe dâhil olan tüm ülkelerde daha fazla yatırım demek, bütün avukatlar için de daha fazla iş imkânı demek.
- Birliğe dâhil olan ve ileride dâhil olacak ülkelerin avukatları, bu çatı altında karşılıklı olarak birbirlerinin ülkelerinde yatırım yapmayı düşünen iş insanlarını, kolay ulaşılabilir avukatlık hizmeti sayesinde bir araya getirebilecek.
- Her birimizin ülkesinde, hukukun üstünlüğünün desteklenmesi, baroların ve avukatlık mesleğinin etkinliğinin artırılması da yine bu birliktelik sayesinde sağlanabilecek. Sorunların ortak olduğu, çözümlerin de aslında ortak akılla, ortak şekilde üretilebileceği bu platformlarda görülecek.

Uluslararası alandaki işbirliklerimizin daha da gelişmesini diliyor, Türkiye Barolar Birliği olarak bu konudaki çalışmalarımızın artarak devam edeceğini bilmenizi istiyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TÜRKİYE'DE BULUNAN SURİYELİLERE UYGULANAN GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜ 2001/55 SAYILI AVRUPA KONSEYİ YÖNERGESİ İLE GEÇİCİ KORUMA YÖNETMELİĞİ ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR*

TEMPORARY PROTECTION STATUS APPLIED TO SYRIANS IN TURKEY SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN EUROPEAN CONCIL DIRECTIVE NO. 2001/55 AND TEMPORARY PROTECTION REGULATION

Doğa ELÇİN**

Özet: Aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usûlen uygulanabilir olmadığı durumlar, kitlesel akın olarak tanımlanmaktadır. Bu durumdaki yabancılara ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 91. maddesi kapsamında, Türkiye'deki Suriyelilere geçici koruma statüsü uygulanmaktadır. Bu maktelede 2001/55 sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nin benzerlik ve farklılıklarına ışık tutmak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kitlesel Akın, Geçici Koruma Statüsü, Türkiye'deki Suriyeliler, 2001/55 sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi, Geçici Koruma Yönetmeliği

Abstract: Mass influx is defined as situations where a high number of people come from the same country or geographical region and procedures related to international protection status can not be individually followed because of the high number of people. Temporary protection status is applied to foreigners in this situation and Syrians in Turkey within the scope of Law No. 6458 on Foreigners and International Protection Article 91. This article aims to set light on similarities and differences between 2001/55 European Council Directive and Temporary Protection Regulation.

Keywords: Mass İnflux, Temporary Protection Status, Syrians in Turkey, 2001/55 European Council Directive, Temporary Protection Regulation.

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 1-2 Ekim 2015 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Mülteci Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu"nda, "Kitlesel Sığınma Durumlarında Geçici Koruma Statüsü" başlıklı bildirinin genişletilerek güncellenmiş hâlidir.

** Yrd. Doç. Dr. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Ana-bilim Dalı

GİRİŞ

Savaş, silâhlı çatışmalar ya da yaygın insan hakları ihlalleri nedeniyle bir ülkeden ya da coğrafi bölgeden diğerine ani ve öngörülemez şekilde çok sayıda kişinin sığınmaya çalıştığı durumlara kitlesel akınlar denilmektedir. Bu durumda kabul eden devletler bir yandan sığınma arayan çok sayıda kişi için bireysel başvuru ve değerlendirme usûlünü etkili şekilde işletememekte diğer yandan kitlesel olarak uluslararası koruma arayan çok sayıda kişi için kapılarını kapatmak istemektedir.¹ Geçici koruma statüsü, kitlesel akınlarda bireysel olarak başvuruların yapılamadığı ya da değerlendirilemediği bu süreçte geçici ve esnek bir koruma mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır.²

Geçici koruma statüsünün 1990’lardaki Yugoslavya kriziyle gündeme geldiği ifade edilmekle birlikte, bu uygulamanın tarihsel açıdan daha eski örnekleri de mevcuttur. Eski Yugoslavya krizinin neden olduğu kitlesel sığınma hareketleri, geçici koruma müessesesinin Avrupa Birliği düzeyinde ele alınması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.³ Avrupa Birliği’ne Üye Devletler’in 1990’lardaki Bosna ve 1999 Kosova çatışmaları sonucu topraklarına ulaşan kitlesel akında eşgüdüm eksikliği yaşanmış ve yeknesak olmayan uygulamalar nedeniyle bu kişilere farklı düzeylerde koruma sağlanmıştır.⁴ Bunun sonucunda ikincil akınlar yaşanmıştır.⁵

20 Temmuz 2001’de Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Geçici Koruma Yönergesi⁶ bu sorunu çözmek amacıyla hazırlan-

¹ Jari Pirjola, “Temporary Protection as a Future Model”, Nordic Journal of International Law, Vol:64, 1995, s.425.

² Pirjola, s.425-426.

³ Davor Sopf, “Temporary Protection in Europe After 1990: The “Right to Remain” of Genuine Convention Refugees”, Washington University Journal of Law and Policy, Vol:6, 2001, s. 109; Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usûlü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.6, Yıl:2014, s. 68, (Geçici Koruma Yönetmeliği).

⁴ Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013, s. 231; Sopf, s. 111-112.

⁵ Pirjola, s. 425 vd.

⁶ Council Directive 2001/55/ EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences thereof, OJ 2001, L 212/12. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055> (10.10.2014). Bundan sonra “Yönerge” olarak anılacaktır. Yerinden Edilmiş Kişilerin Kitlesel Sığınma Durumunda Geçici Koruma Sağlamak için Asgari Standartlar Hakkında

mıştır.⁷ Yönerge, olağanüstü durumlarda kitlesel akınlarla karşı karşıya kalındığında uygulanabilecek yeknesak bir düzenleyici mekanizmayı hedeflemektedir.⁸ Yönerge, kitlesel akınlarda uygulanacak asgarî standartları ele almaktadır.⁹ Dolayısıyla Üye Devletler'in uluslararası koruma talep eden kişilerin lehine olan işlemleri yapmalarına engel bulunmamaktadır.¹⁰ Konsey Yönergesi uyarınca geçici koruma, istisnâ bir usûldür¹¹ ve geniş çaplı sığınma olaylarıyla baş edilemediğinde gündeme gelir. Ayrıca olağan sığınma usûlüne hâlel getirmeyecek bir süreçtir.

ve Üye Devletler Arasında bu Tür İnsanları Ülkeye Kabul Etmesi ve Sonrasında Bunun Sonuçlarına Katlanması Çabalarında Denge Sağlayacak Önlemler Hakkında 2001/55 sayılı Konsey Yönergesi. Yönerge'nin Türkçe çevirisi için bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005, s.129-145. Yönerge Önsözü Paragraf 3; Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, B.2, İstanbul 2014, s.34, (Yabancılar ve Uluslararası Koruma). Avrupa Birliği Antlaşması'na ve Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'ya eklenen, Birleşik Krallık ve İrlanda'nın korumu hakkındaki Protokol'ün 3. maddesi uyarınca, 27 Eylül 2000 tarihli bir mektup ile Birleşik Krallık bu Yönerge'nin kabul edilmesinde ve uygulanmasında yer alma isteğini belirtmiştir. Yönerge Önsözü Paragraf 24. Adı geçen Protokol'ün 1. maddesine uygun olarak, İrlanda, bu Yönergenin kabul edilmesinde yer almamaktadır. Dolayısıyla belirtilen Protokol'ün 4. maddesine hâlel getirmeksizin bu Yönerge'nin maddeleri, İrlanda için geçeli değildir. Yönerge Önsözü Paragraf 25. Avrupa Birliği Antlaşması'na ve Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'ya eklenen, Danimarka'nın konumu hakkındaki Protokol'ün 1 ve 2. maddeleri uyarınca, Danimarka bu Yönerge'nin kabul edilmesinde yer alamamaktadır ve bundan dolayı Yönerge ile bağlı değildir ya da uygulanmasına tâbi değildir. Yönerge Önsözü Paragraf 26.

⁷ Yönerge'nin hazırlık sürecinde, Avrupa Konseyi, 25 Eylül 1995 tarihinde ülkelerinden ayrılmaya zorlanmış kişilere ilişkin olarak geçici olarak kabul edilmeleri ve ikamet etmeleri konusunda sorumluluk paylaşımına ilişkin bir İlke Kararı kabul etmiştir. Council Resolution of 25 September 1995 on burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis (95/C 262/01) OJ C262, 7.10.1995, s.1, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007(01)) (8.11.2015). 4 Mart 1996 tarihinde ise ülkesinden ayrılmaya zorlanmış kişilere ilişkin olarak geçici olarak kabul edilmeleri ve ikamet etmeleri konusunda sorumluluk paylaşımına ilişkin bir alarm ve acil durum prosedürü için 96/198/JHA sayılı Karar kabul edilmiştir. Council Decision of 4 March 1996 on an alert and emergency procedure for burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis (96/198/JHA), OJ, L63, 13.3.1996, s.10, <http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996D0198:EN:NOT> (8.11.2015).

⁸ Yönerge Önsözü Paragraf 9, Zerrin Savaşan, "AB'de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı ve Devam Eden Kısıtlamalar", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 27, 2009, s.27.

⁹ Özkan, s. 226.

¹⁰ Yönerge Önsözü Paragraf 12.

¹¹ Yönerge Önsözü Paragraf 2.

Ülkemizde, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana çeşitli tarihlerde ve çeşitli bölgelerden kitlesel sığınma olayları yaşanmıştır. Bunlar arasında en belirginleri, 1950-1951 ile 1989 yıllarında Bulgaristan’dan¹², 1988 ve 1991 yıllarında Irak’tan, 1992 yılından sonra ise Eski Yugoslavya’dan ve Kosova krizi sırasında yaşanmış olan Türkiye’ye yönelik akınlardır.¹³ 1990’lı yılların başında, Körfez Savaşı sırasında Kuzey Irak’tan Türkiye’ye yönelik kitlesel akın sonucunda geçici koruma olgusu Türkiye gündemine girmiştir.¹⁴ Günümüzde, 2011 yılından bu yana Suriye’den ülkemize doğru toplu bir nüfus hareketi artarak devam etmektedir.¹⁵ Türkiye’de uluslararası koruma talep eden Suriyeliler için açık sınır kapısı politikası¹⁶, zorla geri göndermeme, kalma süresinin sınırlandırılmaması, kamplarda insanî yardım sağlanması ilke-leri kapsamında geçici bir koruma sistemi oluşturulmuştur.

Kirişçi, Türkiye’ye yönelik Suriyeli akınını üç açıdan geçmişteki deneyimlerden ayırmaktadır. Birincisi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksel Komiserliği (BMMYK) verilerine göre, 25 Ağustos 2015 itibariyle Türkiye’de bulunan Suriyeli sayısı 1,938,999 olarak tespit edilmiştir.¹⁷ Sayısı 2 milyona yaklaşan Suriyeli akını, akının büyüklüğü bakımından Türkiye tarihindeki diğer hiçbir kitlesel akına benzememektedir.¹⁸ İkincisi Türkiye’nin 2011 yılına denk gelen akınların başlangıç döneminde açık kapı politikası uygulamış olması¹⁹ geçmişteki uygulamaların hiçbirinde görülmemiştir.²⁰ Son olarak Suriyeli akını, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu²¹nun henüz yürürlüğe

¹² Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.1.

¹³ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.2.

¹⁴ Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B.5, Ankara 2014, s. 314.

¹⁵ İbrahim Kaya/Esra Yılmaz Eren, Türkiye’deki Suriyelilerin Hukukî Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri, İstanbul 2015, s. 9.

¹⁶ Kemal Kirişçi, Misafirliğin Ötesine Geçerken Türkiye’nin “Suriyeli Mülteciler Sınavı”, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu & Brookings Enstitüsü, Ankara 2014, s. 7, (Suriyeli Mülteciler).

¹⁷ UNHCR Turkey External Update, 31.8.2015. http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/august_external_update_2015.pdf (24.10.2015).

¹⁸ Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s. 14.

¹⁹ Kaya/ Yılmaz Eren, s. 28.

²⁰ Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s. 14.

²¹ Kabul Tarihi:4.4.2013. RG,11.4.2013, 28615. Bundan sonra YUKK olarak anılacaktır.

girdiği tarihler ve bu Kanun'un uygulamasından sorumlu olacak Göç ve İltica Genel Müdürlüğü'nün kuruluş dönemiyle çakışmıştır.²²

BMMYK ise Suriyelilerin içinde bulunduğu bu kitlesel akına ilişkin olarak, üç öneri getirmektedir. Birincisi gönüllü geri dönüş. İkincisi, üçüncü ülkeye yerleştirilme. Üçüncüsü ev sahibi ülkeye entegrasyon.²³

Türkiye'de bulunan Suriyelilere uygulanan geçici koruma statüsü incelenmeden önce Türk hukukunda, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak Anayasa'da yer alan düzenlemelere kısaca değinmek gerekir.

Türk Anayasası'nda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin pek çok düzenlemede yabancı-vatandaş ayrımı yapılmadığı görülmektedir. 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği" başlıklı 12. maddesinde, vatandaş -yabancı ayrımı gözetilmeksizin herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hükmü yer almaktadır. Fakat anayasal güvence altında olan temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar için, bazı hâl ve şartlarda sınırlandırılabilmesi mümkündür.²⁴

Anayasa'da yer alan genel sınırlama nedenleri dışında yabancıların²⁵ temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından 16. mad-

²² Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s. 14.

²³ "Resettlement, Humanitarian Admission and Other Forms of Admission for Syrian Refugees 2013/2014 Pledges" BMMYK Şubat 2014.

²⁴ Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, B.2, İstanbul 2015, s. 9.

²⁵ "Yabancı" deyimi, Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1892 tarihli Cenevre Toplantısı'nda tanımlanmıştır. Buna göre yabancı, "bir devlet ülkesinde bulunup o devlet vatandaşlığını hâlen iddiaya hakkı olmayan kimsedir". Bu tanım, vatansız kişileri de kapsamına almaktadır. Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1892 tarihli Cenevre Toplantısı sonuç metni için bkz. http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf (12.11.2014). Tanımın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Fazıl Berki, Devletler Hususî Hukuku, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, C.I, B.7, Ankara 1970, s.155. Devletler Hukuku Enstitüsü'nün "Yabancı" tanımının eleştirisi için bkz. Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010, s.13 ve Rona Aybay, "Yönetim Hukuku ve Yönetimsel Yargı Açısından "Yabancı"nın Konumu İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", 2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr> s.2, (17.10.2014). 13 Aralık 1985 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Yaşadığı Ülkenin Uyuğu Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirisi'ndeki tanıma göre de yabancı, "bu-

de, özel bir hüküm getirmektedir. Anayasa’nın 16. maddesine göre, yabancıların temel hak ve özgürlükleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Anayasanın bu hükümlerinden hareketle, Türk yabancılar hukukunda kural olarak “eşitlik” ilkesinin uygulandığı söylenebilir.²⁶

Suriye’den ülkemize yönelik kitlesel akında, sınırlarımıza gelen ya da sınırlarımızı geçen kişiler, çoğunlukla Türk vatandaşı olmayan yani yabancı olarak kabul edilen kişilerdir. O hâlde, ülkemize Suriye’den yönelen kitlesel akın kapsamında, bu kişilere sağlanacak asgarî standartların Anayasa’nın 16. maddesinde öngörüldüğü üzere milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla düzenlenmesi gerekliliği bulunmaktadır.

Anayasa’nın 16. maddesinde, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabileceği belirtilmiştir. Bu maddede geçen milletlerarası hukuka uygunluk ko-

lunduğu (yaşadığı), ülkenin vatandaşı (uyruğu) olmayan birey(kişi)’dir. Bildiri metni için bkz. www.unhchr.ch/htm/menu3/b/o_nonnat.htm (30.10.2014.) Türk Hukukunda, 1982 Anayasası’nın “Türk Vatandaşlığı” başlıklı 66. maddesinde yer alan “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.” ifadesinden bir yabancı tanımı yapılması da mümkündür. Buna göre Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan herkes, ayırım gözetilmeksizin “yabancı”dır. Türk pozitif hukukunda “yabancı” tanımı, ilk kez 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yapılmıştır. Kabul Tarihi 27.2.2003- R.G. 06.03.2003- 25040. Buna göre yabancı, “403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşı sayılmayan kişidir.” Böylece Türk pozitif hukukunda da Türk Vatandaşlığı Kanunu’na göre Türk vatandaşı olmayan kişiler yabancı devlet vatandaşı olsun, vatansız veya mülteci olsun yabancı kabul edilmiştir. Çeşitli yabancı tanımları için bkz. Vedat Raşit Seviğ, Türkiye’nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981, s.13-14; Gülören Tekinalp, Yabancılar Hukuku, B.8, İstanbul 2003, s.6; Muammer Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, İstanbul 1983, s.207; Berki, s.155; Erdoğan Göger, Yabancılar Hukuku, Ankara 1979, s.5. 6458 sayılı YUKK’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1/ü bendinde yabancı tanımlanmıştır. Buna göre yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişidir. Vatandaşlığa göre anlam kazanan “yabancı” kavramının kapsamında günümüzde “yabancı devlet vatandaşı olanlar”, “vatansız kişiler”, “mülteciler”, “özel statüdeki yabancılar” ve “birden çok vatandaşlığı olanlar” yer almaktadır. Tekinalp, s.6. Sosyolojik görüşe göre yabancı, toplumsal, ekonomik ve kültürel somut bağlılıklara göre tespit edilmeli fakat sadece biçimsel ve soyut bir kavram olan vatandaşlığa göre belirlenmemelidir. Sosyolojik görüş ve bu görüşe getirilen eleştiriler için bkz. Aybay/Dardağan Kibar, Yabancılar, s.17-20; Göger, s.4.

²⁶ Aybay/Dardağan Kibar, s.74 vd.; Rifat Erten, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, Sayı:1, s. 5.

şulunun milletlerarası hukukun bütün kaynaklarını kapsadığı kabul edilmektedir.²⁷

Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan milletlerarası hukuka uygunluk kriteri, kitlesel akınlarda ülkemize kabul edilen kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin belirlenmesinde kritik bir öneme sahiptir. Çünkü kitlesel akınlarda uygulanacak esas ve usûllere dair özel bir milletlerarası iki ya da çok taraflı sözleşme bulunmamaktadır. Daha çok, uluslararası teamül hukuku kurallarıyla şekillenen bu süreçte, Türkiye'ye yönelik kitlesel akınlarda, bu kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik düzenlemeler yapılırken, milletlerarası teamül hukukuna uygunluk özel bir önem arz etmektedir.

Türk ulusal hukukunda geçici korumaya dair ilk düzenlemeler, "geçici koruma"dan açıkça söz edilmemekle birlikte, 1994 tarihli Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te²⁸ yer almıştı. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 61. maddesi ile 1994 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Kitlesel sığınma konusu, 1994 tarihli Yönetmelik'te, Topluca İltica veya Sığınma amacıyla ülke sınırına gelen ya da ülke sınırlarını geçen yabancılar ile olası Nüfus Hareketleri başlıkları altında ele alınmıştı.²⁹ Bu dönemde, ülke sınırlarını geçme eğilimi gösteren toplu nüfus hareketlerinin milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla ve aksine bir siyasî karar alınmadıkça sınırda durdurulması ve sığınmacıların

²⁷ Aybay/Dardağan Kibar, s.76; Özkan, s.421; Çiçekli, s.41 vd.; Erten, s.5. Milletlerarası hukukun kaynakları ise Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün (Statute of the International Court of Justice) 38. maddesinde sayılmıştır. Buna göre milletlerarası hukukun kaynakları, milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası teamül hukuku ve milletlerarası mahkeme kararlarından oluşmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün İngilizce metni için bkz. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf.

²⁸ RG,30.11.1994, 22127. Bundan sonra 1994 tarihli Yönetmelik olarak anılacaktır. 2006 yılında 1994 tarihli Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin bazı hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. RG, 27.01.2006, 26062

²⁹ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 69.

sınırı geçmesinin önlenmesi esas alınmıştı (m.8).³⁰ Diğer bir deyişle, kitlesel akınlarla karşılaşılması hâlinde tampon bölge oluşturulması amaçlanmıştı.³¹ 4. Bölüm, ülke sınırlarına topluca gelen veya sınırları topluca geçen mülteci ve sığınmacıların ülkeye kabul edilmeleri hâlinde yapılacak işlemler ve alınacak tedbirlere ilişkindi.³² Yönetmeliğin 26. maddesine göre, toplu sığınma arayanlar, kriz veya silâhlı çatışma bittikten sonra, uyruğunda bulundukları devlete iade edilecekti.³³

Türk yabancılar hukukunda ilk kez kod niteliğinde bir kanunlaştırma olan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), 4 Nisan 2013 tarihinde kabul edilmiştir.³⁴ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ise 17 Mart

³⁰ Doktrinde, sığınma kavramının temel gerekliliklerinden biri olan güvenli bölgeye kabul olduğu ifade edilmiştir. Bu yönüyle bu hüküm, uluslararası standartlarla uyumlu değildi. Diğer yandan, madde metinde uluslararası yükümlülüklerle yapılan atıf, geri göndermeme ilkesi başta olmak üzere uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri gözetmekteydi. Çiçekli, s. 321; Kaya/Yılmaz Eren, s. 46.

³¹ Nuray Ekşi, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, Legal Hukuk Dergisi, C.10, S.119, 2012, s.13, (Türkiye’de Bulunan Suriyeliler).

³² Bu şekilde sınırı geçenler, öncelikli olarak askerî makamlarca silâhtan arındırılacaktı. (m.9). Yapılacak kimlik tespitiyle muharip ordu mensupları ile siviller birbirinden ayrılarak sivil kurullara sevk edilmek üzere ilgili polis ve jandarma makamlarına teslim edilecekti (m.9). Muharip yabancı ordu mensupları hakkında, 4104 sayılı Muharip Yabancı Ordu Mensuplarından Türkiye’ye İltica Edenler Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktı. RG, 15.08.1941, 4887.

³³ Çiçekli ve Kirişçi’ye göre bu hüküm kitlesel sığınma kapsamında kalan kişilere sadece “geçici koruma” sağlama amacı taşıdığından bir göstergesiydi. Kemal Kirişçi, “Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye’de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği”, Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD), Yayın Serisi, Sayı 2, Ankara 1996, s. 13; Çiçekli, s. 322; Kaya/Yılmaz Eren, s. 47. Ayrıca 28. madde uyarınca, geçici oturma izni almış olanların, makul süre içinde kendilerine üçüncü bir ülke bulmadıkları takdirde, oturma izinlerinin uzatılmayabileceği ve ülkeyi terk etmelerinin istenebileceği de bu görüşü destekler nitelikliydi. Çiçekli, s.322.

³⁴ YUKK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan ve YUKK ile tümüyle ya da bazı hükümleri yürürlükten kaldırılmamış olan kanun ve yönetmeliklerin, YUKK ile çelişen hükümleri uygulanmayacaktır. Mülteci hukukuna ilişkin hükümler içeren diğer kanunların YUKK ile çatışan hükümleri, önceki kanun olmaları sebebiyle uygulanmayacaktır. Ancak İskân Kanunu, YUKK karşısında özel kanun niteliğinde olduğundan, YUKK’a nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır. YUKK 124. maddesi ile 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun (RG, 24.07.1950, 7564) 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 24 üncü, 25 inci, 26 ncı, 28 inci, 29 uncu, 32 nci, 33 üncü, 35 inci, 36 ncı, 38 inci ve ek 5 inci maddeleri, 5 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. YUKK 124. maddesi ile 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (RG, 24.07.1950, 7564) yürürlükten kaldırılmıştır.

2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁵ Kanun, üç kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, genel olarak yabancılar hukukuna dair kurallar içeren “Yabancılar” kısmıdır. İkinci kısım ise, “Uluslararası Koruma” başlıklıdır. Kanun’un üçüncü kısmı ise teşkilatlanmaya ilişkindir.³⁶

Türk ulusal mevzuatında ise geçici koruma statüsü kanun düzeyinde ilk kez YUKK’un 91. maddesinde düzenlenmiştir.³⁷ Madde hükmüne göre, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılar geçici koruma sağlanabilir (m.91/1). Kanun geçici koruma sağlanması konusunda takdir yetkisi tanımaktadır ancak milletlerarası hukuka ve uluslararası yükümlülüklerle uygunluk dikkate alındığında bu takdir hakkının uluslararası hukuka uygun olarak kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁸

Geçici koruma sağlanan kişilerin ülkeye kabulü, kalışı, hak ve yükümlülükleri, ülkeden çıkışları, alınacak tedbirler, işbirliği ve koordinasyon, kurum ve kuruluşların görev ve yetkileri Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir (m.91/2).³⁹ 2014/6883 Karar Sayılı Geçici Koruma Yönetmeliği, İçişleri Bakanlığının 13/8/2014 tarihli ve 8027 sayılı yazısı üzerine, 4/4/2013 tarihli ve 6458

³⁵ RG, 17.3.2016, 29656.

³⁶ Yabancıların ülkeye girişi, ikamet ve sınır dışı edilmelerinde, YUKK’da yer alan düzenlemelerin kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından değerlendirilmesi için bkz. Esra, Dardağan Kibar, “An Overview and Discussion of the New Turkish law on Foreigners and International Law”, PERCEPTIONS, Autumn 2013, Vol. XVIII, No.3, s. 109-128, (The New Turkish Law).

³⁷ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.51.

³⁸ Kaya/Yılmaz Eren, s. 48.

³⁹ YUKK m.121 “Yönetmelik” başlıklıdır ve buna göre Yönetmelik bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir. Ayrıca bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanun’a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (Geçici Madde 1). YUKK’un 91. maddesinde öngörülen Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce Suriye’den ülkemize yönelik kitlesel akınlara dair hazırlanmış olan “Türkiye’ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyeti’nde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge” İçişleri Bakanlığı tarafından 30.3.2012 tarihinde çıkarılmıştır. Söz konusu Yönerge, Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 2012 tarihli Yönerge’nin içeriği için bkz. Çiçekli, s.323-325. YUKK’un uygulanmasına ilişkin 22.4.2014 tarihli Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ile Denetimi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. RG, 22.4.2014, 28980.

sayılı YUKK’un 91. maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 13/10/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır. Geçici Koruma Yönetmeliği, 11 Bölümden oluşmaktadır.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkileri arasında, geçici korumaya ilişkin iş ve işlemleri yürütmek de yer almaktadır (m.104/1-g). Bu görev ve yetki Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün hizmet birimlerinden biri olan Uluslararası Koruma Dairesi Başkanlığı’ndadır (m.108/1-b-2). Ayrıca 105. maddede, Göç Politikaları Kurulu’nun görev ve yetkileri arasında, kitlesel göç ve sığınmacı akınlarında uygulanacak yöntem ve tedbirleri belirlemek ve insanî mülahazalarla toplu hâlde Türkiye’ye kabul edilecek yabancıların ülkeye giriş ve ülkede kalışlarıyla ilgili usûl ve esasları belirlemek sayılmıştır.

Bu çalışmada, kitlesel sığınma hareketleri kapsamında geçici koruma statüsünün, Avrupa Birliği hukuku ile Türk ulusal mevzuatı düzeyinde karşılaştırılması ve iki düzenleme arasındaki temel farklılıkları ortaya çıkarmak amaçlanmıştır. Geçici koruma statüsü ile tamamlayıcı koruma arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ile BMMYK’nın 2014 tarihli Geçici Korumaya İlişkin Rehber Kuralları⁴⁰ ise prensip olarak karşılaştırmanın dışında tutulmuştur. Türk ulusal mevzuatı ise YUKK ve Geçici Koruma Yönetmeliği temel alınarak karşılaştırma kapsamına alınmıştır ancak ilgili diğer Genelgeler ve Yönergelere yer verilmekle birlikte karşılaştırmada esas alınmamıştır. Ayrıca çalışmada Suriye ordusu ile muhalif güçler arasındaki silâhlı çatışmanın uluslararası kamu hukuku açısından değerlendirilmesi ve bu kapsamda Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve bu sözleşmelere dair Ek Protokollerin uygulama alanının tespiti araştırma kapsamı dışında tutulmuştur.⁴¹

Sığınma hakkı konusunda bir devlet, yürürlükteki bir anlaşma ile bu konuda bir yükümlülük üstlenmişse, o anlaşmanın koşullarını yerine getiren yabancılar bakımından sığınma hakkını tanımak zorundadır. Böyle bir anlaşmaya taraf olmadıkça, devletlere sığınma

⁴⁰ UNHCR, 2014, Guidelines on Temporary Protection, <http://www.unhcr.org/5304b71c9.html> (10.10.2014).

⁴¹ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri için bkz. <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions> (9.11.2015).

hakkı konusunda yükümlülük getiren bir uluslararası teamül kuralı ya da hukuk genel ilkesi bulunmamaktadır.⁴²

Bireysel sığınmaya ilişkin temel milletlerarası hukuk kaynağı, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'dir.⁴³ Kitlesel sığınma ise, BMMYK Yürütme Komitesi (ExCom) kararları ya da genel milletlerarası hukuk ile tanımlanmaktadır. İnsan Hakları Ev-

⁴² Sopf, s.132-133; Nasih Sarp Ergüven/ Beyza Özturhanlı, "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", AÜHFD, 62(4) 2013, s. 1019; Alice Edwards, "Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention", Melbourne Journal of International Law, Vol.13, 2012, s.12.

⁴³ 1936 yılında Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılan tanıma göre mülteci (refugee, refugie), "vatandaşı olduğu devlet ülkesinde meydana gelen siyasi olaylar sonucunda, ülkesini iradesiyle veya zorla terk etmiş ve başka bir devletin vatandaşlığına da geçememiş ve herhangi bir devletin diplomatik korumasından yararlanamayan kişidir". Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1936 yılında yapmış olduğu tanım için bkz. http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1936_bru_x_01_fr.pdf (24.10.2015). Tanımın Türkçe çevirileri için bkz. Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku, B.21, İstanbul 2015, s.20; Aybay/Dardağan Kibar, s.27. 28 Temmuz 1951 yılında Cenevre'de kabul edilen Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne Türkiye, 29 Ağustos 1961 tarih ve 359 sayılı onay Kanunu ile katılmıştır (Bundan sonra 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi olarak anılacaktır). Onay Kanunu ve Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG, 05.09.1961, 10989. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm (23.11.2014). Çeşitli mülteci tanımları için bkz. Yılmaz Altuğ, Devletler Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul 1967, s.8-18. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 42. maddesine göre, taraf devletler, imza, onay veya katılma sırasında 1,3,4, 16(1), 33, 36-46. maddeler hariç olmak üzere diğer maddelere çekince koyabilirler. Türkiye 1951 tarihli Cenevre Sözleşme ile ilgili olarak üç beyanda bulunmuştur. Bunlardan birincisi, zaman sınırlamasına ilişkin olarak, yalnızca 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle mülteci statüsünün tanınmasıdır. İkincisi, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün Türkiye'de Türk vatandaşlarına verilen haklardan daha fazlasının mültecilere verileceği şeklinde yorumlanamamasıdır. Türkiye'nin üçüncü beyanı ise coğrafi sınırlamaya ilişkindir. Buna göre Türkiye, Avrupa ülkelerinden gelen kişilere mülteci statüsü tanıyacaktı. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne Ek 1967 tarihli Protokol New York'ta imzalanmıştır ve Türkiye 1967 tarihli Protokolü 1968 yılında onaylamıştır (RG, 5.8.1968, 12968). 1967 tarihli Ek New York Protokolü'nde, "1 Ocak 1951'den önce cereyan eden olaylar" ifadesi 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden çıkarılmıştır. Türkiye 1967 tarihli Ek New York Protokolü'nü onaylarken zaman sınırlamasını kaldırmakla birlikte coğrafi sınırlamayı ve 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün Türkiye'de Türk vatandaşlarına verilen haklardan daha fazlasının mültecilere verileceği şeklinde yorumlanamamasına ilişkin beyanını saklı tutmuştur. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi, sadece Kongo, Madagaskar, Monako ve Türkiye tarafından coğrafi sınırlamayla uygulanmaktadır. Burada Avrupa ülkelerinden kastedilen, Avrupa Konseyine üye ülkelerdir.

rensel Beyannamesi’nin 14. maddesine göre, herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır.⁴⁴

Kitlesel sığınma olaylarında, çok sayıda sığınmacı, sığınma sistemi üzerinde olağan dışı bir yük meydana getirmektedir. Devletler bu durumlarda, kitlesel sığınma olaylarının geçici olacağını öngörerek geçici koruma sağlama eğilimi göstermektedir.⁴⁵ Geçici koruma statüsü bir yandan devletlerin ulusal çıkarlarının ön planda tutulması nedeniyle mülteci statüsüyle korumadan bir sapma olarak değerlendirilmekte; diğer yandan geri gönderilmeme (*non-refoulement*) ilkesine etkinlik kazandıran ve geçici de olsa çok sayıda sığınma arayan kişiye koruma sağlayan bir uygulama olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Hem milletlerarası hukuk hem de insan hakları hukuku, ani bir kitlesel akın durumunda bu akının ilgili ülke üzerindeki etkileri ne olursa olsun geri göndermeme ilkesine istisna getirmemektedir.⁴⁷

Bununla birlikte kitlesel sığınma kavramının uluslararası sözleşmelerde kesin bir tanımı yapılmamıştır.⁴⁸ 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi’nin⁴⁹ 3. maddesinin 2. fıkrasında kitlesel sığınmadan bahsedilmekte fakat kavram tanımlanmamaktadır.

BMMYK’nın Kitlesel Akın Durumlarında Uluslararası İşbirliği,

⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (12.12.2014).

⁴⁵ Çiçekli, s. 311.

⁴⁶ Edwards, s.6; Çiçekli, s.311.

⁴⁷ Elihu Lauterpacht/ Daniel Bethlehem, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, in *Refugee Protection in International Law*, ed. Feller, Erika/Türk, Volker/ Nicholson, Frances, Cambridge 2003, s.119-121; Sopf, s.134; Çiçekli, s. 313, Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s.17; Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, Ankara 2012, s.62-64. 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin geri göndermeme ilkesine dair 33. maddesinde, bu ilkenin kitlesel sığınma durumlarında uygulanmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Aslı Bayata-Canyaş, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2015, s. 78.

⁴⁸ Edwards, s.5. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Ek 1967 tarihli Protokol ile ABÖ Mülteci Sözleşmesi’nde kitlesel sığınmaya dair bir tanım bulunmamaktadır. Kaya/Yılmaz Eren, s. 39.

⁴⁹ UN Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, UNGA Resolution No. 2312 (XXII). <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/Resolution/GEN/NR0/236/47/IMG/NR023647.pdf?OpenElement> (10.10.2015).

Yükümlülük ve Sorumluluğun Paylaşılması Kararı⁵⁰'na göre kitlesel akın, hatırı sayılır sayıda insanın, milletlerarası bir sınıra ulaşması, çok sayıda insanın sınırı geçmesi, varış devletinin özellikle acil durumlarda sınırı geçen kitleyi karşılamadaki yetersizliği, bireysel sığınma prosedürlerinin geniş çaptaki sığınma karşısında işlevsiz kalması durumlarından birkaçını ya da hepsini içermektedir. Ayrıca konuya ilişkin olarak, BMMYK'nın 2014 tarihli Geçici Korumaya İlişkin Rehber Kuralları⁵¹ bulunmaktadır.

BMMYK, kitlesel sığınma olaylarını, devletlerin büyük ölçekte mülteci akınıyla karşılaştıkları aşama ile birlikte çok sayıda nüfusa uzun süre ev sahipliği yaptığı durumları kapsayacak şekilde ele almaktadır.⁵² BMMYK ayrıca kitlesel sığınma olaylarının, sığınma arayan kişilerin sayısına bakılarak belirlenmesinden ziyade kabul eden devletin kaynaklarına göre tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre, "büyük ölçek"lilik ya da "kitlesel"liğin ülkeden ülkeye, bölgeden bölgeye değişebileceği ve her bir olayın kendi özelliğine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada, bir sığınma akınıyla karşı karşıya kalan devlet, bireysel başvuru usûllerini uygulayabiliyor ise kitlesel sığınma durumu söz konusu olmayacaktır.⁵³ O hâlde kitlesel sığınma, akının büyüklüğü ve ani gerçekleşmesi nedeniyle bireysel başvuru ve statü belirleme usûllerinin işletilmesinin imkânsız hâle geldiği ve bu durumun ev sahibi ülke kurumları ve kaynakları bakımından zorlanmalara neden olduğu durumlarda söz konusudur.⁵⁴ Ancak geçici koruma statüsü, geri göndermeme ilkesine işlevsellik kazandıran ve ani şekilde kitleler hâlinde ülke sınırlarına ulaşan kişilere belirli bir koruma sağlamayı hedefleyen pragmatik bir çözüm

⁵⁰ Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations
No. 100 (LV) – 2004, EXCOM Conclusions, 8 October 2004, <http://www.unhcr.org/41751fd82.html> (24.10.2015).

⁵¹ UNHCR, 2014, Guidelines on Temporary Protection, <http://www.unhcr.org/5304b71c9.html> (10.10.2014).

⁵² Global Consultations on International Protection 'Mechanisms of International Cooperation to Share Responsibilities and Burdens in Mass Influx Situations', UN Document EC/GC/01/7, 19 February, 2001, 11. <http://www.unhcr.org/3ae68f3cc.pdf> (10.10.2014).

⁵³ UNHCR (2001), "Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework", UN Document EC/GC/01/4, paragraf 14. <http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.html> (10.10.2014).

⁵⁴ Çiçekli, s.312.

yoludur.⁵⁵ 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin kural ve standartlarının yerini almayı amaçlayan bir uygulama değildir.⁵⁶

I. GEÇİCİ KORUMAVE KİTLESEL AKIN KAVRAMLARI

Geçici koruma kavramının hem Avrupa Birliği hukukunda Yönerge’de hem de ulusal hukukumuzda Geçici Koruma Yönetmeliği’nde tanımlandığı görülmektedir.

Avrupa Birliği’nde geçici koruma kavramı, Yönerge’nin 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre geçici koruma, üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkesine geri dönemeyen, yerinden edilmiş kişilerin kitlesel sığınması ya da yakın bir kitlesel sığınma tehlikesi durumunda, özellikle de sığınma sisteminin bu akınla, etkili işleyişi olumsuz biçimde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması durumunda, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimsele- rin menfaatleri doğrultusunda bu kişilere acil ve geçici koruma sağlanması anlamına gelir (m.2/1-a).

Yerinden edilmiş kişiler ise, kendi ülkelerini ya da bulundukları yerleri terk etmek zorunda kalmış ya da özellikle uluslararası organizasyonlar tarafından gelen bir istek üzerine tahliye edilmiş ve bu ülkede devam eden durum dolayısıyla güvenli ve sürekli koşullarda geri dönemeyen üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişiler, Cenevre Sözleşmesi’nin 1A maddesi ya da başka uluslararası ya da ulusal, uluslararası koruma sağlayan araçlar kapsamında bulunan, özellikle: i) silâhlı anlaşmazlık bölgelerinden ya da yaygın şiddetten kaçan kişiler; ii) insan haklarının sistematik ya da genel olarak ihlâl edilmesinin kurbanı olmuş ya da böyle bir duruma maruz kalma konusunda ciddi bir biçimde risk altında olan kişiler anlamına gelir (m2/1-c). Yönerge’de sayılan durumlar politik durumlardır.⁵⁷

Yönerge, kitlesel sığınma kavramını da tanımlanmıştır. Buna göre kitlesel sığınma, belirli bir ülke ya da coğrafi bölgeden kendiliğinden

⁵⁵ Edwards, s.2.

⁵⁶ Yönerge Önsözü Paragraf 10; Çiçekli, s.313.

⁵⁷ Ekonomik ve Sosyal Komite ise geçici korumanın doğal afetler nedeniyle yerinden edilmiş kişileri kapsamaması önerisinde bulunmuştur. Opinion of the Economic and Social Committee, OJ 2001, C 155/24. Bu öneri Yönergede yer almamıştır.

ya da yardım sonucu (örneğin tahliye programı aracılığı ile) çok sayıda yerinden edilmiş kişinin topluluğa ulaşmasıdır (m.2/1-d).

Kitlesel sığınmanın varlığının tespiti mutlak bir sayıyla sınırlanmamıştır.⁵⁸ Bunun takdiri Avrupa Konseyi'ne bırakılmıştır (m.5). Sığınmacı sayısında aşamalı ve yavaş bir şekilde ortaya çıkan artış kitlesel sığınma olarak değerlendirilmemektedir.⁵⁹ BMMYK, Yönerge bağlamında, bir nüfus hareketinin kitlesel sığınma olarak değerlendirilebilmesi için aynı menşei ülkeden kısa zaman dilimi içerisinde önemli sayıda insan topluluğunun bir ülkeye ulaşmasını aramaktadır.⁶⁰

Hangi nüfus hareketlerinin kitlesel sığınma olarak değerlendirileceği *a priori* bir tespit olmayıp, bunun tespiti Topluluk kurumlarının takdirine bırakılmıştır.⁶¹ Kitlesel sığınma nedeniyle geçici koruma kararı verilebilmesi için Komisyon, re'sen ya da bir Üye Devlet'in talebi üzerine bir teklif hazırlamalı ve bu teklif, Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla kabul edilmelidir (m.5/1). Komisyonun hazırlayacağı öneride en azından geçici korumanın sağlanacağı somut insan grubunun tanımı yapılmalı, geçici korumanın yürürlüğe gireceği tarih belirlenmeli ve yerinden edilmiş kişilerin hareket ölçeğinin tahmini bulunmalıdır (m.5/2). Konsey kararı ise en azından, geçici korumanın geçerli olduğu insan gruplarının tanımını, geçici korumanın yürürlüğe gireceği tarihi, ağırlama kapasiteleri hakkında Üye Devletler'den alınan bilgileri ve Komisyon, BMMYK ile diğer ilgili uluslararası organizasyonlardan alınan bilgileri içermelidir (m.5/3). Konsey kararının alınmasında, mevcut durum ve yerinden edilmiş kişilerin hareket ölçeği, acil yardım potansiyeli ve yerinde alınacak önlemler ya da bunların yetersizliği çerçevesinde geçici korumanın tavsiye edilebilirliği ile Komisyon, BMMYK ve diğer ilgili uluslararası organizasyonlardan alınan bilgiler göz önünde bulundurulacaktır (m.5/4). Avrupa Parlamentosu, Konsey kararı hakkında bilgilendirilecektir (m.5/5).

⁵⁸ Karoline Kerber, "The Temporary Protection Directive", European Journal of Migration and Law, Vol.4, 2002, s.196.

⁵⁹ Kerber, s.196.

⁶⁰ Summary Observations of the UNHCR on the Commission Proposal of 26 September 2000, Council Document No.11629/00, ASILE 44, s.13.

⁶¹ Kerber, s.196; Kaya/Yılmaz Eren, s. 40.

Türk hukukunda, Geçici Koruma Yönetmeliği’nde geçici korumanın tanımı yapılmıştır. Buna göre, geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmıştır (m.3/1-f). Bu tanım YUKK m.91’de yapılan tanımla aynıdır sadece m.3/1-f’de, geçici koruma tanımına, “uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılar” ifadesi eklenmiştir.⁶² Bu tanımda ülkemize gelen yabancıların, kitlesel olsun bireysel olarak olsun sınırlarımıza gelmesi ülkesinden ayrılmaya zorlanmış olması, ayrıldığı ülkeye geri dönememesi, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla gerçekleşmesi şartıyla kabul edilmiştir.

Madde 3/1-j’de ise ilk kez kitlesel akın tanımının yapıldığı görülmektedir. Buna göre kitlesel akın, aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemelerinin usûlen uygulanabilir olmadığı durumlardır. Bu tanım, 2001 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi’nden farklıdır⁶³ ve dar kapsamlıdır.⁶⁴ Avrupa Konseyi Yönergesi’nde, kitlesel sığınma, belirli bir ülke ya da coğrafi bölgeden kendiliğinden ya da yardım sonucu (örneğin tahliye programı aracılığı ile) çok sayıda yerinden edilmiş kişinin topluluğa ulaşması olarak tanımlanmıştır.

II. GEÇİCİ KORUMANIN AMACI

Avrupa Birliği hukukunda, Yönerge ile geçici koruma statüsünün sağlanması için gerekli asgarî standartların belirlenmesi ve yerinden edilmiş kişileri kabul eden Üye Devletler’in gösterecekleri çabaları dengelemek amaçlanmıştır (m.1). Geçici koruma statüsü, bireyler ta-

⁶² Sema Çörtoğlu-Koca / F.Candan, Kavşat, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Ocak 2015, s.335.

⁶³ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 85.

⁶⁴ Doktrinde diğer görüşe göre, Geçici Koruma Yönetmeliği’nde yer alan kitlesel akın kavramı, Yönerge’de yer alan tanımla uyum içindedir. Kaya/Yılmaz Eren, s. 49.

rafından doğrudan doğruya talep edilebilecek yeni bir geçici sığınma hakkı getirmemiştir.⁶⁵ Ayrıca Yönerge, sadece asgarî standartların belirlenmesini amaçlamaktadır dolayısıyla Üye Devletler'in, geçici korumadan yararlanan kişiler için daha lehe düzenlemeler yapmaları mümkündür (m.3/5).⁶⁶

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin Birinci Bölümü, "Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar" başlıklıdır. Amaç ve Kapsam başlıklı 1. maddeye göre, bu Yönetmeliğin amacı; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı YUKK'un 91. maddesi çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usûl ve esasları ile bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliğiyle ilgili hususları düzenlemektir.

III. GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINA GİREN KİŞİLER

Avrupa Birliği'nde, Yönergenin uygulama kapsamına giren kişiler, üçüncü ülkelerden kitlesel olarak gelen ve menşei ülkelerine dönemeyen yerinden edilmiş kişilerdir (m.1).

Yerinden edilmiş kişiler, m.2/c'de tanımlanmıştır. Bu kişiler, menşei ülkelerini ya da bölgelerini terk etmek zorunda kalmış ya da özellikle uluslararası örgütlerden gelen talep üzerine tahliye edilmiş ve devam eden koşullar nedeniyle o ülkeye güvenli ve kalıcı koşullar altında dönemeyen, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 1/A maddesi⁶⁷

⁶⁵ Çiçekli, s. 317; Kaya/Yılmaz Eren, s.39.

⁶⁶ Kerber, s.198. Bu kapsamda Yönerge'nin 7. maddesine göre Üye Devletler'in geçici korumayı, Konsey kararının uygulandığı kişilerin dışındaki farklı yerinden edilmiş kişi kategorilerine ve özellikle de söz konusu kişilerin 5. maddede öngörülen aynı nedenlerle ve aynı ülkeden ya da bölgeden ayrılmaya zorlanmaları durumuna teşmil edebilirler. Bu konuda Üye Devletler, Konseyi ve Komisyonu derhâl bilgilendireceklerdir (m.7/1).

⁶⁷ 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 1/A maddesine göre, İşbu Sözleşme bakımından «Mülteci» tabiri aşağıdaki gösterilen şahıslara tatbik edilir. 1. 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Anlaşmaları veya 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri ve 14 Eylül 1939 Protokolü, yahut Milletlerarası Mülteci Teşkilatı Anayasasına

ya da uluslararası koruma sağlayan başka uluslararası belgeler kapsamına giren üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişilerdir (m.2/c). Yerinden edilmiş kişiler m.2/c hükmünde vurgulandığı üzere, özellikle silâhlı çatışma ya da yaygın şiddetten kaçan kişiler ile sistematik ve genel insan hakkı ihlallerine maruz kalan ya da maruz kalma konusunda ciddi risk altında olan kişilerdir.

Yönergede, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış kişilerin kitlesel sığınma durumunda geçici korumadan yararlanması sırasında bazı kişilerin bu haktan hariç tutulmalarını belirleyecek kriterlerin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Bu kriterler, 28. maddede ele alınmıştır. 28. maddede sayılan ve geçici koruma dışında tutulacak kişiler dört gruba ayrılmıştır.⁶⁹

Buna birinci grupta, bu tür suçlarla ilgili hükümler içeren milletlerarası belgelerde tanımlandığı şekilde barışa karşı suç veya savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğini düşündürecek ciddi nedenler bulunan kişiler bulunmaktadır (m.28/1-a(i)).⁷⁰

İkinci grupta, Üye Devlet tarafından kabul edilmeden önce siyasi olmayan ağır suç işlediğini düşündürecek ciddi nedenler bulunan kişiler yer almaktadır⁷¹ (m.28/1-a(ii)). Bu fıkranın devamında, tahmin

göre mülteci sayılan şahıs; Milletlerarası mülteci teşkilatı tarafından faaliyeti esnasında alınmış mülteci sıfatını vermeme kararları, bu kısmın 2 nci fıkrasındaki seraiti haiz olan kimselere mülteci sıfatının verilmesine mâni değildir. 2. 1 Ocak 1951’den evvel cereyan eden hâdiseler neticesinde ve ırkı, dinî, tâbiyeti, muayyen bir içtimâî gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya mezkur korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs; Birden fazla tâbiyeti olan bin şahıs hakkındaki “Vatandaşı olduğu memleket” tabiri tâbiyetini haiz olduğu memleketlerden her birini kast eder. Haklı bir korkuya müstenit muteber bir sebep olmaksızın vatandaşı olduğu memleketlerden birinin himayesinden mahrum sayılmaz.

⁶⁸ Yönerge Önsözü Paragraf 22.

⁶⁹ Kerber, s.197.

⁷⁰ Bu kapsamda sayılan kişiler, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 1F(a) maddesinde sayılan kişilerle aynıdır. Buna göre, Bu Sözleşme hükümleri: a) Bunlara müteadair milletlerarası vesikalarda tarif edildiği manada barışa karşı bir suç, bir harb suçu veya insanlığa karşı bir suç işlediği; ...ciddi kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında tatbik edilemez.

⁷¹ Bu kapsamda yer alan kişiler 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 1F(b) maddesinde sayılan kişilerle aynıdır. Buna göre, Bu Sözleşme hükümleri: b) Mülteci sıfatıyla kabul edildiği memlekete ilticadan evvel iltica memleketi dışında ağır bir genel

edilen zulmün ağırlığının kişinin şüphelenilen cezaî filinin niteliği ile karşılaştırılacağı, özel bir biçimde ağır gaddar eylemlerin, sözde siyasî bir amaç için yapılmış olsa bile ciddi siyasî nitelikli olmayan suçlar olarak sınıflandırılabilceği belirtilmiştir. Ayrıca bu değerlendirmenin hem suça katılanlar hem de suçu teşvik edenler için geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Üçüncü grup ise Birleşmiş Milletler'in amaçlarına ve ilkelerine karşı bir suç işlediğini düşündürecek ciddi nedenler bulunan kişilerdir (m.28/1-a(iii)).⁷²

Dördüncü ve son olarak, bulunduğu üye devletin güvenliği bakımından kişinin tehlike olarak görülmesi için makul nedenler varsa ya da kişi özellikle ciddi bir suçtan kesin hüküm giymiş olması dolayısıyla ev sahibi Üye Devlet'in toplumu için tehlike oluşturuyorsa geçici korumadan hariç tutulabilir (m.28/1-b).

Bu gibi durumların gerçekleştiğini düşündürecek ciddi nedenlerin varlığının sınırı ise 28. maddenin ikinci fıkrasında belirlenmiştir. Birincisi bu hariç tutma nedenleri yalnızca ilgilinin kişisel davranışları temeline dayandırılabilir. İkincisi hariç tutma kararı ya da tedbirler orantılılık ilkesine dayandırılacaktır. Son olarak bir Üye Devlet tarafından geçici koruma ya da aile birleştirilmesi imkânından hariç tutulmuş kişiler, ilgili Üye Devlet'e karşı yargı yoluna başvurma yetkisine sahip olacaklardır (m.29).⁷³

Yönergeyle karşılaştırıldığında, YUKK m.91'de geçici koruma sağlanacak kişi grupları, silâhlı çatışma ya da yaygın şiddetten kaçan kişiler ve sistematik ve genel insan hakkı ihlallerine maruz kalan ya da

⁷² suç işlediği; ...ciddi kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında tatbik edilemez. Bu kapsamda yer alan kişiler 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 1F(c) maddesinde sayılan kişilerle aynıdır. Buna göre, Bu Sözleşme hükümleri: c) Birleşmiş Milletlerin gaye ve prensiplerine aykırı fiillerden suçlu olduğu hususunda; ciddi kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında tatbik edilemez.

⁷³ Yargı yoluna başvuru yetkisine sahip kişilerin sadece 28. madde kapsamında değerlendirilerek geçici korumadan hariç kişiler mi olduğu yoksa herhangi bir nedenle geçici koruma kapsamına alınmamış kişiler mi olduğu belirsizdir. Doktrinde 29. maddedeki yargı yoluna başvuru yetkisinin geniş yorumlanması gerektiği ve herhangi bir nedenle örneğin koruma ihtiyacı bulunmaması nedeniyle geçici korumadan hariç tutulan kişilerin de bu madde kapsamında olduğu yorumu yapılmıştır. Kerber, s.213.

maruz kalma konusunda ciddi risk altında olan kişilerle sınırlanmamıştır. Madde 91’de, bu kişilerin hangi sebeple olursa olsun “ülkeden ayrılmaya zorlanmış” olmaları yeterlidir.

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 7. maddesine göre, geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara uygulanır. Dolayısıyla Geçici Koruma Yönetmeliği, hem kitlesel akınla gelenlere hem de kitlesel akına neden olan olay sonucunda birey olarak gelenlere uygulanmaktadır.⁷⁴ Bununla birlikte geçici koruma, Bakanlar Kurulu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, geçici koruma ilânının geçerliliğinden önce, geçici koruma ilânına esas teşkil eden olayların olduğu ülkeden veya bölgeden ülkemize gelmiş olanları kapsamaz (m.7/2).

Geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 8. maddesinde sayılmıştır. Ayrıca madde 12/2’ye göre, 8. madde kapsamında yer alanların geçici korumanın kapsamı dışında tutulmaları gerektiğinin sonradan anlaşılması hâlinde geçici koruma, Genel Müdürlük veya valilikler tarafından iptal edilir. Doktrinde m.12/2’de yer alan bu düzenleme, Türkiye’nin güvenliğini tehlikeye düşüren Suriyelileri veya Suriye’deki insan hakları ihlallerine ve şiddet olaylarına karışanların tanımlanması olarak yorumlanmıştır⁷⁵.

Geçici Koruma Yönetmeliğinin 8. maddesine göre, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar şunlardır:

- Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1967 Protokolüyle Değişik 28/7/1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin 1. maddesinin F fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat bulunanlar (m.8/1-a)
- Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenleri bulunanlar (m.8/1-b)
- Bu fıkranın (a) ve (b) bentlerinde belirtilen suç ya da fiillerin iş-

⁷⁴ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 70.

⁷⁵ Kaya/Yılmaz Eren, s. 50.

lenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik edenler (m.8/1-c)

- Ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olduğu hâlde bu faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmayanlar (m.8/1-ç)
- Terör eylemlerinde bulunduğu veya planladığı a da bu eylemlere iştirak ettiği tespit edilenler (m.8/1-d)
- Ciddi bir suçtan mahkûm olarak topluma karşı tehdit oluşturabileceği değerlendirilenler ile millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğu değerlendirilenler (m.8/1-e)
- Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk edenler (m.8/1-f)
- Uluslararası mahkemelerce hakkında insanlık suçu işlediğine dair karar verilmiş kişiler (m.8/1-g)
- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlardan birini işleyenler⁷⁶

⁷⁶ Türk Ceza Kanunu’nun Dördüncü Kısım, “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklıdır. Yedinci Bölüm ise “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlıklıdır. Bu kapsamda, Madde 326- (1) Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge veya vesikaları kısmen veya tamamen yok eden, tahrip eden veya bunlar üzerinde sahtecilik yapan veya geçici de olsa, bunları tahsis olundukları yerden başka bir yerde kullanan, hileyle alan veya çalan kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Yukarıdaki yazılı fiiller, savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş ise müebbet hapis cezası verilir. Madde 327- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa müebbet hapis cezası verilir. Madde 328. - (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askeri casusluk maksadıyla temin eden kimseye on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil; a) Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenmişse, b) Savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokmuşsa, Fail, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Madde 329- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa,

faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise birinci fıkrada yazılı olan hâlde, faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hâllerden birinin varlığı hâlinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 330- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye müebbet hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Madde 331- (1) Yabancı bir devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri, diğer bir yabancı devlet lehine siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden vatandaş veya bunu Türkiye’de temin etmiş bulunan yabancıya bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 332- (1) Devletin askerî yararı gereği girilmesi yasaklanmış olan yerlere, gizlice veya hile ile girenlere iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenirse faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 333- (1) Görevi dolayısıyla öğrendiği ve Devletin güvenliğinin gizli kalmasını gerektirdiği fenni keşif veya yeni buluşları veya sınai yenilikleri kendisinin veya başkasının yararına kullanan veya kullanılmasını sağlayan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Fiil, Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokacak olursa, faile müebbet hapis cezası verilir. (3) Türkiye Devleti tarafından yabancı bir memlekette Devlete ait belirli bir işi görmek için görevlendirilen kimse, bu görevi sadakatle yerine getirmediği ve bu fiilden dolayı zarar meydana gelebildiği takdirde faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. (4) Bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 334- (1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 335- (1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Madde 336- (1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokmuş ise faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı olan hâlde faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hâlde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 337- (1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise ağırlaştır-

Yönerge'den farklı olarak, bu hariç tutma nedenlerinin yalnızca ilgilinin kişisel davranışları temeline dayandırılması gerektiği vurgulanmamıştır. Fakat benzer şekilde hariç tutma kararının bireysel olarak Genel Müdürlük tarafından alınacağı ve ilgili yabancıya bildirileceği belirtilmiştir (m.8/2).

Geçici koruma kararı alınacak kişileri belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir oysa geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancıları tespit edecek olan ve bu kişilere dair bireysel kararları alacak olan makam Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'dür. Bu konuda yetki paylaşımı yapılmıştır.⁷⁷

Geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılardan, 8.maddenin ç bendinde yer alan ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olanların, silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması hâlinde, bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağı düzenlenmiştir (m.14/3).

Acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya herhangi bir şekilde ülkemize girmiş bulunan asker olmayan silâhlı unsurlar ile ülkesinin silâhlı kuvvetlerinin mensubu olup da askerî hizmetini tek taraflı olarak sonlandırmış olan yabancılardan, 8. madde kapsamına girmeyenler, sınırda Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hudut Birlikleri, deniz yetki alanlarında Sahil Güvenlik Komutanlığı, sınır kapılarında ve ülke içinde ilgili kolluk birimleri tarafından silâhtan arındırıldıktan sonra sevk ve yerleştirme işlemleri yapılmak üzere en kısa sürede yetkili kolluk kuvvetine teslim edilir (m.18).

rılmış müebbet hapis cezası verilir. Madde 338- (1) Bu bölümde tanımlanan suçların işlenmesi, ilgili kişilerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sonucu mümkün olmuş veya kolaylaşmış ise, taksirle davranan faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise, taksirle davranan faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Madde 339- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri veya yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken hususları elde etmeye yarayan ve elde bulundurulması için kabul edilebilir bir neden gösterilemeyen belgelerle veya bu nitelikteki herhangi bir şeyle yakalanan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, savaş zamanında işlenirse faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

⁷⁷ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.344.

O hâlde Geçici Koruma Yönetmeliği, prensip olarak, coğrafî alan ve ülke sınırlaması bulunmaksızın kitlesel akınla gelen herkese uygulanabilir.⁷⁸

Geçici Koruma Yönergesinin “Geçiş Hükümleri” başlıklı 1. maddesi uyarınca geçici koruma altına alınacak kişiler, 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mültecilerdir.⁷⁹ Bu kişiler uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınacaktır. 28 Nisan 2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanalar ise talepleri hâlinde geçici koruma altına alınırlar (Geçici Madde 1/2). 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren ikamet izini almış ancak süresi uzatılmamış ya da ikamet izni iptal edilmiş olanlar ile vize süresi veya muafiyeti sonunda koruma talep edenler, 8. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici koruma kapsamına alınırlar. Bu kişilerden koruma talep etmeyenler hakkında ise genel hükümler uygulanır (Geçici Madde 1/3). Üçüncü ülke vatandaşlarının Suriye Arap Cumhuriyetinden ülkemize girişleri ve ülkemizden Suriye Arap Cumhuriyetine çıkış işlemleri ise sınır kapılarından genel hükümler çerçevesinde yapılır (Geçici Madde 1/5).

Türkiye’de bulunan Suriye ordusu mensuplarının durumu ayrıca ele alınmalıdır. Bu kişilerin durumu 1941 tarihli 4104 sayılı Muharip Yabancı Ordu Mensuplarından Türkiye’ye İltica Edenler Hakkında Kanun⁸⁰ kapsamına girmemektedir. Muharip Yabancı Ordu Mensuplarından Türkiye’ye Kabul Edilenler Hakkında Yönetmeliğin⁸¹ 4(a) maddesine göre muharip yabancı ordu mensubu, ülkeye kabul edilen veya ülkede ele geçirilen, mensubu bulunduğu silâhlı kuvvetlerin bir üçüncü ülke ile savaş veya silâhlı çatışma hâlinde bulunduğu asker kişiyi ifade eder⁸². Ekşi, Suriye ordusundan kaçarak Türkiye’ye gelen-

⁷⁸ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 71.

⁷⁹ Doktrinde, bu düzenleme kapsamında Suriye’den gelen Filistinliler ve Suriye’den gelen vatansızların da geçici koruma rejimine dahil edildiği belirtilmiştir. Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.341.

⁸⁰ Kabul tarihi: 11.8.1941. RG,15.8.1941, 4887.

⁸¹ RG,7.11.1995, 22456.

⁸² Benzer bir tanım 1994 Yönetmeliği’nin 3. maddesinde de yer almaktaydı. 1994 Yönetmeliği’nin 3. maddesinde, muharip yabancı ordu mensubu, ülkeye kabul

lerin, üçüncü ülke ile savaş veya silâhlı çatışma hâlinde değil, bilakis kendi halkıyla silâhlı çatışma hâlinde olduğuna dikkati çekmekte ve Suriyeli askerlerin, tıpkı siviller gibi, koşulları gerçekleşmişse, geçici korumadan yararlanacaklarını ifade etmektedir.⁸³

IV. GEÇİCİ KORUMA SAĞLANMASININ ŞARTLARI

Avrupa Birliği'nde geçici koruma statüsünün sağlanmasına yönelik mekanizma ancak Topluluk kurumlarının kitlesel bir yerinden edilme akınının varlığını takdir etmelerinden sonra başlatılabilecektir (Yönerge m.5/1). Ancak BMMYK, acil durumlara bir tepki tedbiri olarak tasarlanmış olan Yönerge'nin, tahmini kitlesel akın olasılığına göre değil gerçek olaylarla sınırlı bir acil durum müdahalesi olarak kalması gerektiği yönünde eleştirilerde bulunmaktadır.⁸⁴

YUKK m.91'e göre geçici korumanın sağlanması için üç temel şart aranmaktadır.⁸⁵ 1- Geçici korumadan yararlanacak yabancıların, kitlesel olarak ülkeden ayrılmaya zorlanmış olmaları 2- Ayrıldıkları ülkeye geri dönememeleri 3- Acil ve geçici koruma ihtiyacı içinde olmaları gerekir⁸⁶.

Hem Yönerge hem de YUKK'da ayrıldıkları ülkeye geri dönememek olmazsa olmaz bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. YUKK m.91'de, Yönergeyle paralel olarak kitlesel sığınmanın varlığının *a priori* tespit olmadığı, bunun takdirinin yetkili makama bırakıldığı görülmektedir.

Geçici koruma kararının alınmasında yetkili makam, Bakanlar Kuruludur. Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine geçici koruma kararı alabilir (m.9). Ancak unutmamak gerekir ki, Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanlığı'nın teklifiyle bağlı değildir. Bakanlar Kurulu geçici koruma kararında, geçici koruma kapsamına alınacakları, geçici korumanın başlangıç tarihini ve gerekli görülmesi hâlinde

edilen veya ülkede ele geçirilen, mensubu bulunduğu silâhlı kuvvetlerin bir üçüncü ülke ile savaş veya silâhlı çatışma hâlinde bulunduğu asker kişiyi ifade eder şeklinde düzenlenmişti.

⁸³ Ekşi, Türkiye'de Bulunan Suriyeliler, s.17.

⁸⁴ İltica ve Göç Mevzuatı, s. 146-148; Özkan, s. 231.

⁸⁵ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.52.

⁸⁶ Nuray Ekşi, The New Turkish Law on Foreigners and International Protection An Overall Assessment, Baden Baden 2014, (The New Turkish Law), s.92.

süresini, geçici koruma süresinin uzatılmasını ve sona erme koşullarını, geçici korumanın ülke genelinde veya belirli bir bölgede uygulanıp uygulanmayacağını, YUKK m.105 kapsamında Göç Politikaları Kurulu tarafından karar alınabilecek ve takip edilecek hususları, geçici koruma kapsamında ülkemize kabul işlemlerinin sınırlandırılması veya durdurulmasıyla ilgili hususları ve gerekli görülen diğer hususları belirlemeye yetkilidir (m.10/1).

Geçici korumanın ülke genelinde veya belirli bir bölgede uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Bakanlar Kurulu’na verilen takdir yetkisi doktrinde Anayasa’nın 16. Maddesine açıkça aykırı bulunmuştur.⁸⁷ Katıldığımız görüşe göre, Anayasa m.23’de yer alan yerleşme ve seyahat hürriyeti temel hak ve özgürlüklerden biridir ve yabancılar bakımından milletlerarası hukuka uygun olarak sadece kanunla sınırlandırılabilir.⁸⁸ Aynı görüş 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi m.26 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 No.lu Protokol m.2 çerçevesinde milletlerarası hukuka uygunluğun da sağlanmamış olduğuna vurgu yapmaktadır.⁸⁹

V. GEÇİCİ KORUMANIN SÜRESİ

Geçici koruma statüsü, bireysel uluslararası koruma prosedürünün işleminin zor ya da olanaksız olduğu durumlarda, esnek bir çözüm olarak karşımıza çıkmakta ve bu niteliği nedeniyle belirli bir süre için uygulanması gerekmektedir. Hatta geçici koruma için öngörülen sürenin bitiminden sonra geçici korumadan yararlanan kişilerin kalıcı bir uluslararası koruma statüsüne kavuşmaları gerektiği belirtilmektedir.⁹⁰

Nitekim Avrupa Birliği hukukunda, Yönerge’de, üçüncü ülkelerden gelen ülkesinden ayrılmaya zorlanmış ve kendi ülkelerine geri dönemeyen kişilerin kitlesel sığınma ve yakın zamanda beklenen kitlesel sığınma durumlarıyla başa çıkabilmek için bu Yönerge ile oluşturulan şartların kendine özgü karakteri göz önünde bulundurulduğunda sunulan korumanın sınırlı bir süre için olması gerektiği vurgulanmıştır.⁹¹

⁸⁷ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.345.

⁸⁸ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.345.

⁸⁹ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.345.

⁹⁰ Pirjola, s.426.

⁹¹ Yönerge Önsözü Paragraf 13.

Yönergeye göre geçici koruma süresi, Yönergede belirtilen nedenlerle sona erdirilmedikçe 1 yıldır. Bu süre 6 aylık sürelerle en az 1 yıl daha uzatılabilir (m.4/1). Ancak geçici koruma nedenlerinin devam etmesi durumunda, Konsey, nitelikli çoğunluk ile bir Üye Devlet tarafından Konsey'e öneri sunulması için kendisine yöneltilen herhangi bir talebi de inceleyerek, Komisyon tarafından sunulan bir öneri üzerine geçici koruma süresini bir yıla kadar uzatma kararı alabilir (m.4/2). O hâlde Yönergeye göre geçici korumanın süresi en fazla üç yıl olabilir.⁹²

YUKK m.91 ile sadece kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabileceği belirtilmiştir. Geçici koruma statüsünün süresine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Geçici koruma kararının içeriğinde bulunması gerekenler, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde sayılmıştır. Madde 10/1-b'ye göre, Bakanlar Kurulu kararında geçici korumanın başlangıç tarihinin belirlenmesi gerekmektedir fakat gerekli görülmesi hâlinde süresi tespit edilebilir. Bu düzenlemeye göre ulusal hukukumuzdaki geçici koruma statüsü kural olarak süreye tâbi değildir. Süre öngörülmesi Bakanlar Kurulu'nun bu konuda bir gereklilik bulunduğunu takdir etmesi durumunda söz konusu olabilir.⁹³

Geçici Koruma Yönetmeliği'nde süre öngörülmemiş olması, doktrinde, geri gönderme yasağına ilişkin 6. maddeyle birlikte değerlendirilmiş ve süresiz olarak düzenlenmiş olması isabetli bulunmuştur.⁹⁴ Geçici korumanın sona ermesi hâlinde bu korumadan yararlanan kişilere bireysel başvuru olanağının getirildiği veya YUKK hükümlerine göre Türkiye'de kalmalarına izin verildiği ayrıca koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır.⁹⁵

Kanaatimizce, geçici koruma statüsünün belirli bir süreyle sınırlı tutulması, bu müessesenin niteliği gereği ortaya çıkmaktadır. Geçici koruma sağlanan kişilerin bu koruma kapsamında esas alınan temel hak ve özgürlükleri, diğer uluslararası koruma statülerine nazaran daha sınırlıdır. Bu nedenle geçici koruma statüsü, kural olarak belirli

⁹² Kerber, s.200.

⁹³ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.344.

⁹⁴ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 83.

⁹⁵ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 83.

bir süre için uygulanmalıdır. Bununla birlikte belirli bir süreye tâbi tutulması, geçici koruma sağlanan kişilerin bu koruma kapsamında esas alınan temel hak ve özgürlüklerinin süre yönünden sınırlanması niteliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle geçici koruma sağlanacak sürenin, prensip olarak kanunda yer alması zorunludur ancak kitlesel akınlarda sağlanan geçici koruma, her bir somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle süre yönünden kanunda düzenleme yapılmalı fakat bu sürenin her bir kitlesel akının somut şartları karşısında Bakanlar Kurulu tarafından uzatılabilmesine imkân tanınmalıdır.

VI. GEÇİCİ KORUMADAN YARARLANAN KİŞİLERİN STATÜSÜ VE DİĞER ULUSLARARASI KORUMA STATÜLERİYLE İLİŞKİSİ

1. Geçici Korumadan Yararlanan Kişilerin Statüsü

Avrupa Birliği’nde, Yönerge ile getirilen geçici koruma sistemi ulusal düzeydeki geçici koruma rejimlerinin yerini almamaktadır. Ayrıca, kitlesel akınlarda uygulanan istisnâî bir usûl olan geçici korumanın, özellikle sığınma sisteminin etkin işleyişine zarar vermek sizin bir sığınma akını ile baş edilememesi hâlinde devreye gireceği belirtilmiştir (m.2/a). Dahası Yönerge, geçici korumanın, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde korunan mülteci statüsü tanıma hükümlerine halel getirmeyeceğini teyit etmektedir (m.3/1).

Üye Devletler’in, geçici korumanın uygulanmasında geri göndermemeye ilişkin temel hak ve özgürlüklere saygılı davranacakları ifade edilmiştir (m.3/2). Ayrıca Yönerge, Üye Devletler’in, geçici koruma kapsamında bulunan kişiler için daha elverişli koşulların kabul edilmesi ya da muhafaza edilmesine yönelik yetkilerini etkilemeyecektir (m.3/5).

Yönergenin 17. maddesinde, geçici korumadan yararlanacak kişilerin herhangi bir zamanda sığınma başvurusunda bulunabilecekleri düzenlenmiştir⁹⁶ ancak başvurunun ne kadar sürede inceleneceği ile

⁹⁶ Sığınma başvurusunu hangi Üye Devletin inceleyeceğine dair şartlar ve mekanizmalar geçerliliğini sürdürecektir. (m.18/1).

ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.⁹⁷ 11. maddede ise geçici korumadan yararlanan kişinin başka bir Üye Devlet'in sınırları içinde kalması ya da izin olmaksızın başka bir ülkeye girmesi durumunda Üye Devlet'in kendi devletinin sınırları içinde geçici korumadan yararlanan kişiyi geri alacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte Üye Devletler, ikili anlaşmalarla bu maddenin geçerli olmamasını kararlaştırabilirler.

Yönerge'de, geçici korumadan yararlanan kişilerin herhangi bir zamanda sığınma için başvuruda bulunabilecekleri düzenlenmiştir (m.17/1) ancak geçici koruma süresi sona ermeden önce işlem görmemiş olan sığınma başvurusunun incelenmesi geçici koruma süresinin sona ermesinden sonra tamamlanacaktır (m.17/2). Doktrinde bu düzenleme bir ara çözüm olarak değerlendirilmiştir.⁹⁸ Sığınma başvurusunu değerlendirmede hangi Üye Devlet'in sorumlu olduğu, uygulanan kriterler ve mekanizmalarla gerçekleştirilecektir. Ancak özellikle, geçici korumadan yararlanan bir kişi tarafından talep edilen bir sığınma başvurusunu değerlendirmekten sorumlu Üye Devlet, bu kişinin kendi sınırlarına geçişini kabul etmiş olan Üye Devlet olacaktır (m.18).

Avrupa Birliği hukukunda genel prensip geçici korumadan yararlanan kişilerin aynı zamanda uygun olduğu ölçüde diğer uluslararası koruma statülerine başvurabilmeleri olmakla birlikte Üye Devletler başvuruların değerlendirilmesi sürmekte iken sığınma arayan kişi statüsü ile aynı anda geçici korumadan yararlanılamayacağını öngörebilirler (m.19).⁹⁹

Türk hukukunda, YUKK kapsamında uluslararası koruma çeşitleri üç temel kategoriye ayrılmıştır (m.3/1-r). Bunlar mülteci (m.61), şartlı mülteci (m.62) ve ikincil koruma statüleridir (m.63). Geçici koruma ise, doğası gereği geçici bir nitelik taşımaktadır ve uluslararası koruma çeşitleri içinde zikredilmemiştir.¹⁰⁰ Doktrinde diğer görüşe göre, YUKK,

⁹⁷ Çiçekli, s. 320.

⁹⁸ Kerber, s.207.

⁹⁹ Üye Devlet, geçici korumadan yararlanmaya hak kazanmış bir kişinin, sığınma için yapılan başvurusu incelendikten sonra mülteci statüsü ya da başka bir korumanın verilmediği durumda, 28. maddeye hâlel getirmeksizin koruma süresinin geri kalan kısmı için geçici korumadan yararlanmasına ya da yararlanmaya devam etmesine izin verecektir (m.19/2).

¹⁰⁰ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.26; Neşe Baran-Çelik, "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6,

uluslararası koruma statülerini üçe ayırmakla birlikte, geçici koruma durumunu da bu kategoriler arasına eklemiştir dolayısıyla geçici koruma, uluslararası koruma statülerinden biridir.¹⁰¹

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre, YUKK’un 5, 6 ve 7. maddelerinde yer alan şartların yabancının geçici koruma kapsamına alınması talebini engelleyici şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bu maddeler, yabancıların Türkiye’ye girişi, Türkiye’den çıkışı, belge kontrolü ve Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar ile ilgilidir.¹⁰² Ayrıca, Geçici Koruma Yönetmeliği’nde geçici koruma kapsamındaki yabancıların, yasadışı giriş ve bulunuşlarından dolayı cezalandırılmamaları esası kabul edilmiştir (m.5). Fakat geçici korumadan yararlanan kişilerden ülkemizden çıkış yapanlar veya yapacak olanlar hakkında giriş yasağına ilişkin hususlar genel hükümlere tâbidir (m.45).

Geri gönderme yasağı, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 6. maddesinde düzenlenmiştir ve 6. maddenin ilk fıkrası, YUKK’un geri gönderme yasağına ilişkin 4. maddesini tekrar etmektedir.¹⁰³ YUKK m.4’de geri gönderme yasağı, bir temel ilke olarak herkes için düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Fakat Yönetmeliğin 6. maddesinin ikinci fıkrası Kanun’da bulunmayan bir istisnai hâl olarak, ülkemizden gönderilmesi gerektiği hâlde, birinci fıkra kapsamında ülkemizden gönderilemeyecek

Özel Sayı, 2015, s.73.

¹⁰¹ Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s.4; Kaya/Yılmaz Eren, s. 25.

¹⁰² Benzer bir düzenleme, YUKK m. 65/4’te yer almaktadır. Buna göre, makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında; yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye’ye yasal giriş şartlarını ihlâl etmek veya Türkiye’de yasal şekilde bulunmaktan dolayı cezaî işlem yapılmaz.

¹⁰³ YUKK m.4: Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulacağı veya ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez. YUKK m.4’de düzenlenen geri göndermeme ilkesinin uluslararası mülteci hukuku kapsamında karşılaştırılması için bkz. Doğa Elçin, “The Principle of Non-Refoulement: A Comparative Analysis between Turkish National Law and International Refugee Law” in Politics and Law in Turkish Migration, Eds. İbrahim Sirkeci, Doğa Elçin, Güven Şeker, London 2015, s. 39-50.

¹⁰⁴ Ahmet Hamdi Topal, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), Bahar 2015, s.13.

yabancılar hakkında idarî tedbirlerin alınabileceğini belirtmiştir.¹⁰⁵ Bu kapsamda kamu güvenliği ya da kamu düzeninin ihlali nedeniyle hakkında sınır dışı edilme kararı alınan Suriyelilerin geri gönderme yasağı dikkate alınarak değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁶

Ulusal geçici koruma rejiminde geçici korunanların YUKK kapsamında uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacakları vurgulanmıştır (Geçici Koruma Yönetmeliği m.7/3).

Yönetmeliği'nin 16. maddesi ve Geçici 1. maddesine göre, geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu yabancıların varsa bireysel olarak başka bir uluslararası koruma başvuruları işleme konulmayacaktır. Geçici koruma süresinde bireysel uluslararası koruma başvurularının işleme konulmamasının amacı ise geçici koruma tedbirlerinin etkin biçimde uygulanabilmesi olarak ifade edilmiştir. Bu açıdan ülkemizdeki geçici koruma statüsü, Avrupa Birliği'nde yer alan geçici koruma statüsünden farklıdır. Doktrinde, YUKK'da uluslararası koruma statüleri arasında geçiş yapılmasına ilişkin hükümlere yer verilmediği, dolayısıyla hakkında Bakanlar Kurulu kararıyla geçici koruma altına alınma kararı alınan yabancıların, başka bir statüye geçiş yapmalarına dair bir hükmün bulunmadığı belirtilmiştir.¹⁰⁷

Kanaatimizce, Yönetmelikte geçici korumanın süreye tâbi tutulmasının bir zorunluluk olmadığı da dikkate alındığında, kitlesel akın kapsamında ülkemize gelen yabancıların belirsiz bir süre boyunca geçici koruma statüsü altına bulunmaları ve geçici barınma merkezlerinde kalmaları riski vardır.

Ayrıca, Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılardan, 8.maddenin ç bendinde yer alan, ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olanların, silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması hâlinde, bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağı düzenlenmiştir (m.14/3). O hâlde ulusal hukukumuzda, geçici koruma

¹⁰⁵ Baran-Çelik, s. 89.

¹⁰⁶ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 82.

¹⁰⁷ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 84.

statüsünde temel kural diğer bireysel uluslararası koruma statülerine başvuruların işleme konulmaması iken ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olup, silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdikleri anlaşılabilirler bakımından ayrıcalıklı bir statü öngörülmüştür. Doktrinde bu maddenin sadece Suriye’deki muhalif güçlere değil Suriye ordusundan ayrılıp gelenlere de uygulanacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁸ Bu ayrıcalığın sağlanmasının gerekçesi, Suriye ordusundan kaçarak gelenlerin ya da Suriye ordusuna karşı savaşmış olanların, Suriye’deki iç savaş bitse bile ülkelerine dönmeleri hâlinde karşılaşacakları riskler olarak değerlendirilmiştir.¹⁰⁹

Son olarak geçici koruma statüsünden yararlanan kişilerin sınır dışı edilmelerine ilişkin Geçici Koruma Yönetmeliği’nde özel bir hüküm bulunmamaktadır.¹¹⁰ Yabancıların Türkiye’den sınır dışı edilmeleri nedenleri YUKK m.54/1’de düzenlenmiştir¹¹¹. 54. maddenin ikinci

¹⁰⁸ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 73.

¹⁰⁹ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 87.

¹¹⁰ Genel olarak, sınır dışı edilme ve YUKK’da yabancıların Türkiye’den sınır dışı edilmelerine ilişkin olarak ayrıntılı olarak bkz. Esra Dardağan Kibar, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:11, No.2, Yıl:2012, s.53-74; Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, TBB Dergisi, 2013, Sayı:10, s.211-258.

¹¹¹ YUKK m.54: (1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye’ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlâl edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlâl edenler ı) Hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar.

fıkrasında ise uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğunda veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceği belirtilmiştir.¹¹² Dolayısıyla sınır dışı edilme nedenleri 54.maddenin birinci fıkrasına göre daraltılmıştır.¹¹³

Doktrinde geçici koruma statüsü, uluslararası koruma türleri içinde sayılmadığı için sınır dışı edilme nedenleri konusunda onlara 54. maddenin birinci fıkrasının mı yoksa ikinci fıkrasının mı uygulanacağını belirsiz olduğu ve bu hususta Geçici Koruma Yönetmeliği'ne hüküm konulması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁴ Kanaatimizce, bu konuda Geçici Koruma Yönetmeliği'ne hüküm konulmamış olması karşısında yabancılar hukukuna hâkim ilkeler ışığında yorum yoluyla bir sonuca ulaşmak mümkündür. Yabancılar hukukunda Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan kanunilik ilkesi ve bu ilkenin doğrultusunda dar yorum yasağı bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bir kanunda belirsizlik bulunması hâlinde, yabancı aleyhine ve temel hak ve özgürlüğün daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuracak yorum yapılamaz. Geçici koruma, YUKK'da uluslararası koruma türleri arasında zikredilmemiştir fakat bu statüden yararlanan kişilerin, koruma ihtiyacı içinde bulundukları YUKK m.91/1'de açıkça tespit edilmiştir.¹¹⁵ O hâlde geçici koruma statüsü sağlanmış yabancıların Türkiye'den sınır dışı edilmeleri nedenleri bakımından, sınır dışı edilme nedenlerini daraltan m.54/2 hükümlerinin uygulanması gerekir.

2- Geçici Koruma Statüsünün Diğer Uluslararası Koruma Statüleriyle İlişkisi

a. Mülteci

YUKK'da öngörülen ilk uluslararası koruma statüsü, mülteci-lik statüsüdür. 61. maddeye göre, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensu-

¹¹² Bayraktaroğlu-Özçelik, s. 215 (dn.25).

¹¹³ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 83; Dardağan Kibar, New Turkish Law, s. 122.

¹¹⁴ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 83.

¹¹⁵ Baran-Çelik, s. 130.

biyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönmeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.¹¹⁶

Bir yabancıнын 61. maddedeki şartları gerçekleştiriyorsa mülteci statüsü kazanmak için başvuruda bulunması mümkündür. Başvuruda bulunacak yabancıнын bir vatandaşlığının bulunup bulunmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹¹⁷

61. maddeyi, Suriye’den ülkemiz sınırlarına gelen ya da sınırlarımızı geçen kişiler bakımından değerlendirecek olursak:

YUKK, Türkiye’nin taraf olduğu 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne, 1967 tarihli Ek New York Protokolü’ne paralel olarak, mülteci statüsüyle uluslararası korumanın, bu milletlerarası hukuk kaynaklarına uygun olarak, devam eden coğrafi sınırlardan dolayı, “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar” ile sınırlandırmıştır.¹¹⁸

Suriye’de meydana gelen olaylar Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar kapsamında değildir. Bu nedenle, Türkiye sınırlarına gelen ya da sınırlarımızı geçen Suriyelilere, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için Suriye dışında bulunabilirler ve bu ülkenin korumasından yararlanamıyor olsalar ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemiyor olsalar bile mülteci statüsü tanınması mümkün değildir.¹¹⁹ Ayrıca doktrinde, Suriyelilerin, Avrupa dışından gelmelerine ek olarak, ırklarından, dinlerinden, tâbiyetlerinden, belirli bir toplumsal gruba mensubiyetlerinden veya

¹¹⁶ Bu hüküm yürürlükten kaldırılmış olan 1994 tarihli Yönetmeliğinin 3. maddesinde yapılmış olan mülteci tanımıyla aynıdır.

¹¹⁷ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.47.

¹¹⁸ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 66; Baran-Çelik, s. 74-76.

¹¹⁹ Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s. 8; Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s.73; Kaya/Yılmaz Eren, s. 29; Aytül Uzun, “Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.111; Ekşi, The New Turkish Law, s.93.

siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrama korkusundan değil hükümet rejimini değiştirmek amacıyla başlatılan silâhlı saldırıdan kaçmaları nedeniyle mülteci tanımına girmedikleri ifade edilmiştir.¹²⁰

Kanaatimizce ülkemize gelen Suriyelilerin, ırklarından, dinlerinden, tâbiyetlerinden, belirli bir toplumsal gruba mensubiyetlerinden veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrama korkusundan dolayı Suriye dışında bulunmaları, bu ülkenin korumasından yararlanamıyor olmaları ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istememelerinin söz konusu olup olmadığı her bir Suriyeli için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Bununla birlikte, Suriyelilerin bir kısmının, bu tür olaylar sonucu önceden yaşadıkları ikamet ülkesinin dışında bulunmaları, oraya dönememeleri veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiler olmaları durumunda bile coğrafi sınırlamadan ve bu sınırlamaya doğrultusunda, YUKK m.61'de yer alan Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sınırlaması nedeniyle mülteci statüsü kazanmaları söz konusu olamaz.

b. Şartlı Mülteci

Uluslararası sözleşmelerde tanımı yapılan mülteci deyimi hukuksal bir statüyü belirtmektedir. Buna karşılık “sığınmacı” veya “sığınma arayan” (*asylum seeker/demandeur d’asile*) deyiminin uluslararası belgelerde tanımlanmadığı görülmektedir. 14 Aralık 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi (*United Nations Declaration on Territorial Asylum*)¹²¹ sığınma hakkının barışçıl ve insancıl bir temele oturulmasını amaçlamakta ancak bir “sığınma” tanımı yapmamaktadır. Bu nedenle öncelikle “sığınmacı” ya da “sığınma arayan” kavramının tanımlanması gerekir.

BMMYK tarafından, uzun süre, uluslararası bir anlaşma ile veya kabul eden devletin iç hukuku uyarınca mülteci statüsü tanınmış kişiler ile çeşitli baskılar veya olaylar nedeniyle bir devletin ülkesinden kaçıp başka bir devlet ülkesinde mültecilik statüsü arayan ancak hukukî

¹²⁰ Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s.8.

¹²¹ Bildirinin İngilizce metni için bkz. http://www.unhcr.bg/bglaw/en/un_decl_territorial_asylum_en.pdf (16.10.2014)

açından henüz mülteci statüsü kazanmamış kişiler arasında ayırım yapılmaksızın, “mülteci” terimi kullanılmıştır. Ancak bu hukukî statü farkının giderek önem kazanması sonucunda, 1977 yılından itibaren, “mülteciler” ve “yer değiştiren kişiler”den söz edilmeye başlanmıştır.¹²²

Sığınmacıya sağlanan hak ve olanaklar, mülteciye oranla sınırlı bir düzeydedir.¹²³ Sığınmacı olmak, sığınılan ülkenin yasalarından mülteciler gibi sürekli olarak yararlanılmasını öngörmeyen, kısa süreli bir barınma durumudur.¹²⁴ Bu kategoride, sığınma hakkı istedikleri ülkede belirli süreli oturma izni almış insanlar yer almaktadır.¹²⁵ Dolayısıyla başvuruları kabul edilinceye kadar bütün sığınmacıların “varsayımsal mülteci” kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹²⁶

YUKK’da yer alan “şartlı mülteci” terimi, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce “sığınmacı” olan yabancılardır.¹²⁷ Mülteci ile sığınmacı ayrımı terim değişikliğine uğramıştır.¹²⁸ YUKK’da yer alan şartlı mültecilik statüsü, 1994 tarihli Yönetmelik’deki sığınmacı kavramı yerine getirilmiştir. Bir yabancıнын Türkiye’de şartlı mültecilik statüsü kazanabilmesine dair aranan esasa ilişkin şartlar mültecilik statüsünde aranan şartlarla aynıdır. Tek fark Türkiye’nin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Ek New York Protokolü’nde devam eden coğrafi sınırlama nedeniyle, buna neden olan olayların Avrupa ülkeleri dışında meydana gelmesinin aranmasıdır. Bu açıdan uluslararası belgelerde yer alan sığınmacı kavramı ile ulusal hukukta yer alan şartlı mülteci deyiimi farklılık taşımaktadır.¹²⁹

¹²² Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap, Ankara 1989, s.210. Bununla birlikte, bir devletin ülkesi içinde çeşitli nedenlerle yer değiştirmek zorunda kalan kişiler için de “yer değiştirmiş kişiler” deyiiminin kullanılması birtakım kavram ve terim karmaşasına yol açmıştır. Özkan, s.125.

¹²³ Aybay/Dardağan Kibar, s.20; François Bouchet-Saulnier, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, İstanbul 2002, s.252.

¹²⁴ Mehmet Özcan, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku, Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005, s.22; Mesut Odman, Mülteci Hukuku. Ankara 1995, s.189.

¹²⁵ Pazarcı, mülteci ve sığınmacı terimlerini aynı anlamda ele almakta, başvuruları reddedilebilecek ve sığınma hakkı istedikleri ülkede belirli süreli oturma izni almış kişiler için “sığınma arayan” terimini kullanmaktadır. Pazarcı, s.211.

¹²⁶ Dünya Mültecilerinin Durumu, 1997-1998, Bir İnsanlık Sorunu, BMMYK Yayınları, Ankara 1997, s.184.

¹²⁷ Baran-Çelik, s. 77.

¹²⁸ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.47; Erten, s.44.

¹²⁹ Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s. 9.

Şartlı mülteci statüsü, YUKK madde 62’de düzenlenmiştir. Buna göre, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir.¹³⁰

Mülteci statüsünü kazanmak için gerekli şartlara sahip olmasına karşın Avrupa dışından geldiği için bu statüyü kazanamayan şartlı mültecilere güvenli bir ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye’de kalmaları için geçici ikamet izni temin edilmektedir.

O hâlde “mülteci” ile “şartlı mülteci” arasında temelde üç fark bulunmaktadır. Birincisi mülteci statüsü, Avrupa’da meydana gelen olaylar nedeniyle tanınırken, şartlı mülteci statüsü Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle tanınmaktadır. İkincisi şartlı mülteci statüsü alanlar güvenli bir üçüncü ülkeye yerleştirilirler. Son olarak şartlı mülteci statüsü alanlar güvenli bir üçüncü ülkeye yerleştirilinceye dek geçici ikamet izni alabilirler.¹³¹

Doktrinde, Türkiye’de bulunan Suriyelilerin, ırk, din, tâbiyet, siyasî düşünce ya da belirli bir sosyal gruba mensubiyetlerinden dolayı zulme uğrama gerçek riskine maruz kalmadıkları, ülkedeki siyasî rejimi değiştirmek amacıyla silâhlı eylem başlattıkları, Suriye Devleti’nin ordusu ile rejim muhalifleri arasındaki silâhlı çatışmadan kaçanların şartlı mülteci olarak kabul edilemeyecekleri ifade edilmiştir.¹³²

Suriye’de meydana gelen olaylar nedeniyle, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlan-

¹³⁰ Bu tanım yürürlükten kaldırılmış olan 1994 Yönetmeliğinin 3. maddesinde yapılmış olan sığınmacı tanımıyla aynıdır.

¹³¹ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s. 48.

¹³² Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s.11.

mayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında, eğer bu koşullar varsa her bir bireysel başvurunun değerlendirilmesinden sonra şartlı mülteci statüsü verilebilir. Çünkü Suriye’de meydana gelen olaylar Avrupa dışında meydana gelen olaylar kapsamındadır.

Bununla birlikte şartlı mülteci statüsünün verilebilmesi için Suriye’de meydana gelen olaylar nedeniyle ülkemize gelen ya da ülkemiz sınırlarını geçen kişilerin bireysel koruma başvurusunda bulunmuş olması ve onlara dair yetkili makamlarca statü değerlendirmelerinin tamamlanmış olması gereklidir. Türkiye’ye yönelik Suriye’den kaynaklı bu kitlesel akın ani ve büyük ölçeklidir. Bu nedenle bu kişiler için geçici koruma statüsü uygulanagelmektedir.¹³³

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 7. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, geçici korunanlar, YUKK’a göre belirlenen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmazlar. Ayrıca Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 16. maddesine göre, geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların bireysel koruma başvuruları, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi amacıyla işleme konulmaz.

Dolayısıyla, Suriye’den ülkemiz sınırlarına gelen ya da ülkemiz sınırlarını geçen kişilerin, şartlı mülteci olarak bireysel başvuruda bulunmuş olsa dahi bu başvuruları işleme konulmayacaktır. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu kişilerin şartlı mülteci statüsü kazanmaları bu nedenle kural olarak mümkün değildir.¹³⁴ Kural bu olmakla birlikte, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılardan, 8.maddenin ç bendinde yer alan ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olanların, silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması hâlinde, bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağı düzenlenmiştir (m.14/3). Yani bu kişilerin diğer sivillerden farklı ve ayrıcalıklı olarak bireysel olarak

¹³³ Uzun, s.112.

¹³⁴ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s.73.

uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimleri sağlanacaktır. Bu ayrıcalıklı kişiler, m.62’de aranan şartları taşıyorlar ise şartlı mülteci statüsü kazanabilirler.

c. İkincil Koruma

Uygulamada Avrupa devletlerinin “mülteci” tanımına uymayan fakat milletlerarası korumaya muhtaç olan kişilere “de facto mülteci”, “savaş mültecisi”, “insanî sığınmacı” gibi statüler altında ülkelerinde kalış izni verdiği görülmektedir.¹³⁵ Bu kapsamda bazı devletler geri göndermeme ilkesi bağlamında barınmaya izin verirken, bazı ülkeler ise barınma yanında bazı temel hakları hukuken tanımaktadır. Bu uluslararası koruma statüsü “ikincil koruma (*subsidiary protection*) ya da tamamlayıcı koruma (*complementary protection*) olarak ifade edilmektedir.¹³⁶

YUKK madde 63’e göre, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

- a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,
- b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,
- c) Uluslararası veya ülke genelindeki silâhlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.

¹³⁵ Pirjola, s.424; Ryszard, Piotrowicz/ Carina Van Eck, “Subsidiary Protection and Primary Rights”, ICLQ, Vol:53, 2004, s. 108.

¹³⁶ Nuria Arenas, “The Concept of ‘Mass Influx of Displaced Persons’ in the European Directive Establishing the Temporary Protection System”, European Journal of Migration and Law, Vol. 7, 2005, s.438 vd.; Joan Fitzpatrick, “Temporary Protection of Refugees: Elements of Formalized Regime”, The American Journal of International Law, Vol. 94, 2000, s.280 vd.; Jane McAdam, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, Int. Journal of Refugee Law, Vol.17, s. 462 vd.; Baran-Çelik, s.78-79.

Tamamlayıcı koruma, geçici korumadan farklı bir statüdür.¹³⁷ Geçici koruma, kitlesel akınlar durumunda belirli bir süreyle sınırlı olarak acil bir koruma sağlanması iken tamamlayıcı koruma, acil ve geçici bir uygulama değildir.¹³⁸

Tamamlayıcı koruma, Türk hukukunda ilk kez YUKK’da düzenlenmiştir. Ancak Türkiye’nin taraf olduğu bazı milletlerarası anlaşmalarda, tamamlayıcı korumaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Tamamlayıcı korumaya ilişkin çeşitli hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu bazı milletlerarası anlaşmalar ve ilgili hükümleri ise şunlardır:

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 33. maddesine göre, “Hiçbir âkit devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla, hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iade edemez.”¹³⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin işkence yasağına dair 3. maddesine göre, hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz.

İşkenceye ve Diğer Zalimane Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 3. maddesine göre, hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir. Bu gibi esaslı sebeplerin bulunup bulunmadığını tayin maksadıyla, yetkili merciler, söz konusu devlette mümkün olduğu kadar sistemli biçimde yaygın, açık seçik ve kitlesel insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm ilgili hususları göz önünde tutacaktır.

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 3. maddesi uya-

¹³⁷ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 67; Kaya/Yılmaz Eren, s. 33.

¹³⁸ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma, s.49; Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 67; Kaya/Yılmaz Eren, s.33.

¹³⁹ Ancak 32. maddenin 2.fıkrasına göre, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ağır bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülke açısından tehlike oluşturmaya devam eden mülteci, geri gönderilmeme hakkından yararlanmayı talep edemez.

rınca, iade talebine sebep olan suç kendisinden iade talep edilen tarafça siyasî bir suç veya böyle bir suç ile murtabit fiil olarak telâkki edildiği takdirde suçlu iade edilmeyecek. Kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir.

Sınırötesi Organize Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.16/14 hükmü uyarınca eğer talepte bulunulan Taraf Devlet, talebin, bir kişiyi cinsiyeti, ırkı, dini, vatandaşlığı, etnik kökeni veya siyasî görüşleri nedeniyle yargılamak veya cezalandırmak için yapıldığına veya bu nedenlerden herhangi biri bakımından, talebe uymanın anılan kişinin durumuna hâlel getireceğine inanmak için ciddi nedenlerin varlığına kanaat getirirse, bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, iadeye ilişkin bir zorunluluk getirdiği biçiminde yorumlamayacaktır.

Türkiye'de bulunan Suriyelilerin bir kısmı bu şartları taşımaktadır. Türkiye'de kalmakta iken gönüllü olarak ülkesine giriş çıkış yapan Suriyeliler ise bu kapsamda değildir. Kirişçi de raporunda mülteci kamplarından 262 bin kişilik "gönüllü geri dönüşler" içeren bir başat daimi akışa işaret etmiştir.¹⁴⁰

Türkiye'de bulunan Suriyelilerin bir kısmı bu şartları taşımakta olsa bile Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 7. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, geçici korunanlar, YUKK'a göre belirlenen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmazlar. Ayrıca Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre, geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların bireysel koruma başvuruları, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi amacıyla işleme konulmaz.

Dolayısıyla, Suriye'den ülkemiz sınırlarına gelen ya da ülkemiz sınırlarını geçen kişilerin, ikincil koruma statüsü için bireysel başvuruda bulunmuş olsalar dahi bu başvuruları işleme konulmayacaktır.

¹⁴⁰ Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s.19. Bu gönüllü geri dönüşleri izlemekle görevlendirilmiş olan Helsinki Yurttaşlar Derneği ise geri göndermeme prensibi çerçevesinde mevcut düzenlemelerin yetersizliğine vurgu yapmaktadır. Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s.19.

Geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu kişilerin ikincil koruma statüsü kazanmaları mümkün değildir. Kural bu olmakla birlikte, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılardan, 8.maddenin ç bendinde yer alan, ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olanların, silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması hâlinde, bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağı düzenlenmiştir (m.14/3). Yani bu kişilerin diğer sivillerden farklı ve ayrıcalıklı olarak bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimleri sağlanacaktır. Bu ayrıcalıklı kişiler, m.63’de aranan şartları taşıyorlar ise ikincil koruma statüsü kazanabilirler.

VII. GEÇİCİ KORUMADAN YARARLANAN KİŞİLERİN HAKLARI YA DA KABUL EDEN DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Geçici koruma statüsü sağlananların da, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin mülteciler için getirmiş olduğu sağlık hizmetlerinden yararlanma, çalışma hakkı, aile birleşimi, eğitim hakkı gibi haklardan yararlanması gerektiği ancak kitlesel akınlarda bunun gerçekleşmesinde zorluklar yaşandığı belirtilmektedir.¹⁴¹ Özellikle Bosna Hersek ve Kosova deneyimlerinde, Avrupa Birliği’ne Üye Devletler’in, geçici korumadan statüsü sağlanacak kişiler bakımından 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nden bağımsız bir değerlendirme yaptıkları görülmüştür.¹⁴²

Avrupa Birliğinde, Yönerge’nin III. Bölümü, “Geçici Korumadan Yararlanan Kişilere Karşı Üye Devletler’in Yükümlülükleri” başlıklıdır. Bu bölümde “haklar” yerine “yükümlülükler” teriminin kullanılması, Üye Devletler’in geçici korumadan yararlanan kişilere belirli asgarî standartları sağlamakla yükümlü olduğu ancak bunun bireyler için talep edilebilecek sübjektif haklar doğurmadığı anlamına gelmektedir.¹⁴³

¹⁴¹ Kaya/Yılmaz Eren, s. 53.

¹⁴² Matthew J. Gibney, “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol.14, 2000, s.697.

¹⁴³ Kerber, s.201; Çiçekli, s. 319.

Türk hukukunda Geçici Koruma Yönetmeliğinde ise “Genel İlkelere” başlıklı İkinci Bölüm içinde 4. madde, geçici koruma “hakkının” uygulanması başlıklıdır. Bununla birlikte, 6. madde, “Geçici Korunanlara Sağlanacak Hizmetler” başlıklıdır ve 26. maddenin birinci fıkrasında, bu Yönetmelik kapsamındaki yabancılara; sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım ve hizmetler ile tercümanlık ve benzer hizmetler sağlanabilir hükmü bulunmaktadır. Dahası, geçici barınma merkezlerinde bulunanlara ya da bu merkezlerin dışında kalan geçici korunanlara beslenme, sağlık, sosyal yardım eğitim ve benzeri hizmetlerin imkânlar ölçüsünde sağlanacağı vurgulanmıştır (m.38). Ulusal geçici koruma rejimi incelendiğinde, Yönergeyle paralel olarak geçici korumadan yararlanan kişilere belirli asgarî standartların sağlandığının ancak bunun bireyler için talep edilecek sübjektif haklar doğurmadığının kabulü gerekmektedir.¹⁴⁴ Doktrinde, Yönetmelikte haklar yerine hizmetlerden söz edilmiş olması ve bu hizmetlerin zorunlu olarak düzenlenmemiş olması, geçici korumanın amacına uygun olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre, sayının çokluğu dikkate alındığında mutlak haklar sağlamak kabul eden devlet olarak mümkün olmayabilir.¹⁴⁵

Avrupa Birliği’nde, Yönerge’nin III. Bölümünde yer alan yükümlülükler, ikamet izinleri, vize (m.8), bilgi ve geri kabul, kayıt ve veri koruma (m.9, 10, 11), çalışma izni, konaklama ve konut, sosyal yardım, öğretim ve aile birleşimi, refakatsiz çocuklara ilişkin düzenlemelerdir (m.12, 13, 14). BMMYK ise bu hükümlere, hareket özgürlüğü, aile birleşimi hakkı, iş piyasasına erişim gibi konularda bazı kilit hakların sınırlandırılması noktasından olumsuz eleştiriler yöneltmektedir.¹⁴⁶

Geçici korumanın sonunda, Üye Devletler, III. Bölüm’de düzenlenmiş olan yükümlülüklerin geçici koruma kapsamında olan ve kendi istekleriyle geri dönüş programından faydalanmakta olan kişilere bireysel bazda genişletilmesine imkân sağlayabilir. Bu durumda geri dönüş tarihine dek genişletilmiş kapsam yürürlükte kalacaktır (m.21/3).

Son olarak Üye Devletler, Yönerge’ye uygun olarak kabul edilen ulusal hükümlerin ihlâl edilmesi hâlinde uygulanacak cezalar hak-

¹⁴⁴ Kaya/Yılmaz Eren, s. 56; Baran-Çelik, s. 86.

¹⁴⁵ Kaya/Yılmaz Eren, s. 56.

¹⁴⁶ Özkan, s.231.

kinda kurallar koyacak ve bunların uygulanmasını sağlayacak bütün gerekli önlemleri alacaklardır. Uygulanacak cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olacaktır (m.30).

Türk hukukunda, geçici koruma kapsamında yapılacak ilk işlemler, ülkeye kabul, silâhtan arındırılma, sevk merkezlerinde yapılacak işlemler, sağlık kontrolleri, kayıt, geçici koruma kimlik belgesi düzenlenmesi, geçici barınma merkezlerine sevk işlemleri, geçici korunanlara illerde kalma hakkı verilmesi, ülkede kalış hakkı olarak belirtilmiştir (m.17-25). Geçici korumadan yararlanan yabancılara, sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım ve hizmetler, tercümanlık hizmetleri sağlanabilir (m.26-31). Gümrük işlemleri ise 32. maddede düzenlenmiştir.

Geçici korumadan yararlanan yabancıların uymakla yükümlü oldukları yükümlülükler ise genel yükümlülükler ve davete uyma yükümlülüğü olmak üzere 33 ve 34. maddelerde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerle uymayanların haklarının kısıtlanması ise 35. maddede yer almaktadır.

1. İkamet İzinleri ve Vize

Avrupa Birliği’nde, Yönerge’ye göre oturma hakkı, bir Üye Devlet makamları tarafından verilen ve ilgili Devlet’in mevzuatında belirtilen şekilde ve kendi sınırları içerisinde bir üçüncü ülke vatandaşı ya da bir vatansız kişiye ikamet hakkı sağlayan herhangi bir izin ya da yetki anlamına gelmektedir (m.2/1-g).

Yönerge’nin 8. maddesine göre Üye Devletler, koruma süresi boyunca geçici korumadan yararlanan kişilere oturma izini temin edecektir (m.8/1). Buna ek olarak Üye Devletler’in geçici korumadan yararlanan ve sınırlarına kabul ettikleri kişilere transit vizeler de dahil olmak üzere gereken vizeleri almaları için her türlü imkânı sağlayacaklardır. Yönerge’de kitlesel akımların özelliği dikkate alınarak durumun aciliyeti nedeniyle vize almak için gerekli formalitelerin en aza indirgenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca vizeler için ücret talep edilmeyecek ya da ücret en aza indirilecektir (m.8/2).¹⁴⁷

¹⁴⁷ Konsey kararında belirtilen süre içerisinde geçici korumadan yararlanan kişi başka bir Üye Devlet’in sınırları içerisinde kalır ise ya da izin olmadan başka bir Üye

YUKK 42. madde ikinci fıkrasında, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insanî ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmayacağı hükmü bulunmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin, "ülkede kalış hakkı" başlıklı 25. maddesine göre geçici koruma kimlik belgesi, Türkiye'de kalış hakkı sağlar ancak bu belge YUKK'da düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelerle eşdeğer sayılmaz, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz.

2. Bilgi, Kayıt ve Veri Koruma

Yönerge'de, Üye Devletler'in, Komisyon ile birlikte hareket ederek, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 24 Ekim 1995 tarihli kişisel bilgilerin işleme konulması ve bu tür bilgilerin serbest dolaşımına dair 95/46/EC (AT) sayılı Yönergesi'nde belirtilen koruma standartlarına saygı göstererek kişisel bilgilerin işlenmesine ilişkin yeterli önlemleri uygulaması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁴⁸ Yönerge'nin 10. maddesinde, geçici korumadan yararlanan kişilerle ilgili kişisel bilgilerin kaydedileceği yer almaktadır.¹⁴⁹

YUKK'ta, menşei ülke bilgisine ilişkin hükümler, "kitlesel sığınma durumunda geçici korumaya ve uluslararası koruma ilişkin ortak hükümler" başlığı altında ele alınmıştır. Buna göre, uluslararası koruma başvuruları incelenirken, etkin ve adil karar verebilmek, başvuran tarafından iddia edilen hususların doğruluğunu tespit edebilmek amacıyla menşe, ikamet ve transit ülkelerle ilgili BMMYK kaynakları ve diğer kaynaklardan güncel bilgi toplanır (YUKK m.93/1).¹⁵⁰

Gizlilik ilkesi ve kişisel dosyaya erişim konusu ise YUKK 94. mad-

Devlet'e girer ise, Üye Devlet, kendi sınırları içerisinde geçici korumadan yararlanan bu kişiyi geri alacaktır. Üye Devletler ikili anlaşmalarla bu maddenin uygulanmamasına karar verebilirler (m.11).

¹⁴⁸ Yönerge Önsözü Paragraf 17.

¹⁴⁹ Yönerge EK II'de, istenen bilgilerin isim, vatandaşlık, doğum tarihi ve yeri, medeni durum ve aile ilişkileri olduğu görülmektedir.

¹⁵⁰ Menşe ülke bilgi sisteminin kurulması, bilgilerin toplanması, depolanması, sistemin işletilmesi, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımına açılması Genel Müdürlükçe belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yapılır (YUKK m.93/2).

dede ele alınmıştır. Buna göre, başvuru sahibinin ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin tüm bilgi ve belgelerinde gizlilik esastır (m.94/1). Ancak, başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ile yasal temsilcisi veya avukatı, başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibinin kişisel dosyasında yer alan belgeleri inceleyebilir, birer örneğini alabilir. Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesine ilişkin belgeler incelenemez ve verilemez (m.94/2).

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 50. maddesi, kişisel verilerle ilgilidir. Buna göre, geçici koruma sağlanması amacıyla ülkemize gelen yabancıların kişisel verileri, Genel Müdürlük tarafından belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde, Genel Müdürlük veya valiliklerce ilgili mevzuata ve taraf olunan uluslararası anlaşmalara uygun olarak alınır, korunur, saklanır ve kullanılır.¹⁵¹

Gizlilik ilkesi ve kişisel dosyaya erişim ise 51. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bu Yönetmelikte belirtilen iş ve işlemlerin yürütülmesi kapsamında, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu¹⁵²’nin 45. maddesinin birinci fıkrası¹⁵³ ve bu Yönetmeliğin 50. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, yabancıların

¹⁵¹ Bu Yönetmelikte belirtilen iş ve işlemlerin yürütülmesi kapsamında Genel Müdürlükçe uygun görülen kişisel veriler, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile üçüncü ülkeye yerleştirme çalışmaları kapsamında üçüncü ülke veya BMMYK ile paylaşılabılır (m.50/2).

¹⁵² RG, 29.4.2006, 26153.

¹⁵³ Nüfus Hizmetleri Kanunu m.45: (1) Bakanlık, Kimlik Paylaşımı Sistemi ve Adres Paylaşımı Sistemi veri tabanlarında tutulan bilgileri bu Kanunda belirtilen esas ve usûller çerçevesinde kurumlar ile diğer kişilerin hizmetine açabilir. Yerleşim yeri adresi bilgileri ancak kurumlar ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde faaliyette bulunan bankaların ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu çerçevesinde faaliyette bulunan sigorta ve emeklilik şirketleri ile Güvence Hesabının paylaşımına açılabilir. (2) Kimlik Paylaşımı Sistemi veri tabanındaki bilgilerin tamamı veya bir kısmı toplu hâlde hiçbir kuruma veya diğer kişilere verilemez. Kurumlar ve diğer kişiler kendi iş ve işlemlerine esas olmak üzere sadece kayıtlarını tuttukları kişilerin bilgilerini alabilirler. (3) Kurumlar aldıkları bilgileri tanımlanmış hizmetlerin yerine getirilmesi dışında başka hiçbir amaçla kullanamaz; ilgilisi veya bu Kanunun 44 üncü maddesinde belirtilenler dışında kimseye veremez. Sistemin bütün aşamalarında görev yapan yetkililer de bu kurallara uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder. (4) Genel Müdürlükten alınan bilgilerin iş ve işlemlerde kullanılmasının hukukî sonuçları bilgiyi alan kurumun sorumluluğundadır. (5) Bu Kanun ile kurulacak veri tabanlarının istatistik amaçlı kullanımında 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu hükümleri uygulanır.

tüm bilgi ve belgelerinde gizlilik esas olup, bunlar kişinin izni olmadan üçüncü şahıslarla paylaşılamaz (m.51/1).¹⁵⁴

3. Çalışma İzni ve İş Piyasasına Erişim

Avrupa Birliği'nde, geçici korumadan yararlanan kişilerin çalışma izini ve iş piyasasına erişimi, Yönerge'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, geçici korumadan yararlanan yetişkinlerin geçici koruma süresini aşmamak kaydıyla ücretli ya da serbest meslek sahibi olarak çalışmalarına izin verilecektir. Bununla birlikte bu kişilerin çalışma izinleri, yetişkinler için eğitim olanakları, meslekî eğitim ve pratikte işyeri deneyimi gibi faaliyetler de dahil olmak üzere ilgili mesleğe uygulanan kurallara tâbi olacaktır. Ayrıca işgücü pazarı politikaları nedeniyle Üye Devletler, AB vatandaşlarına Avrupa Ekonomik Alanı hakkındaki anlaşmaya taraf devletlerin vatandaşlarına ve işsizlik menfaatlerinden yararlanan yasal olarak ikamet etmeye hak kazanmış üçüncü ülke vatandaşlarına öncelik tanıyabilirler.

Türk hukukunda geçici koruma statüsü sağlanmış olan kişilerin çalışma izinleri ve iş piyasasına erişimleri Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 29. maddesinde yer almaktadır.¹⁵⁵ Buna göre, geçici korunanların çalışmalarına ilişkin usûl ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir (m.29/1). Geçici koruma kimlik belgesine sahip olanlar, Bakanlar kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda (il, ilçe veya köylerde) çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurabilir (m.29/2).

¹⁵⁴ Ayrıca yabancıların kişisel dosyalarında yer alan belgeler, kendisi ya da yasal temsilcisi veya avukatı tarafından incelenebilir, bir örneği alınabilir. Millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesine ve istihbarî bilgilere ilişkin belgeler incelenemez ve verilemez (m.51/2). Geçici Koruma Yönetmeliği'nin uygulanmasından sorumlu kamu görevlileri ile diğer görevliler, görevleri sırasında edindikleri gizlilik derecesi taşıyan her tür bilgi ve belge ile kişisel sırları, yetkili kılınanlardan başkasına açıklayamaz, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamaz (m.51/3).

¹⁵⁵ Yabancı doktrinde, Geçici Koruma Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce Türkiye'de bulunan Suriyelilerin mülteci ya da şartlı mülteci statüsünü kazabilseler idi çalışma izinleri bakımından daha avantajlı olacakları ancak geçici koruma statüsünün bu noktada boşluklar içerdiği yönünde eleştiriler için bkz. Bidinger Sarah, "Syrian Refugees and the Right to Work: Developing Temporary Protection in Turkey", Boston University International Law Journal, Vol: 33, 2015, s. 230 -233.

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun’un¹⁵⁶ 14. maddesinde yabancıların çalışma izni taleplerinin reddi nedenleri a) İş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması, b) Başvurulan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması, c) (Değişik: 4/4/2013-6458/123 m.) İçişleri Bakanlığının olumsuz görüş bildirmesi, d) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 14/1/2015 tarihli ve E.: 2014/108, K.: 2015/8 sayılı Kararı ile.) e) Yabancıların çalışmasının millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık için tehdit oluşturması olarak belirlenmiştir. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliği’ne¹⁵⁷ göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, ülke içinden istihdam yerine yabancı istihdamını haklı kılacak gerekçeleri değerlendirirken, işin özel niteliğini gösterir bilgiler ile yabancıların eğitim durumu, çalışacağı işyerinin ulusal ekonomiye katkısı ve bu niteliklere uygun ücret düzeyi ile istihdam durumunu da dikkate alır. Bakanlık bu fıkrafta belirtilen hususlara ilişkin değerlendirme kriterleri belirler (m.13/4). Ancak Uygulama Yönetmeliği’nde 2012 yılında yapılan değişiklikle¹⁵⁸ a) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı yabancılar, b) Türk ve akraba toplulukları uygulamaları çerçevesinde ikamet izni verilmiş olan yabancılar, c) İnsanî mülahazalar çerçevesinde ikamet izni verilmiş olan yabancılar, ç) İnsan ticareti mağduru olarak ikamet izni verilmiş olan yabancılar, d) Anne, baba veya çocuğu Türk vatandaşı olan yabancılar, e) Vatansız statüsünde ikamet izni verilmiş olan yabancılar değerlendirme kriterlerinden istisna edilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, emniyet makamlarınca en az 6 ay süreli ikamet izni bulunan Suriye vatandaşlarına ikamet izni sürelerini aşmamak şartıyla değerlendirme kriterlerine tâbi tutulmaksızın çalışma izni verilmesi için karar almıştır.¹⁵⁹

¹⁵⁶ RG, 6.3.2003, 25040.

¹⁵⁷ RG, 29.8.2003, 25214.

¹⁵⁸ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG, 4.2.2012, 28204.

¹⁵⁹ <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/yabancilar.portal?page=duyurular> (30.10.2015).

Geçici koruma sağlanan kişiler çalışma izinleri konusunda, yabancıların çalışamayacakları iş ve mesleklere ilişkin mevzuatta yer hükümlere tâbidirler (m.29/3). Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usûl ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin¹⁶⁰ “Suriye Uyruklu Sağlık Meslek Mensuplarının Muafiyet Durumu” başlıklı Geçici 1. Maddesine göre, (Ek:16.7.2013-28709) (1) Suriye’de yaşanan olaylar sebebiyle Türkiye’de geçici koruma altına alınanlar için Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları, mesleğini icraya yetkili olduğuna dair belge ibraz etmek kaydıyla 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki şartlardan muaf tutulur.¹⁶¹

Ülkemizde, geçici koruma sağlanan kişilerin çalışma izinlerinin süresi, Avrupa Birliği Yönergesiyle paralel olarak geçici koruma süresinden fazla olamaz (m.29/4). Fakat ulusal hukukumuzda geçici koruma statüsü kural olarak süreye tâbi bulunmadığından bu kişilerin çalışma izinleri de süresiz olarak uygulanmak durumundadır. Bu durumda geçici koruma statüsü için Bakanlar Kurulunca süre belirlenmediği takdirde, geçici korunanların çalışma izinleri ancak geçici koruma statüsünün sona ermesiyle birlikte sona erebilir (m.29/4). Geçici Koruma Yönetmeliği’ne göre geçici korunanlara verilen çalışma izni, YUKK’da düzenlenen ikamet izinleri yerine geçmez (m.29/5).

Doktrinde, Türkiye’de bulunan Suriyelilere çalışma izni verilecek olmasının, sigortasız ve Türk vatandaşlarından daha düşük ücretle çalıştırılmaları, yerli istihdam bakımından haksız rekabete yol açma gibi olumsuzlukları giderebilmesi, ayrıca Suriyelilerin, çalışma izni alabil-

¹⁶⁰ RG, 22.2.2012, 28212.

¹⁶¹ Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usûl ve Esaslarına Dair Yönetmelik m.5: (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancı sağlık meslek mensupları, aşağıda yer alan şartları sağlamak kaydıyla özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilirler: a) Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak. b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hâli bulunmamak. c) (Değişik:16.7.2013-28709) Türkçe bilmek, ç) İlgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikamet izni almış olmak. d) Hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak.

mesinin geçimlerini sağlayabilmeleri ve sosyal hayata dahil olabilmeleri açısından özel bir önem taşıdığı vurgulanmıştır.¹⁶²

Son olarak, YUKK m.91 ve Geçici Koruma Yönetmeliği m.29 kapsamında geçici koruma sağlanan yabancıların çalışmalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 15 Ocak 2016 tarihinde Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik¹⁶³ yürürlüğe girmiştir. Buna göre geçici koruma sağlanan yabancılar, çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışamaz veya çalıştırılmaz. Çalışma izni olmaksızın çalışan geçici koruma sağlanan yabancılar ile bunları çalıştıranlar hakkında 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun ilgili hükümleri uygulanır (m.4). Geçici koruma sağlanan yabancılar, geçici koruma kayıt tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için Bakanlığa başvuruda bulunabilir. Çalışma izni başvuruları, geçici koruma sağlanan yabancıları çalıştıracak işveren tarafından e-Devlet Kapısı üzerinden yapılır. Bağımsız çalışma iznine başvurma hakkı olan geçici koruma sağlanan yabancılar kendi adına başvuru yapar (m.5/1,2,3).

Bununla birlikte mevsimlik tarım ve hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma sağlanan yabancılar çalışma izninden muaf tutulmuştur (m.5/4). Bakanlıkça, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma sağlanan yabancılara ilişkin il ve kota sınırlaması getirilebilir (m.5/5).¹⁶⁴

Çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, 29/8/2003 tarihli ve 25214 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 13 üncü maddesi¹⁶⁵ uyarınca Bakanlıkça değerlendirme kriterleri belirlenir. Kanun-

¹⁶² Topal, s.18 (dn.30).

¹⁶³ RG, 15.1.2016, 29594.

¹⁶⁴ Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışması uygun görülen geçici koruma sağlanan yabancılara verilen çalışma izni muafiyetleri ilgili valiliğe bildirilir (m.9/2).

¹⁶⁵ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği m.13: Bakanlık ilgili mercilerin görüşlerini de dikkate almak suretiyle çalışma izni başvurusunu değerlendirir. Ancak Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin beşinci fıkrası hükmü saklıdır. Bakanlık, Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, çalışma izni ve izin uzatma başvurularının değerlendirilmesinde; yabancının ikamet ve çalışma izninin süresi ile hizmet akdinin ve

larda yalnızca Türk vatandaşları tarafından icrasına izin verilen iş ve meslekler için yapılan başvurular değerlendirme yapılmaksızın işlem- den kaldırılır. Bakanlığa çalışma izin başvurusu için; sağlık meslek mensuplarının Sağlık Bakanlığından, eğitim meslek mensuplarının ise Milli Eğitim Bakanlığından veya Yükseköğretim Kurulu Başkan- lığından ön izin almaları gerekir. Ön izin belgesi olmayan başvurular değerlendirme yapılmaksızın işlem- den kaldırılır (m.6).

Geçici koruma sağlanan yabancılara çalışma iznine başvuru hak- kı verilmesinde, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 24 üncü maddesi uya- rınca yabancı- nın kalmasına izin verilen iller esas alınır. Kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı yönüyle çalışma izni verilmesinde sakınca görüldüğünün İçişleri Bakanlığınca bildirildiği illerde çalışma izni verilmesi, Bakanlıkça durdurulur. Bu illerde, verilmiş çalışma izinleri uzatılmaz. Ancak, yabancı- nın bu ilde kalma hakkı devam edi- yorsa, önceden verilen ve geçerliliği devam eden çalışma izinleri, sona erdiği tarihe kadar kullanılır (m.7).

Çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, işyerinde çalış- an Türk vatandaşı sayısı üzerinden sektör ve illere göre açık iş ve işe yerleştirmeler dikkate alınarak Bakanlıkça, geçici koruma sağlanan yabancı istihdamı kotası değişen oranlarda uygulanabilir. Üçüncü fık- ra hükmü saklı kalmak üzere, çalışma iznine başvuru işyerinde çalış- an geçici koruma sağlanan yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk va-

işin süresine göre belirli bir işyeri ya da işletmede ve belirli bir meslekte, yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki geliş- meler, istihdama ilişkin sektörel, coğrafi ve ekonomik konjonktür değişikliklerini dikkate alır. Bu değerlendirme kriterleri çerçevesinde, Kanunun 12 nci maddesine göre Bakanlığın yapacağı değerlendirmelerde dikkate alınmak üzere; Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle; Türkiye İş Kurumu tarafından periyodik olarak dört haftalık sürelerde, il bazında "yabancıların istihdamının uygun görülmediği iş ve meslekler" Bakan- lığa rapor olarak bildirilir. Periyodik dönemler dışında olabilecek değerlendirmelerini de, dört haftalık raporları beklemeden ayrıca bildirirler. Bakanlık, ülke için- den istihdam yerine yabancı istihdamı için yapacağı değerlendirmede, başvuru sırasında istenecek belgelerin yanı sıra, yabancı- nın istihdamını haklı kılacak, işin özel niteliği ile yabancı personelin bonservis, referans mektubu, görevlendirme yazısı ya da kabul yazısı gibi yetkili makamlarca onaylı bilgi ve belgeleri de dikka- te alarak karar verir. Bakanlık üçüncü ve dördüncü fıkrada belirtilen değerlendirmesine esas olmak üzere anılan kuruma başvuru ile ek bilgi ve evrakları ileterek de görüşlerini alabilir.

tandaşı sayısının yüzde onunu geçemez. Toplam çalışan sayısı ondan az olan işyerlerinde, en fazla bir geçici koruma sağlanan yabancının çalışmasına izin verilebilir (m.8/1,2)¹⁶⁶.

Başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılara Bakanlık tarafından çalışma izni verilir ve bu durum İçişleri Bakanlığı ile işverene bildirilir (m.9/1). Geçici koruma sağlanan yabancılara asgari ücretin altında ücret ödenemez (m.10).

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik’te, geçici koruma sağlanan yabancıların dernek, vakıf ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlarda çalışması (m.11) ve meslekî eğitim (m.12) ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Geçici koruma sağlanan yabancıların ve işverenlerin çalışma ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri saklıdır (m.13/1). Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamında geçici koruması sonlandırılan veya iptal edilen yabancıların almış olduğu çalışma izinleri iptal edilir (m.13/3).

4. Barınma, Sosyal Yardım ve Sağlık Hizmetleri

Avrupa Birliği hukukunda, geçici korumadan yararlanan kişilerin barınma koşulları, Yönerge’nin 13. maddesinde ele alınmıştır. Üye Devletler geçici korumadan yararlanan kişilerin uygun barınaklara olmasını ya da barınak elde edebilmek için gerekli araçlara sahip olmalarını sağlayacaklardır (m.13/1). Bu kişilerin sağlık bakımı, sosyal yardım ve geçim konusunda eğer yeterli kaynakları yoksa gerekli yardımı almaları sağlanacaktır. Özellikle sağlık bakımı için gerekli yardım, en azından acil bakım ve hastalıkların gerekli tedavisini içerecektir (m.13/2). Geçici korumadan yararlanan kişilerin ücretli işte çalışmaları ya da serbest meslek sahibi olmaları hâlinde bu yardımlar belirlenirken kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme olanakları dikkate alınacaktır (m.13/4).

Türk hukukunda, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 27. maddesinde sadece belirtilen sağlık hizmetlerinin geçici barınma merkezlerinin

¹⁶⁶ İşveren tarafından; işyerinin kayıtlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünden, çalışma izni başvurusu tarihinden önceki dört haftalık süre içerisinde yabancının çalıştırılacağı işi yapacak aynı nitelikte Türk vatandaşı bulunmadığının belgelendirildiği başvurularda istihdam kotası uygulanmayabilir (m.8/3).

içinde ve dışında Sağlık Bakanlığı'nın kontrolü ve sorumluluğunda yapılacağı veya yaptırılacağı düzenlenmiştir. Geçici korunanlara sağlanacak psiko-sosyal hizmetler ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Türkiye Afet Müdahale Planında¹⁶⁷ da belirtilen geçici korunanlara sağlanacak psiko-sosyal hizmetlerde destek çözüm ortakları ile yürütülür (m.27/5).¹⁶⁸

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin Sekizinci Bölümü sevk merkezleri ile geçici barınma merkezlerinin kurulması, yönetimi ve işletilmesi ile geçici barınma merkezlerinde sağlanacak hizmetlere ilişkindir (m.36-41). Son olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu¹⁶⁹'na göre geçici koruma altındaki kişiler sosyal yardımdan yararlanırlar (m.30) ve geçici korumaya ilişkin iş ve işlemlerde yabancılara ücretsiz tercümanlık hizmeti verilir (m.31).

Yönergeyle karşılaştırıldığında, Geçici Koruma Yönetmeliği, özellikle 27. maddede yer alan sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından daha kapsamlıdır.¹⁷⁰

5. Eğitim

Avrupa Birliğinde, Yönerge uyarınca geçici korumadan yararlanan 18 yaşın altındaki kişilere ev sahibi Üye Devlet'in kendi vatandaşlarına sunduğu koşullarla eşit koşullarda eğitim sisteminden yararlanma imkânı sağlanacaktır. Bununla birlikte Üye Devletler bu tür imkânların devlet eğitim sistemiyle sınırlı kalmasını öngörebilirler (m.14/1). Ayrıca Üye Devletler, geçici korumadan yararlanan yetişkinlerin de genel eğitim sisteminden yararlanmasına izin verebilirler (m.14/2). Yetişkinlerin eğitim sisteminden yararlanması emredici değildir.¹⁷¹ Ayrıca geçici korumanın sona ermesi durumunda, Üye Dev-

¹⁶⁷ RG, 3.1.2014, 28871

¹⁶⁸ 27. madde kapsamında sağlanacak temel ve acil sağlık hizmetlerine karşılık olarak sağlık hizmet sunucularına bir bedel ödenmesinin zorunlu olması hâlinde; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalıları için belirlenmiş olan birim fiyatları geçecek veya daha düşük iskontoğu içerecek şekilde fiyat uygulaması yapılamaz. Aşılardan hariç olmak kaydıyla bu madde kapsamına girenler Sosyal Güvenlik Kurumunca bedeli karşılanmayan sağlık hizmetleri kapsamında sağlık hizmeti verilemez (m.27/6).

¹⁶⁹ RG, 14.6.1986, 19134.

¹⁷⁰ Uzun, s.115.

¹⁷¹ Kerber, s.204.

letler, reşit olmayan ve bir Üye Devlet’te okula devam eden çocukların ailelerinin söz konusu çocukların okul dönemlerini bitirmelerine izin verecek şekilde ikamet koşullarından yararlanmalarına izin verebilirler (m.23/2).

Türk hukukunda geçici korumadan yararlanan kişilere sağlanacak eğitim hizmetleri geçici barınma merkezlerinin içinde ve dışında Millî Eğitim Bakanlığı’nın kontrol ve sorumluluğunda yürütülür (m.28). İlköğretim ve ortaöğretim çağındakilerin eğitim ve öğretim faaliyetleri Millî Eğitim Bakanlığı ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülür (m.28/1-b). Ancak Konsey Yönergesiyle paralel olarak okul öncesi eğitim (m.28/1-a) ile yetişkinlerin eğitimi (m.28/1-c) imkânlar ölçüsünde sağlanabilir. Geçici korunanların ön lisans, yüksek lisans ve doktora eğitimleriyle ilgili usûl ve esaslar Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından belirlenir (m.28/2). Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların eğitim faaliyetleriyle ilgili diğer usûl ve esaslar Millî Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenir (m.28/4).¹⁷²

6. Aile Birleşimi

Kitlesel sığınma durumlarında aile birleşimi hakkı uygulanmaktadır ancak kitlesel sığınma durumunda bu durumun yarattığı kaotik ortam nedeniyle aile birliğinin korunması konusunda devletleri zor bir görev beklemektedir.¹⁷³ Kitlesel akınlarda, yaygın olarak birbirinden ayrı düşmüş ailelere bulunmaktadır ve bu durum aile bireylerini bir araya getirme ya da birlikte tutmada pratik sorunların yaşanmasına yol açmaktadır.¹⁷⁴ Köylerde ya da şehirlerde kendiliğinden oturmak olsun ya da kamplarda bulunsun, aile bireyleri çok geniş şekilde tanımlanmakta ve birlikte oturmalarına izin verilmekte ve birbirlerini

¹⁷² Bu kapsamda Millî Eğitim Bakanlığı Temel Eğitim Genel Müdürlüğü’nün 23.09.2014 tarih ve 10230228/235/4145933 sayılı ve 2014/21 numaralı Genelgesinde, m.2. ve ç bendinde, kitlesel akından etkilenen illerde, barınma merkezleri dışında da ihtiyaç duyulması hâlinde ilgili diğer paydaşlar ile işbirliği içerisinde, il/ilçe millî eğitim müdürlüklerine bağlı olarak faaliyet yürütmek üzere geçici eğitim merkezleri oluşturulması valilik oluruna sunacaktır.

¹⁷³ Kate Jastram/Kathleen Newland “Family Unity and Refugee Protection” in *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Eds. Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, Cambridge University, 2003, s.588.

¹⁷⁴ Jastram/Newland, s.588.

bulmaya çalışmalarına yardım edilmektedir.¹⁷⁵ Özellikle refakatsiz çocukların ana babaları ya da diğer aile üyeleriyle birleştirilmesi özel bir önem arz etmektedir.¹⁷⁶

Avrupa Birliği'nde, Yönerge'ye göre sponsor, 5. madde uyarınca alınan bir karara uygun olarak bir Üye Devlet'te geçici korumadan yararlanan ve ailesinin diğer fertlerinin de kendisine katılmasını isteyen üçüncü ülke vatandaşı anlamına gelir (m.2/1-h).

Aile birleşimi hakkından açıkça söz edilmemekle birlikte¹⁷⁷ Yönerge'nin 15. maddesinde aile birleşimine ilişkin hükümler bulunmaktadır.¹⁷⁸ Üye Devletler'in aile birleşimini sağlamak zorunda olduğu kişi grupları ile kendilerine tanınan takdir yetkisine kapsamında aile birleşimi sağlayabilecekleri kişi grupları birbirinden ayrılmıştır (m.15/2).

Üye Devletler'de aile ferdi kabul edilecek kişiler, menşe ülkede daha önceden aile olarak varlığını sürdüren ve kitlesel sığınma yüzünden ortaya çıkan durum sonucu birbirinden ayrılmış kişilerdir (m.15/1).

Bu kişilerden, Üye Devletler'in aile birleşimini sağlamak zorunda oldukları kişiler diğer bir deyişle yakın aile¹⁷⁹; sponsorun eşi, ilgili Üye Devlet'in yabancılar hukuku kapsamında kanunları ya da uygulamaları çerçevesinde evli olmayan çiftleri evli çiftlerle eşit tuttuğu durumlarda, sponsorun istikrarlı bir ilişki içinde olduğu aralarında evlilik bağı olmayan partneri ve sponsorun ya da eşinin evlilik içinde ya da dışında doğmuş olmalarına ya da evlât edinmiş olmalarına dair bir ayırım yapılmaksızın reşit olmamış evlenmemiş çocuklarıdır (m.15/1-a).

Üye Devletler'in aile birleşimi sağlamak konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kişiler, bir başka deyişle geniş aile¹⁸⁰ ise, kitlesel sığınmaya yol açan olaylar sırasında aile topluluğunun bir parçası olarak beraber yaşamakta olan ve bu sırada tamamen ya da büyük ölçüde sponsora bağımlı olan yakın akrabalarıdır (m.15/2). Üye Devletler'in

¹⁷⁵ Jastram/Newland, s.588.

¹⁷⁶ Jastram/Newland, s.588.

¹⁷⁷ Kerber, s.205.

¹⁷⁸ Jastram/Newland, s.5889-590.

¹⁷⁹ Kerber, s.205.

¹⁸⁰ Kerber, s.205.

takdir yetkilerinin sınırını, bu aile fertlerinin birleşme olmaması durumunda çekebilecekleri büyük zorluklar oluşturmaktadır¹⁸¹ (m.15/2,3).

Aile birleşimi, aile fertlerinin değişik Üye Devletler’de geçici korumadan yararlanmaları durumunda uygulandığı gibi (m.15/2); sponsorun geçici korumadan yararlandığı ve aile fertlerinden birinin ya da bazılarının henüz bir Üye Devlet’te bulunmaması durumunda da uygulanmaktadır (m.15/3).

Aile birleşimine ilişkin 15. madde uygulanırken, çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulacaktır (m.15/4).¹⁸² Üye Devletler yeniden birleşmenin hangi Üye Devlet’te gerçekleşeceğine karar vereceklerdir (m.15/5). Birleştirilmiş ile fertlerine geçici koruma kapsamında ikamet izini tahsis edilecektir ve aile fertlerinin değişik Üye Devletler’de geçici korumadan yararlandıkları durumlarda, bir Üye Devlet’ten başka bir Üye Devlet’e transfer hâlinde, transfer edilen Üye Devlet’teki oturum izini geri alınacak ve geçici korumayla ilgili olan yükümlülükler sona erecektir (m.15/6). Aile birleşiminin pratikte uygulanabilmesi için uluslararası kuruluşlarla işbirliği söz konusu olabilir (m.15/7).

Geçici Koruma Yönetmeliği’nde aile üyeleri, yabancının eşi, ergin olmayan çocuğu ve bağımlı ergin çocuğu olarak tanımlanmıştır (m.3/1-b). Bu tanım nedeniyle geçici korumadan yararlanan kişilerin aile üyelerinin aile birleşiminden yararlanması büyük ölçüde sınırlanmıştır.¹⁸³

Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamındaki yabancılar, başka bir ülkede bulunan eşi, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye’de bir araya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilir. Bu başvurular, Genel Müdürlükçe değerlendirilir ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği hâlinde gerekli çalışmalar yapılabilir (m.49/1). Refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemler derhâl başlatılır (m.49/2).

¹⁸¹ Kerber, s.205.

¹⁸² Yabancı doktrinde, Yönerge’nin çocuklara ilişkin hükümlerinin, Üye Devletler’in Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır. Kerber, s.206.

¹⁸³ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 86; Baran-Çelik, s. 109.

7. Refakatsiz Çocuklar ve Özel İhtiyaç Sahipleri

Avrupa Birliği'nde Yönerge kapsamında refakatçisi olmayan reşit olmamış kişiler, Üye Devletler'in sınırlarına, yanlarında kanunen ya da örf ve adete göre kendisinden sorumlu bir yetişkin refakatçisi olmadan giren ve böyle bir kimsenin etkin olarak koruması altına alınmadıkları sürece on sekiz yaşından küçük üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişiler ya da Üye Devlet sınırlarına girdikten sonra refakatsiz olarak bırakılan reşit olmamış kimselerdir (m.2/1-f).¹⁸⁴

Özel ihtiyaç sahiplerinin Yönerge'nin 13. maddesinde sınırlayıcı olmayacak şekilde tanımlandığı görülmektedir. Buna göre özel ihtiyaç sahipleri, işkence, tecavüz ya da başka türden psikolojik, fiziksel ya da cinsel zulüm görmüş insanlar gibi kişilerdir (m.13/4).

Refakatsiz çocukları ve özel ihtiyaç sahiplerinin gerekli sağlık ve diğer yardımları Üye Devletler tarafından sağlanacaktır (m.13/4). Geçici korumadan yararlanmış olan ancak sağlık durumları nedeniyle makul olarak seyahat etmeleri kendilerinden beklenmeyecek kişilerin ikametleriyle ilgili gerekli önlemleri alacaklardır. Bu kişiler örneğin tedavileri kesildiği takdirde bundan ciddi biçimde olumsuz etkilenecek kişilerdir. Söz konusu kişiler bu durum devam ettiği müddetçe sınır dışı edilmeyeceklerdir (m.23).

Üye Devletler mümkün olan en kısa zamanda geçici korumadan yararlanan ve refakatçisi olmayan reşit olmamış kişilerin kanunî vesa yet ya da gerekli olduğu durumlarda, reşit olmayan kişilerin bakımı ve iyiliğinden sorumlu bir örgüt tarafından ya da başka herhangi uygun bir şekilde temsil edilmesini sağlayacak önlemleri alacaktır (m.16/1).

Geçici koruma süresince refakatçisi olmayan reşit olmamış kişilerin, yetişkin akrabalar yanına, koruyucu aile yanına, reşit olmayan kişiler için özel koşullar sağlayan ağırlama merkezlerine ya da reşit olmayan kişiler için uygun olan başka bir barınağa, kaçarken çocuğun bakımını üstlenmiş olan kişinin yanına yerleştirilmesi için yardımcı olacaklardır. Yerleştirmenin sağlanması için Üye Devletler gereken

¹⁸⁴ Bu tanım, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan çocuk tanımında esas alınmış olan on sekiz yaşın altında olma kriteriyle uyum içindedir. Tevfik Odman, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, İstanbul 2008, s. 131.

adımları atacakları gibi ilgili yetişkin kişi ya da kişilerle de anlaşma sağlanacaktır. Ayrıca çocuğun yaşına ve olgunluğuna bağlı olarak kendisinin düşüncesi de göz önünde bulundurulacaktır (m.16/2).

Geçici Koruma Yönetmeliği’ne göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişidir (m.3/1-d). Refakatsiz çocuk ise sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye geldikten sonra refakatsiz kalan çocuktur (m.3/1-m). Refakatsiz çocuklar Yönergeyle aynı şekilde tanımlanmıştır.

Özel ihtiyaç sahibi, geçici korumadan yararlanan refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişidir (m.3/1-l). Özel ihtiyaç sahibi tanımlı Yönergeye kıyasla çok daha geniş kişi gruplarını içermektedir.

Geçici barınma merkezlerine sevk işlemleri yapılırken, yabancının talebi, ailevî durumu ve özel ihtiyaç sahibi olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır (m.23/2). Özel ihtiyaç sahiplerinin geçici barınma merkezlerinde barındırılmasına öncelik verilecektir (m.23/3). Refakatsiz çocuklar ise esas olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı koordinesinde barındırılır.¹⁸⁵ Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamındaki yabancılardan özel ihtiyaç sahibi olanlara sağlanacak başta sağlık hizmetleri, psiko-sosyal destek, rehabilitasyon olmak üzere, her tür yardım ve destek imkânlar ölçüsünde öncelikli ve bedelsiz olarak sağlanır (m.48/1). Çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararı gözetilerek ilgili mevzuat hükümleri uygulanır (m.48/2). 8.3.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun¹⁸⁶ ve ilgili Yönetmelik¹⁸⁷ kapsamında şiddet mağduru olduğu değerlendirilen yabancılar hakkında derhâl önleyici ve koruyucu tedbirler alınır (m.48/3). Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancılardan insan ticareti mağduru olabileceği de-

¹⁸⁵ Ancak uygun koşullar sağlandığında refakatsiz çocuklar geçici barınma merkezlerinin ayrı bir bölümünde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının kontrol ve sorumluluğunda AFAD ile işbirliği içinde barındırılabilir (m.23/4).

¹⁸⁶ RG,20.3.2012, 28239.

¹⁸⁷ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği RG, 18.1.2013, 28532.

ğerlendirilenler hakkında ilgili mevzuat kapsamında gerekli tedbirler derhâl alınır (m.48/4).

VIII. İŞBİRLİĞİ VE KÜLFET PAYLAŞIMI

Büyük ölçekli bir kitlesel akınla karşı karşıya kalan bir devlet, eşit yük paylaşımı için diğer devletlerden yardım isteyebilmekte ya da BMMYK ile irtibata geçmektedir.¹⁸⁸ Kitlesel bir akın, kabul eden devlet bakımından ekonomik, çevresel, sosyal, politik ve güvenlik sorunlarını beraberinde getirdiği için uluslararası işbirliği, dayanışma ve yük paylaşımı esastır.¹⁸⁹

Avrupa Birliği'nde, Yönerge'nin "Dayanışma" başlıklı VI. Bölümü, kitlesel akınlar karşısında ortaya çıkan işbirliği ve külfet paylaşımı ihtiyacını ele almaktadır. 24. maddede, malî dayanışmaya ilişkindir¹⁹⁰ ve geçici koruma önlemleri için Avrupa Mülteci Fonundan yararlanılacağı düzenlenmiştir. Fiziksel dayanışma ise 25 ve 26. maddelerde yer almıştır.¹⁹¹

Üye Devletler'in geçici koruma için uygun olan kişileri Topluluk dayanışması ruhu içinde kabul edecekleri vurgulanmıştır (m.25/1). Ayrıca kitlesel akınların niteliğine uygun olarak, ani ve yoğun bir akının ardından geçici koruma için uygun olan kişilerin sayısı ağırlama kapasitesini geçtiği zaman Konsey, acil biçimde durumu inceleyecek ve durumdan etkilenen Üye Devletler için ek yardım tavsiyesi de dahil olmak üzere gerekli eylemde bulunacaktır (m.25/3).

Geçici koruma süresi boyunca, Üye Devletler, bu tür bir transfere maruz kalan kişilerin iznine de tâbi olarak geçici korumadan yararlanan kişilerin ikametlerinin bir Üye Devlet'ten diğerine transferi konusunda işbirliği yapacaklardır (m.26).¹⁹²

¹⁸⁸ Özkan, s.371. İşbirliği ve külfet paylaşımı konusunda Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler için ayrıntılı olarak bkz. Lami Bertan Tokuzlu, Burden-Sharing Games for Asylum Seekers between Turkey and the European Union, EUI Working Papers, RSCAS 2010/05 Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute 2010.

¹⁸⁹ Özkan, s.371.

¹⁹⁰ Kerber, s.210.

¹⁹¹ Kerber, s.211.

¹⁹² Geçici korumayı uygulamak için gerekli olan idarî işbirliğini sağlamak amacıyla Üye Devletler'den her biri birbirlerine ve Komisyon'a adreslerini iletecekleri bir

YUKK’da, 4. Bölüm, “Geçici Koruma ve Uluslararası Korumaya İlişkin Diğer Hükümler” başlıklıdır. YUKK, bu konuda milletlerarası işbirliğine vurgu yapmaktadır ve geçici korumanın, sadece coğrafi nedenlerle böyle bir kitlesel akına maruz kalan devletlerin üstlenmek zorunda olduğu bir yükümlülük olmadığı aynı zamanda milletlerarası camiada devletler ve uluslararası örgütlerin paylaşması gereken bir sorumluluk olduğu savunulmaktadır.

Uluslararası koruma süreçlerinde işbirliği, YUKK’un 92. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre bakanlık, bu kısımda yazılı uluslararası koruma süreçleriyle ilgili konularda, 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun çerçevesinde BMMYK, Uluslararası Göç Örgütü, diğer uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabilir (m.92/1).¹⁹³

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 46 ve 47. maddeleri, işbirliği, destek çağrısının yapılması ve yardımın sağlanmasına ilişkindir. Ayrıca gönüllü olarak ülkesine dönüş yapacak ya da üçüncü bir ülkeye çıkış yapacak kişilerin geri dönüş işlemlerinin uygulanması amacıyla uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapılabilir (m.42/3; m.44/2).

Suriye’den gerçekleşen bu kitlesel akına paralel olarak BMMYK ile Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği, 2013 yılından itibaren birlikte çalışmaya başlamıştır. BMMYK sığınmacılara bir görüşme tarihi vermeden önce ön-kayıt işlemlerini SGDD aracılığıyla gerçekleştirmektedir.¹⁹⁴

ulusal muhatap nokta atayacaklardır (m.27/1).

¹⁹³ Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, BMMYK ile gerekli iş birliği sağlanır. Bakanlık, bu kanun çerçevesindeki uluslararası koruma, başvuru, değerlendirme ve karar süreçlerini belirlemeye, bu amaçla Dışişleri Bakanlığı’nın uygun görüşü alınmak suretiyle BMMYK ile uluslararası anlaşma niteliği taşımayan protokoller yapmaya yetkilidir (m.92/2). BMMYK’nın uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dâhil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişimi sağlanır. BMMYK, başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilir (m.92/3).

¹⁹⁴ Külfet paylaşımı konusunda doktrinde getirilen öneri, Avrupa Birliği üyesi ülkelere yasadışı yollarla girmeye çalışan Suriyeli sayısını azaltacağından Üye

IX. GEÇİCİ KORUMANIN SONA ERMESİ

Geçici koruma statüsü, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde öngörülenin aksine geçici korumadan yararlanan kişilerin buna neden olan koşullar ortadan kalktığında menşei ülkelerine dönme haklarının bulunması ekseninde şekillenmiştir. Hatta geçici koruma statüsünün mihenk taşının, bir insan hakkı olarak menşei ülkeye dönmek olduğu vurgulanmaktadır.¹⁹⁵

Avrupa Birliği'nde, geçici koruma kararı, öngörülen sürenin sonunda ya da geçici koruma kararının alınmasına paralel bir usûlle sona erdirilebilir. (m.6/1-a,b). Geçici koruma kararı en fazla 3 yıla kadar uzatılabilir. Geçici koruma rejiminin sona ermesi durumunda, Üye Devlet'te yürürlükte olan genel yabancılar hukukunun öngördüğü geçici koruma rejimi geçerliliğini devam ettirecektir (m.22-22).

Bununla birlikte BMMYK tarafından geçici koruma süresi sona erdikten sonra, diğer koruma türlerinden faydalanamayan kişilerin, Üye Devletler tarafından geri dönmeye zorlanabileceğine, bu durumdaki kişilerin haklarının kapsamlı şekilde düzenlenmemiş olmasına, dikkati çekilmektedir.¹⁹⁶ Doktrinde de, diğer koruma statülerine başvurulmuş olsa dahi süre bitiminde verilen teminatların ortadan kalkacağı vurgulanmaktadır.¹⁹⁷

Geçici koruma süresi biten kişilerin gönüllü geri dönüşlerinin sağlanması esastır. Söz konusu kişiler gönüllü olarak geri dönmezlerse, Üye Devlet onu ülkesine geri göndermek için gerekli tedbirleri alır (m.21-22). Doktrinde geçici koruma statüsü sona eren kişilerin geri dönüşlerinin gönüllülük esasına dayalı olmadığı aksine kabul eden dev-

Devletler'den ve Avrupa Birliği'nden yardım istenmesidir. Buna ek olarak kurucu üye olarak Birleşmiş Milletler'den külfet paylaşımı talep edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte bu milletlerarası aktörlerin de yardımlar karşılığında şeffaflık ve hesap verme beklentisi içinde olduklarını vurgulamaktadır. Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s.9. Kirişçi, Türkiye'de bulunan Suriyelilerin yakın bir tarihte ülkelerine geri dönebilmelerinin imkânsız olduğu görüşündedir. Kirişçi, Suriyeli Mülteciler, s.11.

¹⁹⁵ Sopf, s.112.

¹⁹⁶ Özkan, s.231; Pirjola, s.427.

¹⁹⁷ Savaşan, s.27.

letin kararı doğrultusunda gerçekleştiği ifade edilmektedir¹⁹⁸. İkincisi geri dönüşün gerçek bir ülkeye geri dönüş niteliği taşımadığı daha çok etnik amaçlı bir yeniden yerleştirme olduğu vurgulanmaktadır.¹⁹⁹

Bununla birlikte Üye Devletler, zorunlu geri dönüşlerin insanlık onuruna saygı içinde yürütülmesini sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır.²⁰⁰ Ayrıca zorunlu geri dönüş durumunda, Üye Devletler, özel durumlarda geri dönüşü imkânsız kılan ya da mantıklı olmaktan çıkaran zorunlu insancıl nedenleri göz önünde bulunduracaklardır (m.22). Doktrinde, bu düzenlemenin, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 33. Maddesinde yer alan korumadan daha geniş ve kapsamlı olduğu vurgulanmıştır.²⁰¹

Menşei ülkede hâkim koşullar temelinde, geçici korumadan yararlanmış olan ve kendi istekleri doğrultusunda geri dönme hakkını kullanmış olan kişilerin, ev sahibi Üye Devlet’e geri dönüş isteklerini Üye Devletler’in olumlu yönden dikkate alacakları ayrıca vurgulanmıştır (m.21/2) ancak bunun için geçici koruma süresinin dolmamış olması gerekmektedir.

Türk hukukunda, geçici koruma statüsü verilmesine yol açan şartların ortadan kalkması hâlinde geçici koruma statüsü sona erecektir.²⁰² Geçici koruma uygulamasının sona ermesinde de yetkili makam, Bakanlar Kurulu’dur (m.11). Bakanlar Kurulu sonlandırma kararıyla birlikte, geçici korumayı tamamen durdurarak geçici korunanların ülkesine dönmesine, geçici korunanlara koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesine ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine veya geçici korunanların YUKK kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalmalarına izin verebilir (m.11/2).

Geçici korumanın Bakanlar Kurulu kararı bulunmaksızın bireysel olarak sona ermesi de mümkündür. 12. maddeye göre, geçici korunanın kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması, üçüncü bir ülkenin korumasından faydalanması, üçüncü bir ülkeye insanî nedenler veya yeniden

¹⁹⁸ Kerber, s.208; Sopf, s.113.

¹⁹⁹ Sopf, s.113.

²⁰⁰ Kerber, s.200.

²⁰¹ Kerber, s.209.

²⁰² Ekşi, Türkiye’de Bulunan Suriyeliler, s. 14.

yerleştirme kapsamında kabul edilmesi ya da üçüncü bir ülkeye çıkış yapması ve son olarak ölmesi hâlinde geçici koruma bireysel olarak sona erecektir.

Geçici koruma kapsamındaki yabancılardan gönüllü olarak ülkesine dönüş yapacaklara gerekli kolaylık gösterilir ve imkânlar ölçüsünde destek sağlanabilir (m.42/1). Fakat bu kişilerin geçici ve daimî olarak üçüncü ülkeye çıkışları Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün iznine tâbidir (m.44/1).

Geçici koruması sona erenlerin tekrar gelmesine ilişkin 13. madde ise son derece dikkat çekicidir. 13. maddeye göre, 12. madde kapsamında geçici koruması bireysel olarak sona erenler, geçici korumadan faydalanmak üzere tekrar sınırlarımıza gelirse ya da sınırlarımızı geçerse, yeniden geçici koruma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına Genel Müdürlük ya da bu yetkinin kısmen veya tamamen devredilmesi hâlinde valilikler karar verecektir. Yani önce geçici koruma kapsamında ülkemize gelmiş olan bir yabancı, kendi isteği ile Türkiye'den ayrılırsa (örneğin; menşei ülkesine dönerse), ardından yeniden Türkiye'ye gelirse yeniden geçici koruma statüsü kazanabilir. Bu durumda, geçici korumanın temel şartı olan ülkesinden ayrılmaya zorlanmış olmak, ayrıldığı ülkeye geri dönememek, acil ve geçici koruma bulma amacı gibi şartlar, artık Türk ulusal hukukunda aranan şartlar değildir. Türkiye'ye birinci girişi, geçici koruma tanımı kapsamında olan kişiler, sınırlarımıza diğer giriş çıkışlarında herhangi bir şart aranmaksızın geçici koruma kapsamına alınabilirler. Doktrinde, Suriyelilerin savaşmak üzere Türkiye'den ayrılmaları hâlinde yeniden geçici koruma altına alınmamaları gerektiği vurgulanmıştır.²⁰³

Geçici korumanın Bakanlar Kurulu kararıyla sona ermesi hâlinde:

- 1- Bu yabancılar Türkiye'den çıkış yapabilirler (m.14/1).
- 2- Bu kişiler hakkında Bakanlar Kurulu grup temelli toplu statü kararı alabilir (m.14/2). Burada geçen grup temelli toplu statü kararı YUKK'daki diğer uluslararası koruma statüleri bireysel başvuru ile başlayan bir süreç olduğuna göre sadece 5543 sayılı İskân Kanunu²⁰⁴ kapsamında göçmen kabulü şeklinde olabilir.

²⁰³ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s.81.

²⁰⁴ RG, 26.9.2006, 26301.

- 3- Bu yabancılardan bireysel olarak uluslararası koruma talep edenlerin başvuruları bireysel olarak değerlendirilmeye alınabilir (m.14/2).
- 4- Bu yabancıların ayrıca YUKK’un öngördüğü diğer yollardan Türkiye’de kalışlarına izin verilebilir (m.14/2).

Doktrinde katıldığımız görüşe göre, Geçici Koruma Yönetmeliği’nde entegrasyona ilişkin düzenlemeler bulunmaması bir eksiklik teşkil etmemektedir. Geçici korumanın sona ermesi durumunda temel kural geçici koruma sağlanmış olan kişilerin ülkelerine dönme-leridir.²⁰⁵ Yine de 14. madde kapsamındaki imkânlardan yararlanan kişilerin YUKK’da düzenlenmiş olan entegrasyona ilişkin hükümler-den de yararlanacağı belirtilmiştir.²⁰⁶

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 15. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, millî güvenliği, kamu düzenini, kamu güvenliğini veya kamu sağlığını tehdit edecek şartların oluşması durumunda, uygulanmakta olan geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılmasına ya da süreli veya süresiz durdurulmasına karar verebilir. Bakanlar Kurulu’nun geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılmasına ya da süreli veya süresiz durdurulmasına karar vermesi hâlinde, bu kararda geçici koruma sağlananların söz konusu karardan sonraki süreçte tâbi olacakları hükümler ile bu kararın yürürlüğe gireceği tarihten sonra ülkemize kitlesel veya bireysel olarak geçici koruma talebiyle gelmek isteyenlere uygulanacak diğer tedbirler de belirlenir (m.15/2). 15. madde doktrin-de, güvenlik yanlısı bir tutumun göstergesi olarak yorumlanmıştır.²⁰⁷ Doktrinde diğer görüşe göre, günümüzde, 15. madde özellikle uygulanmalı, geçici korumadan yararlanan Suriyelilerin sayısına kota getirilmeli ve Türkiye’de kalış hakkı süreleri kısaltılmalıdır.²⁰⁸ Bu görüş, 15. maddenin uygulanmasını, insancıl bir çözüm olarak değerlendirmiştir.²⁰⁹

15. madde kapsamında bir başka görüşe göre, geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılması ya da durdurulması sonucunda yabancı-

²⁰⁵ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 84.

²⁰⁶ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 84-85; Baran-Çelik, s. 134.

²⁰⁷ Ekşi, Geçici Koruma Yönetmeliği, s. 88.

²⁰⁸ Uzun, s.118.

²⁰⁹ Uzun, s.118.

ya uygulanacak işlem konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.²¹⁰ Bu görüşe göre geçici koruma kararının durdurulması halinde bu kişiler YUKK uyarınca Türkiye'ye giriş yapabilmeli ve YUKK kapsamında yer alan şartları yerine getirerek Türkiye'de ikamet edebilmelidir. YUKK hükümlerine aykırı şekilde giriş yapmaları ya da ikamet etmeleri durumunda YUKK m.54 çerçevesinde sınır dışı edilmelidir.²¹¹

Kanaatimizce, geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılması ya da durdurulmasına ilişkin düzenlemelerin Anayasanın 16. maddesinde öngörülen şekilde kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca Bakanlar Kurulu'nun geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılmasına ya da süreli veya süresiz durdurulmasına dair kararının henüz ülkemize gelmemiş kişileri de etkileme olasılığı bakımından düzenleme dikkat çekicidir.

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin Dokuzuncu Bölümü, gönüllü geri dönüş ve üçüncü ülkeye çıkış ile ilgilidir (m.42, 44). Ancak unutmamak gerekir ki, gönüllü olarak ülkesine geri dönenler ya da üçüncü bir ülkeye geçici ya da daimî olarak çıkış yapanlar yeniden Türkiye'ye gelebilir ve geçici koruma kapsamına alınabilir (m.13). Doktrinde, Avrupa Birliği hukuku ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanıldığında geçici koruma sağlanan kişilerin ülkelerine geri dönememeleri şartının arandığına vurgu yapılmış ve gönüllü olarak Suriye sınırlarına giriş çıkış yapan Suriyelilerin, Türkiye'yi kendi istekleriyle terk ettikleri anda geçici koruma statülerinin sona ermesi gerektiği belirtilmiştir.²¹²

Bu kişiler hakkında ülkeye giriş yasağına ilişkin hususların genel hükümlere tâbi olacağı belirtilmiştir (m.45). Giriş yasağı, YUKK'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir. Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişi, Genel Müdürlük veya valilikler tarafından yasaklanır. Türkiye'ye giriş yasağının süresi en fazla beş yıldır. Ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması

²¹⁰ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.355.

²¹¹ Çörtoğlu-Koca/Kavşat, s.355.

²¹² Ekşi, Türkiye'de Bulunan Suriyeliler, s.21.

hâlinde bu süre Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilir. Vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Türkiye’ye giriş yasağı süresi bir yılı geçemez.

YUKK m.56 uyarınca Türkiye’yi terke davet edilenlerden, süresi içinde ülkeyi terk edenler hakkında giriş yasağı kararı alınmayabilir. Genel Müdürlük, giriş yasağını kaldırabilir veya giriş yasağı saklı kalmak kaydıyla yabancıнын belirli bir süre için Türkiye’ye girişine izin verebilir. Kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle bazı yabancıların ülkeye kabulü Genel Müdürlükçe ön izin şartına bağlanabilir. Ayrıca vize verilmeyecek yabancılar arasında Türkiye’ye girişi yasaklı olanlar sayılmıştır (m.15/1-b).²¹³

Ancak unutmamak gerekir ki, geçici koruma kapsamındaki yabancılardan, ülkemizden çıkış yapanlar, ülkeye girişi yasak kişilerden olsa bile, yani kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye’ye girişi sakıncalı olsa bile Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (YUKK m.9/6) veya Bakanın onayıyla bu kişilerin Türkiye’ye kabul edilmeleri mümkündür (YUKK m.15/2).²¹⁴

SONUÇ

Kitlesel akın, savaş, silâhlı çatışmalar ya da yaygın insan hakları ihlalleri nedeniyle bir ülkeden ya da coğrafi bölgeden diğerine ani ve öngörülemez şekilde çok sayıda kişinin sığınmaya çalıştığı durumlar olarak kabul edilmektedir. Bireysel uluslararası koruma başvurusu sürecinin işleminin güç ya da imkânsız olduğu bu durumda kabul eden devletler, bu kişilere geçici koruma statüsü sağlamaktadır.

Eski Yugoslavya krizinin neden olduğu kitlesel sığınma hareketleri, 1990’lardaki Bosna ve 1999 Kosova çatışmaları geçici koruma müessesesinin Avrupa Birliği düzeyinde ele alınması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. 20 Temmuz 2001’de Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen

²¹³ Vize verilmeyecek yabancılar ve vize verilmeme nedenlerine ilişkin olarak bkz. Barış Teksoy, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, 62/3, 2013, s.879-885.

²¹⁴ Vize verilmeyecek yabancılar istisnaî olarak vize verilmesinde aranan şartlar ve YUKK m.15/2 eleştirisi için bkz. Teksoy, s. 879-880.

Geçici Koruma Yönergesi, Avrupa Birliği'ne Üye Devletler'in topraklarına ulaşan kitlesel akında yaşanan eşgüdüm eksikliği ve yeknesak olmayan uygulamalar nedeniyle bu kişilere farklı düzeylerde koruma sağlanması gibi sorunları çözmek amacıyla hazırlanmıştır.

Ülkemizde, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana çeşitli tarihlerde ve çeşitli bölgelerden kitlesel sığınma olayları yaşanmıştır. Bunlar arasında en belirginleri, 1950-1951 ile 1989 yıllarında Bulgaristan'dan, 1988 ve 1991 yıllarında Irak'tan, 1992 yılından sonra ise Eski Yugoslavya'dan ve Kosova krizi sırasında yaşanmış olan Türkiye'ye yönelik akınlardır. Diğer yandan, 1990'lı yılların başında, Körfez Savaşı sırasında Kuzey Irak'tan Türkiye'ye yönelik kitlesel akınlar yaşanmıştır. Günümüzde, 2011 yılından bu yana Suriye'den ülkemize doğru toplu bir nüfus hareketi artarak devam etmektedir.

Türk ulusal mevzuatında ise geçici koruma statüsü kanun düzeyinde ilk kez YUKK'un 91. maddesinde düzenlenmiştir. 2014/6883 Karar Sayılı Geçici Koruma Yönetmeliği, İçişleri Bakanlığı'nın 13/8/2014 tarihli ve 8027 sayılı yazısı üzerine, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı YUKK'un 91. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 13/10/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır. Günümüze dek yönetmelikler ya da yönergelerle düzenlenen geçici koruma statüsünün kanunda düzenlenmiş olması büyük bir eksikliği gidermiş ve kitlesel akınlarda yeknesak bir uygulama ortaya konulması için önemli bir adımdır. Kitlesel akın dönemlerinde, sınırlarımıza sadece kitlesel olarak gelen yabancıları değil aynı zamanda bireysel olarak sınırlarımıza ulaşan veya sınırlarımızı geçen yabancıları da içererek geçici korumanın kapsamı geniş tutulmuştur. Dahası ülkesinden ayrılmaya zorlanmış kişiler, Konsey Yönergesi'nde olduğu gibi silâhlı anlaşmazlık bölgelerinden ya da yaygın şiddetten kaçan kişilerle sınırlanmamıştır.

Geçici koruma sağlanan kişilere sağlanacak hizmetler, kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Özellikle özel ihtiyaç sahipleri kategorisi geniş tutulmuştur. Bununla birlikte, 11 Bölümden oluşan Geçici Koruma Yönetmeliği, 2001/55 sayılı Avrupa Konseyi Geçici Koruma Yönergesiyle karşılaştırıldığında temel farklılıklar içermektedir.

Bu farklılıklardan birincisi, geçici koruma statüsünde aranan, bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin değerlendirilmeye alınamaması koşulundadır. Her ne kadar Geçici Koruma

Yönetmeliği’nde geçici koruma, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmış olsa da Geçici Koruma Yönetmeliği’nin, ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış ve silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdikleri anlaşılmış olan kişilerin, bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişimlerinin sağlanacağına dair 14. maddesinin üçüncü fıkrasından anlaşılmaktadır ki ülkemizde geçici koruma statüsü, bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişilemediği bir süreç değildir.

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 4,5,6, 7/3 ve 16. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, ülkemizde uygulanan geçici koruma statüsünü, Avrupa Konseyi Yönergesi’nden ayıran ikinci fark, geçici koruma sağlananlar bakımından, bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine başvuru sürecinin kural olarak kapatılmış olmasıdır.

Ülkemizdeki geçici koruma statüsü üçüncü olarak süresiz uygulanması bakımından farklıdır. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 10/1-b hükmüne göre, sadece gerekli görülmesi hâlinde geçici koruma için süre tespit edilebilir. Geçici koruma statüsünün niteliği gereği belirli süre için uygulanması gerekir. Bununla birlikte belirli bir süreye tâbi tutulması, geçici koruma sağlanan kişilerin bu koruma kapsamında esas alınan temel hak ve özgürlüklerinin süre yönünden sınırlanması niteliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle geçici koruma sağlanacak süre, prensip olarak kanunda yer almalı ancak bu sürenin her bir kitlesel akının somut şartları karşısında Bakanlar Kurulu tarafından uzatılabilmesine imkân tanınmalıdır.

Dördüncüsü, Geçici Koruma Yönetmeliği’ne özgü ve Avrupa Konseyi Yönergesi’nde bulunmayan bir diğer düzenleme, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığını tehdit edecek şartların oluşması durumunda, Bakanlar Kurulu kararı ile geçici koruma tedbirlerinin, sınırlandırılması ya da süreli veya süresiz durdurulmasına karar verebilmesine ilişkin 15. maddesidir. Geçici koruma tedbirlerinin sınırlandırılması ya da durdurulmasına ilişkin düzenlemelerin Anayasanın 16. maddesinde öngörülen şekilde kanunla düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak geçici koruma statüsü, bu statüden yararlanan bütün yabancılar bakımından aynı hak ve yükümlülükleri sağlamamakta-

dır. Bireysel uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerine erişim bakımından siviller ile karşılaştırıldığında ülkesinde silâhlı çatışmaya katılmış olup silâhlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdikleri anlaşılan yabancılar ayrıcalıklıdır.

Kaynakça

- Altuğ Yılmaz, Devletler Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul 1967.
- Arenas Nuria, "The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 7, 2005, s.435.-450.
- Aybay Rona/Dardağan-Kibar Esra, Yabancılar Hukuku, B.3, İstanbul 2010.
- Aybay Rona, "Yönetim Hukuku ve Yönetmelik Yargı Açısından "Yabancı"nın Konumu İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", 2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr> s.2, (17.10.2014).
- Aybay Rona, İnsan Hakları Hukuku, B.2, İstanbul 2015.
- Baran-Çelik Neşe, "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, Özel Sayı, 2015, s.67-148.
- Bayata-Canyaş Aslı, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2015, s. 73-90.
- Bayraktaroğlu-Özçelik Gülüm, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *TBB Dergisi*, 2013, Sayı:10, s.211-258.
- Berki Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, C.I, B.7, Ankara 1970.
- Bidinger Sarah, "Syrian Refugees and the Right to Work: Developing Temporary Protection in Turkey", *Boston University International Law Journal*, Vol: 33, 2015, s.223-249.
- Bouchet-Saulnier François, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, İstanbul 2002.
- Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations No. 100 (LV) - 2004, EXCOM Conclusions, 8 October 2004, <http://www.unhcr.org/41751fd82.html> (24.10.2015).
- Council Decision of 4 March 1996 on an alert and emergency procedure for burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis (96/198/JHA), OJ, L63, 13.3.1996, <http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996D0198:EN:NOT> (8.11.2015).
- Council Directive 2001/55/ EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences thereof, OJ 2001, L 212/12. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0055> (10.10.2014).

- Council Resolution of 25 September 1995 on burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis (95/C 262/01) OJ C262, 7.10.1995, s.1, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007(01)) (8.11.2015).
- Çelikel Aysel/Gelgel-Öztekin Günseli, *Yabancılar Hukuku*, B.21, İstanbul 2015.
- Çiçekli Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, B.5, Ankara 2014.
- Çörtoğlu-Koca Sema/Kavşat F.Candan, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Ocak 2015, s.329-366.
- Dardağan-Kibar Esra, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:11, No.2, Yıl:2012, s.53-74.
- Dardağan-Kibar Esra, “An Overview and Discussion of the New Turkish law on Foreigners and International Law”, *Perceptions*, Autumn 2013, Vol.XVIII, No.3, s. 109-128, (The New Turkish Law).
- Dünya Mültecilerinin Durumu, 1997-1998, Bir İnsanlık Sorunu, BMMYK Yayınları, Ankara 1997.
- Edwards Alice, “Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.13, 2012, s. 1-41.
- Ekşi Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, B.2, İstanbul 2014, (Yabancılar ve Uluslararası Koruma).
- Ekşi Nuray, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usûlü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S.6, Yıl:2014, s. 65-89, (Geçici Koruma Yönetmeliği).
- Ekşi Nuray, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.10, S.119, 2012, s. 3-22 (Türkiye’de Bulunan Suriyeliler).
- Ekşi Nuray, *The New Turkish Law on Foreigners and International Protection An Overall Assessment*, Baden Baden 2014, (The New Turkish Law).
- Elçin Doğa, “The Principle of Non-Refoulement: A Comparative Analysis between Turkish National Law and International Refugee Law” in *Politics and Law in Turkish Migration*, Eds. İbrahim Sirkeci, Doğa Elçin, Güven Şeker, London 2015, s. 39-50.
- Ergüven Nasih Sarp/ Özturhanlı Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, *AÜHFD*, 62(4) 2013, s. 1007-1061.
- Erten Rifat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIX, Yıl:2015, Sayı:1, s. 3-51.
- Fitzpatrick Joan, “Temporary Protection of Refugees: Elements of Formalized Regime”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, s.1-162.
- Gibney J. Matthew, “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol.14, 2000, s.689-707.
- Global Consultations on International Protection ‘Mechanisms of International Co-

- operation to Share Responsibilities and Burdens in Mass Influx Situations', UN Document EC/GC/01/7, 19 February, 2001, 11. <http://www.unhcr.org/3ae68f3cc.pdf> (10.10.2014).
- Göğçer Erdoğan, *Yabancılar Hukuku*, Ankara 1979.
- İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005.
- Jastram Kate/Newland Kathleen, "Family Unity and Refugee Protection" in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Eds. Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, Cambridge University, 2003, s.555-603.
- Kaya İbrahim/Yılmaz Eren Esra, *Türkiye'deki Suriyelilerin Hukukî Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri*, İstanbul 2015.
- Kerber Karoline, "The Temporary Protection Directive", *European Journal of Migration and Law*, Vol.4, 2002, s.193-214.
- Kirişçi Kemal, *Misafirliğin Ötesine Geçerken Türkiye'nin "Suriyeli Mülteciler" Sınavı, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu & Brookings Enstitüsü*, Ankara 2014.
- Kirişçi Kemal, "Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye'de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği", *Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD), Yayın Serisi, Sayı 2*, Ankara 1996.
- Lauterpacht Elihu/ Bethlehem Daniel, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in *Refugee Protection in International Law*, edt. FELLER, Erika/TÜRK, Volker/ NICHOLSON, Frances, Cambridge 2003, s.87-177.
- McAdam Jane, "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", *Int. Journal of Refugee Law*, Vol.17, s. 461-516.
- Odman Mesut, *Mülteci Hukuku*. Ankara 1995.
- Odman Tefik, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, İstanbul 2008.
- Opinion of the Economic and Social Committee, OJ 2001, C 155/24.
- Özcan Mehmet, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku, Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı*, Ankara 2005.
- Özkan Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Ankara 1989.
- Piotrowicz Ryszard/Van Eck Carina, "Subsidiary Protection and Primary Rights", *ICLQ*, Vol:53, 2004, s. 107-138.
- Pirjola Jari, "Temporary Protection as a Future Model", *Nordic Journal of International Law*, Vol:64, 1995, s.423-427.
- "Resettlement, Humanitarian Admission and Other Forms of Admission for Syrian Refugees 2013/2014 Pledges" BMMYK Şubat 2014.
- Savaşan Zerrin, "AB'de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı ve Devam Eden Kısıtlamalar", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 27, 2009, s.13-34.
- Seviğ Muammer Raşit, *Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, İstanbul 1983.

- Seviğ Vedat Raşit, Türkiye’nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981.
- Sopf Davor, “Temporary Protection in Europe After 1990: The “Right to Remain” of Genuine Convention Refugees”, *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol:6, 2001, s. 109-156.
- Summary Observations of the UNHCR on the Commission Proposal of 26 September 2000, Council Document No.11629/00.
- Taneri Gökhan, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmesi (Non-Refoulement) İlkesi, Ankara 2012
- Tekinalp Gülören, Yabancılar Hukuku, B.8, İstanbul 2003.
- Teksoy Barış, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, *AÜHFD*, 62/3, 2013, s.855-906.
- Tokuzlu Lami Bertan, Burden-Sharing Games for Asylum Seekers between Turkey and the European Union, EUI Working Papers, RSCAS 2010/05 Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute 2010.
- Topal Ahmet Hamdi, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), Bahar 2015, s.5-22.
- UN Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, UNGA Resolution No. 2312 (XXII). <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/Resolution/GEN/NR0/236/47/IMG/NR023647.pdf?OpenElement> (10.10.2014).
- UNHCR, 2014, Guidelines on Temporary Protection, <http://www.unhcr.org/5304b71c9.html>. (10.10.2014).
- UNHCR (2001), “Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework”, UN Document EC/GC/01/4, paragraf 14. <http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.html> (10.10.2014).
- UNHCR Turkey External Update, 31.8.2015. http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/august_external_update_2015.pdf (24.10.2015).
- Uzun Aytül, “Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, s.107-120.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

AN ASSESSMENT OF THE LAW ON PROTECTION OF PERSONAL DATA

İbrahim KORKMAZ*

Özet: Bilgi, modern yaşamın en önemli değerlerinden birisidir. Hergün, devlet kurumları ve özel kuruluşlar, bireyler hakkında önemli miktarda veriyi toplamakta, saklamakta, işlemekte ve nakletmektedirler. Bunun yanında, teknoloji görülmemiş şekilde kişilerin bilgiyi paylaşması ve dünya çapında yaymasına izin verecek şekilde gelişmiştir. Bütün bunlar, kişilerin bilgilerinin kontrolünü kaybederek, kendilerine karşı kullanılması gibi birçok tehlikeli durumun oluşmasına sebep olmaktadır. Kişisel verilerin korunması, bireylerin verilerinin başka kişi veya kuruluşlar tarafından yetkisiz kullanımına karşı sahip oldukları bir haktır. Bu hakkın korunmasıyla ilgili Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24 Mart 2016 tarihinde TBMM’nde kabul edilerek kanunlaşmıştır. Çalışmamızda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, bu alandaki uluslararası düzenlemeler ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Kişisel Verilerin İşlenmesi

Abstract: Information is one of the most valuable assets of modern life. Everyday, governmental and nongovernmental organizations collect, hold, process and transfer large quantities of information about individuals. Also, technology allows individuals to share and disseminate information globally on an unprecedented scale. These circumstances cause dangers to individuals such as losing control over their personal information that might be used against them. Data protection is a right that people have against possible unauthorized use of their personal information by other individuals or organizations. Law on Protection of Personal Data regarding the protection of this right was enacted by the Parliament on 24 March 2016. In our study Law on Protection of Personal Data will be examined in consideration of international regulations on this area.

Keywords: Personal Data, The Right to Protection of Personal Data, Processing of Personal Data.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ikorkmaz72@gmail.com

GİRİŞ

Çeşitli kişiler ve örgütlerce kişilere ilişkin bilgilere gereksinim, tarihin çok eski dönemlerinden beri bulunan bir gerçekliktir.¹ İnsanlar tarih boyunca, tehlikeden ve riskten kaçınmak, uygunsuz davranışları tespit etmek, başkalarının ne yaptığını kontrol etmek, kaydettikleri ilerlemeyi görmek ve toplumsal örgütlenme ve koruma amacıyla, etrafındakilerin yaptıklarına bakmışlar, gözetlemişlerdir.² Bu sebeple kişiler hakkında bilgi toplama, onları izleme veya gözetleme için geliştirilmiş birçok araç bulunmaktadır. Çağımızda teknolojik olanakların gelişmesiyle, gözetim çok daha etkili bir hal almıştır.³

Bireylerin kimliklerini belirlemeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanabilecek kişisel verilere karşı gelişen tehditler, gözetim teknolojilerine karşı bir savunma mekanizmasının geliştirilmesini zorunlu kılmış ve kişisel verilerin korunması hukukunun⁴ gerekliliği anlaşılmıştır. Kişisel veriler üzerinde ilgili kişinin denetimini amaçlayan düzenlemeler, bilgisayarların hızla gelişmesi ve merkezi veri bankalarının oluşturulması ile birlikte, ilk olarak 1970’li yıllarda Avrupa’da ortaya çıkmış ve zamanla Dünyaya yayılmıştır.⁵

1982 Anayasası’nın 2. maddesinde belirtildiği gibi insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olan ülkemiz, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, OECD gibi örgütlerin de üyesi olmasına rağmen, uzun bir süre kişisel verileri koruyan özel bir kanunun bulunmaması nedeniyle, bu alanda uluslararası kuruluşlarca benimsenen ilkeleri ulusal hukukumuzda aktaramamıştır. 2010 yılında yapılan

¹ David Lyon, *Surveillance After September 11*, Polity, 2003, s.2

² Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal Atakay, Metis Yayinevi, İstanbul 1996, s. 51 vd.

³ Daniel J. Solove, *The Digital Person, Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, ABD 2004, s. 2.; David Lyon, *Surveillance Studies an Overview*, Polity Press, 2007, s. 12.

⁴ Kişisel verilerin korunması ile ilgili normlar, kişilerin toplumun bir bireyi olmasını engelleyen bu tip baskılar altında kalmalarını engellemek ve gözetleyen ve gözetlenen arasındaki güç dengesini eşitlemek açısından önemlidir. Kişisel verilerin korunması, özde verinin kendisinin değil, verinin sahibi olan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, kişilik hakkının ve özel alanının korunmasını amaçlamaktadır. Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 4, Bundan sonra “Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması” olarak anılacaktır.

⁵ Vernon Bogdanor, *Blackwell’in Siyaset Bilimi Ansiklopedisi*, C.II, Çev. Erhan Yükselci, Sema Yükselci, Bülent Peker, Ümit Yayımcılık, Ankara 2003, s. 426.

referandumdan sonra 5982 sayılı Kanunla⁶ 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 eklenerek kişilerin kişisel verilerinin korunması açıkça anayasal güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme doktrinde kişisel verilerin korunması hakkının hangi şartlarda sınırlanabileceğinin belirtilmediği⁷ ve kişisel verilerin işlenmesi hususunu denetleyecek bağımsız bir organ öngörülmediği⁸ için eleştirilmiştir.

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi,⁹ ülkemiz tarafından 28 Ocak 1981 yılında imzalanmış olmasına karşın, uzun süre onaylanmamış ve nihayet 30 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen 6669 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanarak 18 Şubat 2016 Tarihli ve 29628 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.¹⁰

Avrupa'da birçok devletin mevzuatında kişisel verilerin korunması ile kanunlar kırk yıldan fazladır yer almaktadır. Çağdaş devletle-

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No: 5982; Resmi Gazete Tarihi: 13.05.2010, Sayı: 27580.

⁷ Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.266; Sultan Tahmazoğlu Uzeltürk, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 93, Eylül 2010, s. 3155.

⁸ Küzeci, s. 266.

⁹ Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Gerekçesi, (Çevrimiçi) <http://www.2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0320.pdf> (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016)

¹⁰ Türkiye Sözleşmeyi imzalamasına rağmen, 30/1/2016 tarihine kadar onaylayıp yürürlüğe koymayan tek ülke konumundaydı. Kanun metni için bakınız. (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218.htm> (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016)

rin neredeyse tamamı, bu konuda temel kanunlar çıkarmıştır. Henüz bu konuda bir düzenleme yapmamış devletlerin üzerinde ise bazı sebeplerle kişisel verilerin ulusal mevzuatta yer alan temel kanunlarla korunması yönünde artan bir baskı olduğu söylenebilir.¹¹ Bu yöndeki eğilimin ilk sebebi, daha önce otoriter rejimlerin bulunduğu ülkelerde tekrar bu deneyimlerin yaşanmaması için bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunmasına önem verilmesidir. Bir diğer sebep, elektronik ticaret başta olmak üzere teknolojiyle gelişen ticaretin önündeki engelleri kaldırma isteğidir. Üçüncü sebep ise, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin kişisel verilerin yeterli koruma sağlamayan ülkelere transferini yasaklaması sebebiyle Avrupa ilkeleriyle ticaret yapmak isteyen ülkelerin mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapmasıdır.¹²

Mevzuatımızda kişisel verilerin korunmasıyla ilgili dağınık hükümler bulunmasına rağmen,¹³ temel ilkelerin belirlendiği, bütünleyici, özel bir kanunun bulunmayışı, uzun bir süre önemli bir eksiklik

¹¹ (Çevrimiçi) <http://uk.practicallaw.com/4-519-9017> (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016); David Banisar, Privacy and Data Protection Around the World, s. 4, (Çevrimiçi) <https://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/banisar-paper.doc>, (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016). Ancak 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin kişisel verilerin yeterli koruma sağlamayan ülkelere transferini yasaklayan düzenlemeleri, gelişen ticaret ve Avrupa Birliği ile ilişkilerin sürdürülmesi gerekliliğinden dolayı Orta Doğu ve Afrika'da da kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemelerin yapılması konusunda gittikçe artan bir baskı unsuru olmaya devam etmektedir. Küzeci, s. 352.

¹² David Banisar, "Freedom of Information and Access to Government Record Laws Around the World", The Freedom info Global Survey, Mayıs 2004, s. 2. Türkiye'nin Avrupa Bölgesel Savcılık Teşkilatı olarak bilinen EUROJUST ve Avrupa Polis Teşkilatı olarak bilinen EUROPOL ile operasyonel işbirliği anlaşması olmasına rağmen kişisel verilerin korunmasıyla ilgili özel bir kanunun olmaması nedeniyle bu anlaşmanın gerekleri yeterince yerine getirilememektedir. Ayrıca Dışişleri Bakanlığının yabancı ülkelere vatandaşlarla ilgili istediği askerlik, kimlik, vatandaşlık bilgileri veya o ülkelerin vatandaşlarıyla ilgili bilgilerin paylaşımında sorunlar yaşanmaktadır. Yine, Türk iş adamlarının yurt dışında yaptığı yatırımlar ve yabancı iş adamlarının Türkiye'de yaptığı yatırımlar nedeniyle kişisel veri paylaşımına ihtiyaç duyulması hâlinde, bu konuda özel kanunun olmaması nedeniyle veri paylaşımı yapılamaması pek çok ciddi sorunlara yol açmaktadır. Komisyon Raporu, s. 5.

¹³ Son dönemde ülkemizde kabul edilen TCK, CMK gibi temel yasalarda kişisel verilerin korunmasına yönelik ilkeler bulunsun da, bunlar sınırlı bir koruma sağlamakta ve bütüncül bir koruma sağlamada yetersiz kalmaktadırlar. Ayrıca bu düzenlemelerin çoğunluğunun bir zararın ortaya çıkmasından sonra uygulanabilir olması nedeniyle, herhangi bir zarar ortaya çıkmadan bireylerin bu alandaki hak ve özgürlüklerini koruma altına alabilecek önleyici bir düzenlemenin bulunması bir gerekliliktir. Küzeci, s. 357.

olarak görülmüştür.¹⁴ Ülkemizde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili temel bir kanun bulunması için yukarıda belirtilen sebeplerin hepsi bulunmaktadır. İlk olarak, ülkemizde çeşitli dönemlerde yapılan hukuka aykırı fişlemeler, güvenlik soruşturmaları¹⁵ gibi bireylerin hak ve özgürlüklerine haksız müdahalelerin sonuçları, kişisel verilerin yeterince korunmaması durumunda oluşabilecek zararları göstermektedir. Gerekli ve yeterli tedbirler alınmadığı takdirde, bu şekilde haksız uygulamaların otoriter rejimler yanında demokratik yönetimlerde de gerçekleşme olasılığı her zaman vardır.¹⁶ Türkiye’de kişisel verilerin korunmasıyla ilgili özel bir yasa bulunması, her şeyden önce bunun temel bir insan hakkı olması nedeninden dolayı bir gerekliliktir.¹⁷

Bunun yanında, gelişmekte olan elektronik ticaret gibi ekonomik etkinliklerde ülkemizin geriye kalmaması için kişisel verilerin korunması gerekmektedir. Ayrıca, 95/46/AT sayılı Avrupa Yönergesi’nin 25 ve 26. maddelerinin yeterli koruma sağlamayan ülkelere kişisel verilerin transferini yasaklamasından dolayı, Avrupa ülkeleri ile etkin bir ticaret yapabilmenin sağlanabilmesi ve belirtilen hükümler dolayısıyla çeşitli sorunların yaşanmaması için¹⁸ ülkemizde bu yönde bir düzenlemenin yapılması önemlidir. Ayrıca, bu konuda yapılacak bir düzenleme, Türkiye’nin Avrupa Birliği adaylık süreci açısından da bir gerekliliktir.¹⁹

¹⁴ .Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekçesinde de belirtildiği gibi, “kişisel verilerin işlenebilmesi hususunda özel bir kanun ve etkin bir denetim mekanizmasının bulunmaması, toplumumuzda olumsuz bir algının oluşmasına sebebiyet vermektedir. Oluşan bu algının ortadan kaldırılması için kişisel verilerin belli şartlar dahilinde işlenmesine, muhafaza edilmesine ve kontrolüne ilişkin esasların belirlenmesi gerekmektedir.” Adalet Komisyonu’nun 117 Sıra Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Raporunun metni için bakınız. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016) Bundan sonra “Komisyon Raporu” olarak anılacaktır.,

¹⁵ Güney Dinç, Güvensizlik Üçgeni, 1402’likler, Fişleme, Güvenlik Soruşturması, Say, İstanbul 1987, s. 197-198.

¹⁶ Küzeci, s.354. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Gerekçesinde de belirtildiği gibi, ülkemizde kişisel verilerin işlenmesi sürecini kontrol edecek ve denetleyecek bir kurumun bulunması önemlidir. Aksi takdirde, kişisel veriler yeterli düzenleme ve denetime tabi olmaksızın, birçok kişi veya kurum tarafından kullanılabilmekte ve bu durum bazı hak ihlallerinin yaşanmasına sebep olabilmektedir. Komisyon Raporu, s. 5.

¹⁷ Komisyon Raporu, s. 5.

¹⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi 27.01.2016 tarihli tutanak sayfa 5.

¹⁹ Komisyon Tarafından Avrupa Parlamentosa ve Konseye Sunulan Bildirim Genişleme Stratejisi ve Başlıca Zorluklar 2013-2014, Brüksel, 16 Ekim 2013, SWD

Ülkemizde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili özel bir kanun hazırlamak üzere ilk komisyon 1989 yılında kurulmuş ancak çalışmalarını tamamlayamamıştır.²⁰ Daha sonra 2000 yılında kurulan ikinci komisyon üç yıllık çalışma sonucunda Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nı hazırlamıştır. Adalet Bakanlığı tarafından 7 Eylül 2003 tarihinde açıklanan Tasarı, Avrupa Birliği ilerleme raporları ve e-Dönüşüm Türkiye Projesi Kısa Dönem Eylem Planları gibi çeşitli belgelerde yer almasına karşın kanunlaşamamıştır.²¹

Adalet Bakanlığı Tasarı üzerinde ilave çalışmalar yaparak 2008 yılında Başbakanlık'a göndermiş, Başbakanlık tarafından 22 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilmiştir.²² Tasarı, TBMM Başkanlığı tarafından 02 Mayıs 2008 tarihinde esas komisyon olarak Adalet Komisyonuna, tali komisyon olarak Avrupa Birliği Uyum Komisyonuna gönderilmiştir. Adalet Komisyonu tarafından 07.05.2008 tarihinde Alt Komisyona havale edilen Tasarı ile ilgili Alt Komisyonda birkaç toplantı yapıldıktan sonra yoğun gündem nedeniyle çalışmalara ara verilmiş ve araya TBMM Seçimlerinin girmesi nedeniyle Tasarı İhtüzüğü'nün 77. maddesi gereğince hükümsüz sayılmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Adalet Bakanlığı'na yenilenerek Başbakanlık tarafından 26.12.2014 tarihinde tekrar TBMM'ye gönderilmesine rağmen TBMM seçimleri nedeniyle bu defa da yasalaşamayarak hükümsüz kalmıştır.²³

-
- (2013) 417, (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Mart 2016).
- ²⁰ Sedat Erdem Aydın, AİHM İhtihatlari Kapsamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 98.
- ²¹ Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, 2004, s. 107, Bundan sonra "Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması" olarak anılacaktır; Ceylin Beyli, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler, Bilişim Hukuku, derleyen Mete Tevetoğlu, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 70; Küzeci, s. 358; Uğur Ersoy, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak "Kişisel Verilerin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara 2009, s. 16; Bundan sonra "Kişisel Verilerin Korunması" olarak anılacaktır.
- ²² Başbakanlık'tan TBMM Başkanlığı'na gönderilen 2008 tarihli Tasarı'nın metni ve Gerekeç'e'ni içeren 22.04.2008 tarih, B.02.0.KKG.0.10/101.192/1812 sayılı ve "Kanun Tasarısı" konulu yazı metni için bakınız. (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Mart 2016).
- ²³ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne resmi web sitesinde bulunan du-

Tasarı, 18.01.2016 tarihinde tekrar Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilmiştir.²⁴ TBMM Başkanlığı tarafından 19.01.2016 tarihinde esas komisyon olarak Adalet Komisyonuna,²⁵ tali komisyonlar olarak Anayasa Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Plan ve Bütçe Komisyonuna gönderilen Tasarı hakkında Adalet Komisyonu 12.02.2016 tarihinde raporunu vermiştir.²⁶ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24 Mart 2016 tarihinde nihayet TBMM'nde kabul edilerek kanunlaşmıştır. Çalışmamızda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi başta olmak üzere kişisel verilerin korunması ile ilgili önemli görülen uluslararası düzenlemeler ışığında incelenmiştir.

I. KANUNUN AMACI, KAPSAMI VE TANIMLAR

A. Kanunun Amacı

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde Kanun ile elde edilmesi umulan amaç belirtilmiştir. Buna göre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amacı, *"kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir."*

Maddenin gerekçesinde, maddeyle Kanun'un amacının belirlendiği, bu amacın, kişisel verilerin işlenmesinin disiplin altına alınması ve Anayasa'da öngörülen başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu belirtilmiştir. Gerekçede ay-

yuruya göre, 2014 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Taslağı, 08 Haziran 2012 tarihinde Başbakanlık'a gönderilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Basbakanlik/Basbakanlik.html> , (Erişim Tarihi: 10 Mart 2016)

²⁴ Başbakanlık'tan TBMM Başkanlığı'na gönderilen 2016 tarihli Tasarı'nın metni ve Gerekçe'sini içeren 16.01.2016 tarih, 31853594-101-580-249 sayılı ve "Kanun Tasarısı" konulu yazı metni için bakınız. (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf> (Erişim Tarihi: 07 Mart 2016). Bundan sonra "Tasarı" olarak anılacaktır.

²⁵ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 26'ncı Dönemde 64'üncü Cumhuriyet Hükûmetinin Adalet Komisyonuna sevk ettiği ilk kanun tasarısıdır. Komisyon Raporu, s. 4.

²⁶ a.g.e., s. 5.

rica, Kanun ile son yıllarda önem kazanan kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların düzenlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.²⁷ Madde metnine bakıldığında, Kanun'un amacının Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde düzenlendiğini görmekteyiz.²⁸ Madde, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 1. maddesi²⁹ ve Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Yönetmelik Taslağı'nın 1. maddesi³⁰ ile paralellik göstermektedir.

B. Kanunun Kapsamı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde Kanun'un kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu *"kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır."*

Kanunun gerekçesinde de³¹ belirtildiği gibi, Kanun, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır. Kanunun uygulaması bakımından kamu ve özel sektör ayrımı yapılmamış olup, düzenlenen usul ve esaslar her iki sektör bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Kanun, kişisel verilerin otomatik veya herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işlenmesi durumunda uygulanacaktır.³²

²⁷ Tasarı, s. 18.

²⁸ Anayasamızın 20. maddesine göre " Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

²⁹ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin metni için bakınız. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:31995L0046> (Erişim Tarihi: 14 Mart 2016)

³⁰ Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Yönetmelik Taslağı (Orjinal adı, Proposal for a Regulation Of The European Parliament and Of The Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) için bakınız. (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/revi-ew2012/com_2012_11_en.pdf (Erişim Tarihi: 14 Mart 2016) Bundan sonra "AB Yönetmelik Taslağı" olarak anılacaktır.

³¹ Tasarı, s. 18.

³² Veri kayıt sistemi, Kanunun 3. maddesinde, kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde, belirli bir kritere göre yapılandırılmış kayıt sistemi olarak tanımlan-

Kişisel verilerin korunmasında kişi kavramının içeriği konusunda uluslararası doktrin ve mevzuatta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş sadece gerçek kişilere ait verilerin kişisel verilerin korunmasından yararlanması gerektiğini savunmaktadır.³³ Bir diğer görüş ise, tüzel kişilere ait verilerin de bu korumadan faydalanabileceğini savunmaktadır.³⁴

muştır. Veri kayıt sistemi sadece dijital veya elektronik ortamda olmak zorunda değildir. Kanunun düzenlemesinden anlaşıldığı ve gerekçede belirtildiği gibi, bir veri kayıt sisteminin parçası olmayan kişisel veriler otomatik olmayan yollarla işlendiklerinde Kanun kapsamında değerlendirilmeyeceklerdir. Gerekçede, bu durumun verilerin kişisel veri niteliğini etkilememesi nedeniyle, bu tür verilere ilişkin hukuka aykırı eylemlerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca suç teşkil etmeye devam edecekleri belirtilmiştir a.g.e., s. 18.

- ³³ Douwe Korff, EC Study on the Protection of the Rights and Interests of Legal Persons with Regard to the Processing of the Personal Data Relating to Such Persons, (Study Contract ETD/97/B5-9500/78) s. 41 (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1288583&download=yes, (Erişim Tarihi: 10 Mart 2016); Elif Mendos Kuşkonmaz, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.8; I. N. Walden.- R.N. Sawage, "Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations be Protected?", International and Comparative Law Quarterly, C.37, S. 22, 1988, s. 337; Hüseyin Can Aksoy, Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2008, s. 24.; Engin Dinç, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2006, s. 15, Bundan sonra "Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler" olarak anılacaktır; Sadece gerçek kişilerin özel hayatından söz edilebileceğini savunan görüşe göre, tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunması söz konusu olmayıp, ancak ticari sırlarının gizliliği söz konusu olabilir. AİHM'nin B. Company ve diğerleri v. Hollanda kararında da toplam sekiz şirketten oluşan başvuru, şirketin yıllık mali tablolarını yayımlama yükümlülüğü getiren kanuni düzenlemenin AİHS'e aykırı olduğunu ileri sürmüşler, AİHM verdiği kararda söz konusu durumun kişisel bir nitelik taşımadığını, bundan dolayı özel yaşama saygı hakkı kapsamında görülemeyeceğini belirtmiştir. Aydın, s. 7, 8.

- ³⁴ Diğer taraftan tüzel kişilerin kişisel verilerin de korunması gerektiği savunulmaktadır. Korff, tüzel kişilerin aralarında korunma ihtiyacı açısından farklılıklar bulunduğunu, dini, siyasi ve sendikal örgütler şeklindeki tüzel kişilerin, diğer tüzel kişiler daha çok korunma ihtiyacı içinde olduklarını belirtmiştir. Korff, s. 57; Tüzel kişiler arasında farklı veri koruma sistemlerinin oluşturulması düşüncesi Korff'un fikrini destekler niteliktedir. Buna göre, uluslararası şirketler, özel girişimciler, kar amacı gütmeyen şirketler, her biri farklı güçte oluşumlardır. Bunların birbirlerine göre farklı koruma sistemlerine sahip olmaları gerekir, Walden - Sawage, s. 347; Tezcan ise, tüzel kişilere ait bilgilerin kişisel veri kapsamında değil ticari sır kapsamında korunması gerektiğini savunmaktadır, Durmuş Tezcan, "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8. Cilt, 1991, s.389; Bir başka görüş ise tüzel kişilere ait verilerin kişisel verilerin korunması sisteminde ziyade, marka, patent, telif hakkı, gizlilik sözleşmesi gibi alternatif koruma

OECD Rehber İlkeleri ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde sadece gerçek kişilere ait kişisel veriler korunmaktadır.³⁵ Buna benzer şekilde, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 2/a maddesindeki kişisel veri tanımında ve başlangıç bölümünün 2. maddesinde sadece gerçek kişilere ait veriler kişisel veri olarak kabul edilmiş ve tüzel kişilere ait veriler kapsam dışında tutulmuştur.³⁶ 2002/58/AT sayılı Elektronik Haberleşme Yönergesi'nin başlangıç bölümünde yer alan 12. maddede, elektronik haberleşme sektöründe gerçek kişiler yanında tüzel kişilere ait kişisel verilerin de koruma altına alınabileceği belirtilmiştir.³⁷

Kişisel verilerin korunması hakkı, öncelikle gerçek kişiler için söz konusudur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da sadece gerçek kişiler ile ilişkili verilerin korunduğu, hem ikinci maddeden hem de kişisel verinin tanımının yapıldığı üçüncü maddeden anlaşılmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası düzenlemelerde de öncelikle gerçek kişi ile ilişkili verilerin korunmasının hedef alındığı söylenebilir.³⁸ Tüzel kişilere ait veriler gerçek kişilerin verilerini de içe-

sistemleri ile korunması gerektiğini desteklemektedir. Jerry Kang, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", Stanford Law Review, C.50, 1998, s.1211. Sonuç olarak tüzel kişilerin verilerinin, kişisel verilerin korunması mevzuatıyla korunup korunmaması hakkında mevzuatta ve öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kuşkonmaz, s.9.

³⁵ OECD Rehber İlkeleri'nin 1/b ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 2/a maddelerinde yapılan kişisel veri tanımlarında sadece gerçek kişilere ait kişisel veriler kapsam içinde tutulmuştur.

³⁶ Korff, s. 14. Bununla birlikte Yönerge, tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunup korunmayacağıyla ilgili düzenleme yapıp yapmamalarını taraf devletlerin takdirine bırakmıştır. Aydın, s. 8.

³⁷ Aksoy, s. 26; Kuşkonmaz, s.8; Aydın Akgül, Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013., s. 10.

³⁸ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde gerçek kişiler ve gerçek kişilere ait kişisel veriler korunmaktadır (md. 2.a). Buna karşılık Sözleşme'ye katılan devletlerin, dolaylı veya doğrudan gerçek kişilerden oluşan kişi grupları, dernekler, vakıflar, topluluklar, kurumlar ve öteki organlarına da Sözleşme'nin kapsamı altında koruma sağlayabilecekleri yine Sözleşme'de yer almaktadır (md. 3. f.2b). OECD Rehber İlkelerinde de esas olarak gerçek kişilere ilişkin veriler korunmakta olup, tüzel kişileri veya kişi grupları uygulama alanına dâhil etmek üye devletlere bırakılmaktadır (m.6). 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin uygulama alanını belirten 3. maddesinde de gerçek kişilere ait kişisel verilerin koruma altına alındığı görülmektedir. Bununla birlikte, Avusturya, Danimarka ve Lüksemburg gibi bazı ülkelerin veri koruma mevzuatlarında tüzel kişilere ait verileri de koruma altına aldıkları görülmektedir. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin

riyorsa ve gerçek kişi tüzel kişinin verisi sayesinde belirli veya belirlenebilir hale geliyorsa,³⁹ bu durumda tüzel kişilere ait verilerde kişisel verilerin korunması hakkının kapsamı içinde olacaklardır.⁴⁰

Kişisel verilerin kamusal organlar karşısında korunması temel hakkının muhatabı esas olarak devlet olmakla birlikte, çeşitli uluslararası düzenlemelerde, devlet yanında özel sektör kurum ve kuruluşlarının da kişisel veri kurallarının muhatabı oldukları yer almaktadır.⁴¹

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 2. maddesi düzenlenirken 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin örnek alındığı görülmektedir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesi Yönerge'nin uygulama bulacağı alanları belirtmiştir.⁴² Buna göre Yönerge, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olarak işlenmesi ve bir dosyalama sistemine kaydedilen veya kaydedilecek kişisel verilerin otomatik olmayan yollarla işlenmesi durumlarında uygulama bulur.⁴³ Kişisel veriler otomatik olarak işlem görmese bile, bir dosya içerisinde organize edilmiş ve verilere ulaşılabilirlik belirli kriter veya

Korunması, s. 122. Doktrinde baskın olan görüşe göre, kişisel verilerin korunması hakkı temel bir insan hakkıdır. Akgül, s. 67. Her gerçek kişi, kişisel verilerin korunması temel hakkının sahibidir. Kişisel verilerin korunması hakkı, esas olarak kişinin verileri üzerindeki belirleme hakkını koruduğundan, hak sahibinin yaşayan gerçek kişi olması gerekir. Bu nedenle, ölü kişi, doğrudan kişisel verilerin korunması hakkının sahibi olamaz. Kişisel verilerin korunması hakkının, esas olarak insan onuru ve kişiliğini koruduğu söylenirse, bu hakkın tüzel kişileri kapsamadığı söylenebilir. Buna karşılık tüzel kişilerde, gerçek kişilere ait kişisel verilerin bulunması veya tüzel kişilere ait verilerde gerçek kişilere ait verilerin bulunması mümkündür. Tüzel kişilerde, doğrudan veya dolaylı olarak gerçek kişilere ait veriler varsa, bu durumda bu veriler mevcut düzenlemelere göre korunur.

³⁹ Örneğin, bir limited şirketin müdürü veya ortakları hakkındaki veriler.

⁴⁰ Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 122.

⁴¹ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, madde 1; OECD Verilerin Korunması İlke-leri madde 2.

⁴² Başalp, s.13; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.42; Daniel J Solove - Marc Rotenberg - Paul M. Schwartz, Information Privacy Law, İkinci Baskı, Aspen Publishers, New York 2006, s. 902; Güray Dağ, Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2011, s. 53.

⁴³ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 3/1; David Bainbridge, Data Protection Law, CLT Professional Publishing, 2000, s. 17; Cristopher Kuner, European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation, İkinci Baskı, Oxford University Press, 2007, s. 99. Bundan sonra "European Data Protection Law" olarak anılacaktır; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.42.

kriterlere göre kolaylaştırılmış⁴⁴ ise, bu işlemler Yönerge'nin koruması altındadır.⁴⁵ Bu anlamda kişisel verilerin bilgisayarda veya bir dosyada bulunması arasında fark yoktur. Otomatik veya elle işlenen bütün kişisel veriler Yönergenin kapsamı alanındadır.⁴⁶

C. Tanımlar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlara yer verilmiştir.

1. Kişisel Veri

Kanunda kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır.⁴⁷ Bu bağlamda kişilerin kesin olarak belirlenmesini sağlayan adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bilgiler yanında, kişinin fiziki, ailevi, ekonomik ve sosyal özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Gerekçede, bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, "*mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesi*" olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Gerekçede isim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak

⁴⁴ Örneğin, dosya içerisindeki kayıtların zaman sırasına göre tutulmuş olması gibi, Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet*, s.14.

⁴⁵ Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s.36.

⁴⁶ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile karşılaştırıldığında Yönerge ile getirilen en önemli ilerleme elle işlenen kişisel verilerin de koruma içine alınmasıdır. Sözleşme'de üye ülkeler için elle işlenen kişisel verilerin korunmasıyla ilgili bir zorunluluk bulunmamaktadır. Akgül, s. 149; İngiltere, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin elle işlenen kişisel verileri kapsamına itiraz etmiş ve buna karşılık sadece İngiltere'de elle işlenen kişisel verilerle ilgili 12 yıllık bir geçiş süreci olması kararlaştırılmıştır. Dorothee Heisenberg, *Negotiating Privacy: The European Union, the United States and Personal Data Protection*, Lynne Rienner Publishers, London 2005., s.28.

⁴⁷ Komisyon Raporu, s. 7.

⁴⁸ Gerekçeye göre, kişinin belirli veya belirlenebilir olması, "verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar" a.g.e, s. 7. Kişisel veri tanımında yer alan belirlenebilir kişi kavramında, "orantılılık prensibine" dikkat edilmelidir. Burada bir kişinin tespiti için orantısız olarak çok fazla zaman ve çaba gerekiyorsa bu durumda bu kişi belirlenebilir farz edilmemelidir. Bir kişinin kimliğinin belirlenebilir olup olmadığının tespitinde, başkaları tarafından kullanılabilecek makul yöntemler hesaba katılmalıdır. Tasarı, s. 18.

izleri, genetik bilgiler gibi verilerin kişileri belirli veya belirlenebilir kılma özelliklerinin bulunması nedeniyle kişisel veriler oldukları belirtilmiştir.⁴⁹

Kişisel verinin tanımı çeşitli uluslararası ve ulusal metinlerde yapılmıştır. Kişisel veriler, bu konuya ilişkin kabul edilmiş ilk uluslararası belge olan ve 1980 yılında OECD tarafından yayınlanan Kişisel Verilerin Sınırışan Trafiği ve Verilerin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleri'nin 1/b maddesinde⁵⁰ *“belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler”* olarak tanımlanmıştır.⁵¹

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kabul edilmiş ilk bağlayıcı uluslararası belge olan 28 Ocak 1981 tarih ve 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” 2/a maddesinde⁵² yapılan bir başka tanım da ise, kişisel veriler, *“kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiye ait tüm bilgiler” şeklinde açıklanmıştır.*⁵³

95/46/AT sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi”⁵⁴ 2/a maddesinde yapılan tanım da ise kişisel veriler, *“belirli*

⁴⁹ a.g.e, s. 18.

⁵⁰ OECD Rehber İlkeleri, OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data; (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonal-data.htm>, (Erişim Tarihi: 12 Mart 2016), Bundan sonra “OECD Rehber İlkeleri” olarak anılacaktır. Kuner, European Data Protection Law, s.91.

⁵¹ Ahmet Boz, Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi A.B.D., Ankara 2014, s. 7.

⁵² Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Sözleşme metni için bakınız. (Çevrimiçi) http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, (Erişim Tarihi: 10 Mart 2016) Bundan sonra “108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

⁵³ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler, C.II, Seçkin, Ankara 2008, s.948, Sabire Sanem Yılmaz, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında), Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2014, s. 22.

⁵⁴ Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi, Yönerge metni için bakınız. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu> (Erişim

veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler” şeklinde yer almıştır.⁵⁵ “Belirlenebilir kişi” kavramı da aynı maddede “doğrudan veya dolaylı olarak özellikle bir kimlik numarası veya kişinin fiziksel, psikolojik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine bir veya birden fazla spesifik faktör referans alınarak, kimliği belirlenebilen kişi” olarak tanımlanmıştır.⁵⁶ TCK’nun gerekçesinde de “gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri kabul edilmelidir” denmektedir.⁵⁷

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’e göre “kişisel” kelimesi, “kişi ile ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi, zâtî”, “veri” ise “bilgi, data” olarak tanımlanmıştır.⁵⁸ Kişisel veri kavramı, en genel anlamıyla belirli veya kimliği belirlenebilir olmak, şartıyla bir kişiye⁵⁹ ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir.⁶⁰ Bu bilgiler; belli bir kimse- nin kimliği, etnik kökeni, fiziksel özellikleri, sağlık, eğitim, istihdam durumu, cinsel yaşamı, aile hayatı, başkaları ile yaptığı haberleşmeler, ikamet adresi, kredi kartı, kişisel düşünce ve inançları, dernek ve sendika üyelikleri, alışveriş alışkanlıkları gibi kişiyle ilgili, kişiyi belir-

Tarihi: 10 Mart 2016), Bundan sonra “95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi” olarak anılacaktır

- 55 Aksoy, s.15; Rosemary Jay -Angus Hamilton, Data Protection Law and Practice, Second Edition, Thomson, 2003, s.79; Bainbridge, s. 47; Cristopher Kuner, European Data Privacy Law and Online Business, Oxford University Press, 2003, s. 49, Bundan sonra “European Data Privacy Law” olarak anılacaktır; Aydın, s. 4.
- 56 Nil Melek Gültekin, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., İstanbul 2012, s. 7; Kuner, European Data Protection Law, s.91; Oğuz Şimşek, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanunun 4. maddesine Göre “Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması”, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, 2001, (Çevrimiçi) <http://web.deu.edu.tr/ab/MAKALE/deu%20MAK/0012.htm>, (Erişim Tarihi:10 Mart 2016).
- 57 Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri için bakınız. (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016); Gürsel Yalvaç, Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 306;; Hale Akdağ, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) A.B.D., Ankara 2010, s.6.
- 58 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts, (Erişim Tarihi: 10 Mart 2016).
- 59 Söz konusu kişinin gerçek veya tüzel kişi olması durumunda oluşacak farklılıklara ilerideki bölümlerde değinilecektir.
- 60 Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s.22; Aksoy, s.1; Kuner, European Data Protection Law, s.92;; Dinç, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler, s. 4; Doğan Kılınç, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, AÜHFD, C.61, S.3, 2012, s. 1090. Aydın, s. 4; Bu tanım 2014 tarihli Tasarı’nın 3//1-ç maddesinde de benzer şekilde yer almaktadır.

lenebilir hale getiren, doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişiyi tanımlayabilme özelliği bulunan bilgilerdir.⁶¹

2. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kanunda kişisel verilerin işlenmesi; *“kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem”* olarak, geniş bir alanı kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Gerekçede belirtildiği gibi, kişisel verilerin işlenmesi, verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini ifade etmektedir.⁶²

Kişisel verilerin korunması, bir ya da birden çok kişi veya kuruluşun dâhil olduğu bir sürece ilişkin düzenlemeleri içerir. Bu süreç, kişisel verilerin işlenmesi olarak adlandırılır.⁶³ İşleme, bilgisayarla ya da elle gerçekleştirilen her türlü süreci içerir.⁶⁴

3. Açık Rıza

Kanunda açık rıza, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde yer aldığı şekilde *“Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza”* olarak tanımlanmıştır. Gerekçede de belirtildiği gibi, *“açık rıza ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce,*

⁶¹ Özbek, s.948; Kılınç, s.1092; Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 16; Raymond Wacks, Personal Information Privacy and the Law, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 26; Lee Bygrave, Data Protection Law - Approaching Its Rationale, Logic and Limits, Kluwer Law International, Newyork 2002, s. 43, Bundan sonra “Data Protection Law” olarak anılacaktır; Judith Wagner Decew, “The Scope of Privacy in Law and Ethics”, Law and Philosophy, 5, 1986, s.307; W. A. Parent, A New Definition of Privacy for the Law, Law and Philosophy, 2, 1983, s. 307.

⁶² Tasarı, s. 18.

⁶³ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 2/b; Gültekin, s.70; Bainbridge, s. 48; Kuner, European Data Protection Law, s.242.

⁶⁴ Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s. 15 - 16; 2014 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, md 3(e); Kuner, European Data Protection Law, s.79; Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 17; Akgül, s. 62.

konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır.”⁶⁵

Kişisel verilerin korunmasında ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde yapılan işlemlere rıza göstermesi, ilgili kişinin veri işleme sürecine katılmasını ve veriler üzerinde denetimini sağlayan, verilerin işlenmesine meşruluk katan önemli unsurlardan birisidir.⁶⁶ Birçok düzenlemede, belirli durumlarda kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanmasıyla önce ilgili kişinin rızasının alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.⁶⁷ Bu durumlarda rıza beyanı bu işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. AB Temel Haklar Şartı’nın 8. maddesinde kişinin rıza beyanında bulunması ilkesine yer verilmiş, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin 2/h ve 7/a maddelerinde ise ilgili kişinin rızası, veri işlemeyi meşru kılan durumlar arasında sayılmıştır.⁶⁸

4. Anonim Hale Getirme

Kanunda kişisel verilerin anonim hale getirilmesi, verilerin başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesi olarak tanımlanmıştır. Bir başka deyişle, kişisel verinin anonim hale getirilmesi sonucunda elde kalan veri üzerinden bir izleme yapılarak başka verilerle eşleştirme ve destekleme sonrasında verinin kime ait olduğunun anlaşılabilmesi gerekir.⁶⁹

⁶⁵ Komisyon Raporu, s. 7.

⁶⁶ Küzeci, s.220; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.106. Kişisel verilerin korunması hakkının bir insan hakkı olduğu görüşü ilgili kişinin rıza beyanı ile etkinlik kazanmaktadır. Rıza beyanı, aynı zamanda bilgilerin geleceğini belirleme düşüncesinin bir yansımasıdır. Kuşkonmaz, s.101.

⁶⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent, 01197/EN WP187, 13.07.2011, (Çevrimiçi), http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Mart 2016).

⁶⁸ Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.108; Peter Carey, Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law, Oxford University Press, 2004., s.250.

⁶⁹ Komisyon Raporu, s. 7. Çağımızdaki teknolojik gelişmeler dikkate alındığında kişisel verilerin anonimleştirilmesinin gittikçe zorlaştığı görülmektedir. Bir başka deyişle, her geçen gün yeni teknolojilerin gelişmesiyle kişisel veriler ile kişilerin arasındaki bağın kurulması daha kolaylaşmaktadır. Komisyon Raporu, s. 30.

Bir verinin kişiyi belirlenebilir kılıp kılmadığı hususunda incelenmesi gereken bir diğer konu da; takma ad kullanılan veriler,⁷⁰ şifreli veriler⁷¹ ve anonim verilerdir.⁷² Takma ad kullanılan veriler, özellikle istatistiki amaçlarla birden çok kişiye ilişkin birden çok veri toplanması gerektiğinde, bu kişilerin belirlenememesi için isimlerinin başka isimlerle değiştirilmesi durumunda oluşan verilerdir.⁷³ Şifreli verilerde ise kişilerin isimleri yerine bir kod numarası verilir ve bu kod numarası ayrı bir yerde saklanır. Kod numaralarına ulaşan birisinin bu numaralar vasıtasıyla ya da takma adları öğrenen birisinin bu takma adlar vasıtasıyla, kişilerin kimliğini öğrenebileceği mümkün olduğundan, takma adlı veriler ve şifreli veriler, veri koruma yasalarının koruması altındadır.⁷⁴ Takma adlı veriler Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda tanımlanmamıştır.⁷⁵ Anonim verilerde ise, yapılan işlemler sonucunda belirlenebilir bir birey ile verinin arasındaki bağ koparılacak suretiyle bireyin kimliğinin tespiti olanaksız hale getirildiğinden, verilerin ait olduğu kişilere ulaşmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle anonim veriler, kişisel veri değildirler.⁷⁶ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin başlangıç bölümünün 26. maddesinde anonim verilerin kişisel veri olmadığı belirtilmiştir.⁷⁷

5. Veri Kayıt Sistemi

Kanun kapsamında veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği bir kayıt sistemi olarak tanımlanmıştır. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi veri kayıt sistemleri elektronik veya fiziki ortamlarda oluşturulabilir.⁷⁸

⁷⁰ İngilizce, pseudonymised data.

⁷¹ İngilizce, key - coded data.

⁷² İngilizce, anonymous data.

⁷³ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 24 numaralı gerekçesi.

⁷⁴ Bazı yazarlar, şifreli verilerin ve takma ad kullanılan verilerin kişisel verilerle ilgili mevzuat altında korunmasının, özellikle tıbbi araştırmalar gibi uzun vadeli araştırmalar söz konusu olduğunda, mali açıdan külfetli ve pahalı olacağını savunmaktadırlar., Lucas Bergkamp - Jan Dhont, "Data Protection in Europe and the Internet: An Analysis of the European Community's Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web", The EDI Law Review, S.7, 2000, s.74.

⁷⁵ Komisyon Raporu, s. 39.

⁷⁶ Walden Ian, "Anonymising Personal Data", International Journal of Law and Information Technology, C.10, S.2, 2002, s.224-237'den çeviren Kuşkonmaz s. 11.

⁷⁷ Aksoy, s. 36.

⁷⁸ Gerekçede veri kayıt sisteminde kişisel verilerin sınıflandırılması ile ilgili örnekler

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde veri kayıt sistemi yerine kişisel veri dosyalama sistemi terimi kullanılmıştır.⁷⁹ Yönerge'de, kişisel veri dosyalama sistemi, belirli bir ölçüte göre erişilebilecek şekilde yapılandırılmış kişisel veri kümesi olarak tanımlanmıştır. Bu veri topluluğunun merkezi veya merkezi olmayan veya fonksiyonel veya coğrafi temelde bölümlenmiş olması önemli değildir.⁸⁰

6. Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen

Kanuna göre veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu kişiler olup, bunlar gerçek kişiler veya tüzel kişiler olabilir.⁸¹ Veri işleyen ise, veri sorumlusu adına verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerdir.⁸²

108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde veri sorumlusu, ulusal hukuk kapsamında hangi tür kişisel verilerin hangi amaçla kaydedileceğine ve bunlara hangi işlemler uygulanacağına karar veren gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır.⁸³ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, kişisel veri işleyenleri veri sorumlusu ve veri işlemcisi olarak iki gruba bölmüştür.⁸⁴ **Yönerge de veri sorumlusu, kişisel verilerin nasıl ve hangi amaçlar için işleneceğine tek başına veya başkalarıyla birlikte karar veren gerçek veya tüzel kişi, resmi ma-**

verilmiş olup buna göre, "veri kayıt sistemi, ad, soyad veya kimlik numarası üzerinden sınıflandırılabilmesi gibi, kredi borcunu ödemeyenlere ilişkin oluşturulacak sınıflandırma da bu kapsamda değerlendirilecektir." Tasarı, s. 19.

⁷⁹ İngilizce "personal data filing system".

⁸⁰ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 2/c; Uygun, s. 50.

⁸¹ Komisyon Raporu, s. 7.

⁸² Veri işleyenler, kişisel verileri veri sorumluları tarafından verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, bir başka deyişle veri sorumlularınca çalıştırılan kişiler olabileceği gibi, veri sorumlusu tarafından kendisinden verilerin işlenmesi hizmeti satın alınan ayrı bir gerçek veya tüzel kişi olabilir. Kanunun gerekçesinde verilen örnekte, bir muhasebe şirketinin kendi personeliyle ilgili tuttuğu verilerin işlenmesi açısından veri sorumlusu, aynı şirketin müşterisi olan şirketlere ilişkin kişisel verilerin işlenmesi açısından veri işleyen olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. a.g.e, s. 7.

⁸³ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi md. 2-d; Songül Atak, "Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.87, 2010, s.96.

⁸⁴ Kuner, European Data Protection Law, s. 69; Kuner, European Data Privacy Law, s. 62.

kam, kuruluş veya diğer bir mercidir.⁸⁵ Veri sorumlusu, veri koruma memurundan farklıdır.⁸⁶ Veri sorumlusu, veri işlemcisiinden de farklı birisidir. Veri işlemcisi, veri sorumlusunun talimatı üzerine kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi, resmi makam, kuruluş veya diğer bir makamdır.⁸⁷

II. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

A. Kişisel Verilerin İşlenmesiyle İlgili Genel İlkeler

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde, verilerle ilgili yapılan işlemlerin insan onuru ve değerlerine uygun yapılması maksadıyla bazı ortak ilkeler belirlenmiştir.⁸⁸ Bu ilkelerin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması zordur. Bazı ilkeler diğerlerine kaynaklık ederken bazıları da tamamlayıcı rol oynamaktadır.⁸⁹ Bu ilkelere riayet edilmemesi durumunda kişisel verilerin iyi niyetle, hukuka uygun olarak işlenmediği, ortada bir kötüye kullanımın bulunduğu kabul edilmektedir.⁹⁰ Kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili genel ilkeler Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesinde yer almaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında kişisel verilerin ancak Kanunda ve diğer Kanunlarda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde işlenebileceği belirtildikten sonra ikinci fıkrada kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili ilkeler sayılmıştır. Bu ilkeler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaç-

⁸⁵ Kuner, European Data Protection Law, s. 117; Kuner, European Data Privacy Law, s. 62; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.44. Kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili metotların ve amaçların milli veya Birlik kanunları tarafından belirlendiği durumlarda, veri sorumlusunun kim olduğu veya hangi özelliklere sahip olması gerektiği de düzenlenebilir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 2/d. Bu anlamda, tek başına ticaretle uğraşanlar, ortaklıklar ve şirketler veri sorumlusu olabilirler. Buna ilave olarak, okullar, yerel yönetimler, kolluk güçleri, hastaneler ve devlet kurumları gibi ticaret dışı topluluklarda veri sorumlusu olabilirler. Kuner, European Data Protection Law, s. 69; Kuner, European Data Privacy Law, s. 63..

⁸⁶ Veri koruma memuru, bir işletmede kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kurallara uyulmasıyla sorumlu kişidir. Veri sorumlusunun veri koruma memuru atamak gibi bir zorunluluğu yoktur. Kuner, European Data Protection Law, s. 70.

⁸⁷ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 2/e.

⁸⁸ Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2008, s. 269; Küzeci, s.196.

⁸⁹ Küzeci, s. 195; Akgül, s. 153.

⁹⁰ Kuşkonmaz, s.87.

lar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmediir.⁹¹

1. Hukuka ve Dürüstlük Kuralına Uygun Olma

Kişisel verilerle ilgili pek çok metinde, birbirine yakın ifadelerle, kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi kuralına yer verilmiştir.⁹² Bu ilke diğer birçok ilkeyi kapsaması ve kaynağını oluşturması nedeniyle, kişisel verilerin korunması hukukunun ilk ilkesi olarak değerlendirilebilir.⁹³ Bu ilke, kişisel verilerin işlenmesi sırasında kanun ve diğer hukuksal düzenlemelere uygun olarak hareket edilmesi anlamına gelmektedir.⁹⁴ İlke, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi olarak ikiye ayrılabilir.

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi, verilerin işlenmesinde kanunlara ve diğer hukuksal düzenlemelere uygun hareket edilmesi zorunluluğunu ifade eder.⁹⁵ Kişisel verilerin işlenmesinde dürüstlük kuralına⁹⁶ uygun hareket etme, veri sorumlularının verilerin işlenmesi sırasında şeffaflığa dikkat etmeleri ve ilgili kişilerin çıkarlarını ve beklentilerini dikkate almaları olarak tanımlanabilir.⁹⁷

⁹¹ Komisyon Raporu, s. 7.

⁹² Küzeci, s.196; Kuşkonmaz, s.88; Sevimli, s. 154; Dağ, s. 118.

⁹³ Akgül, s. 154.

⁹⁴ Küzeci, s.196; Ketizmen, s. 273; Dağ, s. 118.

⁹⁵ Küzeci, s.196; Akgül, s. 154. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde verilerin işlenmesi, kişisel veri üzerinde uygulanan bütün süreçleri kapsayacak şekilde oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış olup, işleme sürecinin tamamında hukuka uygun olarak hareket edilmesi, temel bir zorunluluktur. Küzeci, s.197; Kuşkonmaz, s.88.

⁹⁶ Medeni hukukun temel kavramlarından birisi olan ve Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, toplum içinde kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde nasıl davranmaları gerektiğini göstermekte ve kişilere buna göre davranma yükümlülüğü yüklemektedir, Kemal Oğuzman, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.222.

⁹⁷ Akgül, s. 154. Bir başka deyişle kişisel verilerin ilgili kişiye bildirilen toplama ve işleme amaçları işlenmesini, ilgili kişinin bu hususta yanıtılmamasını kapsamaktadır. Hayrunnisa Özdemir, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.138; Ketizmen, s.224; Kuşkonmaz, s.89. Kanuni bir temele dayanmadan veya kanunda belirlenen kısıtlamalara aykırı olarak kişisel verilerin gizli olarak işlenmesi dürüstlük ilkesine aykırı bir durumdur. Küzeci, s.197. Ayrıca, bu ilke gereği veri sorumluları, kişisel verilerin işlenmesi sırasında ilgili kişinin özel hayatın gizliliği hakkına ihlal

2. Doğru ve Gerekli İse Güncel Olma

Kişisel verilerin doğru olarak tutulması, kişisel verileri işleyen kişi yanında ilgili kişinin çıkarları açısından da gerekli ve önemli bir durumdur. Kişisel verilerin yanlış olarak tutulması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerini, ekonomik çıkarlarını ve manevi bütünlüğünü zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Kişisel verileri işleyen veri sorumlusu kişisel verileri belli bir amaç için tutmaktadır. Kişisel verilerin yanlış olması veri sorumlusunun da çıkarlarını zedeleyecektir.⁹⁸

Kişisel verilerin doğru ve güncel tutulması, veri sorumlusunun yükümlülüklerindedir. Bu yükümlülük, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6/1 d, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 5/d maddesinde yer alırken, İsviçre Veri Koruma Yasası'nda sadece verilerin doğru olarak tutulmasına yer verilmiştir. OECD Rehber İlkelerinin 8. ve APEC Çerçeve Belgesinin 21. paragrafında kişisel verilerin doğru ve güncel olarak tutulması yanında tam olarak tutulması da bir zorunluluk olarak yer almaktadır.⁹⁹

3. Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin İşlenme

Kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi ilkesi, veri sorumlusunun, kişisel verileri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemesini ve bu amacın meşru olmasını zorunlu kılmaktadır. Veri sorumluları, kişisel verileri belirttikleri amaçlar dışında başka amaçlarla işlerlerse, bundan sorumlu olacaklardır. Gerekçede belirtildiği gibi, amacın meşru olması, veri sorumlusunun işlediği verilerin, yapmış olduğu iş veya sunmuş olduğu hizmetle bağlantılı ve bunlar için gerekli olması anlamına gelmektedir.¹⁰⁰

eden hareketlerden kaçınmalıdır. Bygrave, Data Protection Law, s.58.

⁹⁸ K. Ahmet Sevimli, İşinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 155; Küzeci, s. 203.

⁹⁹ Küzeci, s. 208. Kişisel verilerin doğru ve gerekli ise güncel olması ilkesi, kişisel verilere erişim hakkı ile yakından ilgilidir. İlgili kişi, kişisel verilerine erişemiyorsa bu verilerin doğru ve güncel olduğunun anlaşılması çok zor olacaktır. Veri sorumlusu, bunun için ilgili kişinin verilerine ulaşabilmesine olanak sağlayan bir sistem oluşturmalıdır. Web sitelerinde kullanıcıların bir şifre ile kişisel bilgilerine ulaşabildikleri sistemler buna örnek olarak gösterilebilir. Böylece veri sorumlusu üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olacaktır. a.g.e., s. 209; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.85.

¹⁰⁰ Tasarı, s. 19.

Veri koruma düzenlemelerinin tamamında kabul edilen¹⁰¹ amaca bağlılık ilkesine göre; kişisel veriler hukuka uygun amaçlarla toplanmalı, toplanma amacı belirli ve açık olmalı¹⁰² ve işleme amacı toplama amacı ile uyumlu olmalıdır.¹⁰³ Amaca bağlılık ilkesi, kişisel verilerin dürüst ve hukuka uygun olarak işlenmesi ilkesinin uygulanıp uygulanmadığının tespiti açısından da önemli bir ilkedir.¹⁰⁴

Verilerin toplama amacının meşru olabilmesi için, bu amacın yasal bir temele dayanması, bütün hukuki gerekliliklerin tamamlanmış olması ve verilerin işlenmesinden elde edilen çıkar ile toplama amacının uyumlu olması gerekir.¹⁰⁵ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin bu hususta tanıdığı bir istisna ise, üye devletlerin uygun önlemleri almaları koşulu ile kişisel verilerin tarihsel, istatistiksel ve bilimsel amaçlarla sonradan işlenmesidir.¹⁰⁶

¹⁰¹ AB Veri Koruma Yönergesi md. 6/1,c; 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi md. 5/b; OECD Rehber İlkeleri par. 9.

¹⁰² Verilerin toplama amacının belirli ve açık olması, belirsiz ifadelerin toplama amacında yer almamasını gerektirir. Ayrıca kişisel veriler ileride kullanılmak amacıyla toplanmamalıdır. Bu, kişisel verilerin ilgili olduğu kişileri potansiyel suçlu konumuna sokar ve kişilerin kendilerini özgürce ifade etmelerini engeller. Özdemir, s.142; Akgül, s. 155. Kişisel verilerin toplanıp işlenmesi için ilgilinin rızası olmalı ya da hukuka uygun bir yetki olmalıdır. Kuşkonmaz, s.91.

¹⁰³ Kişisel veriler ilgili kişinin rızasına dayanılarak işleniyorsa, bu durumda rıza dar yorumlanmalıdır. Kişi, kişisel verilerinin hangi amaçla işlenmesine rıza gösteriyorsa, kişisel veriler ancak o amaç doğrultusunda toplanmalı ve işlenmelidir. Özdemir, s.142. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne göre veri sorumluları, kişisel verilerin işleme amacını tam olarak belirlemeli ve bu amacı verilerin ilgili olduğu kişilere ve veri denetleme kurumlarına bildirmelidirler. Küzeci, s. 199; Kuşkonmaz, s.89; Sevimli, s. 154; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.83; Akgül, s. 72.

¹⁰⁴ Ketizmen, s.225.

¹⁰⁵ Kuner, European Data Protection Law, s. 100 Küzeci s. 202. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 7. maddesinde, kişisel verilerin işlenmesinin hangi durumlarda meşru olacağı belirlenmiştir. Buna göre; kişisel veriler, ilgili kişinin rızasının bulunması, ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifa edilmesi ya da ilgili kişinin bir sözleşmenin tarafı olmadan önceki istemleri dolayısıyla işlemenin gerekli olması, veri sorumlusu tabi olduğu yasal bir yükümlülüğe uymak için işlemenin gerekli olması, ilgili kişinin yaşamsal çıkarlarının korunması için işlemenin gerekli olması, işlemenin kamu yararının bulunduğu bir hizmetin gerçekleştirilmesi ya da veri sorumlusunun veya verinin açıklandığı üçüncü kişinin resmi bir yetkisini kullanması için gerekli olması, Yönerge'nin 1/1 hükmü uyarınca ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklı çıkarlarının baskın olduğu durumlar hariç, veri sorumlusu veya verinin açıklandığı üçüncü kişinin meşru çıkarlarından kaynaklanan amaçlar için gerekli olması durumlarında işlendiği zaman bu işleme meşrudur.

¹⁰⁶ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi md. 1/b, 2. cümle.

4. Kişisel Verilerin, İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olması

Bu ilke; belirlenen amaçları gerçekleştirmeye elverişli kişisel verilerin işlenmesi, amaçla ilgili olmayan veya amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmeyecek kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılmasını gerektirmektedir. Kanunun gerekçesinde belirtildiği gibi, kişisel verilerin sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanması amacıyla işlenebilmesi için, işlemeye ilk kez başlıyor gibi, 5. maddede yer alan şartlardan birinin gerçekleşmesi gerekecektir. Ayrıca işlenen veri sadece amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olanla sınırlı tutulmalıdır.¹⁰⁷

Bu ilkeye göre, veri sorumlusu kişisel verileri toplamadan önce amacına ulaşmak için verilerin mutlaka kullanıp kullanmaması gerektiğini saptamalı, kişisel verilerden amaca ulaşmak için yeterli miktarını toplamalı ve işlemeli, gereğinden fazla veri toplamamalı ve işlememelidir.¹⁰⁸ İlkenin gereği olarak, kişisel veriler toplanma ve işleme amaçlarının gerçekleşmesi açısından gerekli ve yeterli miktarda tutulmalıdırlar.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Tasarı, s. 19.

¹⁰⁸ Küzeci, s. 203; Akgül, s. 158. Bu ilkede, amaca ulaşmak için gerekli olan en az sayıda kişisel verinin işlenmesine çalışılmaktadır. Veri ekonomisi olarak adlandırılan bu yöntemle gereğinden fazla kişisel verinin işlenmesinin önüne geçilmeye çalışılarak, ilgili kişilerin mümkün olan en az miktarda risk altında tutulması amaçlanmaktadır.

¹⁰⁹ Kimi metinlerde "asgarilik ilkesi" olarak adlandırılan bu ilkeye göre, toplanan kişisel veri miktarı, verilerin toplanması ve işlenmesi amaçlarını başarmak için zorunlu olan miktarla sınırlı olarak tutulmalıdır. Kuşkonmaz, s.92; Küzeci, s.203. Bu ilke uyarınca veri sorumlusu, amacına ulaşabilmek için verilerin gerekli olup olmadığını saptamalıdır. Eğer kişisel veriler kullanılmadan veri sorumlusu amacına ulaşabilecek ise, kişisel veriler kullanılmamalıdır. Amaca ulaşmak için kişisel verilerin kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda ise veri sorumlusu mümkün olduğu kadar az veriyi kullanmalıdır. Federal Almanya Veri Koruma Yasası'nın 3a hükmünde de "...hiçbir verinin veya olanaklı bulunan en az miktarda kişisel verinin toplanması, işlenmesi veya kullanılması..." ibaresi bulunmaktadır. Küzeci s. 203. Burada amaca ulaşmak için gerektiğinden fazla kişisel verinin kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Örneğin işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde işçisinden isteyebileceği bilgiler, iş ilişkisi için gerekli olanlar ile sınırlı tutulmalıdır. Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s.38. Aynı şekilde, ücretsiz e-mail hizmet sağlayıcısının gerekli olmamasına rağmen, ilgili kişinin yaş, cinsiyet bilgilerini de istemesi asgari sayıda verinin elde edilmesi ve amaca bağlılık ilkesine aykırılık teşkil eder. Küzeci, s.204. Veri sorumlusu, kişisel verilerin toplandığı her durumda amaca bağlılık ilkesinin gerektirdiği değerlendirmeyi yapmalıdır. a.g.e, s 203. Teknolojinin gelişmesiyle büyük miktarlarda kişisel verilerin kolayca

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6/1,c hükmü uyarınca, kişisel veriler, *"toplanma ve/veya bunu izleyen işleme amaçları açısından yeterli ve onlarla ilgili olmalı, aşırı olmamalıdır."* 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de bu ilke 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile hemen hemen aynı şekilde yer almaktadır. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nden farklı olarak kişisel verilerin saklanma amacına da önem vermektedir. OECD Rehber İlkelerinde ve BM Rehber ilkelerinde ise bu ilkeye yer verilmemiştir. Ancak konu dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilebilir.¹¹⁰

5. İlgili Mevzuatta Öngörülen veya İşlendikleri Amaç İçin Gerekli Olan Süre Kadar Muhafaza Edilme

Kişisel verilerin, ancak ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi gerekir. Bu durumda veri sorumluları, kişisel verilerin muhafaza edilmesi süresini saptarken ilk olarak mevzuata bakacak, eğer mevzuatta bir süre belirlenmişse bu süre kadar muhafaza edebilecektir. Eğer mevzuatta bir süre belirlenmemişse, veri sorumluları kişisel verileri ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edebileceklerdir. Bu sürenin sonunda kişisel veriler silinecek veya anonim hale getirileceklerdir. Kişisel veriler gelecekte kullanma ihtimaline binaen saklanmayacaktır. Veri sorumlusu, Kanun'un 16. maddesi uyarınca kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi Sicile kayıt için başvururken bildirmek zorundadır.¹¹¹

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6/1-e maddesi, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 5/c maddesi ve OECD Rehber İlkeleri'nin 8. paragrafında yer alan bu düzenlemeye göre kişisel ve-

ve az bir maliyetle elde edilmesi sonucu, çok büyük miktarlarda kişisel veriler toplanabilmektedir. Bu durum kişisel verilerin korunmasıyla ilgili birçok sorun yaratabilecek kapasitedir. Örneğin, bir alışveriş merkezinde hırsızlığın önlenmesi için konulmuş kameraların mağazanın dışında yoldan geçen kişileri de kayıt altına aldığı durumda, amacı aşacak şekilde kişisel verilerin toplanması söz konusu olacaktır. Almanya'da görülen bir davada, sokaktan geçen kişilere gözetlenmedikleri bir alan bırakılarak görüntülerinin gereksiz yere kaydedilmemesi için market kameralarıyla kaldırımın en fazla bir metre uzağının gözetlenebileceğine karar verilmiştir. Küzeci, s. 210; Akgül, s. 159.

¹¹⁰ Bygrave, Data Protection Law, s.203.

¹¹¹ Komisyon Raporu, s. 8.

riler, ilgili kişinin teşhis edilmesine olanak sağlayacak şekilde, kişisel verilerin toplandığı veya daha sonra işlendiği amaçlar için gerekli olandan daha uzun süre tutulmamalıdır.¹¹²

B. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesinde kişisel verilerin işlenme koşulları düzenlenmiştir. Maddeye göre kural olarak kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızasının bulunduğu durumlar veya maddede sayılan istisnalar dışında işlenmesi yasaktır.¹¹³

¹¹² Kuşkonmaz, s.93; Sevimli, s. 156; Akgül, s. 158. Kişisel verilerin tutulmasının ilgili kişi için potansiyel bir tehlike yarattığı düşünülürse bu ilkenin amacı ilgili kişiyi korumaktır. Kişisel verilerin amacın gerektirdiğinden daha uzun süre ilerde kullanılma ihtimaline karşı tutulması, ilgili kişinin kişisel verilerin korunması hukukunun dayanağını oluşturan bireysel özerklik, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ve özel yaşamın gizliliği gibi pek çok değerinin zarar görme ihtimalini arttıracaktır. Küzeci, s. 209. Nitekim AİHM'de S. ve Marper - Birleşik Krallık davasında kişisel verilerin süresiz olarak tutulmasına dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, başvuruçuların daha önceki davalarda alınan parmak izleri, hücre örnekleri ve DNA profillerinin beraat etmelerine ve ceza kovuşturmasına yer olmadığına karar verilmiş olmasına rağmen süresiz olarak tutulmaya devam edilmesinin, AİHS'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. S. ve Marper - Birleşik Krallık Davası, (Başvuru Numaraları: 30562/04 ve 30566/04) Karar Tarihi: 4 Aralık 2008, Kararın İngilizce metni için bakınız. AİHM kararlarında, kişisel verilerin olması gerekenden uzun süre tutulmasının AİHS'nin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. AİHM, S. ve Marper v. Birleşik Krallık Davasında, şüphelilerin suç nedeniyle parmak izi, DNA profili ve hücre örneklerinin belirsiz bir süre tutulmasına izin veren uygulamanın AİHS'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Küzeci, s. 211; Akgül, s. 158.

¹¹³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Gerekçesinde 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesine göre rızanın ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı olduğu belirtilmiştir. İlgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine gösterdiği rıza konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, birey, kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstererek, kişisel verilerin korunması hakkını bizzat kullanmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise, birey, kişisel verilerinin izlenilmesine rıza göstererek, kişisel verilerinin korunması hakkından vazgeçmektedir. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.108; Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 31. Her iki görüşte de ortak amaç, rıza beyanı sayesinde bireyi, veri işleme faaliyetlerinin basit bir objesi olmaktan korumak ve kişisel verileri üzerindeki denetimini arttırmaktır. Kişisel verilerin korunması hakkını mülkiyet hakkı kapsamında gören Amerikan Hukuku ile insan hakları kapsamında gören Avrupa Hukuku arasındaki fark, ilgili kişinin rıza beyanına yaklaşımda da görülmektedir. Amerikan hukukunda genel olarak kişisel veriler bir menfaat aracı olarak görüldüğünden, ilgili kişi kişisel verilerinin korunmasından tamamen feragat edebilmektedir. Kişisel verilerin korunmasının bir temel

1. Kişinin Açık Rızasının Bulunması

1982 Anayasası'nın 20. maddesine 2010 yılı Anayasa Değişikliği ile eklenen kişisel verilerin korunmasına ilişkin paragrafta da, *"kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir"* düzenlemesi yer almaktadır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda ve 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde yer alan düzenlemelere göre, ilgili kişinin rıza beyanının geçerli sayılabilmesi için bazı gerekliliklerin karşılanması gerekmektedir. Yönerge'ye göre, ilgili kişinin rızasının bir hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilebilmesi için, "şüpheye yer bırakmayacak şekilde verilmiş" olması, bir başka deyişle "kesin" olması gerekir.¹¹⁴ Yine, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olduğu durumlarda da ilgili kişinin rızasının "açık" olması aranmaktadır.¹¹⁵

Rıza, ilgili kişinin açık ve kesin bir iradesi olmalı, bir başka deyişle ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterip göstermediği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamalıdır.¹¹⁶ 95/46/AT sayılı

hak olarak benimsendiği Kıta Avrupası'nda ise, ilgili kişi, haklarının ihlali olan hareketlere karşı rıza göstermektedir. Kuşkonmaz, s.102.

¹¹⁴ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 7/a.

¹¹⁵ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 8/2 a. Özel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesinde en önemli meşruiyet koşullarından birisi, ilgili kişinin rıza beyanında bulunmasıdır. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan rızanın, açık şekilde verilmesi, bir başka deyişle ilgili kişinin kabule yönelik iradesini ortaya koyan müspet bir hareketinin bulunması gerekmektedir. Kişinin hareket-siz kalması rıza gösterdiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Küzeci, s.240. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde ilgili kişinin rıza beyanının geçerli olabilmesi için, dört durumun bir arada bulunduğu nitelikli bir rıza beyanının bulunması gerekmektedir.

¹¹⁶ Şüpheye yer bırakmayan rıza beyanı, açık veya örtülü şekilde yapılabilir; Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s. 40; Beyanın anlam ve konusu, beyan vasıtalarından yani, kullanılan söz, yazı ve işaretlerden hiçbir yorum ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde anlaşılıyorsa, bu bir açık rıza beyanıdır. Açık irade beyanın ilgili kişinin rıza beyanında 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nce aranan ilk ölçütü karşıladığı açıktır. Küzeci, s.221. Örtülü rıza beyanında, birey rızasını dolaylı olarak başka davranış biçimleriyle veya bunların yorumuyla açıklamakta, hal ve şartlara göre değerlendirilen bu davranış biçimleri sonucunda kişinin rızasıyla ilgili kanaat elde edilmektedir. Mustafa Dural – Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Bölümleri, İstanbul 2006, s.166'dan aktaran Kuşkonmaz, s.103; Beyan davranışı mevcut hal ve şartlara göre değerlendirildiğinde sonuçta beyanda bulunulduğuna dair bir kanaat elde edilebiliyorsa açık rıza beyanı gibi örtülü rıza beyanı da Yönerge'de

Avrupa Birliği Yönergesi'ne göre rıza, ilgili kişinin özgür iradesi sonucu olmalı, başka bir deyişle hiçbir etki altında kalınmadan verilmiş olmalıdır.¹¹⁷ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde rıza beyanı ile ilgili aranan bir başka ölçüt ise, rızanın somut veri işlem faaliyetiyle ilişkin olmasıdır.¹¹⁸ İlgili kişinin kendisine ilişkin her türlü veri-

belirtilen ölçütü karşılamaktadır. Burada ilgili kişinin susması veya hareketsiz kalmasının rıza beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Burada Yönerge'de belirtilen "şüpheye yer bırakmayacak" ifadesi önem kazanmaktadır. İlgili kişinin susması, başka davranış veya belirtilerle desteklenmesi nedeniyle şüpheye yer bırakmayacak şekilde rıza gösterdiğinin anlaşıldığı durumlar hariç, rıza beyanı olarak kabul edilemez; Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s.40.

¹¹⁷ Bunun sağlanması için, ön şart, ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterip göstermeme konusunda gerçek bir seçim hakkı olmasıdır. Eğer ilgili kişi, rıza göstermeye mecbur bırakılmışsa veya üzerinde bu yönde bir baskı bulunuyorsa, bu durumda özgür iradesinin bulunduğu söz edilemez. Özellikle ilgili kişi ile veri sorumlusu arasında işçi işveren ilişkisi gibi hiyerarşik bir ilişki varsa, bu durumda ilgili kişinin özgür iradesinin oluşup oluşmadığı sorgulanmalı ve ilgili kişi için ek bazı güvenceler sağlanmalıdır. Kuner, European Data Protection Law, s.68; Küzeci, s. 222. Carey, s.72/73. Bazı Avrupa Birliği üyesi ülkelerde işçilerin kişisel verilerinin korunması için işyerlerinde denetim sistemleri kurulmadan önce işveren işçi konseyleri ile anlaşmaya varması gerektiği düzenlenmiştir. İşçiler bu anlaşma çerçevesinde kişisel verilerinin korunmasında temsilcilerinden yardım almaktadır. Article 29 Working Party, Opinion on the Processing of Personal Data in the Employment Context, Opinion 8/2001, WP 48, 13.09.2001, s.23, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48sum_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016). Bunun yanında, işçi işveren ilişkisi dışında, doktor hasta ilişkisi gibi ilgili kişinin veri sorumlusuna önemli oranda bağlı olduğu bazı diğer durumlarda da rızanın özgür irade ile verilip verilmediğinin özel olarak incelenmesi gerekebilir. Bu durumda ek bir güvence olarak, doktor hastaya, verilerinin işlenmesine rıza göstermemesinin tedavisini etkilemeyeceği açıkça belirtilmelidir. Kuşkonmaz, s.104. Yine ilgili kişi tarafından kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterilmemesi durumunda, ilgili kişi bir yaptırımla karşılaşacaksa, rızanın özgürce verildiğinden söz edilemez. Rızanın anlaşmanın yapılması için şart olarak yer aldığı durumlar buna örnek olarak verilebilir. Ancak rızanın gösterilmemesi durumunda öngörülen yaptırım çok hafif ise, bu durumda rızanın özgür bir irade sonucunda verildiği düşünülebilir. Örnek vermek gerekirse, parasız elektronik posta hizmetlerinin kullanılabilmesi için kullanıcı tarafından bilgisayarına çerez (cookies) yerleştirilmesi durumunda, eğer aynı hizmetin çerezlerin yerleştirilmesine gerek kalmaksızın ücretsiz olarak alınabileceği başka siteler varsa, ilgili kişi çerezlerin bilgisayarına yerleştirmek istemediği durumlarda bu hizmeti kolaylıkla başka sitelerden alabileceğinden, bu durumda rızanın özgürce verildiğini söyleyebiliriz. Küzeci, s.223.

¹¹⁸ Rıza belli bir duruma özgülenmiş, kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilen somut olay iyece tanımlanmış olmalıdır. Article 29 Working Party, Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), WP 131, 15.02.2007, s.9 (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp131_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016).

nin işlenmesine rıza göstermesi şeklindeki bir rıza beyanı bu koşulun sağlanmamasından dolayı geçerli sayılmayacaktır.¹¹⁹ İlgili kişi, kişisel verilerinin işlenmesi ile ilgili, özellikle işlemenin içeriği, amacı, süresi, verilerin nerelerde kullanılacağı hakkında yeterince bilgilendirilmelidir.¹²⁰ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde rıza beyanının şekline ilişkin herhangi bir koşul düzenlenmemiştir.¹²¹

İnternet ortamında yapılan rıza beyanları yukarıda belirtilen koşulları taşıyorsa kural olarak geçerli kabul edilmelidir. Ancak burada üzerinde durulması gereken, internet ortamında ilgili kişinin yeterli olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğidir.¹²² Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka hususta, "opt-in" ve "opt-out" olarak ifade edilen rıza türleridir..¹²³ "Opt-out" seçeneğinde kişinin hareketsiz kalması rıza beyanında bulunduğu anlamına geldiğinden, bu seçenek kişisel verilerin korunmasında "opt-in" seçeneğine göre daha zayıf bir koruma sağlamaktadır. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin

¹¹⁹ Küzeci, s.223.

¹²⁰ Bir başka deyişle kişi, neye rıza gösterdiği konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır. Kişisel verilerin ileriki dönemlerde de işlenmesi söz konusu ise, kişinin bundan da bilgisi olması gereklidir. Bu ölçüt, rızanın şüpheye yer bırakmayacak şekilde verilmesi gerekliliği ile de ilişkilidir. Ayrıca ilgili kişi neye rıza gösterdiği konusunda bilgilendirilirken anlaşılır bir dil kullanılmalıdır. Kişinin anlayamayacağı terimlerle dolu veya okuyamayacağı kadar küçük bir yazıyla yazılmış bir bilgilendirme formuna dayanan rıza beyanı Yönerge kapsamında geçerli bir beyan olarak kabul edilmeyecektir. Kuşkonmaz, s.105.

¹²¹ Bununla birlikte, Federal Almanya Veri Koruma Kanunu'nda rızanın yazılı olması gerektiği yer almaktadır. Elektronik ortamda yapılan rıza beyanlarında da genel kural olarak yazılılık koşulunun gerçekleştiği kabul edilmiştir. Korff, s. 32; Küzeci, s.224; Kuşkonmaz, s.105.

¹²² Bilgilendirme metninde yer alan bilgiler; fazla uzunsa, ifadeler açık değilse, sitenin içerisindeki yönlendirmelerle ulaşmak zorlaştırılmışsa veya ortalama bir kişinin anlayamayacağı teknik bir dille yazılmışsa, bu durumda ilgili kişinin yeterince bilgilendirildiği söylenemeyeceğinden rıza beyanı geçersiz sayılacaktır. Kuner, European Data Protection Law, s.68.

¹²³ Örneğin, e-maillerde "bu iletileri almak istemiyorsanız aşağıdaki kutuyu işaretleyiniz" gibi bir uyarı bulunuyorsa, bu "opt-out" rıza beyanına örnek olarak gösterilebilir. Burada kişi rıza beyanında bulunmak için herhangi bir eylemde bulunmaması, örnekte belirtilen kutuyu işaretlememelidir. Kişinin hareketsiz kalması rıza beyanında bulunduğu şeklinde anlaşılmaktadır. Yine bir başka e-mailde "Kişisel bilgilerinizi size çeşitli fırsatlar sunacak X Şirketi ile paylaşmamızı istiyorsanız aşağıdaki kutuyu işaretleyiniz" gibi bir uyarı bulunuyorsa, bu durumda "opt-in" rıza beyanının bulunduğu bahsedilebilir. Burada ilgili kişi, rıza beyanında bulunmak için kutuyu işaretleyerek aktif bir hareket yapmaktadır. Kişinin hareketsiz kalması, rızasının olmadığı anlamına gelmektedir. Carey, s.254; Küzeci, s.225.

14. maddesi, doğrudan pazarlamaya ilişkin faaliyetlerde işlenen kişisel verilerle ilgili olarak “opt-out” seçeneğini standart olarak belirlemiştir.¹²⁴ Yönerge, diğer faaliyetlerde “opt-in” veya “opt-out” rıza koşulu bakımından zorunlu bir düzenleme içermemektedir. 2002/58/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi de doğrudan pazarlama faaliyetlerinde “opt-in” seçeneğini standart olarak belirlemiştir.¹²⁵

2. İşlenme Yasağının İstisnaları

Maddenin ikinci fıkrasıyla ilgili kişinin açık rızası olmasa dahi bazı hallerde kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu hallerden biri kanunda açıkça düzenlenmesidir.¹²⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na göre, rızanın açıklanamadığı veya geçerli olmadığı hallerde kişilerin hayat ve beden bütünlüklerinin korunması için gerekli ise kişisel veriler işlenebilir.¹²⁷ Kanunda yer alan ilgili kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerinin işlenebileceği bir başka durum ise, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olmasıdır.¹²⁸

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 5. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendine göre, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü ye-

¹²⁴ Kuner, European Data Protection Law, s.309.

¹²⁵ 2002/58/AT sayılı sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 13/3. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC, WP 90, 27.02.2004, s.7, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp90_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016).

¹²⁶ Polis Vazife ve Selahiye Kanunu uyarınca şüphelilerin parmak izlerinin alınması, Adli Sicil Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığınca adli sicil bilgilerinin işlenmesi Kanunun gerekçesinde verilen örneklerdir. Komisyon Raporu, s. 8.

¹²⁷ Gerekçede verilen örneklerle göre, kişinin bilincinin olmadığı veya akıl hastası olması sebebiyle rızasının alınmadığı veya geçerli olmadığı durumlarda, hayat veya beden bütünlüğünün korunması amacıyla tıbbi müdahale yapılması gerekliyse, kan grubu, geçirilen hastalıklar ve ameliyatlar, kullanılan ilaçlar ile ilgili kişisel verileri işlenebilecektir. Yine hürriyeti tahdit edilen bir kişiyi kurtarmak amacıyla, kişinin veya şüphelinin yerinin belirlenebilmesi amacıyla kişisel verileri işlenebilecektir. a.g.e, s. 8.

¹²⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 5. madde 2/c. Gerekçede verilen örneğe göre, yapılan sözleşme gereği paranın ödenmesi için alacaklı tarafın hesap numarası alınabilecektir. Yine bu kapsamda, krdei sözleşmenin yapılması sırasında banka, kişinin maaş bordrosuna, tapu kayıtlarına, icra borcu olmadığına dair belgeye erişebilecektir. Komisyon Raporu, s. 9.

rine getirebilmesi için zorunlu olması durumunda, ilgili kişinin kişisel verileri açık rızası olmasa dahi işlenebilecektir.¹²⁹ Fıkranın (d) bendine göre, ilgili kişi, kişisel verilerini alenileştirmiş ise bir başka deyişle kendisi kamuoyuna açıklamış ise, bu kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmasa dahi işlenebilecektir.¹³⁰ Burada ilgili kişi tarafından alenileştirilen, bunun sonucunda herkesin erişimine açık hale getirilen verilerin korunmasından beklenen hukuki yararın ortadan kalktığı kabul edilmektedir.¹³¹

Kişisel verilerin işlenmesinin bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olduğu durumlarda, Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendine göre ilgili kişinin açık rızası bulunmasa dahi kişisel verileri işlenebilecektir.¹³² Fıkranın (f) bendine göre, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması durumunda da, ilgili kişinin açık rızası olmasa dahi kişisel verileri işlenebilecektir.¹³³

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi de kişisel verilerin işlenebileceği durumları saymıştır.¹³⁴ Bu durumlar: ilgili kişinin herhangi

¹²⁹ Gerekçede verilen örneğe göre, şirketler çalışanlarına maaş ödeyebilmek için, çalışanlarının banka hesap numarası, medeni durumu, eşinin çalışıp çalışmadığı, sosyal sigorta numarası gibi kişisel verilerini işleyebileceklerdir. Komisyon Raporu, s. 9.

¹³⁰ Kişisel verilerin alenileştirilmesinin nasıl yapıldığının, alenileştirme kavramının sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Bu kapsamda yönetmelikte ayrıntılı düzenleme yapılması faydalı olabilir. Bu konunun yönetmelikle düzenlenmesi de Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin 13. maddesine de aykırılık teşkil edebilir. Aksi takdirde konu içtihat ile aydınlatılacaktır.

¹³¹ Komisyon Raporu, s. 9.

¹³² Gerekçede verilerin örneğe göre, bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanması veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasinin veya kayyımın, kısıtlının mali bilgilerini tutması hukuka uygundur. a.g.e, s. 9.

¹³³ Bu durumda, bir şirkette çalışanların kişisel verileri, temel hak ve özgürlüklerine zarar verilmemek kaydıyla, terfilerin, maaş zamlarının veya sosyal hakların düzenlenmesinde veya işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağılımında esas alınmak üzere, açık rızaları bulunmasa dahi işlenebilir. Burada şirket çalışanlarının terfilerinin, maaş zamlarının veya sosyal haklarının düzenlenmesi veya işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde çalışanların görev ve rol dağılımının yapılması veri sorumlusu statüsündeki şirket sahibinin meşru menfaatidir. Burada dikkat edilmesi gereken durum, aynı zamanda kişisel verilere ilişkin temel ilkelere uyulması ve veri sorumlusu ile verileri işlenen kişi arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesidir a.g.e, s. 9.

¹³⁴ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 7; Kuner, European Data Pri-

bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi, ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmeyi yerine getirmek veya bu sözleşmeye girmeden önce ilgili kişinin isteğiyle gerekli adımları atmak için kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun konu olduğu bir yasal zorunluluğa uymak için kişisel verilerin işlenmesi gerekmesi, ilgili kişinin hayati çıkarlarını korumak için kişisel verilerin işlenmesinin gerekmesi, kamu yararı için yapılan bir faaliyetin yerine getirilmesi veya veri sorumlusu veya verinin açıklandığı üçüncü tarafın kamu yetkisini kullanarak yaptığı bir faaliyetin yerine getirilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, Yönerge tarafından ilgili kişiye tanınan haklar ağır bastığı durumlar hariç olmak üzere, kişisel verileri işlemenin, veri sorumlusu veya verilerin açıklandığı üçüncü tarafın meşru çıkarları için gerekli olması durumlarıdır.

III. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENME ŞARTLARI

A. Kapsam

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti,¹³⁵ dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri, özel nitelikli kişisel veri olarak sınıflandırılmıştır.¹³⁶ Kanundaki düzenlemeye göre, özel nitelikli kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.¹³⁷

Kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuat incelendiğinde bazı verilerin diğerlerine kıyasla daha çok koruma altına alınmış oldukları görülmektedir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi,¹³⁸ 108 sayılı

vacy Law, s. 58; Mustafa Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s. 168; Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 70.

¹³⁵ Kişilerin mezhebi ve kılık kıyafetinin özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmesi sadece ülkemizde bulunmaktadır. Komisyon Raporu, s. 73.

¹³⁶ Gerekçede bu verilerin, başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikte veriler olmaları nedeniyle özel nitelikli (hassas) veri olarak kabul edildikleri belirtilmiştir. a.g.e, s. 9.

¹³⁷ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 6/(2).

¹³⁸ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, madde 8.

Avrupa Konseyi Sözleşmesi,¹³⁹ BM Rehber İlkeleri,¹⁴⁰ belirli türdeki verilere özel koruma getirirken, OECD Rehber İlkeleri¹⁴¹ ve APEC Çerçeve Belgesinde bu şekilde özel bir koruma bulunmamaktadır.

Mevzuatta “hassas veri”,¹⁴² “özel koruma gerektiren veri»,¹⁴³ “özel tür veri”¹⁴⁴ gibi çeşitli isimler ile ifade edilen bu kişisel veriler, doğaları gereği kişilerin temel hak ve hürriyetleri ve mahremiyetleriyle ilişkili oldukları düşünülerek diğer kişisel verilerden farklı yollarla daha sıkı bir koruma altına alınmışlardır.¹⁴⁵ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin “Özel Veri Kategorileri” başlıklı 6. maddesinde iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadığı sürece kişilerin ırksal kökeni, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları, sağlık veya cinsel hayatları ve sabıka kayıtları ile ilgili kişisel verilerinin işlenemeyeceği düzenlenmiştir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin “Hassas Verilerin İşlenmesi” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasında da, ırksal veya etnik köken, politik düşünceler, dini veya felsefi inançlar, sendika üyelikleri, sağlık ve cinsel yaşam ile ilgili kişisel verilerin işlenmesinin yasaklandığı düzenlenmiştir.¹⁴⁶

TCK’nin 135. maddesinin ikinci fıkrasında özel nitelikli kişisel veriler; *“kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgiler”* olarak belirtilmiştir.¹⁴⁷

¹³⁹ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi madde 6.

¹⁴⁰ BM Rehber İlkeleri 5. ilke.

¹⁴¹ OECD Rehber İlkeleri, s. 40.

¹⁴² İngiliz 1998 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanununda “sensitive personal data” olarak tanımlanmıştır.

¹⁴³ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 6. maddesinde ise “özellikli veri kategorileri” kavramı kullanılmıştır.

¹⁴⁴ Hollanda Kişisel Verilerin Korunması Kanununda “special personal data” olarak tanımlanmıştır.

¹⁴⁵ Bainbridge, s. 48; Kuner, European Data Protection Law, s.101; Aksoy, s. 42; Sevimli, s. 148; Akgül, s.13; Aydın, s. 7.

¹⁴⁶ Kuner, European Data Protection Law, s.101; Aksoy, s. 42. Yönerge ve Sözleşme karşılaştırıldığında Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyi’nin özel nitelikli kişisel verilerin belirlenmesi konusunda farklı tercihlerde bulundukları anlaşılmaktadır. Kişilerin ırk, politik düşünceleri, dini inançları, sağlığı ile cinsel hayatına ait verileri Yönerge ve Sözleşme kapsamında özel nitelikli kişisel veri olarak koruma altına alınmışken, etnik unsur, felsefi inançları ve ticari birlik üyeliği Yönerge’de özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmişken, Sözleşme’de diğer inançlar özel nitelikli kişisel veri olarak sayılmıştır. Akgül, s. 16; Yılmaz, s. 33.

¹⁴⁷ TCK’nda yer alan düzenlemenin, uluslararası düzenlemelerden en büyük farkı,

Özel nitelikli kişisel verilerin bazı ek güvencelerle korunmasındaki temel mantık, bunların diğer kişisel verilere kıyasla kişiye daha fazla zarar verebilme imkânına sahip olmalarıdır.¹⁴⁸ Her ne kadar temel mantık bu olsa da, bunun genel kabul eden görüş olduğu söylenemez.¹⁴⁹

Kanımızca bu durumda, kişisel verinin işlenmesinden elde edilecek yarar ile doğacak zarara bakmak gerekir. Bu ikisi arasında bir denge kurulması gereklidir. Kişisel verilerin korunması hukukunun temelinde yatan da bu düşüncedir. Bu düşünceden hareketle, kişisel verilerin her zaman tam olarak korunması gerektiği söylenemez. Kişisel verilerden beklenen yarar ile oluşturabileceği tehlike arasındaki dengeyi sağlanabilmesi için bazı kişisel verilerin diğerlerine oranla daha fazla korunmasının yadırganmaması gerekir.

Bu konuda incelenmesi gereken bir başka husus ise, özel nitelikli kişisel veri kategorilerinin 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve bu ayrımı benimseyen başka metinlerde, sınırlı sayma yöntemi ile belirlenmesi sonucu, bu verilerin tamamına aynı rejimi uygulamanın getireceği sakıncalardır. Özellikle, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine getirilen genel istisnaların, kişinin dini inancı, etnik kökeni gibi özel nitelikli kişisel verilere bir ayırım gözetilmeden uygulanması

etnik kökenin 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi hariç uluslararası mevzuatta yer almasına rağmen TCK'da yer almaması ve ahlaki eğilimin uluslararası mevzuatta yer almamasına rağmen TCK'nda özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmesidir. Küzeci, s. 73.

¹⁴⁸ Özel nitelikli kişisel verilerin açıklanması halinde kişiye zarar verebilecekleri veya kişi aleyhine ayrımcılığa yol açabilecekleri kabul edilmiştir. Bunların diğer kişisel verilerden ayrı bir rejime tabi tutulmalarının bir diğer nedeni de özelliklerinden dolayı daha sıkı bir denetime tabi tutulmalarını sağlamaktır. Akgül, s. 13; Kuner, European Data Protection Law, s.102.

¹⁴⁹ Örneğin, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 1983 yılında verdiği Nüfus kararında, özel nitelikli kişisel verilere diğer kişisel verilere kıyasla ek güvence getirilemeyeceğini karara bağlamıştır. Mahkemeye göre, kişisel verilerin tamamı önemli olup, bunları daha çok önemliler şeklinde bir sınıflandırmaya tutmak yanlıştır. Başlangıçta tehlike taşımayan bir bilgi, tutulduğu işlemler sonucunda önemli hale gelebilir. Küzeci, s. 233; Doktrinde bazı yazarlar, bu görüşü desteklemektedir. Bu yazarlara göre, hangi verilerin korumaya değer olup olmadığı konusunda ayırimda bulunmak adil olmayıp, her kişisel verinin önem derecesi olayın özel şartlarına bakılarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, kişisel veriler arasında özel nitelikli, özel nitelikli olmayan şeklinde bir ayırma gitmek, özel nitelikli olmayan kişisel verilerin tam olarak korunmadığı anlamına gelebilir. a.g.e., s. 234.

bazı sorunlar oluşturabilir.¹⁵⁰ Bunlara karşın, dinsel inançlara, siyasal tercihlerine, ırksal kökenlerine ilişkin kişisel verilerin işlenmesinin getirebileceği yararlar oldukça sınırlıdır.¹⁵¹

Buna karşın, kişilerin sağlık bilgileri, adli, idari sicilleri açısından durum farklıdır. Kişinin sağlık bilgilerinin kişi ile ilişkili tutulması, hasta açısından yararlı olacaktır.¹⁵² Bunun yanında tıbbi araştırmalar için sağlık ile ilgili kişisel veriler gerekebilir. Diğer taraftan, tıbbi veriler oldukça kişisel olup, kişilerin tıbbi bilgilerini gizli tutma hakları vardır. Bu bilgiler dolayısıyla, kişilerin tehdit edilebilecekleri, işlerinden ayrılmak zorunda kalabilecekleri, toplumdan soyutlanabilecekleri düşünüldüğünde, bu bilgilerin başkalarının eline geçmesinin ne kadar tehlikeli olabileceği anlaşılabılır.¹⁵³ Bunun yanında, kişinin tıbbi verilerinin yeterince korunmadığını düşünmesi, sağlık hizmetlerinden yararlanmamayı tercih etmesi gibi bir sonuçta doğurabilir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Kişinin dinsel inancı, ırksal kökeni ile bilgilerinin işlenmesinden, bireysel, sosyal ya da siyasal düzeyde ne gibi yarar elde edilebileceği tartışmalı bir konudur. Bir kişinin dinsel inancı ya da inançsızlığı, onun maneviyatı ile ilişkili olup, kişi, bu bilgiyi bir ya da birden çok kişiyle ancak kendi iradesiyle paylaşabilir. Kişinin bu bilgiyi başkalarıyla paylaşmama yönündeki iradesiyle paylaşabilir. Kişinin işlenmesindeki yararın ne olacağı sorgulanmalıdır. Küzeci, s. 235. Demokratik devlet yapısında, örtülü ayrımcılık tehlikesi ile karşı karşıya kalmamak için, devletin kişinin dinsel inançları gibi konular karşısında gözlerinin bağlı olması gerekir. a.g.e., s. 235. Bu tür verilerin anonim olarak tutulmasının bile bazı sakıncaları olabilir. Örneğin, idarenin ibadethane inşa ederken, ülkesindeki bu ibadethaneden yararlanacak kişilerin sayısını bilmesi gerekebilir. Ancak, bunlar istatistiksel olarak ulaşılacak bilgiler olup, bir kişinin dinsel inancının ne olduğunun bilinmesinden ziyade, yaklaşık olarak bir dine kaç kişinin inandığının bilinmesi yeterlidir. a.g.e., s. 235

¹⁵¹ Kimsesiz bir kişinin ani ölümü durumunda, bu kişinin cenaze işlemlerinin dinsel tercihlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için dinsel inancı ile ilgili kişisel bilgilerine ihtiyaç tutulması örnek olarak verilebilir. a.g.e., s. 235. Eşitlik, demokratik bir hukuk devletinin önemli bir unsurudur. Hangi dini inanca, siyasal düşünceye sahip olsun, hangi ırksal kökenden gelirse gelsin, kişilerin kanun önünde eşit olması, eşit hizmet alması gerekir. Bu açıdan, çok istisnai durumlar hariç, idarenin planlama görevi açısından bu bilgilerin bir önemi olmaması gerekir. a.g.e., s. 235.

¹⁵² Doktorlar, doğru müdahalelerde bulunabilmek için çoğu zaman hastalarının sağlık ile ilgili kişisel verilerine ihtiyaç duyarlar.

¹⁵³ Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul 2004, s. 112, Bundan sonra "Özel Hayatın Gizliliği Hakkı" olarak anılacaktır. 1982 yılında yayınlanan bir makalede, hastanede yatan bir hastanın kişisel bilgilerinin farklı gerekçe ve nedenlerle yaklaşık 75 kişi tarafından incelendiğinin tespit edildiği yer almaktadır. Yılmaz, s. 2.

¹⁵⁴ Bu konuya ilişkin AİHM'nin Finlandiya'ya karşı verdiği karar önemlidir. AİHM'e başvuru konusu olan olay, HIV virüsü ile ilgilidir. Mahkeme, bulaşıcı niteliği olan

Ceza hukukunda kuraların uygulanabilmesi için adli sicillerinin tutulması da sağlık ile ilgili kişisel veriler gibi değerlendirilebilir. Adli siciller ile ilgili kişisel veriler, kişilerin sosyal yaşamları ve ekonomik durumları üzerinde ciddi sonuçlar doğurabilecek etkiye sahiptirler. Buna benzer bir tartışma biyometrik veriler açısından da söz konusudur.¹⁵⁵ AİHM, kişisel veriler arasında, bu verilerin kişiler üzerinde doğurabilecekleri zararlara kıyasla bir ayırım yapılmasını ve bu nedenle daha sıkı koruma tedbirleri alınmasını makul görmektedir.¹⁵⁶

bu enfeksiyonla ilgili verilerin gizliliğinin korunmasının özellikle önemli olduğuna değinmiştir. Mahkeme'ye göre bu tür verilerin paylaşılması, kişinin özel ve aile yaşamının yanında sosyal durumunu ve iş durumunu da ciddi olarak etkiler. Bunun sonucunda, kişi toplumdan dışlanma ve adının lekelenmesi tehlikesi altına girebilir. Bu kararında AİHM, AİHS'ne taraf olan tüm devletlerin, tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Sadece, hastanın özel hayatına saygı göstermek değil, hastanın tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güveni de koruma şarttır. AİHM'e göre; böyle bir koruma olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar, doğru tedavi görmek için ve hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan kişisel veya mahrem bilgileri açıklamaktan caya-bilir; bu durumda hem kendi sağlıklarını, hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplu sağlığını tehlikeye atar. AİHM kararında bu tür kişisel verilere yapılan müdahalelerin önemli bir kamu yararı bulunmadığı sürece AİHS'nin 8. maddesine aykırı olacağını belirtmiştir., Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2003, s. 310 - 312, (Çevrimiçi) http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016), Küzeci, s. 237; Akgül, s. 19.

¹⁵⁵ Küzeci, s. 237. Bu bağlamda bazı yazarlar, biyometrik yöntemler kullanılarak elde edilen kişisel verilerin kendi aralarında herhangi bir ayırma tabi tutulmadan değerlendirilmelerinin yanlış olacağı görüşündedirler. Cüneyd Er, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü, Yetkin, Ankara 2007., s. 115.; Leyla Keser Berber -, Murat Lostar, Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006, s. 105 - 106; Küzeci, s. 238. Buna göre, örneğin işyerinde ses ve yüz tanıma teknolojilerinin yaratacağı sorunlar, parmak izi ve DNA kayıtlarının tutulmasından farklı değerlendirilmelidir. Çünkü burada kişinin yüz görüntüsü gibi, herkes tarafından bilinen, kamuya açık kişisel verilerinin iş sözleşmesi kapsamında kayıt altına alınması söz konusudur. Bu nedenle, kişinin parmak izi kaydı ile karşılaştırıldığında kişinin sosyal alanına daha sınırlı bir müdahale söz konusudur.

¹⁵⁶ Mahkeme, S. ve Marper Birleşik Krallık'a karşı davasında bu ayırma ayrıntılı olarak değinmiştir. Mahkemeye göre, hücre örnekleri, DNA profili ve parmak izi belirli veya belirlenebilir bir kişi ile ilişkilendirildiğinde tartışmasız bir şekilde kişisel veridir, ancak aralarındaki nitelik farkı dolayısıyla hücre örnekleri ve DNA profili ile parmak izi kayıtlarını ayrı tutmak gerekmektedir. Hücre örnekleri, kişinin sağlığına ilişkin bilgi içerirken, DNA profili kişinin etnik kökenini ortaya çıkarabilir. Oysa parmak izi kayıtlarının bu şekilde bir etkisi yoktur. Bu nedenle, AİHM'ne göre, ilgili kişinin hücre örneklerinin ve DNA profilinin bir veri bankasında tutulmasının sonuçları, parmak izinin bir veri bankasında tutulmasına kıyasla çok daha ağırdır. AİHM S. ve Marper Birleşik Krallık'a karşı Davası, Baş-

Kanımızca bu konuda bir belirleme yapılırken, öncelikle somut olayın koşulları göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁵⁷ İlk aşamada çok önemsiz görünen bir bilgi, bazı koşullarda ilgili kişi açısından hayati öneme sahip hale gelebilir. Özel nitelikli kişisel verilerin, kişilerin hayatlarındaki önemlerinden dolayı özel bir korumaya tabi tutulması yerindedir. Ancak, bu kapsama hangi kişisel verilerin dâhil edileceğini saptamak güçtür.¹⁵⁸ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde, bu veri grupları sınırlı sayma yöntemi kullanılarak belirlenmiştir.¹⁵⁹ Ancak, bu sayılan verilerle aynı nitelikte değerlendirilebilecek başka verilerin kapsam dışında tutulması birçok yazar tarafından eleştirilmiştir.¹⁶⁰

vuru Numarası: 30562/04 ve 30566/04, Karar Tarihi: 4 Aralık 2008; Küzeci, s. 237. Ülkemizde de 2006 yılında kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, veillerin saklanması, yararlanılması ile Türkiye Milli DNA Veri Bankasının kuruluş ve görevlerine ilişkin "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" hazırlanmış olup halen yasalaşmamıştır. Tasarı'ya göre, oluşturulacak DNA Veri Bankasına Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Daire Başkanlığı tarafından veri girişi yapılabilecektir. Tasarı'nın 11. maddesine göre, ceza veya güvenlik tedbirine mahkûmiyet ya da düşme kararı verilmesi halinde, DNA içeren yapılar hükmün kesinleşmesinden sonra derhal yok edilmekle beraber bu yapılardan elde edilen bilgiler süresiz olarak saklanacaktır. Bu durum, kişisel verilerin korunması ilkelerinden amaca bağlılık ve ölçülülük ilkelerine bağdaşmamaktadır. Aydın, s. 95.

¹⁵⁷ Küzeci, s. 238.

¹⁵⁸ a.g.e., s. 238. Bu kapsamda, bir verinin özel nitelikli kişisel veri olup olmadığının saptanmasında, ilgili kişinin menfaatleri, kişisel verinin muhtemel alıcıları ve kişisel verinin işlenmesi durumunda ilgili kişi veya kişiler üzerinde doğuracağı sonuçlar göz önünde bulundurulmalıdır. Akgül, s. 15.

¹⁵⁹ Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kanunlarına bakıldığında aralarında özel nitelikli kişisel verilerin belirlenmesiyle ilgili farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Bu ülkelerden Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Avusturya, Estonya, İtalya ve İngiltere'deki kişisel verilerin korunması kanunlarında özel nitelikli kişisel verinin tanımının yapıldığı görülmektedir. Fransa, Almanya, Polonya, İsveç ve Hollanda kanunlarında ise, özel nitelikli kişisel veri tanımlanmadan Yönerge'ye atıfta bulunulmuştur. Akgül, s. 17.

¹⁶⁰ Bu eleştirilerde 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde özel nitelikli kişisel verilerin belirlenmesinde İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşan insan onurunun korumayı ve ayrımcılığı önlemeyi amaçlayan düdşncenin etkili olduğu, ancak teknolojik gelişmeler sonucunda Yönerge'de belirlenen özel nitelikli kişisel veri türlerinden bir kısmının önemini kaybederken, Yönerge'de yer almayan başka tür kişisel verilerin koruması ihtiyacının arttığı belirtilmiştir. Akgül, s. 16. Örneğin, finansal veriler ve yer verileri bu kapsamda sayılmadığından özel koruma altında değildirler. Oysa belirtilen türdeki verilerin işlenmesinin kişiler açısından önemli sonuçlar yaratabileceğine ve önemlerinin gittikçe arttığına çeşitli kaynaklarda yer verilmektedir. Örneğin kişinin bulunduğu yer verisinin işlenmesi, kişiliğin

Bu konuda değinilmesi gerekli bir başka husus, özel nitelikli kişisel veri olarak sayılan veri kategorileri ile ilişkili her türlü verinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Bazı durumlarda, özel nitelikli kişisel verilerin içine dâhil olan veri türlerinin özel bir koruma altına alınmadığı görülebilir.¹⁶¹ Ulusal hukuk sistemleri açısından bu konuda önemli olan, veri koruma otoritesinin ve nihai olarak mahkemenin somut olaya bakarak yaptıkları yorumdur.¹⁶²

B. Özel Nitelikli Verileri İşleme Yasağının İstisnaları

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında, hangi hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin

değişik görünümünü açığa çıkarması nedeniyle (kişinin kumarhanede, işkili mekânda bulunması gibi) ayrımcılık tehlikesini meydana getirmekte, ayrıca bu verilerin adam kaçırmaya, soygun, tehdit gibi çeşitli suçlarda kullanılması da güvenlik sorunları doğurabilmektedir. Küzeci, s. 239

¹⁶¹ Örneğin, gözlüklü bir insanın resmi onun sağlık durumuna ilişkin bir bilgi içermektedir, fakat sadece bundan dolayı özel koruma altına alınacak mıdır? Kişinin dinsel inancını yansıtan bir adının olması, sırf bu sebeple kişinin adını geçtiği her türlü kişisel veriyi özel nitelikli kişisel veri kategorisine sokar mı? Örneğin görme bozukluğu olan kişilere veya belli bir dini inanca sahip kişilere yönelik ilanlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Bir kişinin gözlüklü fotoğrafı ya da dini inancını yansıtan adı ancak herhangi bir değerlendirme söz konusu olduğunda özel nitelikli kişisel veri kapsamında değerlendirilebilir. Bunun için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin siyasal bir toplantıya katılma üzerindeki söylemlerin ne derece siyasal nitelik taşıyacağı o toplantının anlamından çıkarılabilir. Bu kapsamda, herhangi bir siyasal görüşü olmayan bir kişinin siyasal bir toplantıya katılması sadece bilgi edinme kapsamında olabileceği gibi, siyasal bir protestoya katılması bu anlamda değerlendirilemez. a.g.e, s. 232.

¹⁶² Avrupa Birliği Adalet Divanı Lindqvist kararında, 95/46/ AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 8/1. maddesini geniş yorumlayarak, sağlık verilerinin kişinin fiziksel ve ruh sağlığı ile ilgili her türlü bilgiyi içerdiğini belirtip, ilgili kişinin ağrının incinmesi ile ilgili bir bilginin sağlık ile ilgili verisi olduğu, bundan dolayı da Yönerge'de yer alan özel nitelikli kişisel verilerle ilgili korumalardan yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Küzeci, s. 232, 233; Akgül, s. 14; AİHM'nin M.S. v. İsveç kararına konu olayda, başvurucu iş yerinde geçirdiği iş kazası nedeniyle geçirdiği bel rahatsızlıklarını öne sürerek tazminat talebinde bulunmuş, bunun üzerine İsveç Sosyal Sigortalar Kurumu, başvurunun tazminat talebinin haklılığını incelemek amacıyla, başvurunun tedavi görmekle olduğu hastaneden raporları talep etmiş ve başvurucuyla ilgili bu raporlar İsveç Sosyal Sigortalar Kurumuna gönderilmiştir. Sağlık verilerinin bu şekilde gönderilmesinin AİHS'ni ihlala ettiği iddia eden başvurucu, AİHM'de dava açmış ve AİHM verdiği kararlarda, başvurunun ilgili sağlık raporları incelenmeden tazminat talebi ile ilgili bir karar verilemeyeceği, bundan dolayı bu durumun demokratik bir toplumda izlenen amaçlarla orantılı olduğuna karar vermiştir. Aydın, s. 37; Yılmaz, s. 44.

ilk fıkrasında sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Ayrıca maddenin dördüncü fıkrasında, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şart olduğu düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili uluslararası düzenlemelerle bakıldığında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili istisnaların bulunduğu görülmektedir.¹⁶³ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 8/2 maddesi, özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği durumları belirlemiştir. Buna göre, özel nitelikli kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası bulunması,¹⁶⁴ veri işleme, veri sorumlusunun iş hukukundan kaynaklanan özel hak ve yükümlülüklerin yerine getirmesi için zorunlu olması,¹⁶⁵ ilgili kişinin ya da diğer bir kişinin yaşamsal çıkarlarının korunması için gerekli olması,¹⁶⁶ işlemenin ilgili kişi ta-

¹⁶³ Düzenlemeler arasında farklar bulunsa da bunlar genel olarak; ilgili kişinin rızası, hayati çıkarlarının korunması, özel nitelikli kişisel verilerin kamuya yararlı kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerini kamuya açıklaması ve yargılama sebebiyle işlemedir. Özdemir, s. 128; Akgül, s. 20.

¹⁶⁴ Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesindeki en önemli meşruiyet koşulu, ilgili kişinin rızasının bulunmasıdır. Bu veriler, ilgili kişi ile yakından ilgili olması sebebiyle, kişi, bu verilerin işlenip işlenmeyeceğine dair kararı kendisi vermeli-dür. Bu rıza, diğer kişisel verilerin işlenmesinde aranan rızadan farklı olarak açık şekilde verilmelidir. Bu ise, ilgili kişinin rızasını belli eden müspet bir hareketin yapılmasını gerektirir. Kişinin hareketsiz kaldığı durumlarda rıza gösterdiğinin söylenmesi söz konusu değildir. Ayrıca üye devletler, ilgili kişinin rızası olsa bile kişisel verilerin işlenmesini yasaklayabilirler. Kuner, European Data Protection Law, s. 101; Article 29 Working Party, Working Document on the Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records (EHR), WP 131, 15 Şubat 2007, s.9.

¹⁶⁵ Örneğin böyle bir zorunluluk, işçinin sendika kesintisini yapmak işverenin yasal göreviye söz konusu olabilir. Bu istisnanın kapsamına yorum yoluyla ulaşmak söz konusu değildir. Bu koşulun sağlanması için verinin toplanması ve işlenmesi mutlaka gerekli olmalı ve yasal bir zorunluluktan kaynaklanmalıdır. Küzeci, s. 240.

¹⁶⁶ Bu istisnadan söz edebilmek için, ilgili kişinin hukuken veya fiziksel olarak rıza

rafından kamuya açıklanan verilere ilişkin ya da hakların kurulması, kullanılması ve korunması için gerekli olması,¹⁶⁷ kar amacı gütmeyen bir kurum tarafından yasal etkinliklerini yerine getirebilmesi için işleminin gerekli olması,¹⁶⁸ veri işleminin önleyici hekimlik, tıbbi teşhis, tıbbi yardım veya bakım veya sağlık hizmetlerinin idari olarak yürütülmesi için gerekli olması ve bu verilerin sağlık personeli veya sağlık personeli gibi sır saklama yükümlülüğüne tabi kişiler tarafından işlenmesi¹⁶⁹ durumlarında işlenebilir.¹⁷⁰ Bütün bunların yanında, Yönerge uyarınca üye devletler, uygun önlemleri almak koşuluyla, kamu yararı için başka istisnalar da belirleyebilirler.¹⁷¹ Örneğin Yönerge’de kişilerin idari ve adli mahkûmiyetlerine ilişkin verilerin bu kapsamda sayılıp sayılmayacağı üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.¹⁷²

göstermesinin imkânsız olması gerekir. Küzeci, s. 240. Aksi takdirde kararı verecek olan yine ilgili kişidir ve burada rızaya ilişkin koşulların bulunması gereklidir. Burada ilgili kişinin içinde bulunduğu özel durum sebebiyle rızasını açıklayabilme olanağına sahip olmadığı, eğer bu durum olmasaydı kesi olarak rızasının bulunacağı kabul edilmektedir. 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, m. 8 - c. Kuner, European Data Protection Law, s.102. Bu durumda da kişinin rızasının varlığını garanti etmek için kişinin içinde bulunduğu olağanüstü durumun geçmesini müteakip açık rızasının alınması gerekir. Özdemir, s. 128; Akgül, s. 22.

¹⁶⁷ 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, m. 8/2 e. İlgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin bizzat kendisi tarafından kamuya açıklanması durumunda artık bu verilerin korumadan yararlanması söz konusu olamaz. Örneğin kişinin kendisi tarafından haber muhabirlerine sağlık bilgileri ile ilgili yapılan bir açıklama sonrasında bu veriler kişisel verilerin korunması mevzuatının sağladığı korumadan yararlanamayacaklardır. Özdemir, s. 129; Akgül, s. 22.

¹⁶⁸ 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, m. 8/2 d. Bu istisnanın geçerli olması için, uygun önlemlerin alınması, verilerin kurumun üyeleri ya da bağlantılı kişilerle ilgili olması ve ilgili kişinin rızası olmaksızın üçüncü kişilere açıklanmaması gerekir. Burada belirtilen kar amacı gütmeyen kuruluş; dernek, vakıf, vb. olabileceği gibi, siyasal, felsefi, ya da sendikal bir amaca yönelik bir örgütlenme de olabilir. Küzeci, s. 241; Kuner, European Data Protection Law, s.102.

¹⁶⁹ 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, m. 8/3; Burada sağlık hizmetlerinin sağlanmasına için bazı veri türlerinin işlenmesine istisna getirildiği görülmektedir. Ancak burada da verileri işleyebilecek olanlar sır saklama yükümlülüğüne tabi kişiler olarak sınırlandırılmıştır. Kuner, European Data Protection Law, s.102.

¹⁷⁰ Kuner, European Data Protection Law, s.101; Sevimli, s. 150-153.

¹⁷¹ 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, m. 8/4

¹⁷² 95/46/AT Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 8/5. Bu istisnai durumlara ilişkin dikkat edilmesi gereken bir husus, bunların 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nde belirlenen diğer kurallara uygun davranma zorunluluğunu ortadan kaldırmamalarıdır. Buradaki istisnai durum, sadece özel nitelikli kişisel verilere getirilen ilave korumaların uygulanmasına ilişkindir. Yönerge’de öngörülen diğer koruma tedbirleri ise uygulanmaya devam edecektir.

IV. KİŞİSEL VERİLERLE İLGİLİ İŞLEMLER

A. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 7. maddesiyle, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi düzenlenmektedir.¹⁷³ Buna göre, hukuka uygun olarak işlenmiş kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması durumunda, bu kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinecek,¹⁷⁴ yok edilecek¹⁷⁵ veya anonim hale getirilecektir.¹⁷⁶ İlgili kişi tarafından kişisel verilerin silinmesini isteme hakkı Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. madde-

¹⁷³ Komisyon Raporu, s. 10. Verileri yok etmeme suçu, TCK'nun 138. maddesinde "(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu suçla, gerekçede de belirtildiği gibi kişisel verileri kanun tarafından öngörülen hukuki sürelerde yok etmekle yükümlü olan kişiler tarafından bu yükümlülüğe aykırı hareket edilerek yok edilmemesi hali yaptırıma bağlanmış ve bağımsız bir suç düzenlenerek kişisel verilerin keyfe bağlı olarak tutulmalarının önüne geçilmek istenilmiştir. Gültekin, s.181; Zeki Hafızoğulları -Muharrem Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar, Us - A Yayıncılık, Ankara 2010.s.272; Özbeke, s. 964; Ergün, s. 119; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Seçkin, Ankara 2004, s.281; Taşkın, s. 110

¹⁷⁴ Kişisel verilerin silinmesi, gerekçede belirtildiği gibi, verilerin kayıtlı oldukları evrak, dosya, CD, disket, hard disk gibi kayıt ortamlarından tekrar hiçbir şekilde kullanılamayacak veya geri getirilemeyecek şekilde silinmesi anlamına gelmektedir. Tasarı, s. 22.

¹⁷⁵ Verilerin yok edilmesi ise, verilerin tekrar geri getirilemeyecek ve kullanılamayacak şekilde, verilerin kaydedildiği, evrak, dosya, CD, disket, hard disk gibi kayıt materyallerinin imha edilmesi demektir. Tasarı, s. 22.

¹⁷⁶ Verilerin anonim hale getirilmesinden, kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesi kastedilmektedir. Anonim verilerde, yapılan işlemler sonucunda belirlenebilir bir birey ile verinin arasındaki bağ koparılmak suretiyle bireyin kimliğinin tespiti olanaksız hale getirildiğinden, verilerin ait olduğu kişilere ulaşmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle anonim veriler, kişisel veri değildirler. Ancak anonimleştirme sürecinin başlangıcında kişisel verilerin belirlenebilir olma özelliği yok olmadığından, süreç 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi kapsamında korunmaktadır., Ian Walden, Anonymising Personal Data, International Journal of Law and Information Technology, C.10, S.2, 2002, s.224-237'den çeviren Kuşkonmaz s. 11. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin başlangıç bölümünün 26. maddesinde de anonim verilerin kişisel veri olmadığı belirtilmiştir. Aksoy, s. 36.

sinin 3. fıkrasında da düzenlenmektedir.¹⁷⁷ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne göre ilgili kişiler, verileri Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işlenmişse, bu verilerin silinmesini istemek; silinme talebinin reddi durumunda hukuksal yollara başvurabilmek haklarına sahiptir.¹⁷⁸ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 12. maddesine **göre ilgili kişi, Yönerge'ye aykırı olarak işlenmiş veya eksik veya yanlış kişisel verilerinin silinmesini veri sorumlusundan isteyebilir.**¹⁷⁹

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasıyla, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı tutulması düzenlenmiştir. Bu bağlamda, gerekçede verilen örnekte olduğu gibi, Adli Sicil Kanununda verilerin silinmesini veya yok edilmesini düzenleyen hükümler Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre öncelikli olarak uygulanacaktır.¹⁸⁰ Maddenin son fıkrasında ise, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin usul ve esasların çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

B. Kişisel Verilerin Aktarılması

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 8. maddesinde, kural olarak kişisel verilerin aktarılamayacağı düzenlendikten sonra, 5. maddenin ikinci fıkrasındaki durumlarda işlenen kişisel verilerin ve yeterli önlemler alınmak kaydıyla 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlarda işlenen özel nitelikli (hassas) kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilceği düzenlenmiştir. Kanun'un 9.

¹⁷⁷ Bu değişiklik 07/05/2010 tarih ve 5983 sayılı, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun"un 2. maddesinde yer almaktadır ve 12/09/2010 tarihinde yapılan referandum ile yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁸ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi md. 8; Atak, s. 96; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.24.

¹⁷⁹ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 12/b.

¹⁸⁰ Kanunda geçen "diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır" ifadesi, diğer kanunlarda yer alan hükümleri Kişisel Verilerin Korunması Kanununun dışında tutacağından, bu hükümlerle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinin çatışması durumunda, diğer kanun hükümlerinin ayrıksı olarak uygulanması sonucunu doğuracak, böylece kişisel verilerin korunması konusunda birçok ayrıksı düzenlemenin bulunması sonucunda kişisel verilerin korunması alanını daraltacaktır. Komisyon Raporu, s. 33.

maddeesinde kişisel verilerin yurtdışına aktarılma usul ve esasları düzenlendiğinden, burada söz konusu olan yurtiçinde aktarılacak kişisel verilerdir.

Kanuna göre özel nitelikli olmayan kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt içinde ancak; kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi veya fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için verilerin işlenmesinin zorunlu olması veya bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması veya veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması veya kişisel verilerin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması veya bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması veya ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması şartlarının birisinin bulunması durumunda aktarılabilir.

Özel nitelikli kişisel verilerin ilgili kişinin rızası olmaksızın yurt içinde aktarılabilmesi için ise, kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi veya kişisel verilerin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi il sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi şartlarından birisinin bulunması gereklidir.

Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, verilerin aktarılması veya devralınması kişisel verilerin işlenmesi olarak tanımlandığından; gerekçede de belirtildiği gibi, kişisel verilerin alıcıları açısından özel nitelikli olmayan verilerin işlenebilmesi için 5. maddede sayılan koşulların bulunması, özel nitelikli verilerin işlenebilmesi için ise Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartıyla 6. maddede sayılan koşulların bulunması gerekir.¹⁸¹

¹⁸¹ Komisyon Raporu, s. 11.

Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir.

Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "aktarmak" kelimesi, "iletmek, bildirmek", "kaynak kişiden derlenen herhangi bir parçayı kitlelere duyurmak ve yaymak" olarak tanımlanmıştır.¹⁸² Bu kapsamda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 8. maddesinde bahsedilen aktarma fiili, Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçunu oluşturan verme¹⁸³ ve yayma¹⁸⁴ fiillerini kapsamaktadır.¹⁸⁵

¹⁸² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56eafdac63bfb0.90656990 (Erişim Tarihi: 17 Mart 2016)

¹⁸³ Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "vermek" kelimesi, "üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erişirmek, iletmek", olarak tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts, (Erişim Tarihi: 14 Mart 2016) Kişisel veriyi vermek fiilinde, bu veriyi bir kişiye ulaştırmak söz konusudur. Özbek, s.960; Ergün, s. 117; Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 1293; Yılmaz, s. 71. Vermenin yayma düzeyine ulaşmayan bir eylem olduğu söylenebilir. Şaban Cankat Taşkın, Bilişim Suçları, Beta, Bursa 2008, s. 107. Kişisel verilerin verilmesi eylemi birçok değişik şekilde gerçekleştirilebilir. Örnek olarak verilerin yazılı olduğu bir kâğıdı elden veya posta ile vermek veya CD, DVD, disk vb. ortamında vermek veya internet ortamında, e-mail vb. şekilde göndermek, vermek kavramının içine girer. Dülger, Bilişim Suçları, s. 277; Karagülmez, s.234; Taşkın, s. 107; Uygun, s. 94. Suç, kişisel verinin gönderilen kişinin eline geçmesi, onun tarafından öğrenilmesi ile sonlanır. Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 3. Cilt, Ankara 2008, s. 2903. Kişisel verileri vermek suçunu sadece, verileri elinde bulunduran birisi işleyebilir. Hafızoğulları - Özen, Ceza Özel, s.271

¹⁸⁴ "Yaymak" kelimesi ise Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "birçok kimseye duyurmak" olarak tanımlanmıştır. Kişisel verileri yaymak, onları birden fazla sayıda kişinin öğrenmesini sağlamaktır. Hafızoğulları - Özen, Ceza Özel, s.271; Osman Yaşar - Hasan Tahsin Gökcan -, Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.4126; Artuç, s. 1293. Yaymak fiili de pek çok şekilde yapılabilir. Kişisel verilerin yazılı olduğu kâğıtları birden çok kişiye mektupla göndermek veya CD, DVD, disk vb. ortamında birden çok kişiye postayla göndermek veya kişisel verileri pek çok kişinin ulaşabileceği bir yere, örneğin bir web sitesine koymak, bir forum odasında birden çok kişinin okuyabileceği şekilde yazmak, yaymak fiili kapsamı içinde bulunan hareketlerdir. Dülger, Bilişim Suçları, s. 278. Kişisel verilerin yayılması eylemi, yazılı, görsel veya işitsel olarak yapılabilir. Kişisel verilerin yayılması eylemi radyo, TV gibi basın, gazete gibi yazılı basın veya sanal basın yoluyla işlenebilir. Taşkın, s. 107. Kişisel verinin fiilen birileri tarafından öğrenip öğrenilmediği önemli değildir. Dülger, Bilişim Suçları, s.278; Akdağ, s. 122.

¹⁸⁵ Verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu, TCK'nun 136. maddesinde "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan

C. Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 9. Maddesiyle, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen kişisel veriler ve 6. maddede düzenlenen özel nitelikli kişisel verilerin yurt dışına aktarılması düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın yurtdışına aktarılamaz. *İkinci fıkrada ise bu kuralın istisnaları yer almaktadır.* Buna göre, *özel nitelikli olmayan kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için ilk olarak Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartlardan birisinin bulunması gerekmektedir.* Bu şartlar; kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi veya fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması veya bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması veya veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması veya kişisel verilerin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması veya bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması veya ilgili kişinin temel hak ve

veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Dülger, s.276; Topaloğlu, s. 179. Gelişen teknolojiyle birlikte bireyler internet sitelerine üye olabilmek, mağazalardan indirim kartları alabilmek, bankalarda işlem yaptırabilmek gibi birçok amaçla kişisel verilerini çeşitli kuruluşlara vermekte ve bazen kişisel veriler bu kuruluşlar tarafından bireyin rızasıyla veya olmadan başkalarıyla paylaşılmaktadır. Ergün İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 113. Kişi hakkındaki veri ancak ilgili kişinin kendi rızası ile ya da kanunen yetkili kişilerce, ilgili kanun hükümleri uyarınca işlenebilir. Kişisel verilerin hukuka uygun paylaşımının artması, aynı zamanda hukuka aykırı paylaşımın da artmasına sebep olmuş ve birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte, kişisel verilerin korunması amacıyla bu tür fiilleri cezalandırmak için düzenleme yapılmıştır. Ergün, s. 116; Ersoy, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 95; Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2010, s.346; TCK'nun 136. maddesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesini cezalandırmakta olup, diğer ülkelerde tanımlanan kimlik hırsızlığı suçunun da TCK'daki karşılığıdır. Kimlik hırsızlığı, bireyin adı, soyadı, sosyal güvenlik numarası, adresi ve kredi kart bilgileri gibi kişisel verilerini kullanarak, taklit edilmesi yoluyla çeşitli şekillerde menfaat elde edilmesidir. Dülger, s.276, Gültekin, s. 161; Ergün, s. 116; Taşkın, s. 105.

özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır. Bu şartlardan birisinin bulunması da özel nitelikli olmayan kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için yeterli olmayıp, bunların dışında kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede kişisel veriler için yeterli korumanın bulunması veya yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması gereklidir.

Özel nitelikli kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için ise ilk olarak Kanun'un 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin bulunması gereklidir. Bu şartlar; kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi veya kişisel verilerin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, il sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesidir. Özel nitelikli kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan yurt dışına aktarılabilmesi için yukarıda sayılan Kanun'un 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birisinin bulunması yanında özel nitelikli kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede kişisel veriler için yeterli korumanın bulunması veya yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması gereklidir.

Kanun, 9. maddenin üçüncü fıkrasıyla Kurula yabancı ülkelerde kişisel verilerle ilgili yeterli koruma bulunup bulunmadığını belirleme ve ilan etme yetki ve sorumluluğu vermiştir. Maddenin dördüncü fıkrası, Kurulun, kişisel veriler için yabancı ülkede yeterli koruma olup olmadığına karar verirken ve verilerin yurt dışına aktarılmasına izin verirken hangi kriterleri dikkate alacağını düzenlemektedir. Buna göre Kurul; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri, kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu, her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işlenme amaç ve süresini, kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını, kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri, değerlendirecek ve ihtiyaç duyulması halinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de alarak karar verecektir.

Maddenin 5. fıkrasında kişisel verilerin, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kişisel Verilerin Korunması Kurulunun izniyle yurt dışına aktarılabilceği düzenlenmiştir. Maddenin 6. fıkrasında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

Kişisel verilerin ülkeler arasında aktarılması ile ilgili uluslararası mevzuatta da düzenlemeler bulunmaktadır. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 12. maddesi, bir taraf devletten diğerine yapılacak veri aktarımlarının özel yaşam gerekçesiyle engellenmesini ya da özel bir izne tabi tutulmasını yasaklamaktadır.¹⁸⁶ 181 sayılı Ek Protokol'le getirilen düzenlemeye göre, kişisel verilerin Sözleşme'ye taraf olmayan bir uluslararası örgüte ya da ülkeye gönderilebilmesi için, o örgütün veya ülkenin Sözleşme'ye uygun veri koruma seviyesine sahip olması gerekmektedir.¹⁸⁷

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde genel olarak yeterli nitelikte bir koruma düzeyi bulunmayan¹⁸⁸ **üçüncü ülkelere veri transferini**¹⁸⁹ yasaklayan bir rejim kabul edilmiştir.¹⁹⁰ Bir başka deyişle, Avrupa Birliği'nden üçüncü ülkelere kişisel veri aktarımı, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde düzenlenen istisnalar¹⁹¹ **dışında**,

¹⁸⁶ Ancak taraf devletler arasında belli kategori kişisel veriler hakkında farklı düzenlemeler bulunuyorsa, bu durumda veri aktarmada sınırlama yapılabilir.

¹⁸⁷ 181 sayılı Ek Protokol m. 2. Ancak kişisel verilerin transferinde ilgili kişinin üstün bir yararı bulunuyorsa veya ülkeler arasında veriler için alınacak güvenlik tedbirleri hakkında antlaşmalar varsa, bu durumda kişisel veriler Sözleşme'ye taraf olmayan devletlere veya kuruluşlara gönderilebilir. 181 sayılı Ek Protokol m. 2. f. 2; Atak, s.96.

¹⁸⁸ Koruma düzeyinin yeterliliği, ilgili ülkedeki veri koruma kurallarının içeriği ve bunların uygulamadaki geçerlilikleri dikkate alınarak tespit edilmektedir. Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet, s.16.

¹⁸⁹ Yönerge, veri transferinin tanımını yapmamıştır.

¹⁹⁰ Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet, s.15. Burada üçüncü ülkeler Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkelerdir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 25/1; Heisenberg, s.31; Topaloğlu, s. 167; Bygrave, Data Protection Law, s. 79.

¹⁹¹ Bu istisnalar; kişisel veri ilgisinin rızasının bulunması, veri aktarımının ilgiliye karşı bir sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmesi için gerekli olması, bir kamu yararının bulunması, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi veya aktarımın yasal olarak düzenlenmiş olması durumlarıdır. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 26/1-a; Heisenberg, s.31.

ancak bu ülkelerde Yönergeye uygun bir kişisel veri koruma düzeyinin¹⁹² bulunması halinde mümkündür.¹⁹³ Yönerge, yeterli koruma düzeyinin saptanmasında özellikle dikkat edilmesi gereken şartları belirtmiştir. Bu şartlar; verinin niteliği, işlemenin amacı ve süresi, çıkış ülkesi ve varacağı ülke, üçüncü ülkede geçerli olan genel ve sektörel hukuk kuralları, bu ülkede uyulan mesleki kurallar ve uygulanan güvenlik önlemleridir.¹⁹⁴ Eğer üçüncü ülkede yeterli koruma düzeyi yoksa veri sorumlusunun ilgililerin özel alanıyla temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda yeterli¹⁹⁵ garanti göstermesi ve üye devleti transfere onay vermesi hallerinde transfer yasağı kalkacaktır.¹⁹⁶ 2000 yılında Avrupa Parlamentosu Amerika Birleşik Devletleri tarafından kişisel verilerin korunmasında Avrupa Birliği normlarına uyum amacıyla çıkardıkları Safe Harbor ilkelerini¹⁹⁷

¹⁹² Üçüncü ülkede yeterli koruma düzeyi bulunup bulunmadığına kural olarak üye devletlerin veri koruma organlarının buluşmasıyla oluşan Komisyon tarafından resmi olarak karar verilmektedir. Böylece, bir kere Komisyon, örneğin Kanada'nın yeterli veri koruma düzeyi bulunduğu karar verirse, üye ülke veri koruma organları Kanada'da bulunan şirketlere kişisel verilerin transferine engel olamazlar. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 55; Heisenberg, s.27; Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s.67; 29. Madde Veri Çalışma Grubu, yeterli düzeyi açıklamak üzere Üçüncü Ülkelere Kişisel Verilerin Transferinde Temel Prensipler adlı bir karar yayımlamıştır. Buna göre "yeterlilik" ölçütünün her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Veri Çalışma Grubu, veri aktarımının yoğunluğu, aktarımdaki tarafların sayısı gibi nedenlerden dolayı her somut olayda incelemenin zor olacağından, veri aktarımına ilişkin "beyaz listeler" oluşturulmasını teklif etmiştir. Bu listeler hangi ülkelerin yeterli koruma düzeyine sahip olduğuna dair fikir vermek amacıyla oluşturulacaktır. 29 Data Protection Working Party, First Orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries-Possible Ways Forward in Assessing Adequacy, XV D/5020/97-EN final WP4 26.06.1997, s.3, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1997/wp4_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2016)

¹⁹³ Dinç, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler, s. 49; Kong, Lingjie, Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context, European Journal of International Law, S. 21, 2010, s. 444.

¹⁹⁴ Kuşkonmaz, s.81; Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet, s.16.

¹⁹⁵ Veri sorumlusunun göstereceği garantide ilgilinin temel hak ve hürriyetlerinin ve özellikle özel alanının korunacağı garanti edilmelidir. Garantinin içeriği 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6, 7, 8, 11, 12 ve 14'üncü maddeleriyle uyumlu olmalıdır. Madde 26'da sayılan haklarda garanti altına alınmalıdır. Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s.73; Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 55; Heisenberg, s.33.

¹⁹⁶ Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet, s.17, Kong, s. 444.

¹⁹⁷ ABD Ticaret Bakanlığı tarafından 21 Temmuz 200'de yayımlanan Safe Harbor Privacy Principles için bakınız.(Çevrimiçi) http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018475.asp (Erişim Tarihi: 12 Mart 2016).

kişisel verilerin korunması bakımından makul bir düzenleme olarak kabul etmiştir. Safe Harbor ilkeleri Avrupa Birliği üyesi devletlerde kişisel verileri transfer etmek isteyen ABD işletmelerinin uyacakları prensipleri içermektedir.¹⁹⁸

Yönerge'nin kişisel verilerin korunmasıyla ilgili yeterli koruma düzeyi bulunmayan üçüncü ülkelere veri aktarımını yasaklayan hükümü, bu ülkelerde kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemelerin yapılmasına yol açması sebebiyle, Yönerge'nin etkisini Avrupa Birliği dışına taşımıştır.¹⁹⁹

V. VERİ SORUMLUSUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İLGİLİ KİŞİNİN HAKLARI

A. Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 10. maddesi, gerekçede belirtildiği gibi 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne paralel şekilde, veri sorumlusunun ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir.²⁰⁰

Kanuna göre, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiyi; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, veri işleme amacı, verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile Kanun'un 11. maddesinde sayılan diğer hakları konusunda bilgilendirecektir.

İlgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesi hakkında bilgilendirilmesi iki açıdan önemli olup; bunlar, bireyin kişisel haklarını etkin

¹⁹⁸ Carey, s. 121; Kuner, European Data Protection Law, s.113; Heisenberg, s.74; Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 84; Yedi temel yükümlülüğten oluşan Safe Harbor ilkelerine göre; AB üyesi ülkelerden kişisel verileri transfer etmek isten Amerikan şirketleri, söz konusu kişisel verileri, hangi amaçlarla topladıkları hakkında ilgili kişileri bilgilendirmek, izinleri olmadıkça üçüncü kişilerle paylaşmamak, bildirim yapılırsa ve izin alınsa bile kişisel verileri aynı düzeyde koruma sağlamayan üçüncü kişilere aktarmamak, kişisel verilerin bütünlüğü ve güvenliği için gereken önlemleri almak, ilgili kişilere verilerine erişim hakkı tanımak, şikayetleri ile ilgilenmek ve bu konularda çıkabilecek sorunları çözmek için bağımsız mekanizmalar oluşturmakla yükümlüdürler. Akgül, s. 133.

¹⁹⁹ Kuşkonmaz, s.86; Kuner, European Data Privacy Law, s. 79.

²⁰⁰ Komisyon Raporu, s. 11.

olarak kullanabilmesi ve idarenin şeffaflığının sağlanabilmesidir.²⁰¹ Ayrıca, ilgili kişinin bilgilendirilmesi dürüstlük kuralı ile de yakından ilgilidir.²⁰² Bu sebeplerden dolayı, ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesi hakkında bilgilendirilmesi, kişisel verilerin korunmasında önemli bir yere sahiptir.²⁰³

İlgili kişinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 10 ve 11. maddelerinde, APEC Çerçeve Belgesi'nin 15. paragrafında,²⁰⁴ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 8. maddesinde,²⁰⁵ OECD Rehber İlkeleri'nin 13. paragrafında²⁰⁶ ve BM Rehber İlkeleri'nden 4. ilkede²⁰⁷ düzenlenmiştir. Bunlardan en ayrıntılı düzenleme, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde yer almaktadır. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde kişisel verile-

²⁰¹ Küzeci, s.212; Dağ, s. 121. Kişinin verilerinin işlendiğini bilememesi durumunda haklarını da kullanamayacağından, verilerinin işlenmesi hakkında bilgilendirilmesi, menfaatlerini koruyabilmesi açısından çok önemlidir. Bu anlamda her kişi, hangi verilerinin, kim tarafından işlendiği konusunda veri sorumluları tarafından bilgilendirilmelidir. Sevimli, s. 157.

²⁰² Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.88.

²⁰³ Bygrave, Data Protection Law, s.63.

²⁰⁴ APEC Çerçeve Belgesi'nin 15. paragrafında ilgili kişinin hangi verilerinin toplandığı ve bunların ne gibi amaçlarla kullanılacağı konularında bilgilendirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

²⁰⁵ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 8. maddesinde, ilgili kişinin, kendisine ilişkin kişisel veri veya verilerin varlığını, toplama amaçlarını, veri sorumlusunun ikametini ve bağlı olduğu kuruluşu öğrenmek, makul sürede, aşırı bir masrafa tabi olmaksızın, kendisi hakkında otomatik bir veri kaydedilip kaydedilmediği konusunda anlaşılabilir bir bildirim almak, eğer bu veriler Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işlenmişse, bu verilerin silinmesini istemek, silinme talebinin reddi durumunda hukuksal yollara başvurabilmek hakkına sahip olduğu yer almaktadır.

²⁰⁶ OECD Rehber İlkeleri'nin 13. paragrafında, bireyin; "a) veri sorumlusundan kendisiyle ilgili veri bulunup bulunmadığının bildirilmesi, b) kendisiyle ilgili veri bulunuyorsa, bu verilerin makul bir zamanda, makul bir ücretle, makul ve anlaşılabilir bir şekilde kendisine açıklanması, c) a) ve b) fıkraları uyarınca yaptığı başvurunun reddedilmesi durumunda kendine ret sebeplerinin bildirilmesi ve buna karşı itiraz edebilme hakkı tanınması, d) kendisiyle ilgili verilerin içeriğine itiraz edebilme ve bu itiraz başarılı olduğunda verilerin silinmesi, düzeltilmesi, tamamlanması veya değiştirilmesini isteyebilme hakkının olması" gerektiği düzenlenmiştir.

²⁰⁷ BM Rehber İlkeleri'nden 4. ilkede belirtildiği şekilde, kimliğini belge ile kanıtlayan herkes, kendisi hakkında verilerin işlenip işlenmediğinin bildirilmesini, bu verilerin makul bir şekilde, gereksiz gecikme ve masraf olmaksızın kendisine verilmesini, verilerin hukuksuz, gereksiz ve yanlış şekilde kaydedilmiş olması halinde uygun düzeltme ve silinmelerin yapılmasını ve üçüncü kişilere aktarıldığında bilgilendirilmesini isteme hakları vardır.

rin doğrudan ilgili kişiden elde edilmesi²⁰⁸ ve üçüncü kişilerden elde edilmesi²⁰⁹ durumlarında farklı düzenlemeler yer almaktadır.²¹⁰ Belli şartların bulunması halinde, veri sorumlusunun bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkması söz konusu olabilir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 11/2 maddesinde düzenlenen bu durumlar; ilgili kişiye bilgi vermenin mümkün olmaması, bilgi vermenin oransız bir çaba gerektirmesi, verileri kaydetme veya işlemenin kanunda açıkça yer alması ve kişisel verilerin istatistiki, tarihi veya bilimsel amaçlarla işlenmesi halleridir.²¹¹

B. İlgili Kişinin Hakları

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 11. maddesi kişisel verileri işlenen kişinin haklarını düzenlemektedir. Maddeye göre kişisel verileri işlenen kişi kendisiyle kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, işlenmişse buna ilişkin bilgileri talep etme, verilerin işlenme amacı ile bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurtiçinde veya yurtdışında verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, 7 nci maddede öngörülen koşullar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini, yok edilmesini veya verinin içeriğinin eksik ya da gerçeğe aykırı olması hallerinde bunların düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir.²¹²

Madde kapsamında ilgili kişi, talebi doğrultusunda yapılan düzeltme, silme ve yok etme işlemlerinin, verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, verilerinin kanuna aykırı olarak işlen-

²⁰⁸ Yönerge'nin 10. maddesi uyarınca, bilgiler doğrudan ilgili kişiden elde ediliyorsa, veri sorumlusu veya temsilcisi, ilgili kişiye, ilgili kişinin zaten bildiği durumlar hariç olmak üzere; veri sorumlusunun veya temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin işlenme amacı, veri alıcıları veya alıcı kategorileri, sorulara cevap vermenin zorunlu veya isteğe bağlı olma durumu ve olası bir cevap vermemenin sonuçları, ilgili kişinin kişisel verileri hakkında bilgi alma ve düzeltme hakkının mevcut olduğu, veri işlemede özel nitelikli kişisel veriler gibi bazı özel durumların varlığı halinde dürüst işlemeyi temin edecek gerekli bilgileri vermesi gereklidir.

²⁰⁹ Yönerge, kişisel verilerin ilgili kişi yerine üçüncü kişilerden elde edilmesi durumunda veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğünü, 11. maddede düzenlemiştir. Buna göre, kişisel veriler üçüncü kişilerden temin edildiği veya ilgili kişiden temin edilmekle beraber üçüncü kişilerle paylaşıldığı durumlarda, ilgili kişi bu kapsamda bilgilendirilmelidir.

²¹⁰ Bainbridge, s. 108.

²¹¹ Kuşkonmaz, s.96.

²¹² Komisyon Raporu, s. 12.

mesi sebebiyle zarara uğraması halinde, veri sorumlusundan zararın giderilmesini talep etme hakkına da sahiptir.

Maddeyle ilgili kişinin, kişisel verilerinin otomatik sistemler kullanılarak analiz edilmesi suretiyle kendisi hakkında çıkacak aleyhe sonuçlara itiraz hakkının olduğu öngörülmüştür. Gerekçede verilen örnekte olduğu gibi, bu maddeyle bir çalışan, performansının otomatik sistemlerde kişisel verileri kullanılarak ölçülmesine itiraz edebilecektir.²¹³

Kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında, çeşitli düzenlemelerde ilgili kişiye kişisel verilerinin korunması için sürece aktif olarak katılmasını ve verileri üzerinde denetimini gerçekleştirebilmesini sağlayan bazı haklar verilmiştir. Kişisel verilere erişim hakkı, verilerin düzeltilmesini isteme hakkı ve bazı durumlarda veri işlemeye itiraz hakkı bu kapsamda sayılabilecek haklardandır.²¹⁴

Verilere erişim hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü ile yakından ilişkilidir. Veri sorumlusunun, kişisel verilerinin işlendiği konusunda ilgili kişiyi bilgilendirmemesi durumunda, ilgili kişinin bundan haberi olamayacağından, verilere erişim, düzeltme, silme, yok etme, üçüncü kişilere aktarılmasını engelleme gibi haklarını da kullanması söz konusu olamayacaktır.²¹⁵

İlgilin verilerine erişim hakkı, birçok metinde kabul edilmiş olup, özellikle 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ndeki düzenleme en kapsamlı olanıdır.²¹⁶ Bunun dışında 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi,²¹⁷ OECD Rehber İlkeleri²¹⁸ ve BM Rehber İlkeleri'nde²¹⁹ bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. AİHM de kararlarında ilgili kişinin verilerine erişim hakkının AİHS'nin 8. maddesi kapsamında korunduğunu belirtmiştir.²²⁰

²¹³ a.g.e, s. 12.

²¹⁴ OECD Rehber İlkelerinin 13. Paragrafında, ilgili kişinin verilerin işlenmesi sürecine katılmasına yönelik ilkeler topluca düzenlenmiştir. Bununla birlikte diğer metinlerde ilgili kişinin haklarının tek bir madde de toplanmayıp çeşitli maddelerde yer aldığı görülmektedir. Bygrave, Data Protection Law, s.63.

²¹⁵ Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.90.

²¹⁶ Bygrave, Data Protection Law, s.65.

²¹⁷ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi m.8.

²¹⁸ OECD Rehber İlkeleri par. 13.

²¹⁹ BM Rehber İlkeleri 4. ilke.

²²⁰ AİHM'nin ilgili kişinin verilere erişim hakkı kapsamında verdiği bir karar Leander

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 12. maddesi, ilgili kişiye, veri sorumlusundan kendisine bazı bilgileri vermesini isteme yetkisi vermektedir. Burada yer alan düzenlemede, ilgili kişiye, kendisine ilişkin verilere ulaşma hakkı yanında, gereksiz masraf ve gecikme olmaksızın, verilerin nasıl kullanıldığı, işleme araçları, verinin kaynağı ve alıcıları gibi başka bilgilere ulaşma hakkı da verilmiştir.²²¹

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 12/b hükmü gereğince ilgili kişi veri sorumlusundan, Yönerge'nin hükümlerine aykırı şekilde işlenen kişisel verisi varsa, özellikle kişisel verilerin eksik veya doğru olmaması durumlarında, bu kişisel verilerin silinmesi, düzeltilmesi veya erişime engellenmesini isteyebilir.²²²

İlgili kişinin itiraz hakkı 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 14. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre, ilgili kişi, genel olarak verilerin işlenmesine veya doğrudan pazarlanmasına itiraz edebilir.²²³

- İsveç davasında verdiği karardır. Mahkeme, kararında, başvuranın kendisiyle ilgili güvenlik kayıtlarına ulaşmasına, ulusal güvenlik gerekçesiyle izin verilmemesinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Leander - İsveç davası (Başvuru Numarası: 9248/81) Karar Tarihi: 26 Mart 1987, Kararın İngilizce metni için bakınız. (Çevrimiçi) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57519#{"itemid":\["001-57519"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57519#{) (Erişim tarihi: 12 Mart 2016).

²²¹ Küzeci, s.215; Bainbridge, s. 109. Yönerge'nin düzenleniş şekliyle ilgilinin verilere erişim hakkı, uygulamada bazı sorunları barındırmaya meyilli görünmektedir. Bunlardan bazıları, verilere erişim ile ilgili istenen ücretin hangi koşullarda makul sayılacağı, verilerin birden çok kişiyle ilgili olduğu durumlarda verilerin ilgili kişilere nasıl verileceği, hangi bilgilerin çıkartılacağı gibi durumlardır. Ayrıca, Yönerge'de kişisel verilerin ilgili kişiye anlaşılır bir biçimde verilmesi gerektiği düzenlendiğinden, özellikle elektronik işlemelerde ilgili kişinin teknik bilgiden yoksun olduğu durumlarda, veriler ilgili kişiye basit bir biçimde verilmelidir. Bu bilgiler verilirken üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, ticari sır ve fikri mülkiyet hukuku ile ilgili düzenlemelerinde göz önünde bulundurulması gerekliliğidir. 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 41 numaralı Gerekçesi; Kuşkonmaz, s.98.

²²² Dağ, s. 122. İlgili kişinin verilerinin düzeltilmesini isteyebilmesi için ilk olarak kendisi ile ilgili eksik veya yanlış bir verinin tutulduğunu bilmesi gerektiğinden, bu hak, veri sorumlusunun verilerin işlenmesi sırasında ilgili kişinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü ve ilgili kişinin kişisel verilere erişim hakkı ile yakından ilgilidir. Küzeci, s.216. Bunun dışında ilgili kişinin verilerini düzeltme hakkı, verilerin doğru ve güncel tutulması ilkesi ile de yakından ilişkilidir. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.92.

²²³ Sevimli, s. 163; Dağ, s. 122. Yönerge'nin 14/a maddesi gereğince belirli durumların bulunması halinde ilgili kişi kişisel verilerinin işlenmesine itiraz edebilir. Bu durumlar: Yönerge'nin 7/e fıkrasında düzenlenen, kişisel verilerin işlenme-

95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 15. maddesinde, kişinin bireysel özerkliği ile yakından ilişkili olan ilgili kişinin otomatik kararların konusu olmama hakkı düzenlenmiştir.²²⁴ Bir başka deyişle burada kişiye, kendisiyle ilgili otomatikleştirilmiş, insan müdahalesinin bulunmadığı kararların²²⁵ konusu olmama seçeneği verilmektedir.

Bu düzenleme ile kişilerin karakterlerinin tamamen otomatik yollardan değerlendirilmesinin, onların çıkarlarını önemli derecede etkileyecek kararların temelini oluşturmaması amaçlanmaktadır. Bundan dolayı şirketler, kişileri önemli derecede etkileyecek kararların en son

sinin kamu yararı için yapılan bir faaliyetin veya veri sorumlusu veya verinin açıklandığı üçüncü tarafın kamu yetkisini kullanarak yaptığı bir faaliyetin yerine getirilmesi için gerekli olması durumu ve Yönerge'nin 7/f fıkrasında düzenlenen, kişisel verilerin işlenmesinin, Yönerge tarafından ilgili kişiye tanınan haklar ağır bastığı durumlar hariç olmak üzere, veri sorumlusu veya verilerin açıklandığı üçüncü tarafın meşru çıkarları için gerekli olması durumudur. Yönerge'nin 14/b hükmünde ise, kişisel verilerin, veri sorumlusu veya üçüncü kişiler tarafından doğrudan pazarlama amacıyla işlendiği durumlarda, ilgili kişinin herhangi bir ücrete tabi olmadan verilerinin işlenmesine itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili kişinin bu hakkı konusunda bilgilendirilmesi gerektiği de Yönerge'de yer almaktadır. Yönerge'de doğrudan pazarlamanın tanımı yapılmamıştır. Küzeci, s.219.

²²⁴ Yönerge'nin 15/1 hükmü, kişilere, işindeki performansı, kredibilitesi, güvenilirliği, davranışları gibi kişiyle ilgili çeşitli kişisel özellikleri değerlendirmek amacıyla kişisel verilerinin otomatik olarak işlenmesi sonucunda elde edilen, bireyi önemli derecede etkileyerek, hukuksal sonuçlar doğuran kararların konusu olmama hakkı vermektedir. Madde hükmünde sayılan durumlar sınırlı sayıda değildir. Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s. 54. 1978 tarihli eski Fransız Veri Koruma Kanunu'nda da yer alan bu düzenleme, üye ülkeler tarafından kabul edilmesine rağmen, uygulamasına nadiren rastlanmaktadır. Küzeci, s.219; Dağ, s. 122, 123.

²²⁵ Örneğin iş başvurusunda bulunan kişilere tamamen bilgisayar yardımıyla uygulanan psikolojik testler sonucu verilen işe alıp almama kararları bu tip kararlardandır. Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s. 54. Yönerge'de bu hakkın iki istisnası da düzenlenmiştir. Yönerge'nin 15/2-a maddesine göre, eğer otomatikleştirilmiş karar, ilgili kişinin kendi görüşünü uygulamasına imkân veren koşulların yaratılması gibi tatmin edici veya uygun önlemler alındıktan sonra ilgili kişinin kendi isteğiyle bir sözleşmenin tarafı olması veya mevcut bir sözleşmenin hükümlerinin yerine getirilmesi için alınıyorsa, bu durumda karar ilgili kişi için kabul edilebilir olacaktır. Yine Yönerge'nin 15/2-b maddesine göre, bu kararın alınmasına, ilgili kişinin meşru çıkarlarını korumak için tedbirler öngören bir kanun hükmü izin veriyorsa, bu durumda da karar kabul edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta Yönerge'de belirtilen "tatmin edici önlemler" ve "ilgili kişinin meşru çıkarı" kavramlarının belirsizliğidir., Frederico Ferretti, The Law and Consumer Credit Information in the European Community, The Regulation of Credit Information Systems, Routledge-Cavendish, ABD-Kanada 2008, s.174'ten aktaran Küzeci, s.220.

aşamasının bir insan tarafından verilmesi için gerekli tedbirleri almalıdır.²²⁶

C. Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler

Veri sorumlusunun kişisel verilerin güvenliklerine ilişkin yükümlülükleri Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, ayrıca verilerin muhafazasını sağlamak için uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür.²²⁷

Maddenin ikinci fıkrasında, veri sorumlusunun, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi durumunda, maddenin ilk fıkrasındaki tedbirlerin alınmasından bu kişilerle birlikte müştereken sorumlu olacağı düzenlenmektedir.²²⁸ Maddenin üçüncü fıkrasında, veri sorumlusunun kendi kurum veya kuruluşunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak ve yaptırmak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Dördüncü fıkra, veri sorumluları ile veri işleyenlerin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemekte olup, buna göre, veri sorumluları ile veri işleyenler, öğrendikleri kişisel verileri, Kanuna aykırı olarak başkalarına açıklayamaz veya şahsi çıkarları için kullanamazlar. Bu yükümlülük veri sorumluları ile veri işleyenler görevlerinden ayrılırlar bile devam eder.²²⁹

²²⁶ Kuner, European Data Privacy Law, s.65.

²²⁷ Adalet Komisyonu Raporunda bulunan muhalefet gerekçesinde belirtildiği gibi, söz konusu yükümlülük, Borçlar Kanunu'nun 65. ve 71. maddeleri arasında düzenlenen "kusursuz sorumluluk" müessesine benzer olup, bu bağlamda, Borçlar Kanununun adac çalıştırmanın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağını düzenleyen 66. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir düzenlemenin yapılması uygun olabilirdi. Komisyon Raporu, s. 35.

²²⁸ Gerekçede verilen örneğe göre, bir şirket sahibi veri sorumlusu, şirketinin muhasebe kayıtlarının tutulması için bir muhasebe şirketi ile çalışıyorsa, bu durumda şirket sahibi ve muhasebe şirketi kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili maddenin ilk fıkrasındaki tedbirlerin alınmasından sorumludur. Komisyon Raporu, s. 12.

²²⁹ a.g.e, s. 12.

Kanun'un 12. maddesinin beşinci fıkrasında, işlenen verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından ele geçirilmesi halinde, veri sorumlusunun bu durumu en kısa sürede²³⁰ ilgilisine ve Kurula bildireceği düzenlenmektedir. Kurul, gerekmesi halinde bu durumu, kendi internet sitesinde veya uygun göreceği bir başka yolla ilan edecektir.²³¹

Veri güvenliğinde kişilerin değil doğrudan verilerin güvenliği amaçlanmıştır. Veri güvenliğinin sağlanması için alınan tedbirler ile verilerin ilişkili olduğu kişilerde korunuyorsa verilerin korunması da sağlanabilir.²³² Bu nedenle kişisel verilerin korunmasına ilişkin birçok hukuksal düzenlemede veri güvenliği temel ilkeler arasında yer almaktadır. Kişisel verilerin korunması kavramının veri güvenliğini de kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kişisel verilerin korunması için veri güvenliğinin de sağlanması gerekmektedir.²³³

Verilerin güvenliği ilkesi, OECD Rehber İlkeleri²³⁴ ve 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde²³⁵ gelişmelere açık şekilde düzenlenmiştir. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de²³⁶ verilerin korunması için uygun güvenlik tedbirlerinin alınması gerektiği belirtilmiştir.²³⁷

²³⁰ Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Yönetmelik Taslağı'nın 31. maddesinin 1. fıkrasında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ihlallerde bildirim süresi 24 saat olarak öngörülmüştür. Komisyon Raporu, s. 35.

²³¹ Komisyon Raporu, s. 12.

²³² a.g.e, s.13

²³³ Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 23. Bilişim teknolojisi kullanılarak kişisel verilere yapılan saldırılar amaçları açısından iki grupta toplanabilir. Birinci grupta, kişisel verilerin ele geçirilerek elektronik ortamda yapılan bankacılık, e-ticaret gibi alanlarda başkasının adına sahte işlemler yapılması, ikinci grupta ise, bu yasadışı işlemlerin yanı sıra kişisel verilerin kişilerin izni olmadan çeşitli ortamlarda açıklanmasıdır. Birinci gruba giren saldırılar daha çok veri güvenliği ile ilgili olup, ikinci gruptaki saldırılar ise kişisel verilerin korunması ile ilgilidir. Ersoy, Kişisel Verilerin Korunması, s. 25.

²³⁴ OECD Rehber İlkeleri, madde 11.

²³⁵ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi madde 17. Yönerge'de kişisel verilerin tesadüfen veya hukuka aykırı olarak yok edilmesine, yetkisiz şekilde elde edilmesine veya el değiştirilmesine, hukuka aykırı olarak devredilmesine veya ağda aktarılmasına veya hukuka aykırı olarak her türlü işleme faaliyetine karşı veri sorumlusu tarafından gerekli önlemlerin alacağı düzenlenmiştir. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.96.

²³⁶ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi madde 7.Sözleşme'de otomatik olarak kaydedilen kişisel verilerin kazaen veya izinsiz olarak imhası, kaybolması, yetkisiz kişiler tarafından elde edilmesi, değiştirilmesi ya da izinsiz olarak yayınlanmasına karşı uygun güvenlik tedbirlerinin alınması gerektiği belirtilmiştir. Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.96.

²³⁷ Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s.96. Kişisel verilerin

Yönerge'ye göre, belirtilen önlemler, hem ilgili sistemin kurulma aşamasında, hem de verilerin işleme aşamasında alınmalıdır.²³⁸ Bunun yanında, uygun önlemler tespit edilirken, teknolojinin ulaştığı düzey,²³⁹ korunacak kişisel verilerin niteliği, mevcut ihlal tehlikesi ve maliyet göz önünde bulundurulmalıdır.²⁴⁰ Ayrıca, veri sorumlusu, kişisel verilerin işlenmesinde çalışan kişilerin kişisel verilere zarar verebilecek muhtemel eylemlerine karşı, teknik ve örgütsel güvenlik bağlamında gerekli önlemleri almakla ve bunları belgelemekle sorumludur.²⁴¹

Veri güvenliğinin yeterli düzeyde sağlanamaması, kişiler ve kurumlar üzerinde ekonomik, siyasal, sosyal ve fiziksel zararlara sebep olabilir.²⁴² Bu zararlardan korunmak için, veri güvenliği hem ilgili kişiler, hem de veri sorumluları tarafından sağlanması gerekir. Verileri toplayan ve işleyen sistemlerin korunması yanında, bireyler de kendilerini korumalıdır. Kişisel verilere yetkisiz erişim ve benzeri müdahaleler birçok ülkede suç olarak tanımlanmış ve bu eylemleri gerçekleştiren-

kazara ortadan kaldırılması, yetkisiz erişim, değiştirilme, silinme ve yayınlanmalarını engelleyecek önlemlerin veri sorumluları tarafından alınmasını gerektiren veri güvenliği ilkesi, kişisel verilerin korunması hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu ilkeye göre, verilerin tutulduğu süre zarfında veri sorumlusu tarafından güvenlikleri sağlanmalıdır. Aksi durumda, ilgili kişinin ekonomik, sosyal vb. zararlara uğraması söz konusu olabilir. Bundan kaçınmak için, verilere yönelik her türlü tehlikeye karşı gereken her türlü idari ve teknik tedbirler alınmalıdır. Örneğin elektronik ortamda tutulan kişisel veriler kazara kaybolmalara, değiştirilmelere karşı yedeklenmeli, saldırılara karşı verilerin tutulduğu sistemlere güvenlik duvarları örülmelidir. Kuşkonmaz, s. 116. Bunun dışında, telefonla veya online bankacılık hizmetlerinde veri güvenliğinin sağlanması önemlidir. Alınacak teknik güvenlik tedbirleri ile hem bankaya hem de müşterilere karşı yapılacak müdahalelere karşı önlemler alınmalıdır. Küzeci, s.245.

²³⁸ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi başlangıç kısmı, 46. paragraf.

²³⁹ Teknolojik gelişmelerle birlikte veri güvenliğini sağlayan yöntemler ve müdahale yöntemleri ile zamanlı olarak gelişmektedir. Bu nedenle, verilerin etkili güvenliğinin sağlanabilmesi için alınan teknik önlemlerin sürekli güncellenmesi, yenilenmesi bir zorunluluktur. Küzeci, s.244.

²⁴⁰ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği m.17/1, 2. cümle.

²⁴¹ 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 17/2. Kişisel verileri işleyenlerin de verilere karşı haksız müdahalelerde bulunabilecekleri göz ardı edilmemelidir. Verileri işleyenlerin mümkün olduğu kadar en az miktarda veriye ulaşması sağlanmalı ve bu kişilerin etkinlikleri uygun araçlarla kontrol edilmelidir. Küzeci, s.244.

²⁴² Cambridge Üniversitesi'nde çalışanların adres bilgilerinin sızması sonucunda, evleri hayvan hakları savunucularınca hedef alınmıştır. İngiltere'de kredi kartı bilgilerinin basına sızması sonucunda, politikacıların alkol tüketimlerine ilişkin kişilik haklarına zarar verici bilgiler yayınlanmıştır. Dilemmas of Privacy and Surveillance, Challenges of Technological Change, The Royal Academy of Engineering, Mart 2007, s.22'den aktaran Küzeci, s. 245.

lere karşı yaptırımlar düzenlenmiş olsa da, bu suç oluşmadan, kişisel verilerin veri güvenliği ilkesini benimsemiş kurumlar ve kişiler tarafından korunmasının daha etkili bir yöntem olduğu unutulmamalıdır.

D. Veri Sorumlusuna Başvuru

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 13. maddesi ilgili kişinin veri sorumlusuna başvuru yolunu düzenlemektedir.²⁴³ Maddeye göre, ilgili kişiler, Kanunun uygulanması ile ilgili taleplerini öncelikle veri sorumlusuna iletmek zorundadırlar. İlgili kişiler bu iletimi yazılı veya uygulamada oluşacak ihtiyaca göre Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle yapabilirler.²⁴⁴ İlgili kişinin bu talebini alan veri sorumlusu, ücretsiz veya işlemin bir maliyeti gerektirmesi halinde Kurul tarafından belirlenen tarife göre ücret almayı müteakip, en kısa sürede veya en geç otuz gün içinde talebi incelemesi, kabul veya gerekçesini açıklayarak reddetmesi ve cevabını ilgili kişiye yazılı veya elektronik ortamda bildirmesi gerekmektedir.²⁴⁵

Maddenin en son fıkrasına göre, veri sorumlusunun talebi kabul etmesi halinde, gereğini yerine getirmesi gerekmektedir. İlgili kişinin başvurusunun nedeni veri sorumlusunun hatası ise, veri sorumlusu başvuru için aldığı ücreti ilgili kişiye iade etmek zorundadır.

E. Kurula Şikâyet

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 14. maddesi, ilgili kişi tarafından Kişisel Verileri Koruma Kuruluna **şikâyet** yolunu **düzen-**

²⁴³ İlgili kişilerin veri sorumlusuna başvurması çeşitli uluslararası belgelerde de düzenlenmiştir. APEC Çerçeve Belgesine göre, ilgili kişiler, veri sorumlusundan: kendisi hakkında veri tutulup tutulmadığının bildirilmesi; kimliği hakkında yeterli kanıt sağladıktan sonra, kendisi hakkındaki verilerin, makul bir zamanda, makul bir ücretle, uygun bir yöntemle, anlaşılabilir bir biçimde kendisine ulaştırılması; kendisi ile ilgili tutulan verinin doğruluğuna itiraz etme, eğer mümkün ve uygunsa, düzeltilmesi, tamamlanması, değiştirilmesi veya silinmesini isteyebilir. APEC Çerçeve Belgesi 23. madde.

²⁴⁴ Komisyon Raporu, s. 12

²⁴⁵ Gerekçede, madde metninde "bildirmesi" kavramının kullanılmasının sebebi olarak, veri sorumlusunun gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisel olabileceği ve bundan dolayı 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine tabi olmayabileceği olarak verilmiştir. Gerekçeye göre bu bildirim, bir ispat sorunu olup gerektiğinde yargı mercilerince ele alınacaktır. Bu kapsamda 7201 sayılı Tebligat Kanununa tabi kuruluşlar da Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca yapacakları bildirimleri resmi tebligat yoluyla da yapabilirler. Komisyon Raporu, s. 13.

lenmektedir. Buna göre, ilgili kişinin, Kanunun 13. maddesi uyarınca veri sorumlusuna yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmesi hallerinde ilgili kişi veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her halde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kişisel Verileri Koruma Kuruluna **şikâyet**te bulunabilir.

Maddenin ikinci fıkrasında, Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen başvuru müessesesinin, zorunlu bir başvuru yolu olduğu ve bu yol tüketilmeden **şikâyet** edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile uyumsuzlukların ilk olarak veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında halledilmesi ve bu suretle Kişisel Verileri Koruma Kurulunun yoğun bir iş yükü altında kalmaması amaçlanmaktadır.²⁴⁶ Maddenin üçüncü fıkrasında, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklı tutulmaktadır. Veri sorumlusunun hukuki statüsüne göre ilgili kişiler adli ya da idari yargıda tazminat istemli dava açabileceklerdir.

F. Şikâyet Üzerine veya Resen İncelemenin Usul ve Esasları

Kanun'un 15. maddesiyle, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yapılan incelemenin usul ve esasları düzenlenmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, **şikâyet** üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi halinde resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapabilecektir. Kurul, **şikâyet** veya resen öğrenilen **şikâyet** konusuna bağlı olup, resen genel inceleme yetki ve görevi bulunmamaktadır.²⁴⁷ Veri sorumluları, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç, Kurul tarafından istenen bilgi ve belgeleri, on beş gün içinde Kurula göndermek veya gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadırlar.

Kanunda, ilgili kişinin yaptığı **şikâyet** üzerine Kurulun yapacağı inceleme sonunda cevap vermesi öngörülmekte olup, **şikâyet** tarihin-

²⁴⁶ Gereğede belirtildiği gibi, veri sorumlusuna başvurunun zorunlu, şikâyetin ise ihtiyari olması sebebiyle, başvurusu zımnen veya açıkça reddedilen ilgili kişi aynı anda hem Kişisel Verileri Koruma Kuruluna şikâyetle bulunabilecek, hem de adli veya idari yargıya başvurabilecektir. Tasarı, s. 25.

²⁴⁷ Gereğede belirtildiği gibi Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 6. maddesinde belirtilen şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler incelemeye alınmayacaktır. Tasarı, s. 25.

den altmış gün içinde cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılacaktır. Bunun üzerine ilgili kişinin idari yargıda dava açma süresi başlamaktadır. Kurul tarafından resen yapılacak incelemeler için Kanunda herhangi bir süre bulunmamaktadır.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, **şikâyet** üzerine veya resen yapılacak inceleme sonucunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinin ihlal edildiği kanaatine varırsa, tespit ettiği hukuka aykırılıkların ilgili veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar verir ve bu kararını ilgililere tebliğ eder. Kanuna göre, bu karar, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilecektir.

Kurul tarafından, **şikâyet** üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa aykırı olan uygulamanın yaygın olduğu tespit edilirse, Kurul, bu konuda ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de alarak ilke kararı alır ve kararı yayımlar.

Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde, nihai karardan önce veri işlenmesinin veya verinin yurtdışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir. **İlgililer Kurulun kararlarına karşı idare mahkemelerinde dava açabilirler.**

G. Veri Sorumluları Sicili

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 16. maddesiyle, veri sorumlularının kaydedileceği Veri Sorumluları Sicili düzenlenmektedir. Maddeyle, veri sorumlularının kaydedilmesi amacıyla Kişisel Verileri Koruma Kurulunun gözetiminde Başkanlık tarafından kamuya açık olarak tutulan Veri Sorumluları Sicili düzenlenmektedir. Veri sorumluları veri işlemeye başlamadan önce Kişisel Verileri Koruma Kuruluna başvurarak Veri Sorumluları Siciline kaydolacaklardır.²⁴⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenecek objektif kriterlere göre, Kurul tarafından, işlenen verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması

²⁴⁸ Komisyon Raporunda yer alan mühelefet gerekçesine göre, maddede öngörülen sistem, Avrupa Komisyonu'nun veri siciline ilişkin yeni yaklaşımının aksi yönündedir. Buna göre temel prensip, bildirim usulüne tabi ön inceleme ve kontrol mekanizmalarının oluşturulması değil, herhangi bir bildirimde bulunmaksızın serbest faaliyette bulunan veri sorumlularının sonradan denetimlerinin sağlanmasına yönelik mekanizmaların tasarlanmasıdır. Komisyon Raporu, s. 36.

veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi hususlarda Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisnalar getirilebilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusunda bildirilmesi gereken hususlar düzenlenmektedir. Bu kapsamda, gerekçede de belirtildiği gibi, örneğin veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin aktarılabilmesi için alıcı veya alıcı grupları, veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler, kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre gibi hususlar Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusunda bildirilmelidir. Ayrıca, üçüncü fıkra uyarınca bildirilmesi gerekli bilgilerde meydana gelen değişiklikler de derhal Başkanlığa bildirilecektir. Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer hususlar yönetmelikle düzenlenecektir.²⁴⁹

VI. SUÇLAR VE KABAHAHLAR

A. Suçlar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 17. maddesinde, kişisel verilere ilişkin suçlar ve cezai yaptırımlar için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıf yapılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişisel verileri silmeyen veya anonim hale getirmeyenlerin ise Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılmaları gerektiği düzenlenmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kişilerin" ibaresi "Kişisel verinin, kişilerin" şeklinde; "bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır" ibaresi "olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece fıkra metni "*Kişisel verinin, kişinin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*" hali almıştır. Böylece Türk Ceza Kanunu'nda sayılan bu özel nitelikli ve-

²⁴⁹ Komisyon Raporu, s. 14.

rilerin kaydedilmesi durumunda ceza arttırılacağından bu fıkra suçun nitelikli hali olmuştur.

TCK “özel hayatı” ve “hayatın gizli alanını” korumaktadır. Kişinin kendisine ait bilgiler özel hayata ve hayatın gizli alanına dâhildir. Kişilere ait bilgilere karşı eylemlerde bulunanları Ceza Hukuku vasıtasıyla cezalandırmak amacıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kişisel verilere karşı suçlar ihdas edilmiştir. Kanun’un “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde, 135. maddede “kişisel verilerin kaydedilmesi”, 136. maddesinde “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” ve 138. maddede “verileri yok etmeme” suçları düzenlenmiş, 137. maddede ise cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haller sayılmıştır.²⁵⁰ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygunluk hallerini düzenleyerek, Türk Ceza Kanunu’ndaki kişisel verilere karşı suçların içeriğinin belirlenmesini, hangi fiillerin suç teşkil ettiğine dair uygulamadaki ciddi tereddütlerin giderilmesini sağlamıştır.

TCK’da nelerin kişisel veriler olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamakta olup, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenleyen TCK 135. maddesinin gerekçesinde, suçun konusunun kişisel veriler olduğundan bahsedilerek, gerçek kişilerle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁵¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, doktrinde Türk Ceza Kanunu metninde kişisel verinin tanımının yapılmamış olması birçok yönden eleştirilmiştir. Kişisel verinin tanımı yapılmayarak kapsamının geniş tutulmasının ceza hukukunun belirlilik ilkesine aykırı düştüğü belirtilmiştir.²⁵² Aynı düşüncede olan yazarlara göre, o dönemde kişisel veriyi tanımlayan bir kanun bulunmaması nedeniyle, bu durum aynı zamanda kanunilik ilkesini de ihlal etmekteydi.²⁵³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3. maddesinde kişisel verinin tanımının yapılmış olması bu konudaki birçok sorunu **çözmüştür**.

²⁵⁰ Özen - Baştürk, s.122; Ketizmen, s. 230-242; Topaloğlu, s.179,180.

²⁵¹ Özen - Baştürk, s. 123; Hafizoğulları - Özen, Ceza Özel, s. 267,268.

²⁵² Dülger, Bilişim Suçları, s. 271. Belirlilik ilkesinin amacı, ceza normunu uygulayan hâkimin suç ve cezanın öngörülebilirliğini engelleyici, hukuk yaratıcı ya da yorumlayıcı öznel davranış ve kararlarının önüne geçilmesidir.

²⁵³ Küzeci, s.286; Yaşar - Gökcan - Artuç, s. 4116.

B. Kabahatler

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 18. maddesinde, Kanunda öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmektedir. Madde kapsamında aydınlatma ve veri güvenliğini sağlama, Kurul kararlarını yerine getirme ve Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüklerine aykırı davranılması kabahat olarak düzenlenmekte ve idari para cezası yaptırımına bağlanmaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu idari yaptırımlara karar verecek olup, yaptırım kararlarına karşı idari yargı yolu açıktır.²⁵⁴

Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi, idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişiler hakkında uygulanacak olup, üçüncü fıkraya göre, kabahat olarak düzenlenen eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi halinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ile diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır.²⁵⁵

VII. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU VE TEŞKİLAT

A. Kişisel Verileri Koruma Kurumu

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 19. maddesinde, Kanun'un verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulan, idari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişiliğini haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumunun kuruluşu düzenlenmektedir.²⁵⁶

²⁵⁴ Gerekçede, maddede yer alan kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırları arasındaki makasın bilinçli olarak geniş tutulduğu belirtilmiş olup, Kişisel Verileri Koruma Kurulu karar verirken kabahatler hususunda genel kanun niteliğinde olan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alacaktır. Bu şekilde düzenleme yapılmak suretiyle, söz konusu kabahatlerin çok farklı ekonomik güce sahip gerçek veya tüzel kişiler hakkında uygulanacak olması nedeniyle yaptırım uygulamasında hakkaniyet sağlanmaya çalışılmıştır. Gerekçede verilen örneğe göre, küçük bir şehirde faaliyet gösteren bir aile şirketiyle ülke çapında faaliyet gösteren bir holdingin Kanun hükümlerini ihlal etmesi durumunda belirlenecek idari para cezalarının miktarı söz konusu şirketlerin ekonomik durumlarına göre farklı olacaktır. Tasarı, s. 26.

²⁵⁵ Her ne kadar Kanunda belirtilmemiş olsa da, gerekçede de belirtildiği gibi, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğindeki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Tasarı, s. 26.

²⁵⁶ Gerekçede de belirtildiği gibi, Avrupa Konseyinin 108 sayılı Sözleşmesi ve Avru-

B. Kurumun Görevleri

Kanun'un 20. maddesiyle, Kişisel Verilerin Koruma Kurumunun görevleri belirlenmektedir. Maddeye göre, Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun, başlıca ulusal ve uluslararası düzlemde uygulama ve mevzuattaki gelişmeleri takip ederek araştırma ve inceleme faaliyetlerinde bulunma ve ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapma ve ihtiyaç duyulan hususlarda önerilerde bulunma görevleri bulunmaktadır.

Kanuna göre Kurum, yıllık faaliyet raporunu Cumhurbaşkanlığına, Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonuna ve Başbakanlığa sunmak ve Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmekle görevlidir.

C. Kişisel Verileri Koruma Kurulu

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 21. maddesiyle, Kişisel Verileri Koruma Kurumunun karar organı olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu düzenlenmektedir.²⁵⁷ Kanun'da, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı, görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kurula emir ve talimat veremeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun dokuz üyeden oluştuğu, beş üyesi Türkiye Büyük Millet Meclisi, iki üyesi Cumhurbaşkanı, iki üyesinin Bakanlar Kurulu tarafından seçileceği düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, Kurula üye olabilmek için gereken şartlar düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada, Kurul üyeliğine seçilecek-

pa Birliğinin 95/46/AT sayılı Yönergesi, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere uygulanmasını izlemek ve yönlendirmek üzere fonksiyonel olarak bağımsız bir şekilde görev yapacak otoritelerin oluşmasını düzenlemektedir. Avrupa Birliği üyesi tüm ülkelerde benzer şekilde kurulmuş bağımsız otoriteler bulunmaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu ve Başkanlıktan oluşan Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Başbakanlıkla ilişkili olup, merkezi Ankara'dadır. Tasarı, s. 26.

²⁵⁷ Gerekçede, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, Avrupa Konseyinin 108 sayılı Sözleşmesi ve Avrupa Birliğinin 95/45/AT sayılı Yönergesine uygun şekilde bağımsız olarak kurgulandığı belirtilmiştir. Tasarı, s. 27.

rin muvafakatlarının aranacağı, seçimde, Kurumun görev alanına giren konularda bilgi ve deneyimi bulunanların çoğulcu bir şekilde temsiline özen gösterileceği belirtilmiştir. Beşinci fıkra Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Kurula üye seçimi usulü düzenlenmiştir. Altıncı fıkra ise Cumhurbaşkanı veya Bakanlar Kurulu tarafından Kurula seçim yapılması düzenlenmiştir. Yedinci fıkraya göre, Kurul, üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkan seçer. Sekizinci fıkraya göre, Kurul üyelerinin görev süresi dört yıl olup, süresi biten üye tekrar seçilebilir. Seçilen üyeler Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda yemin ederler.²⁵⁸ Kanunda Kurul üyelerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlara ilişkin soruşturmaları 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre yapılır ve bunlar hakkında soruşturma izni Başbakan tarafından verilir. Madde- nin 11. fıkrasında sayılan durumlarda üyelerin Kurul kararıyla üyelikleri sona erer. Maddenin 12. fıkrasında Kurul üyeliklerine seçilenlerin Kurulda görev yaptıkları sürece önceki görevleri ile ilişkilerinin kesileceği, kamu görevlisi iken üyeliğe seçilenlerin, Kanunda belirtilen şartlarda tekrar kamu görevlisi olarak atanabileceği düzenlenmiştir.

D. Kurulun Görev ve Yetkileri

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 22. maddesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun görev ve yetkileri düzenlenmektedir.²⁵⁹

²⁵⁸ Kurul üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça, Kuruldaki resmi görevlerinin yürütülmesi dışında resmi veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, hakemlik ve bilirkişilik yapamazlar. Ancak, Kurul üyeleri, asli görevlerini aksatmayacak şekilde bilimsel amaçlı yayın yapabilir, ders ve konferans verebilir ve bunlardan doğacak telif hakları ile ders ve konferans ücretlerini alabilirler.

²⁵⁹ Maddeye göre, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun görevleri; kişisel verilerin, temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde işlenmesinin sağlanması, kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikayetlerinin karara bağlanması, şikayet üzerine veya Kurul tarafından ihlal iddiasının öğrenilmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğinin incelenmesi ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler alınması, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan yeterli önlemlerin belirlenmesi, Veri Sorumluları Sicilinin tutulmasının sağlanması, Kurulun görev alanı ile Kurumun işleyişine ilişkin konularda gerekli düzenleyici işlemlerin yapılması, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlemlerin yapılması, veri sorumlusunun ve temsilcisinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenleyici işlemlerin yapılması, Kişisel Verilerin Korunması Kanu-

E. Kurulun Çalışma Esasları

Kanun'un 23. maddesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun çalışma esasları düzenlenmektedir. Madde kapsamında, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun toplantı ve karar yeter sayısı, Kurul üyelerinin kendilerini ve yakınlarını ilgilendiren konularda yasaklılıkları ve sır saklama yükümlülükleri düzenlenmektedir. Kurulun çalışma usul ve esasları ile kararların yazımı ve diğer hususlar yönetmelikle düzenlenecektir.

F. Başkan

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanının görevleri düzenlenmektedir. Maddeye Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanının görevleri olarak, Kurumu yönetmek ve temsil etmek, stratejik planın uygulanmasını sağlamak, Kurumun ve hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışmasını temin etmek yanında, Kurul toplantılarının gündemini belirleyerek toplantılara başkanlık etmek ve Kurumun mali tabloları ile bütçesini hazırlamak başlıca görevleri arasındadır. Kurum Başkanına İkinci Başkan vekâlet edecektir.

G. Başkanlığın Oluşumu ve Görevleri

Kanunun 25. maddesinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanlığının oluşumu ve görevleri düzenlenmektedir. Maddeye göre, Başkanlık, Kurumun ve Kurulun idari ve mali işleri ile sekreteryaya hizmetlerini yerine getirecektir. Başkanlık, Başkan Yardımcısı ve daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Maddeyle, Başkan Yardımcısı ve Daire Başkanlarının nitelikleri ve atanma usulü ile Başkanlığın görevleri ayrıntıları olarak düzenlenmektedir. Hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenecektir.

nunda öngörülen idari yaptırımlara karar verilmesi, diğer kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve kişisel verilere ilişkin hüküm içeren mevzuat tasarıları hakkında görüş bildirilmesi, Kişisel Verileri Koruma Kurumunun stratejik planının karara bağlanması, amaç ve hedeflerinin, hizmet kalite standartlarının ve performans kriterlerinin belirlenmesi, Kurumun stratejik planı ile amaç ve hedeflerine uygun olarak hazırlanan bütçe teklifinin görüşülmesi ve karara bağlanması, Kurumun performansı, mali durumu, yıllık faaliyetleri ve ihtiyaç duyulan konular hakkında hazırlanan rapor tasarılarının onaylanması ve yayımlanması, taşınmaz alımı, satımı ve kiralanması konularındaki görüşlerin görüşülüp karara bağlanması ve kanunlarda verilen diğer görevlerin yerine getirilmesidir.

H. Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve Uzman Yardımcıları

Kanun'un 26. maddesinde Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve Uzman Yardımcıları ile ilgili esaslar düzenlenmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu görevlerinin daha etkin bir şekilde yerine getirilmesi için Kurumda Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve Kişisel Verileri Koruma Uzman Yardımcısı çalıştırılacak olup, maddeyle bu kadrolara atanmak için 657 sayılı Kanun'un ek 41. maddesine atıf yapılmaktadır.

I. Personele ve Özlük Haklarına İlişkin Hükümler

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 27. maddesinde, Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin mali ve sosyal hakları düzenlenmektedir. Maddede başka kurum ve kuruluşlarda çalışanlardan uzmanlığına ihtiyaç duyulanların Kurumda görevlendirilmesine ilişkin düzenleme hüküm altına alınmakta ve Kurumda istihdam edilecek personele ilişkin kadro unvan ve sayıları da belirlenmektedir.

VIII. İSTİSNALAR

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesinde Kanun kapsamı dışında tutulan hususlar düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında tamamen Kanun kapsamı dışında tutulan hususlar düzenlenmektedir. Maddenin düzenlemesine göre kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla, gerçek kişiler tarafından kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetleri kapsamında; resmi istatistik ile anonim hale getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla, milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında, milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında, soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi, Kanun'un tamamen kapsamı dışında tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, kısmen Kanun kapsamı dışında kalan hususlar düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak bu fıkra da sayılan haller kanun hükümlerine tabi olmakla birlikte, sadece fıkra da belirtilen kanun maddelerinde düzenlenen hükümler bakımından istisna tutulmaktadır. Bu kapsamda maddenin ikinci fıkrasında, Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10., zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddelerinin uygulanmayacağı haller düzenlenmektedir. Bu haller; kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi, kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile didiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması, kişisel veri işleminin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması halleridir.

Uluslararası düzenlemelerde de kişisel verilerin korunmasına bir takım sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkını hazi olduğu hükme bağlandıktan sonra, ikinci fıkrasında da bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla mümkün olabileceği düzenlenmiştir.²⁶⁰

108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin "İstisnalar ve Kısıtlamalar" başlıklı 9. maddesinde; hangi durumlarda kişisel verilerin korunması hakkına istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Maddede taraf Devletlerin kanunlarında öngörülmüş olmak kaydıyla demokratik bir toplumda; devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadelenin söz

²⁶⁰ Komisyon Raporu, s. 23

konusu olması, ilgilinin veya üçüncü kişilerin haklarının korunması, verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında ilgilinin katılım haklarına bir sınırlama getirerek üye devletlere kişisel verilerin korunmasında istisnalar getirebileceklerini düzenlenmiştir.

95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi'nin "İstisnalar ve Sınırlamalar" başlıklı 13. maddesinde; kanunla öngörülmüş olmak kaydıyla üye devletlerin, milli güvenlik, ülke savunması, kamu güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi, suçların soruşturulması ve kovuşturulması, Avrupa Birliğinin veya üye devletin mali, bütçe veya vergi konularında önemli ekonomik ve finansal yararı, belli durumlarda resmi makamların inceleme ve denetleme yapabilmeleri, ilgili kişinin korunması, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması gibi nedenlerle Yönerge'de öngörülen koruma tedbirlerine istisnalar getirebilecekleri düzenlenmiştir.²⁶¹

Kişisel verilerin korunması hakkı, sınırsız olarak korunan bir hak olmayıp, belirli koşullar altında müdahale yapılması olanaklıdır.²⁶² Özellikle kamusal organlar tarafından yapılacak müdahaleye karşı kişinin rızası yoksa ancak üstün bir kamu yararının bulunması ve bu konuda verilerin korunması ile ilgili anayasal düzenlemelere uygun yapılmış kanun seviyesinde²⁶³ bir yasal düzenlemenin olması gerekir. Aynı zamanda bu yasal düzenlemenin normların açıklığı ve ölçülülük ilkelerine uygun olması gerekir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekçesinde de belirtildiği gibi, kişisel verilerin korunması hakkına getirilen istisnalar, kişisel verilerin korunması hakkı ile diğer kamusal ve kişisel menfaatler arasında denge ve ölçülülük sağlanması açısından da gereklidir.²⁶⁴

SONUÇ

Bilişim ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ve küreselleşme sonucunda, günümüzde bilgi, meta ve güç halini almış, kamu kurumları ve özel teşebbüslerden artan talep nedeniyle belirli veya belirlenebilir

²⁶¹ Komisyon Raporu, s. 23.

²⁶² Dağ, s. 96.

²⁶³ Demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiş ve yerleşmiş temel bir ilke olan kanunilik ilkesine göre; temel hak ve özgürlükler idari düzenlemelerle sınırlanamaz; sınırlama ancak yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla yapılabilir.

²⁶⁴ Komisyon Raporu, s. 23.

nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eden kişisel verilerin kaydedilmesi, tutulması, paylaşımı, işlenmesi ve transferindeki miktar ve çeşitlilik artmıştır. Günümüzde bilgisayar, internet ve cep telefonları gibi modern iletişim araçlarının yardımıyla bireylere ait kişisel verilere kolayca ulaşılabilen ve bu veriler kişiler, şirketler ve ülkeler arasında çok hızlı şekilde paylaşılabilir. Bu durum, kişisel verilerin sahibi olan bireylerin hukuki güvenliğini tehdit edecek ve özel yaşamlarının gizliliğini bozabilecek bir seviyeye gelmiştir. Bütün bu karmaşa içinde, veri işlem faaliyetleri kapsamında geri planda kalan bireyin kişiliğini koruyarak geliştirmeye devam edebilmesi için, kişisel verilerin korunması hususunda düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Uluslararası ve ulusal kaynaklarda, temel hak ve özgürlükler arasında, bireylerin özel hayatlarının gizliliğinin bir parçası olarak görülen kişisel verilerin korunması, bireylerin kişiliklerini koruyarak, kendilerini serbestçe geliştirmeleri ve verileri üzerinde kontrol sağlayarak onların geleceğini belirleyebilmeleri için son derece önemlidir. Bireyin kişisel verilerinin korunması, onun aynı zamanda özel yaşamın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü gibi diğer temel hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınmasıyla da ilgilidir. İnsan onuru temeline dayanan kişisel verilerin korunması hakkı; kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle bireyin maruz kaldığı riskler karşısında korunmasını sağlayan anayasal bir haktır. Kişisel verilerin korunması hukuku, kişisel verilerin işlenmesi sırasında bireylerin özel hayatlarının gizliliğini korumakla birlikte, kişisel verilerin güvenle paylaşılabilmesini amaçlamaktadır. Böylece birey kişisel verileri üzerinde serbestçe karar verebilecek ve böylece bireyin temel hak ve özgürlükleri korunacaktır.

Türkiye, 1981 yılında 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni imzalamış olmasına karşın, uzun bir süre Sözleşme'de zorunlu olarak belirtilen kişisel verilerin korunması alanını düzenleyen özel bir kanun çıkarmaması nedeniyle, Sözleşme'yi imzalayıp onaylamayan tek ülke olmuştur. Bu konu özellikle 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi uyarınca Avrupa ülkelerinin kişisel verileri eşdeğer koruma bulunmayan ülkelere aktarmamaları nedeniyle ülkemiz açısından sorun oluşturan bir alan olmuş, bunun dışında insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olma yolunda ilerleyen ülkemiz açısından kişisel verilerin korunması alanında özel bir düzenleme yapılması bir zorunluluk halini almıştır. Nihayet 24 Mart 2016 tarihinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek kanunlaşmış ve bu konudaki büyük bir hukuki boşluk doldurulmuştur.

Kaynakça

- Akdağ Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) A.B.D., Ankara 2010.
- Akgül Aydın, Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013.
- Aksoy Hüseyin Can, Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2008.
- Artuç Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 1293
- Atak Songül, "Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvençeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, 2010.
- Aydın Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Kapsamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014.
- Bagdamor Vemon, Blackwell'in Siyaset Bilimi Ansiklopedisi, C.II, Çev. Erhan Yükselci, Sema Yükselci, Bülent Peker, Ümit Yayıncılık, Ankara 2003.
- Bainbridge David, Data Protection Law, CLT Professional Publishing, 2000.
- Banisar David, "Freedom of Information and Access to Government Record Laws Around the World", The Freedom info Global Survey, Mayıs 2004.
- Başalp Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, 2004.
- Bauman Zygmunt, Yasa Koyucular ve Yorumcular, Çev. Kemal Atakay, Metis Yayınevi, İstanbul 1996.
- Berber Leyla Keser - Lostar Murat, Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006.
- Bergkamp Lucas - Dhont Jan, "Data Protection in Europe and the Internet: An Analysis of the European Community's Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web", The EDI Law Review, S.7, 2000.
- Beyli Ceylin, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler, Bilişim Hukuku, derleyen Mete Tevetoğlu, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- Boz Ahmet, Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi A.B.D., Ankara 2014.
- Bygrave Lee, Data Protection Law - Approaching Its Rationale, Logic and Limits, Kluwer Law International, Newyork 2002.
- Carey Peter, Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law, Oxford University Press, 2004.
- Dağ Güray, Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2011.
- Decew Judith Wagner, "The Scope of Privacy in Law and Ethics", Law and Philosophy, 5, 1986.
- Dinç Engin, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2006.

- Dinç Güney, Güvensizlik Üçgeni, 1402'likler, Fişleme, Güvenlik Soruşturması, Say, İstanbul 1987.
- Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Seçkin, Ankara 2004.
- Er Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü, Yetkin, Ankara 2007.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2006.
- Ergün İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Ersoy Uğur, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak "Kişisel Verilerin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara 2009.
- Gültekin Nil Melek, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., İstanbul 2012.
- Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 3. Cilt, Ankara 2008.
- Hafızoğulları Zeki - Özen Muharrem, Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar, Us - A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Heisenberg Dorothee, Negotiating Privacy: The European Union, the United States and Personal Data Protection, Lynne Rienner Publishers, London 2005.
- Jay Rosemary -Hamilton Angus, Data Protection Law and Practice, Second Edition, Thomson, 2003.
- Kanadoğlu O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta, İstanbul 2000.
- Kang Jerry, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", Stanford Law Review, C.50, 1998.
- Ketizmen Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2008, s. 238
- Kılınç Doğan, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, C.61, S.3, 2012.
- Korff Douwe, EC Study on the Protection of the Rights and Interests of Legal Persons with Regard to the Processing of the Personal Data Relating to Such Persons, (Study Contract ETD/97/B5-9500/78).
- Kuner Cristopher, European Data Privacy Law and Online Business, Oxford University Press, 2003.
- Kuner Cristopher, European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation, İkinci Baskı, Oxford University Press, 2007.
- Kuşkonmaz Elif Mendos, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Lyon David, Surveillance Studies an Overview, Polity Press, 2007.
- Lyon David, Surveillance After September 11, Polity, 2003.
- Oğuzman Kemal, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.
- Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler, C.II, Seçkin, Ankara 2008,

- Özdemir Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Parent, W. A., "A New Definition of Privacy for the Law", Law and Philosophy, 2, 1983.
- Sevimli K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2006.
- Solove Daniel J. - Rotenberg Marc - Schwartz Paul M., Information Privacy Law, İkinci Baskı, Aspen Publishers, New York 2006.
- Solove Daniel J., The Digital Person, Technology and Privacy in the Information Age, New York University Press, ABD 2004.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010.
- Şahin Meral Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Şimşek Oğuz, "4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanunun 4. maddesine Göre "Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması", İzmir Barosu Dergisi, S. 4, 2001.
- Şimşek Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Basım, İstanbul 2008.
- Taşkın Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta, Bursa 2008.
- Tezcan Durmuş, "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Yargısı Dergisi, 8. Cilt, 1991.
- Topaloğlu Mustafa, Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005.
- Üzeltürk Sultan Tahmazoğlu, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği", Legal Hukuk Dergisi, Sayı 93, Eylül 2010.
- Üzeltürk Sultan Tahmazoğlu, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul 2004.
- Wacks Raymond, Personal Information Privacy and the Law, Clarendon Press, Oxford 1993.
- Walden I. N. - Sawage R.N., "Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations be Protected?", International and Comparative Law Quarterly, C.37, S. 22, 1988.
- Yalvaç Gürsel, Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Yaşar Osman - Gökcan Hasan Tahsin - Artuç Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yılmaz, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında), Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2014.

1961 ANAYASASI PERSPEKTİFİNDEN PARLAMENTER BAĞIŞIKLIKLAR

PARLIAMENTARY IMMUNITIES IN THE PERSPECTIVE OF THE 1961 TURKISH CONSTITUTION

Seda DUNBAY*

Özet: Parlamenter bağışıklıklar Anayasa Hukukunun güncelliğini yitirmeyen alanlarından. Yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı ilk olarak 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’de varlık göstermiştir. Böylelikle anayasal tarihimize giriş yapan bağışıklıklar, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesini takiben yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası’nda da düzenlenmiştir. Bu bağlamda ilk olarak yasama bağışıklarının ilgili anayasa dikkate alınarak teorik incelemesi yapılacaktır. Ardından da 1961’den 1980’e kadar uygulamadaki durumu örnek olaylarla incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası, Parlamento, Parlamenter Bağışıklıklar

Abstract: Parliamentary immunities appear in the fields of constitutional law which don’t lose its currency. The freedom of speech and the freedom from arrest came into existence at first, in the Ottoman Constitution of 1876. In this way, they entered into our constitutional history and also were enacted in the 1961 Turkish Constitution which came into effect in pursuit of the 1960 military intervention. In this context, we demonstrate its theoretical bases considering related constitution. Additionally, we will explicate its situation in practice from 1961 to 1980 with case study examples.

Keywords: The 1961 Turkish Constitution, Parliament, Parliamentary Immunities

GİRİŞ

Parlamenter bağışıklıklar, Anayasa Hukukunun en fazla tartışmaya maruz kalan alanlarından. Günümüzde söz konusu bağışıklıkların siyasi bir dogma haline geldiğini söylemek abartılı olmayacaktır. Her ne kadar bu tür bir algının yaratılması söz konusu olsa da esasen amaçlanan, milletin temsilcileri konumundaki vekillerin icra et-

* Avukat, Ankara Barosu, Bordeaux Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi (Doctorante en droit public - Université de Bordeaux - CERCCE Centre d’Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l’État)

tikleri bazı eylemler nedeniyle vatandaşlara uygulanan ortak hukuk kurallarına tabi olmamalarını sağlamaktır.¹ İşlevsel ve kişisel nitelik arz eden söz konusu korumalar, parlamenterin şahsı lehine tanınmamıştır. Vekil olmaktan kaynaklıdır ve nesnel bir yapı sergiler. Daha açık bir ifadeyle, bir kısım kimselerden meydana gelen zümre yararına oluşturulmuş bir imtiyaz değil; yasama erkini yürütme erkinin verebileceği zararlardan daha yukarıda konumlandırabilmek için tanınmış kamu yararı lehine bir tedbirdir.² Kamu yararı göz önünde bulundurularak anayasal çerçevede teminat altına alınmış olan söz konusu bağışıklıklar, kendi içerisinde yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı olarak iki kısma ayrılmaktadır. Gündeme gelişleri bakımından dokunulmazlığın, sorumsuzluğa oranla daha ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Ancak bu durum, her ne kadar bir başlık altında birleştirilerek tasnif edilseler de yapısal farklılıklar taşımalarından kaynaklanmaktadır.

Başlıkta belirttiğimiz üzere, gerek yasama dokunulmazlığı gerek yasama sorumsuzluğu parlamento üyelerine, parlamenter sıfatı taşımaları nedeniyle tanınan güvencelerdir. Kanımızca, bağışıklık yerine güvence tabiri de kullanılabilir. Zira her ikisi de, parlamenterlerin görevlerini yerine getirirken herhangi bir kuşku, kaygı yahut en açık tabirle üzerlerinde bir baskı hissetmemeleri için kurulan güven mekanizmasının birbirini destekleyen ama farklı işlevlere sahip olan parçalarıdır. Tam bu noktada fazla ayrıntıya girmeksizin bir başka araştırma konusu olabilecek nitelikte sorular sorup tekrar bağışıklıklar meselesine dönmenin faydalı olacağı kanısındayız. Peki, bahsi geçen güvencelerden faydalanan parlamenter yahut milletvekili olarak tabir edilen şahıslar halktan oluşan bir “birlik” midir? Yoksa düzenli ve deneyimli bir “birlik” midir? Yahut desteğini halktan alan bir “birlik” midir?³ Kesin bir tanımlamanın yapılabilir olması aslında bağışıklıkların önemi ve gerekliliğini daha açık bir biçimde ortaya koyacaktır. Bu bağlamda, vatandaşların kendilerini temsil edenlere güvenmelerinin

¹ Mehmet Ali Aybar, “Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 3, 1937, s. 121.

² Pierre Avril ve Jean Gicquel, *Droit Parlementaire*, 4. Baskı, Montchrestien Lextenso Éditions, Paris, 2010, s. 49.

³ Jean-Jacques Urvoas ve Magali Alexandre, *Manuel de survie à l’Assemblée Nationale-L’art de la guérilla parlementaire*, Odile Jacob, Paris, 2012, ss. 53-64.

sağlıklı bir demokrasinin birincil şartı olduğunu belirtmekte de fayda vardır. Aksi takdirde, temsil ettiğini düşündüğü kişi tarafından görev ve yetkilerinin tanınmaması halinde bir parlamenter ne işe yarar ki?⁴

Söz konusu bağımsızlıklar, uluslararası bağlamda tanınır nitelikte olup; yalnızca belli bazı devletlerin anayasal ve parlamenter sistemlerine özgü değildir. İşlevlerinin farklılığı nedeniyle değerlendiriliş biçimleri değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda, yasama sorumsuzluğunun bütün Avrupa ülkelerinde hemen hemen aynı terimlerle tanınmış olmasına karşılık, yasama dokunulmazlığı ile ilgili ulusal düzenlemeler çeşitlilik göstermekte ve kurumun gerekliliği üzerinde daha ciddi tartışmalar yaşanmaktadır.⁵ Bu bağlamda farklı yaklaşımlar olmasının temel sebebi; yasama dokunulmazlığının, Ceza Hukuku normlarının ülkede yaşamakta olan veya bulunan herkese uygulanabilmesine dair kurala istisna teşkil etmesidir. Oysa yasama sorumsuzluğu, hukuk ve siyaset bilimi literatüründe ortak paydada rahatlıkla buluşulabilecek bir alana yani ifade özgürlüğüne ilişkindir. Daha açık bir ifadeyle parlamenterin yasama görevini icra ederken üzerinde herhangi bir baskı hissetmeksizin oy, söz ve düşüncelerini dile getirebilmesini güvence altına alır. Yani yasama sorumsuzluğu ile bir nevi “milletin sesinin, meclise yansıyan temsili iradenin”⁶ herhangi bir baskıya maruz kalmadan varlık sürdürmesi amaçlanmaktadır. Nitekim İngiltere’de parlamentonun faaliyet göstermesini takip eden süreçte tarih sahnesinde baş göstermiş olan bağımsızlıklar, birbirlerini tetikler nitelikte varlık göstermiştir. İngiliz parlamento hukukunun gelişim süreci ile paralel seyir izleyen bağımsızlıkların gelişimi ilk olarak yasama sorumsuzluğu ile ortaya çıkmıştır.⁷

Parlamenter bağımsızlıklar, anayasa ve parlamento tarihimiz boyunca da önem atfedilen ve anayasal çerçevede düzenleme konusu yapılmış güvenceler arasında yer almıştır. Makalemizin odak noktası Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası olduğundan ilk bölümde, hazırlanış süreci ve yasama bağımsızlıklarının anayasal çerçevesinin nasıl

⁴ Ibid., s. 61.

⁵ Ergun Özbudun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, *TBB Dergisi*, Sayı 59, 2005, s. 109.

⁶ Ahmet İyimaya, “Yasama Sorumsuzluğu Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 1996, s. 337.

⁷ Hüseyin Özcan, *Yasama Bağımsızlıkları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 111.

çizildiği konuları ele alınacaktır (A). Ardından 1961'den önce yürürlükte olmuş anayasalar ile fazla ayrıntıya girmeksizin karşılaştırma yapılacaktır (B).

İkinci bölümde ise öncelikle, söz konusu Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten 12 Eylül 1980 tarihine kadar geçen süreçte dokunulmazlıkları kaldırılmak istenen Millet Meclis üyelerine dair örnek olayların analizine odaklanılacaktır (A). Takiben, Cumhuriyet Senatosu üyelerine ilişkin dokunulmazlığın kaldırılması talebiyle gelişim gösteren olaylar incelenecektir (B). Sonuç itibarıyla, parlamenterlerin görevlerini layıkıyla yapabilmelerini amaçlayan bu korumanın iktidar ve muhalefet ilişkilerinin seyrinde ne derece önemli bir yer işgal ettiği ve ne türden neticelere yola açtığı yorumlanacaktır.

I. 1961 Anayasasının Hazırlanış Süreci ve Parlamenter Bağımsızlıklara Yaklaşımı

A. 1961 Anayasasının Hazırlanış Süreci ve Parlamenter Bağımsızlıkların Ele Alınışı

27 Mayıs, cumhuriyetin ilanından sonraki ilk askeri müdahale olma özelliğini taşımaktadır.⁸ Ancak cumhuriyet öncesi tarihimizi de kapsar biçimde ele aldığımızda, dipnotta da belirtildiği üzere, mevcut iktidara yönelik ikinci askeri müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere, 27 Mayıs Askeri Müdahalesini meydana getiren nedenler ve koşullar, aynı zamanda 1961 Anayasasını da ortaya çıkarmıştır.⁹ Bu çerçevede, 27 Mayıs'ı meydana getiren asıl nedenin siyasal

⁸ Halil Cin, *Demokrasi Tarihimizde 1909 Reformları*, Ali Naim İnân'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 1149. Osmanlı-Türk anayasacılık hareketleri incelendiğinde, demokrasi tarihimizin ilk askeri müdahalesinin 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleşmediği görülmektedir. Her ne kadar meşruti monarşi sisteminin geçerli olduğu bir dönemde ortaya çıkmış olsa da ilk askeri müdahale 31 Mart vakasının (31 Mart 1325) ortaya çıkmasıyla beraber vücut bulmuştur. Kısaca 31 Mart vakası olarak bilinen gerici ayaklanma, Selanik'ten gelen Hareket Ordusunun 24 Nisan'da İstanbul'a ulaşması ve duruma el koymasıyla bastırılabilmiştir. Netice itibarıyla, Yeşilköy'de Meclis-i Umum-i Milli olarak toplanan Heyet-i Mebusan ve Ayan, Hareket Ordusunun bildirisini onaylamıştır. Ayrıca Kanun-u Esasi ve ülkenin güvenliği hakkında garanti verilmiştir. Bunun yanı sıra, Şeyhülislam Mehmet Ziyaeddin Efendi'den alınan fetva vasıtasıyla ordunun şehre girişinin beşinci gününde Meclis-i Umumi-i Milli adıyla toplanan meclis, II. Abdülhamit'i tahttan indirip yerine V. Mehmet'i getirmiştir. Tüm bu gelişmelerin ardından, 8 Ağustos 1909 tarihinde Kanun-u Esasi kapsamlı bir şekilde değiştirilmiştir.

⁹ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 21. Bası, Yapı Kredi Yayınları,

nitelikte olduğu söylenebilir. Sözün özü, çok partili siyasal hayatın daha başlangıç yıllarında, iktidarın ve muhalefetin birbirlerini karşılıklı olarak reddetmesi, muhataplarının “baskıcı iktidar”, “yıkıcı muhalefet” algılamalarıyla birleşince demokratik bir yönetim anlayışının ve geleneğinin oluşması engellenmiştir.¹⁰ Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından gerçekleştirilmiş müdahalenin sabahında iktidar el değiştirmiştir. Diğer bir anlatımla, 27 Mayıs sabahına kadar geçerlilik gösteren çok partili hayat kesintiye uğramıştır. İktidar, Orgeneral Cemal Gürsel başkanlığındaki Milli Birlik Komitesine bırakılmıştır. Bu komite, kendini hukuki bir zemine yerleştirebilmek; yani kendisini hukukileştirebilmek¹¹ için 1 sayılı Geçici Kanunu 12 Haziran 1960 tarihinde kabul etmiştir.¹² Bu kanun ile 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun belli başlı hükümleri, özellikle yasama ve yürütme organlarıyla ilgili maddeleri ilga edilmiştir. Ancak 1 sayılı Geçici Kanun vatandaşların hürriyetleriyle ilgili esaslara esas itibarıyla dokunmamıştır.¹³

Kanunun birinci ve sekizinci maddelerinde, yeni bir anayasanın hazırlanarak sekteye uğrayan çok partili siyasal hayata en kısa zamanda geçileceği belirtilmiştir. Birinci maddede Milli Birlik Komitesinin, yeni Anayasa ve Seçim Kanununun, demokratik usullere uygun olarak kabul edilmesinden sonra, en kısa zamanda yapılacak seçimlerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin yeniden kurulmasına kadar Türk milleti adına hâkimiyet hakkını kullanacağı vurgulanmıştır.¹⁴ Keza sekizinci maddede de Komitenin, genel seçimlerle kurulacak TBMM’nin görevine başlaması ile hukuki varlığını kaybedeceği belirtilmiştir.¹⁵

Milli Birlik Komitesi tarafından çıkartılan 1 numaralı Kanuna 13 Aralık 1960 tarihinde bir ek yapılmıştır. Bahsi geçen ek kanunun tam adı, “1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkındaki 12 Ha-

İstanbul, 2011, s. 364.

¹⁰ Hakan Bayrı, Baskıcı İktidar Yıkıcı Muhalefet DP Döneminde İktidar-Muhalefet İlişkileri, A Kitap, Ankara, 2015, s. 156.

¹¹ Rıdvan Akın, Türk Siyasal Tarihi 1908-2000, On iki Levha, İstanbul, 2010, s. 366.

¹² A.g.e., s. 125.

¹³ A. Selçuk Özçelik, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri (Türkiye’nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri), I. Kitap, II. Cilt, İstanbul, 1976, s. 112.

¹⁴ Suna Kili ve Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006, s. 156.

¹⁵ A.g.e., s. 157.

ziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanuna Ek “Kurucu Meclis Teşkili” hakkında Kanun”dur.¹⁶ Yeni anayasa çalışmaları askeri müdahalenin ardından yapılmaya başlanmıştır. Anayasanın yapımı için 4,5 aylık bir süre çalışmış olan Kurucu Mecliste, Demokrat Parti dışındaki tüm toplumsal kesimlerin temsili sağlanmıştır.¹⁷ Sonuç itibarıyla 9 Temmuz 1961’de, hazırlanan Anayasa halkoyuna sunulmuştur.¹⁸ Bu noktada, hazırlanan yeni anayasanın kabulü için neden halkoylamasına başvurulduğundan bahsetmek yerinde olacaktır. 157 sayılı Ek Kanun’un altıncı maddesinin son fıkrasında; faaliyetleri, yayınları ve davranışları ile 27 Mayıs Askeri Müdahalesine kadar Anayasaya, İnsan Haklarına aykırı icraatta bulunmuş ve bu yönde bir siyaseti desteklemekte devam etmiş olanların Kurucu Meclisin sivil kanadı olan Temsilciler Meclisine üye seçilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁹ Burada anlatılmak istenen, Demokrat Parti ve belirtilen kıstaslardaki kişilerin Temsilciler Meclisinde yer almayacağıdır. Getirilen söz konusu kısıtlamalar ve bu kısıtlamalar dolayısıyla ortaya çıkan temsil eksikliği, 1961 Anayasası’nın bir ulusal uzlaşma metni niteliğine sahip olabilmesine engel niteliktedir.²⁰ Belirtilen olumsuz temsil koşulları nedeniyle halkoylamasına başvuru olarak durumun dengelenmesine yahut daha açık bir ifadeyle mevcut temsil eksikliğinin giderilmesine çalışılmıştır.

Söz konusu kanunun yasama bağışıklıkları bakımından önemi bulunmaktadır. Zira sekizinci madde Kurucu Meclisin²¹ önemli bir kısmını oluşturan Temsilciler Meclisi üyelerinin sorumsuzluk ve dokunulmazlıklarına ilişkindir. Temsilciler Meclisi nezdinde yürütülecek geçici yasama faaliyeti çerçevesinde sorumsuzluk ve dokunulmazlık şu şekilde düzenlenmiştir: “Temsilciler Meclisi üyeleri; Meclis içinde gö-

¹⁶ A.g.e., s. 162.

¹⁷ Akın, a.g.e., s. 367.

¹⁸ Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1978, s. 124.

¹⁹ Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s. 164.

²⁰ Tanör, a.g.e., s. 370.

²¹ A.g.e.’den. Yukarıda adı verilen 1 numaralı kanuna ek getiren kanunun birinci maddesinde Kurucu Meclis şöyle tanımlanmıştır: “Kurucu Meclis, Türk milletinin zulme karşı direnme hakkını kullanmak suretiyle onun adına harekete geçen Türk Silahlı Kuvvetlerinin, meşruiyetini kaybetmiş olan idareyi 27 Mayıs 1960 Milli İhtilaliyle devirerek, meşru iktidarı emanet ettiği Milli Birlik Komitesi ile Demokratik Hukuk Devletinin kurulması yolunda ve mevcut şartlara uygun olarak milletin en geniş manasıyla temsili gayesini gözeterek ve bu kanun hükümlerine göre kurulacak olan Temsilciler Meclisinden teşekkül eder.”

revlerini yerine getirmek sırasındaki oy, mütalaa ve sözlerinden sorumlu tutulamazlar, Temsilciler Meclisinin tam üye sayısının salt çoğunluğu ile verilmiş bir kararı olmadıkça sanık olarak sorguya çekilemez, tevkif edilemez, herhangi bir şekilde kişi hürriyetinden yoksun kılınamaz ve yargılanamazlar. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, bu hükmün dışındadır. Ancak bu halde yetkili makam, durumu hemen Temsilciler Meclisine bildirir. Seçilmesinden önce veya sonra Temsilciler Meclisi üyelerinden biri hakkında verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, Meclisin hukuki varlığının sona ereceği zamana bırakılır. Temsilciler Meclisi üyeliği süresince dava ve ceza süre aşımı işlemez.”²²

Söz konusu Anayasa, 9 Temmuz 1961 tarihinde halkoylaması ile kabul edilmiş ve 20 Temmuz 1961’de de Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Pek çok yeni kurumu beraberinde getiren bu yeni Anayasa daha önce varlık bulmuş, yasama dokunulmazlığı gibi olmazsa olmaz anayasal kurumları da muhafaza etmeye devam etmiştir. Yasama bağımsızlıkları, 1961 Anayasasının 79. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir: *“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri 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. Bir Meclis üyesi hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen Meclis üyesi hakkındaki takibat, kendi Meclisinin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Meclislerdeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”²³*

1961 Anayasası birçok yeni kurumu uygulamaya kazandırarak anayasal tarihimizde yerini almıştır. Bu duruma gösterilebilecek ve yasama dokunulmazlığı ile de bağlantısı olan en iyi örnek “Anayasa Mahkemesi’nin” kuruluşudur. 1961 Anayasası’nın 145 ila 152. maddelerinde düzenlenmiş olan Anayasa Mahkemesi, 81. maddede belirttiği üzere, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletve-

²² A.g.e., s. 165.

²³ Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s. 217.

killiğinin düştüğüne Meclis tarafından karar verilmesi halinde, belirli süre dâhilinde, kararın Anayasa ve İçtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için başvurulabilecek bir yargı merciidir. Meclis tarafından alınan karara karşı, karar tarihinden itibaren bir hafta içerisinde hakkında karar verilen üye yahut TBMM üyelerinden herhangi biri tarafından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı getirilmiştir.²⁴

B. Önceki Anayasalardan Farkı ve Benzeşik Yönleri

Türkiye Cumhuriyeti 1961, 1924 ve 1921 Anayasalarının karşılaştırılarak incelenmesi, anayasal prensip ve kurumların geçen sürede nasıl bir değişim gösterdiğini gözler önüne serebilecek niteliktedir. Bu bağlamda, sadece küçük bir kesitinden yola çıkarak yapacağımız karşılaştırma, yasama bağışıklıklarının ele alınışı ve geleneksel bir duruş sergilenip sergilenmediğine ilişkin bir fikir sahibi olunmasını sağlayacaktır. Böylelikle, bir diğer bölümde yer verilecek olan somut olayların seyrinin daha rahat değerlendirilebileceği kanısındayız.

1921 Anayasası olarak ifade edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 23 madde ve onlara ek “*madde-i münferide*” başlıklı ayrı bir maddeden oluşan kısa bir hukuki metindir. Bir başka anlatımla, çerçeve anayasa niteliğindedir.²⁵ 20.01.1337 (1921) tarihli 1921 Anayasası²⁶ yeni rejimin “geçiş anayasası” olarak adlandırılabilir. Hatta bir adım daha ileriye giderek bir “demokratik ihtilal anayasası” olduğu da ifade edilebilir.²⁷

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu incelendiğinde yasama bağışıklıklarına dair herhangi bir düzenleme göze çarpmamaktadır. Yüksel Yalova bu durumu, Meclisin kendisini rakip tanımayan tek meşru organ ve bir ihtilal meclisi olarak görmesine, buna ek olarak da yetki ve görevlerini sınır tanımaz bir düşünce ile değerlendirmesine bağlamıştır.²⁸ An-

²⁴ A.g.e., ss. 217, 248-252.

²⁵ Burak Çelik, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası, İstanbul, 2007, s. 78.

²⁶ Taha Parla, Türkiye’de Anayasalar, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 12’de belirtildiği üzere, 1921 ve 1924 Anayasaları Türkiye’de cumhuriyet döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan ilk ve son anayasalardır.

²⁷ Bülent Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 45.

²⁸ Yüksel Yalova, “Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı”, Yeni Türkiye Dergisi (Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II), Sayı 14, Mart-Nisan 1997, s. 844.

cak metin dâhilinde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından yasama bağımsızlıklarının göz ardı edildiği anlamı çıkartılması doğru olmaz. Zira bir önceki paragrafta belirtildiği üzere, 1921 Anayasası, olağanüstü dönem anayasasıdır.²⁹ Dönemin özellik arz etmesi sebebiyle Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Birinci Meclis tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. Buna karşılık, Kanun-u Esasi resmen yürürlükten kaldırılmamıştır.³⁰

Tamamıyla yeni bir rejimin kapılarını açan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, gerek maddeleriyle gerek hazırlanış biçimiyle Kanun-u Esasi döneminin sona erdiğini ortaya koymuştur. Ancak bahsedilen gerçek, 1921 Anayasası'nda dönemin koşulları dolayısıyla açıkça dillendirilememiştir. Nitekim Mustafa Kemal Paşa'nın Sadrazam Tevfik Paşa'ya hitaben gönderdiği 30 Ocak 1921 tarihli telgrafta şu ibareye yer verilmiştir: “*Kanun-u Esasinin işbu mevad ile tearuz etmeyen (çatışmayan) ahkâmı kemakân meriyülicradır (yürürlükte)*.”³¹ Buradan da anlaşılacağı üzere, Kanun-u Esasinin teşrii masuniyete yani yasama bağımsızlıklarına ilişkin maddeleri ile yürürlükteki 1921 Anayasası'nın mantığı çatışmadığı için uygulanmaya devam edilmiştir. Hatta “*TBMM Reisi Mustafa Kemal Paşa Hazretlerine Başkumandanlık Tevcihine Dair Kanun'da*”, mebusların haklarının ve teşrii masuniyetlerinin hem Teşkilat-ı Esasiye Kanunu hem de Kanun-u Esasi ile saklı olduğu belirtilmiştir.³²

Bu ifadelerden yola çıkarak, Osmanlı Devleti'nin ilk ve son anayasası olan 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin yasama bağımsızlıklarını düzenleyen ilgili maddelerine bakmak gerekmektedir. Ancak bu noktada, Osmanlı parlamentosunun iki meclisli yapısının Büyük Millet Meclisi bakımından geçerlilik göstermediğinin altını çizmekte fayda olacaktır. Bu nedenle, Kanun-u Esasi'nin yasama sorumsuzluğunu düzenleyen 47. maddesi söz konusu farklılık dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, parlamentolar arasındaki şekli ve yapısal farklılık, yasama bağımsızlıklarına ilişkin kuralların uygulamasında bir farklılığa yol açmamaktadır. İlgili madde metni şöyledir: “*Meclis-i Umumi azayı rey ve mütalaa beyanında muhtar (özerk) olarak bunlardan hiçbirini bir*

²⁹ Özcan, a.g.e., s. 44.

³⁰ Çelik, a.g.e., s. 86.

³¹ Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, nşr. Pınar Güven ve Nur Özmel Akın, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 381-382.

³² Tanör, Osmanlı-Türk..., a.g.e., s. 268.

gna (hiçbir) *vaad ü void ve talimat kaydı altında bulunamaz ve gerek verdiği reylerden ve gerek meclisin müzakeratı (görüşmeler) esnasında beyan ettiği mütalaalardan dolayı bir vech ile (sebeple) itham olunamaz. Meğerki meclisin nizamname-i dâhilîsi (içtüzüğü) hilafında (zıttında) hareket etmiş ola. Bu takdirde nizamname-i mezkûr (adı geçen tüzük) hükmünce muamele görür.”³³ Madde metninden de anlaşıldığı üzere, bu düzenleme ile amaçlanan; gerek Ayan gerek Mebusan Heyetleri üyelerinin, yasama fonksiyonunu yerine getirirlerken kullandıkları oylar ve de görüşmeler esnasında ileri sürdükleri görüşler nedeniyle suçlanmalarının önüne geçilmesidir.*

Yasama bağısıklıklarına ilişkin diğer önemli düzenlemeler de Kanun-u Esasî’nin 48. ve 79. maddeleridir. Bahsi geçen 79. maddenin lafzında belirtildiği üzere; “*Heyet-i Mebusanın müddet-i ictimaiyesinde (toplantı süresinde) azadan hiç biri heyet tarafından ithama sebab-i kâfi (yeterli neden) bulunduğu ekseriyyetle (çoğunlukla) karar verilmedikçe ve yahut bir cünha (küçük suç) veya cinayet icra eder iken veya icrayı müteakip tutulmadıkça tevkif (tutuklama) ve muhakeme olunamaz (yargılanamaz).*”³⁴

Bu maddede günümüz anayasalarının pek çoğunda düzenlenmiş olan yasama dokunulmazlığı kurumuna yer verilmiştir. Söz konusu maddeyi tamamlayıcı nitelikteki bir diğer düzenleme de 48. maddedir. Bu maddenin lafzı da şöyledir: “*Meclis-i Umumi azasından birinin hıyanet (hainlik) ve Kanun-u Esasiyi nakız (bozan) ve ilgaye (hükümsüz bırakmaya) tasaddi (girişimi) ve irtikâb (makamını alet ederek hakkı olmayan bir malı veya parayı alma) töhmetlerinden (suçlarından) biriyle müttehem olduğuna (suçlandığına) mensup olduğu heyet-i aza-yı mevcudesinin sülûsan-i ekseriyyet-i mutlakasiyle (üçte iki çoğunluğuyla) karar verilir veyahut kanunen hapis ve nefyi (sürgüne) mucib (gereken) bir ceza ile mahkûm olur ise azalık sıfatı zail olur (yok olur) ve bu af’alin muhakemesiyle mücazâtı (cezalandırılması) ait olduğu mahkeme tarafından rü’yet (görülür) ve hükmolunur.*”³⁵

Öncelikle dikkati çeken husus, yasama dokunulmazlığı ile yasama sorumsuzluğu kurumlarının Kanun-u Esaside ayrı maddeler halinde düzenlenmiş olmasıdır. Hatta yasama dokunulmazlığına ilişkin iki

³³ Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s. 42.

³⁴ A.g.e., s. 46.

³⁵ A.g.e., s. 42.

ayrı düzenleme mevcuttur. Yasama sorumsuzluğuna ilişkin 47. madde ile Meclis-i Umumi üyelerinin hangi hallerde hapis ve sürgünü gerektiren bir ceza ile mahkûm olabileceklerini düzenleyen 48. maddeye, “Meclis-i Umumi” üst başlığı altında yer verilmiştir. Yasama dokunulmazlığına ilişkin 79. madde ise “Heyet-i Mebusan” üst başlığı altında düzenlenmiştir.³⁶

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun hazırlıkları, 29 Ekim 1923’te Cumhuriyetin ilan edilmesinin ardından başlamış ve altı ay gibi kısa bir süre içerisinde tamamlanıp kabul edilmiştir. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun kabul edildiği tarih olarak, takvimler 20 Nisan 1340 (1924)’e işaret etmiştir.³⁷ 1924 Anayasası’nın kabulü ile birlikte mevcudiyet gösteren iki anayasalı yapı ortadan kaldırılmıştır. 1924 Anayasası, “istikrara kavuşturulmuş olan bir devletin” varlık gösterdiği dönemde hazırlanmıştır. Bu Anayasanın temelinde 1789 Fransız devriminin bireyci, liberal hukuki ve siyasi ideolojisinin yansımaları bulunmaktadır. 1924 Anayasası’nın diğer bir özelliği de meclis egemenliğini daha fazla ılımlaştırarak sürdürecektir şekilde tasarlanmış olmasıdır.³⁸ 1924 Anayasası’nın temel özellikleri arasında basit ama sağlam yapılı ve kendi içinde tutarlı bir metne sahip oluşu göze çarpmaktadır.³⁹

1924 Anayasası’nın “Vazife-i Teşriiye” başlıklı ikinci faslının 17. maddesi yasama yetkilerine ilişkindir. 17. maddede söz konusu kurum şu şekilde kaleme alınmıştır: “Hiçbir mebus Meclis dâhilindeki rey ve mütalaasından ve beyanatından ve Meclisteki rey ve mütalaasının ve beyanatının Meclis haricinde irad (söylemek) ve izharından (açığa vurmaktan) dolayı mesul değildir. Gerek intihabından evvel gerek sonra aleyhine cürüm isnad olunan bir mebusun maznunen (sanık olarak) isticvabı (sorgulanması) veya tevkifi (tutulması) veyahut muhakemesinin icrası (yargılanması) heyet-i umumiyenin kararına menuttur (bağlıdır). Cinai cürmü meşhut bun-

³⁶ Kanun-ı Esasi’de 1909 yılında geçirdiği değişikliklerden önce, bahsi geçen ve içerik itibarıyla günümüz anayasalarına yakın bir yol izlenerek hazırlanan yasama yetkilerine ilişkin maddelerin uygulanmasına gölge düşüren maddeler bulunmaktadır. Ancak 1876 Anayasasının, 1921 Anayasasına aykırı olmayan hükümleri yürürlükte olduğundan söz konusu aykırı maddeleri (73. ve 113. maddelere) incelememeyi tercih ediyoruz.

³⁷ Kili ve Gözübüyük, a.g.e., s. 127.

³⁸ Bülent Tanör, Anayasal Gelişme..., a.g.e, s. 45’ten Hüseyin Nail Kubalı, Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul, ss. 158-159.

³⁹ Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 192.

dan müstesnadır (ayrıdır). Ancak bu takdirde makamı aidi Meclisi derhal haberdar etmekle mükelleftir. Bir mebusun intihabından evvel veya sonra aleyhi-ne sadır olmuş (çıkan) cezai bir hükmün infazı mebusluk müddetinin hitamına (sonuna) talik olur (bırakılır). Mebusluk müddeti esnasında müruru zaman (zamanaşımı) cereyan etmez.”⁴⁰

Madde metninden anlaşıldığı üzere, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda yasama bağımsızlıkları, Kanun-u Esasi hazırlanırken kabul edilmiş olan sistematikten farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Kanun-u Esaside yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı kurumları ayrı maddelerde kurala bağlanmıştır. Oysa incelenmekte olunan Anayasada, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığının varlık bulacağı haller tek bir madde içerisinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan, yürürlükte bulunan 1982 Anayasası’na benzer bir yapının ilk olarak 1924 Anayasası’nda benimsendiği söylenebilir. İlgili maddenin lafzında göze çarpan ilk husus, mebusların Meclis içerisinde gerçekleştirdikleri mütalaa, beyanat ile kullandıkları oylardan ve bunları Meclis dışında tekrarlamaktan sorumlu olmamalarıdır. İlk fıkrada geçen “*meclis dâhilinde*” ifadesi Mecliste, milletvekilliği görevinin yerine getirilmesine ayrılmış yerler olarak anlaşılmalıdır. Sözü edilen yerler, Meclis kürsüsü, müzakere salonu ve komisyonlar olarak ifade edilebilir.⁴¹ Keza yine ilk fıkrada geçen “*rey, mütalaa ve beyanat*”

⁴⁰ Kili ve Gözübüyük, a.g.e., ss. 130-131, 152. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun dili, 10.01.1945 tarihinde sadeleştirilmiştir. Eski Türkçe sözcüklerden arındırılarak daha iyi anlaşılır bir hale getirilmiştir. Bu tarihten itibaren “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” yerine Anayasa tabiri kullanılmaya başlanmıştır. Teşrii masuniyet ile ilgili 17. maddenin sadeleştirilmiş hali şöyledir: “Bir milletvekiline Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden ne de Meclisteki oy, düşünce ve demeçlerini Meclis dışında söylemek ve açığa vurmaktan sorumludur. 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 zamanaşımı yürümez.” Görüldüğü üzere, madde yalnızca sadeleştirilmiş başkaca hiçbir müdahale söz konusu olmamıştır. Ancak sadeleştirilerek yürürlüğe konulmuş olan 4695 sayılı 1924 Anayasası, “491 Sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Tekrar Meriyete Konulması Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanunla beraber, tekrardan 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu yürürlüğe sokulmuştur. Bir başka anlatımla, 24.12.1952 tarihli kanunla 1924 Anayasasının sadeleştirilmeden önceki haline dönülmüştür.

⁴¹ Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyaset Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Cilt I, Fasikül I, İstanbul, 1960, s. 10.

kavramlarıyla ifade edilmek istenenler, sözlü yahut yazılı olarak ortaya çıkabilir. Ayrıca resmi yazı, rapor yahut şikâyet biçiminde de belirmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁴² Burada dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da mütalaa, beyanat ve oyların Meclis dışında yeniden dile getirilmesi bakımından herhangi bir sınırlamanın bulunmayışıdır.

İncelenmekte olunan 17. maddenin birinci fıkrası haricindeki fıkralar muvakkat masuniyet yahut günümüzde kullanılmakta olan tabiriyle yasama dokunulmazlığına ilişkindir. Düzenlenişi bakımından dikkat çeken ilk özelliği, tıpkı bütün demokratik anayasalarda olduğu gibi kaleme alınmış olmasıdır. Madde metninden anlaşıldığı üzere, yasama dokunulmazlığı kapsamında yalnızca cezai fiiller bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, gerek seçilmesinden önce gerek sonra aleyhine cürüm isnadında bulunulan bir milletvekili, Meclis kararı olmaksızın sorgulanamaz, tutulamaz veya tutuklanamaz. Bu hükümde yer verilen “*Meclis kararı*” ifadesiyle Meclis tarafından milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması ifade edilmiştir.

Ancak üçüncü fıkra düzenlendiği üzere, yasama dokunulmazlığının istisnası, “*cinai cürmü meşhud (suçüstü) halleri*”dir. Bu takdirde, dördüncü fıkra belirtildiği gibi, ilgili makamın Meclisi derhâl haberdar etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kanımızca, Meclisin durumdan derhâl haberdar edilmesi, cinai bir cürümden suçüstü yakalanan bir milletvekili hakkında gereken cezai takibatın yapılmakta olduğunun bildirilmesinden başka bir anlama gelmemektedir.

I- Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasına İlişkin Örnek Olayların İncelenmesi

A. Millet Meclisinde Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasına İlişkin Örnek Olaylar

1. Türkiye İşçi Partisi İstanbul Milletvekili Çetin Altan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

8 Kasım 1966 tarihinde Başbakanlığa, Adalet Bakanı Hasan Dincer tarafından imzalı bir tezkere gönderilmiştir. Bu tezkere, İstanbul

⁴² A.g.e.

Cumhuriyet Savcılığı'nın 21 Ekim 1966 tarihli yazısı üzerine kaleme alınmıştır. Yazıdan anlaşıldığı üzere Çetin Altan, komünizm propagandasında bulunmak ve ifa olunan vazife dolayısıyla hakaret ve tehdit etmek suçlarından sanık konumundadır. Bu sebeple, yasama dokunulmazlığının kaldırılması talep edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 Anayasası'nın 79. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığına ilişkin kararın verilmesi için gereğin takdiri, bakan tarafından arz olunmuştur.⁴³ Adalet Bakanlığı'ndan gelen tezkere üzerine Başbakan Süleyman Demirel tarafından Millet Meclisi başkanlığına hitaben yeni bir tezkere 12 Kasım 1966 tarihinde kaleme alınmıştır. Adalet Bakanlığı tezkeresinde belirtilen suçlardan sanık konumunda olan Çetin Altan'a ilişkin evrak Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuştur.⁴⁴ Çetin Altan hakkındaki evrak Meclis'e geldikten sonra incelenmek üzere Karma Komisyona gönderilmiştir. Karma Komisyon karar vermeden önce, İçtüzüğü'nün 178. maddesine göre seçilmiş olan Hazırlık Komisyonu incelemelerde bulunmuştur. Hazırlık Komisyonun incelemesi sonucunda 13 Nisan 1967 tarihli bir rapor hazırlanmıştır. Raporda, TİP İstanbul milletvekili Çetin Altan'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılması gerektiğine dair karar verilmiştir.⁴⁵ Karma Komisyon hem Hazırlık Komisyonu raporunu hem de ilgili milletvekilinin dosyasında yer alan evrak ile Akşam Gazetesi'nin 28 Eylül 1966 tarihli sayısında yayınlanan "*Bornova Savcısı Lütfen Dinleyin*" başlıklı makaleyi birlikte inceleyerek gereği hakkında bir karara varmıştır.⁴⁶ Buna istinaden ilk olarak, ilgili milletvekiline isnat edilen suç açıkça ifade edilmiştir. Çetin Altan, TCK madde 142, 482, 273 ve 191 gereğince "*Komünizm propagandası ve Ülke Bütünlüğüne Tehdit*" ile suçlanmıştır.⁴⁷ Karma Komisyonun kararı, TBMM'de 20 Temmuz 1967 Perşembe günü görüşülmüştür. Karma Komisyon raporu üzerinde lehte ve aleyhte konuşmak isteyenlerin ardından Çetin Altan konuşmak için söz almıştır. Öncelikle, sabaha karşı saat üçte Meclis kürsüsünden kendisiyle ilgili bir mesele nedeniyle

⁴³ MM Tutanak Dergisi, Cilt 21, 20 Temmuz 1967, 3/483 numaralı İstanbul Milletvekili Çetin Altan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Mürekkep Karma Komisyon Raporu, s. 1.

⁴⁴ A.g.e.

⁴⁵ A.g.e., 3/483 numaralı rapor, s. 2.

⁴⁶ A.g.e.

⁴⁷ A.g.e.; Kadir Aktaş, TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 375.

diğer milletvekillerini yorgun bir halde faaliyete sevk ettiği için özür dilemiştir. Ardından da kendisi ile ilgili meselelerin nedense gündüz ışıklarından ziyade gece görüşüldüğüne dair bir not düşerek şu sözleri sarf etmiştir: “Şahsıma karşı yıllar yılı sürmüş olan Türkiye’deki şartlanmalardan kalma bir alerji, onun yanında da benim kullandığım terminolojiye karşı nedense mantıki ve bilimsel ölçüde cevap verilmeyen bir kızgınlık vardı. Şimdi düşünüyorum, ben sosyalist değilim; bir faşistim bu sistemde. Bir faşist milletvekiliyim.”⁴⁸ Son olarak, sosyalistlerin samimiyetine inanmalarını tavsiye etmiştir. Zira sosyalist olmanın kahırlı bir iş olduğunu belirtmiş, teşekkür ederek kürsüden ayrılmıştır.⁴⁹ Sonuç olarak, komisyon raporu oya sunulmuştur. Oylamada 266 milletvekili oy kullanmıştır. 49 ret oyuna karşı 217 kabul oyu kullanılmıştır. Böylelikle, Çetin Altan’ın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına saat sabaha karşı 04.45’te karar verilebilmiştir.⁵⁰

Çetin Altan’ın dokunulmazlığının kaldırılması üzerine, bu karara karşı Anayasa Mahkemesi’ne iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi yapılmış olan başvuruyu kabul etmiştir. Sonuç olarak, dokunulmazlığın kaldırılması kararı, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararıyla birlikte Çetin Altan’ın yasama dokunulmazlığı iade edilmiştir.⁵¹

⁴⁸ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 21, 20 Temmuz 1967..., ss. 451-454. Anayasanın on ikinci maddesinin yalnızca temas edilerek geçildiğini belirtmiştir. Oysaki on ikinci maddenin hiçbir sınıfa imtiyaz tanınmadığına dair bir düzenleme olduğunu vurgulamıştır. Bu noktada Türkiye’de, Anayasanın ilgili maddesinde düzenlendiği şekilde bir eşitlik olup olmadığını sormuştur. Ardından da şu soruyu yöneltmiştir: “Ben bir sosyalist milletvekili olarak bu eşitsizliğin telafisini istersem ve bunun metodunu söylersem, siz bana komünist mi diyeceksiniz?” Yönelttiği soruyu takip eden cümlelerinde, ne zaman Anadolu gezilerine çıksalar ve halka iktisadi eşitsizlik olduğunu anlatmaya çalışsalar karşılarına komünist ithamlarının çıktığını vurgulamıştır. Kaleme aldığı yazı için kendisi hakkında istenen yedi buçuk sene hapis istemine ilişkinde şu cümleleri kurmuştur: “Bir yazı yazmışım ki yirmi dört saat sonra ona balık koyarlar, kese kâğıdı yaparak; şimdi ancak bundan sonra okunacak hale geliyor sayenizde. Bunun için yedi buçuk sene hapis yatacağım Türk demokrasisinde ve siz diyeceksiniz ki bir sınıfın faşizmi yoktur!” Yazısında Mustafa Kemal’in “Köylü efendimizdir” sözünü kullandığını ama Mustafa Kemal’in sosyalist yahut komünist olmadığını ifade etmiştir. Ancak Mustafa Kemal’in o tarihlerde komünizm her görüldüğü yerde ezilmelidir şeklinde bir söz söyleyemeyeceğini de vurgulamıştır. Bahsolunan sözün 1922 yılına rast geldiğini; o yıllarda komünizmin suç olmadığını, 1936 yılında suç haline geldiğini ileri sürmüştür.

⁴⁹ A.g.e., s. 463.

⁵⁰ A.g.e., s. 465.

⁵¹ Aktaş, a.g.e., s. 375.

2. Adalet Partisi Zonguldak Milletvekili Nuri Beşer'in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

1 Şubat 1962 tarihinde, Adalet Bakanı Kemal Sahir Kurutoğlu tarafından imzalı bir tezkere Başbakanlığa gönderilmiştir. Söz konusu tezkere, Ankara Cumhuriyet Savcılığı'ndan alınan 31 Ocak 1962 tarihli ve 3/939 sayılı yazıyı takip eden süreçte hazırlanmıştır. Savcılık tezkeresinde belirtildiği üzere AP Zonguldak milletvekili Nuri Beşer, devletin askeri kuvvetlerine hakaret etmekten dolayı suçlanmıştır. Hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca tahkikat yapılabilmesi için yasama dokunulmazlığının kaldırılması istenmiştir. Suçlanmasına neden olan olay, 28 Ocak 1962 tarihinde Anadolu Kulübünde arkadaşları Saffan Mindivanlı ve Selami Kuşçuoğlu ile yemek yediği sırada gerçekleşmiştir. Yemek sırasında, ihtilal ve günlük olaylar ile ilgili konuşulurken sarf ettiği sözler nedeniyle suçlanmaktadır.⁵² Adalet Bakanı Kemal Sahir Kurutoğlu, ilgili milletvekili hakkında takibat yapılmasına izin verildiğini belirterek yasama dokunulmazlığının kaldırılması konusunda gereğinin takdir edilmesini arz etmiştir.⁵³ Adalet Bakanlığı tezkeresinin ardından, Devlet Bakanı ve Başbakan yardımcısı Akif Eyidoğan, Millet Meclisi Başkanlığına hitaben 1 Şubat 1962 ve 5 Şubat 1962 tarihli iki ayrı tezkere kaleme almıştır. Nuri Beşer hakkındaki dosya Meclise geldikten sonra Karma Komisyona gönderilmiştir.⁵⁴ Karma Komisyon, savcılık huzurunda şahitlerin verdiği ifadeleri ve Nuri Beşer'in yazılı açıklamasını incelemiş ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına esas oluşturan sözlerine ilişkin isnadın ciddi bir mahiyet taşıdığına karar vermiştir. Sonuç olarak, AP Zonguldak milletvekili Nuri Beşer'in yasama dokunulmazlığının, Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrası gereğince kaldırılmasına çoğunlukla karar verilmiştir.⁵⁵ Karma Komisyon raporu 12 Şubat 1962 Pazar-

⁵² *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 2, 12 Şubat 1962, 3/175 numaralı Zonguldak Milletvekili Nuri Beşer'in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Oluşan Karma Komisyon Raporu, s. 1. Nuri Beşer'in sarf ettiği cümleler şöyledir: "Ben muvazzaf bir subay arıyorum. Bulursam karısını, kızını...Subay karılarını ve kızlarını ... için bir cemiyet kurduk."

⁵³ A.g.e., 3/175 numaralı Rapor, s. 2.

⁵⁴ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 2, 2 Şubat 1962.

⁵⁵ A.g.e., 3/ 175 numaralı Rapor, s. 4. Karar bağlamında üç milletvekili çekimser olduklarını ifade etmişlerdir. Bu kişiler Yeni Türkiye Partisi Çanakkale milletvekili Refet Sezgin, YTP Mardin milletvekili Esat Kemal Aybar ve AP Aydın milletve-

tesi günü görüşmeye açılmıştır. Netice itibarıyla rapor kabul edilmiş ve Nuri Beşer'in dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Komisyon raporunun ardından YTP Tekirdağ milletvekili Hayri Mumcuoğlu tarafından verilen Meclisin Orduya karşı sevgi ve saygılarının sunulması yönündeki önerge oya sunulup kabul edilmiştir.⁵⁶

Nuri Beşer, dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmaya başlamıştır. Mahkeme, Beşer'i TCK'nın 159. maddesinin ilk ve ikinci; 173. maddenin de son fıkrasına dayanarak mahkûm etmiştir. Nuri Beşer, bir sene ağır hapis ve dört ay da Tatvan'da sürgün ile cezalandırılmıştır. Hükümün infazı gerçekleştirilmiştir.⁵⁷

3. Cumhuriyet Halk Partisi Yozgat Milletvekili Celal Ahmet Sungur'un Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

14 Şubat 1968 tarihinde, Milli Savunma Bakanı Ahmet Topaloğlu tarafından imzalı bir tezkere Başbakanlığa gönderilmiştir. Askeri savcılıktan gelen yazıda CHP Yozgat milletvekili Celal Ahmet Sungur'un yasama dokunulmazlığının kaldırılması talep edilmiştir. Böyle bir talepte bulunulmasının sebebi ilgili milletvekilinin, "*milli müdafaaya hıyanet*" suçundan sanık Avusturya yurttaşı Adolf Slavik ile görüştükleri çeşitli zamanlarda para karşılığında bilgi ve doküman verdiğinin tespiti. Bu tespit, I. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından Adolf Slavik ile Ticaret Bakanlığı Konjonktür ve Yayın Müdür Yardımcısı Hüseyin Turgut Pojon hakkında yapılan soruşturma esnasında ortaya çıkmıştır.⁵⁸ Milli Savunma Bakanlığında gelen tezkereyi takip eden süreçte Başbakan Süleyman Demirel tarafından 15 Şubat 1968 tarihin-

kili Orhan Apaydın'dır. İsimleri belirtilen ilk iki milletvekili, tahkikatın noksanlığı üzerinde durmuştur. Refet Sezgin, hükme kadar tutuklanmama bakımından çekimser olduğunu belirtmiştir. Esat Kemal Aybar ise isnat edilen fiilin işlenmiş olup olmadığı bakımından da bir şüphe bulunduğunu ve bu nedenle çekimser olduğunu ifade etmiştir. Orhan Apaydın ise bazı şahit ifadelerinin kanuni usule uygun olarak alınmadığını belirtmiştir. Takibatın ciddiliği gereği bu noksanlığın giderilmesinin gerekliliği üzerinde durmuştur.

⁵⁶ A.g.e., ss. 338-339.

⁵⁷ Aktaş, a.g.e., s. 374.

⁵⁸ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 27, 8 Nisan 1968, 3/865 numaralı Yozgat Milletvekili Celal Sungur'un Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Mürekkep Karma Komisyon Raporu, s. 1.

de bir tezkere kaleme alınmıştır.⁵⁹ Söz konusu tezkerenin Millet Meclisine ulaşmasının ardından Karma Komisyona gönderilmesine karar verilmiştir.⁶⁰ Komisyon raporunda, yöneltlen suçun içeriği itibarıyla ağır ve ciddi mahiyette olması ve gerçekliğinin sabit olması nedeniyle ilgilinin, Anayasa'ya göre milletvekilliği sıfatını kaybedeceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, Karma Komisyon Celal Ahmet Sungur'un yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına oybirliği ile karar vermiştir.⁶¹ Karma Komisyon raporu, Meclise gelmesinin ardından 8 Nisan 1968 Pazartesi günü görüşmeye açılmış ve kabul edilmiştir. Böylelikle Celal Sungur'un yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır.⁶² Dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra olanlara ilişkin herhangi bir bilgi bulunamamıştır.

4. Yeni Türkiye Partisi^{63*} Hakkâri Milletvekili Ali Karahan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

28 Haziran 1967 tarihinde, Milli Savunma Bakanı Ahmet Topaloğlu tarafından imzalı bir tezkere Başbakanlığa gönderilmiştir. Tezkereden anlaşıldığı üzere Ali Karahan, Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin 4. fıkrasına göre mahkûmiyet kararı verildikten sonra milletvekili seçilmiştir. Ali Karahan, devletin birliğini bozmak, devletin hâkimiyetinde bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik fiil işlemek ve ırk bakımından milli duyguları yok etmeye ve zayıflatmaya yönelik faaliyette bulunmaktan dolayı yargılanmıştır. Milletvekili seçildikten sonra yasama dokunulmazlığını elde ettiğinden Askeri Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulamamıştır. Bu işlemin yerine getirilmesi amacıyla Askeri Savcılık ilgili milletvekilinin dokunulmazlığının Anayasanın 79. maddesine göre kaldırılmasını istemiştir.⁶⁴ Milli Savunma Bakanlığında gelen tezkere üzerine, 7 Temmuz

⁵⁹ A.g.e. Millet Meclisi Başkanlığına hitaben hazırlanan tezkerede Milli Savunma Bakanlığında alınan tezkerenin sureti ile hazırlık soruşturması evrakının sunulduğu belirtilerek gereğinin yapılmasına izin verilmesi rica edilmiştir.

⁶⁰ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 25, 17 Şubat 1968.

⁶¹ A.g.e.

⁶² A.g.e., s. 611.

⁶³ * Yeni Türkiye Partisi, Demokrat Parti'nin 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesiyle kapatılmasından sonra bir kısım DP kökenli siyasetçiler tarafından kurulmuş bir siyasi partidir.

⁶⁴ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 28, 21 Ekim 1968, 3/693 numaralı Hakkâri Milletvekili Ali Karahan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık

1967 tarihinde Başbakan Süleyman Demirel tarafından Millet Meclisi Başkanlığına hitaben bir tezkere kaleme alınmıştır.⁶⁵ Başbakanlıktan Meclise gelen Ali Karahan hakkındaki dosya Karma Komisyona yönlendirilmiştir.⁶⁶ Karma Komisyon, 9 Nisan 1968 tarihinde kararını vermiş ve raporunu hazırlamış ve ilgili milletvekilinin komisyon tarafından dinlendiği ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek olmadığına çoğunlukla karar verilmiştir.⁶⁷ Karma Komisyon raporunun gündeme alınmasına 12 Nisan 1968 Cuma günü karar verilmiş⁶⁸; 21 Ekim 1968 Pazartesi günü görüşülmüştür.⁶⁹

Sonuç itibarıyla, Karma Komisyon raporu oylamaya sunulmuştur. Komisyon raporu Meclis tarafından kabul edilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, Ali Karahan'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmiştir.⁷⁰ Dokunulmazlık kaldırıldıktan sonra olanlar hakkında herhangi bir bilgiye ulaşılamamıştır.

B. Cumhuriyet Senatosunda Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasına İlişkin Örnek Olaylar

1. Kontenjan Senatörü Cemal Madanoğlu ve Tabii Üye Osman Köksal'ın Yasama Dokunulmazlıklarının Kaldırılması

11 Temmuz 1971 tarihinde, Ankara Sıkıyönetim ve 2. Ordu Komutanı Orgeneral Semih Sancar tarafından imzalı bir yazı Başbakanlığa gönderilmiştir. Buna göre, Cemal Madanoğlu ve Osman Köksal'ın da

Tezkeresi ve Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Mürekkep Karma Komisyon Raporu, ss. 1-2. Ali Karahan ile birlikte mahkûmiyetlerine karar verilen on beş hükümlüye ait kararın Askeri Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği belirtilmiştir. Askeri Savcılıktan gelen yazı üzerine, Milli Savunma Bakanı tarafından Başbakanlığa yönelik olarak gereğine izin verilmesi istenmiştir.

⁶⁵ A.g.e., 3/693 numaralı rapor, s. 1. Milli Savunma Bakanlığının 28 Haziran 1967 tarihli tezkeresinin sureti ve eklerinin sunulduğu tezkerede, Anayasanın 79. maddesine göre ilgili milletvekili hakkında gereğinin yapılması rica edilmiştir

⁶⁶ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 20, 10 Temmuz 1967.

⁶⁷ A.g.e., 3/693 numaralı rapor, Karma komisyonun aldığı karara karşı, AP Ankara milletvekili Kemal Bağcıoğlu, AP Samsun milletvekili Osman Şahinoğlu, AP Kastamonu milletvekili Hüseyin Sabri Keskin muhalif kalmışlardır. CHP İstanbul milletvekili A. Coşkun Kırca ise çekimser kalmıştır. AP Tokat milletvekili Osman Hacıbaloğlu da çekimser kalmıştır.

⁶⁸ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 27, 12 Nisan 1968.

⁶⁹ *MM Tutanak Dergisi*, Cilt 28, 21 Ekim 1968, s. 1019. Komisyon raporunun öncelikle görüşülme teklifi yapılmıştır. Oylamaya sunulmuş ve kabul edilmiştir.

⁷⁰ A.g.e., s. 1033.

içlerinde bulunduğu kişiler Türkiye “T.C. Anayasasının tamamını veya bir kısmını taşıyır ve tebdil (bozmak ve değiştirmek), TBMM’yi ıskata ve vazifesini yapmaktan mene cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak” ile suçlanmışlardır. Ayrıca Anayasaya göre kurulmuş olan Türkiye Büyük Millet Meclisini hükümsüz bırakmaya (ıskata) ve görevini yerine getirmesini engellemeye cebren teşebbüs amacıyla örgüt kurmakla da suçlanmışlardır. Bu nedenle haklarında soruşturma yapılması talebinde bulunulmuş; yapılan hazırlık soruşturması sonucunda da 7 Temmuz 1971 tarihinde 1 Numaralı Sıkıyönetim Mahkemesi tarafından yirmi iki kişinin tutuklanmasına karar verilmiştir. Bu bağlamda, tabii üye⁷¹ olan Osman Köksal ve kontenjan senatörü⁷² Cemal Madanoğlu’nun kendilerine isnat edilen suç dolayısıyla haklarında takibat yapılabilmesi için 1961 Anayasası’nın 70. maddesi uyarınca dokunulmazlıklarının kaldırılması için savcılık tarafından dosya komutanlığa gönderilmiştir.⁷³ Karma Komisyonunda, her iki senatöre yöneltilen “Anayasayı taşıyır ve Meclisi ıskata teşebbüs” isnadından daha ağır bir isnat olamayacağı belirtilmiştir. Bu durumun yaratacağı sürekli eziklik ve haysiyet kırıcı durum dikkate alınarak dokunulmazlıklarının kaldırılmasına karar verilmiştir. Mahkeme önünde hesap vermelerinin ardından dönüşlerinin daha itibarlı daha şerefli olacağı vurgulanmıştır.⁷⁴ Cemal

⁷¹ 1961 Anayasası’nın 70. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı kanunun altında adları bulunan MBK Başkanı ve üyeleri ile eski Cumhurbaşkanları yaş koşulu dikkate alınmaksızın Cumhuriyet Senatosunda “tabii üye” sıfatıyla görev yapmışlardır.

⁷² 1961 Anayasası’nın 70. maddesinin ilk fıkrasında, Cumhurbaşkanı tarafından Cumhuriyet Senatosu için seçileceği belirtilen on beş üyenin siyasi sıfatı “kontenjan senatörü”dür.

⁷³ *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi*, Cilt 66, 3 Ağustos 1971, Cumhuriyet Senatosu Cumhurbaşkanınca seçilen üyeleri Cemal Madanoğlu ile Osman Köksal’ın Yasama Dokunulmazlıkları Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve 3/1044 sayılı Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, ss. 1-2. Adları geçen iki senatör haricinde kendilerine suç isnat edilen kişiler şöyledir: Doğan Avcıoğlu, İlhami Soysal, Cemal Reşit Eyüpoğlu, İlhan Selçuk, Hıfzı Koçar, Abidin Sezen, Celal Uygur, Adnan Kaptan, Zeki Ergun, Raif Ertem, Nejdet Düvencioğlu, Adnan Arabacıoğlu, Fahrettin Tezel, Orhan Seyfi Güven, İbrahim Artuç, Cemalettin Korkut, Yılmaz Akkılıç, Salih Nejdet Candan, Ümran Şensezgin, Ahmet Sezgin, Cengiz Ballıkaya, Doğan Erdoğan, Hüseyin Onur, Ahmet Gürüz Ketenci, Ali Sirmen, Ferruh Özdi, Orhan Pekey, İlhan Ündeğer, Armağan Anar, Altan Öymen.

⁷⁴ A.g.e., 3/1044 Sayılı Karma Komisyon Raporu, s. 7. Her iki senatör için yapılan ayrı oylamalar neticesinde, Cemal Madanoğlu’nun yasama dokunulmazlığının kaldırılması 13 üyeden oluşan komisyondaki bir üyenin muhalif, birinin çekim-

Madanoğlu ve Osman Köksal hakkındaki Karma Komisyon kararı 3 Ağustos 1971 Salı günü görüşülmüştür.

Netice itibariyle, Madanoğlu'nun yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin komisyon raporu, oylamaya katılan 125 senatörün 98'inin kabulü, 27'sinin reddi ve birinin çekimser oy kullanmasıyla kabul edilmiştir. Böylelikle, Cemal Madanoğlu'nun yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Osman Köksal'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin komisyon raporu ise oylamaya katılan 123 üyenin 88'inin kabul, 32'sinin ret, 3'ünün çekimser oyu ile kabul edilmiştir. Osman Köksal'ın da dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Cemal Madanoğlu ve Osman Köksal hakkındaki kovuşturma 1. Ordu ve Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafında gerçekleştirilmiştir. Mahkeme nezdinde alınan 2.10.1971 tarihli kararlar birlikte her iki Cumhuriyet Senatosu üyesi de beraat etmiştir.⁷⁵

2. Tabii Üye Ekrem Acuner'in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

10 Haziran 1971 tarihinde, Genelkurmay başkanı adına II. Başkan Orgeneral Nihat Tulunay tarafından imzalı ve “çok gizli” ibareli bir tezkere başbakanlığa gönderilmiştir. Bu tezkerede, Hikmet Kıvılcımlı hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesini ihlal suçlarından Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından kovuşturma yapıldığı belirtilmiştir. Kıvılcımlı ve arkadaşlarının hangi suçlar nedeniyle itham edildikleri açıklanmıştır. Buna göre ilgili kişiler, TCK'nın 146. maddesi uyarınca; “Silahlı isyana teşvik, tahrik, teşebbüs, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü (egemenliğini) tesis etmeye yönelik (kurmak için) yönelik cemiyet kurmak” ile suçlanmışlardır. Kovuşturmanın ilerleyen aşamalarında, tabii senatör Ekrem Acuner ile Güven Partisi eski milletvekili İrfan Solmazer'in de olayla

ser kalmasına karşılık 11 üyenin olumlu yöndeki oyu ile kabul edilmiştir. Osman Köksal'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılması ise hazırda bulunan 13 üyeden 5 üyenin muhalif olmasına karşılık 8 üyenin olumlu yöndeki oylarıyla kabul edilmiştir.

⁷⁵ Aktaş, a.g.e., s. 376'dan Ertuğrul Alatlı, 09 Mart 1971 Anti-Emperyalist Baasçı Darbe Girişimi, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s. 229.

ilgili oldukları tespit edilmiştir. Bu nedenle, T. C. Anayasası'nın 79. maddesi ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 15. maddesi gereğince tabii senatör Ekrem Acuner'in dokunulmazlığının kaldırılması için gerekli işlemlerin yapılması istenmiştir.⁷⁶ 11 Haziran 1971 tarihinde, Başbakan Nihat Erim tarafından imzalı tezkere Cumhuriyet Senatosu Başkanlığına gönderilmiştir. Karma Komisyon görüşmesi sırasında Ekrem Acuner iki defa dinlenmiş ve sonuç olarak, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına salt çoğunlukla karar verilmiştir.⁷⁷ Ekrem Acuner'in yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Karma Komisyon kararı, Cumhuriyet Senatosunda 2 Temmuz 1971 Cuma günü gündeme alınmıştır. Karma Komisyon raporunun oylanmasına geçilmiştir. Oylamaya katılan 119 üyenin 91'inin kabul, 27'sinin ret ve birinin çekimser oy kullanması neticesinde komisyon raporu kabul edilerek Ekrem Acuner'in yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır.⁷⁸

Dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından Askeri Savcılık tarafından Ekrem Acuner için soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma sonucunda, ilgili Cumhuriyet Senatosu üyesi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Zira kendisine yöneltilen suçun 18.05.1974 tarihinde yürürlüğe giren 1803 sayılı Af Kanunu'nun 1/A maddesi kapsamında olduğu belirtilmiştir.⁷⁹

3. Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi Niğde Üyesi Senatör Kudret Bayhan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

13 Ocak 1973 tarihinde, Adalet Bakanı Fehmi Alpaslan tarafından imzalı bir tezkere Başbakanlığa gönderilmiştir. Bu tezkereden, Cumhuriyet Senatosu Niğde üyesi Kudret Bayhan'ın yasama dokunulmazlığının kaldırılması istemli İstanbul Cumhuriyet Savcılığının 26 Aralık 1972 tarihli bir yazısı olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu

⁷⁶ *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi*, Cilt 65, 2 Temmuz 1971, Cumhuriyet Senatosu Tabii Üyesi Ekrem Acuner'in Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve 3/1031 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, ss. 1-2.

⁷⁷ A.g.e., 3/1031 Sayılı Karma Komisyon Raporu, s. 2.

⁷⁸ A.g.e., s. 723.

⁷⁹ Aktaş, a.g.e., s. 376.

savcılık yazısının hazırlanış nedeni, ilgili üyenin yurtdışına baz morfin ihraç ettiğine dair iddiadır. Anayasa'nın 79. maddesi uyarınca ilgili üyenin dokunulmazlığı ile ilgili bir karar verilmesi talep edilmiştir.⁸⁰ Bunun üzerine, başbakan Ferit Melen, 19 Ocak 1973 tarihli tezkereyi Cumhuriyet Senatosu Başkanlığı'na hitaben kaleme almıştır. Karma komisyondaki incelemeler neticesinde, bir Cumhuriyet Senatosu üyesinin yurt dışına baz morfin ihraç etmek gibi çok ağır ve örseleyici bir suçlama ile karşı karşıya olduğu belirtilmiş ve iddia kapsamında Kudret Bayhan'ın şeref ve haysiyetinin söz konusu olması nedeniyle yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına oy birliği ile kaldırılmıştır.⁸¹ Karma Komisyon raporu, 14 Şubat 1973 Çarşamba günü Cumhuriyet Senatosun'da gündeme alınmıştır.

Oylamanın sonucunda, Karma Komisyon raporu kabul edilmiştir. Böylelikle, Cumhuriyet Senatosu Niğde üyesi Kudret Bayhan'ın yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır.⁸² Dokunulmazlığının ardından yargılanmasına geçilen Bayhan, İtalya'dan Fransa'ya geçerken bindiği arabada baz morfin bulunması sebebiyle tutuklanmıştır. Fransa tarafından gerçekleştirilen yargılama sonucunda on beş yıla mahkûm edilmiştir.⁸³

4. Adalet Partisi Hatay Üyesi Senatör Mustafa Deliveli'nin Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde görülen, "*Kromit Şirketi'ne yolsuz kredi açtırmak ve döviz sağlamak*" davasında 14 Eylül 1964 tarihli bir ara karar verilmiştir. Ara kararda; "*Bu kez Cumhuriyet Senatosu üyeliğine seçilmiş olan sanık Mustafa Deliveli'nin yasama dokunulmazlığı hakkında Anayasanın 79. Maddesi uyarınca bir karar verilmesi konusunda gerekli işlemin yapılması için Cumhuriyet Başsavcılığına müzekkere yazılma-*

⁸⁰ Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Cilt 9, 14 Şubat 1973, Cumhuriyet Senatosu Niğde Üyesi Kudret Bayhan'ın Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başkanlık Tezkeresi ve 3/247 Sayılı Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 1.

⁸¹ Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Cilt 9, 07 Şubat 1973, 3/247 Sayılı Karma Komisyon Raporu, s. 2.

⁸² Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Cilt 9, 14 Şubat 1973, s. 656.

⁸³ Aktaş, a.g.e., s. 377.

sına" ifadesi geçmektedir. Bu karar nedeniyle, duruşmanın 12 Ekim 1964 tarihine bırakılmasına oybirliği ile karar verilmiştir. Bir sonraki aşama olan 29 Eylül 1964 tarihinde, Adalet Bakanı Sedat Çumralı tarafından imzalı bir tezkere Başbakanlığa gönderilmek üzere hazırlanmıştır. Bunun ardından, Başbakan İsmet İnönü'nün imzasını taşıyan bir başka tezkere de Cumhuriyet Senatosu Başkanlığı'na hitaben hazırlanmıştır.⁸⁴ Bunun üzerine, Başbakan Süleyman Demirel'in imzasını taşıyan 8 Kasım 1965 tarihli yazı Cumhuriyet Senatosu Başkanlığına gönderilmiştir. "*Yolsuz kredi açtırmak ve döviz tahsisi bakımından aracılık*" suçu isnat edilen Mustafa Deliveli'nin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair dosya, Karma Komisyonun 23 Mart 1966 tarihli birleşiminde görüşülmüştür. Konunun kamuoyunu etkilemiş olması nedeniyle ortada Cumhuriyet Senatosu'nun bir üyesinin şeref ve haysiyetinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Bundan ötürü, Mustafa Deliveli'nin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmiştir. Karara muhalefet şerhi koyan olmamıştır.⁸⁵ Mustafa Deliveli hakkında verilen Karma Komisyon kararı, 29 Mart 1966 Salı günü görüşülmüştür.

Sonuç olarak, Karma Komisyon raporu oylamaya sunulmuş; kabul edilmiştir. Böylelikle, Mustafa Deliveli'nin yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Dokunulmazlığın kaldırılmasının ardından devam eden yargılamanın akıbetine ilişkin bir bilgi bulunamamıştır.

⁸⁴ *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi*, Cilt 35, 29 Mart 1966, Cumhuriyet Senatosu Hatay Üyesi Mustafa Deliveli'nin Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve 3/353 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 1. Başbakanlığa ikinci bir tezkere daha gönderilmesinin amacı Yargıtay Başsavcılığından alınan 17 Eylül 1964 tarihli 963-14/209 sayılı yazı ve Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla 14 Eylül 1964 tarihli ara kararı ile Yüksek Soruşturma Kurulunca hazırlanan 3 Ekim 1960 gün ve 960/17-14 sayılı son tahkikatın açılması hakkında kararların suretlerinin gönderilmesidir. Başbakan İsmet İnönü tarafından hazırlanan dilekçenin amacı Mustafa Deliveli hakkında 1961 Anayasası'nın 79. maddesi gereğince karar verilmesi amacıyla hazırlanıp gönderilen 29 Eylül 1964 tarihli tezkere, ekleri ve Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği ara karar ile Yüksek Soruşturma Kurulu tarafından hazırlanan 5 Ekim 1960 tarihli son tahkikat aşaması hakkındaki karar örnekleri sunulmuştur.

⁸⁵ A.g.e., 3/353 Sayılı Karma Komisyon Raporu, s. 3. Kararda belirtildiği üzere, Mustafa Deliveli'nin komisyon üyesi olmasına rağmen hukukun umumi prensiplerine uygun olarak oylamaya katılmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını talep ettiği de vurgulanmıştır.

5. Adalet Partisi Giresun Üyesi Senatör Sabahattin Orhon'un Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

Samsun Cumhuriyet Savcısı Mehmet Gürdal tarafından Adalet Bakanlığına yazılan tezkereden anlaşıldığı üzere, Sabahattin Orhon, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa muhalefet etmiştir. İsmi, Samsun Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde haklarında beraat kararı verilen Niyazi Karadeniz ve arkadaşlarının arasında yer almıştır. İlgili senatör dışındakiler hakkındaki beraat kararının Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin, 14 Temmuz 1966 tarihli 5554 sayılı ilamı ile onandığı belirtilmiştir. Ancak Sabahattin Orhon'un suçu, suç mahiyeti ve döviz miktarı nedeniyle 780 sayılı Af Kanunu kapsamına girmediği vurgulanmıştır.⁸⁶ Bunun üzerine Başbakan Süleyman Demirel tarafından imzalı ve 10 Ocak 1967 tarihli bir başka tezkere Cumhuriyet Senatosu Başkanlığına gönderilmiştir. Karma Komisyon raporu 5 Nisan 1967 tarihinde hazırlanmıştır. Fiilin kamuoyundaki etkisi dikkate alınarak, Sabahattin Orhon'un yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmiştir.⁸⁷ Karma Komisyon tarafından hazırlanan rapor 18 Nisan 1967 Salı günü Cumhuriyet Senatosuna gelmiştir.⁸⁸ Rapor, 20 Nisan 1967 Perşembe günü Cumhuriyet Senatusunda görüşülmüştür.

Sonuç olarak, rapor oylanmış ve kabul edilmiştir. Böylece, Sabahattin Orhon'un yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır.⁸⁹ Dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından izlenen sürece ilişkin bir bilgiye ulaşılamamıştır.

SONUÇ

Yasama bağıışıklıkları, baştan itibaren belirtildiği üzere son derece önemli bir kurumdur. Zira bu kuruma işlerlik kazandırmakla hedeflenen, milletin temsilcileri olan milletvekillerini yasama faaliyetini ye-

⁸⁶ *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi*, Cilt 40, 20 Nisan 1967, 3/92 sayılı Cumhuriyet Senatosu Giresun Üyesi Sabahattin Orhon'un Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Başbakanlık Tezkeresi ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 2.

⁸⁷ A.g.e., 3/92 sayılı Karma Komisyon Raporu, s. 2.

⁸⁸ *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi*, Cilt 40, 18 Nisan 1967.

⁸⁹ A.g.e., s. 44.

rine getirirlerken olabildiğince bağımsız kılmaktır. Milletin vekilinin, temsil yetkisini en iyi biçimde kullanabilmesi için kendisine tanınmış olan söz konusu ayrıcalıklar, uzun yıllardan beri siyasi partiler tarafından seçim dönemlerindeki propaganda süreçlerinde kullanılmaktadır. Ancak, siyasi partilerin seçmenler nezdinde seçim malzemesi biçiminde kullandığı kavram, yasama sorumsuzluğu değil yasama dokunulmazlığıdır. Siyasi partilerin bu türden girişimlerde bulunmalarının en temel sebebi, “temiz toplum” olabilme arzusunun kamuoyunda sıkça gündeme getiriliyor olmasıdır.

Olması gereken, milletvekilleri için istisnalar hariç yargılanmanın yahut cezanın infazının ertelenmesi imkânını sağlayan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasıdır. Ancak olması gerekenin her durumda mevcut koşullara uyum sağlayabileceğini söylemek pek mümkün değildir. Şöyle ki, yasama dokunulmazlığı, her şeyden önce muhalefet için bir güvence teşkil etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, dokunulmazlığın bir amacı siyasi nedenler ileri sürülerek milletvekillerine karşı yürütülebilecek kovuşturmaların önüne geçebilmektir. Diğer amacı ise, iktidarı elinde bulunduran siyasi çoğunluğun, muhalefete yönelik baskı oluşturma ihtimalini ötelemektir. Zira iktidarın, her koşulda mevcut durumunu kuvvetlendirme yöneliminde olması siyasetin doğal yapısının bir sonucudur. Ancak önemli olan, bu yönelimin muhalefete rağmen mi yoksa muhalefetin sesini her fırsatta kısmak şeklinde mi gerçekleştirildiğidir. Bilindiği üzere, muhalefet olmaksızın demokrasinin varlığından söz edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, iktidarın, muhalefetsiz bir siyasi atmosferde yol almak istemesi halinde yasama dokunulmazlığı, gerçek nedeni siyasi olan kovuşturmaların önüne geçilmesini sağlamaktadır.

Yasama sorumsuzluğunun milletvekillerine sağladığı imkân yasama dokunulmazlığından farklıdır. Diğer bir ifadeyle, dokunulmazlık aracılığıyla milletvekilleri hakkında soruşturma, tutuklama, tutulma ve kovuşturma kararı alınması belli kurallara bağlanmıştır. Oysa sorumsuzlukla amaçlanan yasama faaliyeti yerine getirilirken ifade özgürlüğünün herhangi bir kesintiye uğramaksızın devamının sağlanmasıdır. Zira asıl olan, yasama fonksiyonunu oluşturan yasama

faaliyetinin icra edilmesidir. Yasama faaliyetinin düzgün bir biçimde, her türlü baskıdan arınmış halde icrası için yasama sorumsuzluğu olmazsa olmazdır. Milletvekillerinin gerek yasama dönemi süresince gerek yasama dönemi sona erdikten sonra, yasama çalışmaları ile ilgili oy, söz ve düşüncelerinden ötürü herhangi bir yasal müdahale ile karşılaşmalarını engelleyen yasama sorumsuzluğudur. Bu kurumun varlık göstermemesi halinde, temsil yetkisini ellerinde bulunduran milletvekillerinin yasama faaliyetini eksik olarak yerine getirecek olmaları şüphe götürmez bir gerçektir.

Makalenin eksenini 1961 Anayasası oluşturmakla birlikte, kendisinden önceki anayasalarla da karşılaştırması yapılmıştır. Buna göre denilebilir ki, yasama bağımsızlıklarına ilişkin birkaç farklı tutum haricinde hep aynı duruş sergilenmiştir. Varlık göstermiş olan birkaç farklı tutumun da, anayasaların yürürlüğe girdikleri dönemin siyasi yapısının ürünü olduğu söylenebilir.

1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, Meclis iki kanatlı bir yapıya sahip olduğu için dokunulmazlığı kaldırılan siyasiler Millet Meclisinde milletvekili ve Cumhuriyet Senatosunda senatör olmalarına göre ikiye ayrılarak incelenmiştir. Bu dönemde dört Millet Meclisi üyesinin ve beş senatörün yasama dokunulmazlığı kaldırılmıştır. Millet Meclisinde; Çetin Altan (TİP- İstanbul), Nuri Beşer (AP-Zonguldak), Celal Ahmet Sungur (CHP-Yozgat), Ali Karahan'ın (YTP-Hakkâri) yasama dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Çetin Altan siyasi bir suç olan TCK madde 142, 482, 273, 191 gereğince "Komünizm propagandası ve ülke bütünlüğünü tehdit" ile suçlanmış ve fakat hakkında yargılamaya geçilememiştir. Nuri Beşer'e, siyasi bir suç olan TCK 160. madde uyarınca "Devletin askeri kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu" isnat edilmiş ve mahkûm olmuştur. Celal Ahmet Sungur, yine siyasi bir suç olan TCK madde 136 ve 173 uyarınca "Milli Müdafaaya Hıyanet" ile suçlanmıştır. Ali Karahan, siyasi nitelikli TCK 141 gereğince "İrk mülahazası ile milli duyguları yok etmeye veya zayıflatmaya matuf bulunan cemiyetler kurmaya tevessül etmek"; TCK 125 gereğince "Devlet idaresindeki toprakların bir kısmını ayırmak"; 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununa muhalefet ile suçlanmıştır.

Cumhuriyet Senatosunda; Cemal Madanoğlu (kontenjan senatörü), Osman Köksal (tabii üye), Ekrem Acuner (tabii üye), Kudret Bayhan (CKMP Niğde üyesi senatör), Mustafa Deliveli (AP Hatay üyesi senatör), Sabahattin Orhon'ın (AP Giresun üyesi senatör) yasama dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Cemal Madanoğlu ve Osman Köksal, siyasi nitelikli "T.C. Anayasasının tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil, TBMM'yi ıskata ve vazifesini yapmaktan mene cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak" ile suçlanmış ve beraat etmişlerdir. Ekrem Acuner, siyasi nitelikli olan TCK 146. madde uyarınca "Silahlı isyana teşvik, tahrik, teşebbüs, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye yönelik cemiyet kurmak" ile suçlanmış ve beraat etmiştir. Kudret Bayhan'a, adi nitelikli "Yurtdışına bazmorfin ihraç etme suçu" isnat edilmiş ve mahkûm olmuştur. Mustafa Deliveli, adi suç olan "Kromit şirketine yolsuz kredi açtırmak ve döviz tahsisinde bulunmak suçu" yöneltilmiştir. Sabahaddin Orhon da adi bir suç olan "1567 sayılı Türk parasını koruma kanununa muhalefet suçu" ile itham edilmiştir. 1961 Anayasası döneminde, üç senatör ve dört Millet Meclisi üyesinin yasama dokunulmazlıkları siyasi nitelikli suçlar dolayısıyla kaldırılmıştır. Buna karşılık, üç senatörün yasama dokunulmazlığı adi suç ithamı dolayısıyla kaldırılmıştır.

Kaynakça

- Akın Rıdvan, *Türk Siyasal Tarihi 1908-2000*, On iki Levha, İstanbul, 2010.
- Aktaş Kadir, *TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1978.
- Atatürk Mustafa Kemal, *Nutuk*, nşr. Pınar Güven ve Nur Özmel Akın, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010.
- Avril Pierre ve Jean Gicquel, *Droit Parlementaire*, 4. Baskı, Montchrestien Lextenso Éditions, Paris, 2010.
- Aybar Mehmet Ali, "Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 3, 1937.

- Başgil Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyaset Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Cilt I, Fasikül I, İstanbul, 1960
- Bayrı Hakan, Baskıcı İktidar Yıkıcı Muhalefet DP Döneminde İktidar-Muhalefet İlişkileri, A Kitap, Ankara, 2015.
- Cin Halil, Demokrasi Tarihimizde 1909 Reformları, Ali Naim İnân'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Çelik Burak, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası, İstanbul, 2007.
- İyimaya Ahmet "Yasama Sorumsuzluğu Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 1996.
- Kili Suna ve Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006.
- Özbudun Ergun, "Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları", *TBB Dergisi*, Sayı 59, 2005.
- Özcan Hüseyin, Yasama Bağışıklıkları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Özçelik Selçuk, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri (Türkiye'nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri), I. Kitap, II. Cilt, İstanbul, 1976.
- Parla Taha, Türkiye'de Anayasalar, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.
- Soysal Mümtaz Anayasaya Giriş, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.
- Tanör Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 21. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.
- , Anayasal Gelişme Tezleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Urvoas Jean-Jacques ve Magali Alexandre, Manuel de survie à l'Assemblée Nationale-L'art de la guérilla parlementaire, Odile Jacob, Paris, 2012.
- Yalova Yüksel, "Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı" *Yeni Türkiye Dergisi* (Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II), Sayı 14, Mart-Nisan 1997, ss. 843-849.

TBMM Tutanak Dergileri

- Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Cilt 2, 2 Şubat 1962.
- , Cilt 2, 12 Şubat 1962,
- , Cilt 20, 10 Temmuz 1967.
- , Cilt 21, 20 Temmuz 1967.
- , Cilt 27, 8 Nisan 1968.
- , Cilt 27, 12 Nisan 1968.
- , Cilt 28, 21 Ekim 1968.
- , Cilt 25, 17 Şubat 1968.

Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Cilt 9, 07 Şubat 1973.

-----, Cilt 9, 14 Şubat 1973.

-----, Cilt 35, 29 Mart 1966.

-----, Cilt 40, 18 Nisan 1967.

-----, Cilt 40, 20 Nisan 1967.

-----, Cilt 65, 2 Temmuz 1971.

-----, Cilt 66, 3 Ağustos 1971.

TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ SORUNU

THE PROBLEM OF NON-RETROACTIVITY OF RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT UNDER TURKISH LAW

Mustafa BABAYİĞİT*

Özet: Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakta temel amaç, anayasaya aykırı olan yasaların bir an önce uygulanmasına son verilmesidir. Dolayısıyla açıkça Anayasa'ya aykırı olan bir kanunun uygulanması nedeniyle bireysel kazanılmış hakların ortaya çıkabilme ihtimali olduğu kadar, bireylerin temel haklarının çok ciddi zarar görmesi, ihlal edilmesi de gündeme gelebilir. Mesela bir meslek grubunun resen emekliliğe sevk edilmesini öngören kanun sonradan iptal edilmiş olsa bile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için iptal kararının bir anlamı olmayacaktır. Aynı şekilde ölüm cezalarının yerine getirilmesi ya da devletleştirme gibi konuları düzenleyen yasalar iptal edilseler bile, uygulandıkları süre içinde doğurdıkları sonuçları sonradan giderme olanağı yoktur.

Bu noktada Anayasa'nın 153'üncü maddesindeki "İptal kararları geriye yürümez" kuralının, temel hak ve özgürlükleri korumak ve hak ihlallerinin gidermek gibi bir fonksiyona sahip anayasa yargısındaki yerinin yeniden irdelenmesi gerekir. Geriye yürümezlik kuralının, yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar verebileceği gibi itiraz yoluyla yapılacak denetimin amacına da ters olduğu aşikardır. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarını geriye yürümemesinin temel gerekçesi olarak kazanılmış hakların korunması ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi olmakla birlikte bu gerekçeler yasama organını bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden, onlara telafisi imkânsız zararlar veren yasalar yapmasına imkân vermez. Burada Anayasa yargısını temel fonksiyonlarını da etkin bir şekilde yerine getirebilmesi bakımından Anayasanın temel ilkelerine aykırılık taşıyan Anayasanın 153'üncü maddesinin bir an önce değiştirilmesi ve bu noktada Anayasa mahkemesinin bu emredici hükmün yıkıcı etkilerini ortadan kaldırma adına iptal kararlarının hangi koşullarda geriye yürüyeceğinin soyut ve somut norm denetimi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, İptal Kararları, Kazanılmış Haklar, Geriye Yürürlük, Kesinlik ve Bağlayıcılık

* Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

Abstract: The basic aim in appealing to the Constitutional Court is to immediately end the application of unconstitutional statutes. Therefore, it may be in question for the possibility of occurrence of the individual vested rights due to the implementation of an unconstitutional law, or for the destruction or violation of individual fundamental rights. For example, even if a law envisaging the obligatory retirement of a professional occupational group was cancelled, the cancellation would have no meaning as its own provisions and consequences had come out. Likewise, even if the laws about the fulfillment of a death penalty or about regulating the issues such as nationalization were cancelled, there would no possibility to remove the results they had caused during their implementation.

In this context, we should discuss again the place of the rule in Article 153 of the Constitution “annulment decisions are not retroactive” within the constitutional jurisdiction which has the function to protect the fundamental rights and freedoms and to eliminate the violations. It is clear that the interpretation of the principle of retroactivity as remaining unfulfilled may cause the results against the principles of the state of law and the principles of justice and equality; and is contrary to the objective of the control to be conducted through contention of unconstitutionality. Although the leading motive of retroactivity of annulment decisions of the Constitutional Court is the legal security and stability principle and to protect the vested rights, this motive doesn’t allow the legislature to make laws violating the fundamental rights and freedoms of individuals and causing irreparable harms.

For the Constitution jurisdiction to fulfill its main functions effectively, it is necessary to change Article 153 of the Constitution, which is contrary to the basic principles of the Constitution; and the Constitutional Court should discuss the conditions under which annulment decisions are retroactive in terms of abstract and concrete norm control in order to eliminate the destructive effects of this mandatory rule.

Keywords: The Constitutional Court, Annulment Decisions, Vested Rights, Retroactivity, Accuracy And Bindingness

GİRİŞ

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi’nin yargısal nitelikteki kararları, 1982 Anayasası’nın çeşitli maddelerinde ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararlar yolu ile 1982 Anayasası’nın 148’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kanun, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya uygunluğunu şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından denetleme yetkisi bulunmaktadır.¹

¹ Fatih Demircan, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yürürlüğü Durdurma

Öte yandan 1982 Anayasası'nda; Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, genel kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup bu kapsamda 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.

Anayasa yargısı, yasamanın “üstün gücüne” karşı, diğer erklerin etkinliğinin ve fonksiyonelliğinin korunması bakımından “Anayasal denge aracı” olarak öngörülmüştür. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, “Yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alınması” yetkisinin kullanılmasına bağlı olduğu kadar denge fonksiyonu bağlamında vermiş olduğu kararların gerçek anlamda hüküm ve sonuç doğurmasına da bağlıdır. Tersî durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin “özü”nde kısıntı anlamına gelecektir.²

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakta amaç, anayasaya aykırı olan yasaların bir an önce uygulanmasına son verilmesidir. Dolayısıyla açıkça Anayasa'ya aykırı olan bir kanunun uygulanması nedeniyle bireysel kazanılmış hakların ortaya çıkabilme ihtimali olduğu gibi, bireylerin temel haklarının çok ciddi zarar görmesi, ihlal edilmesi de gündeme gelebilir. Mesela bir meslek grubunun re'sen emekliliğe sevk edilmesini öngören kanun sonradan iptal edilmiş olsa bile, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için iptal kararının bir anlamı olmayacaktır. Aynı şekilde ölüm cezalarının yerine getirilmesi ya da devletleştirme gibi konuları düzenleyen yasalar iptal edilseler bile, uygulandıkları süre içinde doğurdıkları sonuçları sonradan giderme olanağı yoktur.³

Bu noktada, Anayasa'nın 153'üncü maddesindeki “İptal kararları geriye yürümez” kuralının, temel hak ve özgürlükleri korumak ve hak ihlallerini gidermek gibi bir fonksiyona sahip anayasa yargısındaki yerinin yeniden irdelenmesi gerekir. Geriye yürümezlik kuralının, yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar

Kararlarının Hukuki Niteliği”, *TBB D*, Y. 2015, S. 120, s. 131-154.

² Demircan, s. 136.

³ Demircan, s. 137.

verebileceği gibi itiraz yoluyla yapılacak denetimin amacına da ters olduğu aşikârdır. Mevcut durumda iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralına karşın, yürürlüğü durdurma tedbiri kısmen işlev görse de iptal kararından beklenen sonucun doğmasını sağlamada yetersiz olduğu malumdur. Zira yürürlüğü durdurma kararı verilene kadar, kanun bir gün dahi yürürlükte kalmışsa bütün sonuçlarını doğurmayaya yeterlidir.

Bu çalışmada temel olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürürlüğü (yürütülmesi gerektiği) sorunu incelenerek, kazanılmış haklar ile temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında konu ele alınacaktır. Ancak geriye yürümezlik sorununun incelenmesinden önce iptal kararlarının genel nitelikleri, geriye yürümezlik kavramı ile bağlantıları nedeniyle, ana hatları ile incelenecektir.

A. Anayasa Mahkemesi'nce Verilen İptal Kararlarının Genel Nitelikleri

a. Kesin Olması

Bilindiği üzere belirli bir dereceye kadar hukuk düzeninde mahkeme kararlarına denetim yolu açık tutulmuş olmasına karşın zorunlu olarak bu denetime bir aşamada son verilmiştir. Genel olarak kabul edildiği üzere mahkeme kararlarının kesinliğinden kastın, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, o hüküm hakkında bir olağan kanun yoluna başvurulamamasını ve aynı taraflarca, aynı sebebe dayanarak aynı konunun bir daha uyumsuzluk konusu yapılamamasıdır.⁴ Mesela açılan bir para alacağı davasında davalıdan para alacağı olduğunu ispat edememiş ve bu nedenle davası red edilmiş olan davacı, maddi kesinlik nedeni ile aynı sebeple aynı davalı aleyhine aynı konuda alacak davası açamayacaktır. Aslında mahkeme kararlarına kesinliğin tanınmasının temel nedenlerinden biri hukuki güvenlik ve istikrardır.⁵ Böylece mahkemelerin önceden karar veril-

⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 494; Ahmet Akgül, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Kesinliği ve Bağlayıcılığı (Özellikle Red Kararları Açısından)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 6, Y. 1976, s. 1061; Ersin Şekerci, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Sonuçları", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1988, S. 5-6, s. 676.

⁵ Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nispi Kuvveti*, Fakülteler

mesine rağmen aynı konularla sürekli olarak meşgul olmasını engellenmesi sağlanmış olacaktır.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararları bakımından da, Anayasa'nın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir denetim yolu tanınmamış ve Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir.⁶ Türk Anayasa Yargısı sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma ve yüce divan yargılaması sonucunda⁷ verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip olmasına karşın; norm denetimi sonucu vermiş olduğu ret kararları maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde değildir. Zira iptal davası yoluyla verilmiş olan ret kararlarına rağmen, aynı norm hakkında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkündür.⁸ Aynı şekilde Anayasa'nın 152'nci maddesinin son fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. Bu hüküm dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin bu tür kararları bakımından da maddi anlamda kesinliğin söz konusu olmadığını belirlenmiş olan on yıllık süre geçtikten sonra aynı kanun hakkında itiraz yoluna başvurulması mümkündür. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı olağan bir kanun yolu mevcut olmadığından şekli anlamda kesin niteliğine sahip olmasına karşın yukarıda belirtilen nedenlerle maddi anlamda kesinliğe sahip değildir.⁹

Matbaası, İstanbul 1964, s. 4; Pekcanitez/Atalaş/Özekes, s. 495; Ayhan Döner/İsmail Köküarı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 666.

⁶ Sacit Adalı, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı", *Journal of Business Economics and Politic Science*, Vol.1, No. 1, 1-8, June 2012,, s. 4.

⁷ 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yeniden inceleme başvurusu yapma imkânı tanınmış olduğundan, Anayasa Mahkemesi Genel kurulunun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.

⁸ Ayhan Döner, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan (Anayasa Hukuku-C. II), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 217; Bülent Tanör / Nemci Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 553.

⁹ Döner/Köküarı, s. 668.

b. Bağlayıcı Olması

Anayasa Mahkemesi kararları nitelikleri gereği bağlayıcıdır. Anayasanın 153'üncü maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlandıktan sonra yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.¹⁰ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olması kesin olmalarının doğal bir sonucudur. Hukuk devletlerinde uyuşmazlıkların kesin bir çözüme kavuşması ve bu sonucu bireylerin ve kurumların kabul edip uyması istikrar ilkesinin bir gereğidir.¹¹

Burada belirtmekte yarar olan bir husus da aynı zamanda bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar Mahkemenin kendisini de bağlar. Dolayısıyla hukuki istikrar ve güvenin tesisi ve uygulama birliği bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarının ilke ve esaslar noktasında birbirleriyle çelişmemesi gerekmektedir. Ancak değişen koşullardan dolayı mahkemenin içtihat değiştirmesi gündeme geldiğinde bunun ilkesel bir değişim olduğu, üyelerin kişisel tasarrufundan kaynaklanmadığının hazırlanacak doyurucu gerekçede belirtilmesi gerekir.¹²

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı belirtilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunun yakından takip ettiği bir kısım davaların gerekçelerini yazmadan önce hüküm fıkrasını açıkladığı görülmektedir. Anayasa'nın 153'üncü maddesinin ilk fıkrasına dayanılarak henüz gerekçesi yazılmadan açıklanan bu tür kararların bağlayıcı olduğu değerlendirilmektedir. Burada maddenin yazılış tarzından iptal kararları dışındaki kararların gerekçelerinin yazılmadan açıklanabileceği ve bu haliyle bağlayıcı olacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bu noktada siyasi partilerin kapatılması davalarında verilen kararlar buna örnek gösterilebilir.¹³

¹⁰ Adalı, s. 4; Turan Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Anıte İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, Y. 1993, s. 69-80.

¹¹ Akgül, s. 1061.

¹² Yıldırım, s. 79.

¹³ Murat Sevinç, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Resmi Gazete'de Yayımlı ile Bağlayıcılığı Arasındaki İlişki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, s. 179.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olması, ilgili Anayasa maddesinde belirtilmiş olan kişi ve organların Anayasa Mahkemesi kararına uygun olarak hareket etmesi demektir. Yasama organının Anayasa Mahkemesi kararını yok sayarak iptal edilen kanunun aynen yeniden kanunlaştıramaması ya da benzer bir kanun yapmaması demektir.¹⁴ Anayasa Mahkemesi kararını beğenmeyen yasama organının bu durumda yapacağı şey kanunun iptal gerekçesi olan Anayasa hükmünü değiştirmesidir. Bunu yapamadıktan sonra bu iptal kararına uygun kanun yapmak yükümlülüğü vardır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmaması hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme getirecektir. Ancak yasama organı iptale konu olan yasa maddesi yerine yeni bir yasa yapmayarak Mahkemenin kararını konusuz bırakması mümkündür.¹⁵ Yalnız burada iptal edilen kanun hükmünün iptali ile kanun boşluğunun oluşmamış olması gerekir.

Öğretide yasama organının Anayasa Mahkemesi kararını yok sayarak iptal edilen kanunun aynen yeniden kanunlaştırmaması halinde, bu yeni kanuna yönelik iptal başvurusunda bu yasanın iptali yoluna gitmektense, önceki iptali gerekçe göstererek yasanın yokluğunun tespit edilmesinin daha yerinde olacağı dile getirilmektedir. Zira yokluğuna karar verilmesi halinde hukuk âleminde sonuç doğurmayan bir metne dayanarak kazanılmış hak hususunun gündeme gelemeyeceği vurgulanmaktadır.¹⁶ Bu noktada ABD Yüksek Mahkemesinin *Marbury v. Medison* davasında verdiği kararda yazılı anayasayı yaratanların onu ulusun temel ve en yüce hukuku olarak gördüklerinde kuşku bulunmadığına göre, Anayasa'ya aykırı olan yasama işlemlerinin kendiliğinden hükümsüz ve geçersiz olduğu gerçeğini tüm hükümetlerin benimsemesi gerektiğini vurgulaması da bu düşüncüyü desteklemektedir.¹⁷ Dolayısıyla burada iptal edilen kanunun aynen ve yeniden yasalaşması halinde Anayasa'nın emredici hükmü olan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu kuralı ihlal edildiğinden ve

¹⁴ Adalı, s. 6-7.

¹⁵ Servet Armağan, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul 1967, s. 149; Şekerci, s. 679.

¹⁶ Yıldırım, s. 80.

¹⁷ Ali Ülkü Azrak, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı*, C. 1, Y. 1984, s. 155.

hali hazırda verilmiş olan bir iptal kararı olduğundan bu iptal sonrası yapılan yeni yasa düzenlemesinin yok hükmünde olduğunun tespiti yerinde olacaktır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bağlayıcı olmasından kastın hem hüküm fıkrasının hem de gerekçenin bağlayıcı olduğu hususudur.¹⁸ Zira hüküm fıkrasının temel dayanakları olan gerekçenin bağlayıcı olmaması hüküm fıkrasının etkisini ve sonuçlarını amaca uygun olarak ortaya çıkaramaması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin 1991/50 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının gerekçesinin de bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır.¹⁹

c. Geriye Yürümemesi

Anayasa'nın 153'üncü maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesinin gerekçesi olarak iptal kararlarının, "kazanılmış hakları" ortadan kaldırıcı bir sonuç doğurmasının önlenmesi olduğu belirtilmiştir.²⁰ Aynı şekilde, hukuki güvenlik ve istikrar, adalet, kamu düzeni ve kamu yararı gibi temel kavramlar gerekçe gösterilmektedir.²¹

Anayasa Mahkemesi kararlarını geriye yürütmeyeceğine ilişkin temel ilke hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda yer almıştır. Her iki Anayasa'da da iptal edilen hükümlerin iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren yürürlükten kalkacağı düzenlenmiştir. Fakat bu düzenlemeye rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının zaman içindeki etkisi, bir başka deyişle geriye yürüyüp

¹⁸ Armağan, s. 149; Yıldırım, s. 74.

¹⁹ Yıldırım, s. 74.

²⁰ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 292; Akgül, s. 1061.

²¹ Erol Cansel, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, C. 9, Ankara 1992, s. 93; Yıldırım, s. 73; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 2015, (Anayasa) s. 264-265; Metin Kıratlı, : *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1966, s. 178-179; Yıldırım Uler, "Anayasa Mahkemesi Kararları Geri Yürür", *Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları* 7, Ankara 1988, s. 532; Şekerci, s. 680; Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, S. 3, Ankara 1990, s. 3.

yürümeyeceği öğretide ve mahkeme kararlarında sürekli olarak tartışılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi ve yayınlamasından itibaren etki doğurması nedeniyle tespit edici değil kurucu nitelikte olduğu dile getirilmektedir.²² Ancak iptal kararına tespit edici değil de kurucu bir nitelik atfetmek iptal kararının niteliği ile bağdaşmadığı da dile getirilmektedir. Zira içeriği itibariyle Anayasa'ya aykırı olan bir kanun, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile karar tarihine kadar hukuka uygunluk kazandığı ve bunun ise hukuka aykırı işleme sonradan icazet verilmesi niteliğinde olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturacağı dile getirilmektedir.²³

Görüldüğü üzere iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının mutlak bir şekilde uygulanması halinde, iptal kararına kadar kanunun uygulanmasından zarar görenler cezalandırılmış veya kanunun uygulanmasından menfaat elde edenler imtiyaz elde etmiş olacak ve iptal kararı ile artık kanun uygulanamaz hale geldiğinden eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmış olacaktır.²⁴

Diğer taraftan, mahkeme kararlarının geriye yürümemesi ilkesi, kanunların geri yürümemesi ilkesi ile benzer özellikler taşımaktadır. Burada temel amacın iptal edilen yasaya dayanılarak yapılan işlemlerin geçerliğinin korunmasıdır. Ancak bu ilkeyi mutlak kabul etmek mümkün değildir.

Özelikle Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyecekse somut norm denetimine başvurunun bir anlamı olmayacaktır. Zira somut norm denetiminde, iptal kararı durdurulan dava bakımından geriye yürür.²⁵

Diğer taraftan uygulanmakla hükmünü icra eden tek kullanımlık yasaların iptal edilmesine karşın geriye yürümemesi halinde bunların iptalinin bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla iptal kararlarının geriye

²² Aliefendioğlu, s. 3; Azrak, s. 154.

²³ Azrak, s. 153; Halil Altındağ, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014, s. 776-777.

²⁴ Altındağ, s. 177.

²⁵ Kıratlı, s. 180; Cansel, s. 94.

yürümemesi kuralını iptal kararından önce yapılmış hukuksal işlemlerden kaynaklı kazanılmış hakların muhafazasına yöneliktir.²⁶ Ancak iptal edilen kanunlardan dolayı hakları ihlal edilenler bakımından, hakların geri elde edilebilmesi bakımından iptal kararlarının geriye yürütmesi gerekmektedir.

B. GERİYE YÜRÜMEZLİK SORUNU ve UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

a. Geçmişe Yürümezliğin Temel Dayanakları

aa. Genel olarak

Anayasada, kazanılmış hakları, hukuksal güvenliği ve istikrarı ortadan kaldırıcı ya da toplumun adalet anlayışını zedeleyici sonuçlar doğmasından kaygı duyulması nedeniyle, iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi kabul edilmiştir. Kabul etmek gerekir ki, hukuki güvenlik ve hukuki istikrar açısından geriye yürümezlik ilkesi tercih edilebilir bir yoldur. Zira bireyler, kurumlar, hatta devlet organlarının söz konusu yasa yürürlükteyken ona güvenerek bir takım hukuki işlemler yapmış olması ve bu işlemlerin bir takım sonuçlar ortaya çıkarması mümkündür. Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararıyla bu yasa geçmişe yönelik olarak, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iptal edilecek olursa, yasanın yürürlükte olduğu süre içerisinde ona güvenerek işlem ve eylemlerde bulunanların hukuk sistemine güveni sarsılabilir.²⁷

Nitekim Anayasa Mahkemesi 12.12.1989 tarih ve 1989/11 esas 1989/48 karar sayılı kararında, " Türk Anayasa sisteminde Devlete güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca Devlet yaşamında karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda sonuçlar doğurmuş bulunan durumların iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır..." demek suretiyle geriye yürümezliğin gerekçesini ortaya koymuştur.

²⁶ Teziç, (Anayasa) s. 264-265; Özkan Tikveşli, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı, İzmir 1978, s. 208-209.

²⁷ Levent Gönenç, "Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı", Anayasa Çalışma Metinleri 2, Tepav, Ankara 2010, s. 15.

Fransa'da kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde 'öndenetim' uygulanmaktadır. Bu öndenetim sayesinde Türk hukukunda yukarıda dile getirilen sıkıntılar Fransa'da yaşanmamaktadır. Fransız Anayasası'nın sistemi bu yönden, yürürlüğün geçmişe etkili bir şekilde durdurulması önlemine gerek duyulmaması yönünden en etkili yöntemdir. Fransa Anayasası'na göre, yasalar yayınlanıp yürürlüğe girmeden önce Fransız Anayasa Konseyi tarafından Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmektedir. Bu nedenle de anayasaya aykırı olan kanunun ya da kanun hükmündeki kararnamenin uygulanma olasılığı ve dolayısıyla bireyler üzerinde Anayasa'ya aykırı sonuçlar ortaya çıkarma olasılığı ortadan kalkmaktadır. Konsey'e başvuru yasanın yayımlanmasını ve yürürlüğe girmesini askıya aldığı için, inceleme sonuna dek geçici durdurma kendiliğinden işlemektedir²⁸. Bu uygulama yasa yapım gücünün bireysel haklar aleyhine kullanılmasının önüne geçtiği kadar erkler arasındaki çek balansı da sağlamaktadır. Bu şekilde bir erk diğer erki baypas edememektedir.

Diğer taraftan, Almanya, İtalya ve Portekiz gibi ülkelerde Anayasaya aykırı bulunmaları nedeniyle bir kanun maddesinin iptaline hükmedilmesi halinde, iptal kararı geçmişe yürür şekilde hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Burada iptal kararına konu yasa, yasanın ilk yayımı tarihinden itibaren yürürlükten kalkmaktadır²⁹.

Federal Almanya Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürüyüp yürümeyeceğine ilişkin düzenleme yoktur. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş, yetki ve işleyişini düzenleyen kanunda Yüksek Mahkemenin verdiği iptal kararlarının geriye yürüyeceği ilkesi benimsenmiştir. Almanya'da anayasaya aykırı olan kanunun baştan itibaren batıl olacağı ve AYM kararının burada açıklayıcı bir hüküm tesis ettiği düşüncesi hâkimdir. Yani AYM kararı ile anayasaya aykırılığı tespit eder ve iptal edilen kanun baştan beri hükümsüz olur. Bu durum kararın açıklayıcı fonksiyonu olduğunu göstermekte olup, iptal kararının geriye

²⁸ Bahadır Kılınç, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 137; İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, Ankara 2007, s. 54; Zehra Odyakmaz, "Yürürlüğü Durdurma" *Anayasa Yargısı*, C. 12, Ankara 1995 s. 154; Cansel, s. 91.

²⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I-II, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2011, s. 814-815.

yürümesi prensibinin temel felsefesi batıl olan kanun ile hak sahibi olunamayacağı noktasındadır.³⁰

Öte yandan Federal Almanya'da kesinleşmiş hükümler yönünden iptal kararlarının ne şekilde geriye yürüyeceğine ilişkin farklı bir düzenleme vardır. Yukarıda bahsi geçen Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanunu'nda iptal edilen norm nedeniyle verilen kesinleşmiş bir ceza hükmüne karşı, yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğu düzenlenmiştir. Düzenlemenin amacı iptal kararlarının kesinleşmiş kararlar yönünden geriye yürümesi halinde doğabilecek mahzurları önlemektir. Buna göre iptal edilen kanun nedeniyle hakkında kesinleşmiş ceza hükmü olan kişinin yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı var iken, iptal edilen norm nedeniyle ceza hükmü dışındaki diğer alanlarda verilmiş ve kesinleşmiş hükümler hakkında yargılamanın yenilenmesi istenememektedir. Netice itibarıyla Federal Almanya'da iptal kararları ceza hükmü dışında kesinleşmiş hükümlere karşı geriye yürümekle birlikte iptal edilen kanun nedeniyle verilmiş kesinleşmiş hükümlerin icrası da istenememektedir. Öte yandan bu durumda tarafların eski halin iadesini isteme hakkı da yoktur.³¹

Federal Almanya'da iptal kararları verilinceye kadar oluşabilecek ağır hak ihlallerinin önlenmesi ve iptal kararının geriye yürütmesine ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek diğer sorunları çözme adına uygulanan diğer bir yol da geçici tedbir kararıdır. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda Federal Anayasa Mahkemesi'ne belirli alanlarda geçici tedbir kararı verme yetkisi verilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin geçici tedbir kararı verebilmesi için; ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek ya da başka önemli bir nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumları olması gerekmektedir. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, içtihat yoluyla belirli konularda geçici tedbir kararı ver-

³⁰ Burhan Kuzu, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, Y. 1986-1987 s. 201; Teziç, (Anayasa) s. 264-265; Necip Bilge, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 1990, s. 360.

³¹ Kuzu, s. 202-223 ; Teziç, (Anayasa) s. 264-265.

me yetkisini genişletip bütün konularda geçici tedbir kararı vermeye başlamıştır.³²

bb. Kazanılmış Hakların Korunması İlkesi

Anayasa'nın 153'üncü maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesinin gerekçesi olarak iptal kararlarının, "kazanılmış hakları" ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmasının önlenmesi olduğu belirtilmiştir.³³ Aynı şekilde, hukuki güvenlik ve istikrar, adalet, kamu düzeni ve kamu yararı gibi temel kavramlar gerekçe gösterilmektedir.³⁴

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında da vurgulandığı üzere Mahkemenin iptal kararına rağmen koruma altına alınan haklardan sonsuza kadar yararlanamayacağı da belirtilmiştir.³⁵ Bu bağlamda kazanılmış hak kişinin bulunduğu statüden kaynaklanan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur. Anayasaya aykırılığı saptanan yasaya göre elde edilen haklar, ilerisi için kazanılmış hak oluşturmayacağı ve uygulanma niteliğini yitireceği ilgili kararda belirtilmiştir.³⁶

bb. Hukuki Güvenlik İlkesi

İptal kararlarının geriye yürümemesinin gerekçelerinden biri de hukuki güvenlik ilkesidir. Temel haklarda korunan ortak bir değer olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşulu ve Anayasa'nın bütününe egemen olan temel bir ilke niteliğindedir.

³² Demircan, 143; Yavuz Sabuncu, "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Anne İdaresi Dergisi*, C.17, S.2, Y.1984, s. 76 vd.; Mustafa Yıldız, *Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı*, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 46; İlyas Doğan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yürürlüğü Durdurmanın Koşulları", *İHFM*, C.LV, S 4, Y.1997, s. 46-47; Şekerci, s. 358.

³³ Gözübüyük, s. 292; Akgül, s. 1061.

³⁴ Cansel, s. 93; Yıldırım, s. 73; Teziç, (Anyasa) s. 264-265; Kıratlı, s. 178-179; Uler, s.532; Şekerci, s. 680; Aliefendioğlu, s. 3.

³⁵ AYM, 1989/14 E., 1989/49 K., 9.12.1989 T. ; Aliefendioğlu, s. 4.

³⁶ AYM, 1989/11 E., 1989/48 K., 12.12.1989; Aliefendioğlu, s. 4.

dedir.³⁷ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi birçok kararında “hukuki güvenlik ilkesi”nin hukuk devletinin unsurlarından biri olduğunu vurgulamış ve hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını hukuk devletinin, zorunlu kıldığını belirtmiştir.³⁸

Anayasa Mahkemesi’nin de 2007/31 Esas, 2009/109 Karar ve 9.7.2009 tarih sayılı kararında vurguladığı üzere Anayasa’nın 2’nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

“Hukuk güvenliği ilkesi”, hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasa’da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının koşullarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

Evvelce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. “Yasaların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar.

³⁷ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 39; Mehmet Altındış, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, S. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61.

³⁸ AYM, 2006/64 E., 2006/54 K., 04.05.2006 T; Altındış, s. 61.

Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

İşte yasaların geriye yürümezliği ilkesine paralel olarak bu yasaların yürürlüğe girdikten sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptallerine karar verilmesi halinde hukuki güvenlik ilkesi ve bu ilkenin barındırdığı gerekçelerle bu iptal kararlarının geriye yürümemesi gerektiği dile getirilmektedir.

Diğer taraftan hukuk güvenliği ilkesine çoğu kez hakların korunması bakımından kazanılmış hak ilkesinin yetersiz kaldığı durumlarda dayanılmaktadır. Bu noktada örnek verilecek olursa 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun Geçici 139'uncu maddesine, 3.4.2003 günlü, 4839 sayılı Kanunun 6. maddesiyle eklenen fıkra ile, emekli, dul ve yetim aylığı alanların aylıklarından belli göstergeler esas alınarak sağlık katkı payı adı altında bir kesinti yapılması öngörülmüştür. Bu kurala karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi 8.10.2003 tarihli ve 2003/31 esas 2003/87 karar sayılı ilamında; "sistem içinde belli aktüeryal hesaplara dayalı olarak belirlenmiş olan emeklilik keseneklerini aktif çalışma hayatı boyunca ödemiş olan ve bu ödemelere bağlı olarak belli süre sonunda yaşlılık aylığı almayı hak eden iştirakçilerin, bir de emekli olduktan sonra sağlık yardımları için prim benzeri sürekli bir ödemeyle (kesintiyle) yükümlü tutulmaları, sosyal güvenlik hakkını zedeleyici nitelik taşıdığı gibi hukuk devletin gerektirdiği hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturmakta, aynı zamanda Devletin kişilerin huzur ve mutluluğunu sağlama amaç ve göreviyle de bağdaşmamaktadır", gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.

b. Geçmişe Yürürlüğün Temel Dayanakları ve Ortaya Çıkardığı Sonuçlar

aa. Genel olarak

Her ne kadar Anayasa'nın emredici hükmü gereği iptal kararların geriye yürümese de belli durumlar bakımından iptal kararlarını geçmişe yürütmesinin bir gereklilik olduğu görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceğine ilişkin anayasal hükmün salt lâfzî yorumla uygulanmasının hakkaniyete, nesa-

fete, eşitliğe ve adalete aykırı olacağı da öğretide vurgulanmaktadır.³⁹ İptal kararının geriye yürümezliği kuralı, çoğu kez iptal kararının işlevini ve etkinliğini azaltmakta, adeta boş bir seremoniye dönüştürmektedir.⁴⁰

Bundan dolayı Anayasa mahkemesi dolaylı olarak iptal kararlarının geçmişe etkili sonuçlar doğurmasını sağlayacak arayışlara girmiştir.⁴¹ Aslında Anayasa Mahkemesi geçmişe etkili yürütmeyi durdurma kararı ile anayasal yargıya etkinlik, hukuk devletinde hukuksal aykırılığa karşı hukuksal önlem alınması yönündeki işleve işlerlik kazandırmış olacaktır. Bu doğrultuda haksız iktisaplarını iadesi hakkındaki 6195 sayılı Yasa'nın iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi iptal kararının geriye yürüyeceğini öngörmüş fakat bu konunun kendisini değil uygulamayı ilgilendireceğini söyleyerek ilgili kanunu iptal etmiştir.⁴² Aslında AYM'nin bu içtihadından hareketle Anayasa'ya açık aykırılık bulunan ve daha sonra iptal edilmesinin bireyler bakımından sonuç doğurmayacağı hallerde geçmişe etkili yürürlüğün durdurulması kararı verilmesine bir engel olmadığı görülmektedir. Zira gerçekte, "iptal kararı geriye yürümez" hükmü sakatlıklar kuramına bir istisna değil, fakat iptal kararlarının kazanılmış hakları ve hukuksal kararlılık kazanmış durumları etkilememesi ilkesinin aşırı bir biçimde anlatımıdır. Diğer bir ifade ile bu hükmün amacının kazanılmış hakları saklı tutmak, hukuksal kararlılığı ve dolayısıyla kamu düzenini korumak olduğu ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere, eşitsizlik yaratmama ve Anayasa'ya aykırı olan bir kanunun kişilerin hukuki durumuna sirayet etmesini önleyerek hakkaniyete uygun bir sonuca varma ile Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği yönündeki hükmün nasıl bağdaşacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada hükmün Anayasa'daki geriye yürümezlik ilkesinin lâfzî yorumunun değil amaçsal yorumunun dikkate alınması gerekmektedir. Zira Anayasa

³⁹ Cansel, s. 94; Bilge, s. 367.

⁴⁰ Sait Güran, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", Anayasa Yargısı, S. 2, Ankara 1986, s. 157; Mehmet Akif Tutumlu, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 5, Y. 1989, s. 745-748.

⁴¹ Pertev Bilgen, "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması" Anayasa Yargısı, C. 12 Ankara 1995, s. 182-183.

⁴² Cansel, s. 96; AYM, 1963/124 E., 1963/243 K., 11.10.1963 T. (AMKD. C. I, s.343).

Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi ile amaçlanan, kanunun uygulanması ile elde edilen kazanılmış hakların korunması ve hukuk güvenliğinin zedelenmemesidir.⁴³ Ancak gerekli durumlarda geriye yürümenin kabul edilip, lehe hukuki durumların korunması ve ilgili kanuna dayanılarak yapılan ve kişilerin aleyhine olan durumların düzeltilmesi imkânının sağlanması gerekir. Aksi durumda iptal kararlarını geriye yürümemesi ilkesi aleyhe hukuki durumları meşrulaştırma amacına hizmet edecek ve hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkaracaktır.⁴⁴ Bu aynı zamanda hukuk devletinin temel ögesi olan "hukukun üstünlüğü" ilkesini tanımama gibi bir sakınca doğuracaktır. Bu noktada özellikle yukarıda belirtilen gerekçelerle yasaların geriye yürümezliği ilkesi ilkesel olarak kabul edilmiş ve bunun istisnaları da yine yasalarla belirlenmiş ve bu konuda gerektiğinde hâkime takdir hakkı verilmiştir. Benzer uygulamanın Anayasa'nın iptal kararlarının geriye yürümezliği konusunda katı uygulamadan vazgeçilerek istisnai durumların geliştirilmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁴⁵

Yukarıda da vurgulandığı üzere, hukuki güvenlik ve hukuki istikrar açısından geriye yürümezlik ilkesi tercih edilir bir yoldur. Zira bireyler, kurumlar, hatta devlet organları söz konusu yasa yürürlükteyken ona güvenerek bir takım hukuki işlemler yapmış olması ve bu işlemlerin bir takım sonuçlar ortaya çıkarması mümkündür. Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararıyla bu yasa geçmişe yönelik olarak, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iptal edilecek olursa, yasanın yürürlükte olduğu süre içerisinde ona güvenerek işlem ve eylemlerde bulunanların hukuk sistemine güveni sarsılabilir. Buna karşılık, anayasaya aykırılık yargısal denetim sonucu tespit edilmiş bir yasaya dayanarak yapılan işlemlerin geçerli sayılması da telafisi güç zararlar ortaya çıkarabilir. Bu durumda, bir orta yol olarak, bazı kararların, özellikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini daraltan yasalara ilişkin iptal kararlarının, geriye yürütülmesi gerekmektedir.⁴⁶

Aslında her ikisi de objektif hukuk düzenine aykırılık oluşturan hukuksal işlemleri iptal ederek onu koruyan bir işlev yerine getirmesine karşın Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararları geriye

⁴³ Kuzu, s. 197.

⁴⁴ Altındağ, s. 778.

⁴⁵ Bilge, s. 359-360.

⁴⁶ Gönenç, s. 15.

yürümediği halde, idari yargı yerlerince verilen iptal kararları geriye yürüme niteliğine sahiptir. Burada idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarına tanınan bu etki ve sonuç tamamen içtihadidir. Çünkü sakat bir idari işlemin hukuk düzenine girmesi ile hukuka aykırı bir durum doğar. Bu durumun giderilebilmesi için iptal kararı hukuken sakat idari işlemi geriye yürür biçimde ortadan kaldırır ve hukuka aykırı işlem yapılmasından önceki duruma dönülür. Böylece hem iptal kararlarının mantıksal tutarlılığına ve hem de kendilerinden beklenen hukuki himayeyi tam olarak sağlayarak objektif hukuk düzenini etkin bir biçimde koruyabilme işlevine işaret etmektedir.⁴⁷

Burada sakat olduğu için idare mahkemesince iptal edilen bir idari işlem geriye yürür bir şekilde sonuç doğurmasına karşın bu sakat idari işlemin dayanağı olan yasanın anayasa mahkemesince iptal edilmesi halinde bu iptal kararının geriye yürümemesinin mantıki olmadığı düşüncesindeyiz.

bb. Somut Norm Denetimi Bakımından

Anayasada iptal kararının geriye yürümemesi ilkesine Anayasa'nın 152'nci maddesi ile kısmi bir istisna getirilmiştir. Buna göre bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa'nın bu hükmüyle, Anayasa Mahkemesi iptal kararı öncesinde, ilgili kanunun uygulaması dava edilmiş ve Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ise, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, karar tarihinden önce

⁴⁷ Gürsel Kaplan, "İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 3(2), Y. 2013, s. 32.

açılan davayı etkilemeyeceği anlaşılmaktadır.⁴⁸ Ancak Anayasa'nın bu hükmünün lafzi yorumu yapılırsa, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sadece Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yapılan davayı etkileyecek, ilgili kanunun uygulaması niteliğindeki işlemlere karşı açılan fakat Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülmediği davalarda uygulanamayacağı gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ancak Danıştay 8. Dairesi, vermiş olduğu 17.09.1968 tarih, 1967/153 esas ve 1968/2783 karar sayılı kararla bu sakıncayı gidermiş ve itiraz yolu sonunda verilen Anayasa Mahkemesi kararının, Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülmeden ancak iptal kararının verildiği tarihte derdest olan davalara da sirayet edeceğini vurgulamıştır.⁴⁹ Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, iptal için başvuran mahkemenin kararının kesinleşmesinden sonra infaz aşamasında gelirse mahkemeleri bağlayan iptal kararlarının icra organlarını bağlamayacağı düşünölmeyeceğinden iptal kararlarını infaz aşamasında da uygulanması gerekir.⁵⁰

Aslında Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyecekse somut norm denetimine başvurunun bir anlamı olmayacaktır. Zira somut norm denetiminde, iptal kararı, durdurulan dava bakımından geriye yürümektedir.⁵¹ Özellikle somut norm denetiminde iptal kararlarının geriye yürümemesi demek davanın geri bırakılmasının da abesle iştiğal niteliğinde anlamsız bir uygulama olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu aynı zamanda kanun koyucuya böyle bir mantıksızlığında izafe edilmesi anlamına gelecektir.⁵²

Öğretide, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının somut olayın niteliğine göre geriye yürüyebileceği dile getirilmektedir.⁵³ Aslında burada Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümemesinin gerekçesi olarak gösterilen, hukuki güvenlik ve istikrar, adalet, kamu düzeni ve kamu yararı gibi temel kavramlar burada geçmişe yürürlüğün de gerekçesi olarak değeriendirilebilir. Geçmişe yürümezliğin diğer gerekçesi "kazanılmış hak" kavramı gösterilmekle birlikte, iptal

⁴⁸ Aliefendioğlu, s. 6.

⁴⁹ Altındağ, s. 777-778; Kuzu, s. 216.

⁵⁰ Bilge, s. 364.

⁵¹ Kıratlı, s. 180; Cansel, s. 94.

⁵² Bilge, s. 363.

⁵³ Yıldırım, s. 73.

edilen kanunun geçmişe yürümemesi halinde bu sefer “hak kaybı” hususu gündeme geleceğinden, bu durum da iptal kararlarını geçmişe yürütmesi gerektiğini göstermektedir. Bu konuda dile getirilen iki örnekten biri SSK emeklilerine verilen süper emeklilik yasanının iptali halinde, bu emeklilerin maaşlarının dondurulması yasanın geriye yürütülmek suretiyle kazanılmış hak, adalet, hakkaniyet hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerinin ihlalini doğuracağından iptal kararının geriye yürümemesi gerektiği, buna karşılık milletvekillerine kıyak emeklilik öngören yasanın iptal edilmesine rağmen aynı nitelikte yapılan yasanın iptale rağmen geriye yürümediği için sonradan vekil olanlara kıyasen mevcut milletvekillerinin fahiş bir maaş alması, adalet, hakkaniyet, eşitlik, kamu yararı ve kamu düzeni bakımından geriye yürütülme gerektiği dile getirilmektedir.⁵⁴

İptal kararlarının geçmişe yürümemesinden amaçlanan bireylerin devlete olan güvenini korumaktır. Böylece, kazanılmış hakların korunması amaçlanmaktadır. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının geçmişe yürümemesi haksız ve hukuka aykırı birtakım uygulamaları beraberinde getirebilir. İptal kararının gerekçesi Resmi Gazete’de yayımlanmasına kadarki süre içerisinde birtakım işlemler yapılabilir. Çünkü gerekçeli karar Resmi Gazete’de yayımlanana kadar o kanun iptal edilmemiş sayılacaktır. Bu konuda yakın geçmişteki en çarpıcı örneklerden biri eşitliğe ve hakkaniyete aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi tarafından defalarca kez iptal edilen “kıyak emeklilik” yasasıdır.⁵⁵ Yukarıda değinilen ve Anayasa Mahkemesi tarafından tam dokuz kez iptal edilen kıyak emeklilik yasası iptallere rağmen tekraren yasalaştırılmış ve yasalaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurması ve sonradan Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesine karşın iptal kararlarının geriye yürümemesi nedeniyle iptal kararlarının bir anlamı ve işlevi olmamıştır.

Bu şekilde iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihin ertelendiği durumlarda bu kanunlara göre işlem yapacak mahkeme ve hâkimlerin ne şekilde davranacağı bir sorundur. Anayasa’nın önemi dikkate alındığında iptal kararı yürürlüğe gireceği tarihe kadar iptal edilen yasa

⁵⁴ Yıldırım, s. 73.

⁵⁵ Kılınc, s. 73; Emin Memiş, Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)-Anayasa Hukuku Notları Genişletilmiş ve Yenilenmiş 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 470.

yürürlükte olduğundan mahkemenin yâda hâkiminin bu kanuna göre işlem yapması gerekir. Ancak iptal kararına konu olan kanun hükmüne göre işlem yapılması hak ihlaline yol açacak ise mahkemenin bu iptal kararının yürürlüğe girmesini beklemesi yerinde olacaktır.⁵⁶ Bu yöntem Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesi nedeniyle ortaya çıkacak hak ihlallerinin giderilmesi bakımından fiili bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Bu durum Anayasa'nın 138'inci maddesi gereğince mahkeme ve hâkimlerin Anayasa'ya uygun karar verme yetkisi kapsamında da değerlendirilebilir.⁵⁷

Burada Anayasa yargısının temel işlevi ve varlık sebebi gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasal uygunluk denetim yapması ve bunun neticesinde verilmiş olan iptal kararının işlevsel olarak uygulanması demokrasinin ve temel hakların gelişimine önemli bir katkıdır. Çünkü demokrasi sadece iktidarın oyunun kurallarına göre el değiştirmesi değil, aksine iktidarın kullanımına ilişkindir. Bundan dolayı temel hakların güçlenmesi ve korunmasına katkı sağlayan etkin bir anayasal denetim demokrasinin de gelişimine katkı sağlayacaktır.⁵⁸ Bu katkının en önemli neticesi her bir erk kendi gücü ve iktidarını demokratik sınırları esas alarak kullanacaktır.

cc. Soyut Norm Denetimi Bakımından

Soyut norm denetiminin etkin olarak kullanılabilmesi ve soyut norm denetimi sonucu verilen iptal kararlarının etkin uygulanması, anayasaya aykırı olduğu için iptal edilen bir yasaya göre yapılan işlemlerin hukuk âleminde hukuki sonuçlar doğurmasını önlemesi bakımından, Türk Anayasa Yargısı bakımından önleyici bir anayasal denetimin getirilmesi gerekmektedir. Bu konuda Fransa örneği önemli bir düzenlemedir. Anayasaya aykırı olan bir iptal kararını sırf kazanılmış hakların korunması ve hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması adına hukuk âleminde sonuçlar doğurmasının hak, nesafet, eşitlik ve adalet ilkelerine verdiği zarar dikkate alındığında bu şekilde bir uygulamanın getirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Fransa örneğindeki gibi

⁵⁶ Azrak, s. 165; Yıldırım, s. 70-71.

⁵⁷ Yıldırım, s. 71.

⁵⁸ Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi", Anayasa Yargısı, S. 2, Y. 1985, s. 23.

önleyici norm denetimi yöntemini getirilmesi ile yasaların iptal edilmesi ile birlikte ortaya çıkacak olan yasal boşluk durumu da ortadan kaldırılmış olacaktır.

Her ne kadar, Anayasa'nın 153'üncü maddesinde, iptale konu olan kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı ve gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği ve iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlayacağı belirtilmiş ise de bu konuda uygulamada sürekli aksaklıkların ortaya çıktığı bilinmektedir.

Diğer taraftan yasama organının genel, soyut nitelikte bir yasa yapmaktan ziyade daha çok kazanılmış hakları ortadan kaldıran, belli kişilere yönelik özel müsadere hükmü taşıyan bir yasanın iptal edilmesi ve bu iptal kararının geriye yürümesi adalet ve hakkaniyetin gereğidir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında yasama organının böyle bir tasarrufunun hukukun ana prensipleriyle ve anayasayla bağdaşmayan ve bu nedenle meşru olmayan bir tasarruf niteliği taşıyacağı belirtilmiştir.⁵⁹ Burada yetki gaspı niteliğindeki bu tarz tasarrufların kanun yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğunu kabul etmek ve bu şekilde iptal kararını geriye yürütmek hakkaniyet ve adaletin bir gereği olacaktır.⁶⁰

Bu bağlama Anayasa'da hüküm altına alınan "genel müsadere yasağına" rağmen bu yönde bir yasanın çıkarılmış olması halinde Anayasaya aykırı olduğu açık olduğundan bu yasanın yok sayılması mantıklı bir uygulama olacaktır. Böylelikle Anayasa'ya açıkça aykırı olan yasa hiçbir hukuki sonuç ve etki doğurmayacaktır. Burada Anayasa mahkemesi sadece yasanın yok hükmünde olduğunu tespitle yetinecektir. Ancak öğretide bu şekilde yokluk teorisini kabul etmenin gerçekçi bir çözüm olmadığı, bu şekilde bir kabul halinde Anayasa

⁵⁹ AYM, 1963/124 E., 1963/243 K., 11.10.1963 T. (AMKD. C. I, s. 343).

⁶⁰ Bilge, s. 367.

Mahkemesine de ihtiyaç kalmayacağı, zira yokluğu bütün mahkemelerin bir kararla saptamalarının mümkün olduğu, bir hükümsüzlük hali olduğu dile getirilmektedir.⁶¹

dd. Anayasa'nın Varlık Nedeni Bakımından

Anayasa Mahkemelerinin yasama organlarını yapılan yasaların anayasalara uygunluğunun denetiminde yetersiz kalmaları nedeniyle öngörülmüş bir yargısal denetim olduğu değerlendirildiğinde,⁶² bu denetimin gerçek amacına uygun olarak kullanılabilmesi gerekir. Bu aslında anayasa yargısının varlık nedenini de oluşturmaktadır.

Anayasa yargısı, bir devlet sistemi içinde anayasanın en üstün hukuk kuralı olduğunu sağlamanın yolu olarak kabul edildiğinden dolayı "Anayasa'nın üstünlüğünün müeyyidesini sağlamak" anayasa yargısının asıl amacıdır ve anayasa yargısı meşruluğunu anayasanın üstünlüğü prensibini gerçekleştirmekten almaktadır.⁶³ Bütün sayılan bu sebepler nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin varlığı ve faaliyetleri, devlet sisteminin demokratikleşmesinin, insan haklarının korunmasının ve hukukun üstünlüğünün temin edilmesinin vazgeçilmez mekanizmalarından biri olarak kabul edilir.⁶⁴ Bu şekilde demokratik bir sistemin varlığı için getirilmiş olan yargısal denetim mekanizması olan Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararlarının geriye yürümemesi bu fonksiyon ve varlık sebebinden uzaklaşması sonucunu fiili ve zımni olarak ortaya çıkarmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 tarih ve 1993/33 esas ve 1993/40-2 karar sayılı kararında "...Gerçekten bir yandan iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açıklanamaması ve geriye yürümemesi, öbür yandan da Anayasa Mahkemesi'ne uygulamayı durdurma yetkisinin bulunmadığını savunmak, önemli konularda kararların kimi zaman sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Ayrıca, yasama organı-

⁶¹ Azrak, s. 156.

⁶² Cansel, s. 87.

⁶³ Gözler, s. 864; Yolcu, s. 11.

⁶⁴ Fikret Babayev, "Anayasa Mahkemesi'nin 45. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Yapılan Konuşma Metni", Anayasa Yargısı 24, Ankara 2007, s. 40.

nın, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalaştırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur. Yabancıya taşınmaz mal satışı, imar affı, milletvekillerinin emekli aylığı ve KHK çıkarma yetkisinde durum böyle olmuştur. Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir.⁶⁵ demek suretiyle vermiş olduğu kararların sonuçsuz kalmaması, etkin bir şekilde uygulama alanı bulması bakımından geriye yürümesi gerektiğine inanmakla birlikte Anayasanın emredici hükmü nedeniyle bu geriye yürümeyen iptal kararlarından dolayı ortaya çıkacak sakıncaları gidermek adına yürütmeyi durdurma tedbirine vurgu yapmıştır.

ee. Kazanılmış Haklar ile Hak Kayıpları Arasındaki Dengenin Korunması

Temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından yürütmeyi durdurma kararlarının önemi tartışmasız olduğu kadar bu kararların uygulanma zamanı da bir o kadar önem taşımaktadır. Bundan dolayı idare hukukunda iptal kararları kural olarak geçmişe yürümekte ve iptali istenen işlemi en baştan ve tüm sonuçlarıyla geçersiz kılmaktadır. Buna karşın Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geçmişe yürümemesi haksız ve hukuka aykırı birtakım uygulamaları beraberinde getirebilir. Özellikle gerekçeli iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasına kadarki süre içerisinde birtakım işlemler gerçekleştirilebilir. Çünkü gerekçeli karar Resmi Gazete'de yayımlanana kadar o kanun iptal edilmemiş sayılacaktır. Bunun yakın geçmişteki en çarpıcı örneği, eşitliğe ve hakkaniyete aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi tarafından defalarca kez iptal edilen "kıyak emeklilik" yasasıdır.⁶⁶

Aynı şekilde bir kısım sonuçlar elde etmek isteyen yürütme organı meclisten geçirdiği bir yasanın iptal edilene kadar doğuracağı sonuçları elde etmek için çıkaracağı bir yasa, sonradan iptal edilse ve hatta birkaç gün içinde yürütmeyi durdurma kararı verilse bile eğer bu kararların geriye yürümesi prensibi kabul edilmediği takdirde bu

⁶⁵ AYM, 1993/33 E., 1993/40-2 K., 21.10.1993T. (*Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, C. 1, S. 29, s. 563- 563).

⁶⁶ Kılınç, s. 116; Memiş, s. 470.

Anayasa'ya aykırı kanun bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde istediği hukuka aykırı sonuçları doğurmuş olacaktır. Yasa geleceğe yönelik olarak iptal edilse veya yürürlüğü durdurulsa bile bu kanun ile yürütme organı amacına ulaşmış olacaktır. Aynı durum idari kadroların görevine son vermeyi amaçlayan "tek kullanımlık yasalar" bakımından da geçerlidir. İlgili kanun ile yürütme istediği sonuçları elde ettikten ve istediği atamaları yaptıktan sonra yasanın iptalinin veya geleceğe yönelik olarak yürürlüğünün durdurulmasının bir hükmü kalmayacaktır. Dolayısıyla yasama ve yürütmenin Anayasa'ya karşı bu yöntemle başvurmasının önüne geçmek ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin geçmişe yönelik olarak da olsa bu şekilde ihlal edilmesinin önüne geçmek adına Anayasa Mahkemesi'nin özellikle yürütmeyi durdurma kararlarını geçmişe etkili sonuçlar doğurması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuk devletinin en temel ilkesi olan etkili bir yargı denetimi engellenmiş olacaktır. Daha sonra verilecek karar ne olursa olsun söz konusu hukuka aykırılıkları telafi etmeyecek ve kanunların yargısal denetiminin içi boşaltılmış olacaktır.

Anayasa'nın 153'üncü maddesindeki geriye yürümezlik ilkesi özel hukuktaki kazanılmış haklar bakımından da uygulama imkânı olduğu öğretide vurgulanmaktadır. Bu kapsamda alım satım gibi hemen tamamlanan işlemler bakımından bu işlemlerin temelini oluşturan yasanın iptali halinde kazanılmış hak olacağından iptal kararı geriye yürümeyecektir. Buna karşın vekâlet, kira sözleşmesi gibi birbirini izleyen aşamalardan meydana gelen ve her bir aşamada birbirinden bağımsız hakların doğduğu bu işlemlerin dayanağı olan yasanın iptali halinde iptal kararı Resmi Gazetede yayımlandıktan sonraki işlemler için geçerli olacak ve yine iptal kararı öncesi işlemler bakımından kazanılmış hak nedeniyle geriye yürümez, ancak aynı sözleşmenin devam edeceği dikkate edildiğinde iptal sonrası işlemler bakımından iptal kararı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.⁶⁷

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geri yürümezliği kuralı, hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirme amacına hizmet etmekte ve bu kural ile kazanılmış haklara dokunulamaması amaçlanmaktadır. Ancak bu ilkenin her durum için mutlak olarak kabul edilmesi hedeflenen amacın tam tersi sonuçların doğmasına sebebiyet verebile-

⁶⁷ Cansel, s. 101-102; Bilge, s. 365.

cektir. Çünkü iptal kararı doğası gereği geriye yürür. Kimi durumlarda adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi ancak iptal kararının geriye yürütmesi ile mümkün olabilmektedir. Mesela Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce Türk Medeni Kanunu'nun 303'üncü maddesinde çocuğun babalık davası açma hakkı bir yıllık hak düşürücü süreye tabi tutulmuştu. TMK'nın 303'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa bir yıllık süre atamanın kayyım tebliği tarihinde, hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlıyordu. Haklı nedenlerle bir yıllık sürede dava açılmamışsa, TMK'nın 303'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen bir aylık ek (hak düşürücü) süreden yararlanmak mümkündü; davanın zamanında açılmasını engelleyen sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde babalık davası açılabilmekteydi. TMK'nın 303'üncü maddesinin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 tarihli ve 2010/71 esas ve 2011/143 karar sayılı ilamı ile iptal edilmiştir. İptal kararı, Resmi Gazete 'de yayımlandığı 7.2.2012 tarihinden başlayarak bir yıl sonra, 7.2.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı şekilde TMK'nın 303'üncü maddesinin son fıkrası da Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.2012 tarih, 2011/116 esas ve 2012/39 karar sayılı ilamı ile "çocuk" yönünden iptal edilmiş olup, karar Resmi Gazete' de yayımlandığı 21.7.2012 tarihinden başlayarak bir yıl sonra, 21.7.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşte bu iptal kararları ve gerekçeleri dikkate alındığında hak kayıplarının yaşamaması bakımından babalık davasında (çocuk yönünden) hak düşürücü süreleri iptal eden Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin hükme bağlanmış davalarda da etkili olması ne iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin temelindeki hukuki değerlere ne de kesin hüküm etkisinin temelindeki hukuki değerlerle çatışır. Kesin hükme rağmen iptal kararı sonrasında tekrar açılan babalık davalarında dava şartlarının, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe bakılmaksızın hak düşürücü sürelerin iptal edildiği gözetilerek değerlendirilmesi adaletin sağlanmasının gereğidir. Bu nedenle, iptal kararı yeni bir vakıa sayılmalı, babalık davası yeniden görülebilmelidir.⁶⁸

⁶⁸ Ayşe Havutçu/Muhammed Erdal, "Babalık Davasında Hak Düşürücü Sürelerin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürütmesi", Yıldırım Uler'e Armağan, *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Lefkoşa 2014, s. 87-114.

ff. Yasama ve Yürütme Erklerinin Yargı Erkini Etkisizleştirmesinin Önlenmesi

Anayasa Mahkemesi iç tüzüğünde yürütmeyi durdurma kararlarının geriye yürüyemeyeceğine dair hüküm bulunmaması nedeniyle idare hukuku esasları çerçevesinde yürütmeyi durdurma kararlarının geçmişe etkili kabul edilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Özellikle, bir kez uygulanmakla hükümleri sona eren ve giderimi olanaksız olan yasalar bakımından mahkemenin içtihat yoluyla kendisine böyle bir yetki tanınması gerekmektedir. “Kıyak Emeklilik” gibi, Mahkemenin defalarca iptal ettiği ancak yasama organının yeniden çıkardığı ve amacı yargı kararlarını etkisizleştirmek olan yasama tasarrufları karşısında Mahkemeye bu yetkinin tanınmaması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla bu hükümlerin geçmişe yürür bir şekilde iptal edilmemesi halinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararının bir hükmü bulunmamaktadır.

Burada özellikle tek bir defa uygulanmakla hüküm ve sonuçlarını doğuran yasalar bakımından çok ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Bazı kanunların belirli hükümleri tek bir defa uygulanması ile sonuçlarını doğurmaktadır. Örneğin tek kullanımlık kanun maddesinin uygulanması ile bir kısım idari kadroların görevi Kanun ile sonlandırılmaktadır. İlgili kanun maddesi sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine karşın kanunun yürürlüğe girmesiyle bütün hüküm ve sonuçlarını doğurması nedeniyle sonradan Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu iptal kararının bir hükmü kalmayacaktır.

Bu şekilde yürütme ve yasama erklerinin üçüncü erk olan yargıyı bertaraf edecek uygulamalarının önüne geçmek adına iptal yasalarının geriye yürütmesi kadar yürütmeyi durdurma kararlarının da geçmişe yürür nitelikte olması gerekmektedir. Her ne kadar Anayasal hüküm nedeniyle Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürüyemeyeceği dile getirilse de parlamenter sistemi bu şekilde domine eden bir “bertaraf etme” uygulamasının da kendi içinde Anayasanın ve parlamenter sistemin temel dinamikleriyle tamamen çelişkili ve aykırı olduğu açıktır.

gg. Ceza Hukuku Bakımından

aaa. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi iptal kararları hukukun bütün alanlarında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada iptal kararlarının geriye yürümezliği sorununun ceza hukuku bakımından ele alınmasında fayda vardır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve sanık/hükümlü lehine sonuçlar doğurabilecek iptal kararlarının nasıl uygulanacağı önemlidir. Bu husus suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ve Anayasa'nın 38'inci maddesindeki düzenlemenin de bir gereğidir.⁶⁹ Bu konuda mevzuatta başkaca açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte öğretide bir ceza hükmü Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilirse, iptal kararının geriye yürümesi gerektiği dile getirilmektedir. Mesele- nin bu şekilde çözümlenmesi aynı zamanda eşitlik ilkesinin de gereğidir. Zira aynı eylemi iptal kararından önce işleyenler ile sonra işleyenlerin farklı ceza görmeleri ya da sonrakiler cezalandırılmazken, öncekilerin cezalandırılması eşitlik ilkesine uygun düşmez.⁷⁰

bbb. Kanunilik İlkesi Bağlamında Değerlendirme

Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenmiş olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi TCK'nın 2 ve 7'nci maddelerinde hüküm altına alınmıştır. TCK'daki bu yasal düzenlemeler gereğince, sanığın ya da hükümlünün lehine sonuç doğuracak Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geçmişe etkili olarak uygulanması gerekmektedir. Zira ceza mahkûmiyetine dayanak olan yasa maddesi iptal edilmekle eylemin iptal edilen madde kapsamında suç olma durumu ortadan kalkmaktadır.⁷¹

Bu kapsamda soruşturma veya kovuşturması devam eden eylemler bakımından eylemin suç olma noktasındaki dayanak olan ilgili maddenin iptaliyle birlikte eylem tamamen suç olmaktan çıkabileceği gibi eylem niteliği itibariyle vasıf değiştirerek başka bir suça da dönüşebilir. Bu durumda da TCK'nın 7'inci maddesi gereğince şüpheli veya

⁶⁹ Adalı, s. 6.

⁷⁰ Aliefendioğlu, s. 8; Cansel, s. 98.

⁷¹ M. Kerem Osmanoğlu, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S.3-4, Y. 2010, s. 89-116.

sanık lehine yeniden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Eylemin tamamen suç olmaktan çıkarılmış olması halinde eylem hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı; kovuşturma aşamasında ise sanığın beraatına karar verilecektir. Ancak eylem suç olmaktan çıkarılmamakla birlikte vasıf değiştirme durumu gündeme gelebilir. Mesela nitelikli cinsel istismar suçunun düzenleyen bir kanun maddesinin iptal edilmesi halinde eylemin basit cinsel istismar suçunu oluşturma durumu olabilir. Bu durumda şüpheli veya sanığın durumu basit cinsel istismar suçuna göre değerlendirilmesi gerekir.

ccc. İnfaz Hukuku Bağlamında Değerlendirme

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında kanunilik ilkesinin bir gereği olarak anayasa mahkemesinin iptal kararlarının değerlendirildiği şekilde infaz aşamasında da benzer bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Zira hükümlü lehine sonuç doğuran Anayasa Mahkemesi iptal kararları, kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarını doğrudan etkileyecektir.⁷²

Diğer taraftan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 98'inci maddesi gereğince mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenmesi gerekir.⁷³ Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin sanık lehine olan iptal kararları bakımından da geçerlidir. Zira infazı gerçekleştirilen eylemin dayanağı olan yasa maddesi iptal edilmekle hükümlü lehine bir durumun olup olmadığı, eylemin suç olmaktan çıkarılıp çıkarılmadığı

⁷² Bu konuda Federal Almanya'da iptal edilen bir kanun hükmü esas alınmak suretiyle hakkında verilmiş olan mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş kimseye yargılanmanın yenilenmesini isteme hakkı tanınmaktadır. İtalya'da da Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal olunan kuralın uygulanması neticesinde kesin bir mahkûmiyet hükmü verilmişse, iptal ile birlikte cezanın infazı ve bütün cezai neticeleri ortadan kalkmaktadır. Bkz. Kuzu, s. 223; Kıratlı, s. 183, Aliefendioğlu, s. 8.

⁷³ Bahattin Aras, İnfaz Aşamasında İnfaz Hâkimliğinin ve Esas Mahkemesinin Görev ve Yetkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 202.

ğı ve hükümlünün iptal kararına göre infaz edilecek cezasının tespiti bakımından hükmü veren mahkemece bir değerlendirme yapılması gerekir.

Buna göre infaz edilen mahkûmiyet hükmünün dayanağı olan kuralın iptali ile birlikte hükümlünün eyleminin suç olmaktan çıkması durumunda, ceza genel af yasasında olduğu gibi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır.⁷⁴ Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen hukuki sorun, iptal kararıyla hukuka aykırı bulunmuş ve son inceleme mercii tarafından nihai olarak çözüme kavuşturulmuş olduğundan, bu noktada hukuka aykırılığı tespit edilmiş ve iptaline karar verilmiş bir yasa ya da kuralın, muhataplara uygulanması ağır hak ihlalleri doğuracaktır.⁷⁵ Mesela ceza öngören bir yasanın iptal edilmesine müteakip o kanuna göre verilen cezaları içeren ceza mahkemesi kararı kesinleşmiş olsa bile 5237 sayılı TCK'nın "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlıklı 2'nci maddesi uyarınca eylem suç olmaktan çıkarıldığı için verilen cezada geçmişe yürür bir şekilde ortadan kaldırılacak ve yeniden yapılacak uyarlama yargılaması ile hükümlünün beraatine karar verilecektir.

Ancak iptal kararıyla birlikte eylem suç olmaktan çıkmamakta ve sadece vasıf değiştirerek suç olma niteliği devam ettiriyorsa hükümlü hakkında 5275 sayılı CGTİHK'nın 98'inci maddesi gereğince hükmü veren mahkemenin bir uyarlama yargılaması yapması gerekir. Böyle durumlarda eylem daha hafif bir cezayı gerektiren bir başka suçla dönüşmesi söz konusudur. Bu şekildeki iptal kararları üzerine hükmü veren mahkemece bir uyarlama yargılaması yapılması ve yargılama neticesinde verilecek sonuç cezanın infaz edilmesi gerekir.

İptal kararlarını suçunun vasıf ve mahiyetiyle ilgili olmasının yanında cezanın infaz usulüne ilişkin olması da mümkündür. Bu noktada iptal karar ile birlikte hükümlü lehine bir durum ortaya çıkmış ise bunun değerlendirilmeye alınması gerekir. Bu bağlamda örnek verilecek olursa Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.1991 tarih ve E:1991/15, K:1991/22 sayılı kararı ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun

⁷⁴ Aliefendioğlu, s. 9; Cansel, s. 99.

⁷⁵ Özge Apiş, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türk Maddi Ceza Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009, s. 162.

geçici 4. maddesinin a ve b bentlerinde geçen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146'ıncı maddesi (son fıkra hariç) hükmü iptal edilerek; bu bentlerde yazılı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu maddelerindeki suçları işleyip mahkûm olan hükümlülerin, ancak cezalarının 1/3 ünü çektikten sonra şartlı salıvermeden yararlanmaları gerekmekte iken, iptal kararı ile birlikte bu düzenleme ortadan kaldırılmış ve genel şartlı salıvermeden yararlanma süresi olan, cezanın 1/5 ini çekme şartı uygulanarak bu süreyi doldurmuş olan hükümlüler şartlı salıverilmesine karar verilmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi hükümlünün aleyhine olan bir düzenlemeyi iptal etmek suretiyle genel hükümlerin uygulanmasını sağlamış ve bu karar ile genel şartlı salıverme şartlarını taşıyan mahkûmlar şartlı salıverilmişlerdir.⁷⁶

ddd. İptal Kararlarının Yürürlüğe Girmesinin Ertelenmesinin Ceza Yargılamasına ve İnfaza Etkisi

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme gereğince, Anayasa Mahkemesi, gereken hallerde iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi, iptal kararının resmi gazete yayınlandığı günden itibaren bir yılı geçememek üzere bir kararlaştırması mümkündür. Benzer düzenleme 6216 sayılı Kanun'un 66'ncı maddesinde de yer almaktadır. Öğretide, Anayasa'da bu şekilde bir erteleme yetkisinin tanınmasının nedeni olarak iptal kararı ile birlikte ortaya çıkabilecek hukuki boşluğun kamu düzeni açısından doğuracağı hukuki sonuçların engellenmesi ve yasama organına konu hakkında yeni bir düzenleme yapma imkânı tanınması olduğu ortak kanaat olarak dile getirilmektedir.⁷⁷

Bu tip iptal kararlarının yürürlüğünün ertelendiği durumlarda ceza hukuku ve infaz hukuk bakımından nasıl hareket edileceği önemlidir. Öğretide dava mahkemesinin kendi vereceği kararı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar geciktirmesi gerektiğini,⁷⁸ iptal kararının yürürlük tarihinin beklenmesini ancak hemen çözümlenmesi gereken davalarda ise mahkeme-

⁷⁶ Cansel, s.98-99.

⁷⁷ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara 2015, s. 458; Teziç,(Anayasa), s. 261; Gözler, s. 922; Azrak, s. 164.

⁷⁸ Azrak, s.165; Özbudun, s. 458.

nin bekleyemeyeceğini ve yürürlükte olan ancak iptal edilen kanuna göre karar vereceği dile getirilmektedir.⁷⁹

Bu noktada kovuşturması devam eden suçlar bakımından Anayasa Mahkemesi iptal kararı hükümlü lehine ise, mahkemece Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi'nce tescillenen hükmün yürürlüğü ertelenmiş olsa bile bu iptal edilen hükme göre hüküm vermekten ziyade iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe karar bu husus bekletici mesele yapması gerekir. İptal kararının infazının ertelenmesi gerekçesi genelde iptal kararı ile birlikte ortaya çıkabilecek hukuki boşluğun kamu düzeni açısından doğuracağı hukuki sonuçların engellenmesi ve yasama organına konu hakkında yeni bir düzenleme yapma imkânı tanınması olduğundan yasama organı tarafından yapılacak yeni düzenlemenin beklenmesi gerekir.

Somut norm denetimi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103'üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptaline yönelik Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, "...suç ve suçluluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak olaya özgü takdir yetkisi kullanma imkânı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kural, fiilin farklı yaşlarda mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumlarının uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarı, her somut olayda ceza ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirebilecek ölçü ve orantıda değildir. Kural bu haliyle ölçülü kabul edilemeyecek bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır..." demek suretiyle itiraz konusu

⁷⁹ Azrak, s. 165.

kuralın Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı bularak iptal etmiş ve iptal kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.⁸⁰

Anayasa Mahkemesi'nin bu yakın tarihli iptal kararı değerlendirilecek olursa iptal edilen ceza hükmünün içerdiği ceza miktarının takdire yer vermemek suretiyle uygulanmasının ceza adaletinde oluşturduğu sorunlar nedeniyle iptal edilmiştir. Burada hâkime olaya göre uygulama yapacağı bir yasal düzenlemenin getirilmesi için madenin yürürlüğü ileri bir tarihe bırakılmıştır. Dolayısıyla iptale konu madde kapsamındaki eylemlerden yargılanan sanıklar lehine bir düzenlemenin geleceği ve mahkemenin bu yeni maddeye göre sanığın durumunu değerlendirerek karar vereceği açıktır. Dolayısıyla açıkça sanık lehine olan bu iptal kararının yürürlük tarihinin ve yeni yasal düzenlemenin yürürlüğe girişinin beklenmesi gerekmektedir. Bu tip iptal kararlarının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda sanığın tutuklu olması halinde eylemin niteliği ve tutuklu kaldığı süre ve soruşturma ve kovuşturma aşamasında azami tutuklu kalınacak süre dikkate alınarak mahkemece bir karar verilmesi gerekir.

Diğer taraftan iptal edilmekle birlikte yürürlüğü ertelenen kanun maddesine göre kesinleşen mahkûmiyet hükümlerinin infazının nasıl olacağı hususu da önem arz etmektedir. Yukarıda belirtilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103'üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptaline yönelik Anayasa Mahkemesi kararı bağlamında bir değerlendirme yapıldığında kovuşturması devam eden eylemlerde olduğu gibi, iptale konu madde kapsamındaki eylemleri kapsayacak ve hükümlüler lehine bir düzenlemenin geleceği açıktır. Dolayısıyla burada yürürlüğü ertelenen iptal hükmünün ve yeni yasa hükmünün yürürlüğe girişinin beklenmesi hükümlü lehine olacaktır. Bu noktada yapılması gereken 5275 sayılı CGTİHK'nın 98'inci maddesi kapsamında infazda tereddüt hâsıl olduğundan öncelikle infazın durdurulmasına karar verilmesi gerekir. İnfazın durdurulmasından sonra yürürlüğü ertelenen iptal hükmünün ve yeni yasa hükmünün yürürlüğe girişinden sonrada bir uyarılama yargılamadı yapılarak hükümlünün nihai cezasının belir-

⁸⁰ AYM, 2015/43 E., 2015/101 K., 12.11.2015 T., R.G. Tarih-Sayı :11.12.2015-29559; http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2015-101.pdf, İET:01.04.2016

lenmesi gerekir. Burada infaz bakımından sorun olan diğer bir husus infaza başlanması ve hükümlülerin cezaevine alınmış olması halinde ne yapılacağıdır. Bu durumda eylemin niteliği ve muhtemel yeni ceza miktarı ve hükümlünü infaz edilen cezasının miktarı birlikte değerlendirilerek infazın durdurulması kararıyla birlikte hükümlünün tahliye durumunun değerlendirilmesi gerekir.

SONUÇ

Anayasa'nın 153. maddesindeki "İptal kararları geriye yürümez" kuralının, geriye yürümezlik kuralının, yalnız lafza bağlı kalınarak yorumlanması hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabileceği gibi itiraz yoluyla yapılacak denetimin amacına da ters olduğu aşîkârdır. Ayrıca iptal kararının geriye yürümezliği kuralı, çoğu zaman iptal kararlarını işlevini ve etkinliğini azaltmaktadır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesinin temel gerekçesi kazanılmış hakların korunması ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi olmakla birlikte bu gerekçeler, yasama organına bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden, onlara telafisi imkânsız zararlar veren yasalar yapmasına imkân vermemelidir.

Bu nedenle Anayasa yargısının temel fonksiyonlarını da etkin bir şekilde yerine getirebilmesi bakımından Anayasa'nın temel ilkelerine aykırılık taşıyan ve temel hak ve özgürlükleri zedeleyici etkileri olan Anayasa'nın 153'üncü maddesinin bir an önce değiştirilmesi ve iptal kararlarının hangi durum ve şartlarda geriye yürüyeceği düzenlenmelidir. Yapılacak düzenleme sayesinde kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin ağır hak ihlallerinin önlenmesi, lehe hukuki durumların korunması ve ilgili kanuna dayanılarak yapılan ve kişilerin aleyhine olan durumların düzeltilmesi imkânı sağlanmış olacaktır.

Kuşkusuz yasal düzenleme yapılır iken iptal kararlarının geriye yürümemesinin temel dayanağı olan kazanılmış hakların korunması, hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri tümünden göz ardı edilmemelidir. İptal kararlarının hangi durumlarda geriye yürüyeceği dikkatli olarak belirlenmeli, iptal kararların geriye yürümesi ile belirtilen ilkelerin gerekliliği arasında anayasal bir denge kurulmalıdır. Bu noktada bir çözüm olarak Anayasa Mahkemesi'ne her bir somut davada iptaline karar verilen kanunun geriye yürüyüp yürümeyeceği

hususunda değerlendirme yapma yetkisi verilebilir. Elbette, Anayasa Mahkemesi'nin hangi durumlarda 'iptal kararının geriye yürütülmesine' hükmedebileceği ve bu yetkiye ilişkin temel ilkeler yapılacak yasal düzenlemede yer almalıdır. Özellikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini daraltan kanunların iptaline ilişkin kararların geri yürütülmesi noktasında bu yetki ivedi tanınmalıdır. Böylece iptal kararlarının geriye yürütülmesine gerekçe olarak belirtilen hukuki güvenlik, istikrar ve kazanılmış hakların korunması ilkeleri ile somut olay yönünden iptal edilen kanunun geri yürütülmesinin gerekliliği arasında bir denge sağlanmış olacaktır.

Ayrıca belirtilen yasal değişiklikler yapılmasa dahi, Anayasa Mahkemesi'nce bu emredici hükmün yıkıcı etkilerini ortadan kaldırması adına ve özellikle ağır hak ihlallerinin olduğu durumlarda iptal kararlarının hangi koşullarda geriye yürütüleceğinin soyut ve somut norm denetimi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Özellikle, bir kez uygulanmakla hükümleri sona eren ve giderimi olanaksız olan yasalar bakımından mahkemenin içtihat yoluyla kendisine böyle bir yetki tanınması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 153'üncü maddesindeki hükmü lâfzi yorumlamak yerine Anayasa'nın genel esasları, Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve özgürlükler ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde amaçsal yorumlaması gerekir.

Öte yandan soyut norm denetimin beklenen sonucu doğurabilmesi bakımından Fransa'da olduğu gibi bir "öndenetim" sisteminin veya bir benzerinin getirilmesi de çözüm olarak düşünülebilir. Öndenetim sisteminin hangi durum ve koşullarda uygulanacağı ve Anayasa Mahkemesi'nin öndenetim yapma yetkisi ve şartları, yasama erkinin asli yetki olan kanun yapma yetkisini zedelemeyecek şekilde düzenlenebilir. Bu öndenetim sayesinde yürürlüğün geçmişe etkili bir şekilde durdurulması önlemine gerek duyulmadığı gibi yasalar yayınlanıp yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa uygunluk denetiminden geçirilmiş olacaktır. Böylelikle anayasaya aykırı olan kanunun ya da kanun hükmündeki kararnamenin uygulanma olasılığı ve dolayısıyla bireyler üzerinde Anayasa'ya aykırı sonuçlar ortaya çıkarma olasılığı ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca yasa yapım gücünün bireysel haklar aleyhine kullanılmasının önüne geçtiği kadar erkler arasındaki çek balansı da sağlayacak ve bu şekilde bir erk diğer erki baypas etmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Kaynakça

- Adalı Sacit, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı", *Journal of Business Economics and Politic Science*, Vol.1, No.1, 1-8, June 2012, s. 1-8.
- Akgül Ahmet, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Kesinliği ve Bağlayıcılığı" (Özellikle Red Kararları Açısından)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 6, Y. 1976, s. 1060-1064.
- Aliefendioğlu Yılmaz, "Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi", *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.3, Ankara -1990, s. 3-11.
- Altındağ Halil, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014, s. 771-788.
- Altundış Mehmet, "Hukuki Güvenlik İlkesi", *Yasama Dergisi*, S.10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 60-94.
- Aras Bahattin, İnfaz Aşamasında İnfaz Hâkimliğinin ve Esas Mahkemesinin Görev ve Yetkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Apış Özge, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türk Maddi Ceza Hukuku İlkelere Bakımından Değerlendirilmesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009.
- Armağan Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967.
- Azrak Ali Ülkü, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı*, C.1, Y.1984, s. 151-168.
- Babayev Fikret, "Anayasa Mahkemesi'nin 45. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Yapılan Konuşma Metni", *Anayasa Yargısı*, S. 24, Ankara 2007, s. 39-49.
- Bilge Necip, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürümezliği Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 1990, s. 359-368.
- Bilgen Pertev, "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", *Anayasa Yargısı*, C. 12, Ankara 1995, s. 171-191.
- Cansel Erol, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, C. 9, Ankara 1992, s. 87-104.
- Demircan Fatih, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 120, Y. 2015, s. 131-154.
- Doğan İlyas, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yürürlüğü Durdurmanın Koşulları", *İHFM*, C.LV, S 4, Y.1997, s.45-64.
- Domaniç Hayri, Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nispi Kuvveti, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964.
- Döner Ayhan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan (Anayasa Hukuku-C. II), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 215-234.
- Döner Ayhan/Köküarı İsmail, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 663-686.

- Gönenç Levent, Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, Anayasa Çalışma Metinleri 2, Tepav, Ankara 2010.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I-II, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- Gözübüyük Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.
- Güran Sait, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", Anayasa Yargısı, S. 2, Ankara 1986, s. 143-159.
- Havutçu Ayşe/Erdal Muhammed, "Babalık Davasında Hak Düşürücü Sürelerin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümesi", Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa 2014, s. 87-114.
- Kaboğlu İbrahim Özden, Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge Kitabevi, Ankara 2007.
- Kaplan Gürsel, "İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Y. 2013, s. 30-38.
- Kılınç Bahadır, Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.
- Kıratlı Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, AÜSBF Yayınları, Ankara 1966.
- Kuzu Burhan, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, Y. 1986-1987, s. 185-229.
- Memiş Emin, Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)-Anayasa Hukuku Notları Genişletilmiş ve Yenilenmiş 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Odyakmaz Zehra, "Yürürlüğü Durdurma", Anayasa Yargısı, C. 12, Ankara 1995, s. 143-170.
- Oğurlu Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.
- Osmanoğlu M. Kerem, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S.3-4, Y.2010, s.89-116.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Sabuncu Yavuz, "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, C.17, S.2, Y.1984, s. 76-86.
- Sevinç Murat, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Resmi Gazete'de Yayımlı ile Bağlayıcılığı Arasındaki İlişki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, 2005, s. 173-190.
- Şekerci Ersin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Sonuçları", *Ankara Barosu Dergisi*, S.5-6, Y. 1988, s. 657-681.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi İstanbul 2015. (Anayasa)
- Teziç Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi", Anayasa Yargısı, S. 2, Y.1986, s. 21-38.
- Tikveşli Özkan, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı, İzmir 1978.
- Tutumlu Mehmet Akif, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 5, Y. 1989, 744-748.
- Uler Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara 1988, s. 515-534.
- Yıldırım Turan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", Anme İdaresi Dergisi, C. 26, S. 4, Y. 1993, s. 69-80.
- Yıldız Mustafa, Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
- Yolcu Serkan, "Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Uluslararası Davraz Kongresi 24-27 Eylül 2009, Küresel Diyalog, Bildiriler, Isparta 2009, s.1910-1926.
- www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2015-101.pdf, İET:01.04.2016.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARINA VE EVLENMENİN DİNSEL TÖRENİNE İLİŞKİN İPTAL KARARLARININ ARDINDAN ÇOK KATMANLI BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ

A MULTIPLE LAYERED SOLUTION PROPOSAL AFTER
THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT RELATED TO CHILD
SEXUAL ABUSE AND RELIGIOUS CEREMONY OF MARRIAGE

Fahri Gökçen TANER*

Özet: Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin çocukların cinsel istismarına ve evlenmenin dinsel törenine ilişkin iptal kararlarının ardından yapılacak yeni düzenlemelerin ne şekilde olması ve olmaması gerektiği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel istismar, Evlenmenin Dinsel Töreni, Anayasa Mahkemesi, Evlenme, Çocuk Evlilikleri

Abstract: In this work, it is discussed that how it must be and how it mustn't be the new regulations after the decisions of Constitutional Court related to child sexual abuse and religious ceremony of marriage

Keywords: Child Sexual Abuse, Religious Ceremony of Marriage, Constitutional Court, Marriage, Marriage Between Children

Bu çalışmanın amacı esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin 2015/100 sayılı kararıyla iptal edilen TCK'nın 103/2. maddesi ve bu düzenleme yerine geçecek düzenlemenin nasıl olması gerektiği konusunda bir tartışma yürütmektir. Söz konusu kararın yürürlüğe girişi, Anayasa'nın 153/3. maddesi uyarınca kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yıl ertelenmiştir. 11.12.2015 ve 29559 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan karar, bu durumda 11.12.2016 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanun koyucunun yeni bir düzenleme yapmaması halinde ise bugüne kadar çocuğun nitelikli cinsel istismarı veya 765

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Elemanı

sayılı kanun döneminde çocuğun ırzına geçme suçunu işleyen tüm failler bakımından lehe kanunun geri yürümesi söz konusu olacaktır. Elbette kanun koyucu, böyle bir temel hata yapmayacaktır. Ancak iptal kararının üzerinden geçen yaklaşık 5 aylık zamanda, herhangi bir değişiklik önerisinin kamuoyunun bilgisine sunulmamış olması da uygun değildir. Bu nedenle yapılan hazırlıklara ve yapılacak tartışmalara katkıda bulunmak amacıyla böyle bir makalenin kaleme alınması düşünülmüştür.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARININ NİTELİKLİ ŞEKLİ HAKKINDAKİ İPTAL KARARININ GEREKÇESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ (E. 2015/26, K. 2015/100, T.12.11.2015)

A. İptal edilen düzenleme

Anayasa Mahkemesi 2015/100 sayılı kararıyla TCK'nın "Çocukların Cinsel İstismarı « başlıklı 6545 sayılı Kanun'la değişik 103. maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir. İptal edilen fıkra şu düzenleme yer alıyordu.

"(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

B. İptal gerekçesi

Mahkeme söz konusu hükmü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanarak iptal etmiştir. 9'a karşı 8 oyla çıkan kararın, yukarıda ifade edildiği üzere yürürlüğü bir yıl ertelenmiştir. Kararda 8 üye ortak bir gerekçe yazmış, üyelere Osman Alifeyyaz PAKSÜT ise sonuca farklı bir gerekçeyle katılmıştır.

Mahkeme, kararında öncelikle "*Kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamında*" olduğunu tespit etmiştir.

İptal gerekçesinin esas kısmı ise şöyledir:

"Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır."

C. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi geçmişten bu yana yasama organının suç ve cezalar konusundaki takdir yetkisini geniş yorumlama eğiliminde olmuş, bu nedenle bu konuda kuvvetli bir anayasaya uygunluk varsayımından hareketle, asgari akla uygunluk, hatta bazen yalnızca şekli hukuki eşitlik denetimiyle yetinmiştir. Bu yaklaşım, yargısal aktivizmden kaçınma ve yasama fonksiyonunun gasp edilmemesi açısından bir noktaya kadar makul kabul edilebilir.¹ Ancak Mahkeme'nin geçmişte TCK'nın son derece ölçüsüz ceza içeren düzenlemelerini de Anayasa'ya uygun bulduğu düşünüldüğünde² verdiği bu kararlar, geçmişteki yaklaşımından vazgeçen bir tutum içine girip girmediği sorgulanabilir. Kanımızca bizce böyle bir tespit yapmak acelecilik olur zira burada Mahkeme'yi iptal kararı vermeye yönelten asıl unsur, cezanın ağırlığından çok, çocuk yaşta hukuka aykırı ve geçersiz biçimde evlenme adı altında bir araya gelen çocukların durumu olmuştur.

¹ Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003 s. 281, 282 ve 284.

² Örneğin Anayasa Mahkemesi 2009/34 ve 2009/35 sayılı 26.02.2009 tarihli kararlarında cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli de gerçekleşse, nitelikli şekli de gerçekleşse, faile verilecek olan cezanın alt sınırının aynı olmasının ölçülülük ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Başvuru gerekçeleri ve kararın eleştirisi için bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 213-215.

Durumu daha iyi anlamak için söz konusu kararla aynı gün ancak iptal isteminin reddi yönünde çıkan ve aslında aynı konuya ilişkin olan 2015/101 sayılı kararın gerekçesine ve muhalefet şerhlerine de dikkatle bakmak gerekir. 2015/101 sayılı kararın konusu da TCK'nın 103/2. maddesidir. Ancak bu karara konu edilen, söz konusu hükmün 6545 sayılı Kanun'la değişmeden önceki hali olmuş, bu karar da 9'a karşı 8 oyla çıkmıştır. Bu durumda 17 üyeden 8'i her iki kararda da red, diğer 8 üye ise her iki kararda da iptal yönünde oy kullanmıştır. Sonucu değiştiren ise üyelerden Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün 2015/100 sayılı iptal kararına farklı gerekçeyle katılması, diğer kararda ise iptalin reddi yönünde oy kullanmasıdır.

2015/101 sayılı kararın karşı oy gerekçesinde muhalefet şerhi yazan üyelerden 8'i aileleri tarafından küçük yaşta toplum önünde alenen ve fiilen evlendirilen fail ve mağdurlar sorununa dikkat çekmektedir.³ Üyelerden altısı ayrıca çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel davranışları düzenleyen bir normun eksikliğine vurgu yapmışlardır.⁴ Yine bu üyeler mağdur grupları bakımından kademeli ceza öngörülmemesini de ölçüsüz bulmuşlardır.⁵

Görüldüğü üzere sorun cezanın ağırlığı ile ilgili değildir. Sorun esas olarak aileleri tarafından geçersiz ve hukuka aykırı biçimde evlilik adı altında bir araya getirilen çocuklar konusunda düğümlenmektedir. Konuya, çözüm önerisi kısmında yeniden dönülecektir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN EVLENMENİN DİNSEL TÖRENİNİN YAPILMASINA İLİŞKİN HÜKÜM HAKKINDAKİ İPTAL KARARI (E. 2014/36, K. 2015/51, T. 27.5.2015)

A. İptal edilen düzenlemeler

Anayasa Mahkemesi 2015/51 sayılı kararıyla TCK'nın "Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören" başlıklı 230. maddesinin 5 ve 6. fıkralarını iptal etmiştir. İptal edilen fıkralarda şu düzenlemeler yer alıyordu.

³ 2015/101 sayılı karar s. 12 ve 14.

⁴ 2015/101 sayılı karar s. 12.

⁵ 2015/101 sayılı karar s. 12.

“(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

B. İptal gerekçesi

Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümleri Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine, 20. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ve 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir. 14’e karşı 3 oyla verilen karar, Resmi Gazete’de yayımlandığı anda yürürlüğe girmiştir.

Mahkeme, kararında öncelikle söz konusu hükümlerde evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılmasıyla, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiğini tespit etmiştir. Bu bağlamda “din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan “dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli davranışları kapsadığı” sonucuna varan Mahkeme, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptıranın da anılan özgürlük kapsamında kaldığını ifade etmiştir.

Mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede ise özet olarak “hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmaması suretiyle, itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlemin alındığını” belirtmiş ve “dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken “hukuki müeyyide” aracından daha ağır bir müeyyide öngören “suç ve ceza aracı”na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü” gösterdiğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre bu şartlar altında “kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerek-

tirecek bir zorunluluk yoktur" ve ayrıca "kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi" ölçülü değildir.

TCK'nın 230/6. maddesinde yer alan evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimselerin cezalandırılmasını öngören hüküm için ise Mahkeme, "özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal ettiği" sonucuna varmıştır.

C. İptalin çocukların cinsel istismarı suçuna dolaylı etkisi

İlk bakışta Anayasa Mahkemesi'nin evlenmenin dinsel törenine ilişkin verdiği kararının, çocukların cinsel istismarına ilişkin düzenlemenin iptaliyle ilgisiz olduğu düşünülebilir. Bilindiği üzere Medeni Kanun uyarınca ülkemizde olağanüstü durumlarda 16 yaşında, veli veya vasi rızasıyla 17 yaşında evlenmek mümkündür. Hukuka aykırı ve geçersiz olarak, evlenme adı altında bu yaş sınırlarının ihlal edilmesi suretiyle bir araya getirilen çocukların durumunu toplumun gözünde meşrulaştıran en önemli unsur, evlenmenin dinsel töreninin yapılmasıdır.

TCK'nın 230/5 ve 6. maddelerinde imam nikahı yerine tercih edilen dinsel tören ibaresi, tüm dinleri kapsayan genel bir ifadedir.⁶ Gerçekten insanların evlenmenin dinsel törenini yaptırarak, günah işlemedikleri kanaat ve inancının verdiği rahatlık sebebiyle cinsel suçları işlerken herhangi bir rahatsızlık duymamaları mümkündür.⁷ Kanun koyucu başka ceza kanunlarında suç olmayan bu fiili düzenlerken, bu güveni yok etmeyi ve yerleşik bir geleneği yıkmayı amaçlamıştır.⁸

⁶ Veli Özer Özбек - Nihat Kanbur - Koray Doğan- Pınar Bacaksız - İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 853.

⁷ Sahir Erman - Çetin Özek, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul 1992, s. 199. Yazarlar 765 sayılı Kanun döneminde yazdıkları eserlerinde ırza geçme ve zina suçlarından bahsetmektedirler.

⁸ Erman-Özek, s. 199.

Mahkemenin iptal kararına bakıldığında kararda yer alan tüm tespitlerin yetişkinlere ilişkin olduğu görülmektedir. Biz bu noktada esas olarak kararın bir bütün olarak yerinde olup olmadığını değil, çocuklar bakımından yarattığı sonuçları tartışmak istiyoruz. Ancak şu hususların da kısaca ifade edilmesinde yarar olduğu düşüncesindeyiz:

Kararda benimsenen kişilerin *“herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmalarına ceza verilmezken, kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi”* ölçülü değildir yaklaşımı son derece sorunludur.⁹ Zira herkes tarafından bilindiği üzere dini nikah öncesi resmi nikahın şart koşulması, toplumun tek eşliliğe yönlendirilmesi ve bu bağlamda kadınların evlenmekle edineceği hakları teminat altına amacı taşıyordu.¹⁰ Bu kuralla amaçlanan, yüzyıllardan beri dini nikahı kabullenen topluma, bu alışkanlığını terk ettirmek ve bunun yerine medeni nikah yapma alışkanlığını yerleştirmektir.¹¹ Ayrıca söz konusu hükmün dini nikah örtüsü altında, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiillerini önleyici bir etkisi olduğunu da unutmamak gerekir.¹² Eğer Türkiye’de kadınlar bakımından artık böyle bir teminatı gereksiz kılacak düzeyde eşitlikçi bir toplumsal yapının oluştuğu savunuluyorsa, bu husus sosyolojik tespitlerle gerekçelendirilerek açıklanmalıdır.

Ancak 15 yaşından küçük çocukların evlendirilmeye çalışıldığı ve bundan doğan sorunların Anayasa Mahkemesi’ne ceza kanununun bir hükmünü iptal ettirdiği bir ülkede, bizim gözlemimiz daha o noktaya varmak için, çok yol kat edilmesi gerektiği yönündedir. Dolayısıyla verilen karar, yetişkinler bakımında da sorunlar doğuracaktır ve isabetsizdir.¹³ Kanımızca bu iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi ve kanun koyucuya en azından çocuklar bakımından evlenmenin dinsel törenini yapmayı yasaklayan bir düzenleme hazırlığı için süre tanın-

⁹ Mahkemenin ölçülülük ilkesine esas aldığı iki ölçütün birbiriyle ilgisiz olduğu ve bu bağlamda ölçüyü kaçırdığı yönündeki haklı tespitler için bkz Coşkun Özbu-
dak, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2015, S. 121, s. 104-107.

¹⁰ Ayşe Nuhoglu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, İstanbul 2009, s 49; Durmuş Tezcan-
Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Bası,
Ankara 2015, s. 865.

¹¹ Erman-Özek, s. 199. Kanunla amaçlananın ülkede tek bir evlenme düzenini ge-
çerli kılmak olduğu yönünde bkz. Zeki Hafızogulları - Muharrem Özen, *Topluma
Karşı Suçlar*, Ankara 2012, s. 379.

¹² Tezcan-Erdem-Önok, s. 865.

¹³ Tezcan-Erdem-Önok, s. 865, 867 ve 868.

ması daha uygun olurdu. Anayasa Mahkemesi hükmün bu işlevini gereği gibi tespit edememiş ve bu kararla çocukların cinsel istismarıyla yapılan mücadelede ciddi bir gedik açmıştır. Doğan boşluğun ne şekilde doldurulabileceği aşağıda, olmaması gereken çözüm ortaya konulduktan sonra, önerdiğimiz çözüm önerisi kısmında tartışılacaktır.

III. BİZZAT KENDİSİ BİR SORUN OLAN ÇÖZÜM ÖNERİSİ: EVLENMEYE CEZAYI ORTADAN KALDIRAN ETKİ TANINMASI

Mülga TCK'nın 434. maddesi uyarınca ırza geçme ve tasaddi suçlarında, faillerden birinin mağdurla evlenmesi sonucunda ceza ertelenmekte ve dava zamanaşımı süresi boyunca erkeğin kusurundan kaynaklanan bir nedenle boşanmanın gerçekleşmemesi halinde bir şahsî cezasızlık sebebi söz konusu olmaktadır. Söz konusu hükmün kaynağı mehzaz kanunun (1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu) 352. maddesiydi.¹⁴ 1930 yılında yürürlüğe giren İtalyan Ceza Kanunu'nun 544. maddesinde de yer alan benzer hüküm, 05.08.1981 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁵ Türkiye'de ise 434. maddenin yürürlükten kalkması için, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihini beklemek gerekmiştir. Burada söz konusu maddeden bahsetmemizden nedeni yapılacak yeni düzenlemenin fail ile mağdurun evlenmesi esasına üzerine kurulacağını düşünmemizdir. Adalet Bakanlığı'nın konuya ilişkin yaptığı çalışma hakkında kamuoyuna bilgi verilmediğinden, bu noktada geçmiş tecrübeler ve bir takım tahminlere dayanmak zorunlu olmaktadır. Tahminimizin iki ana nedeni vardır:

Bunlardan ilki Anayasa Mahkemesi'nin 2015/100 sayılı kararında, iptal edilen hükümde onarıcı hukuk kurumlarına yer verilmediğinden söz edilmesi ve mevcut düzenlemenin *"fülden sonra mağdurun yaşamının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut*

¹⁴ Hükmün gerekçesi (1887 tarihli) şu şekildedir: "Önce aralarında cürüm vuku bulan ve sonra en kutsal bağ ile birleşen iki şahsı, cezai takibattan dolayı birbirlerinden ayırmamak haklı ve adalete muvafıktır. Diğer taraftan cezai muafiyet bahsedilmek suretiyle namusu ihlal edilen bir kadına en büyük telafi sebebi olacak evlenmenin kolaylaştırılması gayet ihtiyatlı bir tedbirdir." Hükmün Türkçe tercümesi ve gerekçe için bkz. Luigi Majno, Majno Ceza Kanunu Şerhi, çev: anonim, C. III, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara 1980, s. 195 ve 196.

¹⁵ Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fabrizio Lemme, "Libertà sessuale (delitti contro la)", Enciclopedia del Diritto, V. 24, Milano 1974, s. 562-564.

olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesine” izin vermediğinden bahsedilmesidir.

İkinci neden ise, daha önce hakim ve savcılarının yaptığı toplantılarda konunun gündeme gelmesi ve kamuoyunun tepkisi üzerine HSYK’nın açıklama yapmak zorunda kalmasıdır. Burada sorun esas olarak erken yaşta evlenmenin dinsel töreni yapılmak suretiyle evlendiklerini zanneden çocukların daha sonra cinsel ilişkiye girmesinin, yaşı 15’ten büyük olan çocuğu cinsel istismar suçunun faili durumuna düşürmesidir. Bazı hakim ve savcılarının *Yargıda Durum Analizi* adlı toplantıda, 765 sayılı TCK’da yer alan 434. maddenin yeniden kanuna alınmasına ilişkin talepler ileri sürdüğüne dair basında çıkan haberler üzerine, HSYK tarafından 17.09.2011 tarihinde yapılan basın açıklamasının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Ülkemizin özellikle doğu ve güneydoğu bölgelerinde 15 yaşından küçük kızların yine çoğunlukla kendi yaşlarına yakın erkeklerle davullu zurnalı evlendirildikleri, bu gayrı resmi evlilikten çocuk sahibi oldukları ve bunun savcılık tarafından öğrenilmesi üzerine de erkek ve ailesinin ağır ceza mahkemelerinde yargılanıp ceza aldığı, bu kez 15 yaşını doldurmadan evlenen kızın, çocuğuyla birlikte bakıma muhtaç kaldığı gerçeği karşısında, bu gibi durumlarda cezanın indirilmesi veya eski 434. madde benzeri bir düzenleme ile cezanın kaldırılması suretiyle bu konuda ortaya çıkan mağduriyetin engellenmesi önerilmiş, böylece sosyal bir yaranın tedavi edilmesi istenmiştir. Grup çalışmalarının hiçbirinde tecavüzcü ile evlenilmesinin veya 15 yaşından küçük mağdurun tek başına rızasının cezasızlık sebebi sayılması gündeme gelmemiştir.”¹⁶

Ayrıca bazı çalışmalarda¹⁷ da bu tür önerilerde bulunduğu görülmektedir. Burada mülga 434. maddenin kanuna alınmamasının yerinde olduğunu ifade ederek, daha önce bu konuda yapılan çalışmalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.¹⁸ Bizim üzerine eğilmek istediğimiz konu

¹⁶ Bkz.<http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2011/eylul/basin-aciklamasi-17-09-2011.html> (SGT: 04.10.2011)

¹⁷ Abdülkadir İlhan, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Fasikül*, Y. 2, S. 6, Mayıs 2010, s. 31.

¹⁸ Hükmü eleştiren ve kanundan çıkartılmasının yerinde olduğunu/olacağını savunan yazarların görüşleri için bkz., Öykü Didem Aydın, «Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu», *TBB Dergisi*, s. 107; Gülriz Uygur-Türkan Yalçın Sancar, “Law, Women’s Subordination and

ise, 15 yaşından önce cinsel ilişkiye giren çocuğun daha sonra evlenmesine cezayı kaldıran bir etki tanınmasının doğuracağı sorunlardır:

Belirtmek istiyoruz ki bu tür evlenmeyi esas alan ancak yaş farkı gözetmeyen bir hüküm, küçük yaşta çocuklarla evlenmeyi kötü bir alışkanlık haline getirmiş olan toplumun bazı kesimlerinin yaptıklarını meşru hale getirir. Bu ise, söz konusu hükümden beklenen faydanın çok ötesinde bir zarara yol açar. 15 yaşından küçük bazı çocukların başlık parası karşılığında, kendilerinden yaşça büyük kişilerle sözde evlenme adı altında, genellikle dini nikah kisvesiyle bir araya getirildikleri, bu çocukların adeta para karşılığı satıldıkları da bilinmektedir. Bu noktada ceza kanununun topluma uyum sağlamasını beklemek yerine, ceza hukukunun “geliştirici” işlevi¹⁹ de dikkate alınarak, toplumun modern yaşamın gereklerine uygun olmayan bazı geleneklerinin değiştirilmesinde, ceza hukukunun bir araç olarak kullanılması yerinde olduğu düşüncesindeyiz.²⁰ Biz çözümün geçmişten bu yana uygulanan, ortaya çıkarttığı sorunlar malum olan ancak bir türlü ölmek bilmeyen bir ruh gibi her fırsatta yeniden diriltilmeye çalışılan evlenmeye ilişkin bir düzenlemeden geçmediğine inanıyoruz.

Kanımızca sorun, evlenmeyi esas alan ancak birbirine yaşları yakın olan çocuklar arasındaki yaş farkı gözetilen bir hükümle de çözülemez. Zira sorun, bundan ibaret değildir. Bizce çözüm kanuna eklenecek evlenmeye dair bir düzenlemede değil, konuya ilişkin tüm sorunları kapsayacak çok yönlü birkaç hükümde saklıdır.

Changing Face of The Turkish Legal System in The Example of Article 434 of The Turkish Criminal Code”, Eastern European Community Law Journal, V. I, I. 2, January 2005, s. 35; Türkan Yalçın Sancar, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013, s.137; Taner, s. 255-259.

Bazı yazarlar ise “nitelikli cinsel saldırıyı ancak şikâyet koşuluyla cezalandıran bir anlayışın, mağdurla fail arasında evlenme gerçekleşmesine rağmen failin cezalandırılmasının anlaşılabilir olduğunu” ileri sürülmektedirler. Bu noktada yazarların evlenmenin bir şahsî cezasızlık nedeni haline getirilmesi gerektiğini savunmadıklarını ifade etmek gerekir. Yazarlar, TCK'daki çelişkiye dikkat çekmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Bası, Ankara 2015, s. 384.

¹⁹ Devletin toplumun gelişiminde ceza hukukunu araç olarak kullanması hususunda bkz. Francesco Antolisei, Manuale di diritto penale parte generale, Milano 1997, s. 5 ve 6; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Bası, Ankara 2011, s. 18 ve 19.

²⁰ Aynı yönde bkz. Türkan Yalçın Sancar, “Dilin Kadına Yönelik Şiddet Üzerindeki Rolü”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006 Kitabı içinde, C. III, s. 163.

Ayrıca evlenme, tamamen suç fiilinden bağımsız olan, fiilin suç olmasıyla ilişkisi olmayan bir hukuki işlemdir. Bu nedenle biz, sorunun evlenmeyle değil, fiil sırasında var olan bir vakıa olan, çocuklar arasındaki yaş farkından hareketle çözülmesine taraftarız. Bu bağlamda yazının devamında ileri sürdüğümüz çok katmanlı çözüm önerisini, her bir sorunla ilişkilendirerek açıklamak istiyoruz.

IV. SORUNLARIN ve DÜZENLENMESİ ÖNERİLEN HUSUSLARIN ORTAYA KONULMASI

Bugüne kadar çocukların erken yaşta, evlilik adı altında bir naraya getirilmesi sorunu yalnızca cinsel istismar bağlamında ele alınmış, 15 yaşından küçük çocukla cinsel ilişkiye giren 15 yaşından büyük çocuk veya yetişkin asli fail olarak cezalandırılmıştır. Dolayısıyla odaklanılan husus çocukların cinsel ilişkisi ve eğer gebelik söz konusu olursa doğan çocuk olmuştur. Cinsel istismar olarak nitelenen cinsel ilişkiye girme fiiline katkısı olan diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak ele alınmıştır. Kanımızca burada temel sorunlar şunlardır ve bunların iyi anlaşılması için birbirlerinden ayrılarak incelenmesi gerekmektedir:

İlk sorun, evlenme ehliyeti olmayan çocukların küçük yaşta evlendirilmeye çalışılmasıdır. Bu noktada akla ilk gelen, hukukumuzda zorla evlendirmeye özgü bir düzenleme olmadığından bu yönde bir düzenleme yapmak olabilir. Nitekim Türkiye, 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe giren Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 37. maddesi uyarınca, yetişkin bir bireyi veya çocuğu evlenmeye zorlayan kasıtlı davranışları suç haline getirmeyi taahhüt etmiştir. Kanımızca da suç politikası yönünden zorla evlendirmeye mücadele edildiği yönündeki bir mesaj verilmesi açısından, bu konuda özel bir düzenlemenin tercih edilmesi uygun olur.²¹ Ancak böyle bir düzenleme ne yazık ki inceleme konumuz olan sorunun çözümünde yardımcı olmayacaktır. Zira burada kişinin zorlandığı evlilik hukuken yok hükmünde bir evliliktir. Öğretide de kanun koyucu zorla evlen-

²¹ Meral Ekici Şahin, "Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I, Ankara 2015, s. 406. Yazar Almanya'da yapılan düzenlemeyle bu mesajın öne çıktığını ifade etmektedir.

dirmeyi suç haline getirse bile, bunun ancak hukuken geçerli evlilikleri kapsayabileceği ifade edilmektedir.²² Alman öğretisinde de zorla evlendirme kavramının hukuken sınırlandırılması zorunluluğunun, evlenmenin dinsel töreni veya örf ve adetlere göre yapılan evlilikleri kapsam dışı bıraktırmayı gerektirdiği ileri sürülmüştür.²³ Dolayısıyla zorla evlendirmeye ilişkin bir düzenleme gerekli olmakla birlikte, inceleme konumuz bakımından yarırsızdır.

Kanımızca bu ilk sorunun çözümü, toplumun gözünde bu tür geçersiz bir evliliği meşrulaştıran şeyle mücadele etmekten geçmektedir. Dolayısıyla mücadele edilmesi ve caydırıcı biçimde cezalandırılması gereken husus, evlenme ehliyeti olmayan çocuklara evlenmenin dinsel töreninin yapılmasıdır. Bu nedenle yetişkinlere ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılarak, medeni nikahla evlenmemiş çocuklara evlenmenin dinsel törenini yapmak suç haline getirilmelidir.

İkinci sorun evlendiklerini zannederek birbirleriyle cinsel ilişkiye giren çocukların ve bu kişilere yardım edenlerin akıbetinin ne olacağıdır. Kanımızca burada çocukları cezalandırmakta hiçbir fayda yoktur. Bu nedenle hem birbirlerine yakın yaşta evlendirildiklerini zanneden çocuklara ilişkin sorunu, hem de bugüne dek göz ardı edilen çocuklar arası rızaya dayalı cinsel davranışlar sorununu çözmek amacıyla kanuna yaş farkı gözetken bir şahsi cezasızlık sebebi konulmalıdır. Böylelikle gerçekleşen cinsel istismar fiili suç olmaya devam edecek ancak çocuklar cezalandırılmayacak, yalnızca onları cinsel davranışa yönlendiren kişiler bugün olduğu gibi cezalandırılmaya devam edilecektir.

V. YAPILMASI ÖNERİLEN DÜZENLEMELER

A. Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden çocuk için evlenmenin dinsel törenini yapmanın suç haline getirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki burada karşı çıktığımız şey bireylerin evlenmenin dinsel törenini yapmaları değildir. Zaten Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce de, bireyler bu töreni resmen evlendikten sonra özgürce yapabiliyorlardı veya medeni nikâh yapıl-

²² Ekici Şahin, s. 403.

²³ Bu görüşü ileri süren Alman yazarlar için bkz. Ekici Şahin, s. 403.

dığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkıyordu. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin 2015/51 sayılı kararı, evlenmenin dinsel töreni yasağını kaldıran devrimci bir karar değildir. Zira evlenmenin dinsel töreni eskiden de yasak olmadığından, ortada yapılacak bir devrim yoktur. Verilen iptal kararının etkisi, evlenmenin dinsel törenini yapmadan önce resmi nikâh yapma mecburiyetini ortadan kaldırmış olmasıdır. Aynı zamanda bu şartı aramadan nikâh yapan bakımından da fiil suç olmaktan çıkmıştır.

Kaldı ki bu fiil için geçmişte öngörülen ceza, özellikle nikâhı yaptıranlar bakımından caydırıcı olmaktan son derece uzak sembolik bir cezaydı. TCK'nın 230/5. maddesi uyarınca dini nikâhı yaptıranlara 2 aydan 6 aya kadar hapis cezası veriliyordu. Bu ceza, *hükümün açıklanmasının geri bırakılması* kararı verilebilen, ertelenebilen ve paraya çevrilebilen bir cezaydı. Ayrıca medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkıyordu.

Burada asıl önemli olan evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimsenin durumuydu. Bu kişiye de aynı ceza verilmesine karşın, nikâhı yapan kişinin durumu daha güçlü. Zira aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar sonradan resmen evlenseler bile, nikâhı yapanın cezası ortadan kalkmıyordu. Dolayısıyla iptal edilen 230/6. madde uyarınca evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse, her durumda cezalandırılıyordu.

Burada bizim önerimiz hukuken evlenemeyecek durumda olan çocuklarla, evlenebilecek durumda olmalarına karşın resmen evlenmemiş çocukların, evlenmenin dinsel töreni adı altında, meşru bir şey yaptıklarını zannetmelerinin sağlanmasının ve olayın toplum gözünde meşrulaştırılmasının önüne geçmektir. Bu sorunu çözmede etkin araçlardan biri ise, bu durumdaki çocuklar için evlenmenin dinsel törenini yapan kişiyi, geçmişteki önemsiz olarak nitelenebilecek cezanın aksine ciddi bir biçimde cezalandırmaktır. Burada konu yalnızca çocuklar olduğundan, cezanın ağır olması ölçüsüz de olmayacaktır.

Kaldı ki, her ne kadar dini nikâh yapmak için resmi din görevlisi olmak zorunlu değilse de, cezası ne kadar olursa olsun en azından kamu görevlisi olan ve görevleri sırasında suç işlemekten kaçınmaya

çalışan din görevlileri bakımından, iptal edilen hükmün önleyici bir etkisi olduğu açıktı. Bu nedenle önerimiz *"evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir çocuk için evlenmenin dinsel törenini yapan kişinin cezalandırılmasıdır"*. Kanun hükmünün düzenlenişine ve gerekçesine ilişkin bu yönde bir öneri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri tarafından çocukların cinsel istismarı klinik çalışması sırasında hazırlanan kanun taslağında da yer almaktadır.²⁴

Böyle bir hükmün konulması Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla da çelişmeyecektir. Zira Mahkeme, iptal kararında sorunun çocuk boyutunu zaten göz ardı etmiş ve tamamen yetişkinlere odaklanmıştır. Bu nedenle çocuklara ilişkin yeni bir düzenleme mahkeme kararının gerekçesine de aykırı olmayacaktır.

B. Çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların suç olduğu hallerde şeriklerin durumu

1. Konunun çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorunuyla ilişkisi

Çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışlar sorunu, hukuken ciddi olmasına karşın, çözülmesi güç olduğundan kanun koyucunun çözmeye yanaşmadığı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Kanımızca evlenme adı altında bir araya getirilen ve sonrasında da rızayla cinsel ilişkiye giren çocuklar sorununu çözmekte araç olarak kullanabilecek düzenleme, aralarındaki yaş farkı 3 yaşa kadar çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların cezalandırılmayacağına dair kanuna bir hüküm eklenmesinden geçmektedir. Böylelikle sık sık ifade edilen yaşı biraz büyük olan çocuğun, çocuklar arasında yaşanan cinsel ilişki rızaya dayalı olmasına rağmen ağır biçimde cezalandırılması zorunu çözülebilir.

Kanun koyucu bu sorunu çözmeye yanaşmamaktadır çünkü zorun iki zıt menfaati dengelemekten geçmektedir. Nitekim İtalyan Kanun Koyucusu da bir yandan çocukların cinsel alanda doğru ve düz-

²⁴ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Çocukların Cinsel İstismarı Kliniği öğrencileri tarafından hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 122, s. 454.

gün gelişiminin sağlanması, diğer yandan ise onlara geçmişe göre daha geniş bir cinsel alan bırakılması gibi iki zıt menfaat arasında kalmış, ancak sonuçta menfaatlerin dengelenmesini sağlamak amacıyla çözümü söz konusu hükmü ihdas etmekte bulmuştur.²⁵ Belli bir yaşa kadar çocuklar arası cinsel davranışların suç olmadığı kanunda açıkça düzenlendiği takdirde, çocuklar arasında erken cinsel temasların artacağı şeklindeki kaygıyı da anlayışla karşılamak gerekir. Ancak bu kaygı, aşağıda açıklanacağı üzere yerinde değildir. Nitekim benzer tartışma İtalya'da da yapılmış ve azınlıkta kalan bazı yazarlar tarafından İtalyan Ceza Kanunu'nun bahsedeceğimiz maddesi, pratik olmaksızın çok ideolojik bir hüküm olarak değerlendirilmiş ve çocuklar arasındaki uygunsuz cinsel temasları serbest bıraktığı için eleştirilmiştir.²⁶ Eminiz Türkiye'de de benzer eleştiriler olacaktır.

Çocuklar arasında gerçekleşen davranışlar konusunu hiç düzenlememek ve bu konuyu çocukların cinsel istismarı suçunun gri alanı olarak bırakmak elbette bir tercihtir. Ancak unutulmamalıdır ki bu tercihin sonucu, çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi soruna gözümüzü kapatıp onu yok saymaktır. Zira ne isnat yeteneğinden yola çıkarak bu çocukların isnat yeteneği olmadığını ileri sürüp onlara güvenlik tedbiri uygulamak,²⁷ ne de yaşı görece büyük olan çocuğun TCK'nın 30/4. maddesinde düzenlenen *"işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz"* hükmünden faydalandırılması sorunu tam olarak çözmektedir. Görüldüğü üzere sorunun ceza hukuku yaptırımlarıyla çözülmeye çalışılması ve

²⁵ Carlo Longari, "Atti sessuali con minorenne", I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e riduzione in schiavitù per fini sessuali içinde, a cura di Franco COPPI, Torino 2007, s. 179; Giovanni Fiandaca-Enzo Musco Diritto penale parte speciale, V II, T. I, Bologna 2006, s. 212; Giuseppe Spagnolo, "La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori", Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Y. 1990, : s. 73-75; Antoniana Colli, "La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo", Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Y. 1997, s. 1175.

²⁶ Marta Bertolino, "La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali", Annali Della Facoltà di Giurisprudenza di Genova La Tutela Penale Della Persona içinde, a cura di Laura Fioravanti, Milano 2001, s. 188 ve 189.

²⁷ Daha önce isnat yeteneğine ilişkin böyle bir çözümün ancak çocuklara ceza vermemek için işe yarayacağını ancak sorunu çözmeyeceğini ifade etmiştik bkz. Taner, s. 289 ve 290. Aynı yönde bkz. Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s. 157.

cezanın genel önleme amacının öne çıkartılması, bu amaç uğruna çocukların feda edilmesi anlamına gelmektedir.²⁸ Çünkü bu durumda mahkemeden ne sonuç çıkacağı ancak şansa kalmaktadır. Riske edilen şey ise çocuğun ve dolayısıyla toplumun geleceğidir. Öyleyse biz onu görmezden gelsek de sorun olduğu yerde durmaya devam etmektedir. Bizim önerimiz sorunla yüzleşmektir. Bu nedenle doktora tezimizde ileri sürdüğümüz bir öneriyi, konunun güncel hale gelmesinden dolayı yeniden ileri sürmek ve bu öneriyi bulduğumuz yeni verilerle destekleyerek sorunla ilişkilendirmek suretiyle tekrar açıklamak istiyoruz.

2. Sorunun tartışılması ve örnek kanuni düzenlemeler

Kanun koyucu 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorununu en azından gördüğünü belli etmiş ama sorunla gereği gibi yüzleşemediği gibi, teknik olarak da sorunlu bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme 103/1. maddenin son cümlesinde yer alan *"sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır."* şeklindedir. Böylelikle ilk kez çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda, failin çocuk olmasını da esas alan somut bir düzenleme yapılmıştır.

6545 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemede, ister zorla ister hukuken geçerli olmayan bir rızayla gerçekleşsin, çocuklar arasında sarkıntılık suretiyle gerçekleşen (ani ve süreksiz temas) cinsel davranışlar, mağdurun veli veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştır. Oysa çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorunu, sadece sarkıntılık hipotezine değil, tüm cinsel davranışlara ilişkindir ve sorunun özünde aslen hukuken geçerli olmasa bile rızayla gerçekleşen davranışlar yer almaktadır. Zira çocuklar birbirlerine karşı cinsel davranışları karşılıklı olarak gerçekleştirebilecekleri gibi (burada hukuken geçerli olmayan bir rıza söz konusudur), yalnızca bir çocuk fail, diğeri ise mağdur da olabilir. Nitekim öğretilde 6545 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin yalnızca bir tarafın diğerini zorladığı cinsel davranışlar bakımından uygulanması gerektiği, hukuken geçersiz de olsa, her ikisi de 15 yaşından küçük olup rızaya dayalı olarak birbirlerine karşı cinsel

²⁸ Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2015, s. 311.

davranışta bulunan çocukların ise cezalandırılmaması gerektiği²⁹ savunulmaktadır.

Yapılan düzenlemede bu soruna kapsayıcı bir çözüm getirilmesi çok daha yerinde olurdu. Kanımızca burada çözüm, yaşları yakın olan çocukların birbirlerine yönelik rızaya dayalı cinsel davranışlarını (bu rıza hukuken geçerli olmasa bile) cezalandırmamayı esas alan ve yaş farkını gözeten bir hükmün kanuna eklenmesinden geçmektedir.³⁰ Böyle bir hüküm koyularak çocuklar arasında anlık olarak gelişen cinsel davranışları cezalandıran eski sistemi ortadan kaldırmak daha yerinde olacaktır.³¹ Buna ek olarak belirli bir yere kadar yaşanan cinsel deneyimin ergenin kişiliği için gerekli olduğunu ileri sürenlerin yanında, zararlı olduğunu ileri sürenlerin de var olduğu düşünüldüğünde, bu görüş ayrılığının yalnızca bilimsel görüşlerden değil daha çok ideolojik yaklaşımlardan kaynaklandığı da göz ardı edilmemelidir.³² Ayrıca kanunda böyle bir cezasızlık nedeni öngörülmesi halinde fiilin anti sosyal olduğuna ilişkin yargı ortadan kalkmamakta, yalnızca ceza politikası ve hukuk tekniği açısından ceza verilmesinin uygun bulunmadığı ifade edilmektedir.³³ Görüldüğü üzere sorunun yorum yoluyla tam olarak çözülmesi mümkün değildir ve mutlaka kanuni düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin ne şekilde değiştirilmesi gerektiği konusunda önerilerde bulunmadan önce, İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları'nda yer alan hükümler üzerinde durmak istiyoruz:

İtalyan Kanun Koyucusu cinsel davranışların bir sosyal gerçek olduğu bilinciyle, bu sorunu çözmek için geçmişteki katı cezalandırıcı yaklaşımı bir kenara bırakarak,³⁴ birbirlerine yakın yaşlarda bulunan çocukların cinsel davranışlarını cezalandırmamak için bir formül üretmiş³⁵ ve mağdurla fail arasında en fazla üç yaş fark olması

²⁹ Tezcan-Erdem-Önok, s. 386.

³⁰ Çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkin özel bir hüküm konulması gerektiği yönünde bkz. Memiş Kartal, s. 158.

³¹ İtalya'daki hüküm bakımından aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. Fiandaca-Musco, s. 212; Bartolomeo Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 4. edizione, Milano 2009, s. 155 ve 156.

³² Spagnolo, s. 76.

³³ Romano, s. 155.

³⁴ Lucia Russo, "Atti sessuali con minorenne", *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari e Michele Papa içinde*, Milano 2006, s. s. 142.

³⁵ Kanunun yapıldığı dönemde, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların

bir cezasızlık nedeni olarak belirlenmiştir.³⁶ İtalyan Ceza Kanunu'nun 609-quarter/3. maddesi şu şekildedir:

"Cinsel şiddet suçunda sayılan hipotezler³⁷ dışında 13 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel davranışta bulunan kişi, aralarındaki yaş farkının üçten fazla olmaması halinde cezalandırılmaz."

Buna göre 13-16 yaş ve 14-17 yaş arasında olan çocukların birbirlerine yönelik rızaya dayalı cinsel davranışları cezalandırılmamaktadır. İtalyan Ceza Kanunu uyarınca 14 yaşından büyük çocukların cinsel özgürlüklerinin var olduğu kabul edilmektedir.

Benzer bir hüküm İsviçre Ceza Kanunu'nun 187/2. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre Kanun'un 187/1. maddesinde düzenlenen 16 yaşından küçük çocukla cinsel nitelikte davranış gerçekleştirme suçunu işleyenler arasındaki yaş farkı 3'ü geçmiyorsa, fiil cezalandırılmamaktadır.

Fransa'da ise bu konuda özel bir hüküm olmamasına karşın öğretide çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların cezalandırılmadığı, bunun nedeninin ise bu davranışların genel ahlaka aykırı görülmemesi olduğu ifade edilmiştir.³⁸

3. Hükümün şahsi cezasızlık sebebi şeklinde formüle edilerek, bu fiillere iştirak eden yetişkinlerin cezalandırılmaya devam edilmesi

İtalyan öğretisinde 609-quarter/3. maddesinin hukuki niteliği tartışmalı olup bir şahsî cezasızlık nedeni,³⁹ tipikliği ortadan kaldıran bir

tamamen serbest bırakılması ve varsayılan cebir üzerine kurulu olan eski sistemin olduğu gibi kalmasına yönelik taleplere muhatap olan kanun koyucu, sonunda ortalama bir yol seçerek bu formülü geliştirmiştir. Bkz. Paolo Veneziani, "Commento articolo 5", Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia içinde, a cura di Alberto Cadoppi, Milano 2002, s. 223 ve 224.

³⁶ Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında önce 12 ila 14 yaşları arasındaki bir kişi ile 18 yaşını doldurmamış bir kişi arasındaki cinsel davranışların cezalandırılmaması düşünülmüş, fakat sonuçta hüküm yukarıda zikredilen haliyle kanunlaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Veneziani, s. 199.

³⁷ Suçun cebir, tehdit, nüfuzu kötüye kullanma veya bir başka kimsenin yerine geçme ya da mağdurun fiziki veya psikik zafiyetinden yararlanma olmaksızın gerçekleştirilmesi kast ediliyor.

³⁸ Morgane Dauray Fauveau, Droit pénal spécial, Amiens 2010, s. 235; Valérie Malabat, Droit pénal spécial, 4^e édition, Paris 2009, s. 162; Michèle Laure Rassat, Droit pénal spécial, 5^e édition, Paris 2006, s. 580.

³⁹ Francesco Antolisei, Manuale di diritto penal parte speciale, 15^e edizione, Milano

neden,⁴⁰ kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden⁴¹ ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden⁴² olduğunu savunan yazarlar vardır. Önerdiğimiz şekilde benzer bir hükmün TCK'ya eklenmesi halinde, bu sözde evlilikler ve sonrasında gerçekleşen cinsel davranışlardan dolayı çocukların cezalandırılmasının önüne geçilebilecektir. Kanımızca böyle bir hüküm kanuna eklenecekse, hüküm bir şahsî cezasızlık nedeni olarak formüle edilmeli ve çocukları bu sözde evliliğe ve cinsel davranışlara yönelten ebeveynleri azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmaya devam edilmelidir. Böylece hem Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının gereği yerine getirilmiş, hem de çocuklarını başlık parası karşılığında adeta satan veya onların yaşça büyük kişilerle cinsel davranışta bulunmasına müsaade eden ebeveynler gereği gibi cezalandırılmış olur.

İştirak bakımından cinsel istismar suçunun özellik gösterdiği hallerden biri, 15 yaşından küçük olan çocuğun ailesinin de bilgisiyle, evlenmek amacıyla veya evlendiğini sanarak (zira çocuğun, hukuken bu yaşta evlenmesi mümkün değildir) cinsel ilişkiye girmesidir. Bu durumda evliliğe onay veren ve onu destekleyen kişilerin ve özellikle ebeveynlerin cinsel istismar suçuna yardım eden⁴³ veya azmettiren olarak iştirak etmesi gündeme gelmektedir.⁴⁴ Benzer şekilde 15 yaşından büyük çocuğunu gayri resmi olarak başlık parası karşılığında

2008, s. 190; Ferrando Mantovani, *Diritto penale parte speciale 1 delitti contro la persona*, Milano 2011, s. 414; Longari, s. 178; Russo, s. 144.

⁴⁰ Giovanni Fiandaca, "Violenza sessuale (aggiornamento)", *Enciclopedia del diritto aggiornamento*, Vol. IV, Milano 2000, s. 1161; Romano, s. 155. Bu görüşü savunan bazı yazarlar ise hukuki konunun zarar görmemesi gerekçesiyle tipikliğin ortadan kalktığını savunmaktadırlar. Bkz. Rocco Gustavo Maruotti, *Reati contro la persona*, a cura di Adelmo Manna, Torino 2007, s. 694; Lorenzo Picotti, "Profili generali di diritto penale sostanziale", *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge 66/96 içinde*, Padova 2001, s. 42.

⁴¹ Veneziani, s. 228.

⁴² Guicla Mulliri, *Codice penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina, i delitti contro la persona*, V. XI, T. II, a cura di Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, Milano 2010, s. 1168; Spagnolo, s. 78; Fiandaca-Musco, s. 213. Fiandaca, üstte belirtilen hükmün tipikliği kaldırdığına ilişkin görüşünün yanında, hukuka uygunluk nedeni olduğunun da kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Fiandaca, s. 1163.

⁴³ Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Kaynaklanan Sorunlar içinde*, İstanbul 2008, s. 314; İlhan, s. 31. Örnek karar olarak bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2015/7715, K. 2015/10174, T. 12.11.2015. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, SGT: 30.03.2016)

⁴⁴ Koca-Üzülmez, s. 318.

evlendiren ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna zemin hazırlayan ebeveynler de yardım eden olarak cezalandırılmaktadır.⁴⁵ Fakat bu noktada hem anne hem de babanın aynı şekilde sorumlu olmasının zorunlu olmadığına dikkat çekmek gerekir. Yargıtay yasal olmayan evlilik kararına ebeveynin onay vermesini, sosyal şartları da dikkate alarak, suça yardım etme,⁴⁶ ebeveynin başlık parası almasını ise suça aslen iştiraki olarak değerlendirmektedir.⁴⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki, iki çocuğun da 15 yaşından küçük olması halinde, her ikisinin ebeveynlerinin de cezalandırılması gündeme gelecektir.

Öğretide bazı yazarlar, 15 yaşından küçük çocuklarını resmi olmayan bir biçimde evlenmeye teşvik eden veya azmettiren ebeveynler için haksızlık yanılığısına ilişkin TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.⁴⁸ Yazarlar düşüncelerine dayanak olarak bazı sosyal çevrelerde çocukları erken yaşta bu şekilde evlendirmenin normal bir davranış olarak kabul görüyor olmasını hatta ebeveynlerin yaptıkları düğünle durumu ilan etmelerini göstermektedirler.⁴⁹ Ancak kanımızca burada, haksızlık konusunda bir yanılığ yoktur. Zira bu çağda bir kişinin medeni nikah diye bir kurumdan haberdar olmaması düşünülemez. Sözü geçen ebeveynlerin medeni nikaha başvurmak yerine çocukları dini nikah vb. yollarla evlendirmeye çalışmaları da, bu durumun bir sonucudur. Zira bu kişiler çocukların resmen evlenemeyeceğini bilmektedirler. Bu durumda, bu kuralın altında yatan, çocukları koruma düşüncesinden tümten habersiz olmaları gerçekçi bir yaklaşım değildir.⁵⁰ Çocuklarını evlenmeye teşvik eden ebeveynler cezalandırılmazlarsa, Türkiye'de evlilik

⁴⁵ Yargıtay 14.Ceza Dairesi, E. 2015/4290, K. 2015/10517, T. 12.11.2015. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, SGT: 30.03.2016)

⁴⁶ Mağdurun babasının yardım eden olarak kabul edildiği mülga Kanun döneminde verilmiş bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı için bkz. YCGK, E. 1992/5-71, K. 1992/94, T. 30.3.1992. (KBİBB, SGT: 10.07.2012). 5237 sayılı TCK döneminde verilen bir karar için bkz. Yar. 5. CD, E. 2007/29, K. 2007/1609, T. 28.02.2007. Karar için bkz. Ahmet Ceylanı Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara 2010, s. 483.

⁴⁷ Yar. 14. CD, E. 2011/46; K. 2011/41; T. 13.07.2011. Karar için bkz. Murat Aydın, s. 116.

⁴⁸ Koca-Üzülmez, s. 319.

⁴⁹ Koca-Üzülmez, s. 318.

⁵⁰ "İletişim çağında bu tür bir hatanın kaçınılmaz olduğunun kuşkulu olduğu" şeklindeki benzer görüş için bkz. Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", CHD, Y. 9, S. 24, Nisan 2014, s. 67.

yaşına ilişkin düzenlemenin içi tamamen boşalır ve bir temenniden ibaret kalır. Böyle bir yaklaşım da, çocuk yaşta evliliklerle mücadelede destek değil, köstek olur. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar, sorunun çözümü için evlenme yaşına ilişkin düzenlemenin toplumsal kabulünde yattığını ifade etmekte ve çözümün burada aranması gerektiği üzerinde durmaktadırlar.⁵¹ Kanımızca burada ceza kanunu, toplumdaki küçük yaşta çocukların evlendirilmesini meşru gören “hastalıklı” kabul edilebilecek anlayışla mücadelede önemli bir araçtır. Bu noktada yukarıda bahsedilen ceza hukukunun geliştirici işlevi ön plana çıkmalı ve geri adım atılmamalıdır.

4. Çocuklar arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel davranışları cezalandırmak ne getirir ne götürür?

Kanımızca burada asıl önemli olan hukuken geçerli olmasa bile birbirlerine karşı rızaen cinsel davranışta bulunan çocukları cezalandırıp cezalandırmamaktan öte, çocuklara sağlıklı cinsel eğitim vermesidir. Elbette bu hukukçunun işi değildir. Ancak hukuki açıdan bu eğitimin içermesi gereken iki temel unsur vardır. Bunlardan ilki çocuklara kendilerine rızaları dışında kimsenin dokunamayacağını öğretilmesidir. Diğer unsur ise çocuklara da, bir başka kimseye rızaları dışında dokunmalarının, istenmeyen sonuçlara yol açabileceği bilincinin kazandırılmasıdır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki çocuklar arasında rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel davranışlar cinsel istismar değildir. Zira burada, aradaki yaş farkı fazla olmadığı sürece her iki çocuk da eşit konumda olduğundan, bir çocuğun diğerinden faydalanması⁵², istismar etmesi mümkün değildir. Bu durumda büyük olan çocuğa ceza verilmesi, çocukların cinsel yönden erken bir deneyimden uzak tutulması şeklindeki amaca aykırıdır. Aradaki 3 yaşlık fark çocukların akran olmalarını gözetmesi bakımından önemlidir. Böylece biri diğerinden biraz daha erken okula başlayan, yılın ilk aylarında doğan, mahallede yaşı yakın olduğu için birbiriyle arkadaşlık eden çocuklar bu kapsamda kalacaktır.

⁵¹ Dursun, s. 67.

⁵² Fiandaca-Musco, s. 212

Aralarında yaş farkı az olan çocukların birbirlerine yönelik rızai davranışları cezalandırılmıyor diye, tüm çocukların birbirlerine cinsel davranışta bulunacaklarını düşünmek bizce gerçekçi değildir. Burada akla ilk gelen şey çocukların cinsel ilişkiye girecekleri olmamalı ve şu soru sorulmalıdır? Bu çocukları sırf birbirlerine rızaya dayalı olarak dokundular, birbirlerini öptüler diye mahkeme önüne çıkartmak ve onlara yaşadıklarını anlattırmak bu çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimine fayda mı sağlayacak yoksa zarar mı verecektir? Bu şekilde mahkeme önünde sorgulanan veya soruşturmada dinlenen çocuk, ileride nasıl sağlıklı bir cinsel yaşam kuracak, cinsellik algısı ne kadar normal olacaktır?

CMK'nın 236/2 ve 3⁵³ maddelerinde çocuktan soruşturma veya kovuşturma için gerekli olan bilgilerin bir seferde alınmasını sağlayan ve yıllar içinde fiile ilişkin anıların yeniden canlanmasının önüne geçerek, ortaya çıkabilecek travmaları önlemeyi amaçlayan düzenlemeler yer almaktadır.⁵⁴ Zira mahkemede tekrar dinlenmek, çocuğun iç huzura kavuşmasını engellemekte ve çocukların cinsel suç mağduru olduğu yargılamaların en önemli sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁵ Her ne kadar bu düzenlemeler aslında çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurlarını korumaya yönelikse de, rızaya dayalı gerçekleşen cinsel davranışlara ilişkin yargılamada da kullanılabilir. Ancak bu hükümlerin hiçbiri çocuğun, arkadaşına içgüdüsel olarak yaptığı veya görerek öğrendiği, sosyal anlamını pek de bilmediği ama aslında cinsel davranış teşkil eden davranıştan dolayı mahkemeye çıkması ve sorgulanmasından doğan travmayı engellemeyecektir. Üstelik 236/2. maddede yer alan "*maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için zorunluluk arz eden haller saklıdır*" ibaresi uyarınca, çocuğun tekrar dinlenmesi de söz konusu olabilecektir.

⁵³ CMK'nın 236/2 ve 3. maddeleri şu şekildedir:

"(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için zorunluluk arz eden haller saklıdır"

"(3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdur tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır."

⁵⁴ Russo, s 162.

⁵⁵ Bkz. Heinz Schöch, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", Almanca aslından çeviren Nur Centel, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 9.

Bu noktada akla önerdiğimiz çözümün de çocukların mahkemeye çıkmasını veya sanık olarak yargılanmasını mutlak olarak engelleyip engellemeyeceği sorusu gelebilir. Zira yaşları birbirine yakın çocukları sözde bir evliliğe yönlendiren kişiler yargılanırken, hükmün şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesi halinde bu çocukların yine sanık sıfatını taşıması söz konusu olabilecektir. Ancak bu noktada CMK'nın 171/1. maddesinde yer alan ve Cumhuriyet savcısına şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açmama yetkisi veren hüküm uygulanarak sorun çözülebilecektir. CMK'nın 171/1. maddesi uyarınca cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşullar sabit ise ya da şahsî cezasızlık sebebi varsa, Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi gerektiğine ve burada bir takdir yetkisi değil, bağlı yetki olduğu yönündeki görüşe⁵⁶ biz de katılıyoruz. Bu durumda savcılık makamı cinsel ilişkinin rızaen gerçekleştiğine inanıyorsa, çocukların yaş farkını hesaplamak son derece basit olup, kovuşturma evresinde mahkemenin takdir edebileceği türden karmaşık bir sorun değildir. Bu nedenle çocuklar bakımından şahsi cezasızlık sebebinin varlığını gören Cumhuriyet savcısının, bu kişiler hakkında kamu davası açmaması gerekir.

Burada son olarak Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (Lanzarote Sözleşmesi) 18/3. maddesinde Sözleşme'nin küçük yaştaki çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetleri düzenleme amacı bulunmadığının açıkça ifade edildiğini de hatırlatmak istiyoruz. Bu düzenleme, Avrupa Konseyi'nin de, etkin bir biçimde mücadele ettiği cinsel istismar davranışları ile çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların birbirinden net biçimde ayrıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Kanımızca bu yaklaşımın temelinde her ne kadar hukuken geçerli bir rıza olmasa bile birbirini zorlamaksızın cinsel davranışta bulunan çocukların cezalandırılmaya çalışılmasının fayda getirmeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Zira burada yargılama sürecinin bu çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimleri üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler, cezanın sağlayacağı faydaya ağır basmaktadır.

⁵⁶ Metin Feyzioğlu, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2006, S. 62, s. 41 ve 42.

Sonuç

Evlilik adı altında genellikle evlenmenin dinsel törenini yaparak bir araya getirilen çocukların varlığı bir sosyal gerçekliktir. Bu tür birlikliklerde en ciddi sorun, yaşı 15'ten büyük olan (genellikle erkek) çocukla, yaşı 15'ten küçük olan (genellikle kız) çocuk arasındaki cinsel davranışlarda yaşanmaktadır. Genellikle söz konusu cinsel ilişkiden/ ilişkilerden dolayı gebe kalan kız çocuğun, hastaneye başvurusuyla bu sorun ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak yaşı büyük olan çocuk cinsel istismardan cezaevine girerken, çocuk yaşıta anne olan kız çocuk bebeğiyle baş başa kalmaktadır.

Burada çözüm, cinsel ilişkiye giren çocukların evlenmesine cezayı ortadan kaldıran etki tanınması değildir. Zira sorun, bundan ibaret değildir. Biz bu sorunun çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar bağlamında ele alınmasını ve aralarındaki yaş farkı 3'ü geçmeyen çocuklar bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi konulmasını öneriyoruz. Böylece çocukları bu fiillere azmettiren ve onlara yardım edenler de cezalandırılmaya devam edilecektir. Nitekim benzer düzenlemeler İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları'nda yer almaktadır.

Yapılması gereken bir diğer şey ise "evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir çocuk için evlenmenin dinsel törenini yapan kişinin" cezalandırılmasıdır. Böylece evlenemeyecek durumda olan çocukların evlenmenin dinsel töreni adı altında, meşru bir şey yaptıklarını zannetmelerinin sağlanmasının ve olayın toplum gözünde meşrulaştırılmasının önüne geçilecektir. Böyle bir hüküm konulması verdiği iptal kararında çocukların durumunu tamamen göz ardı eden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla da çelişmeyecektir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Antolisei Francesco, Manuale di diritto penale parte generale, Milano 1997.
- Antolisei Francesco, Manuale di diritto penal parte speciale, 15° edizione, Milano 2008.
- Aydın Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2012.
- Aydın Öykü Didem, "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2004, S. 53, s. 63-140.

- Bertolino Marta, "La tutela penale della persona nell disciplina dei reati sessuali", Annali Della Facolta di Giurisprudenza di Genova La Tutela Penale Della Persona içinde, a cura di Laura Fioravanti, Milano 2001, s. 159-198.
- Colli Antonianna, "La tutela della persona nella recente legge sulla violeza ssuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo", Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Y. 1997, s. 1163-1181.
- Daury Fauveau Morgane, Droit pénal spécial, Amiens 2010.
- Dursun Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", CHD, Y. 9, S. 24, Nisan 2014, s. 57-73.
- Ekici Şahin Meral, "Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I, Ankara 2015, s. 395-427.
- Erman Sahir - Özek Çetin, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul 1992.
- Feyzioğlu Metin, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S. 62, s. 27-61.
- Fiandaca Giovanni, "Violenza Sessuale (Aggiornamento", Enciclopedia Del diritto aggiornamento, Vol. IV, Milano 2000.
- Fiandaca Giovanni - Musco Enzo Diritto penale parte speciale, V II, T. I, Bologna 2006.
- Hafızoğulları Zeki - Özen Muharrem, Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012.
- İlhan Abdülkadir, "Çocukların Cinsel İstismarı", Fasikül, Y. 2, S. 6, Mayıs 2010, s. 31-32.
- Koca Mahmut - Üzülmmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2015.
- Lemme Fabrizio, "Libertà sessuale (delitti contro la)", Enciclopedia del Diritto, V. 24, Milano 1974, s. 555-564.
- Longari Carlo, "Atti sessuali con minorenne", I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e riduzione in schiavitù per fini sessuali içinde, a cura di Franco Coppi, Torino 2007, s. 155-183.
- Majno Luigi, Majno Ceza Kanunu Şerhi, çev: anonim, C. III, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara 1980.
- Mantovani Ferrando, Diritto penale parte speciale i delitti contro la persona, Milano 2011.
- Maruotti Rocco Gustavo, Reati contro la persona, a cura di Adelmo Manna, Torino 2007.
- Memiş Kartal Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Mulliri Guicla, Codice penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina, i delitti contro la persona, V. XI, T. II, a cura di Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, Milano 2010.
- Nuhoğlu Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.
- Öden Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.
- Özbek, Veli Özer - Kanbur Nihat - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014.
- Özbudak Coşkun, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2015, S. 121, s. 89-110.

- Picotti Lorenzo, "Profili generali di diritto penale sostanziale", La violenza sessuale a cinque anni dalla legge 66/96 içinde, Padova 2001, s. 19-47.
- Rassat Michèle Laure, Droit pénal spécial, 5^e edition, Paris 2006.
- Romano Bartolomeo, Delitti contro la sfera sessuale della persona, 4. edizione, Milano 2009.
- Russo Lucia, "Atti sessuali con minorenne", Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari e Michele Papa içinde, Milano 2006, s. 121-162.
- Schöch Heinz, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağdru Küçüklerin Korunması», Almanca aslından çeviren Nur Centel, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 3-14.
- Spagnolo Giuseppe, "La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Y. 1990, s. 72-85.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Bası, Ankara 2015.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Bası, Ankara 2013.
- Tuğrul Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara 2010.
- Uygur Gülriz - Yalçın Sancar Türkan, "Law, Women's Subordination and Changing Face of The Turkish Legal System in The Example of Article 434 of The Turkish Criminal Code", *Eastern European Community Law Journal*, V. I, I. 2, January 2005, s. 30-36.
- Veneziani Paolo, "Commento articolo 5", *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia içinde*, a cura di Alberto CADOPPI, Milano 2002, s. 197-240.
- Yalçın Sancar, Türkan "Dilin Kadına Yönelik Şiddet Üzerindeki Rolü", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006 Kitabı içinde*, C. III, s. 158-164.
- Yalçın Sancar, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013.

Kanun Taslağı Çalışması

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 122, s. 439-458.

BİR CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İŞLEMİ OLARAK ADLİ ARAMA

JUDICIAL SEARCH AS A CRIMINAL PROCEDURE PROCESS

Yeşim YILMAZ*

Özet: Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeğe ulaşmak olsa da bugün ceza muhakemesinde her şeye rağmen gerçeğin bulunması kabul edilmemektedir. Adli arama da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için başvurulmuş en önemli araçlardan biridir ve ceza muhakemesi organları, arama işlemini gerçekleştirirken keyfilikten uzak bir biçimde hukukun çizdiği sınırlar içinde hareket etmelidir. Bu çalışmada, bireyin özgürlük alanına doğrudan müdahalelerde bulunma olanağına sahip bir koruma tedbiri olan adli arama ceza muhakemesi hukuku bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsamda adli aramaya ilişkin düzenlemeler ve koşullar irdelenmiş, ayrıca doktrindeki mevcut görüş ve içtihatlardaki yansımalar gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arama, Adli Arama, Koruma Tedbiri, Özel Hayat, Aramanın Koşulları, Avukatın Aranması

Abstract: Even if the purpose of the criminal procedure law is to reach the material truth, today in criminal procedure, finding the truth despite everything is not accepted. Judicial search is one of the most important the means of proof referenced to reveal the material truth and the organs/agencies of criminal procedure law shall act in the limits drawn by law whilst carrying out search process. This study deals with the judicial search as a protection measure which may directly intervene in the realm of freedom of an individual in the context of criminal procedural law. In this scope, legislations and conditions regarding judicial search are analysed and also actual opinions in the doctrine and case law are presented.

Keywords: Search, Judicial Search, Protection Measure, Private Life, Conditions of Search, Search of Lawyer

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunun bütün normları ceza muhakemesinin gayesini elde etmeye çalışır.¹ Bu çerçevede ceza muhakemesinin gayesini belirlemek ceza muhakemesi normlarının yorumlanması ba-

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basımevi, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 22.

kımından önem arz etmektedir. Ceza muhakemesi, işlendiği ileri sürülen suçla ilgili olarak maddi gerçeği aramaktadır.² Ancak modern ceza muhakemesi kuralları, muhakeme taraflarının menfaatleri arasında bir değerlendirme yapmakta ve anayasal ilkeler doğrultusunda, bir taraftan iddia makamına maddi gerçeği bulmak için gerekli imkânları tanırken, diğer taraftan da sanığın minimum haklarını garanti altına almaktadır.³ Bu bağlamda maddi gerçeğin araştırılması gayesi mutlak olarak görülmemeli, bu gayeye varmak için olsa bile, kabul edilemeyecek fedakârlıklar, bir diğer deyişle gerçeği araştıramama pahasına da olsa korunması gereken yüksek menfaatlerin bulunduğu kabul edilmelidir.⁴ Maddi gerçeğin araştırılması gayesinde önemli olan, insan haklarını koruyarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olmalıdır. O halde ceza muhakemesinin gayesini, insan haklarını ve hukuku koruyarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olarak belirlemek doğru olacaktır.⁵ Bir ceza muhakemesi işlemi olarak adli arama da bu çerçevede ele alınmalıdır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması gayesine ulaşmak bakımından en çok başvurulacak yollardan biri de delil elde etme ve suçu ve failini ortaya çıkarma yöntemlerinden biri olan arama tedbiridir. Arama, saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın, önleme veya adli amaçlarla, meydana çıkarılması için yapılan bir işlem olup⁶ temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması

² Maddi gerçek, geçmişte olup biten bir olayın, onu temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş halidir. Bkz. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 72; Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinin Amacı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.2, 2007, s. 126.; Suç ve ceza bağlamında gerçeği bulmanın neredeyse imkansız olduğuna ilişkin bkz. Thomas Weigend, "Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perspektifi", Çev. Ali Emrah Bozbayındır, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 330 vd.

³ Karakehya, s. 122.

⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 29.

⁵ Bugün ceza muhakemesinin gayesi konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup maddi gerçeklik yanında, hukuksal barışın tesisi ve muhafazası, münferit bireyin özgürlük ve haklarının devlet müdahalelerine karşı korunması, infazın güvence altına alınması ve yargılamanın şekil kurallarına uygun biçimde yapılması ve hukuka bağlı bir yargılamayı sağlamak gibi amaçları içeren karmaşık bir amaçlar topluluğu olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Yener Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Y.1, S.2, 2006, s. 105.

⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1033.

sonucunu doğurur ve özel hayatın gizliliğine, konut ve kişi dokunulmazlığına müdahale teşkil eder. Toplum çıkarları ile birey çıkarlarının çatışma halinde olduğu ceza muhakemesinde her ne kadar işlendiği iddia edilen suçun ispatı için delillerin elde edilmesi çok önemli olsa da arama tedbirinin uygulanmasında kişilerin temel hak ve özgürlükleri çiğnenmemelidir. Bireyin özgürlük alanına müdahale teşkil eden arama tedbirinin anayasal dayanakları 1982 Anayasası'nın 20. ve 21. maddeleridir.

Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."* Konutta arama ise Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."*

Bireyin özel hayatının gizli alanına devletin müdahale etmesi Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir. Anayasa'nın 13. maddesi ise devletin özel hayatın gizli alanına müdahale edebilmesi için kanuna uygun bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demok-

ratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde gösterilen sınırlama nedenleri ise milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tedbir olan arama, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen sınırlandırma şartlarına tabidir.

Aramanın uygulanmasına ilişkin kurallar Anayasa ile birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ve ilgili kanunlarda (Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Orman Kanunu vb.) düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve arama tedbiri bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale teşkil eden bir tedbir olan arama konusunda yönetmelik çıkarılması ise haklı olarak eleştirilmiştir.⁷ Nitekim İstanbul Barosu Başkanlığı'nca 01.06.2005 gün ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali istemli Adalet ve İçişleri Bakanlıkları aleyhinde Danıştay'da açılan davada, Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 gün ve 2005/6392 E. 2007/948 K. sayılı kararı ile Yönetmeliğin 8. maddesinin "a" bendindeki "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresinin, "f" bendindeki "...ilgilinin rızası..." ibaresinin ve 30. maddesinin 1. fıkrasının Anayasa ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmiş ve karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 gün ve 2007/2257 E. 2012/1117 K. sayılı kararı ile onanmıştır. Ancak halen yürürlükte bulunan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde yer alan ve özellikle karar alınmadan yapılacak aramalar bakımından getirilen bazı düzenlemeler CMK ile

⁷ 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükte iken çıkarılan 24.05.2003 tarihli önceki Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin yok hükmünde olduğuna ilişkin eleştiri için bkz. Zeki Hafızogulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2004/3, s.13-26.

uyumlu gözükse de bazı düzenlemeler Anayasa ve CMK hükümleri ile çelişir niteliktedir.⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türk iç hukukunun bir parçasını teşkil etmektedir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, yargı yerlerine, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri dikkate almak ve bu sözleşme hükümleri ile kanunlar arasında çelişki olduğu takdirde, uyumsuzluğu sözleşme hükümlerini doğrudan uygulamak suretiyle çözümlmek imkânı getirilmiştir. Bu kapsamda AİHS uygulanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) arama konusunda getirdiği kriterler üzerinde de kısaca durmak gerekir. AİHS'in 8. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır.⁹ Buna göre, "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." Görüldüğü üzere, maddenin ikinci fıkrasında bu hakka ilişkin müdahale ve bu müdahalenin sınırları gösterilmiştir.¹⁰ AİHM, uyumsuzluğun özel hayat veya aile hayatı, konut veya haberleşme ile ilgili olduğuna karar verdikten sonra 2. fıkra bakımından geliştirdiği testi uygulamaktadır. Buna göre, önlemin söz konusu hakka müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirildikten sonra müdahalenin kanunlara

⁸ CMK'da arama kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapabilmeye dair tek norm üst aramasıyla ilgili olarak CMK'nun 90/4.maddesinde bulunmaktadır. Bu nedenle Yönetmelikte üst araması dışında eşyada, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde arama işleminde karar veya emir aramayan tüm düzenlemeler, kanuna aykırılığı nedeniyle hukuka aykırıdır. Bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:58, S:1, 2009, s. 158. Yine Yönetmeliğin 31.maddesindeki düzenleme de CMK'ya uygun düşmemektedir ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 159. Yönetmeliğin 7/7. maddesinin Anayasa ve kanuna aykırı olduğu görüşü için bkz. Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 378.

⁹ Özel yaşamın korunması hakkına ilişkin bkz. Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel yaşamın korunması hakkının sınırlama rejimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, s. 366 vd.

uygun olup olmadığı, meşru bir amacı olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı belirlenecektir.¹¹ AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda arama bakımından bir takım genel prensipler getirmiştir. AİHM içtihadına göre, Sözleşmeciler Devletler bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebilir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin alaka ve yeterliliği ile orantılilik ilkesine uygunluğunu denetlemektedir.¹² Bu noktada AİHM, öncelikle iç hukuktaki yasa ve ilgili uygulamaların bireyleri uygun ve etkili bir şekilde suiistimallere karşı güvence altına aldığından emin olmalıdır. AİHM, daha sonra ihtilaflı müdahalenin, pratikte, izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını incelemektedir.¹³ Bunu yaparken de aramayı gerektiren suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almaktadır.¹⁴ Bu çerçevede AİHM, Türkiye aleyhine verdiği bir kararında müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmıştır.¹⁵ Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, AİHM'in bireylere temel hak ve özgürlükler tanıyan normlarının, Türk Mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir üstün nitelikteki hukuk kuralları olduğu ve bu kapsamda AİHM içtihatlarının arama tedbiri uygulanırken mutlaka göz önünde tutulması gerekliliğidir.

¹¹ Ursula Kilkelly, "The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights", Human rights handbook No:1, Council of Europe, 2003, s. 23 vd.

¹² Bkz. Funke v. Fransa (Başvuru No: 10828/84 Karar Tarihi: 25 Şubat 1993); Cremieux v. Fransa (Başvuru No: 11471/85, Karar Tarihi: 25 Şubat 1993); Mialhe v. Fransa (Başvuru No: 12661/87, Karar Tarihi: 25 Şubat 1993)

¹³ Bkz. Camenzind v. İsviçre (Başvuru No: 21353/93 Karar Tarihi: 16 Aralık 1997)

¹⁴ Bkz. Buck v. Almanya (Başvuru No: 41604/98 Karar Tarihi: 28 April 2005).; Smirnov v. Rusya (Başvuru No: 71362/01 Karar Tarihi: 07 Haziran 2007).; Funke v. Fransa (Başvuru No: 10828/84 Karar Tarihi: 25 Şubat 1993).; Camenzind v. İsviçre (Başvuru No: 21353/93 Karar Tarihi: 16 Aralık 1997).; Niemietz v. Almanya (Başvuru No: 13710/88 Karar Tarihi: 16.12.1992).; Chappell v. Birleşik Krallık (Başvuru No: 10461/83 Karar Tarihi: 30 Mart 1989).

¹⁵ Bkz. Aydemir v. Türkiye (Başvuru No: 17811/04 Karar Tarihi: 24 Mayıs 2011).

Hukukumuzda hak ve özgürlüklerin korunması, kamu düzenini sağlamak ve suç işlenmesinin ve tehlikelerin önlenmesi için yapılan önleme araması ve suçun işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması için yapılan adli arama olmak üzere iki tür arama vardır.¹⁶ Suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan adli aramanın amacı şüpheli veya sanığın yakalanması, delil elde edilmesi veya müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesi; konusu ise konut, işyeri, eşya veya aranacak kişi olabilir.¹⁷ Bu çalışma kapsamında delil elde etmek veya şüpheliyi yakalamak için başvurulacak bir tedbir olarak adli arama incelenecektir.

I. Adli Arama

A. Tanım ve Kavram

Ceza muhakemesinin gayesine erişilmesi maksadı ile saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemine adli arama denilmektedir.¹⁸ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde ise adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veya hata yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmıştır.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere, elle tutulan, gözle görülen ve suçu ispata yarayan fiziki delil elde etmeyi sağlayan bir koruma tedbiri olan aramanın amacı, suç delili olacak eşya veya aranan kişiyi ele geçirmektir. Bu kapsamda arama delillerin toplanmasına ve böylece failin

¹⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1036.

¹⁷ Hakan Hakeri, Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2014, s. 395; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2012, s. 471.

¹⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 535.

o suçu işleyip işlemediğinin ispatlanmasına hizmet etmektedir.¹⁹ Dolayısıyla ceza muhakemesi açısından çok önemli bir delil kaynağıdır. Ancak arama koruma tedbiri maddi gerçeğe ulaşma araçlarından biri olarak hiçbir koşul ve sınır tanımadan uygulanamayacaktır; zira özel hayatın gizli alanına devletin müdahalesi olduğundan sıkı kurallara bağlanmıştır. Bu noktada adli aramanın, olay yeri inceleme (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.9-PVSK ek m.6) ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK m. 75) tedbirlerinden ayrıldığını da ayrıca ifade etmek gerekir. Arama, Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinin yanı sıra CMK 116 vd. maddelerinde düzenlenmiş ve yine bu maddelerde aramanın uygulanması için birtakım kurallar ve sınırlamalar getirilmiştir. CMK'nın 116. maddesinde yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği hüküm altına alınmıştır. Şüpheli ve sanık kavramları ise CMK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise kovuşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. Bununla birlikte, CMK m. 117'de şüpheli konumuna girmeyen veya sanık statüsünde olmayan 3. kişiler bakımından da arama yapılması kabul edilmiştir. Buna göre; *"Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır."* Bu kapsamda adli arama çok sık başvurulanan bir diğer koruma tedbiri olan iletişimin denetlenmesinden ayrılmaktadır. Zira iletişimin denetlenmesinde şahsın şüpheli konumuna girmesi aranmakta; aramada ise şüpheli konumuna girmeyen üçüncü kişi bakımından da arama yapılması kabul edilmektedir. Ancak suç şüphesi altında bulunmayan bir kişinin, yapılan ceza muhakemesi işlemi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi, şüpheli veya sanığa göre daha sıkı koşullara tabi tutulmuş olup bu durum doğal görülmelidir, zira üçüncü kişilerin aramaya katlanma yükümlülüğü daha azdır.²⁰

¹⁹ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 55.

²⁰ Keskin Kızıroğlu, s.144.; Özbek ve Diğerleri, s. 362.; Öztürk ve Diğerleri, s. 473.

Aramanın yapılabilmesi, makul şüphenin bulunması (üçüncü kişiler açısından olayların varlığı), hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması ile birlikte kişi, zaman ve yer bakımından bir takım şartlara tabidir. Bu çerçevede arama koruma tedbiri bakımından Anayasa ve kanunlarda getirilmiş koşullar yanında, ona hâkim olan ilkelere de uyulmalıdır.²¹ Zira Anayasa’da ve kanunda düzenlenen şartlara, sınırlamalara ve ilkelere uygun olmayan arama işlemi hukuka aykırı olacak ve aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. En önemli delil elde etme yöntemlerinden biri olan arama koruma tedbirinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi Türk Ceza Adaleti sisteminde kişiler aracılığıyla delile ulaşma anlayışının terk edilmesi ve delilden şüpheli ve sanığa ulaşma anlayışının benimsenmesi bakımından da son derece önemlidir.

B. Hukuki Nitelik

Arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Koruma Tedbirleri” başlıklı Dördüncü Kısımında “Arama ve Elkoyma” başlıklı Dördüncü Bölümde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun aramanın hukuki niteliğini koruma tedbiri olarak belirlemiştir. Doktrinde de, aramanın kişi dokunulmazlığı, özel hayat ve özel olarak da konut dokunulmazlığına yönelik bir koruma tedbiri olduğu kabul edilmektedir.²² Zira koruma tedbirlerinin önkoşulları ve özellikleri olan kanunla düzenlenmiş olma, geçici olma, araç olma, zorlama, gecikmede sakınca, görünüşte haklılık ve orantılılık ilkesi arama tedbiri bakımından da geçerlidir.²³ Bununla birlikte, doktrinde bir görüş tarafından aramanın koruma tedbiri niteliğinde bulunmadığı, delile ulaşmak için başvurulmuş bir araştırma vasıtası olduğu, ancak bu kabulün aramanın koruma tedbirlerine paralel olarak düzenlenmesini engellemeyeceği ve koruma tedbirleri için öngörülen bütün teminatların arama işlemi bakımından da kabul edilmesinin zorunlu olduğu iddia edilmiştir.²⁴

²¹ Özbek, Arama, s. 154. Aramaya hakim olan ilkeler için ayrıca bkz. Özbek, Arama, s.22 vd.

²² Öztürk ve Diğerleri, s. 471 vd.

²³ Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri için bkz. Centel-Zafer, s. 320 vd.; Hakeri-Ünver, s. 328 vd.; Öztürk ve diğerleri, s. 420 vd.

²⁴ Centel-Zafer, s. 389.

Koruma tedbirlerini ortak bir paydada toplamak bakımından birtakım ortak özellikler belirlenmiştir. Ancak koruma tedbirlerinin esasında zorlama özelliği var olmakla birlikte bütün koruma tedbirlerinde zor bulunmamakta, bazen herhangi bir zorlama olmasa da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, işleme koruma tedbiri niteliği vermektedir. Örneğin, iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme gibi tedbirler bireyler üzerinde bir zorlama etkisi yaratmasa da onun temel haklarına müdahale teşkil etmekte ve koruma tedbiri niteliğini korumaktadır.²⁵ Arama tedbiri de ceza muhakemesinde başvurulmuş diğer tedbirler olan yakalama ve tutuklama gibi bazı koruma tedbirlerinden özellikle amacı bakımından ayrılmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, arama, şüpheli veya sanığın yakalanması, müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesi ve özellikle de delil elde edilmesi amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla yakalama ve delil elde etme gibi ikili özellik taşıması nedeniyle aramanın diğer bazı koruma tedbirlerinden ayrıldığını kabul etmek gerekir.²⁶ Bu bakımdan koruma tedbiri kavramı yerine Alman Hukuku'nda tercih edilen "temel hak müdahaleleri"²⁷ teriminin kullanılması daha yerinde gözükmemektedir. Zira bahsi geçen tedbirlerinin tamamının ortak ve belirleyici özelliği temel haklara müdahale niteliği taşımalarıdır.

C. Koşulları

1. Aramada Şüphe Şartı

a. Şüpheli ve Sanık Bakımından

Aramanın kapısını açan anahtar olarak nitelendirebileceğimiz arama yapılabilmesinin hukuka uygunluğunun ön koşulu, aramanın makul şüpheye dayanmasıdır. Aramanın yapılabilmesi için gerekli olan şüphe CMK m. 116 uyarınca makul bir şüphedir.

Makul şüpheye ilişkin açıklamalara geçmeden önce ifade etmek gerekir ki, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 116. maddede yer alan "makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli"

²⁵ Hakeri-Ünver, s. 328.; Öztürk ve Diğerleri s. 419 dn. 2.

²⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 347.

²⁷ Bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 278.; Centel-Zafer, s. 319.; Öztürk ve diğerleri, s. 419 dn.2.

şüphe olarak değiştirilmiştir. Henüz bu değişikliğin üzerinden bir yıl geçmeden 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle maddede yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli"²⁸ ibaresi yeniden "makul" şeklinde değiştirilmiştir.²⁹ Böylece aynı kanun maddesi bir yıl dolmadan iki kez değişikliğe uğramıştır.³⁰ Bu nedenle 2014 yılı ceza muhakemesi hukukunda bir yapboz yılı ve 6572 sayılı Kanun da 6526 sayılı Kanun'la yapılan birtakım değişiklikleri geri aldığından "Yapboz Kanunu" olarak nitelendirilmiştir.³¹ Demokratik hukuk devletlerinde, kanun yapmak veya kanunlarda değişikliğine gitmek toplumsal gereksinimlerin yarattığı hukuki bir süreç olmakla birlikte, 6526 sayılı ve 6572 sayılı Kanunlar'la yapılan söz konusu değişiklikler hukuki değil siyasal bir sürecin ürünüdür.³² Toplumsal gereksinimlerden doğmayan bu tür "panik düzenlemeleri", cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesi ile birlikte toplumun adalete olan inancını da zedelemektedir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte 6. maddede aynı zamanda kavramla ilgili açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre "*Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüp-*

²⁸ Bir tepki hükmü olarak getirilen somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şeklindeki ibare doktrinde eleştirilmiştir. İfade tarzının somut delillerin şüpheli ve sanığın suçu işlediğine, mahkumiyetine karar verebilecek yoğunlukta bulunması gerektiği, bu kadar çok delil var ise zaten aramaya ihtiyaç bulunmayacağı, arama tedbirinin amacının delil elde etmek olduğu ve bu nedenle aramanın amacına uygun olmadığı, kendi içerisinde çelişkili olduğu, bu nedenlerle bir an önce değiştirilmesi gerektiğine ilişkin eleştiriler getirilmiştir. Bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 358-359.

²⁹ Gerekçede bu dönüşün nedeni, uygulamada yaşanan güçlükler ve bunun yanında somut delillere dayalı kuvvetli şüphe istenmesi ile arama kurumunun amacı ve işlerliğinin zayıflaması olarak gösterilmiştir.

³⁰ Aynı zamanda her iki değişiklik de Roma'da erken dönemlerde yasaklanmış olan aynı kanun içinde değişik ve ilgisiz maddelerin düzenlendiği torba kanunlar ile gerçekleştirilmiştir. Roma Hukuku'nda torba kanun yasağına ilişkin olarak bkz. Pervin Somer, "Leges Saturae ve Lex Caecilia et Didia (Roma Hukuku'nda Torba Kanun Yasağı)", 2010 Anayasa Değişiklikler Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 24-29.

³¹ Fahri Gökçen Taner, "Ceza Muhakemesi Hukukunda 'Yapboz' Yılı 2014", *Güncel Hukuk*, S. 133, Ocak 2015, s. 14, 16.

³² Zira ülkemizde bazı ceza muhakemesi kurallarının niye değiştiğini anlamak, ancak günlük gazetelerde yakın geçmişte çıkan haberlerle ilişki kurulduğu takdirde mümkün olabilmektedir. Taner, s. 17.

he ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”

Makul şüphe akla uygun şüphedir,³³ kuşkusuz delillere ve gerçekliklere dayanmalı,³⁴ objektif bir anlam içermeli ve fiilin o kişi tarafından işlendiğinin kabul edilebilir olmasını sonuçlamalıdır.³⁵ Doktrinde makul şüpheye ilişkin getirilen açıklamalara bakıldığında, makul şüphenin yalın bir duygu, duyum veya tecrübe üzerine değil, somut olgulara dayanan bir şüphe olması gerektiği hususu ön plana çıkmaktadır.³⁶ Makul şüphe, aranan kişi veya bir suç eşyasının aranacak yerde veya kişide bulunabileceği yönünde olgulara dayanan, ortalama zekâya sahip bir kişinin duyabileceği seviyede bir şüphedir.³⁷ O halde

³³ Bahri, Öztürk, Mustafa Ruhan, Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2008, s. 590.

³⁴ Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2012, s. 244.

³⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 357-358, dn. 170.

³⁶ “Somut olayda katılan vekilinin şikâyet dilekçesinde sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikte iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüpheyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphe belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir... Mahkumiyetini gerektiren delil bulunmayan ve aşamalarda suçlu kabullenmeyen sanığın beraatine bandrolsüz kitapların zoraltımına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2013/5178 K. 2013/23749 T. 27.11.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

³⁷ Makul şüphe, sıradan bir vatandaşın yapacağı değerlendirmeye dayanır. Makul ve orta zekalı çok sayıda insanın, somut bir olguyu aynı yönde değerlendirebildikleri durumlarda, bu değerlendirme suç ile ilgili ise, makul şüphe vardır. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s. 1061. Makul şüphe esasen ABD’de mahkumiyet için gerekli şüpheye yaklaşmaktadır. Makul şüphenin ötesinde kavramı Türk ceza muhakemesi sisteminde bulunmamakla birlikte, ABD’de jürinin “suçlu” kararı verebilmesi için delillerin, maddi gerçeği “makul şüphenin ötesinde (beyond a reasonable doubt)” ortaya koyması gerekmektedir. “Makul şüphenin ötesinde” standardı, tüm jüri sistemi kullanan ülkelerde ceza yargılama sisteminin temel taşlarından birisi olmasına rağmen, ne kanunlarda tanımı yapılmış ne de bu standarda nasıl ulaşılacağı açıklanmış değildir. ABD ceza yargılamasında savcı, maddi gerçeğin bulunmasına hizmet etmek gibi bir yükümlülüğe sahip olmayıp suçsuzluk karinesinin bir sonucu olarak, sanığın suçunu öyle ispat etmelidir ki, delillerden kendiliğinden anlaşılabilen, makul şüphe kalmamalıdır. “Makul şüphe”den maksat, jürinin, iddianın gerçek olduğuna vicdani şüphesizlikle kanaat edindiğini kesin olarak söyleyememesidir. “Makul şüphenin ötesinde” standardı ABD ceza yar-

arama tedbirine başvurabilmek açısından soruşturmanın başlayabilmesi için gerekli olan basit şüpheden daha kuvvetli, yakalama için gerekli kuvvetli şüpheden ise daha hafif bir şüphe olan makul şüphe gerekmektedir. Koruma tedbirlerine başvurmak için aranan şüphenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ise delillerin değerlendirilmesi yoluyla gerçekleştirilmelidir.³⁸ Arama makul şüpheye dayanmıyorsa arama kararı veya emri ve dolayısıyla arama hukuka aykırıdır ve aramadan elde edilen de delil de hukuka aykırı bir delildir.³⁹ İfade etmek gerekir ki, kamuoyunda gündeme gelen makul şüphe tartışmaları kavramın içeriğine yönelik olmaktan ziyade, yorumlayacak makamlara güvensizlikten kaynaklanmaktadır.

b. Diğer Kişiler Bakımından

Hakkında arama yapılabilecek kişiler kanunda suç şüphesi altında bulunan kişiler ve diğer kişiler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. O halde şüpheli veya sanık olmayan üçüncü kişiler hakkında da arama

gılaması sisteminin en temel taşlarından birisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Yayla, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, s. 289 vd.

³⁸ Bkz. Aydemir v. Türkiye (Başvuru No: 17811/04 Karar Tarihi: 24 Mayıs 2011) "AİHM, aramanın düzenlenme amacının bir tünel yoluyla tutukluların hapisten kaçmalarını engellemek olduğunu gözlemlemektedir. Hâkimin hangi delil unsurlarına dayanarak ihtilaflı arama emrini çıkardığı açık bir şekilde ortaya konmamış, sadece emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ceza mahkemelerinin ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı yönündeki tespitlerini kayda geçmektedir. Her halükarda, AİHM burada sadece cezaevi yakınlarında bulunan kırk dokuz adresle ilgili yoğun bir polis operasyonu yapıldığını not edebilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu müdahale, sistematik bir biçimde cezaevinin hemen yakınında bulunan tüm evleri hedef alan bir tedbirdir."

³⁹ "... gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada "makul şüphe"yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir. Sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, atılı hırsızlık ve 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi hukuka aykırıdır." Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2012/29290 K. 2013/27219 T. 20.11.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

tedbirine başvurmak mümkündür. Suç işlediğinden şüphelenilmeyen bir kişi hakkında arama yapılması CMK m. 117'de kabul edilmiştir. Bu kapsamda CMK m. 117/1, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğini hüküm altına almıştır. Ancak üçüncü kişiler hakkında uygulanabilecek arama için gerekli olan şüphenin derecesi farklıdır. Suç işleme şüphesi altında olanlarla karşılaştırıldığında, suç işleme şüphesi altında olmayan bir kişinin aranmasında hissedeceği manevi zarar ve aşağılanma duygusu daha fazla olacaktır.⁴⁰ Bu doğrultuda CMK' nın 117/2. maddesi gereğince, diğer kişiler hakkında aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Şüpheli ve sanık dışındaki suç işlediğinden şüphelenilmeyen bir kişi hakkında arama yapılabilmesi için makul şüphe yeterli değildir, makul şüpheden daha yoğun bir şüphenin varlığı gerekmekte olup bunu kuvvetli şüphe düzeyinde bir ihtimal olarak da değerlendirmek gerekmez.⁴¹ CMK m. 117/2'deki olay tabiri; delil olarak anlaşılmalı ve şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin veya onlara ait şeylerin aranabilmesi için şüpheli veya sanığın yakalanabileceğini veya suç delillerinin elde edilebileceğini gösteren yeterli somut bulgular, belirtiler bulunmalıdır.⁴²

Ancak CMK m. 117/3 uyarınca şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında bu kısıtlama geçerli değildir. Bu kapsamda kişinin yakalandığı yerlerde herhangi bir şüphe derecesine gerek olmaksızın arama yapılabilir. Kişinin yakalandığı yere yakın yerlerde suç eşyası ve dolayısıyla delil bulunması olasılığı yüksek olduğundan bu durumlarda arama yapılması için hayat tecrübesine dayanan makul şüphenin varlığından söz edilebilir. Örneğin, suçüstü hali söz konusu olduğunda yapılan sıcak takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi veya suç

⁴⁰ M. Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 147.

⁴¹ Murat Önok, "Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Ed. Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 272.

⁴² Toroslu-Feyzioğlu, s. 244.; Aynı yönde bkz. Keskin Kızıroğlu, s.150.; Özbek ve Diğerleri, s. 361.

aletini veya başkaca delili üçüncü bir kişinin konutunun içine atması durumunda buralarda da arama yapılabilecektir.⁴³

2. Arama Kararı veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Kanunla Yetkili Kılınmış Merciin Yazılı Emri Bulunması

a. Hâkim Kararı ve Yetkili Kılınmış Merciin Yazılı Emri

Aramanın yapılabilmesi için hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması anayasal güvence altındadır. 2001 değişiklikleri ile Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine⁴⁴ sadece hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin **yazılı emri** ile arama yapılabileceğine ilişkin hüküm getirilmiştir. Anayasa hükmü ile uyumlu şekilde ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan (m.97/1)⁴⁵ farklı olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre (m.119/1), hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının **yazılı emri** ve Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin **yazılı emri** ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.⁴⁶

⁴³ Öztürk-Erdem, s. 590.

⁴⁴ 20. maddenin değişiklikten önceki hali:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."

21. maddenin değişiklikten önceki hali:

"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz." Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, Beta Yayınevi, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s. 138 dn. 9-10.

⁴⁵ Arama Kararı Salahiyeti madde 97 "Aramaya karar vermek salahiyeti hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumileri ve müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler."

⁴⁶ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin aranması kolluğun yetkilerini kısmen daralttığından çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Kolluk amirlerine de ulaşmak her zaman mümkün olmadığından acele hallerde bile arama için kolluk amirinin yazılı emrinin aranmasının hizmetin yerine getirilmesini aksatacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 309. Ayrıca her

Arama için kural olarak hâkim kararı gereklidir ve hâkim, makul şüphenin bulunduğu hallerde arama kararı verebilir. Aramaya hangi hâkimin karar vereceği konusunda ise “Soruşturmada Cumhuriyet Savcısının Hâkim Kararı İstemi” başlıklı CMK’nın 162. maddesi yol gösterici olacaktır. CMK 162. maddeye göre “*Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir*” Yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin Tanımlar başlıklı 4. maddesinde Yönetmelikte geçen hâkim sözünün, sulh ceza hâkimini veya hâkimi ifade edeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, soruşturma aşamasında arama kararını arama işleminin yapılacağı yer sulh ceza hâkimi verecektir.

CMK m.119 hâkimin arama kararını düzenlemekle birlikte ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına ve kolluk amirine de arama emri verme yetkisi vermiştir. İfade etmek gerekir ki, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama için sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri geçerlidir, kolluk amirine burada yetki verilmemiştir. Düzenlemeye göre, aleni yerlerde arama için kolluk amirinin yazılı emri kabul edilmektedir.

Anayasa ve CMK’daki düzenlemeler uyarınca Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin arama emri verme yetkisi belirli koşullara

durumda aranan yazılı emir şartına yönelik eleştiri için bkz. Öztürk-Erdem, s. 598.; Yasemin F. Saygılar, “Arama”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 1, 2008, s. 632. İfade etmek gerekir ki, bu düzenleme ile kolluğun yetkisi tamamen ortadan kaldırılmamış olup hakim kararı ve yazılı emir almadan arama yapma yetkisi zaman ve yer bakımından sınırlandırılmıştır. Arama tedbiri, temel hak ve özgürlüklere ve özellikle özel hayatın gizli alanına müdahale oluşturduğundan bu şekilde aramanın ölçüsüz gerçekleştirilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Kolluğun yetki alanını genişleten, ucu açık ve belirsiz bırakan düzenlemeler özellikle toplum ve birey menfaatleri arasında hassas bir denge gözetilmesini gerektiren arama tedbiri açısından son derece sakıncalıdır. Bu bakımdan arama kararı verme yetkisinin kural olarak hâkim kararına bağlı olması birey açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır. İnsan haklarını ve hukuku koruyarak maddi gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda bu düzenlemeleri suçla mücadeleyi zorlaştıran bir düzenleme olarak değerlendirmek de yanlış olacaktır. Kaldı ki, CMK suçtan önce değil; suç işlendikten sonra uygulanacak hükümleri ihtiva ettiğinden bu durumun suçların önlenmesini zorlaştıracığı iddiası dayanaktan yoksundur. Bkz. Öztürk-Erdem, s.585.

bağlıdır. Cumhuriyet Savcısı ile kolluk amirinin yazılı arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekir.⁴⁷ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı ve kolluğa arama yapabilme yetkisi tanıyan hüküm, her ne kadar belirli bir ihtiyacı karşılarsa da son derece dikkatli ve titiz kullanılmalıdır. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hal terimi son derece geniş ve belirsiz olması nedeniyle her zaman kötüye kullanmaya elverişlidir.⁴⁸ Gecikmesinde sakınca bulunan hal, bir işlem o anda yapılmadığında, o işlemle ulaşılabilecek amaca bir daha ulaşılamayacaksa söz konusu olacaktır.⁴⁹ Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.⁵⁰ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin Tanımlar başlıklı 4. maddesinde de gecikmesinde sakınca bulunan hal; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede istisnai bir yetki kapsamında verilen arama emrinde, hâkime başvurulup arama kararı talep edilmesi halinde de-

⁴⁷ "Sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazaryeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CYUY'nun 97. maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan" halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı Yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır." YCGK E. 2005/10-15 K. 2005/29 T. 15.3.2005 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

⁴⁸ Özbek, Arama, s. 74-75.

⁴⁹ Buradaki gecikmeden maksat, hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır. Bkz. Özbek ve Diğ'leri, s. 380.

⁵⁰ "Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet Savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır." YCGK E. 2009/7-160 K. 2009/264 T. 17.11.2009 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

lillerin kaybolacağı veya telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkacağı ve tedbirin uygulanamaz hale geleceği konusunda somut olgular ve aciliyeti haklı kılan nedenler ortaya konulmalıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal koşulu gerçekleşmediği hâlde hâkim kararı alınmaksızın, yetkili merciin yazılı emri üzerine yapılan arama hukuka aykırı olacak ve bu aramadan elde edilen deliller hukuka aykırı delil kategorisine girecektir.⁵¹

⁵¹ “... sanığın esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinde uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlaması nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunduğu belirtilmiş ise de, ihbar içeriği ya da araştırma tutanağına göre, şüphelin kısa bir süre içinde ikametinden ayrılacağı, bulundurduğu iddia edilen esrarı elinden çıkaracağı ya da yok edeceği yönünde ek bilgi edinilmediği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan halin kabulü için haki-me başvurulup arama kararı talep edilmesi halinde delillerin kaybolacağı veya bu tedbirin uygulanamaz hale geleceği hususunda başkaca somut olgular da ortaya konulmamı ve ilçe merkezindeki hakimden karar alınması halinde ne gibi telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkacağını gösteren ve aciliyeti haklı kılan herhangi bir halden söz edilmemiştir...Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suçta konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” YCGK E. 2014/8-166, K. 2014/514, T. 25.11.2014 Karar metni ve değerlendirilmesi için bkz. Gözde Kazaker, “Karar İncelemesi-2 Adli Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Y.10, S.27, 2015, s. 145 vd. “Somut olayınızda ise, sanığın işyerinde arama yapılmadan önce hakim kararı alınmamıştır. Öte yandan kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden de söz edilmemiştir. Kaldı ki Salihli gibi bir ilçe merkezinde bir iş yerinde çalışma gün ve saatleri içerisinde hakim kararı alınmasının gecikmede sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosya içerisinde bulunmamaktadır.” Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2004/5671 K. 2007/1111 T. 22.2.2007 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015 “Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.” YCGK E. 2009/7-160, K. 2009/264, T. 17.11.2009 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri tarafından verilen arama emrine ilişkin bir diğer koşul ise arama emrinin yazılı olması gerektiğidir.⁵² Bu koşul hem Anayasa'da hem de CMK'nın ilgili hükümlerinde açıkça hüküm altına alınmış olup sözlü olarak verilmiş arama emri, arama öncesinde verilen bir yazılı emir bulunmadığından, sonradan yazı ile teyit edilse bile arama hukuka aykırı olacaktır.⁵³ Dolayısıyla hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin **arama işleminin yapılmasından önce** alınmış olması gereklidir.⁵⁴ Aynı zamanda CMK m.119/1'de bir açıklık olmamasına rağmen CMK m.119/2 ile birlikte değerlendirildiğinde hâkim kararının da yazılı olması gerektiği hususu ortaya çıkmaktadır.⁵⁵

Çoğunlukla aramayı takip eden bir tedbir olan elkoyma tedbirinden (CMK. m.127) farklı olarak, Cumhuriyet Savcısının verdiği arama kararının hâkim onayına sunulmasına ilişkin Anayasa hükmüne CMK'da yer verilmemiştir. Doktrinde, aramanın el koyma ile sonuçlandırıldığı hallerde ilgili Anayasa normunun doğrudan doğruya uygu-

⁵² Gecikmesinde sakınca bulunan hal özelliği göz önünde tutulduğunda, kayda geçen telsiz aracılığıyla verilen sözlü emirde yazılılık koşulunun yerine getirilmiş sayılmasına ilişkin bkz. Keskin Kızıroğlu, s.153.

⁵³ Yenisey-Nuhoğlu, s. 550.; YCGK, 15.3.2005 gün, 2005/10-15 E., 2005/29 K. sayılı kararında ise yapılan yazılı arama emri olmaksızın yapılan aramanın hukuka uygun olup olmadığı, dolayısıyla elde edilen uyuşturucu maddenin delil olarak hükme esas alınıp alınamayacağı sorununa ilişkin şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır: "... emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, elkoyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hâkim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da, suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise, başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C.Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hâkim kararı alınması için girişimde bulundukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır." www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015 Ancak Anayasa'nın 38/6. hükmü, Mülga CMUK'un 254/2. maddesi ve CMK'nın 206/2-a ve 217/2 maddeleri gereğince böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin kabul edilemeyeceğini ifade etmek gerekir.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Öztürk ve Diğerleri, s. 480.

⁵⁵ Arama kararının acele hallerde sözlü olarak, örneğin telefonla da verilebileceği, böyle bir durumda arama kararının sonradan yazılı hale getirilmesi gerektiği konusunda bkz. Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 526.

lanması gerektiğini ifade eden görüşler⁵⁶ ile birlikte; CMK'da bir düzenleme bulunmadığından arama emrinin sonradan hâkim onayına sunulmasına gerek olmadığını, Anayasa 20 ve 21. maddelerindeki "... Hâkim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar." hükmünden dolayı hâkim denetiminin sadece el koyma için arandığının kabul edilmesi gerektiği ancak hükmün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle gözden geçirilmesi gerekliliğini ifade eden görüşler de mevcuttur.⁵⁷ Cumhuriyet Savcısının verdiği arama kararının hâkim onayına sunulması her ne kadar elkoyma tedbirinde (CMK. m.127) olduğu gibi CMK hükmünde açıkça düzenlenmemiş olsa da bu durum savcı emri ile yapılan aramanın hâkim tarafından onaylanmaması halinde arama ile elde edilen delilin kullanılabileceği, hâkim onayına ihtiyaç bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira yazılı emir üzerine arama işleminin, emrin verildiği zamandan itibaren 24 saat içinde, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin, kovuşturma evresinde ise mahkemenin onayına sunulması anayasal zorunluluktur.⁵⁸

Arama karar veya emrinde bulunması gerekenler CMK'nın 119/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; arama karar veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya ve karar veya emrin geçerli olacağı süre açıkça gösterilecektir. Bunlara ek olarak, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7/7. maddesinde, arama karar veya emrinde aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağına da açıkça gösterileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ise arama kararını aynı zamanda bir elkoyma kararına dönüştürmekte ve kanuna aykırılık teşkil etmektedir.⁵⁹

Arama kararı veya emrinde bulunması gereken hususları düzenleyen CMK m.119/2 hükmü karşısında genel bir arama kararı verilebilmesinin mümkün olmadığını da ifade etmek gerekir.⁶⁰ Arama

⁵⁶ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2014, s. 390.

⁵⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 383-384.

⁵⁸ Keskin Kızıroğlu, s.151.

⁵⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 378.; Hakeri-Ünver, s. 407.

⁶⁰ Bkz. Aydemir v. Türkiye (Başvuru No: 17811/04 Karar Tarihi: 24 Mayıs 2011) "Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını tespit etmektedir. Hâkim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus

kararında, elkonulmak üzere aranan eşyanın ne olduğu tam olarak belirlenmeli, hatta mümkünse bu eşya tanımlanmalıdır.⁶¹ Ayrıca biliniyorsa aranacak kişinin adı ve kişisel özellikleri de açıkça belirtilmelidir.⁶² Örneğin, arama kararında gösterilen kişiler dışında o sırada tesadüfen aranacak kişinin yanında olan kişilerin üstlerinin aranması hukuka aykırıdır. Yine maddede yer alan bilgilerin eksik olduğu veya genel bir aramaya yol açabilecek şekilde yer, süre vb. hususlar bakımından genel ifadelerle yer verilmesi hukuka aykırılık yaratacaktır.⁶³

b. Karar Alınmadan Yapılacak Arama

Arama kararı veya arama emri bulunmadan arama yapabilmenin kanundaki dayanağı CMK'nın 90/4. maddesi uyarınca yapılan tedbir mahiyetindeki üst aramasıdır.⁶⁴ Kişinin, yakalandığı sırada ön-

olduğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polisler için geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM'nin kanaatine göre, bir arama emrinin, aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir.”

⁶¹ Özbek ve Diğerleri, s. 378 dn. 309.

⁶² Özbek ve Diğerleri, s. 378 dn. 310.

⁶³ “Somut olayda aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacıyla aşan ve genel arama boyutuna ulaşan keyfiliğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. O halde; Sulh Ceza Mahkemesinin adli aramasına ilişkin olarak verdiği karar hukuka aykırı olup, bu karara istinaden aranan iş yerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmaz ve Anayasa'nın 38/6, 5271 sayılı Yasanın 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz. Mahkumiyetini gerektiren delil bulunmayan ve aşamalarda suçu kabullenmeyen sanığın beraatine bandrolsüz kitapların zoraltılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2013/5178 K. 2013/23749 T. 27.11.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015. AİHM, Niemietz v. Almanya kararında (Başvuru No: 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992) arama kararında hiç bir sınırlama getirilmeden, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve el konulması gibi geniş terimlere yer verilmiş olduğunu belirlemiş ve özel yaşama saygı hakkının, konuta saygı hakkının, haberleşmeye saygı hakkının ihlali sonucuna varmıştır.

⁶⁴ CMK 90. maddede yakalama emri bulunmaksızın yakalama yapılabilecek haller düzenlenmiş olup 90/4 hükmü uyarınca “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.”

lem amacıyla üst aramasını yapabilmek için ayrıca karar veya emir aranmaması zorunluluk durumu olarak görülmelidir ve bu nedenle ilgili yasal düzenleme hukuka uygun kabul edilmelidir.⁶⁵ Kişi yakalandığı sırada önlem amacıyla üst aramasını yapabilmek için ayrıca karar veya emir aranmamakla birlikte, arama kararı veya emri bulunmadan arama yapılabilecek haller ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, (İptal ibare: Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile:"...yakalanması amacıyla konutunda,işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada," ibaresi iptal edilmiştir.)

b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

e) 1) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

2) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17 nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkuilanılan kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

⁶⁵ Keskin Kızıroğlu, s. 154.

3) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âminin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve (İptal ibare: Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli

ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile:"...ilgilinin rızası..." ibaresi iptal edilmiştir.) ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için **hakimin arama kararı ve yetkili merciin yazılı olarak arama emri vermesi gerekmez.** İfade etmek gerekir ki, maddedeki bazı düzenlemeler CMK 90/4 hükmü ile uyumlu gözüktükçe de genel itibarıyla söz konusu düzenleme Anayasanın 20 ve 21. maddelerine aykırılık teşkil etmekte ve aynı zamanda CMK düzenlemeleri ile çelişmektedir.⁶⁶ Temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirlerin kanun ile düzenlenmesi anayasal zorunluluktur.

Konumuz açısından burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, ilgilinin rızası halinde karar ve emir olmadan arama yapılabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Mukayeseli hukukta, hukuken geçerli bir arama rızası verildiği takdirde, kolluğun arama kararı olmadan ve suç işleme konusunda makul bir şüphe bulunmadan, arama yetkisi kazanacağı kabul edilmektedir.⁶⁷ Kişinin hiçbir baskı ve zor-

⁶⁶ Öztürk ve Diğerleri, s. 476.; Özbek ve Diğerleri, s. 385-386.

⁶⁷ İngiliz Hukukunda, kişinin durdurmaya rıza göstermesi ve gönüllü olarak aranmak istenmesi halinde, kolluk, aramanın maddi ve şekil şartlarını yerine getirmedi o kişinin üzerini, çantasını veya arabasını arayabilir. Ayrıntılı bilgi için Eryılmaz, s. 188.; Alman Hukukunda da rızanın varlığının arama kararının hakim tarafından verilmesi yönündeki zorunluluğu kaldırdığı kabul edilmektedir. Bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 377 dn. 308.; Arama konusunda verilen rızanın şartlarına ilişkin bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Yenisey-Nuhoğlu, s. 993-994.

lama olmaksızın aramaya rıza göstermesi halinde hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emri olmadan arama yapılabileceği⁶⁸ ve rıza ile aramanın mukayeseli hukukta da kabul gören yerinde bir uygulama olduğu ifade edilmiş olsa da⁶⁹ arama koruma tedbiri açısından devlet gücüyle karşı karşıya kalan bireyin, maddi-manevi her türlü baskıdan uzak özgür iradeyle rıza göstermesi genel gerçeklikle bağdaşmayacaktır.⁷⁰ Bu kapsamda Yönetmeliğin 8/f. maddesindeki karar ve emir olmaksızın ilgilinin rızası ile arama yapılabileceğine ilişkin ibare Danıştay 10.Dairesinin kararı ile iptal edilmiştir.⁷¹ Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı Anayasa'ya göre vazgeçilmez haklardan olduğundan Danıştay bu hakları kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklar kategorisinde değerlendirmemiş ve bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle rızanın mutlaka sakatlanmış sayılacağını karine olarak kabul etmiştir.⁷² Rıza ile arama kurumunun hukuki dayanaktan yoksun bırakılmasıyla rıza ile yapılan aramalar

⁶⁸ Feridun Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara, 1995, s. 37.

⁶⁹ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 1078.

⁷⁰ Keskin Kızıroğlu, s. 162.

⁷¹ "Anayasanın 'Temel Haklar ve Ödevleri' kısmında yer verilen 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı hakkı dokunulmaz, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardır. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların 'vazgeçilmez' niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde 'ilgilinin rızası' na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması esas benimsenmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı' hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen 'rıza' müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz bırakacağı açıktır." gerekçesiyle iptal kararı verilmiştir. Danıştay 10.Dairesi E. 2005/6392 K. 2007/948. T. 13.03.2007 <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf> Erişim Tarihi: 12.3.2015. Davalı idarelerin temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14.09.2012 gün ve 2007/2257 E. 2012/1117 K. sayılı kararı ile "Ceza Muhakemesi Yasası'nın 116. ve 122. maddeleri arasında düzenlenen "şüpheli ve sanıkla ilgili arama", dolayısıyla "adli arama" konularından Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlılık bulunmamaktadır." denilmek suretiyle farklı gerekçeyle Danıştay 10. Dairesinin iptal kararı onanmıştır. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20121117.pdf> Erişim Tarihi: 12.3.2015.

⁷² Centel-Zafer, s. 392.

ve bu aramalardan elde edilen deliller hukuka aykırı delil kategorisine dâhil olacak ve muhakemede kullanılamayacaktır. Ancak hukuka aykırı aramadan elde edilen maddi delillerin ve ayrıca maddi delil dışındaki diğer delillerin örneğin sanığın ikrarının delil olarak kullanılabileceğine ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır.⁷³

3. Aramanın Zamanına İlişkin Şart: Aramanın Gündüz Yapılması

CMK' nın 118/1. maddesi uyarınca *"Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde*

gece vaktinde arama yapılamaz." Bu itibarla, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adli arama, kural olarak gündüz yapılacaktır. Bu

⁷³ İlginin rızası ile arama yapılması konusunda bkz. "Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işlem hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir." Ayrıca YCGK söz konusu kararda, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunu değerlendirmiştir. Kurul oyçokluğu ile verdiği kararında, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçunun sübuta erdiği gerekçesiyle, arama kararı olmadan kişinin izniyle yapılan hukuka aykırı bir arama neticesinde elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilen ikrarı kabul etmiştir. Hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin kullanılabileceği yönünde bir sonuç ortaya koyan bu kararın benimsenmesi mümkün değildir. Yeni tarihli bir başka kararında Yargıtay, arama kararı olmaksızın sanığın rızası ile açtığı aracın bagajında ele geçirilen kaçak parfümlerin delil olarak kullanılmasında bir hukuka aykırılık görmemiştir. YCGK E. 2005/7-144 K. 2005/150 T. 29.11.2005 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015 Ayrıca bkz. "Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiştir. Sanık araç bagajını kendi rızası ile açmıştır. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır... Olayda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır." Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2013/5127 K. 2013/17549 T. 3.7.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015

şekilde, kişinin konutunda özgürce yaşama hakkına saygının bir gereği olarak gece vakti konut ve işyerinde veya diğer kapalı yerlerde rahatsız edilmesi önlenmek istenmiştir.⁷⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gündüz vakti kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiş olmakla birlikte, TCK' nın 6/1-e maddesinde yer alan gece vakti tanımından yola çıkarak, gündüz vaktinin, güneş doğmasından bir saat önceden başlayan, güneş batmasından bir saat sonra biten zaman dilimi olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵ Aramanın gündüz yapılması, gündüz başlaması anlamına gelmekte olup gündüz başlanan arama bitmezse, gece de devam edebilecektir.⁷⁶ Ancak ifade etmek gerekir ki, uygulamanın yasayı dolanmak amacını taşımaması gerekir.⁷⁷ Burada önemli olan makul sınırı aşmamak ve dürüst işlem ilkesine aykırı olarak gündüz başlayan bir aramayı gereksiz yere uzatarak geceye sarkıtmak suretiyle kanun ile getirilen güvencelerin dolanılmaması gerektiğidir.

Bununla birlikte, aramanın gündüz yapılması kuralının istisnaları CMK m.118/2. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece de arama işlemi yapılabilecektir. Suçüstü hali CMK'nın 2/j maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; suçüstü, 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, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade etmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan halden anlaşılması gereken ise, gecenin sona ermesinin beklenmesi halinde aramanın başarısının tehlikeye düşecek olması, yani o yerin aranmasının ancak geceleyin mümkün, aramanın yalnız geceleyin yapılırsa başarılı olacak olması, aksi takdirde şüpheli veya sanığın kaçacak veya delillerin ortadan kal-

⁷⁴ Soyaslan, s. 308.; Özbek ve Diğerleri, s. 372.

⁷⁵ TCK'da yer alan gece tarifi CMK uygulamasında kullanılabileceğine, ancak kavramın ayrıca CMK uygulaması açısından yeniden tanımlanmasının yerinde olacağına ilişkin bkz. Centel-Zafer, s. 392, dn. 183.

⁷⁶ Toroslu-Feyzioğlu, s. 244.; Öztürk ve Diğerleri, s. 377.; Centel-Zafer, s. 392.

⁷⁷ Keskin Kızıroğlu, s. 164.

dırılacak olmasıdır.⁷⁸ Ancak bu halin oldukça dikkatli değerlendirilmesi ve dar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca hükümlü, tutuklu, yakalanmış veya gözaltına alınmış olan kişinin kaçması halinde de gece arama yapmak mümkündür.

Doktrinde muhatabın rızasının varlığı halinde, bunun tutanakta gösterilmesi ve fesada uğratılmamış olması şartıyla aramanın gece de yapılabileceği ifade edilse de⁷⁹ hukukumuzda rıza ile arama yapılmasının mümkün olmadığı göz önüne alındığında bu görüş kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla kanunun dolanılması anlamına gelecek şekilde bilerek geceye sarkıtılan aramalar ve ilgilinin rızası ile gece yapılan aramalar hukuka aykırı bir nitelik taşıyacaktır. Yine gündüz arama kuralının istisnaları değerlendirilmeden var olduğu kanısıyla verilecek arama kararı da hukuka aykırı olacaktır.⁸⁰ Bu kapsamda koşulları bulunmadığı halde gece yapılan aramalardan elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilecektir.

4. Aramanın Yapılabileceği Yerlere İlişkin Şartlar

a. Konut, İşyeri ve Diğer Yerler

CMK'nın 116. ve 117. maddeleri uyarınca, arama yapılabilecek yerler, şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler ile şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerdir.

Arama koruma tedbirinin en çok uygulandığı yerler ise konutlar ve işyerleridir. Konut ile kastedilenin ise ikametgâh olmadığını ifade etmek gerekir.⁸¹ Genel olarak konut, devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli olan yer olarak ifade edilebilir.⁸² Bu kapsamda kişinin konakladığı bir otel odası konut sayılacağı gibi, çadır, karavan, tekne gibi yaşam alanları da

⁷⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 375.

⁷⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 373.

⁸⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 374.

⁸¹ Özbek ve Diğerleri, s. 365.; Keskin Kızıroğlu, s. 147.

⁸² Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2012/18535 K. 2012/41860 T. 25.9.2012 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

konut olarak kullanıldıkları takdirde konut sayılırlar.⁸³ Ayrıca eklenti de konut kavramına dâhildir.⁸⁴ Konut eklentisi (müştemilat); konuta bitişik ya da onun yakınında olan, konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir.⁸⁵ Konutta yapılacak aramalar bakımından hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin bulunması zorunludur.

İşyeri de konut kavramı gibi geniş kapsamlı anlaşılmalıdır. Kişinin işyeri ve ona ait yerlerde de aynı şekilde konutta arama gibi arama işlemi yapılabilecektir. Dolayısıyla işyerlerinde de kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilecektir. Konut ve işyerinde arama yapılması konusunda kolluk amirine yetki verilmemiştir. Diğer yerler ise, konut ve işyeri kavramı içerisine girmeyen özel mülkiyete tâbi bütün yerler olarak kabul edilebilir ve ancak bir taşınmaz olabilir.⁸⁶

b. Üstte Arama

Üst araması, beden muayenesine dönüşmeyecek tarzda kişinin üzerinde yapılan arama olup, aynı zamanda kişinin beden dokunulmazlığını da ilgilendiren bir arama türüdür.⁸⁷ Dolayısıyla bir kimsenin üstü aranırken, vücut tamlığına ve o kimsenin ar ve haya duygularına uygun davranılmalıdır.⁸⁸ Bu kapsamda beden muayenesi ile üstte yapılan aramanın birbirinden farklı olduğunu ifade etmek gerekir. Üst araması bir kişinin bedenine müdahale yetkisi vermemekte olup şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması⁸⁹

⁸³ Keskin Kızıroğlu, s. 147.

⁸⁴ Özbek ve Diğerleri, s. 365.

⁸⁵ Yargıtay 15. Ceza Dairesi E. 2013/32291 K. 2014/16 T. 13.1.2014 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

⁸⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 367.

⁸⁷ Keskin Kızıroğlu, s. 147.

⁸⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 371.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 526 vd.; Öztürk ve Diğerleri, s. 492 vd.; Hakeri-Ünver, s. 301 vd.; Centel-Zafer, s. 276 vd.; Yenisey- Nuhoglu, s. 798 vd.; Soyaslan, s. 260 vd.; Toroslu-Feyzioğlu, s. 213 vd.; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 70, S: 1, 2012, s. 19-38.; Fulya Eroğlu, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış

CMK'nın 75. maddesinde ayrı bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, mağdurun dış beden muayenesinden (CMK m.76) farklı olarak kanunda düzenlenmemiştir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesi uyarınca ise "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî inceleme" dış beden muayenesi olarak nitelendirilmiştir.⁹⁰ Bu çerçevede kişinin üstünde veya elbiselerinde bir delilin araştırılması üst araması kapsamında iken vücut içinde ve yüzeyinde bir delil araştırılması beden muayenesi kapsamındadır.⁹¹ CMK m.75/4 hükmü uyarınca cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi sayılmaktadır.

Üst araması yapılırken kişinin üzerinde taşıdığı giysilerde arama yapılabileceği gibi, kişinin bu giysilerin altında çıplak bedeninde bir şey bulunup bulunmadığının gözle tespiti de üst araması kapsamındadır.⁹² Hukukumuzda çıplak aramaların yasal dayanağı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'tür. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Karar veya yazılı emir üzerine üst ve eşya aramasının icrası" başlıklı 29. maddesinde giysiler çıkartılmak suretiyle üst araması yapılabilecek haller gösterilmiştir. Buna göre: arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir. Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir. Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenın üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır; bedenın alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler mutlaka aranır. Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Arama,

Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

⁹⁰ Şüpheli ve sanık üzerinde dış beden muayenesi, ilgili makamlardan talep edilerek ve ancak hekim tarafından yapılır. (Yönetmelik m. 5)

⁹¹ Centel-Zafer, s. 278. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin arama hükümlerine tabi olduğu görüşü için bkz. Öztürk ve Diğerleri, s. 478.

⁹² Keskin Kızıroğlu, s. 146.

mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir. Ayrıca Tüzük'ün 46. maddesi uyarınca ceza infaz kurumuna sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşyanın bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurumun en üst düzey amirinin gerekli görmesi halinde çıplak arama yapılabileceği düzenlenmektedir. Her iki düzenleme uyarınca da arama yapılan kişi arama süresince tamamen çıplak olamayacağı gibi, her ne kadar çıplak aramanın kişinin utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde yapılması zor görünse de arama, kimşenin görmemesini ve bedene mümkün olduğunca dokunulmamasını sağlayarak ve kişinin utanma duygusunu en az ihlal edecek şekilde yapılmalıdır.⁹³

Kişinin üstünde yapılan arama, doğrudan buna ilişkin bir kararın gereği olarak yapılabileceği gibi konutta, işyerinde veya diğer yerlerde yapılan bir arama kararının kapsamında da uygulanabilecektir.⁹⁴ Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır. Avukata bu düzenleme ile getirilen teminat mesleğini, hak, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde en iyi şekilde yerine getirebilmesini sağlamaya yönelik olup bu çerçevede avukat, ağır cezayı gerektiren suçüstü hal dışında avukatlık mesleğini icra ederken aramaya tabi tutulamayacak, ancak avukatlık mesleğini icra etmiyor ise aranabilecektir.⁹⁵ Ancak avukatların aranamayacağına

⁹³ AİHM, *Iwanczuk v. Polonya* (Başvuru No: 25196/94, Karar Tarihi: 15 Kasım 2001) kararında hırsızlığa teşebbüs ve yolsuzluktan tutuklu bulunan başvurunun genel seçimlerde oy kullanmak üzere gardiyanların odasına geldiğinde kendisinden soyunmasının istenmesi ve iç çamaşırlarını çıkarmaması üzerine oy kullanamaması, bu arada kendisine hakaretlerde bulunularak aşağılanması 3. maddenin ihlali saymıştır. Yine AİHM, *Van Der Ven v. Hollanda* (Başvuru No: 50901/99, Karar Tarihi: 04 Şubat 2003) kararında kaçması halinde yeniden şiddet suçları işlemeleri riski bulunduğu için EBI tipi cezaevinde çok katı bir rejim altında tutulan başvurunun üç buçuk yıl boyunca her hafta sistematik olarak çıplı çıplak soyularak üst aramasına tabi tutulmasının Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. *Valasinas v. Litvanya* (Başvuru No: 44558/98, Karar Tarihi: 24 Temmuz 2001) kararında ise AİHM, ziyaretçisinin getirdiği yiyeceklerle koğuşuna dönmekte olan başvurunun çıplı çıplak bir şekilde bayan görevlinin önünde cinsel organları çıplak elle yoklanarak aranmasının 3. maddenin ihlali olarak görmüştür. Ayrıca bkz. *Frérot v. Fransa* kararı (Başvuru No: 70204/01, Karar Tarihi: 12 Haziran 2007), *El Shennawy v. Fransa* kararı (Başvuru No: 51246/08 Karar Tarihi: 20 Ocak 2011)

⁹⁴ Özbek ve Diğerleri, s. 371.

⁹⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 364. Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin ağır ceza mah-

ilişkin bu düzenlemenin x-ray cihazı gibi denetim amaçlı cihazlardan geçme zorunluluğunu engellemediğini ifade etmek gerekir. Özellikle adliye ve ceza infaz kurumu girişlerinde avukatlar vücutlarına dokunulmaksızın ve üstleri aranmaksızın x-ray cihazı gibi denetim amaçlı cihazlardan geçmek durumundadır.⁹⁶

c. Eşyada Arama

Eşyada arama, aramaya tabi kişinin zilyetliğinde bulunan her türlü taşınır malda yapılan aramadır.⁹⁷ Bu kapsamda eşyanın aramaya konu olabilmesi için mutlaka eşyanın kişinin mülkiyetinde bulunmasına gerek yoktur, aramanın yapılabilmesi için eşyanın kişinin zilyetliğinde veya himayesinde bulunması yeterlidir.⁹⁸ Eşyanın terk edilmiş olması halinde, müdahalenin arama sayılıp sayılmayacağı ise özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediği kriterine göre değerlendirilecektir.⁹⁹ Dolayısıyla özel hayatın gizli alanına müdahale oluşturmeyen boş ev veya dışarı atılan çöpte yapılan arama örneğinde yapılan işlem arama olarak değerlendirilmeyecek ve inceleme için hâkim kararı gerekmemektedir.

Nitelikleri itibariyle birer eşya olan otomobil ve diğer araçlarda yapılan aramalar bakımından da eşyada aramaya ilişkin hususlar geçerli olacaktır. Araçlarda aramanın yapılmasına ilişkin kurallar ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde "Araçlarda Arama" başlığı altında deniz araçlarını da kapsayan bir düzenleme getirilmiştir.¹⁰⁰ Kolluğun aracı durdurma yet-

kemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında, işlediği iddia olunan suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın avukatın üzerinin aranamayacağını ifade ettiği görüşü için bkz. Şen, Avukat, s. 342.

⁹⁶ Bkz. Şen, Avukat, s. 343. Güncel bir tartışma konusu olarak avukatların adliye-ye girişine ilişkin İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından yapılan duyuru metni için bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268>

⁹⁷ Keskin Kızıroğlu, s. 147.

⁹⁸ Öztürk ve Diğerleri, s. 478.; Özbek ve Diğerleri, s. 371.

⁹⁹ Bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 371 dn. 299.

¹⁰⁰ Düzenleme uyarınca; araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgilie açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu

kisinin doğacağı haller ise PVSK m. 4/A ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde düzenlenmiştir. Aracı durdurma yetkisinin doğabilmesi için PVSK'da makul sebep ve Yönetmelik'te umma derecesinde makul şüphe bulunması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰¹ Durdurma yetkisi kapsamında araçlarda yapılacak aramaya ilişkin olarak bir kişinin üzerinde ve aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğuna ilişkin şüphe halinde polise tanınan yetkileri düzenleyen PVSK hükmü 27.3.2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilmiştir. Buna göre, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilecektir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.¹⁰² Böylelikle amirin emri üzerine kolluğun durduğu aracın torpido gözünü, bagajını dilediği gibi arayabilmesine imkân sağlanmıştır.

Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde arama¹⁰³ yapılması ise CMK'da özel olarak düzenlenmiş ve farklı usullere tabi tutulmuştur. CMK'nın 134/1. maddesi gereğince, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve

kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

¹⁰¹ Durdurma bazı hallerde suç işlenmesini önlemek, bazı hallerde ise suç işlendikten sonra yapılır. Bu çerçevede PVSK ve Yönetmelik'teki şüphe derecelerinin yerinde ve doğru olduğuna ilişkin bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1071.

¹⁰² Öncelikle bu düzenleme yürütme organına, yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Yine arama yapma yetkisinin yürütme organına bırakılmasından dolayı Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Zira hükümde Anayasa'da ifade edilen kanunla yetkili kılınmış mercii şartına uyulmamıştır. Düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık oluşturan bir diğer yönü ise, Anayasa'da yer alan yazılı emir kuralının ihlal edilmesidir.

¹⁰³ Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde arama aramanın özel bir türü ve ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 421 vd.; Hakeri-Ünver, s. 428.; Centel-Zafer, s. 411 vd.

başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir. Bu hüküm doktrinde eleştirilmekte, uygulamada hukuka aykırı delil elde edilmesine yol açtığı ve düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁴

d. Avukat Bürosunda Arama

Avukat bürosu işyeri kavramına dâhil olmakla birlikte avukat bürolarında arama özel düzenleme ile farklı usullere tabi tutulmuş ve ağır koşullara bağlanmıştır. Bu düzenleme son derece yerindedir, zira müdafinin bir meslek icra ettiği ve savunmasını yaptığı kişi açısından sırlar ve sır saklama yükümlülüğü altında bulunduğu dikkat edilmelidir.¹⁰⁵ Ayrıca söz konusu düzenleme müdafii-sanık arasındaki sırların ötesinde, avukatın mesleki ilişkilerinin tümünü koruma altına almaktadır.¹⁰⁶ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suçtan dolayı arama işlemini düzenlemekte, CMK'nın 130. maddesi ise avukatın görevinden doğmayan veya görevi sırasında işlenmeyen adi suçlara ilişkin arama işlemini düzenlemektedir.¹⁰⁷ Bu bağlamda kanunlarda belirtilen özel koşulları sağlamaksızın avukat bürolarında yapılan arama işlemi ve elde edilen delil hukuka aykırı bir nitelik taşıyacak ve aynı zamanda AIHS m.8'in ihlalini oluşturacaktır.¹⁰⁸ Bu noktada avukat, evini

¹⁰⁴ Uygulamadaki eleştiriler ve uygulanan yöntem için bkz. Murat Volkan Dülger, "Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve El koyma Tedbiri", Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed. Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 324 vd.; Ayrıca bkz. Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 736 vd.

¹⁰⁵ Hakeri-Ünver, s. 411.; Özbek ve Diğerleri, s. 369.

¹⁰⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 1090.

¹⁰⁷ Centel-Zafer, s. 395; Şen, Avukat, s. 341-342.

¹⁰⁸ Avukat bürosunda yapılan aramaya ilişkin AIHM içtihatları bu noktada önem kazanmaktadır. AIHM bir avukatın bürosunun aranmasının "özel yaşama", "aile hayatına" ve "konuta" müdahale olarak kabul etmektedir. Bkz. Niemietz v. Almanya kararı (Başvuru No: 13710/88 Karar Tarihi: 16 Aralık 1992); Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya (Başvuru No: 50882/99 Karar Tarihi: 27 Eylül 2005) AIHM; Wieser ve Bicos Beteiligung GmbH v. Avusturya kararında (Başvuru No: 74336/01, Karar Tarihi: 16 Ekim 2007) ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca

büro gibi de kullanmakta ise (home office), bu durumda da yapılacak arama işleminin avukat bürosunda arama hükümlerine tabi olacağını ifade etmek gerekir.¹⁰⁹ 130. maddeye göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı¹¹⁰ ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Aramada, Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur. Avukat bürosunda yapılan arama sonucunda elkonulması gereken şeyler bulunursa, bunlar hakkında elkoyma kararı verilmesi gerekir. Ancak 130. maddenin 2. fıkrasında elkoymaya karşı bir başvuru yolu getirilmiştir. Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir. Yargılama makamından bu konuda gerekli kararı vermesi istenir. Yargılama makamı, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise hâkim veya mahkemedir. Yargılama makamı elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Kanun bu kararın, yirmi dört saat içinde verilmesini zorunlu tutmuştur.

avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usuli güvencelere uygun davranılmamasının, başvuruçunun elektronik verilerinin aranması ve el konulması işlemlerinin hedeflenen meşru amaç ile orantısız olmasına neden olduğunu tespit etmiştir. Karar metni için bkz. Serkan Cengiz, "Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH / Avusturya Davası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 82, Mayıs-Haziran 2009, s. 447-466. AİHM, *Illiya Stefanov v. Bulgaristan* (Başvuru No: 44009/02, Karar Tarihi; 22.05.2008) kararında, suç şüphesine dayanarak verilen arama emrinin çok geniş düzenlenmesi ve avukat olan başvuruçunun mesleki gizlilik gerektiren bilgilerinin ortaya çıkartılması, bilgisayarlarına ve disketlerine iki ay boyunca el konulmuş olmasının 8. maddenin ihlalini teşkil ettiği, aramada hazır bulunan hiçbir hukuki eğitimi olmayan komşuların, polisin, başvuruçunun özel hayatına orantısız müdahale etmesini durdurabilmek imkanına sahip olmadığını belirterek, 8. maddenin ihlal edildiğini belirlemiştir. Bkz. Duygun Yarsuvat, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği", *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı, İstanbul, 2008*, s. 318.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Ersan Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, s. 340.

¹¹⁰ Kanun hakim değil, mahkeme terimini kullanmıştır. Kanunda soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımı dikkat edilmeden mahkeme kararı ile arama yapılacağının belirtilmesi hatalı olmuştur. Bkz. Centel-Zafer, s. 395.; Hakeri-Ünver, s. 40 dn. 176.

Avukatların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardan dolayı aranmasının sınırları ise Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi ile çizilmiştir. Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi, CMK m. 130'dan farklı olarak, avukat büroları ile birlikte konutlarını da madde kapsamına dâhil etmiştir. Ancak 58. maddede elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatlık bürosu dışında kalan konutun aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri genel hükümler kapsamında uygulanacaktır.¹¹¹

e. Askeri Yerlerde ve Dokunulmazlıkları Olan Kişilerde Arama

Bazı arama işlemleri özel düzenlemelere tabidir. Bu kapsamda askeri yerlerde yapılacak arama bakımından CMK'nın 119/5. maddesinde düzenlenme getirilmiştir. Buna göre, askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilecektir. Aynı zamanda 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi¹¹² gereğince diplomatik dokunulmazlığa sahip olan kişiler ve binalar aranamayacaktır. Diplomasi muafiyet ve dokunulmazlığından yararlanacak kişiler, diplomasi temsilcileri ve maiyetleridir.¹¹³ Türkiye'de diplomatik dokunulmazlıklardan yararlanacak kişiler ise Bakanlar Kurulu'nun 9 Aralık 1931 tarihli kararı ile kabul edilen listede yararlandıkları ayrıcalık ve bağışıklıklara göre sınıflandırılmıştı.¹¹⁴

¹¹¹ Şen, Avukat, s. 342.

¹¹² 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 12.9.1984 tarih ve 18513 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:1, Beta Yayınevi, 13. Tıpkı Bası, 1997, s. 285.

¹¹⁴ 9/12/1931 tarihli ve 12010 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 2006/11496 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 72/1 sayılı ve 1.3.2008

Hâkim ve savcıların aranması da ayrıca düzenlenmektedir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 88. maddesi gereğince "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır." Görüldüğü üzere, hakim ve savcılar bakımından görevinden doğan veya görev sırasında işlenen suç ile adi suç ayrımı yapılmamıştır. Bu çerçevede ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında, işlediği iddia olunan suçun adi suç niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın hâkim ve savcılarının üstleri ve konutları aranamayacaktır.¹¹⁵ Ancak avukatlar gibi savcı ve hâkimler de vücutlarına dokunulmaksızın ve üstleri aranmaksızın x-ray cihazı gibi denetim amaçlı cihazlardan geçmek durumundadır.¹¹⁶ Hâkim ve savcılar bakımından getirilen bu güvenceler keyfi güvenceler olmayıp yargı bağımsızlığını dolayısıyla yargı görevini yerine getirenlerin baskı altına alınmamasını temin etmektedir.¹¹⁷ İfade etmek gerekir ki, avukatın ve hâkim ve savcının aranmasına ilişkin hükümler bu kişilerin CMK m. 117 kapsamında üçüncü kişi sıfatına sahip olduğu durumlarda da geçerli olacaktır.

tarhli Genelgesi'nde dokunulmazlıktan yararlanacak kişiler şu şekilde sınıflandırılmıştır: "Büyükelçi, elçiler, maslahatgüzar, elçilik müsteşarı, elçilik kâtipleri, elçilik ataşeleri, askerî ataşeleri ve bunların yardımcıları birinci sınıfı oluşturmaktadırlar. Bu sınıf mensuplarının eşleri ve beraber oturan çocukları ve diğer aile efradı ise, ikinci sınıfı oluşturmakta ve bunlar da diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan tam olarak yararlanmaktadırlar. Üçüncü sınıf personel ise, elçiliğin idarî ve teknik personelinin oluşmaktadır. Bunlar; elçilik doktoru, elçilik hukuk müşavirleri, kançılara memurları olup, mensup oldukları "Gönderen Devlet" uyuğundan memur sıfatıyla bu göreve atanmaları, tek ve asıl görevlerinin de sefaret hizmeti olması gerekmektedir. Bu memurların eşleri, birlikte oturdukları çocukları ve diğer aile mensupları ise dördüncü sınıfı oluşturmaktadır. Diğer elçilik mensupları ve kabul eden Devlet (Türkiye) vatandaşı olup, elçiliklerde kavas, bahçıvan, ahçı, garson, şoför gibi çalışanlar diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade edememektedirler." Bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/72.1.pdf> Erişim Tarihi: 13.5.2015; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2013, s.181 dn. 64.

¹¹⁵ Önleme aramalarında hakimlerin de aranması gerektiği görüşü için bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 1088.

¹¹⁶ Aynı yönde Şen, Avukat, s. 343.

¹¹⁷ Şen, Avukat, s. 343.

Burada milletvekillerinin üstünün veya konutunun aranıp aranamayacağı konusuna da kısaca değinmek gerekir. Anayasa'nın 83/2. maddesinde yasama bağışıklıkları düzenlenmiş ve ceza kovuşturmaları bakımından yasama dokunulmazlığı kapsamına alınan usul işlemleri tek tek sayılmıştır. Buna göre, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. O halde, bunlar dışında kalan delillerin tespiti ve soruşturma aşamasındaki usuli işlemler dokunulmazlık kapsamına girmediğinden yapılabilecektir.¹¹⁸ Bu çerçevede milletvekilinin konutunun veya üstünün aranmasında anayasal bir engel bulunmadığını ifade etmek gerekir. Ancak bu işlemlere, milletvekili tarafından karşı çıkıldığında tazyik önlemlerine başvurulamayacaktır, zira bu durumda dokunulmazlığa aykırı hareket edilmiş olacaktır.¹¹⁹

D. Arama İşlemi ve İşlemin Yapılması Sırasında Uyulması Gereken Kurallar

Arama işlemi için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri bulunsa ve gerekli tüm koşullar yerine getirilse dahi arama işleminin yapılması sırasında uyulması gereken kurallara aykırı bir şekilde gerçekleştirilen arama hukuka aykırıdır.

CMK'nın 119/1. maddesinde, aramanın hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından icra edileceği düzenlenmiştir. Arama, genel olarak kolluk tarafından yapılmakla birlikte, m. 119/4 hükmünün savcı hazır bulunmaksızın yapılan aramada arama tanıklarının bulunması zorunluluğundan bahsetmiş olmasının, esasen aramanın savcı tarafından da yapılacağının örtülü olarak kabul edilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir.¹²⁰

Arama sırasında bulunması zorunlu kişiler doktrinde işlem tanığı¹²¹

¹¹⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 14. Bası, İstanbul, 2014, s. 251.

¹¹⁹ Dönmezer-Erman, s. 273; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2004, s. 386.

¹²⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 387.

¹²¹ Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul, 2005, s. 93.

veya arama tanığı¹²² olarak nitelendirilmektedir. CMK'nın 119/4. maddesinde Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için arama tanıklarının bulundurulmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yine aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusunun hazır bulundurulması zorunludur. (CMK.m.120) Bu kişiler gözlemci olarak işleme katılırlar.¹²³ Arama tanıklarının bulunması zorunluluğuna ilişkin hüküm, hem kolluğun esasen arama yapılan yerde bulunmayan bir şeyin aramada bulunduğuna ilişkin iddialarının bulunması örneğinde olduğu gibi aramaya maruz kalanların menfaatlerinin korunması hem de aramaya maruz kalanlar tarafından kolluğun arama işlemini hukuka aykırı veya kötü niyetli olarak gerçekleştirdiği iddialarının çürütülmesi yönünden faydalıdır. Bununla birlikte CMK'nın 120. maddesi uyarınca arama işleminin hukuka uygunluğu için mutlaka bulunmaları gerekmeyen, ancak bu işlem sırasında bulunmayı istedikleri takdirde kendilerine engel olunamayan kişiler de vardır.¹²⁴ Aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabileceği gibi aramada kişinin avukatının hazır bulunmasına da engel olunamayacaktır.(CMK.m.120/3) Bu düzenleme savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir.¹²⁵ Ancak avukatın çağırılması veya beklenmesinin aramayı sonuçsuz bırakmaması gerektiğini de gözden kaçırmamak gerekir.¹²⁶ Böyle bir durumda aramanın başarısızlıkla sonuçlanacağı, dürüst işlem ilkesine uygun şekilde aramayı gerçekleştirenler tarafından belirlenmelidir. Zira avukatın çağırılma veya beklenme imkanı varken çağırılmaması veya beklenmemesi arama işlemini sakatlayacak ve gerçekleştirenin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Aynı zamanda çağırılan avukat geldiğinde arama işlemi devam ediyorsa avukatın aramaya katılması mümkün görülmelidir.¹²⁷

¹²² Özbek ve Diğerleri, s. 388.

¹²³ Centel-Zafer, s. 393.

¹²⁴ Keskin Kızıroğlu, s. 165.

¹²⁵ Gülşen, s. 93.

¹²⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 393-394.; Centel-Zafer, s. 394.

¹²⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 393.

Arama tanıklarının bulundurulması yasal zorunluluk olup bulundurulmaması halinde hem arama işlemi hem de bu işlemde elde edilen deliller hukuka aykırı duruma gelecektir.¹²⁸ Bununla birlikte, Yargıtay'ın, usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmalarının ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmamasının kabul edilemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır.¹²⁹

CMK m.120/2 hükmü uyarınca 117. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hallerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilecektir. Dolayısıyla bu hallerde arama sebebinin bildirilmemesi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır.¹³⁰ Bununla birlikte, şüpheli ve sanığın suçlamaları öğrenme hakkı ve savunma hakkı çerçevesinde, söz konusu düzenlemenin şüpheli veya sanığın arandığı hallerde de bu kişilerin aramanın amacı hakkında bilgilendirilmesini kapsar şeklinde genişletilmesi uygun olacaktır.¹³¹

¹²⁸ Keskin Kızıroğlu, s. 165.; Aynı yönde bkz. Öztürk ve Diğerleri, s. 481. AİHM de Aydemir v. Türkiye kararında (Başvuru No: 17811/04 Karar Tarihi: 24 Mayıs 2011) aramanın yürütülme şekli ile ilgili olarak arama sırasında bir hakim/savcı ya da eski Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 97. maddesine göre bir hakim/savcı olmadığı durumlarda yer alması gereken köy muhtarının da bulunmadığına 8. maddenin ihlal gerekçeleri arasında yer vermiştir.

¹²⁹ "Dava ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkindir. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nın 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez." YCGK E. 2011/8-278 K. 2012/96 T. 13.3.2012 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015. "Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez." YCGK E. 2007/7-147 K. 2007/159 T. 26.6.2007 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

¹³⁰ Gülşen, s. 93.; Öztürk ve Diğerleri, s. 481.

¹³¹ Aynı yönde Özbek ve Diğerleri, s. 393.; Centel-Zafer, s. 394.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. Bu belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir. Söz konusu eşya resmi mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur. (CMK m.121) Bu düzenleme kişinin kendisini savunma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, aramaya ilişkin belgenin arama işlemi uygulanan kimsenin istemi üzerine verilmesi, verilmesinin zorunlu olmaması özellikle özel hayatının gizli alanına müdahale teşkil eden arama işleminin hukuka uygunluğunun denetimi bakımından yerinde değildir. Arama kararı veya yazılı emrinin bir örneğinin nezdinde arama işlemi uygulanan kişiye verilmesi zorunluluğunu içeren yasal düzenlemenin olmaması eksiklik olarak görülmelidir.¹³²

Gerçekleştirilen arama işlemi bir tutanağa bağlanır. Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. (CMK.m.119/3) Adli arama tutanağında yer alması gereken hususlar Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, tutanakta; a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci, b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat, c) Aramanın konusu, d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri, e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullanıcısı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatıları, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî, f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler, g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri, h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği, i) Arama işlemini

¹³² Uygulamada, arama sonunda aramaya maruz kalan kişiye istem halinde belge verilmesinin arama emrinin bir kopyasının ilgiliye teslimi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. Bkz. Gülşen, s. 92.

yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, hususları yer alır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. Arama tutanağı haksız arama suçunun varlığında ispat aracı olarak kullanılabilmesi bakımından ayrıca öneme sahiptir.¹³³

CMK'nın 122/1. maddesi uyarınca hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi ise Cumhuriyet savcısı ve hakime ait olup, bu konuda kolluğa yetki verilmemiştir. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 16. maddesi uyarınca, kolluk, arama sırasında ele geçen belge veya kâğıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda Kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kâğıtları ambalajlayarak mühürler. Bununla birlikte, yazının içeriği hakkında bilgi sahibi olunmaksızın bir inceleme yapmak mümkün olmadığı gibi, gizli alan ve sırların korunması amacı doğrultusunda, kolluğun soruşturma bakımından önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kabaca incelemesi için yüzeysel olarak dahi okuması mümkün görülmemelidir. Bu çerçevede kolluk ancak dış belirtilere göre ayıklama yapabilecektir.¹³⁴ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, maddedeki kâğıt ve belge terimleri geniş anlaşılmalı, düşünsel bir içeriğe sahip bulunan yazılı ya da basılı her şey bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹³⁵ Arama işleminde belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafii veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır. (CMK.m.122/2) İnceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir.(CMK.m.122/3)

Son olarak, arama işlemi ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. Arama sırasında yalnızca, arama karar veya emrine konu olan kişi ya da eşyanın bulunduğundan şüphe edilen yerlere bakılmalı, aramanın gerçekleştirildiği yere zarar verilmemelidir. Bütün

¹³³ Aynı yönde bkz. Gülşen, s. 92.; Saygılar, s 642.

¹³⁴ Özbek ve Diğerleri, s. 398.; Hakeri-Ünver, s. 409.

¹³⁵ Hakeri-Ünver, s. 409.; Özbek ve Diğerleri, s. 398.

bu açıklamalar ışığında, kanunen bulunması zorunlu kişiler hazır bulunmadan, tutanağa bağlanmadan veya bağlansa da arama işlemine katılan ve hazır bulunanlarca imzalanmadan, aramada bulunması engellenemeyen kişiler engellenerek, aramaya ilişkin belgeler istem halinde ilgiliye ibraz edilmeksizin, aramanın amacı hakkında bilgi verilmesi gereken hallerde bilgi verilmeden veya eksik veya yanlış bilgi verilerek ve ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen arama işlemi hukuka aykırı bir nitelik taşıyacaktır.

E. Aramadan Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Hukuka uygun olarak yürütülen bir bilgi toplama faaliyeti esnasında elde edilen ancak, soruşturma konusu suçla bir ilgisi olmayıp bir başka suçun ispatına yarayan deliller tesadüfen elde edilen delillerdir. Bir delilin tesadüfen elde edilen bir delil olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar; aramanın hukuka uygunluğu, elkoymanın *mümkün olması ve diğer suç bakımından basit suç şüphesinin varlığıdır*.¹³⁶ Aynı zamanda, tesadüfen elde edilen deliller bakımından aramada orantılılık ve dürüst işlem ilkesi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede arama konusu dışında kalan bir şey aranmamalı, aramanın başlangıcında öngörülme-yen sürpriz bir bulma söz konusu olmalıdır.¹³⁷ Burada esas sorun, tesadüfen elde edilen bu bilgilerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Öncelikle hukuka aykırı arama sonucunda tesadüfen elde edilen delillerin, tesadüfen ortaya çıkan diğer suç açısından da kullanılmaması gerektiğini ifade etmek gerekir.¹³⁸ Hukuka uygun gerçekleştirilen bir arama işlemi sırasında, soruşturma veya kovuşturma konusu dışında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak delil elde edilirse, bu delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağı hususu CMK'nın 138. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. *Hırsızlık suçundan şüphelinin evinde*

¹³⁶ Özbek ve Diğerleri, s. 400.

¹³⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 401.

¹³⁸ Hakeri-Ünver, s. 413.

hâkim kararı ile yapılan aramada, işlediği bir cinayetin delilinin bulunması bu duruma örnek olarak verilebilir. Bununla birlikte, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde aramada emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen delillere ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme ile yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesine ek olarak, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen bir delilin elde edilmesi de kapsama alınmıştır. Böylece bu düzenleme ile kanunda yer alan tesadüfen elde edilen delilin kapsamı biraz daha genişletilmiş olup kanunda öngörülmeyen bir hususun Yönetmelik'te düzenlenmesi, haklı olarak, eleştiri konusu yapılmıştır.¹³⁹ Yönetmelik, böyle bir delilin elde edilmesinden sonra ne şekilde davranılacağına da açıklık getirmiştir. Buna göre, bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

II. Hukuka Aykırı Gerçekleştirilen Aramanın Sonuçları

A. Hukuka Aykırı Delil

Ceza muhakemesinde ispat aracı olan delillerin nasıl elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Yakalama, ifade alma, arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi, beden muayenesi, tanık dinleme gibi faaliyetlerin nasıl gerçekleştirileceği ceza muhakemesi kanunlarında, kimi zaman ise anayasa ve uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir. Ceza muhakemesinde önemli olan, suçu oluşturan olayları ortaya koyan delilleri elde etmek için yapılan işlemin hukukun öngördüğü şekilde yapılıp yapılmadığıdır. Bir delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek için öncelikle delili meydana getiren işleme bakmak gerekecek-

¹³⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 400.

tir. Eğer ceza muhakemesi evrelerinde bir işlemin yapılmasında hukuka aykırılık var ise bu işlemin ortaya çıkarttığı delil de hukuka aykırı olacaktır. O halde hukuka aykırılığın belirlenmesinde önemli olan delilin elde ediliş yöntemi ve şeklidir. Bu kapsamda yukarıda izah edilen koşullara uyulmaksızın, örneğin, makul şüphe veya yazılı karar ya da emir olmaksızın arama yapılması (CMK m. 116), aramanın gündüz yapılması şartının ihlali (CMK m. 118/1), aramada hazır bulunması zorunlu kişilerin bulunmaması (CMK m. 119/4), avukat bürolarında arama ve elkoymaya ilişkin özel koşullarının ihlali (CMK m. 130) vb. halinde gerçekleştirilen arama ve bu aramadan elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

Hukuka aykırı deliller ve hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki değerine ilişkin olarak Anayasa ve CMK'da çeşitli hükümler yer almaktadır. Özellikle CMK'nın birçok maddesinde, delil elde etme yöntemlerine, delil elde etme yasaklarına, diğer hukuka aykırılıklara ve delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri çerçevesinde Anayasa'nın 38. maddesine, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü eklenmiştir. CMK'nın 206/2-a maddesinde delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse ortaya konulmasının reddolunacağı hüküm altına alınmış ve hukuka aykırı delillerin ortaya konulmasına ilişkin bir sınırlama öngörülmüştür. CMK'nın 217. maddesinde ise deliller ile ilgili olarak bir ispat prensibi getirilmiştir. CMK 217/2. maddesi uyarınca, yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilecektir. CMK'nın 230/1-b. maddesinde mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde; delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda mahkeme, hukuka aykırı delilleri tespitle ve bu delilleri göstermekle yükümlü kılınmıştır. Aynı zamanda 5271 sayılı CMK'da önceki kanunda yer almayan bir düzenlemeye yer verilmiş ve hükmün hukuka aykırı yollarla elde edilen delile dayanılması mutlak bozma sebebi olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 288. maddesine göre, temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanabilir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, bir hukuk ku-

ralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır. Yine Kanunun 289. maddesi uyarınca, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması kesin hukuka aykırılık olarak kabul edilmiştir.

Türk hukukunda Anayasa ve CMK'nın, hukuka aykırı deliller konusunda mutlak ret yaklaşımını benimsediği dolayısıyla hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı genellikle kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Bununla birlikte, doktrinde, hukuka aykırı delillerin, hukuksal yararların değerlendirilmesi sonrasında bazı durumlarda hükme esas alınabileceğini, bazı durumlarda ise alınamayacağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır.¹⁴¹ AİHM de bu doğrultuda, davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta adil yargılanma hakkı sağlanmışsa, hukuka aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılabileceğini kabul etmektedir.¹⁴²

Yargıtay birçok kararında yapılan aramanın hukuka uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, dolayısıyla aramadan elde edilenlerin delil olarak hükme esas alınıp alınamayacağını değerlendirmiştir. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda istikrarlı bir tutum bulunmamakta, somut olayın koşullarına göre farklı yönde kararlar verildiği görülmektedir. Bu kapsamda bazı kararlarında hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama neticesinde elde edilen delillerin mutlak olarak kullanılamayacağını ifade etmiş¹⁴³, bazı kararlarında ise

¹⁴⁰ Centel-Zafer, s. 719; Hakeri-Ünver, s. 641 vd.; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2007, s. 446 vd.; Berrin Akbulut, "Delil Değerlendirme Yasakları", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Y.2, S.13, Aralık 2010, s. 19.; Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Y.1, S.2, 2006, s. 224 vd.; Ünver, İspat, s.132.; Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 139 vd.; Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 177.

¹⁴¹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 982 vd.; Feridun Yenisey, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", yayımlandığı yer: Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoglu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.1, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 1238, 1239.; Kayıhan İçel, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 125.; Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, 263.

¹⁴² Bkz. Khan v. Birleşik Krallık (Başvuru No: 35394/97, 12 Mayıs 2000.); P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık (Başvuru No. 44787/98, 25 Eylül 2001.)

¹⁴³ "Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk

sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiş¹⁴⁴ ve hukuka aykırılıkları hak ihlali-şekle aykırılık biçiminde sübjektif bir ay-

Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur." YCGK E. 2005/7-144 K. 2005/150 T. 29.11.2005 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

"...Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır." Kararda "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağından, sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, hükme esas alınmasının olanaksız olduğu" ifade edilmiştir. YCGK E. 2009/7-160, K. 2009/264, T. 17.11.2009 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015. "Hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller de, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 254.maddesindeki "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz." hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkumiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmesi gerekirken sanığın aramada ele geçen fotokopi yoluyla çoğaltılmış iki nüsha kitabın ticari amaçla çoğaltıldığına dair kanıt bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi doğru değilse de açıklanan gerekçelerle, müdahil vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararının ONANMASINA..." karar verilmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2004/5671 K. 2007/1111 T. 22.2.2007 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

- 144 "Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiştir. Sanık araç bagajını kendi rızası ile açmıştır. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan hukuka aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellemelidir. İnsan hakları mahkemesi kararları da bu doğrultudadır. İnsan hakları mahkemesi kararlarına uyma zorunluluğu milletlerarası anlaşmalarla kabul edildiğinden Anayasanın 90 /son fıkrası uyarınca da bu kurallar en üstün kural olduğundan insan hakları mahkemesinin kabul ettiği ölçülülük ilkesi gözetilmek zorundadır. Olayda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır." Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2013/5127 K. 2013/17549 T. 3.7.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015. "... Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır." YCGK E. 2005/10-15 K. 2005/29 T. 15.3.2005 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

rıma tabi tutmuştur.¹⁴⁵ Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu yakın zamanda vermiş olduğu bir kararında önleme araması kararına istinaden yapılan arama işleminin hukuka uygun olmadığını ve arama sonucunda elde edilen delillerin de hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.¹⁴⁶ Genel Kurul aynı tarihte verdiği bir başka kararında

¹⁴⁵ “İlliyyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; “herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını” gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın ceza yargılamasında hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açabilecek son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği kuşkusuzdur. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, olayımızda olduğu gibi “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYY’nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez.” YCGK E. 2011/8-278 K. 2012/96 T. 13.3.2012 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015. “... her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, olayımızda olduğu gibi “hâkim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYUY. nın 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, Bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CMUK.nın 254. maddesi kapsamında “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” olarak mütala edilmemesi gerektiği, Görüş ve kanaati benimsenmekle, Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez.” YCGK E. 2007/7-147 K. 2007/159 T. 26.6.2007 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

¹⁴⁶ “5271 sayılı CMK’nun 2/e, 161 ve 2559 sayılı PVSK’nun Ek 6. maddeleri uyarınca bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenen kolluğunun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmekte iken usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan delil elde etmek amacıyla olaydan 8 gün önce verilmiş mevcut önleme araması kararı uyarınca yaptığı arama işlemi usulüne uygun verilmiş bir arama kararı bulunmadığından açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir. Bu itibarla; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen delilin ve buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında ve Özel Dairece hükmün onanmasında isabet bulunmamaktadır. Yapılan arama işleminin hukuka aykırı olduğu kabul edildikten sonra, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığına gelince; ... hukuka uygun olmayan arama işlemi sonucunda ele geçen delillerin hükme esas alınamayacağına belirlendiği olayda; sanığın tüm aşamalarda suçlamayı kabul

da, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gerekli şartlar oluşmadan, cumhuriyet savcısının yazılı emri uyarınca sanığın evinde yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna ve arama sonucu elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴⁷

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin ortaya konulamayacağı, yüklenen suçun, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edileceği ve hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının kesin hukuka aykırılık olduğu düzenlemeleri karşısında hukuka aykırı deliller, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın ağırlığı ve temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediği önemli olmaksızın ceza muhakemesinde kullanılamayacak, hükme esas alınamayacak ve eğer hükme esas alınmış ise hükmün bozulmasını gerektirecektir.

B. Tazminat Sorumluluğu

Koruma tedbirlerini uygularken hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasını önleyici ve yapılan hukuka aykırılığın sonuçlarını telafi edici olarak mağdurlara bir miktar para ödenmesi akla gelmektedir. Bu kapsamda doğan zararlardan devletin sorumluluğu mevzuatımızda düzenlenmiştir. Ayrıca AIHS'e Ek 7 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ile "Adli hata halinde tazminat hakkı" insan hakları arasında ele alınmıştır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat 5271 sayılı CMK'nın 141-144. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. CMK'nın 141. maddesin-

etmediği de gözetildiğinde, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına yeterli delil bulunmamaktadır." YCGK E. 2013/9-610 K. 2014/512 T. 25.11.2014 <http://legalbank.net> Erişim Tarihi: 12.3.2015.

¹⁴⁷ "... arama işleminin hukuka aykırı yapılması nedeniyle ele geçirilen ruhsatsız tabancının hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olmasından dolayı hükme esas alınmayacağının kabulü karşısında, başkaca maddi delillerle desteklenmeyen ikrrara dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması usul ve kanuna aykırıdır... Bu nedenle, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, kovuşturma aşamasında döndüğü, başkaca maddi delille desteklenmeyen soruşturma aşamasındaki ikrara dayalı olarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesine imkan bulunmamaktadır." YCGK E. 2014/8-166, K. 2014/514, T. 25.11.2014 Karar metni ve değerlendirilmesi için bkz. Kazaker, s. 145 vd.

de, maddede sayılan koruma tedbirleri uygulanırken hukuka aykırılık meydana gelmiş ise hukuka aykırılığa maruz kalan kişinin tazminat hakkı düzenlenmiştir. Madde kapsamında maddi ve manevi tazminat talep edilebilecek olup önemli olan muhakeme sonunda kişinin suçlu bulunup bulunmaması değildir. Ayrıca koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumunun kendine özgü bir kurum olduğunu ifade etmek gerekir.¹⁴⁸

141. maddenin 1. fıkrasının i bendi uyarınca ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen arama tazminat davasının konusunu teşkil edebilecektir. Bu bent kapsamında arama kararının hukuka aykırı olması tazminat nedeni olarak düzenlenmemiş olup arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi tazminat nedeni sayılmaktadır. Aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi ise orantılılık ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır ve bu çerçevede arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüzdür.¹⁴⁹ Arama işleminin orantısız bir şekilde yerine getirilmesi, örneğin arama yapılan yere zarar verilmesi veya koşulları olmadığı halde gece arama yapılması halinde ölçüsüz bir aramadan bahsedilebilir. Bununla birlikte, Yargıtay, açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunulup bulunulamayacağını değerlendirmiş ve tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁵⁰

¹⁴⁸ t Bu kurumun salt ceza yargılaması hukuku veya salt tazminat hukuku mantığı ile değerlendirilmesi durumunda karşılaşılan sorunların çözümlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. YCGK E. 2010/6-212, K. 2010/263, T. 21.12.2010 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.; Centel-Zafer, s. 452.

¹⁴⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 405-406.

¹⁵⁰ “Bu ilkeler ve belirlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde, hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda “makul şüphe” değerlendirmesi ve başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi gerekirken davacının “uyuşturucu ticareti ve silah kaçakçılığı” yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine CMK’nın 160.maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığınca işin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılmakla davacı lehine makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, kanuna aykırı...” Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2013/9105 K. 2013/30731 T. 24.12.2013 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

18.6.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun’un 70. maddesiyle 141. maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:“(3) 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.(4) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarını bir yıl içinde rücu eder.”

Buna göre, 141/1. maddesi kapsamı dışında kalan hâkim ve savcılarının hukuka aykırı şekilde arama kararı veya emri verdikleri hallerde de tazminat isteminde bulunulabilecektir. Maddede tazminat sorumluluğu devlete yüklenmiş olmakla birlikte, maddenin 4. fıkrasında devletin rücu olanağı düzenlenmiştir. Ancak 6545 sayılı Kanun değişikliği ile hâkim ve savcılar dışındaki kamu görevlilerine rücu imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu durum Anayasa’ya aykırılık teşkil etmekte olup özellikle maddede belirtilen ihlallerin kolluk tarafından gerçekleştirildiği hallerde de rücu mümkün olmalıdır.¹⁵¹ Rücu uygulamasına işlerlik kazandırmak hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasının engellenmesi açısından önemli bir adım olarak görülmelidir.

Ceza hâkimleri ve Cumhuriyet savcıları hakkında açılmış derdest olan davalar hakkında ise 5320 sayılı Kanun’a geçici madde eklenmiş; bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyaların mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyaların ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderileceği ve bu davaların ağır ceza mahkemelerince, CMK’nın 141. ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanacağı düzenlenmiştir.¹⁵²

¹⁵¹ Hakeri-Ünver, s. 512.

¹⁵² “Somut olayda davacı, 26.02.2013 tarihli dilekçe ile ihbar edilen asliye ceza mahkemesi hakiminin infaz aşamasında usule aykırı işlemler yaptığını iddia ederek manevi tazminat istemiştir. Dava açıldığı sırada yürürlükte olan yasa hükümleri, karar verildikten sonra yürürlükten kaldırılmış, ayrıca görevli mahkeme hakkında yukarıda belirtildiği üzere düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle görev konusu

Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.(CMK.m.142/1) Söz konusu düzenlemenin etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi açısından yüksek miktarda ve hakkaniyete uygun tazminatlara hükmedilmesi önemlidir.

C. Haksız Arama Suçu

Anayasa'da ve kanunda düzenlenen şartlara, sınırlamalara ve ilkelere uygun olmayan arama işleminin gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 120. maddesi uyarınca, arama işlemini gerçekleştiren kamu görevlisi cezalandırılabilir. Haksız arama suçunu düzenleyen 120. maddeye göre *"Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."* Görüldüğü üzere, haksız arama suçu hukuka aykırı olarak ifadesini içermektedir. Bu kapsamda failin, yaptığı aramanın hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve istemesi yani hukuka aykırılık bilinci aranacaktır.¹⁵³ Aramanın hukuka aykırı olmasından anlaşılan ise kanunda belirtilen geçerli bir arama nedeni olmaksızın ya da bu kararda belirtilen sınırlamalara uyulmaksızın aramanın yapılmış olması veya arama sırasında uyulması gereken aramanın icrasına ilişkin yasal kurallara uyulmamasıdır.¹⁵⁴

Haksız arama suçunun oluşması için kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak arama yapması yeterlidir. Kamu görevlisinin ayrıca kötü muamelede bulunması halinde (örneğin mağdurun üstünü arayan

kamu düzenini ilgilendirdiği dikkate alındığında mevcut bu düzenlemeler dikkate alınarak eldeki davalar hakkında karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir." YHGK E. 2014/4-1049 K. 2014/887 T. 12.11.2014 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 12.3.2015.

¹⁵³ Güçlü Akyürek, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2012/2, s. 35.; Recep Gülşen, "Haksız Arama Suçu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.16-17-18-19, Y. 2007-2008, s. 146.

¹⁵⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2014, s. 374-375.

kamu görevlisinin ayrıca tokat atması) zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ile (TCK m. 256), kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak konuta girerek haksız aramayı gerçekleştirmesi halinde ise konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile (TCK m. 116) gerçek içtima söz konusu olacaktır.¹⁵⁵ Suçun adli görevin icrası sırasında işlenmesi halinde, bu suçu işleyen kamu görevlileri hakkında CMK'nın 161/5. maddesi gereğince Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılacaktır.¹⁵⁶

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bir ceza muhakemesi işlemi olarak adli arama, maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde sıkça başvurulmuş delil elde etme, şüpheli veya sanığı yakalama araçlarından ve özel hayatın gizliliğine, konut ve kişi dokunulmazlığına müdahale niteliği taşır. Bu özelliği sebebiyle de Anayasanın temel haklara ilişkin düzenlemeleri kapsamında anayasal güvence altındadır ve aynı zamanda insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uğraşların bir ürünü olan AİHS'in 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, adli arama, gerek ulusal düzeyde gerekse uluslararası düzeyde getirilen hukuki düzenlemeler ve geliştirilen yargısal içtihatlar çerçevesinde oluşturulan özel hayatın gizli alanına yönelik koruma sistemi kapsamında ele alınmalı ve bu koruma sistemi etkin bir şekilde işletilmelidir. Zira ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ve çağdaş devletlerin niteliklerinden birisi olan hukuk devleti anlayışı, toplumda idarenin keyfi davranışlarının sınırlandırılması, yönetilenlerin devlet otoritesine karşı korunması, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve bu güvencelerin sürekli geliştirilmesini hedeflemektedir.

Burada özellikle üzerinde durulması gereken husus, Anayasa'ya ve kanuna aykırılık teşkil eden Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği düzenlemeleridir. Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesi ile konut dokunulmazlığına ilişkin 21. maddesinde yer verilen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan arama faaliyetlerinin Yönetmelik ile düzenlenmesi kabul edilemez. Zira idarenin adli arama

¹⁵⁵ Akyürek, s. 38.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s. 377.

¹⁵⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s. 378.

konusunda yönetmelik ile düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.¹⁵⁷ Aynı zamanda yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde Anayasa, kanun ve tüzükten sonra yer alması dikkate alındığında üst kurallara uygun olması gerekmektedir. Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevleri” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Yine Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakların hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilmiş ve sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu çerçevede Yönetmelik ile Anayasa ve CMK tarafından sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde düzenlemeler getirilmesi ve kamu görevlilerinin yetkilerinin genişletilmesi, Anayasa ve CMK hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere müdahaleye yönelik, özellikle uygulamadaki pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan hususların Yönetmelikte değil, kanunda düzenlenmesi ve getirilen düzenlemenin de Anayasa’ya uygun olması hukuk devleti¹⁵⁸ olmanın bir gereğidir.

Ceza muhakemesi, hukuka uygun araç ve yöntemlerle, özellikle de insan hakları, insanlık onuru, doğruluk gibi temel ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri çiğnemeye teşebbüs dahi etmeden maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmalıdır. Bu çerçevede aramanın yapılabilmesi, Anayasa ve CMK m. 116 vd. düzenlemeleri uyarınca makul şüphenin bulunması, hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması ile birlikte kişi, zaman ve yer bakımından bir takım şartlara tabidir. Yine arama koruma tedbiri bakımından Anayasa ve kanunlarda getirilmiş koşullar yanında, ona hâkim olan ilkelere de uyulmalıdır; aksi halde gerçekleştirilen arama hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delil ise hukuka aykırı delil

¹⁵⁷ Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2007/2257 K. 2012/1117 T. 14.09.2012 <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20121117.pdf> Erişim Tarihi: 12.3.2015.

¹⁵⁸ Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi’nin uygulamada yer edinmiş içtihatlarında; “Eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlet” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 11 Ekim 1963 tarih ve K. 1963/243 sayılı kararı.

niteliği kazanmakla ceza muhakemesinde kullanılamaması ve hükme esas teşkil edememesi gibi sonuçlar doğurmakla birlikte, aramanın hukuka aykırı gerçekleştirilmesi ayrıca tazminat davası açılmasına, hukuka aykırı aramayı gerçekleştiren kişi hakkında idari soruşturma açılmasına ve aynı zamanda kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi-ne neden olabilmektedir.

CMK'nın hukuka aykırı elde edilen deliller konusunda kesin bir tutum içerisinde olduğunu ifade etmek gerekir. Ceza muhakemesinde ispat faaliyeti çerçevesinde delil elde edilmesi amacıyla başvuru yöntemlerin hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiği, bu doğrultuda her şeyin delil olarak kabul edilmesi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi serbestliklerinin hukuk kuralları ve insanlık onuru ile sınırlandırıldığı, delil elde ederken hukuka aykırı yöntemlere başvurulması halinde delilin hukuka aykırı olacağı, hukuka aykırı delillerin, ne amaca hizmet ederse etsin, muhakemede değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Böylece CMK'nın AİHM içtihatlarında hukuka aykırı delillerin değeri yönünden öngörülen değerlendirmelerin de ötesinde düzenlemeler getirdiği söylenebilecektir. AİHM bu konuda minimum standartları belirlemekle birlikte, Anayasa 90/son hükmü gereğince normlar hiyerarşisinde her şeyin üzerinde olan Anayasa'nın 38. maddesi bu standartların üzerinde bir koruma getirmektedir.

Burada aynı zamanda adli aramaya ilişkin düzenlemelerin ve bu konuda geliştirilen içtihatların uygulamaya yansıtılmasının önemi dile getirilmelidir. Bu kapsamda özellikle kolluğa kapsamlı eğitimler verilmesi, yargı makamları gibi çeşitli resmi organlara etkin denetim yetkisinin verilmesi ve kolluğun hukuka aykırı eylemlerinden zarar görenlere etkili hukuk yollarının sağlanması gibi yöntemlere başvurulması gündeme gelecektir. Aramada hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasını önleyici ve yapılan hukuka aykırılığın sonuçlarını telafi edici bir imkân olarak tazminat sorumluluğunun CMK'da genişletilerek düzenlenmesi yerinde olmuştur. Söz konusu imkânın etkin bir başvuru yolu olarak kabul edilebilmesi için ise hakkaniyete uygun yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi zorunludur. Ancak burada Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, tazminat miktarının zenginleşme doğurmayacak biçimde hak ve nesafet kurallarına uygun makul ve makbul bir miktar olarak belirlenmesi gerektiğine ilişkin getirdiği

kriteri gözden kaçırmamak gerekir. Bu çerçevede belirlenen tazminat miktarlarının zenginleşmeye yol açmaması kriteri aleyhe bir sonuç yaratmaktadır.

Son olarak, hak ihlalleri sonucunda söz konusu olan yargılamanın yenilenmesi imkanı üzerinde de durmak gerekir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/2. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Bununla birlikte, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. Bununla birlikte, CMK'nın 311. maddesi uyarınca AİHM'in vermiş olduğu kesinleşmiş kararların, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayıldığını ifade etmek gerekir. Buna göre, ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir. Aynı zamanda bu hukuka aykırı eylemler nedeniyle AİHM tarafından Türkiye aleyhine tazminata hükmedilmesi durumunda ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararları neticesinde açılan tazminat davaları bakımından kamu görevlilerine rücu imkânı da söz konusu olabilecektir. Hatta bu uygulamaya işlerlik kazandırmak hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasının engellenmesi açısından önemli bir adım olarak görülmelidir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Akbulut Berrin, "Delil Değerlendirme Yasakları", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Y.2, S.13, Aralık 2010.
- Aksoy İpekçioglu Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: 70, S: 1, 2012.

- Akyürek Güçlü, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2012/2.
- Arslan Öncü Gülay, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2013.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2014.
- Bıçak Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Cengiz Serkan, "Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH / Avusturya Davası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 82, Mayıs-Haziran 2009.
- Centel Nur, Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2014.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:1, Beta Yayınevi, 13. Tıpkı Bası, 1997.
- Dülger Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2014.
- Dülger Murat Volkan, "Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve El koyma Tedbiri", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Ed. Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Eroğlu Fulya, *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- Eryılmaz M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Gülşen Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul, 2005.
- Gülşen Recep, "Haksız Arama Suçu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.16-17-18-19, Y. 2007-2008.
- Hafızoğulları Zeki, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2004/3, s.13-26.
- Hakeri Hakan, Ünver Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2014.
- İçel Kayıhan, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Karakehya Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.2, 2007.
- Kaymaz Seydi, *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Kazaker Gözde, "Karar İncelemesi-2 Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayın-

- nevi, Ankara, Y.10, S.27, 2015.
- Keskin Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- Keskin Kiziroğlu Serap, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:58, S:1, 2009.
- Kilkelly Ursula, “The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, Human rights handbook No:1, Council of Europe, 2003.
- Koca Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Y.1, S.2, 2006.
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basımevi, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- Önok Murat, “Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed. Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Özbek Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Özbek Veli Özer, Kanbur M. Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2014.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2008.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Saygılar Kırıt Yasemin F., Özaydın Özdem, Alan Akcan Esra, Erdem Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2012.
- Saygılar Yasemin F., “Arama”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 1, 2008.
- Somer Pervin, “Leges Saturae ve Lex Caecilia et Didia (Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı)”, 2010 Anayasa Değişiklikler Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- Şen Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Şen Ersan, “Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 2013/2.
- Taner Fahri Gökçen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014”, *Güncel Hukuk*, S. 133, Ocak 2015.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 14. Bası, İstanbul, 2014.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2004.
- Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2012.
- Ünver Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Y.1, S.2, 2006.

- Weigend Thomas, "Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perspektifi", Çev. Ali Emrah Bozbayındır, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Yarsuvat Duygun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği", *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı*, İstanbul, 2008.
- Yayla Mehmet, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3.
- Yenisey Feridun, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", yayımlandığı yer: Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoglu, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C.1, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- Yenisey Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara, 1995.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2007.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, Beta Yayınevi, 8. Baskı, İstanbul, 2012.
- İnternet Kaynakları
- Yargıtay kararları için www.kazanci.com www.legalbank.net
- AİHM kararları için <http://hudoc.echr.coe.int>
- Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Resmi İnternet Sitesi <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/72.1.pdf>
- İstanbul Barosu Resmi İnternet Sitesi
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20121117.pdf>
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf>
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268>

KAMU AVUKATLARININ TÜRK İDARE HUKUKU AÇISINDAN DİKKATE ALINMASI GEREKEN SORUNLARI

PROBLEMS OF PUBLIC LAWYERS IN TERMS OF TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

Elvin Evrim DALKILIÇ*

Özet: Kamu avukatları, Avukatlık Kanunu yanında Devlet Memurları Kanunu'na tabidir. Bunun sonucu olarak kamu avukatları hem memurların hem de avukatların disiplin rejimine tabi olup, avukat olmayan kimseler tarafından da denetlenebilmektedir. Ayrıca 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname dolayısıyla kamu kurumları hukukçu olmayan kimseler tarafından temsil edilmektedir. Bu hususlar avukatlık mesleği ile bağdaşmamaktadır ve idare hukuku açısından birtakım sorunlar doğurmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kamu Avukatları, Disiplin İşleri, Memur, İdare Hukuku

Abstract: Public lawyers are subject to Attorneyship Law and Public Servants Law. As a result of this liability public lawyers are also subject to disciplinary provisions of these laws and they might be examined by public servants whose proficiency are not law. Besides public authorities can also be presented by public servants without legal profession according to the Statutory Decree No. 659. These issues are incompatible with the legal profession and pose some problems in terms of administrative law.

Keywords: Public Lawyers, Disciplinary Provisions, Public Servant, Administrative Law

II. GİRİŞ

Kamu avukatı kavramı, kamu idarelerinin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklarda onları temsil etmek üzere bünyelerinde istihdam edilen avukatlar ve yasal dayanağı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Avukatlık Hizmetleri Sınıfı başlığı altında yer alan 36 ncı maddesinden gelmektedir. Bu yasal düzenlemeyle 1136 sayılı Avu-

* Yrd.Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

katlık Kanunu'nun amaç ve kapsamından biraz farklı olarak, memur veya sözleşmeli personel statüsünde kamu idarelerinde avukatlar çalışmaktadır.

Kamu avukatlarının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili mevzuata bağlı olmaları, özellikle mesleklerinin icrası ve tabi oldukları hukuki rejim dolayısıyla birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Ancak söz konusu tartışmaların ve temelinde yatan sorunların doktrinde ve yargı kararlarında yeterince yer bulduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Kamu avukatlarının özellikle idare hukuku bağlamında bize göre dikkate alınması gereken sorunları bulunmaktadır. Bunlardan belki de en dikkat çeken, kamu avukatlarının tabii olduğu disiplin suç ve cezalarıdır.

Bu çerçevede, kamu avukatları hem çalıştıkları kurum veya kuruluşlar, hem de barolar tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulabilmektedir. Ayrıca ileride de görüleceği üzere, ilgili mevzuat uyarınca kamu avukatları hukukçu olmayanlar tarafından da denetlenebilmektedir.

Bu hususlar Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında, bize göre yeterince yer bulmamaktadır. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan avukatlık hizmetleri sınıfına girmediği halde, kamu kurum ve kuruluşları avukat olmayan kimseler tarafından da yargı mercileri önünde temsil edilebilmektedir.

III. KAMUDA ÇALIŞAN AVUKATLAR VE İLGİLİ MEVZUAT

Avukatlık mesleğine ilişkin ülkemizdeki temel yasal düzenleme, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Nitekim aşağıda ilgili hükümlerine yer vereceğimiz 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname dışında, 1136 sayılı Kanun, savunma hakkı tekeline avukatlara tanımıştır. Buna göre ancak avukatlığa kabul şartlarını¹ haiz olanlar avukatlık mesleğini icra edebilecektir. 1982

¹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
Avukatlığa kabul şartları Madde 3 - (Değişik: 30/1/1979 - 2178/1 md.)

Anayasası'nın 36 ncı maddesi gereği, yargı mercilerinde dava ve takip yetkisi herkese tanınmış bir haktır; ancak vekil sıfatıyla yargı mercilerinde temsil yetkisi, Avukatlık Kanunu'nun 35 inci maddesine² göre sadece avukatlara aittir. Bu madde uyarınca avukatlara tanınan tekel hakkı,³ tarafları yargı mercileri önünde temsil yetkisi yanında hukuki meselelere ilişkin mütalaa vermek ve bunlara ait evrakı düzenlemeyi de kapsamaktadır. Söz konusu hükümlere paralel bir düzenlemeye örnek olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 15 inci madde hükmünü verebiliriz. 2577 sayılı Kanun'un 15/1 (d) hükmüne göre, idari davanın bizzat ehliyetli olan şahıs veya avukat olmayan vekil tarafından açılması hali, dava dilekçesinin reddi sebeplerinden birisidir.

Bu çerçevede kamu kurumlarının hukuki uyumazlıklarında bunları temsil yetkisinin avukatlarda olduğu belirtilebilir. Nitekim

Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için :

- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
- b) Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak,
- c) Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak,
- d) (Ek : 2/5/2001 - 4667/3 md.; Mülga: 28/11/2006-5558/1 md.) (1)
- e) Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahı bulunmak,
- f) Bu Kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmamak gerekir.(2)

2

1136 sayılı Avukatlık Kanunu

Yalnız avukatların yapabileceği işler Madde 35 - (Değişik: 26/2/1970 - 1238/1 md.) Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.

(Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/329 md.) Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır.

3

Ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

kamu avukatı, kamu kurumlarını temsil yetkisini haiz ve kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuki rejim uyarınca kamu kurumlarında belli bir ücret karşılığı çalışan meslek mensuplarıdır. Kamu avukatı deyişinin yasal dayanağı ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36 ncı madde hükmüdür. 657 sayılı Kanun'a tabi kurumlarda çalıştırılan memur sınıflarından biri de Avukatlık Hizmetleri Sınıfı'dır. Buna göre, *"avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz olan memurları kapsar"*. Kamu avukatlarıyla ilgili bir diğer düzenleme ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek Madde 1 hükmünde⁴ yer almaktadır. Bu hüküm içeriği dolayısıyla ileriki bölümde de inceleneceği üzere tartışmalıdır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler yanında mevzuatımızda, kamu avukatlarını ilgilendiren ve kanaatimizce daha çok tartışma konusu yapılması gereken hükümler bulunmaktadır. Bunlardan inceleme konumuz kapsamında belki de en dikkat çeken, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname⁵ dir.

659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 ncı madde hükmüne göre, kamu kurumlarını adli ve idari yargı ile icra mercileri ve hakemler nezdinde temsil yetkisi, hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve avukatlara tanınmıştır. Yine bu madde hükmüne göre, *"muhakemat hizmeti temin edilemeyen hallerde adli ve idari da-*

⁴ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşessüslerinde görevli avukatlar Ek Madde 1 - (Ek: 8/5/1984 - 3003/8 md.) Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu Kanunun avukatlık meslekine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümleri aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna bilgi verir. Yukarıdaki fıkra uyarınca baro levhasına yazılmak istemediklerini bildiren adayların, sadece avukatlık mesleğine kabullerine ve adlarına ruhsatname düzenlenmesine karar verilerek kanunda öngörülen diğer işlemler, aynen yerine getirilir. Birinci fıkrada sözü edilen görevlerden ayrılma halinde, avukatlık mesleğinin yapılabilmesi, baro levhasına yazılmakla mümkündür. Bu Kanunun avukatlar hakkında öngördüğü disiplin işlem ve cezaları, bu madde sözü edilen avukatlar hakkında da avukatın sürekli görev yaptığı yer barosuna uygulanır.

⁵ Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 02.11.2011- Sayı: 28103.

valar ile icra takiplerini yürütmek üzere merkez ve taşra birim amirlerine üst yönetici tarafından temsil yetkisi verilebilir. Üst yönetici bu yetkisini hukuk birimi amirine devredebilir". Dolayısıyla bugün kamu kurumlarında çalışan avukatların savunma tekelinden söz etmek pek mümkün görünmemektedir. Çünkü 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin bu hükmü dolayısıyla kamu kurumları avukat olmayan hatta hukukçu dahi olmayan kimseler tarafından temsil edilebilecektir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda geçen hukuk müşavirleri, avukatlık hizmetleri sınıfına değil; genel idari hizmetler sınıfına dahildir.

Burada son olarak konumuzla ilgili bulduğumuz Anayasa Mahkemesi kararlarına yer vermeden önce, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak çıkarılan Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁶ üzerinde de durulmalıdır. Bu yönetmelik uyarınca kamu idareleri, serbest avukatlardan hizmet satın alabilecektir. Yönetmeliğe göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca hizmet alımı doğrudan temin yoluyla yapılabilecek ve bu yolla *"idareler, muhakemat hizmetlerini kendi hukuk birimlerinden, bakanlıklarından veya bağlı kuruluşlarından ve Maliye Bakanlığından temin edemediği ya da hizmetin özel uzmanlık gerektirdiği ilgili bakan onayı ile belirlendiği hallerde, serbest avukatlardan hizmet satın"*⁷ alabilecektir. Bu durumun kamu avukatları ile kamu kurumlarında hizmet satın alınarak mesleki bilgisinden yararlanan serbest avukatlar arasında kamu avukatları aleyhine eşitsizlik yarattığı iddia edilebilir. Hatta bu yönetmelikle yabancı uyruklu avukatlardan da yararlanılması mümkündür. Gerçekten Yönetmeliğin hizmet satın alınabilecek avukatlarda aranan niteliklere ilişkin 6 ncı madde hükmü, Türk avukatlar yanında yabancı avukatlara da yer vermektedir. Oysa Avukatlık Kanunu'nun 44 üncü madde hükmünde bu konuda çok açık bir sınırlama bulunmaktadır. 1136 sayılı Kanun'un 44 üncü madde hükmüne göre, *"yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatan-*

⁶ Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi: 17.01.2013- Sayı: 28531.

⁷ Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Madde 4

daşı ya da yabancı avukatları da kapsar". Oysa 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yabancı avukatlardan hizmet satın alınabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Yönetmeliğin ilgili hükmünün, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamını genişlettiğini, dolayısıyla normlar hiyerarşisine aykırı olarak, idarenin düzenleme yetkisini⁸ hukuka aykırı olarak kullandığını belirtebiliriz.

Yukarıda yer vermeye çalıştığımız hususlar doktrinde de haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim Yılmaz'a göre, *"ister özel ister kamu kurum ve kuruluşu olsun hukuk işlerinin esas olarak bünyede bulunan hukukçu eliyle yürütülmesi esastır. Başka bir anlatımla, tümüyle dışarıdan alınacak hukuk (avukatlık) hizmeti ile hukuk hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi mümkün değildir"*.⁹

Anayasa Mahkemesi de kamu avukatlarıyla ilgili yakın tarihli iki kararıyla konuya bakış açısını göstermiştir. Bu kararlardan ilki,¹⁰ görülmekte olan bir davada uygulanan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146 ncı maddesinin Anayasa'nın 10 ve 35 inci maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz dolayısıyla verilmiştir. İtiraz konusu olayda, hazine avukatı olarak görev yapan davacı, vekâlet ücretinin¹¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146 ncı maddesinin üçüncü fıkrası gereğince uygulanan limit nedeniyle, ödenmeyen kısmının ödenmesi istemiyle alacak davası açmış ve söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Karar metninde de belirtildiği üzere, *"başvuru kararında, 657 sayılı Kanunun 146 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen limite ilişkin düzenlemenin, 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinde yer alan vekalet ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin sonradan yürürlüğe giren yasa hükmü ile çeliştiği, yargılama sırasında vekil olarak görev yapan kamu avukatları ile serbest çalışan avukatlar arasında eşitsizlik ve dengesizliğe yol açtığı, vekalet ücreti üzerinde*

⁸ İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı, niteliği, kullanılma biçimleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 97-122.

⁹ Ejder Yılmaz, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, C. 57, Sa. 3, Yıl: 2008, s. 741-742.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 22.12.2011, E. 2010/97- K. 2011/173, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2012- Sayı: 28204.

¹¹ Vekalet ücret ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Türkmen, "Vekalet Ücretinin Aidiyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009, s. 127-131.

avukatın mülkiyet hakkının bulunduğu, devletin aynı işi yapan kişiler arasında eşitsizliğe yol açacak düzenleme yapamayacağı, yargılamanın devamı esnasında hazine avukatı ile serbest avukat arasında vekillik görevleri ve yapmış oldukları iş itibarıyla her hangi bir farklılık bulunmadığı, aynı işi yapan, aynı davada görev alan hazine avukatı olması halinde karşı tarafa yüklenen vekalet ücreti tahsil edildiğinde bu ücretin avukata ait olması gerektiği, düzenlemedeki limiti aşan kısmın o davada avukat olarak görev yapmayan başka kişilere dağıtıldığı, bu durumun eşit iş yapan avukatlar arasında eşitsizliğe neden olduğu, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10 ve 35 inci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür". Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık itirazını oybirliği ile reddetmiş, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına ve Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35 inci madde hükmüyle de ilgisi olmadığına karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme söz konusu itirazı red kararında, "devlet adına açılan davalar, asıl olarak kamu görevlisi avukatlar tarafından izlenmektedir. Dava ile kamu avukatı arasında hukuksal ilişki, kamu hukuku kapsamında olup serbest avukatlar gibi sözleşmeye bağlı vekalet ilişkisi söz konusu değildir. Devlet adına açılan davaları vekil sıfatıyla izleme görevi, kamu avukatının yasayla verilmiş asli görevleri arasındadır" dedikten sonra, "serbest avukatlar, sadece vekalet bağlantısı kurdukları davalardan ücret alırken, diğer deyişle böyle bir bağlantı kurulmadıkça gelir elde edemez iken, kamu avukatları dava takibi olmaksızın aylık ücretlerini almaktadır. Başka bir anlatımla, Devlet, Anayasa'nın 55 inci maddesinde belirtilen 'Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır' kuralına uyarak, kamu avukatları için tedbirini almıştır. Statü hukukunun gereği olarak, kamu görevine başlayan avukat, statüsüünden ve yasadaki kaynaklanan görev ve durumunu bilerek kamu görevine başlamaktadır" diyerek Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kamu avukatlarıyla ilgili bir diğer kararını¹² ise, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 ncı madde hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası dolayı-

¹² Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013, E. 2011/145- K. 2013/70, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 23.11.2013- Sayı: 28830.

siyla vermiştir. Başvuru kararında, Kanun Hükmünde Kararname'nin "kişilerin davalarını bizzat takip edebilecekleri gibi bir temsilci vasıtasıyla da takip edebilecekleri ancak bu temsilcinin avukat olması gerektiği hâlde idarelerin, davalarda avukatlar dışında, hukuk birim amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirleri tarafından da temsiline ve idareler lehine sonuçlanan davalarda idareler lehine vekalet ücreti takdir edilmesine olanak sağlayan" hükmünün Anayasa'nın 2, 5, 10, 36, 135 ve 141 inci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Yüksek Mahkeme, aşağıdaki gerekçe ile hükmün Anayasa'nın 2 ve 10 uncu maddelerine aykırı olmadığına ve 5, 36, 135 ve 141 inci maddeleriyle de ilgisi bulunmadığına karar vermiştir.

"Adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi kural olarak avukatlara aittir. Ancak, kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu idareleri bakımından bu kurala istisna getirebilir. Zira, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine göre, yargı mercilerinde asıl yerine dava açmak, savunmak, iş takip etmek yetkisi kural olarak baro levhasına kayıtlı avukatlara aittir. Ancak, aynı maddede hukuk ve ceza muhakemeleri kanunları ile sair kanunlarda gösterilen hallerde avukat olmayan kimselerin de asıl yerine mahkemelerde iş ve işlemler yapabileceği belirtilmiştir. Bu durum tarihsel süreçte de böyle olmuş ve idarelerin taraf olduğu davalarda, idareleri temsil yetkisi kamu avukatları yanında daire amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve ilgili şube müdürlerine devredilmiştir".

"Temsile ilişkin genel kuralın istisnası niteliğinde olan dava konusu kurların madde gerekçelerinden de, idarelerin hukuk birimlerinde çalışanların eğitim durumlarında ve usul mevzuatındaki değişiklikler kapsamında, işleyişin kolaylaştırılarak hukuk birimlerindeki çalışanlardan azami ölçüde istifade edilebilmesini teminen, hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri ve muhakemat müdürlerinin, idareleri tahkim mercilerinde, mahkemelerde ve icra mercilerinde vekil sıfatıyla temsil edebilmesi ve idarelerin taraf olduğu her türlü dava ve icra takibi sonrasında takibin idare lehine sonuçlanması hâlinde ise idare lehine vekalet ücreti takdir edilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İdarelerin, yargı mercileri önünde savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevini yerine getiren hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri ve muhakemat müdürleri tarafından da temsil edilebileceğini, bu kişiler tarafından takip edilen davaların idare lehine sonuçlanması durumunda idareler lehine yargılama gideri niteliğinde olan vekâlet ücreti takdir edileceği-

ni öngören dava konusu kurallarda kamu yararı olmadığı söylenemez. Yapılan somut düzenlemelerin bu amaçları etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, dava konusu kurallar, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olup hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir”.

“Özel hukuk ilişkisine bağlı olarak avukatlık sözleşmesiyle avukat temin edebilen özel kişiler ile kamu hukuku kurallarına göre kurulan, işletilen ve statü hukukuna göre memur kadrosunda görevini yerine getiren hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürlerinden hukuki danışmanlık hizmeti alan kamu idarelerinin konumu aynı değildir. Ayrıca kamu idareleri, kamu tüzel kişisi olmaları nedeniyle kamu gücünü kullanma yetkisine sahiptirler. Dolayısıyla, kamu idarelerini özel hukuk kişilerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak anlamında olmayıp hukuki statülerindeki farklılığı gereğidir”.

Kanunla yaratılan statü farklılığını Anayasa’ya aykırı bulmayan Anayasa Mahkemesi’nin aksine, bu statü farkının ek ödemelere yansıtılması yönündeki Sosyal Güvenlik Kurumu Ek Ödeme Usul ve Esasları’nı hukuka aykırı bularak iptal eden Danıştay 11. Dairesi kararı¹³ önemlidir. Danıştay 11. Daire kararına konu edilen Sosyal Güvenlik Kurumu Ek Ödeme Usul ve Esasları, avukatlık hizmetleri sınıfında görev yapan avukatlar için %140 ek ödeme oranı belirlerken; davacılar aynı işlemle “Sosyal Güvenlik Kurumu bünyesinde görev yapan bütün personelin ek ödemesinin belirli bir oranda yükseltilmesine, hatta avukatların emrinde çalışan ve avukatlar için verilen vekalet ücretinden faydalanan memurların bile ek ödemeleri arttırılmasına rağmen bu artışın kendilerine uygulanmamasının Anayasa’nın eşitlik ilkesi ile çeliştiği, ek ödeme oranını belirleme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de, bu yetkinin objektif olarak kullanılması gerektiği” gerekçesiyle düzenlemenin iptalini istemişlerdir.

Danıştay 11. Dairesi kararında, “İdare takdir yetkisini kullanırken mutlak ve sınırsız hareket edemeyeceğinden, kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak bu yetkisini kullanması gerekmektedir. Bu itibarla, uyuşmazlık konusu olayda avukatlar için öngörülen ek ödeme oranının belir-

¹³ Danıştay 11. Dairesi, 23.02.2009, E. 2007/1947- K. 2009/1861, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.02.2015)

lenmesi sırasında idarece takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığı yönünden hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunlu bulunmaktadır” dedikten sonra, “hukuk müşavirleri, sosyal güvenlik uzmanları ve müfettişler için daha yüksek ek ödeme oranı belirlenirken, somut ve haklı neden gösterilmeksizin aynı birimde ve aynı iş yükü altında görev yapan avukatlar için %140 ek ödeme oranı öngörülmesinde hakkaniyete ve mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...), SSK avukatlarının da hak kaybına uğramamaları için daha önce aldıkları %140 oranının korunduğu, yapılan düzenlemenin yasaya ve hukuka uygun olduğu savunulmakta ise de, daha önce Sosyal Sigortalar Kurumu’nda görev yapan müfettişler için uygulanan %140 ek ödeme oranı Sosyal Güvenlik Kurumu Ek Ödeme Usul ve Esasları ile % 175-%165’e (1-4. derecelerden aylık alanlar için %175, diğer derecelerden aylık alanlar için %165) yükseltirken ve aynı hizmet biriminde görev yapan farklı unvanlar için uygulacak ek ödeme oranlarında belirli bir artış sağlanırken, davacılar için her hangi bir artış öngörülmesinin avukatlık mesleğinin önemi ile bağdaşmayacağı gibi, aynı kurumda görev yapan personel arasındaki çalışma barışını bozacağı da açıktır” diyerek düzenlemeyi iptal etmiştir.

Ancak aynı Danıştay, vekalet ücretleri konusunda serbest avukatlar ile kamu kurumları arasında ayırım yapılmasını kabul etmekte ve kamu avukatları aleyhine kararlar vermektedir. Konuyla ilgili süreklilik arz ettiğini söyleyebileceğimiz içtihatlarında Danıştay, “Yargı sistemimizde yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletileceği ve taraflar arasında ne şekilde dağıtılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunu ile düzenlenmiştir. Avukatlık Kanununun 164. maddesinde 4667 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilen, dava sonunda karşı tarafa yükletilecek olan vekalet ücretinin avukata ait olduğu, bu sebeple de iş sahibinin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceği yolundaki hüküm ise vekalet ücretinin tahsilinin güvence altına alınmasını sağlamaya yöneliktir. Kurumların istihdam ettiği avukatlara vekalet ücreti ödenmesi usul ve esasları bu konudaki mevzuatta yer almış olduğundan, Avukatlık Kanunu ile bu hususa yönelik bir düzenleme yapılmasına ve kurumlarca istihdam edilen avukatlara ödenmesi gereken vekalet ücretinin tahsilinin güvence altına alınmasına gerek bulunmadığı tabiidir. Diğer bir ifadeyle, Avukatlık Kanununun 164. maddesindeki söz konusu hüküm, serbest avukatlık yapanlar ile müvekkilleri arasındaki ücret ilişkisinin düzenlenmesini amaçlamaktadır. Kurum avukatları ile kurumları arasındaki ilişki dikkate alındığında, kurum avukatlarına ödenecek vekalet üc-

retinin kurum avukatları arasında dağıtımının belirli kriterler esas alınarak gerçekleştirilmesi doğaldır. Bu sebeple de, serbest avukatlık yapanların müvekkillerinden alacakları vekalet ücretinin tahsilinin güvence altına alınması amacıyla getirilen Avukatlık Kanununun 164. maddesindeki hükmün, vekalet ücretinin tamamının kurumu temsil eden avukata ait olacağı şeklinde yorumlanmasına olanak bulunmamaktadır"¹⁴ diyerek kamu avukatlarının taleplerini kabul etmemektedir.¹⁵

Yukarıdaki açıklamalarımızdan şimdilik birkaç sonuç çıkarılabilir. Bunlardan ilki, kamu kurumlarını kamu avukatları yanında hukuk öğrenimi görmemiş kamu görevlileri de temsil edebilecektir. Bu, uygulamada kamu avukatları ile avukat olmayan söz konusu kamu görevlileri arasında, tartışıldığı üzere bulundukları hizmet sınıfının farklı olması dolayısıyla ücret eşitsizliği doğurmaktadır. Aynı eşitsizlik, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, kamu idarelerinin serbest avukatlardan hizmet satın alması durumunda da doğabilecektir. Ayrıca aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, kamu avukatlarının 657 sayılı Kanun'un disiplin ile ilgili hükümleri dolayısıyla serbest avukatların aksine, bağımsızlığından söz etmek de mümkün görünmemektedir.

Son olarak, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak, kanaatimizce idarenin düzenleme yetkisine aykırı olarak çıkarılan Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kamu idarelerinin, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer almamasına rağmen, yabancı avukatlardan da hizmet satın almak suretiyle yararlanabileceğini belirterek aynı zamanda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44 üncü maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

IV. KAMU AVUKATLARININ DİSİPLİN REJİMİ

Kamu avukatlarının tabi olduğu disiplin rejimi hususunda dikkat çekilmesi gereken birkaç tartışmalı nokta bulunmaktadır. Bunlardan

¹⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 06.03.2008, E. 2006/60- K. 2008/243, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 09.06.2015)

¹⁵ Aynı yönde Danıştay 11. Dairesi, 10.11.2003, E. 2002/4665- K. 2003/4924, Danıştay 11. Dairesi, 03.05.2005, E. 2003/2987- K. 2005/2244, Danıştay 11. Dairesi, 26.01.2011, E. 2009/4694- K. 2011/614, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.06.2015)

ilki, kamu avukatlarının bugün hem görevli oldukları kurum hem de kayıtlı oldukları baroların disiplin kurulları tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulabilmeleridir. Bu husus, aşağıda da incelemeye çalışacağımız üzere beraberinde yanıtı olmayan birtakım soruları da beraberinde getirmektedir. Konuyla ilgili dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta ise, kamu avukatlarının görevli oldukları kurumlarda disiplin soruşturmalarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmaları dolayısıyla hukukçu olmayanlar tarafından yürütülebilecek olmasıdır.

Kamu görevlilerinin tabi olduğu disiplin rejiminin, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yerine getirilmesini amaçladığı kabul edilebilir. Bu doğrultuda söz konusu amacı korumaya yönelik kurallar, disiplin kuralları ve bunların ihlali halinde öngörülen sonuçlar, disiplin cezaları, da geniş anlamda ceza hukuku içinde değerlendirilmektedir.¹⁶ Aynı görüş doğrultusunda, ceza hukukunun genel ilkelerinin disiplin hukukunda da uygulanabileceğini kabul etmek¹⁷ gerekmektedir.

Ceza hukukunun genel ilkelerinin disiplin hukukunda da uygulanabilirliğinin kabulü, yukarıda kamu avukatları bakımından tartışmalı bulduğumuz noktaya bizi götürebilir. Ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olan *"ne bis in idem"* ilkesine göre, aynı fiile birden fazla ceza verilemez. Bu ilke, *"failin fiili muhakeme edilmiş ve muhakeme sonunda verilen hüküm kesin hüküm halini almışsa, aynı fiil ve aynı fail hakkında yeniden muhakeme"*¹⁸ yapılamaması anlamına gelmektedir. Ancak kamu avukatlarıyla ilgili mevzuat incelendiğinde, bu ilkenin ihlal edilebilir nitelikte olduğu görülmektedir. Her ne kadar kamu avukatlarıyla ilgili Danıştay kararlarında¹⁹ bu ilkenin ihlal edildiğine dair bir kararla kar-

¹⁶ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:8, Sayı: 3, 3 Temmuz 1999, s. 57.

¹⁷ Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005, s. 71.

¹⁸ Harun Orman, Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2011, s. 75 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

¹⁹ Danıştay 12. Dairesi'nin 30.10.2001 tarih ve E. 2000/2310- K. 2001/3576 sayılı kararı aslında getirdiğimiz eleştirinin aksine kamu avukatlarının, avukatlık mesleğinin gerektirdiği faaliyetlerinin disiplin cezalarının uygulanmasında dikkate alındığını gösteren olumlu bir örnektir. Söz konusu kararda 12. Daire, kurum avukatı olan davacının, özürsüz bir veya iki gün göreve gelmediği gerekçesiyle 657 sayılı Yasanın 125/C-b hükmü uyarınca 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile

şılaşmamış olsak da bu, ileride söz konusu ilkenin ihlal edilmeyeceği anlamını taşımamaktadır.

Ancak aynı fiil nedeniyle kamu avukatlarının hem görevli oldukları kurum, hem de mensubu oldukları baroların disiplin kurulları tarafından bazen aynı eylem nedeniyle disiplin soruşturmasına tabi tutulabilmeleri mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kamu avukatları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabidirler. Dolayısıyla 657 sayılı Kanun'un öngördüğü disiplin suç ve cezaları ile de bağlıdırlar. Bu durumda kamu avukatları, avukatlık mesleğinin gerektirdiği bağımsızlık vasfından uzak bir şekilde 657 sayılı Kanun'un 124 ve devamındaki maddelerinde öngörülen hükümler nedeniyle sürekli disiplin tehdidi altında bulunmaktadır. Kamu avukatları yalnız 657 sayılı Kanun'un öngördüğü disiplin suç ve cezaları ile bağlı değildirler. 657 sayılı Kanun'un 125 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek Madde 1 hükmü gereği kamu avukatları, Avukatlık Kanunu'nun öngördüğü disiplin suç ve cezaları ile de bağlıdırlar.

657 sayılı Kanun'un 125 inci maddesi, *"özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır"* hükmüne yer vermek suretiyle kamuda çalışan avukatların 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda öngörülen disiplin suç ve cezaları ile de bağlı olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde 1136 sayılı Kanun'un Ek Madde 1 hükmü, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görevli avukatlara ilişkin olup maddenin sonunda kamuda çalışan avukatlar hakkında Avukatlık Kanunu'nun öngördüğü disiplin işlem ve cezalarının, avukatın sürekli görev yaptığı yer barosunca uygulanacağını düzenlemektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun çeşitli maddelerinde disiplin cezası öngörülen eylem ve davranışlara yer verilmiştir. Ancak özel bir hüküm bulunmasa dahi, bir kamu avukatı hakkında 1136 sayılı

cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada ilk derece mahkemesinin "kurum avukatlarının mesai yönünden diğer memurlardan farklı koşullarda çalıştıkları, çalışma zamanlarının büyük bir bölümünü duruşma, keşif veya dosya incelemesi nedeniyle adliyelerde geçirdikleri, bu nedenle davacının göreve gelmediği günlerde kısmen de olsa adliyede dosya incelemek amacıyla çalışmış olabileceği hususunun gözönünde bulundurularak bir derece hafif disiplin cezasının verilmesi koşullarının tartışılması gerekirken bu yapılmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali" yönündeki kararını oyçokluğu ile onamıştır. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.04.2015)

Kanun'un 134 üncü madde hükmüne dayanılarak disiplin cezası verilebilecektir. *"Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır"* hükmüne yer veren 134 üncü madde, dikkat edilecek olursa oldukça geniş bir maddedir. Çünkü kamu avukatının ilgili eylemi dolayısıyla uygulanabilecek özel bir hüküm bulunmasa dahi bu hükme dayanılarak kamu avukatına disiplin cezası verilebilecektir.

Yukarıda değindiğimiz husus ile ilgili olarak yanıtı çok kolay olmayan diğer bir sorunun altının çizilmesi gerekmektedir. Bu da, Avukatlık Kanunu uyarınca işten çıkarma veya meslekten çıkarma cezası verilen kamu avukatının görevli olduğu kamu kurumundaki statüsünün ne olacağının belirsizliğidir.

Kamu avukatlarının tabi olduğu disiplin rejimi ile ilgili dikkat çekmek istediğimiz son nokta, kamu avukatlarının görevli oldukları kurumlarda disiplin soruşturmalarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olması ile ilgilidir. Devlet Memurları Kanunu'nun 126 ncı maddesi,²⁰ özel kanunların disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullarıyla ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, disiplin cezasının türüne göre disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullara ilişkindir.

Bu durumda kamu avukatları, devlet memuru statüsünde değerlendirildiği için, teftiş ve denetleme yönünden de diğer devlet memurları gibi hukukçu olmayan disiplin amir veya kurulları tarafından denetlenebilecektir. Kamu avukatları, avukatlık mesleğinin özelliği

²⁰ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

Disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar Madde 126 - (Değişik birinci fıkra: 29/11/1984 - KHK 243/27 md.) Uyarı, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir.

(Değişik fıkralar: 12/5/1982 - 2670/32 md):

Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir.

Disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul veya reddeder. Ret halinde atamaya yetkili amirler 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbesttirler.

Özel kanunların disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullarla ilgili hükümleri saklıdır.

gereği “klasik” devlet memuru değildirler. Dolayısıyla bu husus dikkate alınarak kamu avukatlarının faaliyetlerinin ve işlemlerinin denetiminin avukatlık mesleğinden gelen kişiler tarafından yapılması daha isabetli olacaktır.

V. SONUÇ ve ÖNERİLER

Kamu kurum veya kuruluşlarında çalışan avukatların idare hukuku eksenli bu çalışmada birtakım sorunlarının olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu sorunlardan ilki, avukatlık tekeline son veren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname dolayısıyladır. 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ilgili hükümlerine göre, kamu kurumları avukat olmayan hatta hukukçu dahi olmayan kimseler tarafından bugün temsil edilebilmektedir. Yine 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, kamu idarelerinin serbest avukatlardan hizmet satın alması durumunda vekalet ücretleri bakımından kamu avukatları aleyhine eşitsizlik doğabilecektir.

İkinci olarak, kamu avukatlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dolayısıyla serbest avukatların aksine bağımsızlığından söz etmek mümkün görünmemektedir. Kamu avukatları yalnız 657 sayılı Kanun’un öngördüğü disiplin suç ve cezaları ile bağlı değildirler. 657 sayılı Kanun’un 125 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun Ek Madde 1 hükmü gereği kamu avukatları, Avukatlık Kanunu’nun öngördüğü disiplin suç ve cezaları ile de bağlıdırlar. Böylece kamu avukatları, hem görevli oldukları kurum, hem de mensubu oldukları baroların disiplin kurulları tarafından bazen aynı eylem nedeniyle disiplin soruşturmasına tabi tutulabilecektir.

Son olarak, kamu avukatları, devlet memuru statüsünde değerlendirildiği için, teftiş ve denetleme yönünden de diğer devlet memurları gibi hukukçu olmayan disiplin amir veya kurulları tarafından denetlenebilmektedir.

Burada yer vermeye çalıştığımız sorunlara birtakım çözüm önerileri getirilebilir. Nitekim Türkiye Barolar Birliği (TBB) öncülüğünde Baroların aktif katılımı ile gerçekleştirilen 12.05.2013 tarihli Kamuda Çalışan Avukatlar Kurultayı’nda birtakım sonuçlara varılmış; önemli birtakım öneriler getirilmiştir. Aynı sonuçlar ve çözüm önerileri yine TBB öncülüğünde 28.02.2015 tarihinde gerçekleştirilen ikinci Kamuda

Çalışan Avukatlar Kurultayı'nda tekrarlanmıştır. Bunlardan özellikle düzenleme konusu yapılması gerektiğini düşündüğümüz ve katıldığımız sonuçlar bulunmaktadır.

Her şeyden önce, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kırılan avukatlık tekelinin önüne geçilmelidir. Avukatlık mesleğinden olmayanların kamu avukatlarının yetkileri ile donatılmasına ilişkin mevzuat hükümleri değiştirilmelidir. Kamu avukatlarının teftiş ve denetiminin avukatlık meslek kuralları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Kamu avukatlarının disiplin işleri 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca yürütülmelidir.

Burada son olarak Adalet Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu Avukatlık Kanunu Taslağı'nın kamuda çalışan avukatlarla ilgili düzenlemelerine de değinmek gerekmektedir. Taslağın kamu avukatlarını ilgilendiren önemli maddeleri, 49 ve 68 inci madde hükümleridir.

Taslağın "Avukatlık ücreti" başlıklı 49 uncu maddesinin 9 uncu fıkraya hükmüne göre, *"Kamu avukatları tarafından takip edilen davalarda idare lehine hükmedilen vekâlet ücreti kamu avukatına aittir. Bunun aksine düzenlemeler hükümsüzdür. Ancak, kamu avukatlarına bu kapsamda bir yıl içinde ödenecek vekâlet ücretleri, kendi aylık ücretlerinin bir yıllık toplam miktarını geçemez"*. Fıkranın düzenlemesi bugün, kamu avukatlarının vekalet ücretlerine ilişkin talepleriyle uyumlu görünmektedir. Ancak aynı hükmün, kamu avukatlarına ödenen aylık ücretler ve bunların hesaplanmasında dikkate alınan katsayıların yükseltilmesine ilişkin talepleri karşıladığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Kamu avukatlarının bu fıkra kapsamında alacakları vekalet ücretinin aylık ücretlerinin bir yıllık toplam miktarını geçemeyeceğine ilişkin hüküm aleyhte bir düzenleme olarak kabul edilebilir.

Taslağın "Kamu avukatlığı" başlıklı 68 inci madde hükmüne göre ise, *"Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli şekilde, bir kadroya bağlı olarak avukatlık yapılabilir. Kamu avukatlarının baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Kamu avukatlarının baro levhasına yazılmayı istemeleri halinde görev yaptıkları yer barosuna kaydolurlar, başka bir yerde sürekli görevlendirilmeleri durumunda o baroya kayıtlarını aldırırlar. Kamu avukatları, görevlerinin gereği olan işleri yaparken, baro levhasına kayıtlı avukatların hak ve yetkilerine sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler"*. Bu hüküm uyarınca, kamu avukatları bakımından baro levhasına

yazılmak zorunlu değilken levhaya yazılmayan kamu avukatlarının baroya kayıtlı diğer avukatların tabi oldukları yükümlülüklerle bağlı tutulmalarını açıklamak da pek kolay görünmemektedir. Yine aynı maddenin 5 inci fıkra hükmüne göre, *“Kamu avukatlarının disiplin işlemleri, idari nitelikteki konularda görev yaptığı idare tarafından; avukatlık mesleğinin icrasıyla ilgili konularda ilgili baro tarafından yürütülür. Avukatlık disiplini hukukuna ilişkin hükümler öncelikle uygulanır”*. Burada kamu avukatlarının disiplin işlemlerinin idari konular ve avukatlık mesleğinin icrası olarak ayrılması her ne kadar dikkat çektiğimiz sakıncaları bertaraf edecek gibi görünse de, kamu avukatının bir eyleminden dolayı iki farklı disiplin soruşturması geçirmesi ihtimali devam etmektedir. Ayrıca yine 68 inci maddede düzenlendiği üzere, kamu avukatının disiplin soruşturması ile ilgili kurul oluşumunda da bir belirsizlik bulunmaktadır. Taslağın 68 inci maddesinin 6 ncı fıkrasına göre, *“Kamu avukatlarının disiplin kovuşturması aşamasında, disiplin kurulunda, ilgilinin bağlı olduğu kurumun yetkili temsilcisi de yer alır. Kurum temsilcisi, kurul üyelerinin sahip olduğu hak ve yetkileri haizdir. Oyların eşitliği halinde kurul veya daire başkanının bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır”*. Dikkat edilecek olursa, burada disiplin kurulunun oluşumuna ilişkin bir açıklık yoktur. Ayrıca kamu avukatının disiplin soruşturması idari işlerle ilgili olduğunda görevli olduğu idare tarafından yapılacak ancak bu esnada oluşturulacak kurulda barodan bir temsilci bulunacak mıdır? Madde metninden bunun düzenlenmediği sonucuna ulaşılabılır. Çünkü oluşturulacak disiplin kurulunda kurum temsilcisinin de yer alacağına ilişkin düzenleme soruşturmanın avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin olarak yürütülmesinde söz konusu olacak gibi görünmektedir. Taslağın 68 inci maddesinin 6 ncı fıkrasının alternatifi²¹ olarak düzenlenen fıkra ise, daha açık ve kabul edilebilir niteliktedir. Ancak burada da soruşturmanın idari işlere ilişkin olması halinde kurulun nasıl oluşacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu çalışmada kamuda çalışan avukatların idare hukuku açısından dikkate alınması gereken sorunlarına değinilmeye çalışılmıştır. Araş-

²¹ (6) Alternatif - Kamu avukatlarının disiplin kovuşturması aşamasında, baro disiplin kurulları veya Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ya da dairelerinde, ilgilinin bağlı olduğu kurumun yetkili temsilcisi de yer alır. Kurum temsilcisi, kurul üyelerinin sahip olduğu hak ve yetkileri haizdir. Oyların eşitliği halinde kurul veya daire başkanının bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır.

tırmamız konunun doktrin ve yargı kararlarında yeterince incelenmediğini göstermektedir. Yukarıda yer vermeye çalıştığımız sorunlar bize göre her şeyden önce, yargı yerlerinin kamu avukatlarının meslek memuru olduklarını kabul etmeleri ve bunların denetiminde ve yerine getirdikleri faaliyetlerde avukatlık mevzuatını öncelikli olarak dikkate almalarıyla mümkündür. Ancak yargı yerlerinin umduğu tutum değişimi de sorunların çözümünde tek başına yeterli olmayacaktır. Burada şüphesiz mevzuat değişikliğine giderek, sorunları çözmeye çalışmak yasa koyucunun takdiri ve yetkisindedir.

Kaynakça

- Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013, E. 2011/145- K. 2013/70, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 23.11.2013- Sayı: 28830.
- Anayasa Mahkemesi, 22.12.2011, E. 2010/97- K. 2011/173, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2012- Sayı: 28204.
- Danıştay 11. Dairesi, 03.05.2005, E. 2003/2987- K. 2005/2244, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.06.2015)
- Danıştay 11. Dairesi, 10.11.2003, E. 2002/4665- K. 2003/4924, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.06.2015)
- Danıştay 11. Dairesi, 23.02.2009, E. 2007/1947- K. 2009/1861, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.02.2015)
- Danıştay 11. Dairesi, 26.01.2011, E. 2009/4694- K. 2011/614, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.06.2015)
- Danıştay 12. Dairesi, 30.10.2001 tarih ve E. 2000/2310- K. 2001/3576, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.04.2015)
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 06.03.2008, E. 2006/60- K. 2008/243, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 09.06.2015)
- Gözübüyük Şeref - Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007
- Karahanogulları Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:8, Sayı: 3, 3 Temmuz 1999, s. 55-77.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005, s. 61-87.
- Orman Harun, Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2011, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Türkmen Coşkun, "Vekalet Ücretinin Aidiyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009, s. 127-131.
- Yılmaz Ejder, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, C: 57, Sa: 3, Yıl: 2008, s. 733- 751.

VERGİ YARGISI UYGULAMASINDA KABAHATLER KANUNU'NA ALTERNATİF BİR BAKIŞ VE VERGİ ZİYAI DOĞURAN FİİLLERE İŞTİRAKE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA DAİR BİR İRDELEME

AN ALTERNATIVE VIEW OF THE LAW OF MISDEMEANORS ON
THE PRACTICE OF TAX JURISDICTION AND AN EXAMINATION
OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT ABOUT THE
ABETMENT IN VIOLATIONS CAUSING TAX LOSS

Yunus Emre YILMAZOĞLU*

Özet: Kabahatler Kanunu (KK) yürürlüğe girdiği günden bu yana idari yargıda çeşitli hukuksal tartışmalara neden olmuştur. Kanun'un özellikle vergi yargısında uygulanabilirliği çeşitli toplantılara ve akademik çalışmalara konu olmakta, ancak yargılama mercileri genelde Kanun'un uygulanabilirliğini kararlarında tartışmaktan çekinmektedir. Bu incelemede, sadece Kanun'un vergi uyuşmazlığı doğuran işlemlere karşı açılan idari davalarda uygulanabilirliği üzerinde yapılan akademik tartışmaların genel bir derlemesi sunulmamakta, bunun yanında Kanun'un neden vergi mahkemelerince dikkate alınması gerektiği hususunda özgün bir bakış açısı da ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, Vergi Ziyai, İştirak

Abstract: The Law of Misdemeanors has brought about many legal discussions in administrative justice since it went into effect. The applicability of the law has been also discussed in several meetings and academic studies, however, judicial authorities have abstained from discussing it in their judgments. In this study, not only the compilation of those academic studies regarding the applicability of law in the administrative lawsuits against transactions that give rise to tax disputes are submitted, but also a unique perspective on the issues about why the law requires to be taken into account by the tax courts is also tried to be revealed.

Keywords: Misdemeanor, Tax Loss, Abetment

Giriş

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile kabahatler, kanun kapsamından çıkarılmıştır. Ayrı ve genel bir Kanun'da (KK'de) kabahatlerle ilgili genel ilkelere yer verilmiştir. Doktrinde bu gelişmenin vergi ceza hukukuna (özellikle idari nitelikli vergi suç ve cezalarına) yansımaları olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda ileri sürülen görüşler, ceza hukukunda yaşanan bu gelişmelerle ortaya çıkan suç ve kabahat ayrımı doğrultusunda mali düzene aykırılık oluşturan (Örneğin Vergi Usul Kanunu(VUK)'nda yer verilen vergi ziyayı, usulsüzlük gibi) fiillerin "vergi kabahati" bunlara kanunda öngörülen karşılıkların da "idari yaptırım" kabul edilmesi gerektiği noktasında yoğunlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Kanun'un 3'üncü maddesine yönelik iptal kararı sonrasında yapılan yasal düzenlemeler vergi ceza hukuku açısından uygulanabilirlik tartışmasına ışık tutmamış ve hatta farklı tartışmaların doğmasına sebebiyet vermiştir.

Vergi hukukuna içtihatları ile yön veren tüm yargı mercilerinin (Danıştay, bölge idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi) Kanun'un hangi gerekçeyle uygulanabileceği veya uygulanamayacağına ilişkin bu tartışmaların uzağında kalmayı tercih etmesi, Kanun'un varlığını görmezden gelme biçiminde yorumlanmaya müsaittir. Nitekim yapılan araştırmalar neticesinde KK'nin vergi kanunlarında yer verilen fiiller ve yaptırımlar bakımından neden uygulanması ya da uygulanmaması gerektiği hususunun tartışıldığı ve bu konuda ileri sürülen argümanların somutlaştığı bir karara ulaşılamamıştır. Ancak bu yönde bir kararın mevcut olmaması, yürürlükte olduğu tartışmasız olan bir kanunun vergi ödevlerine aykırılık fiilleri ve karşılığında öngörülen yaptırımlar bakımından uygulanabilirliğini tartışmaya engel değildir.

I- KK Genel Hükümlerinin Vergi Ziyayı Kabahati Yönünden Uygulanabilirliği Sorunu

1- Ceza hukuku bağlamında suç ve cezalar ile idare hukuku bağlamında fiil ve yaptırımların vergi hukuku yönünden irdelenmesi

"Vergi Hukuku, vergi ödevinin niteliğine, vergi borcunun doğması ve ortadan kalkmasına ilişkin maddi ve şekli kuralların bütünüdür."¹

¹ Mualla Öncel-Ahmet Kumrulu-Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş

Vergilendirme ilişkisinin vergi hukukunu teşkil eden bu maddi ve şekli kurallara uygun bir düzen içinde yürütülmesi gerekir.

Türk vergi sisteminde gelir, kurumlar, veraset ve intikal, katma değer vergisi gibi belli başlı vergiler, verginin hesaplanmasında esas alınacak matrahın yükümlü tarafından saptanıp bildirilmesine dayanmaktadır.² Vergi idaresine de beyanın doğruluğunu araştırıp tespit etme ve verginin ödenmesini sağlama hususunda yetki tanınmıştır. Ancak vergilendirme ödevlerine aykırı davranışların yaptırıma bağlanmadığı bir vergilendirme sisteminde vergi ile ilgili ödevlerin hukuka uygun şekilde yerine getirileceğini beklemek ve bu hususta denetimin yeterli bir çözüm olduğunu savunmak³ mümkün değildir.

Bu gerçeği gören kanun koyucu, maddi ve şekli vergi hukuku kuralları ile şekillenen vergi düzenini korumak ve vergi ödevlerinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla⁴ vergi ödevlerini ihlal eden fiilleri suç ve kabahatler hukukuna başvurarak yaptırıma bağlamıştır. Bu düzenlemelere VUK'un Dördüncü Kitabında yer verilmiştir.⁵

Kanun'da vergi suç ve cezaları, ceza hukuku anlamında vergi suç ve cezaları (madde 359-363) ile idare hukuku anlamında vergi suç ve cezaları (kabahat ve yaptırımları) (madde 341-355) olmak üzere birbirinden farklı hukuki rejime tabi iki ayrı grupta düzenlenmiştir.⁶ Hukuki rejim farklılığına bağlı olarak her iki tür hukuka aykırılık hali ve karşılığında öngörülen yaptırımlar doktrinde ayrıntılarıyla incelenmiştir. Bu tespitler⁷ topluca irdelendiğinde şu sonuçlara ulaşılabilir:

Değişiklikleri İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s:2

² Öncel-Kumrulu-Çağan, age., s: 96

³ Funda Başaran Yavaşlar, "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", Danıştay ve İdari Yargı Günü, 138. Yıl Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:76, Danıştay Matbaası 2008 (131-178), s:131

⁴ Vergi Ceza Hukuku'nun amacı, korunan menfaatler temel alınarak ikili bir ayırım içinde de incelenmektedir. İlk elde amaç "vergi sisteminin hukukun öngördüğü şekilde işlemini ve böylece vergi geliri elde edilmesini" sağlama biçiminde belirlendiğinde, korunan menfaat "hazine ve buna bağlı olarak kamu yararı" olmaktadır. Ancak bireyi ihmal etmeyen bir bakış açısıyla amaç "herkesin vergi ödevini yerine getirmesini sağlama" biçiminde tespit edildiğinde "dürüst mükelleflerin hukuki menfaatleri" de korunmaktadır. Funda Başaran Yavaşlar, "Vergi Ceza Hukuku'ndaki Değişim Süreci ve Bu Sürecin Vergi Ceza Sisteminde Etkileri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2008, s:233 (www.vergisorunlari.com.tr)

⁵ Yavaşlar, "İdari Nitelikli...", s:131

⁶ Yavaşlar, "İdari Nitelikli...", s:131-132

⁷ "Kabahatler Kanunu Gerekeşi" (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>), "Yavaşlar, "İdari Nitelikli...", s:132" ve "Şafak Ertan Çomaklı-Ahmet Ak, Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum Barosu, Mart

Ceza hukuku anlamında vergi suç ve cezaları kamu düzenini korumaya yönelmekte ve suçlar kamusal düzene karşı hukuka aykırılık hallerini⁸ oluşturmaktadır. İdare hukuku anlamındaki kabahat ve yaptırımlar ise mali ve idari düzeni korumaya yönelmekte ve kabahatler vergi geliri kaybına yol açan ve/veya vergi sisteminin işleyişini aksatan hukuka aykırılık hallerini oluşturmaktadır.⁹ Vergi suç ve cezaları adli usullerle tespit edilmekte ve ceza, mahkeme kararıyla verilmekte iken, mali düzene aykırılık oluşturan fiiller ise idari usullerle tespit edilmekte ve ceza, vergi idaresince idari işlem tesisi yoluyla uygulanmaktadır. Vergi suçlarına hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası, mali düzene aykırılık oluşturan fiillere ise idari para cezası uygulanmaktadır. Adli mahkeme kararıyla verilen ceza üst temyiz merciinin denetimine tabi iken, mali düzene aykırılık oluşturan fiillere uygulanan para cezası, açılan idari dava üzerine vergi mahkemesince denetlenmektedir. Vergi suçlarının tespitinde kastın varlığı aranmakta, mali düzene aykırılık oluşturan fiillerin ise kasten ya da taksirle işlenebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Vergi cezasının muhatabı gerçek kişiler, mali düzene aykırılık oluşturan fiillere uygulanacak yaptırımının muhatabı ise gerçek ya da tüzel kişiler olabilir. Vergi cezaları adli sicile kaydolunur, mali düzene aykırılık

2013, 1. Baskı, Yayın No:5, s:27"

8 Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, 7. baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, Kasım 2013, s:4

9 "Vergi suçlarının korumaya çalıştığı genel kamu düzeni ile vergi kabahatlerinin korumaya çalıştığı idari-vergisel kamu düzeni uygulanacak yaptırımların amaçlarını farklılaştırmaktadır. Vergi suçları için yaptırım teorisinin bilinen amaçları dışında bir amaç arama arayışı kanımızca sonuç vermeyecektir. Buna karşın idari kamu düzenini bozan (vergi ziyayı) veya tehdit eden (usulsüzlük) vergi kabahatleri ile, salt caydırma amacının elde edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır... Bu noktada varılabilecek bir ara sonuç uyarınca, vergi suçlarının vergi kabahatlerinden ayrılması da anlamlı hale gelmiştir." İbrahim Nihat Bayar, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi, Akademi Serisi Yayın No:4 Haziran 2013, s:45; "Vergi kabahatleri kamu ekonomisi içerisinde kalmakta ve kamu gelirleri içinde önemli yeri olan vergiler için düşünülen vergisel kamu düzenini korumaktadır. Dolayısıyla, kabahatlerin suçların dışında düzenlenmesinden vergi kabahatleri de etkilenmektedir." (Donay ve Yavaşlar'a atıflar) Aziz Taşdelen, "Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2010, Cilt:59, Sayı:4 (767-795), s:770 "Vergi kabahatlerinin hazine yararı ekseninde idari düzeni koruması esas iken, vergi suçları kamu düzeninin korunmasını esas alır." Şenyüz, age., s:44; Vergi kabahatlerine yaptırım uygulanarak vergi kaybına uğratan ya da uğratma tehlikesi taşıyan aykırı davranışlar önlenmek istendiği; bu bakış açısında kabahati cezalandırma amacının ön plana çıktığı hakkında: Şenyüz, age., s:45

oluşturan fiillere uygulanacak yaptırımlar ise adli sicile kaydolunmaz ve ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez. Ceza ve yaptırım üzerinde yargı mercilerinin tasarruf yetkisi açısından; vergi mahkemesinin idari yaptırıma karşı açılan davada, idarenin işleminin tamamen ya da kısmen iptali yönünde karar verebileceği söylenebilir. Ceza ve yaptırım üzerinde muhatabın tasarruf yetkisi açısından; vergi cezalarında etkin pişmanlıktan yararlanılabileceği (213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin son fıkrasında 371. maddeye yollama var); mali düzene aykırılık oluşturan fiillere uygulanacak yaptırımlarda ise uzlaşma, indirim veya pişmanlıktan yararlanılabileceği (213 sayılı Kanun'un 371. maddesi) ifade edilebilir. Ayrıca bu tür yaptırımlar yargılamadan ayrı olarak idari başvuruya da konu edilebilir. Yaptırımda hata halinde 213 sayılı Kanun'un 375. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 116. ve devamında yer alan madde hükümleri uygulanabilir.¹⁰ Ayrıca uzlaşma başvurusu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca yapılan başvurular da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezaları ile idare hukuku anlamındaki vergi suç ve cezaları (kabahat ve yaptırımları) arasında görüldüğü üzere önemli farklılıklar mevcuttur. Bu ayırt edici özellikler bir düzene aykırılık fiilinin "vergi suçu" mu yoksa "vergi kabahati" mi niteliğinde olduğunun saptanmasında dikkate alınmalıdır.

Vergi kabahatlerinde mali-idari kamu düzeninin korunması amacıyla vergi geliri kaybına yol açan ve/veya vergi sisteminin işleyişini aksatan ya da tehlikeye sokan¹¹ fiillere yaptırım uygulanması öngörülmektedir. Bu kabahatler vergi idaresine tanınan arama ve inceleme yetkisi kapsamında idari usullerle saptanmakta ve ceza doğrudan idare tarafından uygulanmaktadır.

¹⁰ Danıştay bazı vergi uyumsuzluklarında 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmektedir. Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 16.2.2007 tarihli ve E:2006/232, K:2007/62 sayılı kararı: "...2577 sayılı Yasanın 11 inci maddesinde yer alan hükmün, verginin tarhına ilişkin idari işlemler yönünden uygulanması hukuken mümkün görülemez..." *Danıştay Dergisi*, sayı 122, s:89 ve devamı, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104341.pdf, 16 Kasım 2014

¹¹ Şenyüz, age.,s:44; Vergi ziyai doğduğu hallerde vergi aslının gecikme faiziyle birlikte tahsil edildiği, usulsüzlük fiillerinde ise her zaman bir vergi kaybının yaşanmadığı dikkate alındığında vergi kabahatlerinin ödeme amacından ziyade caydırma amacına yöneldiği hakkında: Bayar, age., s:45

Ceza hukuku politikasındaki gelişmeler sonucunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatler suç olmaktan çıkarılmıştır.¹² Bazı özel kanunlarda da "idarî suçlar" olarak tanımlanan fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir.¹³ Ayrıca, ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında çok sayıda idarî nitelikte yaptırıma yer verilmiş ancak bu kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliği kurulmamıştır.¹⁴ KK ile kabahatler hukuku konusunda yaşanan bu karmaşa giderilmeye ve bir sistem birliği oluşturulmaya çalışılmıştır.¹⁵

Pozitif ceza hukukunda kabahatlerin suçlardan ayrılması eğilimi, vergi suçlarının kanunlaştırıldığı VUK'un ilgili kısmına da etki edecek

¹² Aşağıda ayrıca irdelenecek olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin KK'nun 3. maddesinin iptaline yönelik 1.3.2006 tarihli ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararında "suç ve kabahat ayrımı"na dikkat çekilmiştir. Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, kanun koyucu tarafından izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Anayasa Mahkemesi de anılan kararında, böyle bir ayırımın bulunmasını değil, ayırımdan sonra yargısal başvuru yolu tanımlanırken idari yargının görev alanının gözetilmemesini iptal hükmüne neden olarak göstermiştir.

¹³ İdarî nitelikteki "para cezası", bir uyarı (ikaz) fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacına da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının misli nitelikte olması mümkündür. (KK Genel Gerekçesi'nden; www.tbmm.gov.tr); "Suçlar arasındaki "cürüm" ve "kabahat" ayrımı terk edildiği için, hürriyeti bağlayıcı ceza açısından kabul edilen "hapis" ve "hafif hapis" ayrımı da kaldırılmış, böylece, temel ceza olarak, hapis cezası benimsenmiştir. Suçlar arasındaki "cürüm" ve "kabahat" ayrımının kaldırılmasının diğer bir sonucu da para cezası bakımından "ağır para cezası - hafif para cezası" ayrımının terk edilmesidir. Ancak, suç karşılığı öngörülen ve mahkeme tarafından hükmedilen para cezası ile idarî yaptırım olarak uygulanan para cezası arasındaki kavram karışıklığını önlemek amacıyla, ceza hukuku yaptırımı niteliğindeki para cezasının adı adli para cezası olarak belirlenmiş ve gün para cezası sistemi kabul edilmiştir." (5728 sayılı Kanun Gerekçesinden, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>)

¹⁴ KK Genel Gerekçesi'nden; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>

¹⁵ KK 3. madde gerekçesi: "Özel kanunlarda çeşitli fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülürken; çoğu zaman, bu yaptırımların yerine getirilmesi, bunlara bağlanan hukukî sonuçlar, zamanaşımı, tekerrür, özellikle idarî para cezası türündeki yaptırım yerine getirilmesi, bu suretle oluşan malî kaynağın kullanılma biçimi gibi hususlarda da kazuistik hükümlere yer verilmektedir. Sistemden yoksun bu kazuistik düzenlemelerin önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için; özel kanunlarda sadece kabahat türünden fiillerin tanımlanması ve bu fiiller karşılığında öngörülen idarî yaptırımların belirlenmesiyle yetinilmelidir. Bu itibarla, Tasanda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının temin edilmesi gerekmiştir." (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c079/tbmm22079076ss0840.pdf>)

niteliktedir.¹⁶ Bu gelişme karşısında, VUK'da yer alan ve yukarıdaki tasnife göre idari nitelikteki suç ve cezalar başlığı altında değerlendirilen “vergi ziyaı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük” fiilleri ve bunlar karşılığında öngörülen yaptırımların KK kapsamında bir kabahat olarak nitelenip nitelenemeyeceği ve Kanun'un genel hükümlerinin bu fiiller yönünden uygulanıp uygulanamayacağı hususunun irdelenme zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

2- Vergi düzenine aykırılık oluşturan fiiller KK anlamında bir kabahat midir?

Vergi suçları genel kamu düzenini korumak amacıyla öngörülmüştür. KK'nin 1. maddesinde ise Kanun'un korumaya yöneldiği kavramlar arasında “toplum düzeni” ve “ekonomik düzen” de sayılmıştır. Söz konusu amaç ayrılığı, vergi suçlarının vergi kabahatlerinden ayrılmasını anlamlı hale getirmektedir.

Bir ülkenin ekonomisi piyasa ekonomisi ve kamu ekonomisinden oluşur. Kamu ekonomisinde kamusal malların üretim süreci ile ilgilendirilir. Kamusal üretimin finansman sorunu kamu gelirleri; mal ve hizmetlerin arzı sorunu da kamu giderleri çözümlemesiyle ele alınır. Bu ilişkileri inceleyen kamu maliyesinin hukuki yönü mali hukuku ilgilendirmektedir. Mali hukukun gelirlerin toplanmasına ilişkin kuralları vergi hukukunun kapsamına girer. Devlet ile vergi ödevlileri arasında kurulan vergilendirme ilişkisi de kamu ekonomisinin vergi hukuku boyutu kapsamındadır.¹⁷

Vergilerin yasallığı ilkesi gereğince Devlet, vergi alacağını yasaya dayanarak tahsil etmelidir. Yasanın tam ve doğru uygulanması da Devletin sorumluluğu altındadır. Vergilendirme yasaya dayandığı ve vergi uygulaması da yasa kurallarına uygun şekilde gerçekleştiği takdirde vergi ödevlisinin vergi borcunu ödeme yükümlülüğü doğar.¹⁸ Genel hatları bu biçimde çizilebilecek vergilendirme ilişkisinin işlerliği, vergi hukukunu teşkil eden maddi ve şekli kuralların bir düzen içinde yürütülmesine bağlıdır.

¹⁶ Bayar, age., s:41

¹⁷ Öncel-Kumrulu-Çağan, age., s: 1

¹⁸ Ahmet Kumrulu, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1979, Cilt 36, Sayı 1-4, s:150-151

KK'nin 1. maddesinde de belirtilen "toplumsal düzen" ve "ekonomik düzen" kavramlarıyla ilişkili bulunan "idari-mali düzen" in korunması amacıyla vergi kabahatleri ve karşılığında yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁹

Yukarıda da açıklandığı üzere, idari-mali düzeni korumaya yönelen, vergi kanunlarında gösterilen maddi veya biçimsel yükümlülüklerle aykırılık oluşturan ve kanuni tarife uygun fiillerin (vergi kabahatlerinin)²⁰ idari usullerle tespit edilmesinden sonra bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın doğrudan vergi idaresince yaptırım uygulanmaktadır.²¹ Dolayısıyla genel anlamda, idari-mali düzene aykırılık fiilleri, KK kapsamında bir "kabahat" oluşturmakta ve yaptırıma bağlanmış bulunmaktadır.

İnceleme konumuz bağlamında "vergi ziyaı doğuran fiiller" in niteliğinin ayrıca ele alınması gerekir. Vergi idaresi, kendisine tanınan araştırma ve inceleme yetkilerini kullanarak, VUK'un 341. maddesi²²

¹⁹ Bayar, age., s:45; "...vergileendirme ödevlerinin ihlalinin, (vergisel) kamu düzenini bozucu etkisi bulunduğu söylenebilir." Ayhan Kılıç, "Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2014, Sayı 18, Yıl:5 (299-348), s:311; "Kabahatlerle korunan idari düzen vergilerle ilgili olunca hazinenin zarar uğratılmasını engelleme amacına yönelik kurulan "vergisel idari düzen" olmaktadır." Şenyüz, age.,s:7, 44; "Bu yaptırımların amacı, dar anlamda vergi alacağını güvence altına almak şeklinde belirtilebilirse de geniş anlamda vergisel kamu düzenini korumak olduğu açıktır. Bu amaç şekli ödevlerle sağlanmaktadır. Şekli vergi ödevlerinin; bildirimler (VUK m.153-170), defter tutma (VUK m.171-276), vesikalar (VUK m.227-242), ekim sayım beyanı (VUK m.243-246), vergi karnesi (VUK m.147-252) ve muhafaza ve ibraz ödevleri (VUK m. 253-257) başlıkları altında düzenlendiği görülmektedir. Bu ödevlere ilişkin hukuka aykırı davranışlar ise usulsüzlük (VUK m.351, 352), özel usulsüzlük (VUK m. 353- mük.355) ve vergi ziyaı (VUK m. 344) şeklinde sınıflandırılmaktadır." Taşdelen, agm, s:782

²⁰ Bayraklı'dan nakleden Şenyüz, age.,s:44

²¹ Şenyüz, age.,s:44

²² Kanun'un "Vergi ziyaı" başlıklı 341. maddesi şu şekildedir: "Vergi ziyaı, mükelfin veya sorumlunun vergileendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder. Şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermek de vergi ziyaı hükmündedir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı hallerde verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınması ceza uygulanmasına mani teşkil etmez."

uyarınca mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmediğini veya eksik tahakkuk ettirildiğini idari usullerle saptadığı takdirde, vergi düzeyini ihlal eden bu fiile Kanun'un 344. maddesi uyarınca "vergi ziyai cezası (yaptırım)" uygulanmaktadır. Bir başka ifadeyle, vergi ziyana neden olunduğu yönündeki idari tespit, vergi kabahati oluşturan bir fiilin işlendiğini ortaya koymakta ve karşılığında vergi idaresince vergi ödevlilerine idari nitelikteki mali yaptırım (VUK tabiriyle vergi ziyai cezası) uygulanmaktadır. Bu mali yaptırım, KK'nin 16. maddesinin birinci fıkrasında sayılan "idari para cezası" niteliğinde olduğundan, bu yaptırımın karşılık olarak öngörüldüğü vergi ziyai fiili Kanun'un 2. maddesi anlamında bir "kabahat" teşkil etmektedir.²³

Buraya kadar, "adli nitelikli vergi suç ve cezaları" ile "idari nitelikli vergi kabahat ve yaptırımları" ayrımı incelendi ve mali düzene aykırılık oluşturan fiillerin KK kapsamında değerlendirilebilecek bir vergi kabahati oluşturduğu ortaya konulmaya çalışıldı. Sonraki başlık altında KK'nin genel hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından uygulanabilirliği sorunu üzerine eğilmeye çalışılacaktır.

3- KK genel hükümleri vergi kabahatleri bakımından uygulanabilir mi?

Doktrinde bu soruya olumlu cevaplar yanında olumsuz cevaplar da verildiği görülmektedir. Bu ikili ayrım içinde öncelikle Kanun'un genel hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından uygulanma kabiliyetini test edelim:

²³ Kanun'un "Tanım" başlıklı 2. maddesi şu şekildedir: "(1) Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır."; Aynı Yönde Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mayıs 2010, s:192; Kılıç, agm., s:311; Yavaşlar, "İdari Nitelikli...", s:162
KK'nun "Yaptırım türleri" başlıklı 16. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: "(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.
(2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

A. Olumlu görüşlerin dayandığı argümanlar

- a) “Kabahatler Kanunu’nun vergi kabahatlerini kapsayan bir genel kanun niteliğini haiz oluşu, idari yaptırım öngörülen fiilleri(n) suç yerine kabahat olarak nitelendirilmesine de dayanak olmaktadır.”²⁴ Kanun, vergi kabahatlerini de içine alacak biçimde tüm kabahatleri kapsayıcı nitelikte genel bir kanundur.
- b) KK’nin genel gerekçesinde ifade edilen “idari nitelikli yaptırımlara ilişkin sistem/hukuk birliği”ni sağlama amacı, karşılığında idari yaptırım öngörülen vergi kabahatlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.²⁵ Bu amacın aksini ortaya koyacak nitelikte, vergi kabahatlerinin Kanun kapsam dışında bırakılmasını gerektiren herhangi bir somut gerekçe ve açık yasal dayanak da bulunmamaktadır.
- c) 8.2.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un ile 213 sayılı Kanun gibi ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı KK ile uyumlu hale getirilmesi, bazı suçların unsurlarında 5237 sayılı Kanun’a uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Bu kapsamda VUK’un ceza hükümlerini içeren dördüncü kitabının, ikinci kısmının, “Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılacak Suçlar ve Cezalar” biçimindeki üçüncü bölüm başlığı, 8.2.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun ile “Suçlar ve Cezalar” şeklinde değiştirilmiştir.²⁶ Bu değişiklikle idari yaptırım ile cezalandırılan vergi suçu-hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılan vergi suçu ayrımı kaldırılmış olmak-

²⁴ Bayar, age., s:41

²⁵ Yavaşlar, “Vergi Ceza Hukuku’ndaki...”; KK’nda “...idari yaptırımları gerektiren fiiller yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu da düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununda idari yaptırımlarla ilgili olarak belirlenen genel hükümler nedeniyle, bu hükümlerin özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanması gerekmektedir.” (5728 sayılı Kanun Genel Gerekçesi’nden, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>)

²⁶ 5728 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>; Öncel-Kumrulu-Çağan, age., s:215

tadır.²⁷ Böylece hürriyeti bağlayıcı niteliği haiz olup ceza yargılaması sonucunda hükmolunan fiiller ve karşılığında öngörülen yaptırımlar yeni TCK ile uyumlu hale getirilerek “suç ve ceza” biçiminde nitelenmektedir. İdari usullerle tespit edilerek uygulanan diğer düzene aykırılık fiillerinin ise söz konusu suç ve cezalardan ayrıştırılarak “vergi kabahatleri ve yaptırımları” biçiminde nitelenmesi ve KK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

d) Kanun’un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “b” bendinde, Kanun’un *-kanun yoluna ilişkin olanlar dışındaki- genel hükümlerinin*, idari para cezasını gerektiren bütün fiiller bakımından uygulanacağı öngörülmektedir. Vergi ziyayı ile genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük, karşılığında bir yargı kararı gerektirmeksizin doğrudan vergi idaresince idari para cezası uygulanması öngörülen fiillerdir. Bu fiillere uygulanan yaptırımlar da idari yaptırımdır.²⁸ Dolayısıyla KK genel hükümleri bu fiiller bakımından da uygulanabilir niteliktedir.²⁹

e) KK yürürlüğe girdiğinde, 3. maddesinde “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*” kuralı bulunmaktaydı. Bu kuralla bağlantılı olarak genel hükümler arasında yer alan Kanun’un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yeri ve süresi belirtilmiştir: “*İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.*” Dolayısıyla Kanun yürürlüğe girdiğinde, genel hükümlerinin tüm kabahatler bakımından geçerli olması ve bu kapsamda kabahatlere uygulanan idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerinin görevli olması esası benimsenmişti.

Ancak, Kanun’un 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi’nin 1.3.2006 günlü ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.³⁰ İptal kararı, “*Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği*

²⁷ Bayar, age., s:41-42

²⁸ Yavaşlar, “Vergi Ceza Hukuku’ndaki...”; Kılıç, agm.,s:311; Taşdelen, agm., s:787

²⁹ Yavaşlar, “İdari Nitelikli...”, s:162; Şenyüz, age., s:47; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, s:239; Funda Başaran Yavaşlar, “Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku’nda Son Durum”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:82, Sayı:6, Yıl:2008, (2839-2859) s:2840

³⁰ 22.7.2006 günlü ve 26236 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir.” gerekçesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, idare hukuku kurallarına göre tesis edilmiş cezai yaptırım içeren idari işlemler yönünden idari yargının görev alanının korunmasını gerektiğini belirtmektedir.

İptal kararının gereklerini yerine getirmek üzere yayımlanan 5560 sayılı Kanun'la idari yargı düzeninin korunması amaçlanmış ve KK'nin “kanun yoluna ilişkin hükümleri”nin “aksine hüküm bulunmaması halinde” uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir³¹:

“(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.”

³¹ Kanun'un 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “a” bendinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek yapılan itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 11.6.2009 tarihli ve E:2007/115, K:2009/80 sayılı kararıyla (R.G Tarih-Sayı: 26.11.2009-27418) reddedilmiştir. Kararda kural şu şekilde anlandırılmıştır:

“... Kabahatler Kanunu'nda genel görevli mahkeme olarak sulh ceza mahkemesi görevli kılınmakla birlikte belirli durumlarda idari yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiş, belirli idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin ise ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulması kararlaştırılmıştır.

İtiraz konusu kural, idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunun ilgili kanunlarda özel olarak düzenlenmiş olması halinde söz konusu hükümlerin uygulanmasını, idari yaptırımlara karşı başvurulacak kanun yolları bakımından diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir.”

Öte yandan, Kanun'un ek 1. maddesinde³² ise “4.1.1961 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.” kuralına yer verilmiştir.³³ Kanun koyucu bu kuralla, vergi kabahatlerini KK kapsamı dışında tutmak istediğini mi ortaya koymaktadır; yoksa kural bir başka hususa ilişkin olarak mı ihdas edilmiştir? Bu hususun irdelenmesi gerekir.

Kuralda “213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler” ifadesine yer verilmektedir. Ancak, vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun “vergi mahkemesinin görev alanına ilişkin düzenlemelerin Vergi Usul Kanunu'nda yer almadığı, 2576 sayılı Kanun'da düzenlendiği” gerçeğini bilmemesinin mümkün olmayacağı gözetilmelidir.³⁴ Bu saptamadan hareketle kanun koyucunun “213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler” ifadesi ile başka bir şey anlatmak istediği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu aşamada, hükmün anlamlandırılmasında Kanun gerekçesine de başvurulabilir:

“Vergi mahkemelerinin görevine giren hususlarla ilgili olarak vergi hukukunun kendisine özgü özellikleri dolayısıyla 213 sayılı Kanunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümlerin vergi hukukuna ilişkin uyumsuzlıklarda muhafazasında fayda mülahaza edilerek, Kabahatler Kanununun usule ilişkin hükümlerinin vergi cezaları açısından uygulanmaması yönünde bir istisna hükmü getirilmiştir.”³⁵

Gerekçede yer alan bu ifadelerden ilk cümlede, kanun koyucunun “vergi uyumsuzlıklarının kendine özgü özellikleri” nedeniyle vergi mahkemelerinin görev alanında kalan uyumsuzlıklarla ilgili “VUK'ta ayrıntılı şekilde düzenlenmiş” hususları saklı tutmaya çalıştığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu ayrıntılı hükümlerin vergi uyumsuzlıkları

³² 11.5.2005 günlü, 5348 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Kanun'a eklenmiştir.

³³ Ek 1. madde hükmü, -Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını gereklerini yerine getirmek üzere gerçekleştirilen- Kanun'un 3. maddesindeki söz konusu değişiklikten önce de Kanun'da yer almaktaydı.

³⁴ Yavaşlar, “Vergi Suç ve Kabahatleri ...”, s:2841

³⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c084/tbmm22084097ss0897.pdf>

yönünden saklı tutulması ve “Kabahatler Kanunu’nun usule ilişkin hükümlerinin” vergi cezaları açısından uygulanmaması amaçlanmaktadır.

Vergi uyuşmazlıklarının “kendine özgü özelliklerini” yansıtan, “VUK’ta düzenlenmiş”, “ayrıntılı nitelikte” ve “Kabahatler Kanunu’nun usule ilişkin hükümleri” yerine uygulanması tercih edilen bu düzenlemeler hangileridir?

1982 yılından önce, Türkiye’de ayrı bir vergi yargısı bulunmamakta ve vergi uyuşmazlıkları, yargılama makamı olarak kabul edilmeyen itiraz ve temyiz komisyonları tarafından VUK’ta düzenlenen kurallar çerçevesinde çözümlenmekteydi. Bu dönemde Kanun, hem vergilendirme işlemlerine ilişkin usul kurallarını (idari süreç) hem de bu işlemlerden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kuralları (yargısal süreç) içermektedir.³⁶

VUK’un yargılama usulüne ilişkin bu kurallarının birçoğunun (379 ila 412. madde hükümleri) 2577 sayılı Kanun’un 63. maddesiyle vergi mahkemelerinin göreve başladıkları tarihte yürürlükten kalkması öngörülmüştür. Ancak bu değişiklik kapsamında Kanun’un 377 ile 378. maddeler korunmuş, daha sonra 2686 sayılı Kanun’la bu maddeler 2577 sayılı Kanun’la uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır.³⁷

VUK’un yürürlükte bulunan düzenlemelerine bir göz atmak gerekirse; 377. maddesinde “vergi mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlar”, 378. maddesinde ise “vergi mahkemesinde dava açabilme şartları ve davanın konusu”na yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Daha sonra Kanun’a 2791 sayılı Kanun’la mükerrer 378. madde eklenmiştir. Bu maddede de “Danıştay ve vergi mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda inceleme elemanları ile mükellefin mali müşaviri ve muhasebecisinin dinlenmesi”ne yönelik kurallar yer almaktadır.³⁸

³⁶ Mustafa Akkaya, Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1997, Cilt:46, Sayı:1-4 (185-208), s:193

³⁷ 2686 sayılı Kanun Genel Gereke ve 50, 51 ve 52. madde gerekçeleri http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK_/d01/c007/mgk_01007109ss0292ek12.pdf

³⁸ “KabHK ek md.1’de “VUK’da yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler” ibaresi ile kastedilen, “vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin

Dolayısıyla kanun koyucunun ek 1. maddede yer alan “213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler” ifadesi ile saklı tutmak istediği hükümler, vergi yargılama hukukunun kendine has özelliklerine göre³⁹ düzenlenmiş bu kurallardır. Bir başka ifadeyle kanun koyucu, vergi kabahatlerini KK kapsamı dışına çıkarmaya çalışmamakta, aksine vergi yargılama hukukuna kendine has kurallarını vergi yaptırımlarına ilişkin davalarda korumayı amaçlamaktadır.⁴⁰

Ayrıca gerekçede vergi cezaları açısından uygulanmaması öngörülen düzenlemelerin KK’nin “usule ilişkin hükümleri” olduğu vurgulanmaktadır. KK’nin genel hükümlerinin hepsinin yargılama usulüne ilişkin olduğunu ileri sürmek güçtür. Örneğin Kabahatler Kanunu’nun “Genel Hükümler” üst başlıklı “Birinci Kısım”ın, “Kabahatten Dolayı Sorumluluğun Esasları” başlıklı “İkinci Bölümü”nde yer alan kabahatin ihmali davranışla işlenilmesi, kast veya taksir, iştirak gibi kavramlara ilişkin düzenlemeleri yargılama hukuku ile ilgili olmayan uyuşmazlığın esasına ilişkin kurallardır. Dolayısıyla gerekçede yer ve-

VUK’da yer alan hükümler”dir. Dolayısıyla, KabhK ek md.1, VUK’un “vergi davaları” başlıklı Beşinci Kitabı’nda yer alan md. 377 (vergi mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlar), md.378 (dava konusu) ve mük. md.378’i (inceleme elemanları ile mükellefin mali müşaviri veya muhasebecisinin vergi davasında dinlenmesi) saklı tutmaktadır.” (Yavaşlar, “Vergi Suç ve Kabahatleri...”, s:2841)

³⁹ Örneğin vergi yargılama hukukunun kendine has özelliğinin ortaya çıktığı alanlardan biri subjektif dava ehliyetidir: “vergi davaları için, özel bir yargılama usulü kuralı getiren VUK’nun 377’nci maddesinin, dava açmaya yetkili olanları açıkça belirlemesi karşısında, sayılan kişilerin genel yargılama usulü kuralı olan İYUK’nun 2 nci maddesine göre menfaatlerinin ihlal edilip edilmediği araştırılmaz.” (Akkaya, age., s:196)

⁴⁰ “KabhK ek md.1’de, “VUK’daki hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmayan eylemlere ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu” yorumuna yol açacak tek bir kelime dahi yer almamaktadır... Eğer vergi kabahatleri KabhK’nun dışında bırakılmak istenseydi, bu durumda “VUK’da yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır” değil, aksine “VUK’da yer alan vergi kabahatlerine ilişkin hükümler saklıdır” denilirdi.” (Yavaşlar, “Vergi Suç ve Kabahatleri...”, s:2842); Ek 1. madde “Kabahatler Kanunu’nun idari nitelikli vergi suç ve cezaları bakımından geçerli olduğunu, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Çünkü, eğer vergi ziyai suçu ile usulsüzlük suçları bu Kanun kapsamında olmasalardı, bunlar bakımından, KabhK md.27, f.1’de öngörüldüğü şekilde sulh ceza mahkemelerinin değil de, vergi mahkemelerinin görevli olduklarına dair bir istisna hükmü getirilmesine ihtiyaç olmazdı. Zaten kanun kapsamında olmayan bir kabahat türüne ilişkin olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların yargısal rejimine ilişkin istisnai bir düzenleme konulmasına gerek yoktur.” (Yavaşlar, “Vergi Ceza Hukuku’ndaki...”)

rilen “usule ilişkin hükümler” ile kastedilen olsa olsa KK’nin Birinci Kısımının, “Karar verme Yetkisi ve Kanun Yolları” başlıklı “Dördüncü Bölümü”nde yer alan kanun yollarına (idari yaptırıma karşı başvuru, başvurunun incelenmesi, itiraz yolu gibi) yargılama usulüne ilişkin kurallardır.

Ancak bu noktada bir ayrıma gitmekte fayda vardır:

i. Gerekçede yer verilen KK’nin “usule ilişkin hükümleri” ifadesi ile VUK’ta yer alan ayrıntılı düzenlemelerle “çelişen” ya da “KK’de karşılığı olmayan” kurallar kastedilmektedir. Örneğin vergi yaptırımına karşı yargı yoluna “vergi cezası kesilenler”in başvurabileceği VUK’un 377’nci maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu maddede belirtilen kişiler vergi yaptırımını idari davaya konu edebilir. Yine VUK’un mükerrer 378. maddesinde, vergi yaptırımının hukuka uygunluğunun denetlendiği idari davada yapılan duruşmada, davacı iddialarının gerekli kıldığı hallerde mali müşavir veya muhasebecinin dinlenebilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla ek 1. madde bu düzenlemeleri korumaya yönelmektedir. Ancak vergi yargılama hukukunun bu kurallarla sınırlı olmadığı açıktır. Bu durum bir başka soruyu akla getirmektedir: Vergi yargılama hukukuna ilişkin diğer kurallar hangi düzenleme ile korunmuştur?

ii. KK hükümlerinin uygulanırılığını düzenleyen 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “a” bendinde “*kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde*” kuralı yer almaktadır. KK’nin Birinci Kısımının, “Dördüncü Bölümü”nün başlığı “Karar verme Yetkisi ve Kanun Yolları”dır. Bu başlık altında idari yaptırıma karar verme yetkisi, yaptırıma karşı başvuru yolu, itiraz yolu gibi düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durum “kanun yolları” ifadesinin, dar anlamda mahkeme kararlarına karşı başvuru yolları arasında bulunan “temyiz, karar düzeltme, istinaf, itiraz” gibi yollarla sınırlı şekilde kullanılmadığını, “yaptırıma karşı başvuru yolu”nu da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanıldığını göstermektedir.⁴¹

⁴¹ “KK hem maddi hukuk hem de usul hukuku kurallarını içermektedir. Kanun tüm kabahatlere egemen olan genel hükümlere sahip olduğunu açıkça belirttikten sonra, bu davranışların genel hükümleri ile birlikte bazı kabahatleri de düzenlemektedir. Kabahatlere uygulanacak idari yaptırımları ve bu yaptırımlar için öngörülen kanun yoluna da göstermektedir. Vergi kabahatleri diğer kabahatler için öngörülen kanun yolu dışında tutulmakta, önceden olduğu gibi, vergi mahkeme-

Kurala göre, KK'nin kanun yoluna ilişkin hükümleri ancak diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanabilecek niteliktedir. Diğer kanunlarda yer alan idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolları ve uygulanacak yargılama usulü kuralları bu hüküm ile korunmaktadır. Örneğin; vergi kabahatleri için öngörülen idari yaptırımların vergi mahkemesinin görev alanında olduğu 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmektedir. Kanun'un 3. maddesindeki bu kural, vergi kabahatlerine karşı yargısal başvuru yolu yönünden Kanun'un 27. maddesindeki ana kuralın istisnasının bulunduğu işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle vergi kabahatleri yönünden vergi mahkemelerinin görev alanı ile diğer yargılama hukuku kurallarını koruyan kural KK'nin ek 1. maddesi değil, 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "a" bendidir.⁴²

Diğer yandan 5560 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesiyle KK'nin 27'nci maddesine eklenen (8) numaralı fıkranın da bu bağlamda tartışılması gerekir. Kural şu şekildedir:

"İdarî 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 iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür."

KK, sulh ceza mahkemelerini genel görevli mahkeme olarak belirlemişse de bu kuraldan, vergi kabahatlerine uygulanan idari yaptırımların ancak başka bir idari kararla (örneğin vergi uyuşmazlıkları açısından tarh işlemi) birlikte vergi mahkemesinde dava konusu edilebileceği aksi halde sulh ceza mahkemesine gidilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaması gerekir. Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "a" bendinde idari yargının görev alanını, ek 1. maddesinde de vergi yargılama hukukunun kendine özgü kurallarını koruyan kanun koyucu, bu hükümle farklı bir yorum benimsemiş ve kanun hükümleri arasında çelişkiye düşmüş olamaz.

5560 sayılı Kanun gerekçesinde, bu kuralın KK düzenlemelerinin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirmek amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir. Kural, Anayasa Mahkemesince de benzer bir

⁴² lerinin görevleri devam etmektedir (KK ek m.1)." Taşdelen, agm.,s:780
Aynı yönde: Candan, age., s:193

şekilde yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre kural, sulh ceza mahkemesine başvurulabilecek idari yaptırım kararları yönünden geçerli olup, bu yaptırım kararı kapsamında idari yargının görev alanına giren bir başka kararın da verilmiş olması halinde bu kararın iptali talebiyle birlikte idari yaptırımın iptali isteminin de idari yargı merciinde görülmesi amaçlanmaktadır.⁴³

Dolayısıyla Kanun'un 3. maddesiyle idari yargının görev alanı korunmakta, bunun yanında, Kanun'un 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasında yer alan bu kuralla da sulh ceza mahkemesinin görevli olduğu idari yaptırım kararları yönünden, bu kararlar birlikte idari yargının görev alanına giren bir başka kararın verilmiş olması halinde bu idari yaptırım kararlarının da idari davaya konu edilmesi öngörülmektedir.

B. Olumsuz görüşün dayandığı argüman

Hukuk kuralları arasında çatışma sorununun çözümüne ilişkin ilkeler bağlamında yaklaşım geliştiren bu görüşe göre, 213 sayılı Kanun'un vergi suç ve cezalarına ilişkin hükümleri, KK'nin genel

⁴³ Kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan itiraz başvurusu reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 11.6.2009 tarihli ve E:2007/115, K:2009/80 sayılı kararı(R.G Tarih-Sayı: 26.11.2009-27418):

"Söz konusu kural, sulh ceza mahkemesine başvurulabilecek idari yaptırım kararları yönünden geçerli olup, bu yaptırım kararı kapsamında idari yargının görev alanına giren bir başka kararın da verilmiş olması halinde bu kararın iptali talebiyle birlikte idari yaptırımın iptali isteminin de idari yargı merciinde görülmesini amaçlamaktadır. Bu suretle, idari yargının görevli olduğu işlem kapsamında tesis edilen bir idari yaptırım kararının hukuka uygunluk denetiminin de aynı yargı yerince yapılması sağlanmış olmaktadır.

İdari yaptırım kararlarına ilişkin uyumsuzlukların hangi hallerde idari yargı yerlerinde çözümleneceği itiraz konusu kuralda açıkça belirtildiğinden, kuralın belirsizliğinden ve mahkemelerin görevlerinin yasayla belirlenmesi gerektiği yolundaki Anayasa'nın 142. maddesine aykırılığından söz edilemez.

Öte yandan, idari yargı yerlerinin, idari işlem niteliğindeki tüm idari yaptırımlardan doğan uyumsuzlukların çözümünde görevli olması gerekirken itiraz konusu kuralda yer alan uyumsuzluklarla sınırlı olarak görevli kılınmasının, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş ise de diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlayan ve bu kapsamda bulunan idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza mahkemesinin görevli olmasını sağlayan Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığının saptanması karşısında, itiraz konusu kural kapsamındaki idari yaptırımlar bakımından idari yargı yerlerini görevli kabul eden Yasa'nın 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırılığından söz edilemez."

hükümleri karşısında özel nitelikte hükümlerdir. Dolayısıyla önceki tarihli özel hükümlerin, sonraki tarihli genel hükümler karşısında uygulanmasına devam edilmesi gerekmektedir.⁴⁴

Bu görüş, VUK hükümlerinin “özel olma” niteliği nedeniyle “fiilin tespitinde, yaptırım uygulanmasında ve bu kapsamda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde” dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Hatta bu yorum doğrultusunda KK’nin, VUK’ta yer alan idari-mali düzene aykırılık fiilleri ve karşılığında uygulanacak yaptırımlar bakımından bir değişiklik getirmediği, bunları “kabahat ve idari yaptırım” kavramları bağlamında değerlendirmeye gerek bulunmadığı, VUK hükümlerinin vergi hukuku yönünden “özel olma” niteliğinin bu fiil ve yaptırımların “vergi suçu ve cezası” olarak nitelenmesini gerektirdiği de savunulabilir. Kararlarında KK’nin uygulanabilirliğini tartışmayan vergi yargısının bu düşüncede olduğu ifade edilebilir.

Ancak, bu görüşe karşı şu argümanlar geliştirilebilir:

i. Daha önce de ifade edildiği üzere Kanun’un 2. ve 16. maddeleri bağlamında VUK’ta öngörülen idari mali düzene aykırılık oluşturan fiiller “vergi kabahati” ve bu fiiller karşılığında uygulanması öngörülen idari para cezaları da “idari yaptırım”dır.⁴⁵ Ayrıca KK’nin Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gereklerini yerine getirmek üzere yayımlanan 5560 sayılı Kanun’la yeniden düzenlenen 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “a” bendinde idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolu olarak “idari yargı düzeni ve bu kapsamda vergi yargısı” korunmuş; fıkranın “b” bendinde ise, Kanun’un (*kanun yoluna ilişkin olanlar dışındaki*) diğer genel hükümlerinin, idari para cezasını gerektiren bütün fiiller bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. Diğer yandan 5560 sayılı Kanun’la düzenleme yapılmadan önce de KK’de bulunan Ek 1. madde düzenlemesi de VUK’ta yer alan vergi yargılama hukukunun kendine özgü düzenlemelerini saklı tutmaktadır. Tüm bu veriler vergi kabahatlerinin KK kapsamında yer aldığını, dolayısıyla

⁴⁴ Yavaşlar, “Vergi Ceza Hukuku’ndaki...”

⁴⁵ Aynı yönde: “KK’nın 2.maddesinin, idari yaptırım (idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler) gerektiren bütün fiilleri kabahat olarak nitelendirmesi karşısında, adli para cezası ve hapis cezası dışında idari tedbir gerektiren vergi suçlarının vergi kabahati sayılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.” Şenyüz, age., s:43

KK'nin genel hükümlerinin vergi kabahat ve yaptırımları bakımından da uygulanmasını gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda VUK'un "özel olma" niteliğinin KK'yi vergi kabahatleri bakımından uygulanamaz kıldığı yolundaki düşünce tartışılır hale gelmektedir.

ii. VUK'ta vergi kabahat ve yaptırımları bakımından her konunun düzenlendiğini söylemek güçtür. Örneğin 359. maddedeki vergi ziya- na neden olan fiillere iştirak edilmesi halinde ziya uğratılan verginin bir katı tutarında yaptırım uygulanması öngörülmekle birlikte, iştirakin hangi hallerde oluşacağı bu maddede düzenlenmiş konulardan değildir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda suç ve kabahat ayrımı yapıldığından, bu Kanun'un 5. maddesi⁴⁶ aracılığıyla iştirake ilişkin hükümlerine başvurulması, kabahat oluşturan bu fiiller bakımından olanaklı değildir. Bu konuda "kanunda bir hüküm bulunmadığı" sonucuna ulaşmadan önce KK'nin uygulanabilirliğinin tartışılması gerekmektedir. Dolayısıyla salt VUK hükümlerinin "özel olma" niteliğine dayanan bu görüş bu eksik düzenleme sorununa da cevap verememektedir.

C. KK'nin VUK'u ilga ettiği yolundaki görüş

VUK hükümlerinin "özel olma" niteliğini vurgulayan görüşün aksine, kanun koyucunun "KK'nin tüm kabahatlere uygulanan yaptırımlar bakımından geçerli kılınma amacı"na değer atfeden bir başka görüş de KK hükümlerinin "genel olma" niteliğini vurgulamakta ve çatışma alanlarında KK hükümlerinin VUK hükümlerini zımnen ilga ettiğini ifade etmektedir.⁴⁷

⁴⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

⁴⁷ "KabHK'nun genel hükümlerinin bir kısmı VUK'da yer almayan konuları düzenlerken, bir kısmı VUK'daki idari nitelikli suç ve cezalara ilişkin **genel** düzenlemelerle çatışmaktadır. Biraz önce KabHK'nun gerekçesinden aktardığımız ve KabHK ek md.1'in de açıkça ortaya koyduğu üzere, kanun koyucunun amacı, KabHK'nun idari nitelikli tüm yaptırımlara ve bu arada vergi yaptırımlarına da uygulanması yönündedir. Buna bağlı olarak, çatışma halinde, KabHK'nun genel hükümlerinin VUK'daki idari nitelikli vergi suç ve cezalarına ilişkin genel düzenlemeleri zımnen ilga ettiği kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, KabHK'nun sadece VUK'da yer almayan konuları düzenleyen hükümleri değil, VUK ile çatışan hükümleri de uygulama alanı bulacaklardır." (Yavaşlar, "Vergi Ceza Hukuku'ndaki..."); Yazar daha sonra yayımlanan bir başka makalesinde 5728 sayılı Kanun değişikliklerini baz alarak bir yandan zımnen ilga görüşünü destekler bir argüman ileri sürmekte

Acaba peşinen bu sonuca ulaşmak mümkün müdür? Yoksa kanun koyucu, sonradan yürürlüğe giren genel kanunla tipik belirlemeler yapmayı ve hükümle ilgili diğer alanlarda önceki özel düzenlemelerin varlığının korumasını da amaçlamış olabilir mi? Bir başka ifadeyle genel kanun, özel kanunda düzenlenmeyen boşlukları doldurmak için çıkarılmış olabilir mi? Bizce bu ikinci sonuç, özel kanun sistematığının korunabilmesi açısından daha elverişli gözükmektedir.

D. Çatışma Alanlarının Tespitini Önceleyen Birleştirici Görüş

“VUK hükümlerinin özel olma” ya da “KK hükümlerinin genel olma” niteliklerini önceleyen karşıt görüşlerden farklı bir yorumun benimsenmesi mümkün gözükmektedir. Bu yorum, ne “VUK hükümlerinin özel olma” niteliğini ne de “KK hükümlerinin genel olma” niteliğini yadsımakta; ikisine karşı aynı mesafede durmakta ve yeri geldikçe her ikisinden de yararlanmaktadır.

Bu yorumun içeriğinin doldurulabilmesi öncelikle “önceki özel

diğer yandan kanun koyucunun vergi kabahatleri açısından KK öncesine dönüşü başlattığını belirtmektedir: “5728 SK’nın vergi kabahatlerine ilişkin olarak kimi VUK hükümlerini, KabhK ile ilga edilmeden önceki içerikleriyle tekrar yürürlüğe soktuğu görülmektedir. Bundan çıkartılması gereken iki sonuç vardır: Birincisi, KabhK’nun genel hükümlerinin vergi kabahat ve yaptırımları bakımından geçerli olduğu bu şekilde açıkça ortaya konulmaktadır. Çünkü, örneğin KabhK md.15, son fıkra, VUK’un md. 359, son fıkra ve md. 367, f.4 hükümlerinin ilgili kısımlarını zımnen ilga etmemiş olsaydı, kanun koyucunun zaten yürürlükte olan düzenlemelerin aynısını getirmesine gerek kalmazdı. Zaten yürürlükte olan bir düzenleme, aynen tekrar yürürlüğe sokulamaz... İkinci sonuç, kanun koyucunun KabhK ile ilga VUK düzenlemelerini tekrar yürürlüğe koyması, bu noktalarda, bu noktalarda Kabahatler Kanunu öncesindeki sisteme geri dönmek istediğini göstermektedir.” Yavaşlar, “Vergi Suç ve Kabahatleri ...”, s:2857-2858; Yazarın bu değerli görüşüne şöyle bir argüman geliştirilebilir: KK, VUK ile çatıştığı alanlarda, VUK’un özel düzenlemelerini ilga etmemiş olmakla birlikte kanun koyucu 5728 sayılı Kanun değişiklikleri ile bu alanda yaşanan tereddütleri gidermek istemiş de olabilir.; “...5728 sayılı Kanun (m.276,280) ile Vergi Usul Kanunu’nun 359 ve 367’nci maddelerinde yapılan değişiklikler, KK’nun 15/3 ve 23/3 maddelerinin vergi kabahatleri üzerindeki etkisini kaldırdığı yönünde yorumlanabilmektedir... Bunun aksini düşünmekte mümkündür. Yeni oluşan kabahatler hukukunda nasıl ki, yargılama sürecine ilişkin KK’nun ek 1 maddesi ile vergi yargılaması bakımından istisnai bir durum yaratıldıysa, KK’nun 15/3 maddesine istisna olan bir durum varsa onun da aynı şekilde -aynı yöntemle- kanunda yapılması gerekirdi. 5728 sayılı Kanun gerekçesinde kanun koyucunun bu yönde bir amacı görülmemektedir. Değişiklik sonrası KK’na aykırı fıkraların korunması, kanun yapma tekniğinin bir sorunu olarak görülebilir.” Taşdelen, agm, s:782 (dipnot 62’de yer alan açıklamalar)

kanun-sonraki genel kanun çatışması"nda çözüm ilkelerinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır.⁴⁸

Doktrinde, "önceki-özel nitelikte kanun" ile "sonraki-genel nitelikte kanun" arasındaki çatışmanın çözümüne dair kesin bir ilke bulunmadığı belirtilmektedir.⁴⁹ Çatışma sorunun çözümünde "*lex posterior*" ilkesi benimsendiğinde, sonraki genel kanunun, "*lex specialis*" ilkesine göre ise önceki özel kanunun uygulanması gerekir.⁵⁰ Bu iki ilkedен hangisinin benimsenmesi hususunda pozitif hukukta bir düzenleme yer almadığından bu konu bir tercihi gerektirmektedir.⁵¹ Doktrinde, önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağı görüşü daha ağır basmaktadır.⁵² Dolayısıyla

⁴⁸ Kılıç, agm., s:307

⁴⁹ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 9. Baskıdan Ek Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2012, s:350

⁵⁰ Gözler, age., s:350

⁵¹ Gözler, age., s:350

⁵² Eski düzenlemenin özel, yeni düzenlemenin genel nitelikte olması durumunda çatışmanın çözümüne dair yaklaşımlar: "yorum yöntemlerinden yararlanılarak en uygun çözümün bulunacağı" Ömer Anayurt, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Seçkin/Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, s:228-229 (259. dipnot; "...yeni genel kanun, eski özel kanunu muhakkak surette yürürlükten kaldırmış sayılmaz. Kanun koyucunun amacını ve menfaatler durumunu gözden geçirerek bir sonuca ulaşmak gerekir." Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel İlkeleri, Turhan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, s:174; "... sadece kanun koyucunun sonraki genel düzenleme ile, önceki özel düzenlemeyi değiştirmek iradesini açığa vurduğu istisnai durumlarda bunu kabul etmek daha doğru olacaktır." Abdullah Demir; Yahya Deryal, Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi Metodolojik Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s:86; Yahya Deryal, Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş), Güncellenmiş 7. Baskı, Trabzon 2011, s:89; "Yasa koyucunun amacını ve çıkarlar dengesini gözden geçirerek bir sonuca ulaşmak gerekmektedir." Abdullah Dinçol, Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 9. Basım, DER Yayınları: 318, İstanbul 2013, s:128; "Eski özel kanun ile yeni genel kanunun çatışması halinde birkaç görüş benimsenebilir: aa) Yeni kanun genel olduğu için kendisine aykırı bütün hükümleri kaldırdığı; yeni olması nedeniyle -özel de olsa- eski kuralları yürürlük dışı bıraktığı; bunun sonucu olarak da eski kurallara oranla yeni genel kanunun öncelikle uygulanması gerektiği bir görüş olarak savunulabilir. bb) İkinci olarak, genel kanunun, özel kanun tarafından düzenlenmiş müesseselerin tipini genel olarak düzenleme amacını güttüğü; bu nedenle özel kanunun hükümlerini saklı tutmuş sayılması gerektiği; aksi halde eski kanun hükmünü yürürlükten kaldırdığını açıkça belirteceği; bu itibarla yeni genel kanunun eski özel kanuna oranla öncelikle uygulanamayacağı görüşü de savunulabilir. cc) Üçüncü olarak, kanun koyucunun iradesinin önemli olduğu; bu nedenle ilk iki görüşte beliren çözümün doğru sayılamayacağı; kanun gerekçesinden, meclis müzakerelerinden genel kanun tarafından özel kanunun koyduğu kuralların kaldırılması amacı güdülüp güdülmediğinin araştırılması ve ondan sonra bir sonuca varılması

doktrinin çoğunluğu çatışmanın “*lex specialis*” ilkesine göre çözümünü benimsediği ifade edilebilir.⁵³ Ancak bunun yanında çatışma sorunun “kanun koyucunun amacı”, “menfaatler durumu”, “çıkarlar dengesi” kavramları da göz önünde bulundurulmak suretiyle çözüme kavuşturulması gerektiğine dair görüşler de mevcuttur.

Değerlendirmeye geçmeden önce çatışma zemininin de tespiti gerekmektedir:

i. Öncelikle önceki özel kanun-sonraki genel kanun bağlamında ortaya çıkan çatışmanın tespitinde kanunlar genel itibarıyla değerlendirmeye alınmamalı, hükümler bağlamında çatışmanın varlığı tespit edilmelidir. Dolayısıyla çatışmanın “VUK-KK” düzeyinde değil “VUK’un vergi kabahat ve yaptırımlarına ilişkin hükümleri-KK’nin genel hükümleri” bağlamında tespiti gerekmektedir.

ii. KK’nin kanun yoluna ilişkin hükümleri “aksine düzenlemenin bulunmaması halinde” uygulanabilecek nitelikte olduğundan ve ilgili kanunlarda (2576, 2577, 213) vergi kabahat ve yaptırımlarına yönelik özel düzenlemeler mevcut olduğundan KK’nin 27 ila 31. maddeleri çatışma alanının tespitinde kapsam dışında bırakılmalıdır. Dolayısıyla çatışma alanının tespitinde dikkate alınacak KK’nin genel hükümleri kanun yoluna ilişkin hükümler haricinde kalan diğer genel hükümlerdir.

gerektiği yolunda bir görüş de kuvvetle ve haklı olarak savunulabilir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun iradesine ve isteğine göre yeni genel kanun, duruma göre, eski özel kanunu kaldırmış olabileceği gibi, yeni genel kanun eski özel kanunun yürürlükte kalmasına engel olmayabilir. Bu bir yorum işi olup yargıç yorum kurallarına göre uygun çözümü bulmak zorundadır.” Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:519, A.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: 34, Altıncı Basım, Ankara 1997, s:182-183 “...yeni olan genel yasa, özel olan eski yasa yürürlükten kaldırmaz.” A.Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Sevinç Matbaası, 5.Bası, Ankara, Ekim 1986, s:57; “...önceki özel kanunun geçerli sayılması *lex specialis* esasını sonucu sayılabilir. Ancak bu ilkenin her durumda uygulanması söz konusu olamaz. Bu halde en uygun çözüm, kanun koyucunun iradesinin araştırılması yoluyla bulunabilir.” Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Anayasa’da Yapılan Değişikliklere ve Yeni Medeni Kanuna Göre Düzenlenmiş ve Genişletilmiştir, 9. Bası, Ankara, 2003, s:137; “Sonraki genel hüküm, aksine açık hüküm olmadıkça, önceki özel hükümü değiştirmez.” Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar- Metod- Problem Çözme, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 1994, s:115

iii. Üçüncü olarak, KK'nin genel hükümlerinin bir kısmı VUK'ta yer almayan konuları düzenlediğinden, bu hükümler yönünden bir çatışmanın varlığından söz edilemeyecektir. Çatışma VUK'taki kabahat ve yaptırımlara ilişkin genel düzenlemeler ile bunlarla aynı yönde bulunan KK genel hükümleri arasındadır. Dolayısıyla, önceki özel kanun-sonraki genel kanun çatışması sorununa bu hükümler bağlamında çözüm aranmalıdır.

Bu tespitler ışığında "VUK hükümlerinin özel olma" niteliği yanında "KK hükümlerinin genel olma" niteliğini yadsımayan birleştirici bir görüş şu şekilde belirlenebilir:

VUK, mali düzene aykırılık fiilleri ile bunlara uygulanması gereken yaptırımı belirleyen özel bir kanundur. Fiillerin tespiti ve yaptırımların uygulanmasına yönelik "vergi hukukunun kendine özgü kurallarını da gözetin" çok sayıda kural içermesine rağmen vergi kabahatler hukukuna dair her konuyu düzenlediği ileri sürülemez. Daha sonra yürürlüğe giren KK ise kabahatler hukukunun genel kural ve ilkelerinin belirlenmesine yönelik genel bir kanundur. KK, VUK'ta yer alan kabahatler hukukuna ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldırmamıştır. Dolayısıyla çatışma alanlarında zımnen ilga yorumu değil, açıkça ilga etmeme olgusu değer kazanmaktadır. Buradan hareketle vergi kabahat ve yaptırımları bakımından VUK'ta düzenleme bulunmaması nedeniyle çatışma bulunmayan alanlarda KK'nin genel hükümlerine⁵⁴, çatışma alanlarında ise VUK hükümlerine uygulanma kabiliyeti tanınması gerekmektedir.⁵⁵ KK'nin, özel kanun niteliğindeki VUK tarafından düzenlenmiş müesseselerin tipini genel olarak düzenleme amacını güttüğü; bu nedenle özel kanunun hükümlerini saklı tutmuş sayılması gerektiği kabul edilmelidir.⁵⁶

⁵⁴ "KK'da düzenlenmemiş fakat VUK'ta düzenlenmiş bir genel hüküm düzenlemesi varsa, VUK'taki genel hüküm yürürlükten kaldırılmadığından uygulanmaya devam edilecektir... VUK da düzenlenmemiş, sadece KK'da düzenlenmişse herhangi bir hüküm çatışmasının varlığından bahsedilemeyeceğinden KK'daki hüküm geçerli olacaktır." Şenyüz, age., s:47

⁵⁵ Kılıç, agm., s:308

⁵⁶ "KK'nin kabahatlerin tümünü kapsamı açısından genel kanun, vergi kabahatleri açısından VUK'un özel kanun olduğu tartışmasıdır. Bu nedenle vergi kabahatlerinin tamamen KK'nin genel hükümleriyle açıklanması ve düzenlenmesi mümkün değildir. Kanunlar çatışması düşünülürken bu hususun göz ardı edilmemesi gerekir... KK'nin genel kanun olarak VUK ve diğer vergi kanunları

Bu yorum, KK hükümlerinin vergi kabahatleri yönünden uygulanmasını oldukça sınırlamakla birlikte iki açıdan oldukça işlevseldir: 1) VUK'ta bir düzenleme bulunmayan konular açısından KK hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesi 2) Çatışma alanlarında VUK hükümlerine üstünlük tanıyarak, vergi tekniğinin, vergi kabahatler hukukunun ve uygulanan yaptırımların hukukiliğinin değerlendirildiği vergi yargılama hukukunun dinamiklerinin, kendine özgü sistematik bütünlük arz eden kurallarının korunmuş olması

4- Ara Değerlendirme

- 1) Kanun'un ek 1. maddesinde yer alan ifadelerden, vergi kabahatlerinin Kanun kapsamı dışında bırakıldığı sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu düzenleme, sadece 213 sayılı Kanun'da yer alan vergi mahkemelerinin görev alanındaki uyuşmazlıklara ilişkin bazı kuralları kendine has özellikleri nedeniyle vergi kabahatleri yönünden saklı tutmaktadır.
- 2) 213 sayılı Kanun'da yer alan vergi ziyayı (fiil 341. madde; yaptırım 344. madde) ile genel ve özel usulsüzlük (madde 352, 353, 355, mükerrer 355) fiilleri karşılığında, idari yaptırım niteliğinde para cezası uygulanması öngörüldüğünden, bu mali-idari düzene aykırılık oluşturan fiiller Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi anlamında "kabahat" teşkil etmektedir.

hükümlerine aykırı olmayan hükümler itibarıyla geçerli kabul edilmesi yerinde olacaktır." Şenyüz, age., s:48; Yazar eserinde tebligat ve zamanaşımı yönünden verdiği örnekler ilgi çekicidir. KK'nin 26. maddesi idari yaptırım kararlarının tebliğinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu(TK)'na atıfta bulunmakta, VUK ise 93 ve devamı maddelerinde tebligat yönünden özel düzenlemeler içermektedir. Bu durumda zımnen ilga yorumuyla genel kanun olan KK'nin vergi kabahatleri yönünden de uygulanacağını kabul edilmesi, aynı ihbarname ile tebliğ edilen vergi aslının VUK, cezanın TK'ya göre tebliğ edilmesi sonucunu doğurur. Vergi hukukunun kendine özgü özellikleri ve VUK sistematigi ile bağdaşmayan bu durumun kanun koyucu tarafından amaçlandığı ileri sürülemez. Yazar, benzer yorumu zamanaşımı açısından da yapmaktadır. Şenyüz, age., s:48-49 ; "Vergi tekniğinin kendine has özellikleri olması nedeniyle özel bir usul ve cezalandırma koduna sahip olması gereği yadsınamaz. Nitekim ülkemizde genel bir idari işlem usul kodu yokken vergilere ilişkin usul kodunun olmasının nedeni budur. Bu noktada vergi hukukunun bütünlüğü içinde ele alınması gereken vergi kabahatleri için önce özel kanun olan VUK'daki hükümlere, sonra genel kanun olan KK'nin hükümlerine bakılması gerekir düşüncesindeyiz." Şenyüz, age., s:49

- 3) Kanun'un kanun yoluna ilişkin 27 ila 31. maddelerinin uygulanma kabiliyeti ise *"diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması"* haline münhasır kılınmıştır. (Kanun madde 3/1-a) Dolayısıyla vergi kabahatlerine ilişkin kanunlarda Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ilişkin hükümlerinin aksine yer alan düzenlemelerin tespit edilmesi gerekir. Bu tür düzenlemelerin varlığının tespit edilmesi halinde ilgili kanun düzenlemesi uygulanmalıdır. Aksine düzenlemenin varlığı tespit edilemiyorsa Kabahatler Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada "aksine hüküm" kavramının da yorumlanması gerekir. Anayasa Mahkemesinin idari yargının görev alanının gözetilmediği gerekçesine dayanan Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin iptaline ilişkin kararı dikkate alındığında, kanun koyucunun bu kararın gereklerini yerine getirmek amacıyla yaptığı bu düzenlemede "aksine hüküm" ifadesi ile "idari yargılamaya hukuku kurallarını" korumaya yöneldiği sonucuna ulaşılmaktadır.
- 4) Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "b" bendinde ise, Kanun'un, kanun yolu dışında kalan diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. Örneğin Kanun'un kabahate iştiraki düzenleyen 14. maddesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, Kanun'un 1 ila 31. maddeleri arasında yer alan genel hükümlerden, kanun yoluna ilişkin 27 ila 31. maddeleri haricinde kalan diğer hükümleri (1 ila 26. maddeler) vergi kabahatleri bakımından VUK'ta düzenleme bulunmadığı ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁵⁷

5- Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Ziyat Doğuran Fiillere İştirake İlişkin Kararı

İtiraz başvurusu, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı VUK'un 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 344. maddesinin

⁵⁷ Yavaşlar, "İdari Nitelikli...", s:162

ikinci fıkrasında yer alan “...*bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat...*” ibaresinin, Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemine ilişkindir.

İtiraz yoluna başvuran Vergi Mahkemesi, vergi ziyasına VUK’un 359. maddesinde sayılan fiillerle sebebiyet verilmesi durumunda vergi idaresi tarafından bu fiillere iştirak edenlere, ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesildiğini ifade etmektedir. Ancak iştirakin unsurlarına Kanun’da yer verilmediğinden hangi hallerde “iştirak”ın oluşacağının belirli olmadığını iddia etmektedir. Bu nedenle başvuru kararında itiraz konusu kuralın, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin görünümü olan “hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri” ile 38. maddesinde yer alan “suç ve cezalarda kanunilik ilkesine” aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İtiraz konusu kuralda vergi ziyasına iştirak halinde kesilecek cezanın miktarının gösterildiği, ancak kuralda, iştirakin hangi hallerde oluşacağına dair bir belirlemenin yer almadığı açıktır. Başvuran mahkeme, var olduğunu ileri sürdüğü bu belirsizliğin giderilmesi amacıyla “eksik düzenlemenin” iptalini istemektedir.

6. Anayasa Mahkemesi, 5.3.2015 tarihli ve E: 2014/120, K:2015/23 sayılı kararı ile iptal istemini reddetmiştir. Kararın gerekçesinde kanun koyucunun, temel esas ve çerçeveyi belirledikten sonra kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenmeyen kavramların alt mevzuat ve yargı kararları ile içeriğinin belirlenmesinin hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı olmadığı vurgulanmıştır. Yargı kararlarıyla genel anlamda “iştirak” ve “vergi ziyayı suçu iştirak” kavramlarının içeriğinin belirlendiğini belirten Anayasa Mahkemesi, vergi ziyayı suçu iştiraki “...bir kimsenin mükellef veya sorumlu ile işbirliği halinde Kanun’un 359. maddesinde yazılan fiillerden biriyle vergi ziyasına sebebiyet vermesidir” biçiminde tanımladıktan sonra, “Bu itibarla, itiraz konusu kuralda hangi eylemlere hangi sonucun bağlandığı belirli bir kesinlik içinde ortaya konmuş olup iştirake ilişkin ayrıntıların uygulama ve yargı kararlarına bırakılması belirlilik ve suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık oluşturmaz” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında VUK'da yer alan vergi suçları ile vergi kabahatleri arasında bir ayrım yapılmaksızın "vergi ziya- na suçuna iştirak" kavramı altında ortak bir tanıma yer verilmiştir. Bu tespitin isabet oranı ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, yine bu noktadan hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin de KK'nin vergi hukukunda uygulama alanının bulunup bulunmadığını tartışmadığı bir ön tespit olarak ileri sürülebilir.

İptal isteminin reddi yönündeki bu karara, KK'nin vergi ziyaı kabahati yönünden uygulanabilirliği göz önüne alınarak alternatif bir gerekçe yazılması da mümkündü. Bunun için öncelikle KK'nin VUK'ta yer alan idare hukuku anlamında hukuka aykırılık oluşturan fiiller ve yaptırımları bakımından uygulanabilirliği tartışılabilir, daha sonra bu bağlamda vergi ziyaı kabahati ve bu kabahate iştirak yönünden bir değerlendirmeye yer verilebilirdi.

İncelemenin önceki bölümlerinde vergi ziyaı doğuran fiillerin vergi kabahati olarak kabul edilmesi gerektiği ve KK'nin 1 ila 31. maddeleri arasında yer alan genel hükümlerden, kanun yoluna ilişkin 27 ila 31. maddeleri haricinde kalan diğer hükümlerinin (1 ila 26. maddeler) vergi kabahatleri bakımından VUK'ta düzenleme bulunmadığı ölçüde uygulama alanı bulabileceği tespit edildiğinden, bu bölümde konunun bu yönüne ayrıca değinilmeyecektir.

VUK'ta yer alan düzenlemelerden, her vergi kabahatine ya da vergi ziyaı doğuran her fiile iştirakin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kapsamda örneğin usulsüzlük ya da özel usulsüzlük kabahatine iştirak kabul edilemeyeceği gibi vergi ziyaı doğurmakla birlikte Kanun'un 359. maddesinde sayılanlar haricinde kalan fiillere de iştirak kabul edilemeyecektir.⁵⁸

⁵⁸ Aynı yönde: Kılıç, agm., s338; Candan ise VUK'ta yalnızca 359'uncu maddede yazılı fiillere iştirak edenler için vergi ziyaı cezası öngörülmesinin iki biçimde yorumlanabileceğine işaret etmektedir. Öncelikle, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak vergi ziyaı anılan eylemler dışındaki eylemlerle meydana geldiği takdirde bu suça iştirak edene ceza kesilmesi olanaklı değildir. Diğer taraftan, yazara göre kanun koyucu bu düzenleme biçimi ile 359'uncu maddede yazılı eylemler haricinde kalan eylemlerle kabahate iştirak edilmesini yaptırım dışında bırakma amacı taşımamakta, sadece anılan eylemlere iştirak edenlere asli failden daha hafif yaptırım

İtiraz konusu kuralda, vergi ziyasına Kanun'un 359. maddesinde yazılı fiillere iştirak halinde ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası uygulanacağı öngörülmektedir. Kanun koyucu bu kuralda iştirakin hangi hallerde oluşacağına dair bir belirlemeye yer vermemiş, sadece kesilecek cezanın miktarını göstermiştir.

VUK, mali düzene aykırılık fiilleri ile bunlara uygulanması gereken yaptırımı belirleyen özel bir kanundur. Fiillerin tespiti ve yaptırımların uygulanmasına yönelik "vergi hukukunun kendine özgü krallarını da gözetin" çok sayıda kural içermesine rağmen vergi kabahatler hukukuna dair her konuyu düzenlememektedir. Daha sonra yürürlüğe giren KK ise kabahatler hukukunun genel kural ve ilkelerinin belirlenmesine yönelik genel bir kanundur. KK, VUK'ta yer alan kabahatler hukukuna ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldırmamıştır. KK, özel kanun niteliğindeki VUK tarafından düzenlenmiş müesseselerin tipini genel olarak düzenleme amacını gütmekte; bu nedenle özel kanun hükümlerini saklı tutmuş sayılması gerekmektedir. Buradan hareketle vergi kabahat ve yaptırımları bakımından VUK'ta düzenleme bulunmaması nedeniyle çatışma bulunmayan alanlarda KK'nin genel hükümlerine, çatışma alanlarında ise VUK hükümlerine uygulanma kabiliyeti tanınması gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, iştirak kavramı yönünden VUK'ta düzenleme bulunmayan konularda KK'nin genel hükümlerinden 14. maddenin de göz önüne alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁵⁹ KK'nin "İştirak" başlıklı 14. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.

uygulanması istemektedir. Zira bu açık düzenleme olmasaydı, iştirak edene de KK'nin 14. maddesi uyarınca asli fail gibi üç kat ceza kesilmesi gerekcekti. Yazar, bu ikinci yorumlama biçiminin genel kanun niteliği ve 14. maddedeki iştirak tanımını dikkate alınarak yapılacak sistematik yoruma daha uygun düşeceğini belirtmektedir. VUK'ta hüküm bulunmaması diğer eylemlerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde KK'nin uygulanmasına engel değildir. Candan, age., s:193-194

⁵⁹ Aynı yönde: Kılıç, agm., s:337; Candan, age.,s:192

(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.

(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlulu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.

(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.”

Vergi kabahatleri açısından özel hüküm niteliğindeki VUK'un 344. maddesinin ikinci fıkrası ile genel hüküm niteliğindeki KK'nin 14. maddesi birlikte ele alındığında, “vergi ziyana iştirak”ın şartları şu şekilde belirlenebilir:

i- İştirak edilen fiilin hukuka aykırı (mali düzene aykırılık oluşturan) bir fiil olması⁶⁰

ii- “İştirakçi veya iştirakçilerin fiilin işlenmesine bilerek ve isteyerek (kasıtlı) katılmaları”⁶¹

iii- İştirak edilen kabahatin (VUK'un 359. maddesinde sayılan) ağır nitelikli fiillerle işlenen vergi ziyayı kabahati olması⁶²

iv- İştirake konu hareket ile ortaya çıkan vergi ziyayı arasında illiyet bağı bulunması⁶³

KK'nin 14. maddesinde bir iştirak tanımına yer verilmemiştir. Esasen, vergi mahkemesince var olduğu ileri sürülen eksiklik iddiası, bir tanım eksikliğine değil, iştirakin uygulanma şartlarının belirsizliğine

⁶⁰ Şenyüz, age., s:244

⁶¹ Şenyüz, age., s:244; Yavaşlar, “Vergi Ceza Hukuku'ndaki...”

⁶² Şenyüz, age., s:244

⁶³ Şenyüz, age., s:244; KK gerekçesinde kabahatlere iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sisteminin kabul edildiği; kabahatin işlenişine iştirak eden kişiler arasında fail ve şerik (azmettiren veya yardım eden) ayrımı gözetilmediği belirtilmiştir. Bu hususta KK, TCK'dan ayrılmaktadır. TCK'da “İkinci Kısım/Dördüncü Bölüm”de “Suça İştirak” başlığı altında faillik, azmettirme, yardım etme gibi ayrımlara yer verilmiştir. (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c079/tbmm22079076ss0840.pdf>, s:5)

dayanmaktadır. VUK'un 359. maddesinin ikinci fıkrası ile KK'nin 14. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, vergi kabahatlerine iştirakin, VUK'un 359. maddesinde sayılan fiillerle kasten vergi ziyasına neden olunması halinde gerçekleştirilebileceği ve bu durumda ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında idari yaptırım uygulanabileceği belirli bir kesinlik içinde ortaya konulmuş olmaktadır. Dolayısıyla KK'nin vergi uyuşmazlıklarında uygulanabilirliğinin kabul edilmesi ve bu doğrultuda KK'nin 14. maddesi ile VUK'un 344. maddesinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda yasal düzlemde böyle bir eksikliğin bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu şekilde, VUK ve KK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, vergi ziyayı kabahatine iştirak yönünden hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığı hususu bilinebilir ve eylemlerin sonuçları da öngörülebilir kılınmış olduğundan, yasaların belirsizliği ve öngörülemezliğinden, ayrıca suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Anayasa Mahkemesi'nin itiraz başvurusunu bu gerekçeyle reddetmesi KK'nin vergi uyuşmazlıklarında uygulanması yönünden teşvik edici bir etken olabilirdi.

Konuyu noktalamadan ve hemen yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, VUK 344. madde ikinci fıkrada yer alan özel hüküm ile genel hüküm niteliğindeki KK'nin 14. maddesi, iştirak edenin nasıl cezalandırılacağı hususunda çatışmaktadır. KK'nin 14. maddesi, iştirak edenin fail olarak cezalandırılacağını, VUK ise faile ziyaa uğratılan verginin üç katı, iştirak edene ise bir katı yaptırım uygulanacağını açıklamaktadır. Bu noktada, VUK özel düzenleme içerdiğinden 344. maddenin 2. fıkrası uygulanması gereken normdur, iştirak eden bir kat ceza kesilmesi gerekir.

Sonuç

İncelemede KK'nin vergi uyuşmazlığı doğuran idari yaptırımları konu alan işlemlere karşı açılan davalarda uygulanırlığına alternatif bir bakış açısı geliştirilmeye çalışıldı. KK'nin bu idari davalarda neden uygulanması gerektiği, doktrinde bugüne kadar ileri sürülen görüşler bağlamında tartışıldı. Bu kapsamda idari davaya konu olacak

yaptırım kararlarının “kabahat” niteliğinde olduğu tespit edildi. Ortaya konulan birleştirici görüş doğrultusunda, KK ile VUK’un çatışma alanlarının tespiti gerektiği, çatışma bulunmayan alanlarda KK’nin genel hükümlerine, çatışma alanlarında ise VUK’un özel hükümlerine uygulanma kabiliyeti tanınması gerektiği sonucuna ulaşıldı.

Anayasa Mahkemesi’nin vergi ziyayı doğuran fiillere iştirak hakkında vermiş olduğu yakın tarihli karar, KK’nin vergi uyumsuzluklarında uygulamasının bulunmadığını zımnen ortaya koymakta ve hâkim görüşü devam ettirmektedir. Ancak “eksik düzenleme” iddiasına dayanan itiraz başvurusunun, hâlihazırda yürürlükte olan bir kanunun uygulanırlılığı tartışılarak reddedilmesi vergi hukukuna pozitif bir katkı sağlayabilirdi.

Kaynakça

- Akkaya Mustafa, Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1997, Cilt:46, Sayı:1-4, s:185-208
- Anayurt Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Seçkin/Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, s:228-229
- Bayar İbrahim Nihat, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi, Akademi Serisi Yayın No:4 Haziran 2013
- Bilge Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel İlkeleri, Turhan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı
- Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Mayıs 2010
- Çomaklı Şafak Ertan-Ak Ahmet, Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum Barosu, Mart 2013, 1. Baskı, Yayın No:5
- Demir Abdullah-Deryal Yahya, Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi Metodolojik Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- Deryal Yahya, Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş), Güncellenmiş 7. Baskı, Trabzon 2011
- Diñkol Abdullah, Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 9. Basım, DER Yayınları: 318, İstanbul 2013
- Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, 7. baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, Kasım 2013

- Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:519, A.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: 34, Altıncı Basım, Ankara 1997
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 9. Baskıdan Ek Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2012
- Gözübüyük A.Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Sevinç Matbaası, 5.Bası, Ankara, Ekim 1986
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı
- Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Anayasa'da Yapılan Değişikliklere ve Yeni Medeni Kanuna Göre Düzenlenmiş ve Genişletilmiştir, 9. Bası, Ankara, 2003, s
- Kılıç Ayhan, "Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2014, Sayı 18, Yıl:5, s:299-348
- Karayalçın Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar- Metod- Problem Çözme, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 1994
- Kurulu Ahmet, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1979, Cilt 36, Sayı 1-4, s:147-162
- Öncel Mualla-Kumrulu Ahmet-Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Değişiklikleri İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013
- Taşdelen Aziz, "Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2010, Cilt:59, Sayı:4, s:767-795
- Yavaşlar Funda Başaran, "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü*, 138. Yıl Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:76, Danıştay Matbaası, 2008 s:131-178
- Yavaşlar Funda Başaran, "Vergi Ceza Hukuku'ndaki Değişim Süreci ve Bu Sürecin Vergi Ceza Sistemine Etkileri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2008, s:233
- Yavaşlar Funda Başaran, "Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:82, Sayı:6, Yıl:2008, s: 2839-2859
- Kabahatler Kanunu Genel Gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>
- Kabahatler Kanunu 3. madde ile ilgili açıklamalar ve gerekçe:
(<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c079/tbmm22079076ss0840.pdf>)
- 2686 sayılı Kanun Genel Gerekçe ve 50, 51 ve 52. madde gerekçeleri
(http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK_/d01/c007/mgk_01007109ss0292ek12.pdf)

5728 sayılı Kanun Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf>

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c084/tbmm22084097ss0897.pdf>

22.7.2006 günlü ve 26236 sayılı Resmi Gazete

Danıştay. Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 16.2.2007 tarihli ve E:2006/232, K:2007/62 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, sayı 122, s:89 ve devamı (elektronik ortam erişimi: http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104341.pdf, 16 Kasım 2014)

Anayasa Mahkemesi'nin 11.6.2009 tarihli ve E:2007/115, K:2009/80 sayılı kararıyla (R.G Tarih-Sayı: 26.11.2009-27418)

SAHTECİLİK İDDİASI BAKIMINDAN HUKUK VE CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ BİRBİRİNE ETKİSİ*

THE EFFECT OF CIVIL AND CRIMINAL COURT DECISIONS ON EACH OTHER ABOUT CLAIM OF FORGERY

Bahattin ARAS**

Özet: Yapılan yargılama sonucunda hukuk ve ceza mahkemelerinin verdikleri nihai kararlar, birbirilerinin yargılama sürecini etkilemekte ve bazı noktalarda bağlayıcı nitelik kazanmaktadır. Mesela ceza ve hukuk mahkemesinin sahtecilik ve yaş düzeltmeye dair verdikleri kararlarda bu görülmektedir. Aynı şekilde taksirle meydana gelmiş bir haksız fiil eyleminin tazminat yönünden hukuk, aynı zamanda suç olan eylemin cezalandırılması yönünden ise ceza yargısının konusunu teşkil etmektedir. Dolayısıyla her iki yargı çeşidinin de belli durumlarda birbirlerinin vereceği kararları beklemesi ya da esas alması gerekmektedir.

Bu çalışmada temel olarak hukuk ve ceza mahkemelerin sahtecilik konusunda verdikleri kararların hukuk ve ceza yargılamasına olan etkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Mahkemesi, Ceza Mahkemesi, Kesin Hüküm, Etki, Sahtecilik

Abstract: The final decisions taken by civil and criminal courts as a result of judging affect each other in terms of judgment processes and may be binding in some ways. This effect can be seen in the decisions about forgery and age amendment in civil and criminal courts. There tortuous acts may be a subject for civil justice with regard to compensation; at the same time, may be a subject for criminal justice with regard to penalization of the criminal act. Therefore, two kinds of jurisdiction should wait for and predicate upon the decisions of each other.

In this study, the effect of forgery decision that is given by criminal and civil courts will mainly be discussed.

Keywords: Civil Court, Criminal Court, Definitive Judgment, Conclusive Evidence, Effect, Forgery

* Bu çalışma temel olarak Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından 26/11/2013 tarihinde kabul edilen ve daha sonra kitaplaştırılan “Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi” konulu doktora tez çalışmamdaki görüşler çerçevesinde yeniden kaleme alınmıştır.

** Dr., Hâkim

GİRİŞ

Belli uyuşmazlıklarda hukuk ve ceza mahkemelerinin yargılama sonucunda verdikleri nihai kararlar, birbirilerinin yargılama sürecini etkilemekte ve bazı noktalarda bağlayıcı nitelik kazanmaktadırlar. Mesela ceza ve hukuk mahkemesinin sahtecilik ve yaş düzeltmeye dair verdikleri kararlarda bu görülmektedir. Aynı şekilde taksirle meydana gelmiş bir haksız fiil eyleminin tazminat yönünden hukuk, aynı zamanda suç olan eylemin cezalandırılması yönünden ise ceza yargısının konusunu teşkil etmektedir. Dolayısıyla her iki yargı çeşidinin de belli durumlarda birbirlerinin vereceği kararları beklemesi ya da esas alması gerekmektedir. Burada usul ekonomisinin etkisi olduğu kadar maddi gerçeğe ulaşmak için yapılan yargılamada çelişik kararların önüne geçmenin de esas alındığı unutulmamalıdır.

Ceza ve hukuk yargısının bu şekilde birbirlerine bağımlı olduğu haller olmakla birlikte bu iki yargı çeşidinin yargılama usulünde temel farklılıklar bulunmaktadır. Ceza yargısında kamusal yarar esas olduğundan “resen araştırma ilkesi” temel ilke olarak kabul edilirken hukuk yargılamasında “kişisel yarar” esas olduğundan “tasarruf ilkesi” ve “tarafarca hazırlama ilkesi” esastır. Ancak bu temel uygulama ilkeleri bir mutlakiyet taşımamaktadır. Gerek ceza yargısında ve gerekse hukuk yargısında bu temel ilkelerin birlikte uygulandığı durumlar da mevcuttur.

Ceza yargısının konusunu suç teşkil eden fiillerden dolayı cezalandırma yetkisi oluştururken; hukuk yargısının konusunu özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetler oluşturmaktadır. Her ne kadar hukuk ve ceza yargılarının uygulanma alanları ve temel usulleri farklı olsa da birbirlerinden tamamen bağımsız bir konumda da değildirler. Zira yaş düzeltmede olduğu gibi bazı hallerde, aslında medeni yargıya tabi olan bazı uyuşmazlıkların ceza yargısında çözümlenebilmesi mümkün olduğu gibi tersi uygulama ile aslında ceza yargısının konusunu oluşturan bir sahtecilik olayının hukuk mahkemesinde açılacak bir davayla da çözüme kavuşturulabileceği yasalarla mümkün kılınmıştır. Hal böyle olunca bu iki yargı çeşidinde de belli durumlarda birbirlerinin vereceği kararları beklemek ya da esas almak gibi bir durumun olduğu anlaşılmaktadır.

Hukuk ve ceza yargısının ilkesel bağlamda bile bu şekilde etkileşim içerisinde olmasının doğal bir sonucu da bu yargı çeşitlerinde

verilen kararların da birbirini etkilemesidir. Çünkü bazen meydana gelen bir uyuşmazlığın her iki yargı çeşidini de ilgilendiren yönleri olabilir. Mesela taksirle meydana gelmiş bir haksız fiil, tazminat yönünden hukuk; eylemin aynı zamanda suç olması halinde verilecek ceza bakımından caza yargısının konusunu teşkil etmektedir.

Bu çalışmada temel olarak hukuk ve ceza mahkemelerinin sahtecilik konusunda vermiş oldukları kararların, hukuk ve ceza yargısı bakımından ortaya çıkarttıkları etki ve sonuçlar ele alınacaktır. Bu noktada teorideki görüşler ve Yargıtay uygulamaları irdelenecektir.

A. HUKUK VE CEZA YARGISI ARASINDAKİ TEMEL BENZERLİKLER ve FARKLILIKLAR

a. Hukuk ve Ceza Yargılaması Arasındaki Temel Benzerlikler

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların kanunların belirlediği usul ve esaslara göre karara bağlanması ve bu şekilde maddi gerçeği bulup ortaya çıkarılması hukuk ve ceza yargılamasının temel amacıdır. Bu kapsamda hâkim, her iki yargılama usulünde de suça veya uyuşmazlığa konu olan eylemin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak, elde edilen deliller ışığında kararını vermektedir. Ceza ve hukuk yargılamasında delillerin toplanmasına ilişkin farklı ilkelerin geçerli olması, ceza yargılamasında maddi gerçeğin, hukuk yargılamasında ise yalnızca şekli gerçeğin esas alındığını düşünmek yerinde değildir. Aksi halde aynı olay hakkında hukuk ve ceza yargılamasında çelişkili kararların ortaya çıkması söz konusu olacak ve bu da yargıya olan güvenin sarsılmasına sebep olacaktır. Özellikle haksız fiile ilişkin bir tazminat davasında HMK'nın 198'inci maddesi uyarınca hâkimin kanuni istisnalar dışında delilleri serbestçe değerlendireceği açık hüküm altına alınmıştır.¹

¹ Mustafa Reşat Belgesay, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.62; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.458; Ahmet Kılıçoğlu, "Haksız Fillerde Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", *AÜHFD*, Ankara 1973, C.XXIX, S.3-4, (Haksız Fiil), s.201; Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, s.17; Hakan Pekcanıtez, *Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.50; Buse Dişel, "Ceza Mahkemesi Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması", *DEÜHFD*, C.11, Özel Sayı 2009, s.188; H.Yavuz Alangoya, *Medeni Usul*

Esasında özellikle ceza yargılaması ve diğer yargılama dalları arasında temel benzerlikler bulunmaktadır. Bu ortak esaslar şöyle özetlenebilir;

- Çeşitli sùjeler faaliyette bulunmakla beraber, esas faaliyet yargılama makamlarınındır.
- Yargılama sürecinde iki taraf bulunmaktadır.
- Var olan veya varsayılan uyuşmazlık kolektif bir yargılama ile çözülmektedir.
- Yargılama sürecinin başlaması için kural olarak dava açılmasına ihtiyaç vardır.
- Yargılama hukuku ilişkileri ve işlemleri bulunmaktadır.
- Morfolojik prensiplere uyulması gerekmektedir.²

Bu iki yargı kolu arasındaki yakınlık dolayısıyla medeni yargılamada çözülecek bir uyuşmazlığın ceza yargılamasında çözülmesi mümkün olabilir. Örneğin CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kovuşturma aşamasında sanığın veya mağdurun yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; ceza mahkemesi, ilgili yasalardaki hükümler çerçevesinde bu sorunu çözerek hükmünü verecektir.³

Bu noktada önemli olan diğer bir husus ise, CMK'da hüküm bulunmayan hallerde genel kanun olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacağı dile getirilmektedir.⁴ Ancak öğretilde bunun yerinde olmadığı da ileri sürülmektedir. Zira hukuk ve ceza yargılaması arasında konu, amaç ve delil sistemleri bakımından temel farklılıklar

Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.86-87; H.Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004, s.4-5; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.142, Ankara 1960, s.374; Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, 1.Baskı, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2006, s.259; Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *AÜHFD*, Ankara 2008, C.LVII, S.1, (Usul Ekonomisi), s.243-274.

² Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.20 vd.

³ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s.7.

⁴ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 23.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.59; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, s.72-73.

bulunması ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda bu kanunun genel kanun olduğu ve hüküm bulunmayan hallerde ceza yargılamasında uygulanacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca yasa koyucunun böyle bir amacı bulunsaydı bunu açıkça düzenleyeceği dile getirilmektedir.⁵ Kanaatimizce CMK'da hüküm bulunmayan hallerde, CMK'ya göre özel bir kanun niteliğinde olmayan HMK'nın ilgili hükümlerinin kıyasen ceza usulü hukukunda uygulanması mümkündür. Ancak uygulanacak hükmün ceza yargılamasının temel ilkelerine aykırı bir nitelik taşıması gerekir. Bu bağlamda HMK'nın 334 ila 340'ıncı maddelerinde düzenlenen adli yardıma ilişkin hükümlerin, bu hususta CMK'da hüküm bulunmadığından ceza yargılamasında uygulanması mümkündür.

Aynı şekilde HMK'da tavzih öngörülmesine karşın CMK'da tavzih kurumuna yer verilmemiştir. Ancak ceza mahkemesi, mahkeme ismi veya adli para cezasının gün sayısındaki maddi hatayı "resen" tavzih edebileceği gibi ilgilinin talebi ile de maddi hataları tavzih yolu ile düzeltilmesine bir engel bulunmamaktadır.

b. Hukuk ve Ceza Yargısı Arasındaki Temel Farklılıklar

Hukuk ve ceza yargılaması arasında yukarıda belirtilen benzerliklerin yanı sıra önemli temel farklılıklar da bulunmaktadır. Bu kapsamda konu ele alındığında, öncelikle her iki yargılama türünün konularının farklı olduğu açıktır. Ceza muhakemesi hukuku, suçluyu bulup cezalandırmak suretiyle cezanın genel önleyici işlevini gerçekleştirmeyi ve bu şekilde kişisel öç alınmasını engelleyerek toplumsal barışı sağlamayı hedefler. Kamusal niteliğinden dolayı istisnalar haricinde kendiliğinden harekete geçer. Medeni yargılama hukuku ise özel hukuk kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde yapılacak yargılamanın usulünü ve bireylerin kişisel haklarının korunmasını sağlamaya yönelik hükümleri içermektedir. Görüldüğü üzere medeni yargılama hukuku bireylerin kişisel çıkarlarına hizmet ettiğinden dolayı ve bu yargılama hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesinin de bir sonucu olarak medeni yargılama ancak hakkı ihlal edilen tarafından harekete geçirilebilir.⁶

⁵ Centel, Zafer, s.8.

⁶ Centel, Zafer, s.6.

İki yargılama hukuku arasındaki diğer önemli bir farklılık ise her iki yargılama sürecinde izlenen amaçlardır. Kendiliğinden harekete geçme ve araştırma ilkelerinin bir sonucu olarak, ceza yargılamasının amacı, şüphe götürmeyecek bir maddi gerçeğe ulaşmaktır.⁷ Diğer bir ifade ile hâkimin kesin vicdani kanaate ulaşması esastır. Buna karşılık hukuk yargılamasında bu kadar güçlü bir maddi gerçeğe ulaşma amacı söz konusu değildir. HMK'nın 198'inci maddesi gereğince hâkim kanuni istisnalar dışında delilleri serbestçe değerlendirecektir. Ancak taraflardan birinin delilleri diğer tarafın delillerinden daha ağır basıyorsa; hâkim, delilleri ağır basan taraf lehine karar verecektir.

Ceza ve medeni yargının amaçlarının farklı olmasından dolayı, gerçeğin ortaya çıkarılması için aranan deliller de birbirinden farklı olmaktadır. Ceza yargılamasında delil serbestisi esas olmasına karşın hukuk yargılamasında istisnalar haricinde biçimsel delil ilkesi esastır. Medeni yargılamada hukuki ilişkinin ispatı ile ilgili kurallar çok sıkı olmasından dolayı, hukuki ilişkiyi ispatlayacak delillerin önceden hazırlanabilmesi amacıyla biçimsel delil ilkesi kabul edilmiştir. Hukuki ilişkinin hangi delillerle ispat edileceği kanunda belli olduğundan hâkim bu delillerle bağlıdır. Bu bağlamda senetle ispat zorunluluğu buna örnek olarak verilebilir. HMK'nın "Senetle ispat zorunluluğu" kenar başlıklı 200'üncü maddesi gereğince bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. Diğer bir örnek daha verilecek olursa HMK'nın "Senede karşı tanıkla ispat yasağı" kenar başlıklı 201'inci maddesi gereğince senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.

Tasarruf ve taraflarca getirme ilkesinin doğal sonucu olarak hâkim önüne getirilen yasal delillere göre karar vermek zorundadır.

⁷ Pekcanıtez, Atalay, Özkes, s.40; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.26; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.1 vd. ; Centel, Zafer,s.7

Ancak medeni yargılamada da biçimsel delil ilkesinin uygulanmadığı istisnai durumlar bulunmaktadır. Mesela, haksız fiil nedeniyle açılan bir davada zararın varlığının ispatı konusunda maddi gerçek arandığından delil serbestisi ilkesi söz konusudur. Ceza yargılamasında ise delillerin önceden hazırlanması söz konusu olmadığından delil serbestisi ilkesi geçerli olup uyumsuzluk her türlü yasal yollarla elde edilmiş delille ispat edilebilir. Dolayısıyla hâkim tarafların delilleri ve talepleriyle bağlı olmadığı gibi elde edilen delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirir.⁸

Ceza yargılamasında temel olarak “in dubio pro reo” yani “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uygulanmaktadır. Ayrıca ceza hâkimi, delillerin takdiri konusunda daha sıkı davranıp farklı noktalardan hareket ettiği halde, hukuk hâkimi aynı olayı daha basit delillerle ispatlanmış kabul edebilir.⁹

Ceza yargılamasında yargılamanın kısa sürede bitirilmesinde kamu yararı olduğundan dolayı yargılamayı hızlandıracak uygulamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda istisnalar haricinde dava zamanlaşımının durması ve kesilmesi buna örnek verilebilir. Ceza davasının uzaması belirli durumlarda ve belirli sürelerle olabilir. Buna karşılık olarak medeni yargılamada dava açılması ile zamanlaşımı kesilir ve bir daha zamanlaşımı söz konusu olmaz.¹⁰

c. Genel Olarak Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi

Hukuk ve ceza mahkemesinin farklı usuller ve ilkeler çerçevesinde verdikleri kararları belli durumlarda birbirlerine etkilemektedir. Bir fiilin hem suç hem de haksız fiil oluşturduğu hallerde, bu mahkemelerin verdikleri kararlar birbirlerini etkilemektedir. Bu bağlamda ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi kararına etkisi hususu-

⁸ Centel, Zafer, s.7; Ali Rıza Çınar, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, *TBB D*, Ankara 2004, S.55, s.34.

⁹ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.192-193.

¹⁰ Deliduman, Seyithan: “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Borçlar Kanunu İlişkisi”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yalova 2012, S.1, s.2; Veyssel Başpınar, Mehmet Altunkaya, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanlaşımının Başlaması ve Süresi”, *AÜHFD*, C.57, S.1, s.117; Centel/Zafer, s.8.

nun açıklığa kavuşturulması için haksız fiilin bütün unsurlarının ele alınması gerekmektedir.

Hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirine etkisini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74'üncü maddesinde ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi kararına etkisi konusu düzenlenmiştir. Adı geçen maddede;

"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz. "hükmüne yer verilmiştir.

Benzer hüküm Mülga Borçlar Kanununda da bulunmaktaydı. Buna göre hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.¹¹ Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.¹² Madde-

¹¹ Esat Öztekin, "Ceza Mahkemesinde Beraat Haksız Fiili ve Onun Tazminini Ortadan Kaldırmaz", Jurisdictio, Ankara 1957, C.II, s.491-492; A.İsmet Arslan, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi", YD, Ankara 1981, S.3, s. 325-326; Erhan Türker, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk Hâkiminin Kararlarına Etkisi", Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Eskişehir 1981, C.11, S.1, s.319; Kemal Tahir Gürsoy, "Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", AÜHFD, Ankara 1974, C.31, S.1-4, s.155; Bilge Umar, "Temyiz Mahkemesi İçtihatlarına Göre Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesine Tesiri", İBD, 1949, C.XXXIII, s.362; Mustafa Reşat Belgesay, "Türkiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Analizi", İÜHFM, İstanbul 1940, C.VI, S.1, (Kararların Analizi), s.850; Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.194; Mustafa Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C.I., Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (Sorumluluk Hukuku), s.662; Kamil Gürçay, "Tatbikatta Borçlar Kanununun 53 üncü Maddesi", ABD, Ankara 1953, S.3, s.227; Hakan Koçak, Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerinde Bağlayıcılığı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s.114; Muammer Yazar, "Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk Arasındaki İlişki", YD, Ankara 1986, C. XII, S.3, s.248.

¹² Arslan, s.327-328; Türker, s.319; Gürsoy, s.155; Umar, s.367; Belgesay, (Kararların Analizi), s.850; Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.194; Kılıçoğlu, (Sorumluluk Hukuku),

de yalnızca haksız fiilin unsurlarından kusur ve zarar açısından bir düzenleme mevcut olup haksız fiilin diğer unsurları olan fiil, hukuka aykırılık ve illiyet bağına ilişkin olarak herhangi bir açık hükme yer verilmemiştir.

Borçlar Kanunu'nun 74'üncü maddesinde açıkça ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet hükümlerinin bağlayıcı olup olmadığı konusunda bir düzenleme bulunmamasına karşın maddenin genel anlamından mahkûmiyet kararlarının bağlayıcı olduğu sonucu çıkmaktadır. Ceza mahkemesinin CMK'daki ölçü ve yetkiler çerçevesinde, talebe bağlı kalmaksızın resen delilleri toplayabilmesi ve uyumsuzluğa ilişkin araştırmaları yapabilmesi mümkündür. Bundan dolayı ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı için ulaşılmış olduğu sonuçlar hukuk hâkimini bağlayacaktır. Yalnız burada mahkûmiyet kararlarının bağlayıcı olması, hukuk mahkemesinin açılan tazminat davasında mutlaka kişiyi tazminata mahkûm edeceği anlamında değildir. Mesela soruşturması ve kovuşturması kişinin şikâyetine tabi olmayan bir eylemin işlenmesi kişinin rızasına dayalı ise, sanık şikâyetine tabi olmayan ancak mağdurun rızası ile gerçekleştirdiği eylemden ötürü cezalandırılacaktır. Ancak açılacak bir tazminat davasında tazminata mahkûm edilemeyecektir. Çünkü hukuk düzeninin koruduğu kişisel hakların, kişinin özgür iradesiyle çiğnenmesinden sonra çiğnettiği hakların karşılığını istemesi durumunda objektif haksızlık durumu ortadan kalkmıştır.¹³

TBK'nın 74'üncü maddesinin açık hükmü ve ayrıca hukuk ile ceza davalarının konuları, tarafları ve amaçları farklı olduğundan ceza mahkemesi kararları kural olarak hukuk mahkemesi için kesin hüküm oluşturmazlar. Bundan dolayı hukuk hâkimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Bu kuralın Yargıtay uy-

s.662; Gürçay, s.227; Koçak, s.110; Yazar, s.248.

¹³ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.201-202; Hamdi Yaver Aktan, "Madeni Hukuk-Ceza Hukuku (Hâkimleri) İlişkisi", AD, Ankara 1989, C.LXXX, S.2, s.32; Muhsin Tuğsavul, "BK.53.Maddesi Üzerine Bir İnceleme", AD, Ankara 1946, s.954; İsmail Doğanay, "Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararları İle Bağlıdır?", YD, Ankara 1975, S.2, s.27; Kenan Tunçomağ, "Mahkeme Kararları Kroniği", İÜHFİM, C.XXVIII, S.1, s.845; Ege Bağatur, "Madeni Hukuk İle Ceza Hukuku Arasındaki İlişki BK.53.Maddenin İncelenmesi", ABD, Ankara 1965, S.5, s.579; R.Nurettin Selçuk, "Ceza Kararlarının Hukuk Hâkimine Etkisi", ABD, Ankara 1975, S.5, s.719-720.

gulamasında kabul edilen istisnalarından biri, beraat kararında saptanan maddi vakıalardır. Buna göre, beraat kararında ceza mahkemesinin saptadığı maddi vakıalar, hukuk hâkimini bağlar.¹⁴ Bu bağlamda sanığın atılı suçu işlemediği ya da atılı suçun hiç işlenmediği yönündeki ceza mahkemesinin yaptığı tespitler maddi vakıa niteliğinde olduğundan hukuk mahkemesini bağlayıcı niteliktedirler. Ancak, bu istisnanın uygulama yerinin olabilmesi için, beraat kararında, suçlamaya ilişkin maddi vakıanın tespit edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile hukuk hâkimi ancak aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi vakıalar ile bağlıdır. Bu nedenle bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusunda ceza mahkemesinde kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir.

Öte yandan aslında medeni yargıya tabi olan fakat özel kanun hükümleri gereğince ceza mahkemelerinde de görülebileceği kabul edilmiş olan bazı davalarda hukuk mahkemesi kararı, ceza mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmektedir. Mesela hukuk mahkemesinin bir senedin sahte olmadığına ilişkin kararı bu hususa örnek olarak verilebilir.¹⁵ Bu kapsamda hukuk mahkemesinde bir senedin sahteliği

¹⁴ Arslan, s.337; Türker, s.319; Umar, s.385; Kılıçoğlu, (Sorumluluk Hukuku), s.662; Turgut Uygur, Açıklamalı- İċtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3, Ankara 2010, s.2593; Halis Yaşar, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, *TBB*, Ankara 2013, S.109, s.454; “...Dava, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçi alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. Davalı, feshin haklı nedene dayandığını, davacının eylemlerinin ceza mahkemesi kararı ile sabit olduğunu, feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile açtığı davanın reddedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Yerel mahkeme, davalı işveren tarafından feshin haklı nedenlerle oluştuğu ispat edilemediğinden davanın kabulüne karar vermiştir. Ancak, hukuki düzenlemeye göre hukuk hâkimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak; aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağlıdır. Hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsü; beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilip edilmediği olmalıdır. Yasadaki açık düzenleme, yerleşen yargısal uygulama ve bilimsel görüşler karşısında; kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki kararın, diğer söyleyişle fiilin işlendiği sabit olduğu halde kusurluluğa ya da kusursuzluğa ilişkin saptamanın tek başına Hukuk Hâkimini bağlayacağını kabule olanak bulunmamaktadır...9.HD., 2011/22011 E., 2013/22543 K., 16.9.2013 T.(Kazancı İċtihat-Bilişim Bilgi Bankası)”

¹⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Aktan, 25; Recep Akcan, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ya-

iddiası ile açılmış olan davada mahkemenin senedin sahte olmadığına dair karar vermesi halinde bu karar ceza mahkemesi nezdinde kesin hüküm teşkil edecektir. Bu konuda HMK'nın "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi" kenar başlıklı 214'üncü maddesinde kesin düzenleme bulunmaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca bir belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası ile ceza davası dinlenemez. Benzer düzenleme mülga HUMK'un 314'inci maddesinde de bulunmaktaydı. Diğer bir ifade ile senedin sahteliği iddiası ile bu konuda ceza davası açılmayacağı gibi derdest ceza davasında ise bu husus tartışma konusu yapılamayacak ve davanın reddine karar verilmesi gerekecektir.

Benzer şekilde CMK'nın 218'inci maddesi hükmü uyarınca ceza mahkemesi, yargılama kapsamında mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşması halinde yaş tespitine ilişkin karar vermesi gerekir. Bu noktada tarafları hukuk mahkemesinde dava açmaya yönlendiremez. Aynı şekilde sanık veya mağdur hakkında hukuk mahkemesinde derdest dava olduğunun öğrenilmesi ve kendisinin de bu konuda karar verecek olması halinde, ceza mahkemesinin bu hususu hukuk mahkemesine bildirmesi gerekir. Hukuk mahkemesi, böyle bir durumda görevsiz olduğundan görevsizlik kararı vererek dosyayı ceza mahkemesine göndermelidir. Burada ceza mahkemesi, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü vermek zorundadır. Diğer bir ifade ile ceza hâkimi yaş düzeltilmesi konusunda bekletici mesele yoluna başvurmaz. 16

yımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988, s.75-76; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I-II-III-IV-V-VI, 6.Baskı, Demir Yayınları, Ankara 2001, C.V, s.5096

¹⁶ "...5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Yasası'nın 218. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca kovuşturma evresinde mağdur ya da sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespiti ile ilgili bir sorunla karşılaşılması durumunda mahkemenin ilgili yasa da belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü vermesi gerekir. Buna göre, Asliye Hukuk Mahkemesince doğum tarihinin düzeltilmesi ile ilgili davaya Gebze Ağır Ceza Mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, davaya bakılıp işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir...18. HD.,2009/10867 E.,2010/2140 K., 15/2/2010 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

Diğer taraftan hukuk mahkemesinde devam eden bir davayı ceza mahkemesinin bekletici mesele olarak kabul etmesi halinde hukuk mahkemesinde verilecek hükümden mevcut ceza davasının niteliğine göre faydalanmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararı isabetli olarak değerlendirdiği takdirde bu kararı kendi hükmüne esas alabilir. Burada ceza hâkimi hukuk hâkiminin toplamış olduğu delilleri yeniden toplamakla mükellef değildir. Burada kesin hüküm niteliği kazanmış olan hukuk mahkemesi kararının takdire şayan olarak görülmesi halinde uyuşmazlığın ispatı hakkında delil olarak değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Burada kesin delil veya kesin hüküm olmaktan ziyade hâkime kanaat verecek nitelikte bir takdiri delil durumu söz konusudur.¹⁷

Ayrıca ceza davasına konu uyuşmazlık hakkında hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında verilmiş olan tazminat kararı ve bu kararın infaz edilmiş olması halinde bu husus ceza mahkemesindeki davada erteleme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararları bakımından zararın giderilmesi koşulunu karşıladığının kabulü gerekir. Dolayısıyla ceza mahkemesi sanığın mağdurun uğradığı zararın giderilmesi konusunda hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararı esas alarak, erteleme, uzlaşma ve HAGB kararlarını verecektir.

¹⁷ Akcan, s.104; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.684; Hadi Tan, "Medeni Hukuk Münasebetlerine Mütteallik Meselelerde Ceza Mahkemelerinin Yetkisi", AD, Ankara 1951, S.5, F.2, s.664; Çelik Ahmet Çelik, "Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Davasına Etkisi", http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/251_hukuk-mahkemesi-kararlarinin-ceza-davasina-etkisi.pdf, İET: 25.03. 2015, s.2; "...Basın yoluyla hakaret suçundan açılan ceza davasında, daha önce hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında alınan kesinleşmiş kararın, "kesin kanıt" değil, "değerlendirilebilir kanıt" olduğu ve ceza hâkimince doğrudan araştırma yapılması, haberin gerçeklik derecesinin saptanması, savunmaya ilişkin kanıtların toplanması, hukuk mahkemesindeki tazminat davasında dinlenen tanıkların anlatımlarının belirlenmesi, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı takdirde okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, kamu yararı bulunduğu kabul edildiğinde ise küçük düşürücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi ve bu konulardan, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınarak karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...4.CD., 1996/8295 E., 1996/9884 K., 23.12.1996 T.(Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

B. SENET ve SAHTECİLİK KAVRAMLARI

a. Senet Kavramı

Senet kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Bu kapsamda geniş anlamda senet, bir fikrin, anlaşmaların somutlaşmış, tecessüm etmiş şeklidir.¹⁸ Diğer bir ifade ile senet, fikir ve düşüncelerin yazı veya belirli işaretler altında şekillendirilmesi, mad-dileştirilmesidir.¹⁹ Dar anlamda senet ise, kişinin kendi aleyhine delil teşkil etmek irade ve düşüncesiyle²⁰ vücuda getirdiği bir belgedir.²¹ Diğer bir tanımlama ile bir kimse tarafından bir vakıanın gelecekteki delilini teşkil etmek üzere yazıp veya yazdırıp imzaladığı belgedir.²² Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere bir hukuki işlemi tespit ve tevsik eden, onu delillendiren, tespit ve tevsik ettiği işlem sebebiyle bir taah-hüdü içeren ve borç altına giren kimsenin imzasını taşıyan yazılı ve kanuni delildir.²³ Görüldüğü üzere senet, belli bir işlem hakkında tam bir bilgi içeren, bir kişi tarafından kendi aleyhine olacak bir vakıanın, ileride delilini oluşturmak için yazıp veya yazdırıp imzaladığı ve karşı tarafa verdiği belgeyi ifade etmektedir.²⁴ Bir hususun senede bağlan-masının temel sebebi, işlemin maddi hukuk bakımından geçerliliğini sağlamak veya usul bakımından ispatını temin etmektir. Mesele bono verilmesi, kişinin borç ilişkisini ispatlamak için, buna karşılık noter aracılığı ile gayrimenkul satış vaadi düzenlenilmesi ise hukuki işlemin geçerliliği sağlamak için düzenlenmektedir.²⁵

Burada senet düzenlenirken kişinin mutlaka ileride kendi aleyhi-ne delil teşkil etmek üzere düzenlemesi şart olmayıp temelde taraf-lar arasındaki hukuki ilişkiyi, iradeyi yansıtmaları esastır. Oluşturulma aşamasında senet olarak düşünülmemesine rağmen sonradan senet

¹⁸ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s.637.

¹⁹ Ansay, s. 222.

²⁰ Bir kimsenin düzenlemiş olduğu belgenin kendi lehine delil (senet) sayılması kural olarak mümkün değildir. Ticari defterlerin sahibi lehine delil olması bu kuralın tek istisnasıdır. Kuru, C. II, s.2074.

²¹ İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1959, s.384.

²² Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 2, İstanbul 1940, (Şerh), s.148.

²³ Necmettin, Berkin, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Delil”, *İÜHFD*, İstanbul 1946, C.12, S.4, s. 1181

²⁴ Serdar Nart, “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1, Y. 2007, s.213.

²⁵ Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1978, s.554.

hükmüne geçmesi de olasıdır. Mesela bir tarafı diğer tarafa yazdığı mektup da iradi olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen sonradan bir hukuki işlemin ya da ilişkinin ispatı için senet haline gelmektedir.²⁶ Ayrıca her ne kadar senet denince, çek ve bono da olduğu gibi, tek taraflı borç ikrarları anlaşılmakta ise de, herhangi bir hukuki işlemi ve bu arada taraflara karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşmeyi belgelendirmek üzere, borç altına girenlerin imzası altında düzenlenmiş belgeler de usul hukukundaki anlamında senettir.²⁷

Bu bağlamda gerek düzenleme tarzları, gerek ispat güçleri bakımından senetler adi senet ve resmi senet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁸ Resmi bir makam veya memurun katılımı olmaksızın tarafların aralarında yaptıkları senetlere adi senet diğer bir ifade ile resmi olmayan senet denmektedir.²⁹ Burada önemli olan taraflarca veya tarafların iradesi çerçevesinde üçüncü kişi tarafından düzenlenmiş olan senet altındaki imzanın taraflara ait olmasıdır³⁰. Buna karşılık resmi bir makam yetkili bir memur tarafından yetkileri dâhilinde ve usulüne uygun bir şekilde hazırlanan belgelere ise resmi senet denir.³¹

Öte yandan medeni usul hukukundaki resmi senet kavramı ile ceza hukukundaki resmi senet kavramı benzer değildir. Ceza hukukunda resmi senet kavramı daha geniş kapsamlıdır.³² 5237 sayılı TCK'nın 210'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, özel belgede sahtelik suçunun konusunun emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde resmi belgede sahtelik suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ceza hukukundaki bu hüküm medeni usul hukukunda uygulanması mümkün değildir.³³

b. Senetlerin İspat Gücü

6100 sayılı HMK'nın "Adi senetlerin ispat gücü" kenar başlıklı 205'inci maddesi gereğince mahkeme huzurunda ikrar olunan veya

²⁶ Kuru, C.II, s.2074.

²⁷ Kuru, C.II, s.2076.

²⁸ Bilge, Önen, s.556.

²⁹ Ansay, s.228

³⁰ Kuru, C.II, s. 2080.

³¹ Bilge, Önen, s.558.

³² Deliduman, s.19.

³³ Deliduman, s.19.

mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin de senet hükmünde olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bir adi senedin kesin delil teşkil etmesi onun mahkeme huzurunda ikrar olunmasına ya da inkâr edenden sadır olduğunun ispat edilmiş olmasına bağlıdır. Adi senette borçlu görünen kimse bu senedi inkâr ederse senedin alacaklısı bu senedin o şahıstan sadır olduğunu ispat etmelidir.³⁴ Burada mahkeme huzurunda ikrar olunan senetlerin ispat gücü bakımından resmi senet hükmünde olmaları diğer bir ifade kesin delil teşkil ederler. Burada adi senet düzenleyen kişi bakımından adi senet olarak varlığını korumakta ancak ispat kuvveti bakımından resmi senet yani kesin delil niteliğindedirler.³⁵

Diğer taraftan HMK'nın "İlamların ve resmî senetlerin ispat gücü" kenar başlıklı 204'üncü maddesindeki düzenlemede de vurgulandığı üzere resmi senetler sahteliği ispat edinceye kadar kesin delil teşkil ederler. Bu kapsamda bir resmi senede dayanan taraf bunun doğru olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Resmi senedin doğru olup olmadığını ileri süren borçlu resmi senedi inkâr etmekle yetinemez. Resmi senedi kabul etmeyen borçlunun senedin sahteliğini ileri sürmesi ve bunu ispatlaması gerekir.³⁶

c. Sahtecilik Kavramı

Uyuşmazlıkların çözümü konusunda senetlerin büyük bir öneme ve ispat günce sahip olduğu yukarıda vurgulanmıştı. Günümüz çağdaş toplumlarda ticari ve sosyal ilişkilerin büyük çoğunluğu yazılı şekilde yürütülmektedir. Yazılı şekilde işlem yapılması bazen ispat için bazen de geçerlilik şekli olarak öngörülmektedir. Bir ispat aracı olarak senetlere ilişkin sahtecilik iddiası her zaman gündeme gelebilir. Bu noktada genel olarak sahtecilik kavramı tanımlanacak olursa, gerçek olmayan bir belgenin oluşturulması ve bunun gerçek bir belge gibi kullanılması ya da üzerinde değişiklik yapılmış gerçek bir belgenin kullanılması sahteciliktir.³⁷ İşte uyuşmazlığın ya da hukuki ilişkinin

³⁴ Üstündağ, s.647.

³⁵ Kuru, C.II, s.2084.

³⁶ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.452.

³⁷ Faruk Aşçıoğlu, Adli Belge İncelemesi, İstanbul 2005, s.176.

dayanağı olan bir senede yönelik sahtecilik iddiasının ileri sürülmesi halinde bunun hem hukuk hem de ceza yargılamasını ilgilendiren yönleri vardır. Zira sahtecilik iddiasının suç oluşturduğu durumlarda aynı zamanda ceza yargılamasını da gerektirmektedir. Evrakta sahtecilik suçu kamu güvenine karşı işlenen bir suç türü olduğundan kamunun güven duyduğu bir belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir belgeye ekleme yapılması ve yahut tümünün veya bir kesiminin değiştirilmesi eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır.³⁸

d. Sahtelik İddiasının İleri Sürülmesi

Sahtelik iddiasına ilişkin sürecin nasıl işletilmesi gerektiği konusunda HMK'nın "Yazı veya imza inkârı" kenar başlıklı 208'inci maddesi önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki yazı veya imzayı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi hâlde belge, aleyhine delil olarak kullanılır. Bir belgenin sahteliği iddia edildiğinde ise, belgenin mahkemeye verildiği tarih yazılıp mühürlenerek, saklanması için mahkemece gerekli tedbirler alınır. Diğer taraftan maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca bir belgenin sahteliğini iddia eden kimse, bunu aynı mahkemede ön sorun şeklinde ileri sürebileceği gibi, bu konuda ayrı bir dava da açabilir. Ancak dördüncü fıkrasındaki düzenleme gereğince resmî bir senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası, ancak ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada incelenip karara bağlanabilir. Mülga HUMK'daki senet ve özellikle senedin sahteliği ile ilgili hükümler, esasa ilişkin kurallar değişmesizin, HMK'da daha derli toplu ve anlaşılır halde yeniden kaleme alınarak düzenlenmişlerdir.³⁹

Görüldüğü üzere hukuk yargılaması bakımından sahtecilik iddiasının ön sorun olarak ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi ayrı bir dava açılarak ileri sürülmesi de mümkündür. Ancak resmî bir senet-

³⁸ Erol Çetin, İsmail Malkoç, Sahtelik Suçları, Ankara 1995, s.18.

³⁹ Ejder Yılmaz, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Getirilen Değişiklikler, <http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf>, İET: 15.10.2013, (Değişiklikler), s.29.

teki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiasının, ilgili evraka resmiyet kazandıran kişinin de taraf gösterildiği ayrı bir davaya konu edilmesi gerekmektedir. Sahtecilik iddiasını içeren ayrı bir dava açmayıp açılmış olan bir davada senedin sahte olduğunun savunma olarak ileri sürülmesine sahtelik defi denmektedir.⁴⁰ Sahtelik defi şeklindeki sahtelik iddiaları ön sorun hakkındaki hükümlere göre incelenecektir.⁴¹ Borçlu imzanın sahte olduğundan bahisle bunu bir mutlak defi olarak herkese karşı ileri sürebilir.⁴² Ayrıca sahtecilik definin ispatı id-

⁴⁰ Bilge, Önen, s.579; H.Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2001, (Esaslar), s.331; Kuru, C.II, s.2161.

⁴¹ Bilge, s.427; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, s.282

⁴² Lerzan Yılmaz, Kambyo Senetlerinde Defiler, İstanbul 2007, (Defiler), s.203-204; İlter Erdemir, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1998, s.1460; "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyumsuzluk; Senet lehdarının ciro ettiği ilk ciR...anın cirosu sonucu yetkili hamil durumuna gelen davalıya karşı, ilk ciro eden senet lehdarını temsile yetkili çift imzadan birinin imzasının sahte olduğu def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle uyumsuzluğun çözümüne yönelik olarak ilgili kurum ve kavramlar üzerinde durulmasında yarar vardır:

Sahte imza bir başkasının imzasının taklit edilmesi hali olup; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) 'nın 589. maddesi hükmü gereğince; "Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını, sahte imzaları, mevhum şahısların imzalarını yahut imzalıyan veya namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşırsa, diğer imzaların sıhhatine bu yüzden hâlel gelmez". Anılan hükme göre ticari senetteki geçersiz imza sadece kendisi yönünden hükümsüzlük sonucu doğurur. Senetteki her imza diğerlerinden bağımsız olarak sadece imza sahibini bağlar. İmzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince poliçeye atılı her geçerli imzanın (keşidecinin, ciR...anın, avalistin, kabul eden muhatabın imzası gibi) sahibini bağladığını, geçersiz imzaların sahiplerinin sorumlu tutulmamasına rağmen poliçenin geçerliliğini ortadan kaldırmadığını ifade eder. Geçerli imzaların sahipleri, başkasının imzasının geçersiz olduğunu ileri sürerek kambyo sorumluluğundan kurtulamazlar. İmzaların geçersizliği ilkesi ciro zincirinde bulunan imzalardan birinin veya bazılarının sahteliğine dayanılarak menfi tespit davası açılmasına olanak tanımaz. Geçersiz bir imza sahibini bağlamaz ise de ciro zincirini de koparmaz. (P.... / T.... Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden geçirilmiş 20.bası, V.... Kitapçılık, İstanbul 2010.s:143, Bilgen Mahmut, Uygulamada Kambyo Senetleri, Adalet Yayınevi, 2010 1.Bası, s:528).

Poliçeler bakımından getirilmiş olan bu ilke TTK'nun 690/2 ve 713/ 1-3 maddelerinin yollamasıyla bonolar hakkında da uygulanır.

Sahtecilik def'i senedin hükümsüzlüğüne yönelik def'i olup mutlak defilerdendir. Bu nedenle sahtelik ve tahrifat def'i herkese karşı ileri sürülebilir. (E.... E...., K.... İ...., Uygulamada Ticari Senetler, T.... Kitabevi, 1998, 3.Bası.s:766, Ö.... F.... Kıymetli Evrak Hukuku, 12.Bası, 2006, s:76).

Sahtecilik iddiasını ileri süren davacı bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nın 314/1.maddesinde "Resmi ve gayri resmi her nevi senedatın sahteliğini iddia eden kimse asıl davayı rüyet eden mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerek dava-

diayı ileri sürene aittir. Ayrıca sahtelik definin her türlü delille ispatlanması mümkündür.⁴³

Diğer taraftan bir adi senedin kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen kişi bu adi senede dayanılarak dava açılmasını veya icra takibi yapılmasını beklemeden senetteki imzanın kendisine ait olmadığını tespiti ya da senet içeriğindeki yazıda sahtecilik yapıldığını için ayrı bir sahtecilik davasına konu edebilir.⁴⁴ Görüldüğü üzere sahtecilik davası hukuki niteliği bakımından bir menfi tespit davasıdır.⁴⁵ Burada önemli olan hususlardan biri de sahtecilik davasında davacının bu davaya açmakta hukuki bir yararının olmasıdır. Daha önce açılmış bir davada adi senedin sahteliği “ön sorun” şeklinde ileri sürülmüş ve bu sahtelik iddiası incelenmekte ise artık adi senedin sahteliğinin tespiti için ayrı bir sahtelik davası açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Bundan dolayı, açılan sahtelik davasına karşı derdestlik itirazı ileri sürülebilir.⁴⁶ Ancak sahte bir adi senede dayanarak kendisine karşı icra takibi yapılan borçlu ödeme emrine itiraz ederken imzaya itirazını ayrıca ve açıkça bildirmemişse veya ödeme emrine hiç itiraz etmemişse hakkındaki icra takibini ancak sahtecilik davası açarak durdurabilmesi veya önlemesi mümkün olduğundan borçlunun böyle bir durumda ayrı bir sahtecilik davasını açmasında hukuki yararı bulunmaktadır.⁴⁷

yı hadise suretiyle ikame edebilir.” hükmü getirilmiş olup; sahtelik iddiası asıl davaya bakan mahkemede ileri sürülebilir. Uzman bilirkişi aracılığıyla yapılacak HUMK’nun 317.maddesinin yollamasıyla aynı Kanunun 308.maddesi gereğince yöntemine uygun inceleme sonucu senedin sahteliğine karar verilebilir... HGK., 2011/19-413 E., 2011/476 K., 06.07.2011 T. (<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=50&t=7726>)

⁴³ Alangoya, (Esaslar), s. 329.

⁴⁴ Kuru, C.II, s.2097.

⁴⁵ Kuru, C.II, s.2097; Sahtelik ve/veya tahrifat nedeniyle senedin geçersiz olduğunu (örneğin; senetteki imzanın sahte olduğunu, senedin vade ve/veya miktar kısmında değişiklik bulunduğunu) ileri sürerek olumsuz tespit davası açılabilir. (Talih Uyar, İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri alma Davaları, C.1, İzmir 2003, (Geri Alma Davaları), s.213)

⁴⁶ Kuru, C.II, s.2097; “Bir dava içinde ibraz edilen senedin sahteliği (davayı hâdise) olarak ileri sürülmüşse, artık bu iddia ayrı bir dava olarak açılmaz. Açılırsa derdestlik itirazı ileri sürülür.” (Erdemir, s.1462)

⁴⁷ Kuru, C.II, s.2098; “...Davacı; davalılar aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davasında davalıların dayandıkları senedin sahte olarak düzenlendiğini iddia ederek iptaline karar verilmesini istemiştir. Davalılar davanın reddini savunmuşlardır mahkemece taraflar arasında elatmanın önlenmesi davası mevcut iken senedin sahteliği hususunda davacının dava açmakta hukuki yararı olmayacağı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacı tarafca temyiz edilmiştir.

e. Sahtecilik İddiasının İcra Takibine Etkisi

aa. Hukuk Mahkemesinde Sahtecilik Davası Açılması

Uyuşmazlık konusu olan senede yönelik sahtecilik iddiasının ileri sürülmesi halinde, HMK'nın "Yazı veya imza inkârının sonucu" kenar başlıklı 209'uncu maddesi nasıl bir sürecin işleyeceğini düzenlemiştir. Buna göre adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz. Buna karşılık resmî bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde ise, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınamaz. Öğretideki genel kabule göre bu madde ve bu maddenin karşılığı olan mülga HUMK'un 317'nci maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde sahteliği iddia edilen senede dayanak başlamış olan icra takibi kendiliğinden duracaktır.⁴⁸

Bu noktada 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni HMK, bu konuda çok önemli bir hüküm değişikliğine giderek, HMK'nın 209'uncu maddesinin birinci fıkrasında "...adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz..." demek suretiyle mülga HUMK'un 317'nci maddesindeki düzenlemeden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir.⁴⁹ 1086 sayılı HUMK döneminde kanun koyucu sahte senet düzenlenmiş olması halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta daha çok alacaklı lehine bir düzenleme yapmıştı. Dolayısıyla sadece borçlunun

Çaycuma Asliye Hukuk Mahkemesinin 1980/257 esasında kayıtlı elatmanın önlenmesi davasında davacı, davayı hâdise olarak sahtelik iddiasında bulunmamıştır. Hal böyle olunca davacının iş bu davayı HUMK'nın 314. maddesinin özüne ve sözüne uygun bir biçimde davayı asliye şeklinde ikame edip sahtelik iddiasını ileri sürmesinde hukuki yarar vardır. Bu nedenle mahkemenin davayı mesmu kabul edip işin esasına girerek incelemesi gerekirken davacının dava açmaktan hukuki yararının yokluğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Hükmün bozulması gereklidir...13.HD. 05.06.1985, 3619/3989 (Erdemir, s.1463)

⁴⁸ Kuru, C.II, s.2100; Mahmut Bilgen, "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2010, C.11, Özel S.2009, s.1016-1017; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara 2003, (İstirdat), s.18 vd.; Talih Uyar, "Sahte Senetle Yapılan İcra Takibinin Durdurulması", *Nevşehir Barosu Dergisi*, Nevşehir 2014, Y.1, S.1, s.294.

⁴⁹ Hakan Pekcanıtez, Hülya Taş Korkmaz, Nedim Meriç, *Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 2011, s.199.

sahtecilik iddiasında bulunmuş olmasını, icra takibinin durdurulması için yeterli bulmamış, ayrıca bu konuda hukuk mahkemesinde açılan menfi tespit davasında ya da ceza mahkemesinde açılan sahtecilik suçuna ilişkin kamu davasında, mahkemece “senet üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasına” ve “senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine” karar verilmiş olmasını şart koşmuştu. Buna karşılık kanun koyucu 6100 sayılı HMK’nın 209’uncu maddesini birinci fıkrasını yeniden düzenlerken tamamen farklı bir sistem benimseyerek bu kez “sahtelik iddiası”nda bulunan borçlu lehinde hareket ederek borçlunun yalnızca “adi bir senetteki yazı veya imzayı inkâr etmiş olması, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senedin herhangi bir işleme esas alınmaması için yeterli kabul edilmiştir.⁵⁰ Ayrıca HMK’nın 209’uncu maddesinin birinci fıkrasında sadece “imza”nın değil, imza inkâr edilmeden sadece “yazı”nın da inkâr edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla görülmekte olan bir davada “senetteki imzanın veya yazının inkârı halinde; bu konuda bir karar verilinceye kadar senet herhangi bir işleme esas alınması ve delil olarak kullanılması mümkün değildir.⁵¹

Öğretide de HMK’nın 209’uncu maddesinin birinci fıkrasındaki yeni düzenleme gereğince adi senetteki imza veya yazının inkâr edilmesi halinde, bu mahkemece bir karar verilinceye kadar, o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı, delil olarak kullanılamayacağı dile getirilmektedir. Borçlu, sahte olduğunu iddia ettiği senet ile alakalı olarak, bu adi senede dayanarak dava açılmasını beklemeden, senedin sahte olduğunun tespiti için hukuki niteliği bakımından bir menfi tespit davası olan sahtelik davası açabilir.⁵² Bu sahtelik davası, icra takibini kendiliğinden durdurur.⁵³

⁵⁰ Uyar, s.304.

⁵¹ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.391; Mustafa Saldırım, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, (Şerh), Ankara 2011, s.176 vd. ; Uyar, s.305.

⁵² Kuru, Arslan, Yılmaz, s.391 vd. ; Hakan Pekcanıtez, Osman Atalay, Muhammet **Özekes**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 2011, (HMK’ya Göre), s.488.

⁵³ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2011, (İcra), s.216; Kuru, C.II, s.2100; Mahmut Bilgen, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2010, C.11, Özel S. 2009, s.1016-1017; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, (İstirdat), s.18 vd.; Talih Uyar, “Sahte Senetle Yapılan İcra Takibinin Durdurulması”, *Nevşehir Barosu Dergisi*, Nevşehir

6100 sayılı HMK'nın bir usul kanunun olması ve genel kural olarak usul kanunlarında derhal uygulanırlık prensibi geçerli olduğundan HMK'nın 209'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki bu düzenleme, HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden itibaren uygulanması gerektiğinden, eski HUMK zamanında açılmış bulunan ve halen devam emekte olan tüm sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarında uygulanması gerekmektedir⁵⁴. Zira bir *dava devam ederken yeni bir usul kanunu hükmü yürürlüğe girerse, yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni usul kuralları uygulanacaktır*. Bu konuda davacının kazanılmış hak iddiası mümkün değildir. Ancak önceki usul kanunu döneminde tamamlanmış usulü işlemler için yeni hüküm etkili olmayacaktır. Mesele; mevcut görev kurallarına göre dava ikame edilmiş ve daha sonra göreve ilişkin kural değişmiş ise bu yeni kurallara göre mahkemenin görevsizlik kararı vermemesi gerekir.⁵⁵

Ayrıca HMK'nın 209'uncu maddesi bağlayıcı bir düzenlemedir. Bu noktada mülga HUMK'un 317'nci maddesinde olduğu gibi, bu düzenleme icra **müdürünü**, **icra hâkimini** ve sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davasına bakan hukuk mahkemesi hâkimini bağlar.⁵⁶ Dolayısıyla sahtecilik iddiası nedeniyle açılan davalar nedeniyle yapılacak başvurular üzerine icra müdürünün, icra mahkemesi hâkiminin veya hukuk mahkemesi hâkiminin İİK'nın 72'nci maddesinin üçüncü fıkrasını gerekçe göstererek "teminat karşılığında takibin durdurulmasına" ya da "teminat karşılığında icra dosyasına yatırılacak paranın alacaklıya ödenmemesine" şeklinde hatalı bir karar vermemesi gerekir. Burada yapılacak şey, HMK'nın 209'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince teminatsız olarak icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir.⁵⁷

Daha öncede vurgulandığı üzere borçlunun, alacaklının takip konusu yaptığı senedin sahte olduğunun tespiti için açtığı dava sahtelik davası; İİK'nın 72'nci maddesi anlamında bir menfi tespit davasıdır. Ancak, sahtelik davasının icra takibine etkisi; İİK'nın 72'nci madde-

2014, S.1, Y.1, s.294.

⁵⁴ Uyar, s.302.

⁵⁵ Abdurrahim Karşı, Medeni Muhakeme Hukuk Ders Kitabı, İstanbul 2011, s.74; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (HMK'ya göre), s.63; Uyar, s.304.

⁵⁶ Uyar, s.303.

⁵⁷ Uyar, s.306.

sindeki düzenlemeye değil HMK'nın 209'uncu maddesindeki (mülga HUMK. m.317) düzenlemeye tabidir. Buna göre sahtelik davasına bakan mahkemede davanın görülmeye başlaması ile birlikte, sahteliği iddia edilen senet, sahtelik davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz ve bu senede dayalı başlatılmış bir icra takibi varsa bu da kendiliğinden durur. Diğer bir ifade ile borçlu imza ve yazıdan kaynaklı olarak bir sahtecilik iddiasına dayalı menfi tespit davası açmış ise bu davanın icra takibine etkisi *İİK'nın 72'nci maddesine göre değil, "özel hüküm" niteliğindeki HMK'nın 209'uncu maddesine (Mülga HUMK md.317) göre değerlendirilmesi gerekir. Öğretide ağırlıklı görüş bu yöndedir.*⁵⁸

bb. Ceza Davasının Açılmasının İcra Takibine Etkisi

Borçlunun *şikâyeti* üzerine icra takibi konusu senet için ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmış ve sahte senedin iptalini istemiş ve ceza mahkemesi senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiş ise, senet ceza davası sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz. Yani, icra takibi kendiliğinden duracaktır. Bu durumda icra mahkemesinin sahtelik veya sahtecilik davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapması gerekmektedir.⁵⁹ Borçlu ceza mahkemesinde açılan davanın konusu hakkında açıklamalı müzekkereyi alıp, bunu senedin takip konusu yapıldığı icra müdürlüğüne götürerek "hakkındaki takibin HMK'nın 209'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca durdurulmasını" isteyebilir. İcra Müdürlüğünün bu talebi kabul etmemesi halinde icra müdürünün bu işlemine karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidilebilir ve icra mahkemesinden *İİK'nın 16'ncı maddesi kapsamında icra takibinin durdurulması talep edilebilir.*⁶⁰

⁵⁸ Uyar, (Geri Alma Davaları), s.34; Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.4, İzmir 2008, (Şerh), s.6067; Uyar, s.295; Ahmet Türk, Maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s.264 vd.; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008, s.373 vd.; Seyit Çavdar, İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2007, s.731 vd.; Nihat Yavuz, İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2000, s.179.

⁵⁹ Kuru, C.II, s.2176; Kuru, (İstirdat), s.20; Muşul, s.374; İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, (İcra), s.214; Türk, s.267; Uyar, s.299.

⁶⁰ Uyar, s.306.

cc. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay önceleri yukarıda belirtilen doktrindeki görüşler doğrultusunda karar vermekteydi. Ancak Yargıtay, HMK 209'uncu maddesindeki sahtecilik iddiası ile ilgili içtihat değişikliğine gitmiştir. Daha önce bu iddia ile takibin duracağını belirten Yargıtay⁶¹, artık takibin durmayacağını, bu maddedeki ifadenin genel mahkemelerdeki davalarda senedin delil olarak kullanılamayacağına ilişkin olduğunu, icra takibine etkisi olamayacağını belirtmiştir. Yargıtay yeni içtihadında takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nın 209'uncu maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Yargıtay'a göre anılan hüküm, genel mahkemelerdeki davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur.⁶² Yargıtay'ın temel gerek-

⁶¹ "...Borçlularca asliye ticaret mahkemesinde takip konusu senetlerde sahtecilik iddiası ile açılan davada bilahare ıslah dilekçesi verilerek, sahtecilik iddiasından açıkça vazgeçilmeksizin, senetlerin teminat senedi olduğu ileri sürülmüştür. Hal böyle olunca mezkûr davaya konu olan senet ile ilgili olarak HUMK' un 317. maddesi gereğince hüküm verilinceye kadar hiçbir muameleye esas ihdas edilemeyeceğinden, takibin bu aşamasında İcra Müdürlüğüne haciz talebinin reddinde yasaya uymayan bir cihet yoktur... 12.HD, 9350 E., 11064 K., 30.06.2000 T. (Uyar, s.300)

⁶² "...Dava : Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahalden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Karar : Alacaklının borçlular aleyhine bonoya olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip başlattığı, takibin kesinleştiği, borçlulardan H. T. B.'ın İcra Müdürlüğü' ne başvurarak takip dayanağı senetle ilgili Denizli Asliye Ceza Mahkemesi'ne açılan sahtecilik davası nedeniyle takibin durdurulmasını talep ettiği, İcra müdürlüğüne HMK. nun 209 maddesi uyarınca takibin durdurulduğu, bu karara karşı alacaklı vekilinin mahkemeye şikayet yoluna başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İcra ve iflas hukuku, icra ve iflas takiplerinin usul hukuku niteliğindedir. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötüniyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini korumasını sağlayacak hukuki çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir. İcra iflas hukukunun en önemli kaynağı İcra ve İflas Kanunu olup, bu Kanun, icra ve iflas takibinden, tahsile kadar uygulanması gereken usul hükümlerini düzenlemektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra Ve İflas Kanunu'nda bir hüküm olmayan hallerde, ancak İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça gönderme olması (İİK

50, 68/a-4 gibi) veya bu kanunun özel veya genel hükümlerine aykırı olmaması (zorunlu dava arkadaşlığı) hallerinde uygulanabilir. Bu ilkeler ışığında HMK' nun 209/1. maddesinin ilamsız icra takiplerine etkisi değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre "adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilmeye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz." Bu maddenin icra takiplerinde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak İcra Ve İflas Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nun 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HUMK'nun 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK 170/2). Öte yandan iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda) dayanması halinde Dairemiz, İcra Ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından HMK'nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK' nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK'nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir.

İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra Ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında iddiasına olarak genel mahkemelerde davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK.nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz.

Borçlunun olarak açtığı, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. sahtelik nedeniyle gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir.

Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur.

Somut olayda Asliye Ticaret Mahkemesine davasında tedbiren takibin durdurulması talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemece şikayetin kabulü gerekirken Denizli 5. Asliye Ceza Mahkemesi ve Denizli 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde takip dayanağı senedin sahteliği ileri sürüldüğünden icra müdürlüğünce HMK. nun 209. maddesi uyarınca icra takibinin durdurulması usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...12. HD., 2014/9285 E., 2014/11622 K., 21.4.2014 T. (UYAP Mevzuat-İçtihat Bilişim Sistemi)"

çelerinden biri ise HMK'nın 209'uncu maddesinin icra takiplerinde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak İcra Ve İflas Kanununda bir hüküm bulunmamasıdır.

dd. Asılsız Sahtecilik İddialarına Karşı Yasadaki Güvenceler

Diğer taraftan sahtecilik davasının icra takibini kendiliğinden durdurması asılsız sahtecilik davası açılması hallerinde senet sahibi olan alacaklı taraf bakımından çok ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu şekilde asılsız sahtecilik davalarına karşı alacaklı tarafı korumak bakımından HMK'nın "Haksız yere sahtelik iddiası" kenar başlıklı 213'üncü maddesinde önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre bir senedin sahte olduğuna yönelik iddiası haksız çıkan taraf kötüniyetli ise bu sebeple ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmeye mahkûm edilir. Ancak resmî senetteki imza veya yazı inkâr edildiğinde celse harcı iki kat tahsil edilir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme gereğince bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmesinden önce, tarafların sahteliğe ilişkin iddialarından vazgeçmeleri hâlinde, hâkim, tazminattan indirim yapabileceği gibi tazminata hükmetmeyebilir.

Yine kötü niyetli sahtecilik iddialarına karşı alacaklıyı korumak bakımından HMK'nın "Yazı veya imza inkârının sonucu" kenar başlıklı 209'uncu maddesinin üçüncü maddesinde özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre senede dayanılarak verilmiş olan ihtiyati tedbir, o senet hakkındaki sahtelik iddiasından etkilenmez ve gerektiğinde senet sahibi haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebilir.⁶³ Buna göre; senet sahibinin sahtelik davasından önce koydurmuş olduğu ihtiyati tedbirlere ve ihtiyati hacizlere halel gelmez ancak mahkeme senedin sahteliği iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa bu ihtiyati tedbirin veya haczin kaldırılmasına karar vermesi mümkündür. Aynı şekilde mahkeme sahtelik iddiasının ciddi olmadığı kanısında ise alacaklının hakkını korumak için alacalının başlamış olduğu icra takibine devam edebilmesi için ihtiyati tedbir kararı verebilir.⁶⁴

⁶³ Kuru, C.II, s.2101.

⁶⁴ Kuru, C.II, s.2102.

Diğer taraftan öğretide adi senetlere dayalı olarak hakkında yapılan tüm takipleri sahtelik iddiasında bulunarak rahat bir şekilde durdurabilme imkânının borçluya tanınmış olması sakıncalı değerlendirilmektedir. Zira bu imkân sayesinde takiplerin durmasını sağlayan kötü niyetli borçluların sahip oldukları malları alacaklılarından kaçırmalarına neden olması bakımından sakıncalı olduğu dile getirilmektedir. Bu imkân sayesinde borçluların alacaklılar tarafından “tasarrufun iptali davası” açılmasını önleyecek bir takım tedbirleri de alarak bu eylemleri gerçekleştirebilecekleri vurgulanmaktadır.⁶⁵ Bu noktada HMK’nın 209’uncu maddesinin birinci fıkrasının altına; “İcra takibine konu olan adi senetler hakkındaki İİK’nın 68/a, 169/a ve 170’inci maddesi hükümlerinin saklı olduğunun” belirtilmiş olması halinde belirtilen sakıncaların bertaraf edilebileceği dile getirilmektedir. Özellikle kambiyo senedine dayalı takiplerde borçlunun takip dayanağı senedin altındaki imzasını inkâr etmesi veya senetteki alacak miktarını ya da senedin vade tarihinde sahtelik yapıldığını İİK’nın 168’inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası çerçevesinde icra mahkemesine bildirilmesi halinde, bu iddia İİK’nın 169/a ve 170’inci maddeleri uyarınca icra mahkemesince incelenerek, sahtelik iddiası ciddi bulunursa mahkemece sahtelik iddiasının esası hakkında karar verilinceye kadar “takibin geçici olarak durdurulmasına” karar verilerek, borçlunun (sahte olduğu ileri sürülen) senede dayalı olarak yapılan takipten zarar görmesi de önlenmiş olur. Ayrıca gerçekte takip konusu senette herhangi bir sahtelik bulunmamasına rağmen, kötü niyetli borçlular tarafından sahtelik iddiasının gündeme getirilerek hemen takibin durdurulmasının önüne geçilmiş ve bu suretle alacaklıların da zarar görmemesi sağlanmış olacağı belirtilmektedir.⁶⁶

C. SAHTECİLİK KONUSUNDAKİ CEZA MAHKEMESİNİN VERECEĞİ KARARLARIN HUKUK MAHKEMESİNİN KARARINA ETKİSİ

a. Hukuk ve Ceza Mahkemesinin Sahtecilik İddiası İle İlgili Karşı Karşıya Geldiği Durumlar

aa. Ceza Mahkemesinin Senedin Sahteliğine Hükmetmesi

Ceza mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde toplanan deliller ışığında senedin sahte olduğu tespit edilmiş ve bu doğrultuda

⁶⁵ Uyar, s.307.

⁶⁶ Uyar, s.308.

mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise ceza mahkemesinin bu sahtecilik kararı hukuk mahkemesi bakımından kesin hüküm niteliğinde olup bağlayıcı etki doğuracaktır. Mahkeme bu kesin hükmün varlığını dava şartı olarak değerlendirerek davanın doğrudan usulden reddine karar verecektir.⁶⁷

bb. Ceza Mahkemesinin Senedin Sahteliğine İlişkin Beraat Kararı Vermesi

Senedin sahteliğine ilişkin verilmiş olan mahkûmiyet kararı her ne kadar hukuk mahkemesi nezdinde kesin hüküm oluştursa da, bu konuda verilen beraat kararı aynı sonucu doğurmayacaktır.⁶⁸ Burada beraatın hangi nedenle verildiği önemli olduğu kadar davaya konu senedin sahteliği konusunda ceza mahkemesinin nitelendirmesi de önem kazanmaktadır. Zira mahkeme senedin sahte olduğunu tespit etmekle birlikte sahtelik eyleminin sanık tarafından gerçekleştirilmediğini kesin olarak tespit ederek beraat kararı vermesi ile eylemin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin açık olarak tespit edilememesi nedeniyle delil yetersizliği dolayısıyla verilecek beraat kararının sonuçları farklı olacaktır. Aynı şekilde davaya konu senedin sahte olmadığına ilişkin kesin tespitten dolayı verilecek beraat kararının da etkisi farklı olacaktır. Burada senedin sahte olmadığından bahisle vermiş olduğu karar hukuk mahkemesini bağlayıcı niteliktedir.

Bu bağlamda HMK'nın "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi" kenar başlıklı 214'üncü maddesi önemli hükümler içermektedir. Maddenin 2'nci fıkrası uyarınca bir belgenin sahteliği konusunda ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engel teşkil etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

⁶⁷ Günel Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s.91; Doğanay, s.25; Çelik, s.1-2; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.684.

⁶⁸ Kurşun, s.91; "...Burada öncelikle belirtmek gerekir ki, HUMK. 'nun 315 ve Borçlar Kanunu'nun 53. maddelerine göre ceza Mahkemesi'nin beraat kararı senedin sahtelik sebebiyle hukuk mahkemesince iptaline karar verilmesi engel değildir. Sahtelik hususunda ceza Mahkemesi'nin beraate dair kararı hukuk mahkemesini bağlamaz. Bu nedenle mahkemenin sahtelik hususunda gerekli soruşturmayı yapması ve delilleri değerlendirmesi gerekir...13. HD.,1985/7196 E., 1986/84 K., 13. 1. 1986 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

b. İmza İncelemesine Alınan Senedin Hiçbir İşleme Konu Olamaması

Diğer taraftan hukuk ya da ceza mahkemesinde dava açılmış ve o davada mahkemece sahteliği iddia edilen senet hakkında, inkâr edilen imzanın borçluya ait olup olmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiş ise, senet dava sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz. Dolayısıyla, imzaya itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmış ise, ceza davasının sonuçlanması, bu dava yönünden bekletici sorun yapılmalıdır.⁶⁹

c. İmzalı Boş Senedin Anlaşmaya Aykırı Doldurulduğu İddiasının İspatı

Daha önce de vurgulandığı üzere ceza ve medeni yargının amaçlarının farklı olmasından dolayı, gerçeğin ortaya çıkarılması için aranan delillerde birbirinden farklı olmaktadır. Ceza yargılamasında delil serbestisi esas olmasına karşın hukuk yargılamasında istisnalar haricinde biçimsel delil ilkesi esastır. Medeni yargılamada hukuki ilişkinin ispatı ile ilgili kurallar çok sıkı olmasından dolayı, hukuki ilişkiyi ispatlayacak delillerin önceden hazırlanabilmesi amacıyla biçimsel delil ilkesi kabul edilmiştir. Hukuki ilişkinin hangi delillerle ispat edileceği kanunda belli olduğundan hâkim bu delillerle bağlıdır. Bu bağlamda senetle ispat zorunluluğu buna örnek olarak verilebilir. HMK'nın "Senetle ispat zorunluluğu" kenar başlıklı 200'üncü maddesi gereğince bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. Diğer bir örnek daha verilecek olursa HMK'nın "Senede karşı tanıkla ispat yasağı" kenar başlıklı 201'inci maddesi gereğince senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile ta-

⁶⁹ HGK., 2008/12-77 E.,2008/90 K., 06. 02. 2008 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)

nıkla ispat olunamaz. Dolayısıyla hukuk yargılaması bakımından beyaza imza iddialarına karşı tanık dinletilmesi mümkün değildir. Fakat beyaza imza diğer bir ifade ile imzalı boş senedin borçludan hukuka aykırı olarak iradesi dışında hile ve tehdit ile alınmış ise bu durumda tanık dinlenmesi mümkündür.⁷⁰

Diğer taraftan ceza yargılaması bakımından imzalı boş senedin, sanıkla mağdur arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın bu eyleminin tanıkla ispat edilip edilemeyeceği konusunda Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 1988/1 Esas ve 1989/2 Karar ve 24/03/1989 tarihli ilamı önemli tespitlere yer vermiştir. Buna göre imzalı ve yazısız bir kâğıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazıldığı veya yazdırıldığı iddiasıyla açılan ceza davasında sanığa yüklenen bu eylemin Hukuk Muhakemeleri Kanununun izin verdiği ayrık durumlar dışında tanıkla ispat edilmesi mümkün değildir. İçtihadı birleştirme kararı yerinde tespitlerde bulunmuş ve buna ilişkin haklı gerekçelere yer vermiştir.⁷¹ Bu İBK kararı doğrultusunda HGK vermiş

⁷⁰ Yasin Ulusoy, “Beyaza İmza”, *AÜEHFD*, Ankara 2004, C.VIII, S.3-4, s.498

⁷¹ “...CMUK. nun 255. maddesine göre, bir fiilin suç olup olmaması adi hukuka ilişkin bir sorunun çözümüne bağlı ise, ceza mahkemesi bu sorunu ceza işlerinde uygulanan serbest delil ilkesi çevresinde çözümler. Bununla beraber ceza mahkemesi, yargılamaya ara vererek hukuk davası açılması için ilgililere uygun bir süre verebilir ve hukuk mahkemesinden bu konuda bir karar çıkmasını da bekleyebilir. Ceza mahkemesi, ilgililere süre vererek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkmasını beklediği takdirde, hukuk mahkemesi, ceza usulünde benimsenen serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk usulünde uygulanan istisnalar dışında senede karşı ancak senetle iddiaların ispat edilebileceği ilkesi uyarınca bir karar tesis etmek zorundadır. Bunun sonucu olarak hukuk mahkemesinin senet hakkında verdiği kararın ceza mahkemesini bağlayacağını tartışmasız olması gerekmektedir. Bu konuda aksi yönde ileri sürülen görüşlerin kabulü mümkün değildir. Çünkü ceza mahkemesi adi hukuka ilişkin uyuşmazlığın hukuk mahkemesinde çözümüne imkân tanıdıktan sonra bu mahkemeden verilen ve kesinleşen kararı aynen uygulamaması açık bir çelişki olur. İşte bu nedenledir ki, ceza mahkemesi adi hukuka ilişkin bir sorunu ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadan bu sorunun hukuk mahkemesinde, çözümüne imkân tanıdıktan sonra, artık hukuk mahkemesinden verilen kararla bağlı olduğunun kabulü gerekmektedir. Biraz önce değinilen adi hukuka ilişkin sorunu ceza mahkemesi kendisi karara bağlamak istediği takdirde, yine aynı kuralları, yani hukuk usulünde benimsenen kuralları uygulaması icap eder. Aksi halin kabulünde çelişkili kararların tesisi olasılığı nedeniyle hak ve nispet kurallarına aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki, bu da yargıya olan güveni sarsar. Her ne kadar CMUK. nun 255. maddesinde bir fiilin suç olup olmaması adi hukuka ilişkin bir sorunun çözümüne bağlı olduğu takdirde, ceza mahkemesi bu sorunu dahi ceza işlerindeki usul ve deliller için geçerli kurallara göre karar

verir biçiminde ise de, bu somut uyuşmazlıkta ceza mahkemesi, bir fiilin suç olup olmamasını değil, bir hukuki işlemin, yani senet düzenlenmesi halinin suç olup olmamasını karara bağlamaktadır. Başka bir deyişle, sanık tarafından yapılan hukuki işlemin ve özellikle anlaşmaya aykırı düzenlendiği ileri sürülen senede ilişkin hukuki işlemin suç olup olmadığı incelenmektedir. Bu nedenle ceza hâkimi, imzalı boş kâğıdın aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiasının sübutunu hukuk usulünde öngörülen kuralları uygulamak suretiyle çözümlemek zorundadır.

Ceza ve hukuk mahkemelerinde, sübuta ilişkin bir sorunun çözümünde farklı usul kurallarının uygulanmasının kabulünde farklı sonuçların çıkacağı açıktır. CMUK. nun 255. maddesinin alındığı Alman Usulünde bu farklılık yoktur. Çünkü bu ülkede gerek ceza ve gerek hukuk usulünde serbest delil sistemi uygulanmaktadır. Öte yandan, imzalı boş kâğıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasının ceza mahkemesinde serbest delil usulü ve hukuk mahkemesinde ise, istisnalar dışında sınırlı delil usulüne göre çözümünün ve bundan dolayı farklı sonuçların ortaya çıkmasının kabulü adalet ve hakkaniyete aykırı düşer. Bu itibarla, imzalı boş kâğıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasına ilişkin adi hukuka ait sorunun çözümünde, ceza ve hukuk mahkemelerinden verilen kararların farklı sonuçlarının uygulamada doğuracağı sakıncaların önlenmesi bakımından, tanıkla ispat konusunda ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin bağlı olduğu usul kurallarını uygulaması gerekir. Biraz önce açıklanan görüş, yalan yere yemin suçundan ceza mahkemelerinde tanık dinlenip dinlenmeyeceğine ilişkin içtihat uyuşmazlığını çözen 02/04/1941 gün ve 19/12 sayılı İctihat Birleştirme Kararında da benimsenmiştir.

Diğer taraftan, Borçlar Kanununun 53'üncü maddesi hükmüne "Hâkim kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için Ceza Hukukunun mesuliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, Ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. " Bu hükümlerle hukuk hâkimine kuşkusuz ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları karşısında geniş bir serbestlik tanınmaktadır. BK'nın 53'üncü maddesinde benimsenen esaslara göre, ceza mahkemesince delil yetersizliğinden dolayı verilen bir beraat kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı; ancak ceza hâkimi failin yasayı ihlal ettiğini tespit etmesi halinde hukuk hâkiminin bu kararla bağlı olduğu ve artık işlenen fiilin hukuka aykırı olmadığına karar veremeyeceği yerleşmiş Yargıtay uygulamaları gereğidir.

İmzalı boş bir kâğıdın anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının cezada sabit görülerek verilen mahkûmiyet kararının aksine olarak hukuk mahkemesinde böyle bir iddianın yerinde olmadığına kabulü ile alacağın gerçek bulunduğu sabit olduğu takdirde, alacaklı ceza kararı sonucu mahkûm olacak ve fakat aynı alacaklı hukuk mahkemesi kararı sonucu alacağını icrada tahsil edecektir. Böylesine çelişkili durumun ortaya çıkmasına hukuk mantığının cevaz vermeyeceği doğaldır. Bu sonucu benimsemek Borçlar Kanununun az önce açıklanan 53. maddesindeki hukuki esaslara da bağdaştırılamaz. Aksinin kabulü halinde senet borçlusu hiç bir zaman ne İcra Tetkik Mercii Hâkimliğine, ne de Ticaret Mahkemesine başvurma yoluna gitmeyecek, şahit temin ederek C. Savcılığına başvurarak dava açılmasını, kamu davasına da katılarak şahsi hakkının hüküm altına alınmasını ve asıl önemli olan TCK. nun 36. maddesine dayanarak davaya konu belgenin zoraltımına karar verilmesini sağlayabilecektir. Hal böyle olunca ve bu yol açılınca HUMK. ve İİK. hükümleriyle getirilen sınırlamaların uygulama olanağı da eylemli olarak kalkacaktır.

Kaldı ki, cebinde gerçeğe ve hukuka uygun olarak düzenlenmiş senet bulunan alacaklının senede konu alacağını tahsil edememe tehlikesinden de öteye TCK. nun

olduğu bir kararda,⁷² senede müstenit olan her nevi iddiaya karşı ileri sürülecek savunmaların tanıkla ispatının mümkün olmadığı, ancak senetle ispat zorunluluğunun yalnız hukuki işlemler için olup hukuki fiillerin senetle ispat zorunluluğunun bulunmadığı, borcun ödenmesi, bir borcu sona erdirmeye amacına yönelik olduğu için bir hukuki fiil değil, hukuki işlem olduğundan, senede bağlı borçların ödendiğinin de tanıkla ispat olunamaması gerektiği belirtilmiştir.

CMK'nın "Ceza mahkemelerinin ek yetkisi" kenar başlıklı 218'inci maddesi gereğince de bir eylemin suç olup olmaması başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise, ceza mahkemesi bu sorunu kendi çözümleyebileceği gibi, yargılamaya ara vererek hukuk davası açılması için ilgililere uygun bir süre verebilecek ve hukuk mahkemesinden bu konuda bir karar verilmesini de bekleyebilecektir. İlgililere süre verilerek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkması beklendiği takdirde, örneğin senetten kaynaklanan bir borcun ödenip ödenmediği ile ilgili değerlendirme yapan hukuk mahkemesi, ceza usulünde benimsenen serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk usulünde uygulanan "istisnalar dışında senede karşı iddiaların ancak senetle ispat edilebileceği" ilkesi uyarınca bir karar tesis edecek ve senet hakkında hukuk mahkemesince verilen karar ceza mahkemesini de bağlayacaktır.

Görüldüğü üzere, ceza mahkemesi yüklenen suçun ispatı açısından ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadığı bir sorunun hukuk mahkemesinde çözümüne imkân tanıdıysa, artık hukuk mahkemesinden verilen kararlar bağlı olacaktır. Başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunu kendisi karara bağlamak istediği takdirde ise, yine aynı kuralları, yani hukuk usulünde benimsenen kuralları uy-

509. maddesinde gösterilen sonucu bakımından çok ağır bir cezanın tehdidi altında bulundurulması, hatta HUMK. ile İİK. , Ticaret Kanunu hükümlerine güvenerek alacağını sağlam gördüğü için, şahit temini yolunu hiç aklına getirmediğinden, kolayca mahkûm edilebilme yolu açılacaktır. Böyle bir yolun açılması, topluma güveni sarsacak, ekonomik hayatı alt-üst edecek sonuçlar doğuracaktır.

Bu nedenlerle içtihat aykırılığının imzalı boş senedin, sanıkla mağdur arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın bu eyleminin HUMK. nun cevaz verdiği istisnalar dışında tanıkla ispat edilemeyeceği doğrultusunda giderilmesi uygun bulunmuştur...(Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

⁷² HGK., 2012/11-1086 E., 2013/40 K., 05.02.2013 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)

guluması gerekecektir. Aksi halin kabulünde çelişkili kararların tesisi ihtimali nedeniyle adalete olan güven sarsılacaktır. Bu durumda ceza mahkemesi, bir fiilin suç olup olmamasını değil, bir hukuki işlemin, yani senede bağlı bir borcun ödenip ödenmediğini belirleyerek sonuca gideceğinden, senede bağlı bir borcun ödenip ödenmediğine bağlı olarak da bedelsiz senedin kullanılması suçunun sübutunu hukuk usulünde öngörülen kuralları uygulamak suretiyle çözümlmek zorundadır. Bu zorunluluk yalnızca ödeme iddiasına ilişkin olup, sanığın kastı, senedi kullanıp kullanmadığı gibi diğer unsurları değerlendirirken ceza muhakemesindeki serbest delil ilkesine uygun şekilde takdirini kullanabilecektir.

Ceza ve hukuk mahkemelerinde, sübuta ilişkin bir sorunun çözümünde farklı usul kurallarının uygulanması farklı hukuki sonuçları ortaya çıkarabilecektir. Senede bağlı bir borcun ödendiği iddiasının ceza mahkemesinde serbest delil usulü, hukuk mahkemesinde ise, istisnalar dışında sınırlı delil usulüne göre çözümünün ve bundan dolayı farklı sonuçların ortaya çıkmasının kabulü, adalet ve hakkaniyete aykırı düşecektir. Bu nedenle, senede bağlı borcun ödenip ödenmediğine ilişkin sorunun çözümünde, ceza ve hukuk mahkemelerinden verilen farklı kararların uygulamada doğuracağı sakıncalarının önlenmesi bakımından, tanıkla ispat konusunda ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin bağlı olduğu usul kurallarını uygulaması gerekmektedir.

Bir başka deyişle, farklı usul hükümlerinin uygulanması nedeniyle senetten kaynaklanan borcun ödendiği iddiasının ceza mahkemesinde sabit görülerek mahkûmiyet kararı verilmesi, buna karşılık hukuk mahkemesinde ödeme iddiasının yerinde olmadığı kabulü ile alacağın geçerli görülmesi durumunda, ceza mahkemesi kararı sonucu bedelsiz senedi kullanma suçundan hakkında mahkûmiyet hükmü kurulan alacaklı, hukuk mahkemesi kararına göre alacağını icrada tahsil edebilecektir. Bu tür sakıncalara ve böylesine çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına hukuk mantığının cevaz vermeyeceği açıktır. Aksinin kabulü halinde senet borçlusu hiç bir zaman ilgili hukuk mahkemesine başvurma yoluna gitmeyecek, tanık temin ederek Cumhuriyet savcılığına başvurmak suretiyle kamu davası açılmasını ve açılan kamu davasına katılmak suretiyle şahsi hakkının hüküm altına alınmasını sağlayabilecektir. Hal böyle olunca Hukuk Muhakemeleri

Kanunu hükümleriyle getirilen sınırlamaların uygulanma imkânı da eylemli olarak ortadan kalkacaktır.

Diğer taraftan, elinde gerçeğe ve hukuka uygun olarak düzenlenmiş senet bulunan alacaklının senede konu alacağını tahsil edememe tehlikesinin yanında, TCK'nın 156'ncı maddesinde düzenlenmiş suç nedeniyle ceza tehdidi altında bulundurulmasına neden olacaktır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra İflas Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine güvenerek alacağını hukuki yönden güvende gördüğü için, işlemlerin yapılması sırasında tanık temini yoluna gitmeyen alacaklının kolayca mahkûm edilmesi sonucunu ortaya çıkaracak ve ekonomik hayatta güvensizliğe neden olacaktır.

D. SAHTECİLİK KONUSUNDAKİ HUKUK MAHKEMESİNİN VERECEĞİ KARARLARIN CEZA MAHKEMESİNİN KARARINA ETKİSİ

a. Genel Olarak Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Mahkemesi Nezindeki Hükümü

Hukuk ve ceza yargılamasının konu, taraf, amaç ve deliller yönünden birbirinden farklı olduğundan, bir uyumsuzluk hakkında hukuk mahkemesinin vermiş olduğu karar kural olarak ceza mahkemesi bakımından kesin hüküm teşkil etmez.⁷³ **Öte yandan aslında medeni yargıya tabi olan fakat özel kanun hükümleri gereğince ceza mahkemelerinde de görülebileceği kabul edilmiş olan bazı davalarda hukuk mahkemesi kararı, ceza mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmektedir. Mesela hukuk mahkemesinin bir senedin sahte olmadığına ilişkin kararı bu hususa örnek olarak verilebilir.**⁷⁴

Diğer taraftan hukuk mahkemesinde devam eden bir davayı ceza mahkemesinin bekletici mesele olarak kabul etmesi halinde hukuk mahkemesinde verilecek hükümden mevcut ceza davasının niteliğine göre faydalanmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararı isabetli olarak değerlendirdiği takdirde bu kararı kendi hükmüne esas tutabilir. Burada ceza hâkimi hukuk hâkiminin toplamış olduğu delilleri yeni-

⁷³ Akcan, s.63; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Kuru, C.V, s.5095-5096.

⁷⁴ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Aktan, 25; Akcan, s.75-76; Kuru, C.V, s.5096.

den toplamakla mükellef değildir. Burada kesin hüküm niteliği kazanmış olan hukuk mahkemesi kararının takdire şayan olarak görülmesi halinde uyumsuzluğun ispatı hakkında delil olarak değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Burada kesin delil veya kesin hüküm olmaktan ziyade hâkime kanaat verecek nitelikte bir takdiri delil durumu söz konusudur.⁷⁵

Ayrıca ceza davasına konu uyumsuzluk hakkında hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında verilmiş olan tazminat kararı ve bu kararın infaz edilmiş olması halinde bu husus ceza mahkemesindeki davada erteleme, uzlaşma ve HAGB kararları bakımından zararın giderilmesi koşulunu karşıladığının kabulü gerekir.

b. Hukuk Mahkemesinde Açılan Sahtecilik Davası Hakkındaki Karar

aa. Hukuk Mahkemesinin Sahteciliğin Sabit Olmadığına İlişkin Kararının Ceza Mahkemesi Nezdindeki Hükümü

Hukuk mahkemesinde bir senedin sahteliği iddiası ile açılmış olan davada mahkemenin senedin sahte olmadığına dair karar vermesi halinde bu karar ceza mahkemesi nezdinde kesin hüküm teşkil edecektir.⁷⁶ Bu konuda HMK'nın "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi" kenar başlıklı 214'üncü maddesinde

⁷⁵ Akcan, s.104; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.684; Tan, s.664; Çelik, s.2; "...Basın yoluyla hakaret suçundan açılan ceza davasında, daha önce hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında alınan kesinleşmiş kararın, "kesin kanıt" değil, "değerlendirilebilir kanıt" olduğu ve ceza hâkimince doğrudan araştırma yapılması, haberin gerçeklik derecesinin saptanması, savunmaya ilişkin kanıtların toplanması, hukuk mahkemesindeki tazminat davasında dinlenen tanıkların anlatımlarının belirlenmesi, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı takdirde okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, kamu yararı bulunduğu kabul edildiğinde ise küçük düşürücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi ve bu konulardan, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınarak karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...4. CD., 1996/8295 E., 1996/9884 K., 23.12.1996 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

⁷⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s.561; Kuru, C.V, s.5096; Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.188; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Deliduman, s.16; Akcan, s.76; Aktan, s.25; Taner, s.105; Üstündağ, s.567; Postacıoğlu, s.590; Deliduman, s.16; Karslı, s.586; Ahmet Çelik Çelik, "Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Davasına Etkisi", http://www.tazminat hukuku.com/dosyalar/251_hukuk-mahkemesi-kararlarinin-ceza-davasi-na-etkisi.pdf, İET: 25.08.2012

kesin düzenleme bulunmaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca bir belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası ile ceza davası dinlenemez. Benzer düzenleme mülga HUMK'un 314'inci maddesinde de bulunmaktaydı.⁷⁷ Diğer bir ifade ile senedin sahteliği iddiası ile bu konuda ceza davası açılmayacağı gibi derdest ceza davasında ise bu husus tartışma konusu yapılamayacak ve davanın reddine karar verilmesi gerekecektir. Zira burada hukuk mahkemesi kararı ceza mahkemesi için kesin hüküm teşkil etmektedir.⁷⁸ Kanun koyucu böylelikle hukuk mahkemesince sahte olmadığına karar verilen senede ilişkin çelişkili kararların ortaya çıkmasının önüne geçmek ve aynı hususların tekrar incelenmesinin önüne geçmek istemiştir. Aksi takdirde hukuk mahkemesinin sahte olmadığına karar vermesi nedeniyle hüküm ifade etmeye başlayan bir senet hakkında ceza mahkemesinde devam eden bir ceza davası söz konusu olacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hukuk mahkemesinin senedin sahte olmadığına ilişkin kesinleşmiş kararının olması halinde ceza mahkemesinin sanık hakkında beraat kararı vermesi gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁹ Kanaatimizce burada sanığın beraatine **hükmetmek önceki karara aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir**. Zira beraat kararı bir arınmayı ifade ettiğinden dolayı, mahkemenin bu sonuca ulaşabilmesi için bir yargılama faaliyeti yürüterek bir kısım maddi vakıalara ulaşması gerekir. Ancak HMK'da yer alan düzenlemelerde ceza davasının dinlenemeyeceğinden bahsedilmektedir. Bunun anlamı ceza davasına konu senet hakkında hukuk mahkemesinin sahte olmadığına ilişkin kesinleşmiş bir kararının bulunması ve ceza mahkemesinin de bunu tespit etmesi halinde açılan dava hakkında hiçbir değerlendirme yapılmadan sadece bu sebeple ret kararı verilmesi gerekir.

⁷⁷ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.188; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Kılıçoğlu, s.459; Deliduman, s.16.

⁷⁸ Kuru, C.V, s.5096; Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.188; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.682; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.561; Deliduman, s.16; Akcan, s.76; Aktan, s.25; Üstündağ, s.567; Postacıoğlu, s.590; Deliduman, s.16; Karşlı, s.586; Çelik, Ahmet Çelik: "Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Davasına Etkisi", http://www.tazminat-hukuku.com/dosyalar/251_hukuk-mahkemesi-kararlarinin-ceza-davasina-etkisi.pdf, İET: 25. 08. 2012

⁷⁹ 6. CD., 30.04.1970, 1970/2173 (Akcan, s.77, dn.193)

Hukuk mahkemesinin senedin sahte olmadığına karar vermesinden ötürü, ceza yargılamasında davanın reddine karar verilmesinden sonra, hukuk mahkemesindeki dava bakımından yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin ortaya çıkması ve yargılamanın yenilenmesi davası neticesinde hukuk mahkemesince senedin sahte olduğuna karar verilmesi halinde, ceza yargılaması bakımından yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Buna göre, mesela hukuk mahkemesinin hükmüne esas aldığı bilirkişi raporunun sahte olduğunun anlaşılması nedeniyle yapılan yeniden yargılama neticesinde hukuk mahkemesince resmi belgenin sahte olduğuna karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde ceza yargılamasına engel olan hukuk mahkemesi kararı ortadan kalkmış olacaktır. Hukuk mahkemesi kararı nedeniyle reddine karar verilen ceza mahkemesi davası bakımından yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Her ne kadar sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi hükümlerini düzenleyen CMK'nın 314'üncü maddesindeki düzenlemede bu yönde bir hüküm bulunmasa da kanaatimizce örnek olay bakımından CMK'nın 314'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince yargılamanın yenilenmesi gerekir. Yargılamanın yenilenmesi davasında hâkim bütün delilleri yeniden değerlendirecek bir karara ulaşacaktır.

bb. Hukuk Mahkemesinin Sahteciliğin Sabit Olduğuna İlişkin Kararının Ceza Mahkemesi Nezindeki Hükmü

HMK'nın 212'inci maddesi gereğince bir senedin sahte olduğuna karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden sonra senedin altına sahte olduğu yazılarak senet iptal olunur. Aynı şekilde sahteliğine karar verilen senet resmi senet ise senedin ilgili dairedaki aslı da bu yolla iptal edilir.⁸⁰ Hukuk mahkemesinin burada vermiş olduğu "sahtelik kararı", "senedin sahte olmadığı kararı"nın aksine ceza mahkemesini doğrudan bağlayan bir yönü bulunmamaktadır. Mahkeme burada senedin sanık tarafından düzenlendiğini tespit etmesi halinde mahkûmiyetine karar verebilir.⁸¹

Öte yandan ceza mahkemesi, senedin sahte olduğunu tespit etmekle birlikte sahtelik eyleminin sanık tarafından gerçekleştirilmedi-

⁸⁰ Karşı, s.585-586.

⁸¹ Kuru, C.V, s.5097; Kılıçoğlu, s.459; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682.

ğini kesin olarak tespit ederek beraat kararı verilebileceği gibi eylemin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin açık olarak tespit edilememesi nedeniyle de beraat kararı verilebilir. Her iki durumda da verilecek beraat kararının sonuçları farklı olacaktır. Aynı şekilde davaya konu senedin sahte olmadığına ilişkin kesin tespitten dolayı verilecek beraat kararının etkisi farklı olacaktır.

c. Bekletici Mesele Yapılan Hallerde Hukuk Mahkemesi Kararının Ceza Mahkemesi Nezdindeki Hükümü

aa. Genel Olarak

Bir davadaki asıl sorun hakkında karar verilebilmesi için daha önce çözülmesi gereken bir sorunun başka bir mahkeme tarafından başka bir davada karara bağlanması gereken hallerde bekletici mesele söz konusu olmaktadır. Derdest olan bir davanın sonuçlanmasının başka bir davada bekletici sorun yapılabilmesi için bekletici mesele yapılacak davanın başka bir mahkemede görülmekte olması ve iki dava arasında bağlantı bulunması gerekir. Mevcut olup olmadığı diğer davada kesin olarak karara bağlanacak olan hukuki ilişkinin, kısmen veya tamamen bekletilerek davaya etkili olması başka bir ifadeyle diğer dava hakkında verilecek hükmün bekletilerek davada verilecek hükmü etkileyecek nitelikte olması gerekir.⁸²

Öğretide, bekletici mesele yoluna başvuran mahkemenin hukuk mahkemesinin vereceği karar ile bağlı olmadığını dile getirenler olmakla birlikte⁸³, bekletici soruna başvurulmasının zorunlu olduğu durumlarda hukuk mahkemesinin vereceği kararın ceza mahkemesini bağlaması gerektiği; buna karşılık bekletici meseleye başvurma hâkimin takdirinde olduğu durumlarda hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesi bakımından bağlayıcı olmaması gerektiği de dile getirilmektedir.⁸⁴

Öte yandan eğer ceza mahkemesi hukuk hâkiminin kararının beklenmesi yönünde karar vermiş ise burada peşinen bir kabul söz

⁸² Akcan, s.92.

⁸³ Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.354.

⁸⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s.137-138; Hakan Pekcanıtez, "Bekletici Sorun", EÜHFD, İzmir 1980, C.1, S.1, s.273.

konusu olduğundan hukuk mahkemesinin vereceği her kararın ceza mahkemesini her halükarda bağlaması gerektiği ve kesin delil teşkil etmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁸⁵ Kanaatimizce bekletici mesele yoluna başvurulmasının zorunlu olduğu durumlarda hukuk mahkemesinin vereceği kararın ceza mahkemesini bağlaması gerekir. Buna karşılık bekletici meseleye başvurma hâkimin takdirinde olduğu durumlarda hukuk mahkemesi kararı ceza mahkemesi bakımından bağlayıcı olmaması gerekir. Aksi takdirde maddi gerçeğe ulaşması gereken ceza yargılaması hukuk yargılamasında tespit edilen gerçek ile sınırlandırılmış olur.

Ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin kararının bekletici sorun yapması halinde, ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararı isabetli olarak değerlendirdiği takdirde bu kararı kendi hükmüne esas alabilir. Burada ceza hâkimi hukuk hâkiminin toplamış olduğu delilleri yeniden toplamakla mükellef değildir. Burada kesin hüküm niteliği kazanmış olan hukuk mahkemesi kararının takdire şayan olarak görülmesi halinde uyuşmazlığın ispatı hakkında delil olarak değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Burada kesin delil veya kesin hüküm olmaktan ziyade⁸⁶ hâkime kanaat verecek nitelikte bir takdiri delil durumu söz konusudur.⁸⁷

⁸⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.684; Kuru, C.V, s.5100-5101.

⁸⁶ "...4- Hukuk davasında kurulan hükmün kesin kanıt değil, değerlendirilebilir kanıt bulunduğu, ceza yargıcının kanıtları kendiliğinden araştırması gerektiği de gözetilerek, hukuka uygun kalıcılık açısından, haberin gerçeklik derecesinin saptanması...4. CD. , 1996/8295 E., 1996/9884 K., 23. 12. 1996 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

⁸⁷ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.684; Hadi Tan, "Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemelerinin Yetkisi", AD, Ankara 1951, S.5, s. 664; "... Basın yoluyla hakaret suçundan açılan ceza davasında, daha önce hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında alınan kesinleşmiş kararın, "kesin kanıt" değil, "değerlendirilebilir kanıt" olduğu ve ceza hâkimince doğrudan araştırma yapılması, haberin gerçeklik derecesinin saptanması, savunmaya ilişkin kanıtların toplanması, hukuk mahkemesindeki tazminat davasında dinlenen tanıkların anlatımlarının belirlenmesi, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı takdirde okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, kamu yararı bulunduğu kabul edildiğinde ise küçük düşürücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi ve bu konulardan, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınarak karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...4. CD. , 1996/8295 E., 1996/9884 K., 23. 12. 1996 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

Ayrıca ceza davasına konu uyuşmazlık hakkında hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında verilmiş olan karar ve bu kararın infaz edilmiş olması halinde bu husus ceza mahkemesindeki davada erteleme, uzlaştırma ve HAGB bakımından zararın giderilmesi koşulunu karşıladığının kabulü gerekir.

Aynı şekilde yargılamaya konu suç ile ilgili ispat sorunu yaşanan ve hukuk mahkemelerinden karar alınmasının gerekli olduğu hallerde, anılan karar ya Yargılama Yasasındaki kurallar çerçevesinde ceza mahkemesince bir karara bağlanacak ya da hukuk mahkemelerinde dava açtırılarak bu mahkemeden alınacak karar sonucuna göre bir sonuca ulaşılacaktır.⁸⁸

Burada önemli olan, sorunun suçun ispatıyla ilgili olmasıdır.⁸⁹ Bir fiilin suç olup olmadığının belirlenmesi bakımından ceza mahkemelerinin, diğer yargılama makamlarının kararları ile bağlı olmayacağı anlaşılmaktadır.⁹⁰ Belli durumlarda bekletici sorun yoluna başvurmamanın olumlu yönü; uyuşmazlık uzman mahkeme tarafından çözüleceği

⁸⁸ "...Somut olayda sanık savunması ve tanık beyanları ile nüfus kaydı çelişmekte olup, yukarıda açıklanan amaç doğrultusunda bu çelişkinin giderilmesi için nüfus kaydının düzeltilmesi zorunludur. Çünkü nüfus kaydı esas alındığında sanık hakkında uygulanacak madde farklı, savunma ve tanık beyanları esas alındığında ise farklı bir madde olacaktır. Bu hal maddi gerçeği esas alan ceza yargılamasının amacına aykırıdır. Bu nedenle sanığın nüfus kaydında yer alan, maktulün öz annesi olduğuna ilişkin bilginin düzeltilmesi için 5271 sayılı CMY.nın 218/1. maddesindeki kurala uygun olarak, hukuk mahkemesinde sanığın anne adının düzeltilmesi için dava açtırılmalı ve sonucuna göre sanığın hukuki durumu tayin edilmelidir... CGK.,2006/1-341 E., 2007/118 K., 29. 5. 2007 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

⁸⁹ "...Sanığın üzerine atılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işleyip işlemediğinin değerlendirilebilmesi için; görevin gereklerine aykırı hareket edilip edilmediğinin objektif olarak tespit edilebilmesi açısından Ağır Ceza Mahkemesinin dosyası ile Asliye Hukuk Mahkemesinin dosyasında devam eden ceza ve hukuk yargılamalarının sonucunun beklenmesi, 5237 sayılı TCY.nın 257/1. maddesindeki suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi açısından da, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18. 10. 2005 gün 96-118 sayılı kararı ile 20. 11. 2007 gün ve 83-244 sayılı kararında belirtilen ilkeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle sanığın görevinin gereklerine aykırı olarak verdiği iddia edilen tedbir ve tedbirin kaldırılmasının reddi kararlarının kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine yada kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olup olmadığının bilirkişi incelemesi marifetiyle tespit ettirilmesi ile bu şekilde edinilecek kanaate göre sanığın hukuki sorumluluğunun belirlenmesi gerekir...CGK., 2007/4-201 E., 2008/12 K., 29. 1. 2008 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

⁹⁰ Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005 (Gazi Şerhi), s.696.

için hükmün daha sağlıklı olmasıdır. Olumsuz yönü ise, yargılamada zaman kaybına sebep olması gösterilebilir. Bu olumsuzluk, madde gerekçesinde de *"...mahkemenin ceza davasını beklemeye alması, ancak çok zorunlu ve uzmanlığa ilişkin bir husus söz konusu olduğunda karar verilebilecek bir hal sayılmalıdır. Aksi takdirde davanın makul sürede bitirilmesi ilkesi ihlal edilmiş olur..."* şeklinde ifade edilmiştir.⁹¹

bb. Sahtecilik İddiası Nedeniyle Bekletici Mesele Yoluna Gidilmesi

Hukuk mahkemesinde açılmış ve devam etmekte olan sahtecilik davası bulunmasına rağmen ceza mahkemesinde bu sahtecilik iddiasına ilişkin olarak kamu davası açılması mümkündür. Sonuçları itibari ile birbirini etkileme ihtimali bulunan her iki davada bekletici sorun kararı verilebilir. Ceza mahkemesi bakımından atılı suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da ilgili Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verilebilir. Burada bir zorunluluk öngörülmemiş olup takdir mahkemeye aittir.⁹² Bu sonuca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Ceza mahkemelerinin ek yetkisi" kenar başlıklı 218'inci maddesi ve bu maddeye Yargıtay'ın getirdiği bakış açısından varılmaktadır.

Bu bağlamda hukuk mahkemesinde devam eden sahtecilik davasını ceza mahkemesi bekletici mesele yapabilir. Burada hukuk mahkemesinin nihai kararının niteliğine göre ceza mahkemesi hareket edecektir. Hukuk mahkemesinde bir senedin sahteliği iddiası ile açılmış olan davada mahkemenin senedin sahte olmadığına dair karar vermesi halinde bu karar hukuk mahkemesi nezdinde kesin hüküm teşkil edecektir.⁹³ Bu konuda HMK'nın "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza

⁹¹ Onur Kart, "Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması (5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206-208 ve 215-218. Maddeleri)", <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makaleonurkart2.htm&query=Bekletici%20mesele#fm>, İET: 16.12.2012

⁹² Akcan, s.92-98; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s.137-138.

⁹³ Kuru, C.V, s.5096; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s.561; Akcan, s.76; Aktan, s.25; Üstündağ, s.567; Postacıoğlu, s.590; Deliduman, s.16.

mahkemesi kararlarının etkisi” kenar başlıklı 214’üncü maddesinde kesin düzenleme bulunmaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca bir belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası ile ceza davası dinlenemez. Benzer düzenleme mülga HUMK’un 314’inci maddesinde de bulunmaktaydı.⁹⁴ Diğer bir ifade ile senedin sahteliği iddiası ile bu konuda ceza davası açılmayacağı gibi derdest ceza davasında ise bu husus tartışma konusu yapılamayacak ve davanın reddine karar verilmesi gerekecektir. Zira burada hukuk mahkemesi kararı ceza mahkemesi için kesin hüküm teşkil eder.⁹⁵

Ancak hukuk mahkemesi senedin sahte olduğuna karar vermesi halinde ise verilen bu karar ceza mahkemesini bağlamayacaktır. Hukuk mahkemesinin burada vermiş olduğu “sahtelik kararı” , “senedin sahte olmadığı kararı”nın aksine ceza mahkemesini doğrudan bağlayan bir yönü bulunmamaktadır. Mahkeme burada senedin sanık tarafından düzenlendiğini tespit etmesi halinde mahkûmiyetine karar verebilir.⁹⁶

E. SAHTECİLİK KONUSUNDA ALDIRLAN BİLİRKİŞİ RAPORLARININ ETKİSİ

a. Ceza Mahkemesinden Alınan Bilirkişi Raporunun Hukuk Mahkemesine Etkisi

Öğretide dile getirilen bir görüşe göre, ceza yargılaması esnasında alınmış olan bilirkişi raporu, hukuk ve ceza yargılamasının amaçlarının birbirinden farklı olması nedeniyle kusur ve derecesi bakımından hukuk hâkimini bağlamayacaktır.⁹⁷ Diğer bir görüşe göre ise her iki yargılama usulünün farklı olmasından dolayı ceza yargılamasında alınmış olan bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu nedenle hükme esas alınan bilirkişi raporunda sanığa hiç bir kusur yüklenmemiş ise bu raporun hukuk mahkeme-

⁹⁴ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil), s.188; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682; Kılıçoğlu, s.459; Deliduman, s.16.

⁹⁵ Kuru, C.V, s.5096; Akcan, s.75-76; Karşı, s.586; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682.

⁹⁶ Kuru, C.V, s.5097; Kılıçoğlu, s.459; Kuru, Arslan, Yılmaz, s.682.

⁹⁷ Ahmet Çelik Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004,(Zamanaşımı), s.230-231; Doğanay, s.31.

sinde de dikkate alınması gerektiği ve bunun usul ekonomisine de uygun olacağı vurgulanmaktadır.⁹⁸

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, ceza mahkemesinde alınmış olan bilirkişi raporunun hukuk hâkimini bağlayacağı'nın kabulünün hâkimin değerlendirme hakkının elinden alınması sonucunu doğuracaktır.⁹⁹

Konunun açıklığa kavuşturulması bakımından ceza mahkemesinde alınmış olan bilirkişi raporunun bağlayıcılığını ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi nezdinde bağlayıcı olduğu halleri de dikkate alarak değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Eğer ceza mahkemesinin kararı hukuk mahkemesi nezdinde kesin delil etkisi nedeni ile bağlayıcı olduğu bir durum söz konusu ise burada hükme esas alınan bilirkişi raporunun hukuk mahkemesini bağlaması gerekir.¹⁰⁰ Mesela ceza mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde toplanan deliller ışığında senedin sahte olduğu tespit edilmiş ve bu doğrultuda mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise ceza mahkemesinin bu sahtecilik kararı hukuk mahkemesi bakımından kesin hüküm niteliğindedir. Bu, aynı zamanda kesin delil etkisi doğuracağından ceza mahkemesinden alınmış olan ve senedin sahteliğini gösteren bilirkişi raporunun da hukuk hâkimini bağlaması gerekir. Aslında burada ceza mahkemesi kararının kesin delil niteliği etkisini bilirkişi delili üzerinde göstermektedir. Burada aslında hükme esas alınan zahiren bilirkişi delili olsa da, esasen hükme esas alınan ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıdır.

Ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi nezdinde kesin delil teşkil etmediği diğer hallerde ise ceza mahkemesinden alınan ve hükme esas alınan bilirkişi raporu hukuk mahkemesi bakımından değerlendirilmeye değer bir takdiri delil niteliğindedir.¹⁰¹ Bu noktada ceza davasında kusur ve zararın miktarının tespiti için alınmış olan bilirkişi raporları, anılan davalar mahkûmiyet ile sonuçlanmış olsa bile hukuk hâkimini bağlamayacaktır.¹⁰²

⁹⁸ Akcan, s.172.

⁹⁹ Feridun Müderrisoğlu, "Ceza Mahkemesi Kesin Hükümü İle Tespit Edilen Kusur Derecesi Hukuk Hâkimini Bağlar mı?", *AD*, Şubat-Mart 1973, s.117.

¹⁰⁰ Akcan,s.173-174; Kuru, C.III, s.5154.

¹⁰¹ Akcan, s. 173-174; Kuru, C.III, s.5154.

¹⁰² "...BK. nun 53. maddesine göre; ceza mahkemesi mahkûmiyet kararı maddi olayın

Yargıtay'a göre ceza yargılaması sürecinde alınmış olan rapor eğer özel hukukta öngörülen prensip usul ve yöntemlere göre düzenlenmiş ise hukuk hâkimi bu rapora göre hüküm verebilir.¹⁰³

Genel olarak Yargıtay ceza davası açılan hallerde, ceza davasında alınan kusur raporu ile karar verilip, karar kesinleşse dahi, bu raporun hukuk hâkimini kusur yönünden bağlamayacağını içtihat etmektedir ve bu konu Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenmektedir.¹⁰⁴ Ancak Yargıtay mahkûmiyet kararı ile sonuçlanmış olan bir davada alınan kusura ilişkin bilirkişi raporunun en azından failin kusurlu olduğu konusunda hukuk hâkimini bağlaması gerektiğine de kararlarında yer vermiştir.¹⁰⁵ Yargıtay'a göre, hukuk ve ceza mahkemelerinden alınmış olan bilirkişi raporlarında kusur oranının birbirinden farklı olması halinde hâkimin, bu çelişkinin giderilmesi bakımından yeniden bir bilirkişi heyeti oluşturarak raporlar arasındaki çelişkiyi giderecek yeni bir rapor aldırması gerekir.¹⁰⁶

sübut bulması yönünden hukuk mahkemesini bağlar ise de, kusurun takdiri ve zarar miktarını tayini bakımından bağlanamaz. BK. nun 53. maddesini bu şekilde yorumlamak icap eder.

Davalılar ceza dosyasındaki davacı alacağını belirleyen bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu ileri sürerek yeniden inceleme yaptırılmasını isteyebilirler.

Mahkemeye; hükme esas alınan ceza bilirkişi raporunda değinilen stopaj, gider vergisi, giderler gibi kalemlerin davalılardan istenip istenemeyeceği hususları da nazara alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılıp hasıl olacak sonuca göre hüküm vermek gerekirken, eksik incelemeyle karar verilmesi doğru olmamıştır...11. HD., 1992/5573 E., 1992/10286 K., 28. 10. 1992 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

103 "...ceza mahkemesinde alınan ve davalının olayda kusur oranını da belirleyen raporun, iş güvenliği mevzuatı da göz önünde tutularak, yapılan değerlendirme sonucu verildiğinin, bu nedenle hukuki yönden de kanaat verici ve doyurucu bulunduğu anlaşılmamasına göre,...Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...", HGK., 1994/10-390 E., 1994/626 K., 19. 10. 1994 T. (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y.1995, s.10807-10808; Koçak, s.135 dn. 656)

104 HGK., 2008/4-734E., , K. 2008/766 K., 24. 12. 2008 T. (Akıl, (Bilirkişi), s.695)

105 "...Ceza Mahkemesi'nin 2001/1393 Esas s. dava dosyası ile ceza davası açıldığı, bu dava dosyasında davalının 1/8 oranında kusurlu bulunduğu, davanın mahkûmiyetle sonuçlandığı, anlaşılmaktadır. Mahkemeye de bu dosyada alınan bilirkişi raporu dikkate alınmadan karar verilmiştir. Tazminat davalarında delillerin değerlendirilmesi hâkime aittir. Borçlar Kanunu'nun 53 ncu maddesi hükmüne göre hukuk hâkimi kusurun varlığına karar verebilmek için ceza hukukunun mesuliyete dair hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususlarda da ceza mahkemesi kararı ile bağlı değilse de, olgularda ve ortaya konulan delillerde farklılık olmaksızın aynı kazada farklı kusur oranlarına ulaşılması adalete olan güveni sarsabilecektir...11. HD., 2003/7126 E., 2004/1571 K., 23. 02. 2004 T. (Koçak, s. 136)

106 "...Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumuyla daha önce alınan bilirkişi raporları

Hâkimin başka bir dava için hazırlanmış bulunan bilirkişi raporunu kendi baktığı dava için değerlendirmesi de mümkündür. Zira bilirkişi delili takdiri bir delildir.¹⁰⁷

b. Hukuk Mahkemesinde Alınmış Olan Bilirkişi Raporunun Ceza Mahkemesi Nezdindeki Hükümü

Burada hukuk mahkemesinde alınmış olan bilirkişi raporunun bağlayıcılığını hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesi nezdinde bağlayıcı olduğu kesin delil hükmünde olduğu halleri de dikkate alarak değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Eğer hukuk mahkemesinin kararı ceza mahkemesi nezdinde kesin delil etkisi nedeni ile bağlayıcı olduğu bir durum söz konusu ise burada hükme esas alınan bilirkişi raporunun da ceza mahkemesini bağlaması gerekir. Mesela hukuk mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde toplanan deliller ışığında senedin sahte olmadığı tespit edilmiş ve bu doğrultuda davanın reddi kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise hukuk mahkemesinin bu sahtecilik iddiasına ilişkin kararı ceza mahkemesi bakımından kesin hüküm ve delil etkisi doğuracağından hukuk mahkemesinden alınmış olan ve senedin sahte olmadığını gösteren bilirkişi raporu da ceza hâkimini bağlar. Aslında burada hukuk mahkemesi kararının kesin delil niteliği etkisini bilirkişi delili üzerinde de göstermektedir. Diğer bir ifade ile aslında hükme esas alınan zahiren bilirkişi delili olsa da, esasen hükme esas alınan hukuk mahkemesinin senedin sahte olmadığına ilişkin kararıdır.

Diğer taraftan hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesi nezdinde kesin delil teşkil etmediği diğer hallerde ise hukuk mahkemesinden alınan ve hükme esas alınan bilirkişi raporu ceza mahkemesi bakımından değerlendirilmeye değer bir takdiri delil niteliğinde ola-

arasında sonuçları itibariyle aykırılık bulunduğu göre, somut olayın özelliği itibariyle, davalı yanın son rapora itirazı da göz önünde tutularak, Adli Tıp Kurumu'ndan yeniden rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gereklidir. Açıklanan nedenlerle, mahkemece yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak, raporlar arasındaki aykırılığı giderici yeni bir rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir... HGK., 2011/19-171 E., 2011/279 K., 4. 5. 2011 T. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası)"

¹⁰⁷ Cenk Akil, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24. 12. 2008 Gün ve E. 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili", *AÜHFD*, Ankara 2011, C.60, S. 3, s.706, dn.29.

caktır. Zira ceza mahkemesi her türlü yasal delili kararına esas alabilir. Ayrıca bunlar haricinde hukuk mahkemesinde alınmış olan bir bilirkişi raporu ceza mahkemesince yeterli görülüyorsa bunun da karara esas alınması mümkündür. Zira ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan ceza mahkemesi hukuka uygun olan bütün delilleri değerlendirmekte özgürdür. Bu bağlamda mala zarar verme suçunun yapılan yargılamasında erteleme, uzlaştırma ve HAGB hükümlerinin uygulanması bakımından, hukuk mahkemesinde aynı eylemden dolayı aldırılmış olan bilirkişi raporunu kararına esas alabilir.

SONUÇ

Hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesi bakımından kesin hüküm oluşturduğu istisnai durumlar bulunmaktadır. Bu kapsamda hukuk mahkemesinde bir senedin sahteliği iddiası ile açılmış olan davada mahkemenin senedin sahte olmadığına dair karar vermesi halinde bu karar ceza mahkemesi nezdinde kesin hüküm teşkil edecektir. Bu konuda HMK'nın "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi" kenar başlıklı 214'üncü maddesinde kesin düzenleme bulunmaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca bir belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası ile ceza davası dinlenemez. Benzer düzenleme mülga HUMK'un 314'inci maddesinde de bulunmaktaydı. Diğer bir ifade ile senedin sahteliği iddiası ile bu konuda ceza davası açılmayacağı gibi derdest ceza davasında ise bu husus tartışma konusu yapılamayacak ve davanın reddine karar verilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan ceza mahkemesinin senedin sahteliğine ilişkin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesi nezdinde kesin hüküm oluşturmaktadır. Buna karşılık ceza mahkemesinin bu konuda verilen beraat kararı aynı sonucu doğurmayacaktır. Burada beraatin hangi nedenle verildiği önemli olduğu kadar davaya konu senedin sahteliği konusunda ceza mahkemesinin nitelendirmesi de önem kazanmaktadır. Zira mahkeme senedin sahte olduğunu tespit etmekle birlikte sahtelik eyleminin sanık tarafından gerçekleştirilmediğini kesin olarak tespit ederek beraat kararı vermesi ile eylemin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin açık olarak tespit edilememesi nedeniyle

delil yetersizliği dolayısıyla verilecek beraat kararının sonuçları farklı olacaktır. Aynı şekilde davaya konu senedin sahte olmadığına ilişkin kesin tespitten dolayı verilecek beraat kararının da etkisi farklı olacaktır. Burada senedin sahte olmadığından bahisle vermiş olduğu karar da hukuk mahkemesini bağlayıcı niteliktedir.

Kaynakça

- Akcan Recep, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988.
- Akil Cenk, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24. 12. 2008 Gün ve E. 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C.60, S. 3, s. 693-731.
- Aktan Hamdi Yaver, "Medeni Hukuk-Ceza Hukuku (Hâkimleri) İlişkisi", *Adalet Dergisi*, Ankara Mart-Nisan 1989, C. LXXX, S. 2, s. 22-37.
- Alangoya H. Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya H. Yavuz/Yıldırım Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 142, Ankara 1960.
- Arslan A.İsmet, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1981, S.3, s. 325-348.
- Bağatur Ege, "Medeni Hukuk İle Ceza Hukuku Arasındaki İlişki BK.53.Maddenin İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.5, Y.1965, s.579-583.
- Başpınar Veysel/Altunkaya Mehmet, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamaşımasının Başlaması ve Süresi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, S.1, s.95-131.
- Belgesay Mustafa Reşat, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.
- Belgesay Mustafa Reşat, "Türkiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Analizi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1940, C.VI, S.1, s.353-364. (Kararların Analizi).
- Belgesay Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1940, (Şerh).
- Berkin Necmettin, "İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Delil", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946, C.12, S.4, s. 1175-1192.

- Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
- Bilgen Mahmut, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2010, C.11, Özel S.: 2009, (Basım Yılı: 2010), s. 985-1028.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Çavdar** Seyit, İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2007.
- Çelik Çelik Ahmet, “Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Davasına Etkisi”, http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/251_hukuk-mahkemesi-kararlarinin-ceza-davasina-etkisi.pdf, İET: 25.03. 2015.
- Çelik Çelik Ahmet, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, (Zamanaşımı).
- Çetin Erol/Malkoç İsmail, Sahtelik Suçları, Ankara 1995.
- Çınar Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2004, S.55, (Hukuka Aykırı), s.31-64.
- Deliduman Seyithan, “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Borçlar Kanunu İlişkisi”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yalova 2012, S.1, s.1-26.
- Dişel Buse, “Ceza Mahkemesi Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C.11, Özel Sayı 2009, s.183-224.
- Doğanay İsmail, “Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararları İle Bağlıdır?”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1975, S.2, s.21-31.
- Erdemir İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1998.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Aşçıoğlu Faruk, Adli Belge İncelemesi, İstanbul 2005.
- Gürçay Kamil, “Tatbikatta Borçlar Kanununun 53 üncü Maddesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1953, S.3, s.223-227.
- Gürsoy Kemal Tahir, “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1974, C.31, S.1-4, s.149-184.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3.Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kart Onur, “Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması (5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 206-208 ve 215-218. maddeleri)”, <http://www.kazanci.com/cgibin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makaleonurkart2.htm&query=Bekletici%20mesele#fm>, İET: 16.12.2012.

- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Haksız Fillerde Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1973, C. XXIX, S. 3-4, s.185-225, (Haksız Fiil).
- Kılıçoğlu Mustafa, Sorumluluk Hukuku, C.I., Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (Sorumluluk Hukuku).
- Koçak Hakan, Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerinde Bağlayıcılığı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Kurşun Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2011, (İcra).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I-II-III-IV-V-VI, 6. Baskı, Demir Yayınları, Ankara 2001.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, (İstirdat).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008.
- Müderrişoğlu Feridun, "Ceza Mahkemesi Kesin Hükümü İle Tespit Edilen Kusur Derecesi Hukuk Hâkimini Bağlar mı?", *Adalet Dergisi*, Ankara Şubat-Mart 1973, s.108-124.
- Nart Serdar, "Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2007, C.9, S.1, s. 207-232.
- Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995.
- Öztek Esat, "Ceza Mahkemesinde Beraat Haksız Fiili ve Onun Tazminini Ortadan Kaldırmaz", *Jurisdictio* 1957, C.II, s.491-493.
- Pekcanıtez Hakan, "Bekletici Sorun", *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 1980, C.1, S.1, s.249-275.
- Pekcanıtez Hakan/Korkmaz Hülya Taş /Meriç Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007.

- Pekcanıtez Hakan/Atalay Osman/**Özekes** Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, (HMK'ya Göre).
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1959.
- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, (İcra).
- Saldırım Mustafa, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, (Şerh), Ankara 2011.
- Selçuk R. Nurettin, "Ceza Kararlarının Hukuk Hâkimine Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1975, S.5, s.718-725.
- Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Hukuku, 1. Baskı, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2006.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005 (Gazi Şerhi).
- Tan Hadi, "Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemelerinin Yetkisi", *Adalet Dergisi*, Ankara 1951, S.5, s.659-666.
- Tuğsavul Muhsin, "BK.53.Maddesi Üzerine Bir İnceleme", *Adalet Dergisi*, Ankara 1946, s.946-958.
- Tunçomağ Kenan, "Mahkeme Kararları Kroniği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXVIII, S.1, (Mahkeme Kararları), s.292-319.
- Türk Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.
- Türker Erhan, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk Hâkiminin Kararlarına Etkisi", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C.11, S.1, Y.1980, s.310-321.
- Ulusoy Yasin, "Beyaza İmza", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2004, C.VIII, S.3-4, s.471-499.
- Umar Bilge, "Temyiz Mahkemesi İçtihatlarına Göre Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesine Tesiri", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1949, C.XXXIII, s.360-372.
- Uyar Talih, "Sahte Senetle Yapılan İcra Takibinin Durdurulması", *Nevşehir Barosu Dergisi*, Nevşehir Mart 2014, Y.1, S.1, s.293-308.
- Uyar Talih, İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri alma Davaları, C.1, İzmir 2003, (Geri Alma Davaları).
- Uyar Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.4, İzmir 2008, (Şerh).
- Uygur Turgut, Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3, Ankara 2010.
- Üstündağ Sami, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- Yaşar Halis, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir

Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, S.109, s.451-464.

Yavuz Nihat, *İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Ankara 2000.

Yazar Muammer, "Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk Arasındaki İlişki", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1986, C. XII, S.3, s.246-255.

Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. LVII, S.1, s.243-274,(Usul Ekonomisi).

Yılmaz Ejder, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Getirilen Değişiklikler", <http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf>, İET: 15.10.2013, (Değişiklikler).

Yılmaz Lerzan, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, İstanbul 2007, (Deliler).

SERBEST BÖLGEDE İSTİSNAYA TABİ İŞÇİ ÜCRETLERİNDEN TERKİN EDİLEN GELİR VERGİSİ TUTARI ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ SORUNU

THE DEBATE ON THE RIGHT OF TO OWN THE AMOUNT
THAT DEDUCTED FROM WAGES OF EMPLOYEES
UNDER THE EXCEPTION CLAUSE PERTAINING
TO INCOME TAX IN FREE ZONES

Bariş BAHÇECİ*

Özet: İstihdamı teşvik eden bir grup kanunla, belirli şartları haiz işverene bağlı çalışan işçilerin ücretleri için gelir vergisi istisnası getirilmekte, ancak istisna kapsamına alınarak devlet tarafından tahsil edilmeyen bu gelir vergisi tutarının işçiye mi yoksa işverene mi ait olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Vergi hukuku boyutu ile bakıldığında, devlet ile işçi arasındaki vergilendirme ilişkisi çerçevesinde bu tutarın işverene ait olmasını gerektirecek hiçbir dayanak yoktur. İş hukuku açısından bakıldığında ise işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin brüt ücret üzerinden yapılmış olması halinde bu sonuç değişmemekte, sözleşmenin net ücret üzerinden yapılmış olması halinde ise bu tutarın işveren tarafından işçiye ödenmesini gerektiren nedenler ortadan kalkmaktadır. Konuyla ilgili iş müfettişleri tarafından hazırlanan teftiş raporunun işçi alacaklarına ilişkin kısmına karşı dava açma hakkı İş Kanunu 92. Madde ile tanınmıştır. İşverenin genel hükümler kapsamında açabileceği menfi tespit davası bir yana, özel olarak İş Kanunu 92. Maddeye istinaden de işçiye karşı menfi tespit davası açma hakkı bulunmaktadır. Somut bir işçi alacağını içermeyen rapora karşı ise dava açmakta hukuki yarar yoktur.

Anahtar kelimeler: Gelir Vergisi, İstisna, Ücret, Teftiş Raporu, Brüt ve Net Ücret

Abstract: The pertinent group of laws promoting investment bring an exception to the income tax stemming from wage of those working for employers having met certain qualifications. Yet, it is on a debate whether the amount of income tax that is yet to have been collected under this exception regime should be owned by employees or employers. When viewed through the lens of tax law, there is no basis to establish that employers must have such amount because of the way of taxation between employees and the State. When assessed under labour law, if the employment contract is made on gross wage, then there is no difference from the aforementioned

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, bahceci@kocaeli.edu.tr

situation. Yet, if it is made on net wage, the reasons why employers must pay this amount to employees would be set aside. Article 92 of Labour Code regulates the right to open a lawsuit for receivable claims of employees under the report produced by labour inspectors. Employers – in addition to their right to file a claim for establishment of a negative fact under other general laws- is also equipped with the same right specifically under this provision. That being said, there is no legal benefit to open a lawsuit in case the employee's receivable is not concrete or clear-cut.

Keywords: Income Tax, Exemption, Wage, Inspection Report, Gross and Net Wage

Giriş

Türkiye’de yatırım ve istihdamı teşvik amaçlı yapılan bazı yasal düzenlemelerle, işverenlere vergisel avantajlar sağlanmakta, bu avantajlar arasında teşvik kapsamındaki işyerlerinde çalışan personel ücretlerinden alınan gelir vergisinin istisnaya tabi tutulması da yer almaktadır. Bu düzenlemelerin istihdam maliyetini azaltma amacına yöneldiği açık olmakla beraber, özellikle serbest bölgelerde, işçi ücretinden terkin edilen gelir vergisi tutarı üzerinde bir hak sahipliği sorunu yaşanmaktadır. Zira Gelir Vergisi Kanununun (GVK) 94. maddesi gereği işçi ücretinden, işvereni tarafından devlete ödenmek üzere gelir vergisi kesilmekte, daha sonra bu kesinti konusu tutar istisna kapsamında alınarak vergi dairesince terkin edilmesi halinde ise, terkin edilen tutarın işçiye mi yoksa işverene mi ait olacağı tartışması doğmaktadır.

İşverenin işçi ücretinden kestiği istisna konusu gelir vergisi tutarını işçiye ödemeyip kendine mal etmesi halinde, iki ayrı tip ihtilaf yaşanmaktadır. Bunlardan biri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bağlı iş müfettişlerinin konuyla ilgili denetimleri sonucunda, işveren ile Bakanlık arasında doğmaktadır. İş müfettişleri istisna konusu tutarın işveren uhdesinde kaldığı tespit etmeleri halinde, bu tutarın işçiye ait olduğu yönünde rapor tanzim etmektedir. Buna karşı çok ilginç bir biçimde aynı -devlet- tüzel kişiliği içinde bulunan Maliye Bakanlığı birimleri ise teşvik uygulamasının lehtarının işveren olduğu iddiasıyla, istisna edilen gelir vergisi tutarının işverene ait olacağı yönünde görüş bildirmektedir. İkinci tip ihtilaf ise işçi ile işveren arasında yaşanmaktadır. İşçi, ücretinden gelir vergisi kesintisi yapan ancak bu tutar

terkin edilmesine rağmen bu tutarı kendisine iade etmeyen işverene karşı alacak davası açmaktadır.

Bu çerçevede işçi ve işverenin hem vergi hukuku kuralları çerçevesinde devlete, hem de iş hukuku kuralları çerçevesinde birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu iki ilişkide iş hukuku terminolojisi ile işçi ve işveren sıfatlarının, vergi hukuku terminolojisi ile vergi yükümlüsü ve vergi sorumlusu sıfatları ile iç içe geçtiği görüldüğünden ve tarafların sıfatı yargılama sürecini de etkilediğinden, konu ayrı ayrı (1) vergi hukuku, (2) iş hukuku ve (3) yargılama hukuku çerçevesinde ele alınacaktır.

1. Sorunun Vergi Hukuku Boyutu

İşverenin personeli için gelir vergisi istisnası getiren düzenlemelerin bir kısmı özel olarak AR-GE faaliyetlerini teşvik amacı gütmektedir. Bu kapsamda 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu Geçici 2. maddesiyle teknoloji geliştirme bölgesinde bulunan yatırımcılar ve yönetici şirketler için getirilen kurumlar ve gelir vergisi istisnası yanında, bölgede çalışan AR-GE personelinin bu görevleriyle ilgili ücreti de gelir vergisinden istisna edilmiştir. ¹ Aynı şekilde 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası belirli bir sayıda AR-GE personeli istihdam eden işveren için gelir ve kurumlar vergisi avantajı, ikinci fıkrası ise AR-GE personeli için gelir vergisi istisnası getirmektedir. ²

¹ Geçici Madde 2 – (Ek: 25/12/2003 – 5035/44 md.) (Değişik birinci fıkra: 2/3/2011-6170/7 md.) Yönetici şirketlerin bu Kanun uygulaması kapsamında elde ettikleri kazançlar ile Bölgede faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, münhasıran bu Bölgedeki yazılım ve AR-GE faaliyetlerinden elde ettikleri kazançları 31/12/2023 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır. (Değişik ikinci fıkra: 2/3/2011-6170/7 md.) Bölgede çalışan; AR-GE ve destek personelinin bu görevleri ile ilgili ücretleri, 31/12/2023 tarihine kadar her türlü vergiden müstesnadır.(...)” www.mevzuat.gov.tr

² Madde 3 (2): “Kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde ve rekabet öncesi işbirliği projelerinde çalışan Ar-Ge ve destek personelinin; bu çalışmaları karşılığında elde ettikleri ücretlerinin doktoralı olanlar için yüzde doksanı, diğerleri için yüzde sekseni gelir vergisinden müstesnadır.” www.mevzuat.gov.tr Aynı konuda daha sonra GVK'ya eklenen düzen-

Bir diğer grup teşvik ise üzerinde daha geniş bir tartışma yaşandığı için bu çalışmanın da merkezine alınacak 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile getirilmiştir. Kanun'un Geçici 3. maddesi ile işverenlerin yükümlüsü oldukları vergiler için getirilen istisnalar yanında, üretimin %85'ini ihraç eden işverenin istihdam ettiği işçilerin ücretleri de gelir vergisinden istisna edilmiştir.³ Bu hükme dayanılarak Maliye

lemeyle bu hesaplamada asgari geçim indirimi de dikkate alınmaya başlanmıştır: "Geçici Madde 75 - (Ek: 18/2/2009 - 5838/8 md.) (3) 31/12/2023 tarihine kadar, 28/2/2008 tarihli ve 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen Ar-Ge ve destek personelinin, bu çalışmaları karşılığında elde ettikleri ücretleri üzerinden asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra hesaplanan gelir vergisinin; doktoralı olanlar için yüzde 90'ı, diğerleri için yüzde 80'i verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle terkin edilir. Bu süre içerisinde, anılan maddenin bu maddeye aykırı olan hükmü uygulanmaz." www.mevzuat.gov.tr

- 3 Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanuna göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin;
- a) Bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazançları, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır. Bu istisnanın 31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin (b) alt bendi kapsamında yapılacak tevkifata etkisi yoktur.
- b) Bu bölgelerde istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler 31.12.2008 tarihine kadar gelir vergisinden müstesnadır. Ancak, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ruhsatlarında belirtilen süre 31.12.2008 tarihinden daha önceki bir tarihte sona eriyorsa, istisna uygulamasında ruhsatta yer alan sürenin bitiş tarihi dikkate alınır.
- c) Bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri ile ilgili olarak yaptıkları işlemler 31.12.2008 tarihine kadar her türlü vergi, resim ve harçtan müstesnadır. Avrupa Birliğine tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yılın vergilendirme döneminin sonuna kadar;
- a) Serbest bölgelerde üretim faaliyetinde bulunan mükelleflerin bu bölgelerde imal ettikleri ürünlerin satışından elde ettikleri kazançları gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır. Bu istisnanın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin (b) alt bendi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15 inci ve 30 uncu maddeleri uyarınca yapılacak tevkifata etkisi yoktur.
- b) Bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesnadır. Bu oran % 50'ye kadar indirmeye ve kanuni seviyesine kadar yükseltmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yıllık satış tutarı bu oranın altında kalan mükelleflerden zamanında tahsil edilmeyen vergiler cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilir.
- c) Bu bölgelerde gerçekleştirilen faaliyetlerle ilgili olarak yapılan işlemler ve düzenlenen kağıtlar damga vergisi ve harçlardan müstesnadır.
- Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı

Bakanlığınca çıkarılan 1 Seri nolu 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği'nde, ⁴ izlenecek süreç, işverenin genel hükümlere göre işçi ücretlerinden yaptığı gelir vergisi kesintisini muhtasar beyanname ile beyan etmesiyle başlamaktadır. Ancak genel hükümlerden farklı olarak tahakkuk eden gelir vergisine ilişkin vergi dairesince tecil işlemi yapılacak, mali yılın bitiminden sonra işverenin gerekli koşulları yerine getirdiğinin yeminli mali müşavir raporuyla tevsiki halinde ise nihai olarak düzeltme işlemiyle beraber vergi terkinde tabi tutulacaktır.

Bu süreçte işçinin ücretinden yapılan kesintinin, istisna koşullarının oluşup oluşmadığını tespit eden yeminli mali müşavir raporu vergi dairesine sunulana kadar, işveren uhdesinde kalmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira muhtasar beyanname ile bildirilen gelir vergisi tutarı vergi dairesince tecil edilmiş, bir başka deyişle kanunun aradığı % 85 ihracat koşulunun gerçekleştiği belirlenene kadar, ödeme yükümlülüğü askıya alınmıştır. Hazırlanan yeminli mali müşavir raporu ile işverenin kanunda aranan koşulları yerine getirmedeği sonucu ortaya çıkarsa, işveren tecil konusu gelir vergisi tutarını gecikme zammı ile beraber bağlı bulunduğu vergi dairesine ödemekle yükümlü olacaktır (genel tebliğ md.5). Dolayısıyla devlete ödenip ödenmeyeceği henüz belli olmayan gelir vergisi kesintisinin, bu süre zarfında vergi sorumlusu sıfatıyla kesinti yapan işveren uhdesinde kalmasında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur.

Öte yandan işverenin gerekli koşulları sağladığının tespit edilmesi ile idare tarh edilmiş tutar için bir düzeltme işlemi yapmakta (genel tebliğ md. 3.4.)⁵, bunun sonucunda da tutar terkin edilmektedir. Terkinin doğal sonucu, genel tebliğde de belirtildiği üzere bu tutar için işveren lehine yapılan reddiyat işlemidir. Ancak bu düzeltme işlemi sonucundaki reddiyat aslında fiktif bir nitelik taşımakta, tecil işlemi ile fiilen işveren uhdesinde bırakılan tutar, nihai olarak yapılan terkin işlemi ile fiili bir tahsilat/reddiyat olmaksızın işverende kalmaktadır. Vergi dairesince terkin edilen tutarın akıbetine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların vergi mevzuatına

yetkilidir.

⁴ 12.03.2009 tarih ve 27167 sayılı Resmi Gazete

⁵ Genel tebliğde verilen çeşitli örneklerden "reddiyat işleminin" sebebinin "düzeltme işlemi" olduğu anlaşılmaktadır: "(V)ergi dairesi tarafından 213 sayılı Kanun hükümlerine göre düzeltme işlemi yapılarak mükellefe red ve iade edilecektir"

göre statüleri ile buna bağlı hak ve edimleri incelenecek, ardından istisna tutarının işverene ait olması gerektiği yönündeki görüşlere yer verilerek, bu görüşe dayanak gerekçeler değerlendirilecektir.

1.1. Tarafların Hukuksal Statüleri ile Hak ve Edimleri

İşçinin devlet tüzel kişiliği içindeki vergi idaresi ile girdiği yükümlülük ilişkisi GVK 2 ve 61. maddelerine dayanmaktadır. Kanun'un 2. maddesiyle dolaylı olarak ücretlerden gelir vergisi alınacağı düzenlenmekte, 61. maddesinde ise gelirin tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler” olarak tanımlanan ücret üzerinde vergilendirme işlemi yapılmakta ve işlem beyan ve tahsil süreci açısından da diğer gelir türlerinden ayrılmaktadır.

Gerçekten GVK 94. maddesi, işverenlere (hizmet erbabı olarak söz ettiği) işçilerinin ücretlerinden gelir vergisi kesintisi yapmakla sorumlu tutulmaktadır.⁶ Bu durumda, diğer mükelleflerden farklı olmak üzere, ücretliler elde ettikleri gelir nedeniyle vergi dairesiyle doğrudan muhatap olmamakta, vergi dairesine bir beyanname vermemekte ve bizatihi bir ödeme yapmamaktadır. İşçilerin aylık ücretleri üzerinden hesaplanacak vergi işveren tarafından işçi ücretinden kesilmekte, işçiye bu kesintiden arta kalan tutar ücreti tediye edilirken, kesilen gelir vergisi işçi adına işveren tarafından vergi dairesine ödenmektedir.

Bu durumda işveren, Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 8. maddesinde *verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi* olarak tanımlanan vergi sorumlusu statüsünde bulunmakta, devletle ücretli işçi arasındaki ilişkideki rolü de, vergi yükümlüsü işçiye ait ücretten kesilen verginin devlete aktarılması çerçevesinde bir aracılıktan ibaret olmaktadır. Dolayısıyla vergi sorumlusu işverenin işçiden kesilerek devlete aktarılan gelir vergisi tutarı üzerinde hiçbir hak sahipliği bulunmamakta, sadece kesilen bu tutarı doğru bir bi-

⁶ “Kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar: 1.Hizmet erbabına ödenen ücretler”

çimde beyan ve vergi dairesi veznesine intikal ettirme görevi yerine getirilmektedir. Bu durumda istisna kapsamında terkin işlemi yapılan tutarın işçiye iadesi gerekmektedir. Aksi yöndeki görüşler ise aşağıdaki başlık altında incelenecektir.

1.2. İstisna Tutarının İşverene Ait Olduğu Yönündeki Görüşlerin Değerlendirilmesi

İşçinin ücretinden kesilerek muhtasar beyannameyle beyan edilip tahakkuk ettirildikten sonra terkin edilen gelir vergisine konu tutarın işveren ait olduğu yönündeki görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar, 1- 3218 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesinin gerekçelerine göre bu istisna tutarının işveren ait olduğu, 2- işveren tarafından yapılan kesinti ile beraber işçinin bu kesinti üzerindeki hak sahipliğinin sona erdiği ve nihayet 3- konuyla ilgili düzenleme ve yorum yetkisinin Maliye Bakanlığı'na ait bulunduğudır. Üçe ayırdığımız bu gerekçelerden ilki mevzuat metni yorumu, ikincisi vergi tekniği, üçüncüsü ise genel hukuk bilgisini ilgilendirmektedir. Bu görüşleri aşağıda aynı sırayla ele almak ve değerlendirmek istiyoruz:

1.2.1. Kanun Gerekçesine Göre İstisna Konusu Tutarın İşverene Ait Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, istisna hükmünün düzenlendiği 3218 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesini değiştirerek mevcut halini vaz eden 5810 sayılı Kanun'un hem genel gerekçesi hem de madde gerekçesinden, terkin edilen bu tutarın işverene ait olacağı sonucu çıkmaktadır.

Bu çerçevede ilk örnek, Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı'na 22.05.2012 tarihinde verilen 126 sayılı özelgedir. Özelgede, 3218 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesini değiştiren 5810 sayılı Kanun tasarısında gerekçe bölümünde yer alan "2008 yılı sonu itibarıyla serbest bölgelerde çalışanlar için sağlanan gelir vergisi muafiyetinin kalkacak olması nedeniyle özellikle üretici firmalarda yaşanan sıkıntıların giderilmesi ve bölgelere üretici ihracatçı firmaların çekilmesi amacıyla bu muafiyetin üreticiler için Avrupa Birliği'ne üyelik tarihine kadar devam ettirilmesi amaçlanmıştır" ifadesinden yola çıkılarak, istisna edilen bu tutarın işverene ait olacağı sonucuna varılmıştır.⁷

⁷ <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028&tip=7> 01.08.2015

Aynı şekilde Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından Ekonomi Bakanlığına verilen görüşte, 5810 sayılı Kanun'un madde gerekçeleri arasında yer alan *"özellikle üretici firmalarda yaşanacak sıkıntıların giderilmesi ve bölgelere üretici ihracatçı firmaların çekilmesi amacıyla"* ifadesinin, terkin edilen vergiden işveren lehine vazgeçildiği anlamına geldiği belirtilmektedir.⁸ Konuya ilişkin bazı çalışmalarda da aynı gerekçeler ileri sürülmektedir.⁹

Görüldüğü üzere 3218 sayılı Kanun'un lafzından çıkmayan -istisna tutarının işverene mal edileceği- görüşü, madde gerekçelerinden yola çıkılarak, tarihsel yorum yöntemiyle temellendirilmeye çalışılmaktadır. Tarihsel yorumun bir yorum yöntemi olarak kullanılmasının (ve madde lafzında bulunmayan bir anlamın madde gerekçesinden çıkarılmaya çalışılmasının) yöntemsel doğruluğuna ilişkin tartışma bir yana, gerekçe incelendiğinde aslında iddia edildiği şekilde TBMM'nin 5810 sayılı Kanun'u çıkarırken işçi ücretlerinden kesilen verginin işverene bırakılacağına ilişkin bir iradesine rastlanılmamaktadır.¹⁰

Gerçekten daha sonra 5810 sayılı Kanun'a dönüşen kanun tasarısının genel gerekçesinde yer alan ifade¹¹ ile tasarının (3218 sayılı

⁸ 29.06.2012 tarih ve 68472 sayılı yazı. Ekonomi Bakanlığı da, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına gönderilen 24.05.2012 tarih ve 37420 sayılı yazıyla Maliye Bakanlığının görüşü doğrultusunda hareket etmektedir.

⁹ 3218 sayılı Kanun'un 3. madde hükmünü değiştiren, "5810 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ve madde gerekçesinde yer alan "Tasarı ile serbest bölgelerin yirmi yıllık geçmiş faaliyetleri değerlendirilerek, kuruluş amaçları tekrar ele alınmış ve serbest bölgelerin vizyonu; ihracata yönelik yatırım ve üretimi teşvik etmek..." ve "3218 sayılı Kanun' un geçici 3. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek, 2008 yılı sonu itibarıyla serbest bölgelerde çalışanlar için sağlanan gelir vergisi muafiyetinin kalkacak olması nedeniyle özellikle üretici firmalarda yaşanacak sıkıntıların giderilmesi ve bölgelere üretici ihracatçı firmaların çekilmesi amacıyla, bu muafiyetlerin *üreticiler için* Avrupa Birliği'ne üyelik tarihine kadar devam ettirilmesi amaçlanmıştır" şeklindeki gerekçelerin "kanun koyucunun ihracatı, ihracat için imalatı ve bu vesileyle imalat için yapılan yatırımlarla istihdamı teşvik etmektedir ki burada teşvik edilenin müteşebbis olduğunu gösterdiği sonucuna varılmaktadır. Şentürk, s. 110 Aynı yönde: Şakar, s.27-29

¹⁰ Tasarının görüşüldüğü genel kurulda ise bu istisna konusu gelir vergisinin işverenlere ya da işçilere ait olacağına ilişkin hiçbir tartışma bulunmamakta, madde için söz alan iktidar ya da muhalefete mensup hiçbir milletvekili bu konuya değinmemektedir. Keza genel kurulda yer alan ve tasarının geçtiği plan ve bütçe komisyonunun da bu konuda herhangi bir görüş beyan etmediği anlaşılmaktadır www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=11165&P5=B&PAGE1=81&PAGE2=82 10.07.2015

¹¹ "Çalışanların ücretlerinden vergi kesintisinin olmaması sonucu, müteşebbislere daha ucuz ve Türkiye'den işçi temin edebilmelerine imkân vererek, Türki-

Kanunun Geçici 3. maddesini değiştiren) 1. madde gerekçesinde yer alan ifadeler ¹² sadece istihdam üzerindeki vergi yükünün azaltılması amacından söz etmektedir. Dolayısıyla “kanunun işçiye mi yoksa işverene mi menfaat sağlama amacı güttüğü” sorusu doğru bir soru niteliği taşımamakta, kanunun gerekçesi dahi konuya işçi ya da işveren değil salt istihdam perspektifinden yaklaşmaktadır. İstihdamı ve hatta işvereni teşvikin tek yolu işçiden kesilen gelir vergisi tutarının işverene aktarılması değildir. Gerekçede sözü geçen istihdamı ve yatırımcıyı teşvik sonucunun, işçiden kesilen gelir vergisinin işverene mal edilmeden de elde edilmesi mümkündür. Nitekim gelir vergisi kesintisinin yapılmaması ile işçi ücreti kendiliğinden artış göstermekte, bu şekilde işveren net maaş üzerinden anlaştığı iki işçisinden istisna uygulamasına tabi işçisine, bu istisnanın dışında kalan bir işyerinde çalıştırdığı işçisinden daha az ücret ödemektedir.

Gerçekten işverenin biri serbest bölgede çalışan A ve diğeri serbest bölge dışında çalışan B olmak üzere aynı işi yapan iki işçisi ile net ücret üzerinden anlaşması halinde, serbest bölgede çalışan A için gelir vergisi doğmayacak, A'nın istihdam maliyeti B'nin gelir vergisi tutarında azalacaktır. Kabaca (diğer ücret ve kesinti unsurları dikkate alınmadan) verilebilecek bir örneğe göre, her iki işçiyle net 1.000TL üzerinden anlaşılmışsa, B'nin gelir vergisi ile beraber maliyeti 1.150TL'ye çıkacak, A'nın maliyeti 1.000TL olarak kalmaya devam edecektir. Bu da tasarı gerekçesindeki istihdam üzerindeki vergi yükünün azaltılarak yatırımı teşvik amacını karşılamaktadır.¹³ Dolayısıyla

ye'deki istihdam hacminin artırılması,” www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-605.pdf, 10.07.2015

¹² “3218 sayılı Kanun’ un geçici 3. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek, 2008 yılı sonu itibariyle serbest bölgelerde çalışanlar için sağlanan gelir vergisi muafiyetinin kalkacak olması nedeniyle özellikle üretici firmalarda yaşanacak sıkıntıların giderilmesi ve bölgelere üretici ihracatçı firmaların çekilmesi amacıyla, bu muafiyetlerin *üreticiler için* Avrupa Birliği’ne üyelik tarihine kadar devam ettirilmesi amaçlanmıştır www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-605.pdf, 10.07.2015

¹³ Konuyla ilgili bazı yorumlar, hiçbir yatırımcının istihdam ettiği personel daha fazla ücret geliri elde etsin diye yatırım kararı almayacağı, bu tutar işçiye ödenecek ise yatırımcının sıkıntılara girmesine gerek olmadığı işveren için vergiyi işçiye ödemekle, devlete ödemek arasında bir fark bulunmadığı, (Akın Gencer Şentürk, s. 114) üretici firma üretimin % 85’ini ihraç edemez ise, işçiye yapılan ücret ödemesi üzerinden kesilerek vergi dairesi tarafından terkin edilen vergiler gecikme zammı ile birlikte devlete ödeneceği, bu durumun işveren için bir risk oluşturduğu, ihracatı gerçekleştirememesi durumunda işveren bir de gecikme zammı külfetine katlanmak zorunda kaldığı (Ayşe Yiğit Şakar, s. 29) bu nedenlerle mantı-

kanun gerekçesi esas alındığında dahi, amaçlananın istisna konusu tutarın işverene aktarılması olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır.

Dikkate alınması gereken bir başka husus, işçiden kesilerek borçlanılan gelir vergisinin istisna kapsamına alınmasından sonra işverene mal edilmesinin, bir kaynak artırımını niteliği taşıdığı ve işçinin mülkiyet hakkına müdahale ettiğidir. Anayasa ile güvence altına alınmış mülkiyet hakkının (md. 35), ancak kanunla sınırlanabileceği, dayanak Geçici 3. maddenin ise sadece işçi için bir gelir vergisi istisnası öngördüğü düşünüldüğünde, idarenin görüşündeki hata daha bariz olarak görülmektedir. Kanunun lafzıyla dahi işçiden kesilen gelir vergisinin işverene aktarılacağı **düzenlenmemişken**, kanun gerekçelerindeki bir takım soyut ifadelerle dayanılarak, bu istisnanın işçiden kesilen paranın işverene mal edilmesi sonucunu doğuracak şekilde bir kaynak aktarımı yapılamaz. Aksi yöndeki yorum, istisnaların dar yorumlanacağı yönündeki yorum kuralına da aykırı düşecektir.

1.2.2. Yapılan Kesinti ile Beraber İşçinin İstisna Tutarı Üzerindeki Hak Sahipliğinin Sona Erdiği Görüşü

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nca verilen görüşte istisna konusu tutar üzerinde işçinin hak sahibi olmadığı, üç ayrı örnek üzerinden tasnifle açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, istisna uygulaması kapsamında ilk örnek olan ücretlinin vergiden muaf olması halinde ücret pusulası düzenlenmeyecek, ikinci örnek olan ücretin istisnaya tabi tutulması halinde ise, bu tutar ücret bordrosunda yer alan vergi matrahına dâhil edilmeyecektir. İlk iki örnekte yer alan muafiyet/istisna konusu tutar için beyanname düzenlenmeyecek, hak sahibi ücretli olduğundan net "*maaşta*" muafiyet ya da istisna tutarında artış olacaktır. İdarenin verdiği üçüncü örnekte ise, kendi ifadesine göre, "*bazı durumlarda gelir stopaj vergisi ilgili mevzuata göre hesap edilir ve*

ken de istisna konusu tutarın işverene ait olması gerektiği yönündedir. Ancak bir teşvik uygulamasının başarısız/yetersiz olması, o uygulamayı olduğundan farklı yorumlamaya gerekçe olamayacağı gibi, yukarıda da belirtildiği üzere işçi ile net ücret üzerinden sözleşme yapan işveren için istihdam yükü azalmakta, geçici 3. madde işçi yanında işverenin de imal ettirdiği ürünlerin satışından doğan vergide istisna uygulamakta ve yasal düzenleme, işçi ücretinden kesilen verginin işverenin istisna uygulaması ile ilgili riskine karşı verilmiş bir ödül gibi yorumlanması na olanak tanımamaktadır.

(...) muhtasar beyannamesine ithal edilir. Beyanname üzerinden gelir stopaj vergisi kendi mevzuatına göre tahakkuk ettirilir. Devlete ödenecek duruma gelen gelir stopaj vergisini devlet işveren (vergi sorumlusu) lehine kısmen veya tamamen almaktan vazgeçer. Bu uygulama teknik olarak tahakkuktan terkin işlemi olarak nitelendirilir.” İdareye göre bu durumda terkin edilen verginin işverene ait olacağı açıktır.¹⁴

İdarenin verdiği örneklerle bakıldığında, üçüncü örneği ilk iki örnekten ayıran tek hususun istisna konusu tutar için işverence muhtasar beyanname verilmesi ve bu tutarın daha sonra terkin edilmesi olduğu görülmektedir. Bu uygulamalar arasındaki fark olan tahakkuk etmiş tutarın terkinine tabi tutulması ise, işçiden kesilen gelir vergisini işverene mal etmek için yeterli bir gerekçe değildir. İşçi ücretinden kesilen gelir vergisinin tahakkuk etmesi bu kesintinin işçi ücretinden yapıldığı gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kesintinin işveren tarafından yapılmış olması da, bu tutarın işverene ait olacağı anlamına gelmez. İdarenin ortaya koyduğu görüşün kabulü halinde ise işverenin hatalı bildirimi ile işçi için fazladan tahakkuk etmiş gelir vergisi tutarının, sonradan düzeltme işlemi yapılsa bile işçiye değil işverene ait olacağı gibi absürd bir sonuçla karşılaşılır. Bu uygulamanın “tahakkuktan terkin” olarak adlandırılması ise tahakkuk etmiş bir tutarın daha sonra yapılan terkin işlemi ile devlet uhdesinden çıkmasından başka bir anlam ifade etmez. Kaldı ki, idarenin bu görüşünün yasal açıdan hiçbir dayanağı da bulunmamaktadır.

1.2.3. Konuyla İlgili Düzenleme Yetkisinin Maliye Bakanlığına Ait Olduğu Görüşü

İdarenin ilgili yazısında belki de en ilginç ifade ise son cümlede yer almakta, “*verginin tarh, tahakkuk, tahsil aşamaları ile bu konudaki uygulamalara ilişkin usul ve esasların ancak Bakanlığımızca belirlenebileceği*” belirtilmektedir. Kanunla Maliye Bakanlığına konuyla ilgili ikincil mevzuat yapma yetkisi verildiği doğru olmakla beraber, bu düzenlemenin Maliye Bakanlığına kanunda yer almayan işçinin mülkiyet hakkını ihlal eden bir düzenlemeyi tebliğ vb. işlemlerle hayata geçirme yetkisi vermediği de açıktır.

¹⁴ 29.06.2012 tarih ve 68472 sayılı Bakanlık yazısı.

Daha da ilginç idarenin görüşüne dayanak oluşturabilecek 1 seri nolu Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği'nin 3.4. maddesinde yer alan terkin edilen tutarın mükellefe (tebliğde işveren kastedilmektedir) red ve iade edileceği ifadesi¹⁵ de, istisna konusu tutarın işverene mal edileceği sonucunu doğurmamaktadır. Mevzu hükümle düzenlenen, işçi ücretinden kesilen gelir vergisinin işveren tarafından beyan edilip vergi dairesine ödenmesine paralel olarak, aynı gelir vergisi için red ve iade işlemlerinin de yine aynı vergi dairesince mükellef işverene yapılmasıdır. İşveren kanalıyla işverenin bağlı bulunduğu vergi dairesince tarh edilen gelir vergisi tutarına ilişkin iade işleminin, (muhtemelen birden çok vergi dairesinin yetki alanına giren birden çok işçi yerine) yine işverenin bağlı olduğu vergi dairesince kesintiyi yapan işveren iadesi, bu tutarın işverene ait olacağı anlamına gelmemektedir. Vergi idaresi kendisine kanunla verilen görev çerçevesinde istisna kapsamında alınan gelir vergisi ile ilgili gerekli terkin ve reddiyat dışında bir görevi bulunmamakta, iade konusu tutarın işçiye mi işverene mi ait olacağı, işçi ile işveren arasındaki sözleşme hükümlerine bağlı bulunmaktadır. İstisna konusu tutarın işveren tarafından işçiye iadesi ile ilgili süreçte, **işçi ve işveren arasındaki sözleşme** kaynaklı yükümlülüklerin ifası ise vergi idaresini ilgilendirmemektedir. Vergi dairesi terkin ettiği tutarı vergi sorumlusu sıfatıyla bu ödemeyi yapan

¹⁵ "3.4. Muhtasar Beyannamenin Verilmesi ve Tecil-Terkin Uygulaması
İstisna kapsamında değerlendirilen ücretler üzerinden hesaplanan gelir vergisi, muhtasar beyannameyle genel hükümlere uygun olarak beyan edilecektir. 3218 sayılı Kanun kapsamında istisna edilecek tutar, Ek:1'de yer alan "Gelir Vergisi Tevkifat Tutarlarına İlişkin Bildirim" in "İstisna edilecek tutara ilişkin bilgiler" Tablosunun (g) sütununda gösterilecektir. Bu sütunda yer alan tutar, Muhtasar Beyannamenin "Tablo-2 Tahakkuka Esas İcmal Cetveli" bölümünün "3/b- Tecil Edilecek Tutar" satırına aktarılacak ve vergi dairesince bu tutarlar tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil edilecektir. İstisna uygulamasından yararlanan mükelleflerin yurt dışı ihracat tutarının toplam satış tutarına oranı, %85 veya üzerinde gerçekleştiğinin YMM faaliyet raporu ile tespit edilmesi halinde, vergi dairesince tecil edilen vergi terkin edilecektir. Öte yandan, serbest bölgede üretim faaliyetinde bulunan işletmelerde çalıştırılan ve yıl içinde gelir vergisi tevkifatı yapılmış olan işçi ücretleri de, işverenin yıl sonu itibarıyla ürettikleri ürünlerin %85'ini yurt dışına ihraç etme şartını gerçekleştirmesi halinde, gelir vergisi istisnasından yararlanılabilecektir. Bu işverenler, Ek:2'de yer alan Bildirimi, Aralık ayına ait muhtasar beyannamenin verilme süresi içinde ilgili vergi dairesine vereceklerdir. Bunun üzerine, yıl içinde verilen muhtasar beyannameler üzerinden hesaplanan ve ödenen ücretlere ilişkin gelir vergisi tevkifat tutarları, bu Tebliğe belirlenen koşullarla ilgili vergi dairesi tarafından 213 sayılı Kanun hükümlerine göre düzeltme işlemi yapılarak mükellefe red ve iade edilecektir."

işveren iade ettikten sonra, işverenin bu tutarı işçisine ödeyip ödemesine ilişkin ihtilafın tarafı değildir.¹⁶

Bu durumda vergi idaresinin bu görüşü bir düzenleme yetkisinin kullanımdan çok yorum yetkisinin sınırları dışında kullanımına örnek oluşturmaktadır. İdare ikincil mevzuata ilişkin düzenleme yetkisinin kendisine ait olduğunu beyan ederken, gerçekte kanunu gerekçelerine dayanarak ve daha da önemlisi işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde yorumlamaya çalışmaktadır. Oysa 1961 Anayasasından bugüne kanunları yorum yetkisi, -bu kanunları yapma yetkisine sahip olan-TBMM'ye dahi tanınmamışken, idarenin kanunları yorum yetkisi bulunmadığı, işçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale edemeyeceği, idarece yapılan yorum işleminin de yalnız kendi idari teşkilatını bağlayacağı açıktır.

Kaldı ki bir kanunun yorumlanması gerekiyorsa, sistematik yorum da göz ardı edilemez. Hiçbir kanunun Anayasa'ya aykırı olamayacağı Anayasa'nın 2. maddesi sosyal devlet ilkesini benimsemiş, 35. maddesi ile mülkiyet hakkının ancak kanunla ve kamu yararına sınırlandıracağını belirlemiş, aynı şekilde, 55. maddesi ile ücretin emeğin karşılığı olduğu ve devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir gelir elde etmeleri için gerekli tedbirleri alacağını düzenlemiştir. 73. maddesi ise vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğunu hüküm altına almıştır. Bu çerçeveden bakıldığında, vergi idaresinin yaptığı yorum anayasal ilkelerle de bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla resmi yazı niteliği dahi taşısa, idarenin kendisine yetki verilmeyen ve münhasıran işçi işveren ilişkisini ilgilendiren bir konuda verdiği görüşün tarafları bağlayıcı bir yönü bulunmamaktadır. İşçi ve işveren arasında istisna konusu vergi tutarı kaynaklı alacak iddiası hele hele bu tutar işverene iade edildikten son-

¹⁶ Bununla beraber Maliye Bakanlığının mükellefler arasındaki özel hukuk ilişkilerini düzenlemeye çalışmak konusunda bu çalışmaya konu örneklerle sınırlı olmayan bir yaklaşımı olduğu gözlemlenmektedir. Konuyla ilgili çok daha ilginç bir örneğe, 23 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği G. maddesinde rastlanmaktadır. Düzenlemede, mükellefin (KDV) istisnasından vazgeçmesi halinde, bu durumu müşterilerine yazılı olarak bildireceği ve yapılan sözleşmeye bu hususun kaydedileceği belirtilmektedir. Maliye Bakanlığının bu görüşü aslında istisna hakkından vazgeçen KDV mükellefinin müşterileriyle gireceği ilişkide yaşaması muhtemel ihtilafları azaltmaya yönelik olsa da, tebliğin düzenlemeye çalıştığı alan vergi hukukunun ve Maliye Bakanlığının yetkisinin tamamen dışındadır.

raki aşamada, **özel hukuk hükümleri ve aradaki iş sözleşmesi koşullarına göre çözülebilir.** Aşağıdaki başlıkta bu konu incelenecektir.

2. Sorunun İş Hukuku Boyutu

Yukarıda ele alınan vergi hukuku boyutu ile ihtilaf konusu gelir vergisi tutarının işverene mal edilemeyeceği ortaya konulmuştur. Bununla beraber konunun işçi ve işverenin vergi yükümlüsü ve vergi sorumlusu sıfatıyla devletle girdiği ilişkiden bağımsız olmak üzere, bir özel hukuk ilişkisi olan işçi işveren ilişkisi çerçevesinde de ele alınması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun ücreti düzenleyen 32. maddesi iş sözleşmesinde ücretin net ya da brüt olarak belirlenmesi konusunda bir sınırlamaya gitmemiştir.¹⁷ Dolayısıyla tarafları iş sözleşmesiyle ücreti brüt ya da net olarak belirlemeye zorlayan bir hukuksal engel yoktur. İş sözleşmesinde ücretin net mi yoksa brüt mü olduğu açıkça düzenlenebileceği gibi, ücretin net ücret olacağı yönünde bir düzenleme yoksa kural olarak bu sözleşmenin brüt ücret üzerinden yapıldığı kabul edilmelidir. Zira gerek gelir vergisi, gerekse SGK prim ve sair kesintileri-

¹⁷ Bununla beraber aslında konumuzun dışında kalsa da, 32/2 hükmü ilginç bir biçimde "Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda (...) her çeşit istihkakının, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkili" olacağını düzenlemiştir. (Aynı düzenleme 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun 407. maddesinde de tekrarlanmıştır) Hükmün lafzi anlamı bu üç kurumun bankaya yatacak ücretin net mi yoksa brüt mü olacağına karar vermek gibi bir yetkisinin bulunduğudır. Bu yetki taraflar arasında yapılacak sözleşmenin değil, işverenin bankaya yatıracağı ücretin net mi brüt mü olacağını belirleme yetkisidir. Oysa işverenin bankaya (gelir vergisi ve SGK primi gibi kalemlerin de dahil olduğu) brüt ücreti yatırması yönünde bir yetki kullanılması mevcut yasal düzenlemelerle bağdaşmayacağı gibi, böyle bir yetkinin kullanılması da mümkün değildir. Nitekim vergi ve SGK kanunlarını zımnen ilga edecek bir düzenlemenin yönetmelikle yapılması da hukuka açıkça aykırı olacaktır. Bununla beraber konuyla ilgili, "Ücret, Prim, İkramiye Ve Bu Nitelikteki Her Türü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik, 18.11.2008Tarih ve 27058 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve 10. maddesi ile İş Kanuna tabi işyerlerinde sadece 10 kişi üzeri işçi çalıştıran işverenlere ücreti banka kanalıyla ödeme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla yasal açıdan İş Kanununa tabi iş sözleşmesinde, ücretin net ya da brüt olmasını gerektirecek yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

nin işçinin ücretinden kesilmesi mevzuatın getirdiği açık yükümlülüktür. Dolayısıyla bu konuda bir hüküm bulunmayan hallerde işçinin brüt ücretle çalıştığı kabul edilmekte ve bu brüt ücret üzerinden yapılan yasal kesintiler olan SGK primi işçi payı, işsizlik sigortası primi işçi payı, damga vergisi ve gelir vergisi kesildikten sonra bakiye net ücret, işçiye ödenmektedir. Artan oranlı gelir vergisi tarifesine göre işçinin yıl içinde vergi diliminin değişmiş olması durumunda eline geçen net ücret de buna bağlı olarak azalmaktadır.

İş sözleşmesinin net ücret üzerinden yapılmış olması halinde ise, yukarıda sözü edilen kesintilerin artması ya da eksilmesi dikkate alınmaksızın, işçiye aynı sabit tutarlı ödeme yapılır. Net ücret üzerinden yapılan anlaşma ile vergi ve primlerde meydana gelecek artışlar nedeniyle doğan risk işveren tarafından üstlenilmekte, dolayısıyla işverenin üstlendiği bu külfet karşısında net ücret dışında herhangi bir tutarı ödeme yükümlülüğü bulunmamakta, nimet külfet dengesi bu şekilde sağlanmaktadır. Gerçekten, işveren örneğin vergi ve prim oranlarındaki artış nedeniyle net ücret ödediği işçisine olan taahhüdünü yerine getirmekten imtina edemez. Aynı şekilde net ücret üzerinden sözleşme yapan işçi de istisna uygulaması sonucunda işverenin ödemek zorunda kalmadığı gelir vergisi tutarının kendisine ödenmesini talep edemez. Ücretin brüt olması halinde ise işçi ücreti vergi ve prim gibi kalemlerdeki değişikliklerle ters orantılı olarak değişeceğinden, bu değişiklikleri işçi ücretine aynen yansıtılacak, artan vergi işçi ücretini düşüreceği gibi, azalan vergi de aynı oranda ücrete ilave edilecektir. Dolayısıyla brüt ücret üzerinden yapılan sözleşmelerde, işçi ücretinin istisna kapsamında değerlendirilerek terkin edilmesi halinde, bu tutarın işçi ücretine eklenmesi gerekecektir.

Bu çerçevede, işçi ile işveren arasında vergi idaresinden bağımsız olarak bir özel hukuk ilişkisi bulunmakta, istisna konusu tutarın kime ait olacağının da bu özel hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmaya konu ihtilafın çözümü aslında çok basit bir formüle dayanmaktadır. Teşvik kanunları ile istisna kapsamında alınan işçi ücretlerinden doğan ancak devletin feragat ettiği gelir vergisi tutarı, işçi net ücretle çalışıyorsa işverene, brüt ücretle çalışıyorsa işçiye aittir.

3. Sorunun Yargılama Hukuku Boyutu

Yukarıda ortaya konan sorun, uygulamada iki ayrı tür davaya konu olmaktadır. Bunlardan birincisi işçilerin istisna konusu tutarın tahsili için işverenlere karşı açtığı alacak (eda) davasıdır. Üzerinde asıl durmak istediğimiz ikinci dava türü ise, işverenlerin istisna konusu tutarın işçiye ödenmesi gerektiği yönündeki teftiş raporlarına karşı açtıkları davalardır. Bu ikinci grup, yargılama hukuku (davanın niteliği, tarafları ve dava şartları) yönünden bir takım tartışmaları beraberinde getirmekte, bu nedenle özel olarak irdelenmeyi gerektirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun (İK) "devletin yetkisi" başlıklı 91. maddesi, devlete, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını, denetleme ve teftiş etme görevi yüklemekte, bu görevin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı iş müfettişleri eliyle yapılacağını düzenlemektedir. "Yetkili makam ve memurlar" başlıklı İK 92. maddesi ise, yukarıda sözü geçen görevin ifası için iş müfettişlerine, araştırma ve inceleme yetkisi vermiş, ayrıca iş müfettişleri ile işçi şikâyetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olacağını düzenlemiştir. Daha da önemlisi devamla, "İş müfettişleri tarafından düzenlenen **raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca 5521 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez**" şeklindeki hükmü ile teftiş raporu çerçevesinde görülecek davanın niteliği, tarafları ve izlenecek usulü yoruma ve tartışmaya açık şekilde düzenlemiştir.¹⁸ Bu nedenle, istisna konusu gelir vergisi tutarı

¹⁸ Devletin yetkisi madde 91 - Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır. (...)

Yetkili makam ve memurlar madde 92 - 91 inci madde hükmünün uygulanması için iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi 93 üncü maddede yazılı esaslara uyarak gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına

na ilişkin ihtilaf açısından öncelikle teftiş raporunun, ikinci olarak da bu rapor çerçevesinde açılacak davanın nitelik ve sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.1. İş Müfettişleri Tarafından Hazırlanan Raporun Niteliği ve Sonuçları

Teftiş raporunun en önemli özelliği işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkta delil niteliği taşıması, bu kapsamda işyeri kayıtlarına karşı yazılı delil sunma yükümlülüğü bulunan işçinin teftiş raporundaki tespitlere dayanarak davasını ispat edebilmesidir. Özellikle -işçinin fazla mesai yaptığı halde ücretinin ödenmediği ya işyerinde iş güvenliğinin bulunmadığı gibi- hukuki bir değerlendirmeden çok maddi bir tespiti gerektiren ihtilaflarda, teftiş raporu bu işlevi yerine getirmekte, iddia sahibi işçi için bir ispat vasıtası olmaktadır.¹⁹

ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu hususta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak İş Teftişi Tüzüğü'nde açıklanan şekillerde bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler.

(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/78 md.)Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri ve işçi şikayetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkarda yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.

(Değişik üçüncü fıkra: 13/2/2011-6111/78 md.) Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişle yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca 5521 sayılı Kanun'un 8 inci maddesine göre kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez. Bu değişikliğin yapıldığı 6111 sayılı Kanun'un yaygın olarak bilinen adıyla "torba yasa" olduğunu da ayrıca hatırlatmak gerekir.

¹⁹ "Somut olayda davacı işçi çalıştığı sırada Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne başvuruda bulunarak fazla çalışma ücretlerinin tam olarak ödenmediğinden söz etmiştir. Anılan Kurum tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 91. maddesi uyarınca denetim yapılmıştır. İş Müfettişi tarafından yapılan inceleme sırasında işyerinde çalışan diğer işçilerle görüşülmüş ve saat kartlarının incelenmesinden her biri 12 saat olmak üzere günde iki vardiyanın varlığı tespit edilmiştir. Aynı raporda haftada 24 saat fazla çalışma olduğu halde, işverence daha az olarak ödeme yapıldığı ve aradaki farkın işçilere ödenmesi gerektiği sonucuna varılmış ve işverene bu yönde bildirimde bulunulmuştur.(...)4857 sayılı İş Kanunu'nun.92. maddesine iş

Bununla beraber teftiş raporunda yer alan maddi bir durumu konu almayan tespitler için aynı sonuca ulaşmak mümkün olmamalıdır. Gerçekten, maddi bir tespitten ve bunun tutanak altına alınmasından farklı olmak üzere, iş müfettişinin salt hukuksal yorumuna dayalı raporunun maddi tespitle aynı bağlayıcılık gücünde olduğu düşünülemez. Böyle bir raporun (maddi bir tespite değil) müfettişin hukuksal değerlendirmesine bağlı sonucu, görülmekte olan bir davada yargılama hukuku açısından (maddi bir delil değil) ancak bir görüş niteliği taşıyabilecek olmasıdır.²⁰

müfettişi tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlarıncaya kadar geçerlidir. Böyle olunca anılan tespitlere değer verilmeli ve somut olayın özelliğine göre davacı işçinin haftada 24 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Davacıya bordrolarda ödenen tutar mahsup edilmeli ve kalan fazla çalışma ücretleri hüküm altına alınmalıdır. Fazla çalışma yönünden bordrolarda tahakkuk yer alan dönemlerin hesaplama dışı tutulması şeklinde sonuca gidilmesi somut olaya göre hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/12950, K. 2009/8944, T. 31.3.2009 "Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının çalışma koşulları ve çalışma saatlerinin belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır. Dosya içinde bulunan belgeler arasında davalı işyerinde çalışma şartlarının da belirlendiği iş müfettişi raporu bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/3 maddesine uyarınca iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlarıncaya kadar geçerlidir. Bu nedenle davacı tarafından çalışma sistemine ilişkin sunulan belgeler değerlendirilmeden karar verilmesi hatalıdır. İşin yapılış şekli kuşkuyla yer vermeyecek şekilde zaman itibarıyla çözülmelidir. Davacının bordrolardaki tahakkuktan fazla çalışması tespit edildiği takdirde bordronun ihtirazi kayıtsız imzalanmış olmasının belgelerle kanıtlanan fazla çalışmaya hükmedilmesine engel değildir. Bu nedenle mahkemeye bu araştırmalar yapılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2008/11624K. 2009/37009T. 25.12.2009

²⁰ "4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son maddesi uyarınca iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlarıncaya kadar geçerlidir. Diğer bir anlatımla, yetkili kişilerce düzenlenen ve tarafların ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığı tutanakların aksi kanıtlarıncaya kadar geçerli olduğu, aksinin ancak yazılı delillerle kanıtlanabileceği benimsenmiştir. (H.G.K. 14.11.1979 gün ve 1014 Esas, 1364 Karar sayılı ilamı). Maddede ifade edilen tutanaklar; müfettiş tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olanlarla belgeye dayalı olmamakla birlikte düzenlenmesinde hazır bulunan işveren, sigortalı veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek doğruluğu ilgili kişilerin imzalarıyla tasdik edilen ve imza inkârına konu olmayan tutanaklardır. İş müfettişi tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği müfettiş raporlarının sadece müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları 4857 Sayılı İş Kanununun 92/son maddesi kapsamında kabulleri için yeterli değildir. Buna göre, özellikle, rapor veya ekli tutanaklarda imzası bulunmayanlar/tespite uyan beyanı olmayanlar yönünden, söz konusu tutanakların aksinin yazılı delille kanıtlanması yükümlünden söz etmek mümkün değildir. İş müfettişi raporlarının, rapora dayanak alınan tutanaklarla birlikte değerlendirilmesi ve ekli tutanakların anılan Kanun kapsamında aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge olduğunun kabulü, 4857 sayılı

Raporun icrailiği açısından gözetilmesi gereken bir diğer niteliği, istisna tutarına hak kazandığı tespit edilen işçinin, ilam niteliği taşımayan bu rapora dayanarak alacağının tahsil etmesinin mümkün bulunmadığı, alacağının tahsil için başkaca hukuksal yollara başvurusu gerektiğidir. Aynı şekilde işverenin teftiş işlemini yapan idareye karşı açacağı dava da, bu davada taraf olmayan hak sahibi işçinin işverene karşı dava açmasına engel oluşturmayacaktır. Bu nedenle dava hakkını düzenleyen İK 92. madde hükmü kapsamında, ihtilafa ilişkin davanın, -niteliği, tarafları ve dava şartları ön planda olmak üzere- yargılama hukuku yönünden incelenmesi gerekecektir.

3.2. Teftiş Raporuna Karşı Dava Açma Koşullarının Değerlendirilmesi

Öncelikle cevaplanması gereken soru, teftiş raporuna karşı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hasım gösterilerek bir dava açılmasının mümkün olup olmadığıdır. Sorunu İK 92. maddesi düzenlemesi kapsamında değerlendirmeden önce teftiş raporu işleminin niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir. İş müfettişi tarafından hazırlanan teftiş raporu, işlemin kimliği açısından bakıldığında bir idari işlemdir. Madde metninde aynı zamanda bu tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olduğu ifadesi de bu idari işlem kimliğinin bir sonucudur.²¹ Bir idari işleme karşı iptal davasının açılması için o davaya konu

İş Kanunu'nun 92 /son maddesinin açık hükmü karşısında zorunludur. (H.G.K. 4.2.2009 gün ve 2009/2 Esas, 2009/48 Karar sayılı ilamı) Somut olayda, dava dilekçesine konu iddia ve istemler hakkında yöntemince bir araştırma yapılmadan iş müfettişi tarafından hazırlanan raporun ve bu rapora istinaden Kurumca yapılan işlem/işlemlerin yasal mevzuata aykırı ve hatalı olduğu yönünde sağlıklı bir tespit yapılamaz. İş Kanunu'nun 92. maddesine göre iş müfettişlerinin raporlarına ve 506 sayılı Kanunu'nun 79. ile 5510 sayılı Kanunun 86. maddelerine göre Kurum işlemlerine karşı itiraz ve dava yolu öngörüldüğüne göre, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığı yeterli ve gerekli bir araştırma ile tereddüte yer bırakmayacak biçimde sağlıklı bir çözüme kavuşturması gerekir. Aksi hal, iş müfettişlerinin/ Kurumun yaptığı işlemlerin peşinen doğru veya yanlış olduğunun kabulü anlamına gelir ki, bu yorum iş müfettişleri/Kurum işlemlerine karşı itiraz ve dava yolu imkânı veren Kanun'un özüne ve hukuk Devleti anlayışına ters düşer." Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2013/22783, K. 2014/3452, T. 24.2.2014.

²¹ İdari işlemin unsuru olan hukuka uygunluk karinesinin sonuçları, idari işlemin sonuçlarının derhal doğması, bu işleme karşı davayı açacak kişinin idare değil özel kişi olması, ispat yükünün idareye değil özel kişiye ait olması ve dava açılmasının işlemin yürütmesini kural olarak durdurmamasıdır. Gözler, s. 678-680, Gün-day, s. 114. Nitekim aksi mahkeme kararı ile hüküm altına alınana kadar hukuka uygun sayılma idari işlemlerin nitelikleri arasında yer alan hukuka uygunluk ka-

işlemin icrai ya da İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md 14/3-d geçen ifade ile kesin ve yürütebilir bir işlem olması gerekir. Oysa teftiş raporu da, tutanak da icrai bir işlem değildir.²² Dolayısıyla İYUK lafzına göre kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmayan teftiş raporuna karşı açılacak bir davada için (idari yargı görevli olsaydı dahi) gerekli dava şartının bulunmadığı görülmektedir.

Konuya Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK) çerçevesinde bakıldığında da varılan sonuç değişmemektedir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere işçinin istisna konusu tutarı işverenden tahsil edebilmesi için teftiş raporu tek başına yeterli bulunmamakta, işçinin alacağını tahsil için bir eda davası açması gerekmektedir. Böyle bir ihtimalde açılacak dava ile elde edilecek sonuç da, işçi ile işveren arasındaki hukuki duruma göre, (teftiş raporunun aksine) istisna konusu tutarı işçiye ödenmesini gerektirmediğinin tespiti olabilecektir. Yine yukarıda da belirtildiği üzere böyle bir davada müfettişin hukuksal değerlendirmesi, yargılamayı yapan iş mahkemesini de bağlamamaktadır. Dolayısıyla yeni bir hukuksal durum yaratmayan, tarafları yeni bir hukuksal statüye sokmayan²³ ve işverene istisna konusu tutarı ödeme yapma yükümlülüğü getirmeyen rapora karşı işverenin örneğin raporun hukuka aykırılığını tespit talepli bir dava açması için de gerekli dava şartı mevcut değildir.

Gerçekten yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, işverenin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına karşı açacağı ve teftiş raporunun hukuka aykırılığını tespitten öte bir talepte bulunulamayacak böyle bir tespit davasında, HMK'nın aradığı dava şartı olan hukuksal yararın var olduğu söylenemez. Nitekim tespit davasını düzenleyen HMK 106/2 hükmüne göre, *"kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yarar"* bulunmalıdır. Bu güncel yarar, öğretide davacının bir hakkının davalının beyan ve davranışlarıyla tehdit altında olması gerektiği şeklinde somutlaştırılmaktadır.²⁴ İşverenin bu çalışmanın konusunu oluşturan istisna uy-

rinesinin bir gereğidir ve aslında maddede bunun ayrıca belirtilmesine gerek de yoktur.

²² Gözler, s. 631, 596 Gözübüyük, /Tan, s. 310

²³ Nitekim inşai dava, tespit davasından farklı olmak üzere, bir hukuki durumun kaldırılması ya da yeni bir hukuki durum yaratılmasını sonucunu doğurur. Kuru/Budak, s. 72

²⁴ Kuru/Budak, s. 94

gulaması kapsamında, iş müfettişlerinin bağlı olduğu Bakanlık teşkilatına karşı korunması gereken hiçbir güncel yararı yoktur. İşverenin bu kapsamda yöneltebileceği husumet, işçisinden başkasına olamaz. Zira yukarıda da belirtildiği üzere iş müfettişinin yazdığı rapor, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bu tutarın işçiye ödenmesi için işveren üzerinde herhangi bir yetki kullanmasını sağlamaz, nitekim Bakanlığın böyle bir yetkisi yoktur. Bir davadaki hukuki menfaatin varlığı o dava sonucunda elde edilecek bir faydaya bağlı olduğundan,²⁵ teftiş raporunu konu alarak Bakanlığa karşı açılacak bu davada hukuki menfaat de Bakanlığın husumet ehliyeti de bulunmamaktadır.²⁶

Bununla beraber öğretide, dava hakkının özel bir kanun hükmü ile verildiği durumlarda hukuki yararın varlığı kabul edilmektedir.²⁷ Nitekim açılacak davada korunmaya değer hukuksal yarar arayan HMK 106/2 hükmü, bu koşula, *“kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında”* şeklinde getirdiği istisnai düzenlemesi ile kapı aralamaktadır. Bu durumda, İK 92/3 hükmünün HMK 106/2 hükmüyle aralanan bu kapıyı açan ve bir özel hüküm niteliğiyle teftiş raporuna karşı dava açılmasını hukuksal yarar ölçütü açısından mümkün kılan bir düzenleme içerip içermediğinin belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede tespit davasının koşulları açısından HMK 106. maddesinin bir genel hüküm, İK 92. maddedeki düzenlemenin ise bir özel hüküm niteliği taşıdığı sonucuna varılırsa, İK 92. madde kapsamında açılacak davada hukuksal yarar bulunduğu sonucuna varılabilecektir.

Bu çerçevede İK 92/3 hükmünün lafzıyla beraber incelenmesi gerekir. Hükümde, açıkça teftiş raporuna karşı açılacak bir davadan bahsedilmemekte, rapordaki işçi alacağına ilişkin kısımlara *“ taraflarca”* itiraz edilebileceği belirtilmektedir. Burada sözü geçen tarafların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nı kapsamadığı, raporda tespit edilen işçi alacakları çerçevesinde muhatabın işçi ve işveren olduğu anlaşılmaktadır. Aynı düzenlemeye göre, bu itirazı çözmekle görevli iş mahkemesinin kararına karşı 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun (temyiz ve istinaf yoluna ilişkin) 8. maddesine göre kanun yoluna başvurulabilecek ve kanun yoluna başvuru, *“iş mahkemesince hüküm altına alınan”* işçi alacağının tahsilini engellemeyecektir. Özellikle ra-

²⁵ Hanağası, s. 117

²⁶ Kurt Konca, s.75

²⁷ Kuru/Budak, s. 88

pora yapılan itiraz sonucunda karar veren iş mahkemesinin bir alacağı hüküm altına alma yetkisinin belirtilmiş olması karşısında, bu davanın konusunun teftiş raporu olmadığını, davanın konusunun münhasıran bu raporla tespit edilen alacak tutarı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla İK 92/3 hükmü HMK 106/2 hükmüne bir istisna getirmemekte, “teftiş raporuna karşı” Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hasım gösterilerek bir dava açılması mümkün bulunmamaktadır.

İK 92/3 hükmü dava hakkını teftiş raporunun muhatabı olan işçi ve işverene tanımaktadır. Bu dava ile davacının talep ettiği “hukuki korunma, talep sonucunun yani dava konusunun bizatihi kendisidir.²⁸ Nitekim bir davanın hukuki mahiyeti dava dilekçesinde kullanılan ifadelerle göre değil, davacının talebi ile ulaşmak istediği sonuca göre belirlenir.²⁹ Böyle bir davada işveren açısından ulaşılmak istenen sonuç, işçiye teftiş raporuyla tespit edilen tutarda bir borcu bulunmadığının tespiti olabilir. Bu durumda raporda tespit edilen işçi alacağını konu alan dava, işçi tarafından açılıyorsa (alacak) eda, işveren tarafından açılıyorsa menfi tespit olmak durumundadır.³⁰ Dolayısıyla uygulamada görüldüğü şekilde işverenin raporun iptali talebiyle Bakanlığı hasım göstererek bir dava açmasının ve bu doğrultuda iş mahkemesince raporun iptalinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin içtihadı bu çerçevede şekillenmiş, teftiş raporunun -işçi şikâyeti üzerine hazırlanması halinde- davanın duruma göre eda ya da tespit davası niteliğinde olacağı³¹

²⁸ Hanağası, s. 126

²⁹ Kuru/Budak, s. 70

³⁰ Kurt Konca, s.72

³¹ “Diğer taraftan dava çeşitleri 6100 sayılı Kanun’un 105 ila 113. maddeleri arasında düzenlenmiştir. E. davası, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesinin talep edildiği dava türü olarak tanımlanmışken, tespit davası ise mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği dava çeşidi olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı Kanun’un 92. maddesinin 3. fıkrasına göre iş müfettişi raporlarına karşı açılan davalar, işçilerin bireysel başvuruları üzerine iş müfettişi tarafından işçi alacaklarına dair yapılan tespitlere karşıdır. Bu tespiti işçi tarafından, yapılan tespitin eksik olduğu ve daha fazla alacağı bulunduğu gerekçesiyle itiraz ediliyorsa dava eda davası karakterindedir. Söz konusu tespiti işveren tarafından, yapılan tespitin hatalı olduğu ve tamamen ya da kısmen borçlu olmadığı gerekçesiyle itiraz ediliyorsa dava menfi tespit davası niteliğindedir. Bu son halde kanunda özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle davacı işverenin bu davayı açmakta, kanunun ifadesiyle “hukuken korunmaya değer güncel bir yararı” bulunduğu kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle tespit davaları için ayrıca araştırılan hukuken korunmaya değer güncel bir yarar koşulunun bu dava açısından mevcut olduğu değerlendirilmelidir. Görüldüğü üzere, iş müfettişi raporlarının veya memurların tutanaklarının işçilerin alacaklarına yönelik kısımlarına karşı işçi ya da işveren tarafından açılacak davalar, yerine göre eda

ve bu davada bakanlığın husumet ehliyeti bulunmayacağı³² sonucuna varılmıştır. Gerçekten raporda işçi alacağının bulunmadığı ya da olması gerekenden düşük hesaplanması halinde işçi açacağı eda davası ile iddia ettiği tutarı, işveren ise açacağı menfi tespit davası ile raporda belirlenen tutarda bir borcu olmadığının tespitini talep edebilecektir. Yukarıdaki gerekçelerle katılmadığımız Yargıtay 7.³³ ve 9.³⁴ Hukuk Da-

davası yerine göre ise menfi tespit davası özelliği göstermekte olup her halükarda bu davaların tarafları işçi ve işverendir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu davalarda taraf sıfatı bulunmamaktadır. Somut olayda, davacı Bingöl Çalışma ve İş Kurumu İş Müdürlüğü'nce düzenlenen tutanağın iptaline karar verilmesini istemiş ise de, dava dilekçesinin içeriğine göre asıl talebin tutanakla belirlenen işçi alacağından dolayı borçlu bulunmadığının tespiti olduğu anlaşılmaktadır." Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2013/8286 K. 2013/13410 T. 3.6.2013 Aynı Yönde: Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2012/25883 K. 2013/16250 T. 2.7.2013 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2012/25883k. 2013/16250t. 2.7.2013

32 "(...) iş müfettişi raporlarının işçilerin alacaklarına yönelik kısımlarına karşı işçi ya da işveren tarafından açılacak davalar, yerine göre eda davası yerine göre ise menfi tespit davası özelliği göstermekte olup her halükarda bu davaların tarafları işçi ve işverendir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu davalarda taraf sıfatı bulunmamaktadır." Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2013/4351 K. 2013/15943 T. 1.7.2013 ve üst dipnotta yer verilen kararlar da aynı yöndedir. Buna karşın Yargıtay 7. Hukuk Dairesi dava Çalışma Bakanlığı'na karşı açıldığında, bakanlığın husumet ehliyetini kabul etmekle beraber, verilecek hükümle rapora konu işçilerin hukuki menfaatleri de etkileneceğinden, onların da dinlenerek hüküm kurulması gerektiği görüşündedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2014/5775 K. 2014/12831 T. 9.6.2014 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise aynı konuda işçi tarafından açılan bir alacak davası olsa dahi, bakanlık hasım gösterilerek teftiş raporuna karşı açılan davanın reddedilmeyip bekletici mesele yapılması gerektiği görüşündedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/11265, K. 2012/39556, T. 27.11.2012, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/5982, K. 2012/8344, T. 13.3.2012

33 "Yasanın açık hükmüne göre iş müfettişlerince düzenlenen raporlar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belgelerdir. Bu raporlarda tespiti yapılan hususlar ilgili taraf için mükellefiyetler doğurabileceğinden davacı işverenin hukuki menfaatinin etkileneceği ihtimali söz konusu olduğu gibi teftiş raporunda ismi geçen işçilerinde hukuki menfaati etkilenecektir. Bu nedenle Mahkemece hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında teftiş raporunda raporda ve teftiş tutanaklarında ismi geçen işçiler davaya dahil edilerek ifadelerine başvurulmalı, yine taraflarca dayanılan tüm deliller toplanmalı ve oluşan sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, bozma sebebidir." Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2014/5775, K. 2014/12831, T. 9.6.2014

34 "4857 sayılı Yasa'nın 92/3.fıkrasında " Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikâyetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca 5521 sayılı Kanun'un 8inci maddesine göre kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez. " hükmünü içermektedir. Davacının yargı yoluna başvuru hakkı hukuki yararının bulunduğu gözetilerek yasayla düzenlenmiştir. Mahkemenin yasayla düzenlenen bir hakkın varlığını hukuki yarar yokluğundan reddetmesi yasanın düzenleme amacına ve ruhuna aykırıdır. Mahkemenin davada menfaati etkilenecek olan işçi tarafından açılan davaları bekletici mesele sayarak veya dosyayı o davalarla birleştirerek sonuca varması gerekirken hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar vermesi hatalı olup bozmayı gerektirmiş-

irelerinin kararları ise Bakanlığın husumet ehliyetini tanımakta, İK 92. madde hükmünün özel niteliğini gözeterek, kanunla düzenlenen bir hakkın varlığının hukuki yarar yokluğundan reddedilemeyeceği görüşünü yansıtmaktadır.

Yasal düzenlemeden çıkardığımız bu hukuki sonucun fiiliyatta-ki anlamı ve önemi ise ayrı bir konu olup, hukuksal sonucu maalesef değiştirmemektedir. Gerçekten özellikle işçi açısından bakıldığında, işçinin bu karışık mevzuat hükümlerini tahlil ederek, herhangi bir rapor olmasa da açabileceği eda davasının, İK 92/3 maddesi hükmüne göre özel olarak düzenlenip 30 günlük bir itiraz süresi verilmesinin mevzuatın kalitesi açısından doğurduğu sonucun başarılı olduğunu iddia etmek güçtür. Keza kanun hükmünden, bu davanın açılabilmesi için 22. Hukuk Dairesinin kabul ettiği şekilde -işçi şikâyeti üzerine hazırlanmış teftiş raporunun- değil, sadece -işçi alacağını tespit eden bir raporun yeterli olduğunu belirtmek gerekir.

Dikkat çeken bir başka husus, İK 92/3 hükmünün teftiş raporu-na karşı açılacak davayı raporda tespit edilen işçi alacakları konusu ile sınırlandırmış bulunmasıdır. Bir başka deyişle işçi şikâyeti ile hazırlanan ancak işçi alacağı konusunda bir tespitte bulunulmayan bir raporun konu edildiği davada hukuki yarar yoktur.³⁵ Bu durumda altını çizmek gerekirse, bir işçinin yaptığı fazla mesai ya da istisna edilen gelir vergisi tutarının tespiti ile bir işyerinde genel olarak fazla mesai yapıldığı veya istisna edilen gelir vergisinin işveren uhdesinde bırakıldığı yönündeki tespitler mevcut yasal düzenleme çerçevesinde birbirinden farklıdır. İK 92. maddesindeki dava hakkını işçi alacağına ilişkin tespite bağlayan sınır çerçevesinde, işçi alacağına ilişkin somut tespitlerin varlığı halinde kanundaki özel düzenleme gereği dava açmada hukuksal yararın bulunduğu sonucuna varılmalı, aksi takdirde

35 tir. Raporun bakanlık müfettişleri tarafından düzenlenmesi dolayısıyla da davalı Bakanlığın taraf sıfatı mevcuttur. Husumet yokluğuna ilişkin gerekçede yerinde değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/11265, K. 2012/39556, T. 27.11.2012, Aynı Yönde: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/5982, K. 2012/8344, T. 13.3.2012 Nitekim 22. Hukuk Dairesinin işçi alacağını belirlemeyen müfettiş raporlarına karşı açılan davada, İK 92. maddede belirlenen ölçüt çerçevesinde hukuki yarar bulunmadığı yönündeki rastlanan bir başka kararında da bu yaklaşımın esas alındığı görülmektedir. "Dosyadaki bilgi ve belgelere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine ve özellikle iş müfettişi raporunda yer alan ve davanın konusunu oluşturan, somut olarak işçi ya da işçiler açısından bir belirleme yapılmaksızın işyerinde fazla çalışma yapıldığına dair tespitin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "işçi alacağı" kapsamında değerlendirilememesine ve bu tespitin de işçiler tarafından işverene karşı ilerde açılması muhtemel alacak davalarında tartışılmasının gerekmesine göre", Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2012/30614, K. 2013/1324, T. 30.1.2013

işçi alacağını somut olarak tespit etmeyen raporlara karşı açılacak davada hukuksal menfaat koşulu sağlanamadığı kabul edilmelidir. Aksi tutum usul ekonomisiyle bağdaşmayacak, sonuç getirmeyen bir dava yoğunluğu yaratacaktır.

Belirtilmesi gerekli bir diğer husus, işçi ve işverenin çalışmaya konu gelir vergisi istisnası tutarı kapsamında birbirlerine açabilecekleri davaların İK 92/3 hükmü ile sınırlı olmadığıdır. Zira hukuki yarar şartı çerçevesinde, HMK 106/2 hükmü gereğince böyle bir teftiş raporu olmasa da, işveren tarafından işçiye karşı bir menfi tespit davası açılabilir. Nitekim menfi tespit davası açılabilmesi için davacının bir hakkı veya hukuki durumunun güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olması şartı gerekmekte ³⁶, bu kapsamda işçi tarafından işverene yöneltilen (eda davası dışında) bir talep, işveren için menfi tespit davası açma koşulunu sağlamaktadır.

Sonuç:

İşçi ücretinden gelir vergisi alınması, işçinin mülkiyet hakkına anayasal ve yasal çerçevede yapılan hukuken meşru bir müdahaledir. İşçi ücretinden kesilen tutarın serbest bölge mevzuatı kapsamında terkin edildikten sonra idari yorum ve yönlendirmelerle işverene mal edilmesi ise teşvik adı altında yasal dayanağı bulunmayan bir kaynak aktarımıdır. Maliye Bakanlığının işçi işveren arasındaki hak ve alacak ilişkisini ve her halükarda ve hele hele kanunları yorum suretiyle düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Maliye Bakanlığının kanunları yorum yetkisi sadece kendi bakanlık teşkilatı içinde bir bağlayıcılık taşır. Dolayısıyla Bakanlığın işçiden kesilen gelir vergisini hiçbir yasal dayanak olmadığı halde işverene mal eden görüşü hukuka aykırıdır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı iş müfettişleri ise GVK ve VUK kapsamında işçiden kesilen ve istisnaya kapsamına alınan tutar üzerinde vergi sorumlusu sıfatını taşıyan işverenin bir hak sahipliği olmadığını doğru bir biçimde tespit etmektir. Bununla beraber her iki bakanlığa bağlı birimlerin ortak yanılıgısı konuya ilişkin değerlendirmelerinde işçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate almadan bir sonuca ulaşmalarıdır.

İşçi ile brüt ücret üzerinden sözleşme yapan işverenin, işçiden devlete ödemek üzere kestiği tutar üzerinde bir hak sahipliği bulunmadığı

³⁶ Kuru/ Budak, s.94

ve kestiği bu tutar bu tutar terkin edilirse işçiye geri ödemekle yükümlü olduğu açıktır. Bununla beraber işçi ile net ücret üzerinden sözleşme yapan işverenin sözleşmede belirlenen tutar dışında bir ödeme yükümlülüğü bulunmamakta, bu çerçevede ücrete bağlı ek ödemeler veya ek kesintiler işçi ile işveren arasındaki ücret ilişkisine etki etmemektedir. Net ücret üzerinden sözleşme yapma, işverene, vergi oranları veya kesinti kalemler artsa bile işçisine anlaşılan tutar üzerinden ücret ödemeye devam etme yükümlülüğü getirdiği gibi, aynı şekilde bu kesintilerin azalması halinde işçinin ücretini azalan kesinti oranında artırma edimini yüklemesiz. Dolayısıyla net ücret üzerinden anlaşılan işçi ve işveren ilişkisinde serbest bölge mevzuatı kaynaklı istisna uygulamasının bir etkisi bulunmamakta, işçi ücreti istisna kapsamına girse dahi bu tutarı (serbest bölge mevzuatı gereği değil) kendi rızası ile işverene bırakmaktadır.

Son olarak iş müfettişi tarafından yazılan rapora karşı, İK 92/3 hükmüne göre açılacak davanın bir "iptal" davası olamayacağını ve düzenlemeye göre husumet yöneltilecek tarafın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olamayacağını belirtmesi gerekir. İşveren İK 92/3 hükmüne istinaden açılacak davada ancak, raporda tespit edilen alacak kapsamında işçiye borcu olmadığına tespitini talep edebilir. Belirli bir tutara yer vermeyen ancak genel ifadelerle istisna konusu tutarın işçilere ödenmesi gerektiği yönündeki bir teftiş raporu ise, İK 92. maddesindeki koşulu karşılamamakta ve böyle bir rapora karşı açılacak davada hukuki yarar bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Gözler Kemal, İdare Hukuku I. Cilt, Ekin yay. 2. Baskı Bursa 2009
 Gözübüyük A. Şeref/ Tan, Turgut. İdare Hukuku II. Cilt, Turhan Yay., 7. Baskı, Ankara 2014
 Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yay. 10 Baskı, Ankara 2013
 Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yay, Ankara 2009
 Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Tespit Davaları, 12 Levha, İstanbul 2010
 Kurt Konca Nesibe, İş Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun ile Değişik 91 ve 92. maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, *TUHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C24, S1-2, Şubat-Mayıs 2012, s. 67-85
 Şakar Ayşe Yiğit, "Serbest Bölgelerdeki Personele Ödenen Ücretlere Tanınan Vergi İstisnasından Kim Yararlanacak: İşçi mi? İşveren mi?" *Mali Çözüm*, Eylül Ekim 2014, s.15-30
 Şentürk Akın Gencer, "Serbest Bölgelerde İstisna Uygulanan Ücretlere Ait (Stopaj) Gelir Vergisi İşçiye mi/İşverene mi Aittir?", *Dayanışma*, Sayı. 121, s. 106-117
 Kazancı Bilgi Bankası, www.kazanci.com (Çalışmada yer verilen Yargıtay Kararlarının tamamı kazancı bilgi bankasından alınmıştır)
 TBMM Resmi İnternet sitesi, www.tbmm.gov.tr
 Mevzuat Bilgi sistemi, www.mevzuat.gov.tr

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARININ KAMU İCRA HUKUKU VE GENEL İCRA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ÖZEL DAVA ŞARTLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF ANNULMENT ACTION WITHIN THE SCOPE OF
PUBLIC ENFORCEMENT LAW AND GENERAL ENFORCEMENT
LAW IN TERMS OF SPECIFIC REQUIREMENTS FOR ACTION

Hakan ALBAYRAK*
Serkan AĞAR**

Özet: Genel icra hukuku olarak da isimlendirilen icra ve iflâs hukuku, borçların devlet gücü yardımı ile zorla yerine getirilmesini düzenler. Özel hukuktan doğan alacaklar hakkında İcra ve İflas Kanunu (İİK) uygulama alanı bulurken, amme alacaklarının takibi 6183 sayılı kanuna göre yapılır.¹ Devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin özel hukuktan doğan alacakları hakkında İİK uygulanır.² 6183 sayılı Kanun amme alacaklarının cüzi (ferdi) icra (haciz) yoluyla nasıl takip ve tahsil edileceğini düzenlemesine karşılık iflâs yoluyla takibe ilişkin bir hüküm içermediğinden, amme alacaklarında iflâs yoluyla takip de İİK'ya göre yapılır.³ Bu

* Yrd. Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hknalbayrak@hotmail.com.

** Yrd. Doç. Dr., Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, serkanagar@gmail.com.

¹ 6183 sayılı kanun m. 1: "Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur."

² İİK m. 47: "Para cezasıyla diğer hukuku amme borçlarının takibi hakkındaki kanunlar hükmü mahfuzdur. Şu kadar ki, devletin bir akitten veya haksız bir fiilden doğan alacakları hakkında bu kanunun hükümleri ceryan eder."

³ 6183 sayılı kanun m. 100: "Amme alacaklarının tahsili için İcra ve İflas Kanunu hükümleri dairesinde amme borçlusunun iflası istenebilir. İflas dairesi, amme alacaklarının iflas masasına geçirilmesini temin için, hakkında iflas açılan kimseleri ve basit ve adi tasfiye şekillerinden hangisinin tatbik edileceğini bulunduğu yerdeki amme idarelerine zamanında bildirmeye mecburdur."

nedenle, iflâs isteme bakımından amme alacakları ile özel hukuktan doğan alacaklar arasında herhangi bir fark yoktur. *İflâs etmek üzere olan veya yakında mallarına haciz konulması ihtimali bulunan borçluların, mallarını alacaklılardan kaçırmak için bazı şüpheli tasarruflarda bulunmasına çok sık rastlanır.* Kanun koyucu, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan bu şüpheli tasarrufların, tasarrufun iptali davası yolu ile iptal edilebilmeleri olanağını alacaklılara (İİK m. 277-284) ve amme idarelerine (6183 sayılı Kanun m. 24-31) tanımıştır. Genel icra hukukunda tasarrufun iptali davalarında kanunla getirilmiş veya içtihat ile benimsenmiş bir takım özel dava şartları vardır. Ayrıca amme alacaklarının hızlı ve kolay şekilde tahsil edilmesinin kamu hizmetlerinin devamlılığı bakımından önem taşıması nedeniyle amme alacaklarının güvence altına alınması maksadına yönelik olarak 6183 sayılı Kanunda bazı özel dava şartları düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda, kamu icra hukuku ve genel icra hukuku çerçevesinde tasarrufun iptali davalarındaki özel dava şartları, karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: İcra ve İflâs Hukuku, Tasarrufun İptali Davası, Dava Şartı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Amme Alacağının Korunması

Abstract: General enforcement law -also called as enforcement and insolvency law- regulates the fulfillment of a debt by state power. Enforcement and Bankruptcy Law applies to the claims arising from private law while Law No. 6183 applies to the public claims. Enforcement and Bankruptcy Law also applies to the claims of the State, special provincial administrations and municipalities arising from private law. Law No. 6183 regulates executive process for public claims. However Law No. 6183 does not include any provision that could be applied to bankruptcy. Therefore Enforcement and Bankruptcy Law applies to public bankruptcy claims as well. It is frequent that debtors who will possibly declare bankruptcy or whose goods will possibly be confiscated make some questionable transactions to abscond from creditors. The legislator has granted creditors and public administrations the possibility to annul these kind of transactions by filing an annulment action. In general enforcement law, there are several requirements for annulment actions set forth by Law. In addition, a number of specific requirements to protect public claims are brought by Law No. 6183 with the purpose of rapidity and facility considering the importance of continuity of public service. In this study, the specific requirements of annulment action within the scope of general enforcement law and public enforcement law will be comparatively examined .

Keywords: Debt Enforcement And Bankruptcy Law, Action for Rescission (Action For Rescission of Disposition, Annulment Action), Cause of Action, Law On Collection Procedure of Assets, the Protection of Public Claims.

GİRİŞ

“Kaçakçılık, sonuçları duyurulmayan milli bir spordur.”

Honore Bostel

Borçlunun kendi mal ve hakları üzerinde tasarrufu konusunda hacizden veya iflâstan önce herhangi bir sınırlama yoktur.⁴ Bu nedenle, bazen borçlular, mallarına haciz konulması veya iflâs kararı verilmesi ihtimali bulunan durumlarda, çoğu kez alacaklılardan mal kaçırmak için şüpheli birtakım tasarruflarda bulunurlar.⁵ Yapılan bu tasarruflar, kural olarak, geçerlidir. Ancak bu şüpheli tasarruflardan sonra borçlunun alacaklıları, borçlunun mallarını haczettirmek istedikleri zaman ya hiç mal bulamazlar veya çok az mal bulurlar ve bu nedenle alacaklarını temin edemezler ise, alacaklının alacağını karşılayamaması sorunu ile karşılaşılır.⁶ İptal davasının amacı, borçlunun, haciz veya iflâstan önce yapmış olduğu ve aslında geçerli olan tasarruf işlemleri ile malvarlığından uzaklaştırdığı mallardan, bunlar sanki borçluya aitmiş gibi, alacaklıların tatmin edilmesini sağlamaktır.⁷ Ancak iptal davası, dava konusu mala ilişkin aynı bir dava olmayıp, şahsi (kişisel) bir davadır. Eş anlatımla bu dava ile malın mülkiyetinin, davalıdan (üçüncü kişiden) alınarak, borçluya ait olduğuna (geri dönmesine) karar verilmez; sadece alacaklı, malın bedelinden alacağını (kişisel hakkını) alma yetkisini elde eder.⁸

Tasarrufun iptali davası yalnızca özel hukuktan kaynaklı alacaklar için değil, aynı zamanda amme borcundan doğan alacaklar bakı-

⁴ Pekcanitez H./Atalay O./Özkan-Sungurtekin, M./Özekes M.: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012, s.839; Kuru B. / Arslan R. / Yılmaz E.: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 611.

⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, s. 611; Pekcanitez/Atalay/Özkan-Sungurtekin/Özekes, s. 839.

⁶ Kuru B.: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2004, s. 1195.

⁷ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s. 1196.

⁸ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s. 1196. “Kabule göre de; İİK’nun 283. maddesi hükmü gereği, tasarrufun iptali davası sabit olduğu takdirde, davacı alacaklı bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını alma yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmaz ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tahsisine mal olmadan o taşınmazın haciz ve satılmasını isteyebilir kuralı konmuştur. Bu takdirde mahkemenin tapu kaydının iptali ile borçlu adına tapuya tescili, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 15. HD. 06.02.1997, 175/680, YKD 1997/7, s. 1103, naklen; (Pekcanitez/Atalay/Özkan- Sungurtekin/Özekes, s. 839).

mından da uygulama alanı bulur. Ancak amme alacakları 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na (İİK) göre değil, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir. Bireylerin vergi yükümlülüklerini, eş anlatımla devletin amme alacağını azaltmaya çalışabilecekleri yasal araçların çoğunun temelinde başlıca üç ilke vardır:⁹

- Gelir aktarımı,¹⁰
- Vergi erteleme,¹¹
- Vergi arbitrajı.¹²

Çağdaş vergi anlayışında vergi kaçırma olayı o kadar vaki ve yaygındır ki, tabiri caizse adeta meşru görülür.¹³ Teorik olarak mümkün olmakla birlikte,¹⁴ gerçekte hiçbir ekonomide vergi kaçakçılığının tamamen önlenmediği görülmemiş ise de,¹⁵ vergi kaçırıcılara veya amme borcunu ödememek maksadıyla mal kaçırıcılara karşı hukuk düzeni amme alacaklısına çeşitli haklar vermiştir.

Amme alacağının tahsili aşamasında ihtiyatî tahakkuk, ihtiyatî haciz ve teminat gibi cebrî icra karakteri ağır basan güvence önlemlerinin yanı sıra¹⁶ amme idaresinin elinde bazı istisnâî yetkiler de vardır. Genel olarak cebrî icra hukukunda, borçlarından ötürü borçlu ancak malvarlığı ile sorumlu tutulabilir; malvarlığı ile sorumlulukta ise genel kural, borçlunun mal varlığına dâhil olduğu belirlenen malların satış yolu ile paraya çevrilerek alacağın karşılanmasıdır. Bir başka deyişle borçlunun malları doğrudan doğruya alacaklıya geçmez.¹⁷

⁹ Stiglitz, J. E.: Kamu Kesimi Ekonomisi, (Çev; Ö. F. Batrel), İstanbul 1994, s. 742.

¹⁰ Bir ailenin çocuklarına varlık aktararak toplam aile vergi yükümlülüğünü azalttığı, artan oranlı vergi sistemlerinde gerçekleşir.

¹¹ Bugünkü bir doların yarınki bir dolardan daha değerli olduğu anlayışına dayanır. Böylece gelecekte ödenen vergiler, bugün ödenen vergilerden daha az maliyetlidir.

¹² Farklı gelir türleri ve farklı bireyleri vergilendiren farklı oranların avantajından yararlanılmasıdır.

¹³ Yaz D. A.: Vergide Doğru Bilinen Yanlışlar, İstanbul 2011, s. 149.

¹⁴ "Fransa'da ücretliler, şayet az veya çok vergi kaçırıcı tüccar ve avukatlara oranla hemen hemen hiç vergi kaçırıyorlarsa bu ücretlilerin daha namuslu olmalarından değil, maddeten kaçakçılık yapmak olanağına sahip olmamalarındandır. Çünkü ücretlilerin gelirini hazineye bildiren onların işverenleridir", naklen; Duvarger M.: Amme Maliyesi. (Çev; İ. H. Ülkmen), Ankara 1955, s. 396.

¹⁵ Herekmen A.: Genel Vergi Kuramı, Ankara 1976, s. 182.

¹⁶ Cebrî icra hukuku, takip sürecinin yanında alacaklının korunması için gerekli güvence önlemlerini de kapsar.

¹⁷ Dönmez R. (2005): Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip. Ankara 2005, s. 20.

Amme alacaklarının tahsilindeki usul, idarenin imtiyazlarının belki de en önemlisi olan icraî karar ve re'sen hareket yetkilerine dayanır.¹⁸ Bilindiği gibi, alacaklı amme idaresinin, yükümlendirme sürecinde; icraî karar, re'sen icra, önceden yürütme ayrıcalığı ve bunun sonucu olarak da hâkimin sonradan müdahalesi gibi kamu gücüne dayanan ayrıcalıklı yetkileri bulunur.

Cebren tahsil aşamasında tesis edilen idari işlemler vergi davasına¹⁹ konu edilebilir; buna göre, ödeme emri, tecil isteminin reddi, haciz, ihtiyatî tahakkuk ve ihtiyatî haciz işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabilir. **İdari yargının²⁰ görevi kapsamında bulunan** anılan işlemlere karşı açılan davaların yanında, özel hukuku ilgilendiren, bir başka deyişle görüm ve çözüm yeri adli yargı organları olan başka davalar da vardır; haciz işleminden sonra satışa konu edilen taşınmazlar bakımından ihalenin feshi için açılan davalar ile hükümsüz sayılan tasarrufların iptaline ilişkin davalar, adli yargıda görülür.²¹

Hazinenin, amme alacağının vadesinde ödenmemesinden doğan zararını karşılamak amacı ile bu alacağa gecikme zammı **yürütülmesini öngören 6183 sayılı Kanun**, aynı zamanda, cebren tahsil aşamasına konu amme alacağının tahsilinin temini için birtakım güvence önlemleri getirmiştir.²² Bu önlemler, amme alacaklılarının tahsilinin amme borçlusunun davranışları nedeni ile tehlikeye girmesine yol

¹⁸ Onar S. S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C III, s. 1645.

¹⁹ 24.02.1988 tarih ve 3410 sayılı kanun ile getirilen değişiklikten sonra 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un (RG, 20.01.1982, 17580) 6. maddesi, 6183 sayılı kanunun uygulanması bakımından sadece, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar bakımından vergi mahkemelerini görevlendirmiş ve böylece vergi davasının konusunun belirlenmesinde yaşanan bazı tereddütler giderilmiştir. Vergi davasının konusu ve kapsamı, vergi yargısı alanına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin tahsil aşamasındaki uyumsuzluklar ile sınırlandırılmıştır.

²⁰ 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un (RG, 20.01.1982, 17580) 13. maddesine göre, vergi mahkemelerinin göreve başlaması ile bu mahkemelerin görev alanına giren konularla ilgili olarak 6183 sayılı kanunda yer alan; "itiraz komisyonu" ve "vergiler temyiz komisyonu" ifadeleri "vergi mahkemesi"; "vergi ihtilafı" deyimini "vergi davası" ve "itiraz" ibaresi de "vergi mahkemesinde dava açılması" olarak anlaşılmak gerekir.

²¹ Ağar, S.: Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları. Ankara 2009, s. 164.

²² Öncel, M./Kumrulu, A./Çağan, N. : Vergi Hukuku, Ankara 2014, s. 166.

açan, eş anlatımla mal kaçırma sayılan hukuki tasarrufların önlenmesine ilişkindir.²³ Bunlar arasında; ihtiyatî tahakkuk, ihtiyatî haciz, amme borçlusundan teminat istenmesi, amme alacaklısı lehine tanıyan rüçhan hakkı, amme borçlusunun amme alacağını ödemekten kaçınmasına ilişkin bazı hukuki işlemlerinin iptal edilmesi bulunur.

Amme alacaklarının tahsiline ilişkin olarak özel bir kanunun gerekip gerekmediği tartışmalıdır.²⁴ Bu soruya vergi hukukçuları ve medeni usul hukukçuları farklı yaklaşırlar. Vergi hukukçularına göre, devletin amme hukukundan kaynaklı alacakları için 6183 sayılı Kanun hükümleri gerekli ve zorunludur.²⁵ Zira alacağın niteliği farklıdır. İİK'na tâbi alacaklar özel hukuk ilişkisinden kaynaklandığı halde 6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsil edilen alacaklar kamu hukuku ilişkisinden doğar. Bu nedenle devletin varlığı için zorunlu olan amme alacaklarının tahsili tehlikeye girmemelidir. Kaldı ki tarafların hukuki durumları da farklıdır. Genel icra hukukunda taraflar eşit statüde oldukları halde kamu icra hukukunda alacaklı devlet, il özel idareleri ve belediyeler olup, amme alacağı diğer alaklardan üstün niteliktedir.²⁶ Ayrıca kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereği, devletin vergi gelirine sürekli ihtiyaç duyması nedeniyle tahsil işleminin etkin ve hızlı bir şekilde yapılması şarttır. İİK, bu etkinliği ve hızı sağlayamaz.²⁷

Medeni usul hukukçuları ise, genel olarak, amme alacakları ile özel alacaklar arasında derece ilişkisinin olmaması gerektiğini savunurlar.²⁸ Buna göre; amme alacakları için ayrı bir kanun olmama-

²³ Karakoç, Y.: Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan 2009, (s. 375-426), s. 376.

²⁴ Bu tartışmalar için bkz; Kumrulu, A.: Vergi İcra Hukukuna Kuramsal Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı (s. 647-668), Ankara 1981, s. 651; Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 15-22; Arslaner, H.: 6183 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Tahsili. Ankara 2010, s. 111 vd.; Çiftçi, P.: Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2010, C.12, s. 313-379, s. 327 vd.

²⁵ Kumrulu, s. 652.

²⁶ Gerçek, A.: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku. Bursa 2010, s. 18.

²⁷ Kumrulu, s. 648; Karakoç, Y.: Genel Vergi Hukuku, Ankara 2014, s. 579; Karakoç, Y.: Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku, *Vergi Sorunları Dergisi* (s. 116-135), Ankara 2001, S. 153, s. 116; Öncü, K.: Vergi Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları. Ankara 2012, s. 22.

²⁸ "Bir alacak cebri icra yolu ile tahsili kabil hale gelince, bunun tezelden ve az masrafla tahsili Devletin vazifesidir. Bunun için alacağın mahiyeti, yani amme veya hususi hukuk alacağı ile içtima edince amme menfaati mülâhazası ile imtiyazlı

lı, İsviçre hukuk düzeninde olduğu gibi İİK içerisinde bazı özel hükümlerde amme alacaklarına yer verilmelidir.²⁹ Bu bakımdan amme alacaklarına ayrıcalık tanınmasının Anayasada düzenlenen eşitlik ve ölçülülük ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.³⁰ Özellikle ayrı bir icra kanununun olmasının yanında, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın idareye ihtiyati haciz kararını alabilme yetkisinin tanınması, amme alacaklarına imtiyaz tanınması ve devlet mallarının haczedilmezliğinin; eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ile bağdaşmadığı savunulmuştur.³¹ Ayrıca savunma hakkı bakımından vatandaşların genel hacizden farklı olarak itiraz ile değil, ancak dava yolu ile borçlu olmadıklarını ispat etmek zorunda olması, bunun yanında Tebligat Kanunu hükümlerinden farklı olarak Vergi Usul Kanununda özel tebligatı kolaylaştırıcı hükümlerin getirilmiş olması bu eşitsiz durumu daha da pekiştirir. Bu nedenle 6183 sayılı Kanun münferit hükümlerini eleştirmek çok anlamlı değildir. Kanunun kendisi ve kurduğu sistem hukuk karşısında her yönü ile sorunludur.³² İdarenin işlemleri bakımından en fazla önem arz eden husus, idarenin keyfi davranışlarından kişilerin korunmasıdır. Bu korumanın sağlanması, hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur. Ancak idarenin 6183 sayılı Kanun'a göre yapacağı ta-

sayılabilir, yani borçlunun mahdud mallarından amme alacağının hususî hukuk alacağından önce ona tercihan tahsil edileceği kabul edilebilir. Fakat, amme alacağı kolaylıkla tahsil edilecek, buna mukabil hususî hukuk alacağı ihmal edilecektir denemez; modern Devlet düzeninde böyle bir ayırım yapılamaz. Bu yönden 6183 sayılı Kanun'un Türk takip hukukunda yeri olmaması gerekir." Berkin, N.: İcra Hukuku Dersleri, 538 Sayılı Kanuna ve Son İçtihatlarla Göre İcra Hukuku Prensipleri-Haciz-Rehnin Paraya Çevrilmesi-İcra Suçları, İstanbul 1969, s. 17; Pekcanitez/Atalay/Özkan-Sungurtekin/Özekes, s. 98; Ansay, S. Ş.: Hukuk İcra İflas Usulleri. Ankara 1960, s. 16; Postacioğlu, İ.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 21; Özekes, M.: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler. Ankara 2009, s. 195; Atalay, O.: Bankacılık Kanunu'ndaki Takip Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi. Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (8 Haziran 2007), (s. 57 vd.). Ankara 2007, s. 76. Görüldüğü üzere medeni usul hukukunda hâkim fikir kamu alacaklarının tahsili için ayrı bir takip usulünün olmaması gerektiği yönündedir.

²⁹ S.S. Ansay'a göre, "Bu hükümlerin birçoğu İİK'ndaki maddelerin tekrarı mahiyetinde olduğundan amme alacakları için böyle bir kanuna pek ihtiyaç olmadığı göze çarpmaktadır..." Ansay, Hukuk İcra İflas Usulleri, 1960, s. 16; Pekcanitez/Atalay/Özkan-Sungurtekin/Özekes, s. 98; Postacioğlu, İcra Hukuku Esasları, s. 21; Karslı, A.: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2014, S. 5; Berkin, N.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, S. 20; Çiftçi, s. 329.

³⁰ Özekes, s. 195.

³¹ Özekes, s. 195 vd.

³² Özekes, s. 195.

kiplerde sahip olduğu yetkiler göz önüne alındığında, kişilerin keyfî davranışlarla karşılaşma tehlikesinin oldukça yüksek olduğu açıktır.³³ 6183 sayılı Kanun, alacaklı ile borçlu arasında olması gereken menfaat dengesini alacaklı devlet lehine güçlü bir biçimde bozar.³⁴

İsviçre İcra ve İflas Kanunu (SchKG) hem özel hukuka ilişkin alacaklar hem de amme alacaklarının tahsiline hizmet eder. Amme alacakları için özel bir kanun yoktur.³⁵ Ancak Alman hukukunda amme alacakları bakımından "İdari İcra Kanunu (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27 Nisan 1953)" isimli özel bir kanun mevcuttur. Ayrıca Adli Takip Kanunu (Justizbetriebsordnung) isimli kanunda, diğer amme alacaklarının cebri tahsili düzenlenmiştir.³⁶

İsviçre sisteminden farklı olarak ülkemizde de Alman hukuk sistemine uygun olarak amme alacaklarının üstün olduğu fikri kabul edilmiştir.³⁷ Bu nedenle, bu nevi alacakların tahsilinin etkin ve hızlı yapılabilmesi amacıyla 21.07.1953 tarihinde 6183 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunda tasarrufun iptali konusunda İİK'na benzer, ancak ondan farklı hükümler düzenlenmiştir. Bu anlamda 6183 sayılı Kanun'a göre karşılıksız bağışlar (m. 27), bağışlama olarak nitelendirilen tasarruflar (m. 28), hükümsüz sayılan işlemler (m. 29) ve amme alacağının tahsiline imkân bırakmamak amacıyla yapılan tasarruflar (m. 30) iptal davasına konu olabilir.

Çalışma, İİK'na göre açılan tasarrufun iptali davaları ile 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davaları arasında Yargıtay tarafından benimsenen özel dava şartları bakımından farklılıkların neler olduğu hususunda sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Yargıtay, İİK'na göre açılan tasarrufun iptali davaları yönünden kabul ettiği özel dava şartlarını, 6183 sayılı Kanuna göre açılan davalar bakımından da kabul etme eğilimindedir. Bu çalışmada, genel icra hukukunda kabul edilen özel dava şartlarının, 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davaları yönünden kabul edilip edilemeyeceği incelenmeye çalışılmıştır.

³³ Çiftçi, s. 329.

³⁴ Çiftçi, s. 329.

³⁵ Çiftçi, s. 328.

³⁶ Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s. 15.

³⁷ Alman hukukunda kamu alacakları için ayrı bir icra kanununun kabul tarihi olan 27 Nisan 1953 tarihinden çok kısa bir süre sonra yani 21 Temmuz 1953'de ülkemizde de ayrı bir kanun ile amme alacaklarının tahsili düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanun'a ilişkin çalışmalar, genellikle, vergi hukukçuları tarafından yapılmıştır. Alacağın kaynağının amme hukuku olması bunun temel nedenidir. Ancak 6183 sayılı Kanun aynı zamanda bir icra kanunudur. İcra hukukuna ait temel ilke ve prensiplerin geçerli olması gerekir. En azından icra hukukuna ait hangi prensiplerin kamu yararına feda edildiğinin doğru ve sağlıklı bir biçimde ayırt edilmelidir. 6183 sayılı Kanun'u kapsayan çalışmalara bakıldığında, genellikle 6183 sayılı Kanun'a göre yapıldığı, İİK ile ilişkiye yeterince değinilmediği fark edilecektir. Bu sonucun ortaya çıkmasında vergi hukuku ile icra hukukunun farklı iki disiplin olmasının etkisi büyüktür. Bu çalışmada, Yargıtay tarafından, İİK açısından kabul edilen tasarrufun iptali davalarındaki özel dava şartlarının, kamu icra hukuku alanında uygulanıp uygulanamayacağı sorunu incelenmeye çalışılacaktır.

I- İPTALE TÂBİ HÜKÜMSÜZ İŞLEMLER

Bir amme borçlusunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, borçlunun iflasına karar verilmesi veya mallarının haczedilmesi gibi durumlarda sınırlandırılmış olur. Tasarruf yetkisinin bu şekilde sınırlandırılacağı ihtimalini dikkate alan amme borçlusu, bu durumun önüne geçmek için mal kaçırmak kastıyla birtakım hukuki işlemlerle malvarlığını azaltabilir. 6183 sayılı Kanun'da, iptal davasına konu işlemler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve alacaklı amme idaresine bu gibi tasarrufların hükümsüzlüğü iddiası ile genel mahkemelerde iptal davası açma imkânı verilmiştir. Böylece kesinleşmiş amme alacağının tahsilinin önlenmesi amacıyla amme borçlusunun malvarlığını azaltma yönündeki hukuki tasarrufları geçersiz kılınmak istenmiştir. Amme borçlusu hakkında alacaklı amme idaresince yapılan cebri icra muameleleri sonucunda mevcut malvarlığının amme borcunu karşılamaya yetmediği anlaşıldığında iptal şartlarının gerçekleştiği hukuki muamelelerin (tasarrufların) hükümsüzlüğüne karar verilmesi için iptal davası açılır ve yapılan yargılama sonucunda mahkemece talep uygun görülürse amme alacağına yetecek kadar tasarrufun iptaline karar verilir. Böylece amme borçlusunun malının bulunmaması ya da malı bulunmakla beraber, borcunu karşılamaya yetmemesi durumunda amme alacağının tamamının veya bir kısmının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla amme borçlusu tarafından yapılan tek taraflı işlemlerle, amme borçlusunun borcunu ödememek için mal kaçırma

amacını bilen ve bilmesi lazım gelen kişilerle yaptığı tüm işlemlerin tarihleri ne olursa olsun hükümsüzlüğü sağlanarak, amme alacağı tahsil edilir. İptal davasının amacı, amme borçlusunun haciz ve iflastan önce (tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı bir devrede) yaptığı mal kaçırmaya yönelik hukuki tasarruflarını, alacak miktarı için ve miktarla sınırlı olarak iptal ederek, malvarlığından çıkmış olduğu mallardan, bunlar sanki borçluya ait imiş gibi amme alacağının tahsilini sağlamaktır.³⁸ Tasarrufun iptali davasına ilişkin bir diğer düzenleme özel alacaklar için İİK'da vardır. 6183 sayılı Kanun'un 24. ve onu izleyen maddelerinde İİK'nun 277. ve devamı maddelerinde düzenlenen iptal davasına benzer bir dava türü getirildiği görülür. Alacaklı amme idaresi tasarrufun iptalini gerektiren şartların oluştuğunu tespit ettiği takdirde tasarrufun iptali davasını açmak zorundadır. Zira tasarruf işleminin iptali ancak mahkeme kararı ile mümkündür. Davanın açılıp açılmaması konusunda alacaklı amme idaresinin takdir hakkı yoktur.

Amme borçluları, bazen, alacaklıların alacaklarını elde etmelerine engel olmak maksadı ile mallarını elden çıkarmaya ve bu şekilde alacaklıların teminatı olan malvarlıklarını eksiltmeye teşebbüs ederler. İşte borçlu, kanun koyucunun kabul etmediği bir şekilde alacaklı zararına malvarlığını azaltırsa, buna yönelik tasarruflar iptal edilir. Özel hukuk alacakları bakımından İİK'nın 277 ve devamı maddeleri, amme alacakları için ise 6183 sayılı Kanun'un 24 ilâ 31. maddelerinde sayılan tasarrufların hükümsüz sayılarak iptal edilmesi mümkündür.³⁹ İptal davası, amme alacağının korunması amacı ile bazı tasarruf ve işlemlerin hükümsüz sayılmasının doğal sonucudur.⁴⁰ Tasarrufun iptali davası, genel mahkemelerde (asliye hukuk mahkemelerinde) açılan bir eda davası niteliğinde olup, aynı değil,⁴¹ amme idaresinin alacağına

³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.10.2002 tarih ve 2002/15-849-861 sayılı kararı; Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 18.05.2004 tarih ve 2004/1383-2791 sayılı kararı; Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 30.01.2002 tarih ve 2001/4239 Esas, 2002/421 Karar sayılı kararı; Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 18.03.2002 tarih ve 2002/531-1173 sayılı kararı; Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 19.02.1990 Tarih ve 1989/4146 Esas, 1990/639 Karar sayılı kararı; Yargıtay (17). Hukuk Dairesi'nin 14.07.2011 tarih ve 2011/5563-7537 sayılı kararı; (Öner, 2015, s. 179), (Özdemir, 2014, s. 114), (Tombaloğlu, 2011, s. 298).

³⁹ Ağar, Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, s. 201.

⁴⁰ Oktar, S. A.: Vergi Hukuku, İstanbul 2014, s. 316.

⁴¹ Yarg. (15). HD, 21.10.2004, 2004/3131-5291, (Kazancı İçtihat Programı).

ilişkin nispi nitelikte kanundan doğan şahsi bir hakka dayanır.⁴² 6183 sayılı Kanunun 24. maddesinde “açılır” şeklinde bir ifade bulunduğu, aynı kanunun 27 ilâ 30. maddelerinde belirtilen tasarrufların hükümsüz sayılması için aranan şartların varlığının tespit edilmesi durumunda amme alacaklısı idare, tasarrufun iptali davasının açmak zorundadır. Eş anlatımla, bu konuda alacaklı amme idaresinin takdir yetkisi veya seçimlik hakkı yoktur.⁴³ İptal davası; alacaklı amme idaresine alacağını tahsil imkânı sağlayan nispi nitelikte kanundan doğan şahsi davalardır.⁴⁴

Kamu icra hukukunda amme alacağının eksiksiz olarak tahsilini sağlama amacıyla kabul edilmiş olan tasarrufun iptali davası, amme borçlusu tarafından yapılan ve muvazaalı sözleşmelerden farklı olarak hukuken geçerli, fakat kanunda belirtilen niteliklere sahip olan tasarruftan/işlemden yararlanan kişiler arasında geçerli olan (sahte olmayan) işlemlere karşı açılır.⁴⁵ Tasarrufun iptali davasının amacı, borçlunun mal kaçırmaya yönelik olarak yapmış olduğu hukuki işlemleri davacı amme alacaklısı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun iptali istenen işlemler aracılığıyla malvarlığından çıkarmış olduğu mallar üzerinden cebren takip yoluyla amme alacağının tahsiline imkân sağlanmasıdır.⁴⁶ Alacaklı amme idaresinin dava açmadan bu gibi tasarrufları hükümsüz sayarak cebren tahsil işlemleri yapması (örneğin amme borçlusunun taşınmazını devrettiği üçüncü kişinin malını haczetmesi) mümkün olmayıp, bu durum fonksiyon gaspı teşkil eder.⁴⁷

Tasarrufun iptali davası açılabilmesi, amme borçlusu tarafından yapılan tasarrufun hükümsüz sayılabilmesi için 6183 sayılı Kanun’un 27 ilâ 30. maddelerinde aranan şartların varlığına bağlı olup, bu şartların somut olayda tahakkuk ettiğini ispat külfeti davayı açan alacaklı amme idaresindedir.⁴⁸ Yapılan takipte, amme borçlusunun, tasarrufun iptali davasına konu olabilecek tasarrufları dışında kalmış malvarlı-

⁴² Özdemir, M.: Vergi İcra Hukuku. İstanbul 2014, s. 124; Tombaloğlu, M. L.: Amme Alacağının Takip ve Tahsil Usulü. Ankara 2011, s. 300.

⁴³ Candan, T.: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. Ankara 2007, s. 153.

⁴⁴ Seri: A, Sıra No: 1, Tahsilat Genel Tebliği, İkinci Bölüm, VI, RG, 29.06.2008, 26921.

⁴⁵ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 378.

⁴⁶ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 658.

⁴⁷ Candan, s. 152

⁴⁸ Candan, s. 154

ğından tahsil imkânı bulunduğunda veya teminat alınabildiğinde tasarrufun iptali davası açılmasında hukuki yarar yoktur.⁴⁹

Amme alacağını ödememiş borçlulardan, süresinde veya hapisle tazyikine karşın mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veya beyan ettiği malların borcuna yetmediği anlaşılanların ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme süresinin başlamasından sonra yaptıkları bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar hükümsüzdür. Buna göre;

- Üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan hısımları ile eşler ve ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) sıhrî hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarruflar,
 - Sözleşmenin yapıldığı sıradaki değerine göre amme borçlusunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği sözleşmeler,
 - Amme borçlusunun kendisine veya üçüncü bir şahıs yararına kaydı hayat şartı ile irat ve intifa hakkı tesis ettiği sözleşmeler,
- “bağışlama” olarak kabul edilip hükümsüzlüğü öne sürülebilir.

Amme alacağını ödemeyen borçlulardan süresinde veya hapisle tazyikine karşın mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veya beyan ettiği malların borcuna yetmediği anlaşılanların ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme süresinin başlamasından sonra yaptıkları tasarruflardan; borçlunun teminat göstermeyi önceden taahhüt etmiş olduğu haller hariç olmak üzere,

- Amme borçlusu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler,
 - Borca karşılık para veya olağan ödeme araçlarından başka bir şekilde yapılan ödemeler,
 - Vadesi gelmemiş bir borç için yapılan ödemeler,
- “hükümsüz” sayılır.

Amme borçlusunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân

⁴⁹ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 383.

bırakmamak amacı ile amme borçlusu tarafından yapılan tek taraflı işlemlerle amme borçlusunun maksadını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün muameleler, tarihleri ne olursa olsun, hükümsüzdür.

Amme borçlusunun bahsedilen işlem ve sözleşmelerinin iptali için genel hükümlere dayanılarak adli yargıda dava açılır. 6183 sayılı Kanun'da özel bir yetki kuralı yer almadığından iptal davasında yetkili mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre tayin ve tespit edilir. İptalin muhatabı, amme borçlusu ile hukuki muamelede bulunan veya amme borçlusu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları ve kötüniyet sahibi diğer üçüncü kişilerdir. Eş anlatımla, iptal konusu bir tasarrufa konu olan bir malı alan bir kimse, bu malı borçlunun bu durumunu bilen veya bilmesi gereken birine temlik ederse, malı temellük eden aleyhine de dava açılabilir. İfade ile yükümlü olanların mirasçıları aleyhine, kötüniyet şartı aranmaksızın dava açılabilir. İflas halinde veya mirasın resmi tasfiyesinde dava, iflas masası ve tasfiye memurlarına açılır. Savunmasının alınması ve göstereceği delillerin tartışılması bakımından amme borçlusunun davaya dâhil edilmesi mümkündür.⁵⁰ İptal davasının açılabilmesi için takip konusu amme alacağının vadesinin (ödeme gününün) gelmiş (muaccel) olması ve borçlunun malvarlığından tahsil edilememesi (vadesinde ödenmemiş, mal beyanında bulunulmamış veya bildirilen malların borcu karşılamaya yetmemiş olması) gerekir.⁵¹

6183 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre aynı Kanun'un 27, 28, 29 ve 30. maddelerindeki tasarruflar gerçekleştikten beş yıl sonra iptal davası açılmaz. 6183 sayılı Kanun'un ivazsız tasarrufların hükümsüzlüğüne dair 27. maddesi ile hükümsüz sayılan diğer tasarruflar ile ilgili 29. maddesindeki iki yıl şartı, kamu alacağının ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru hangi sürede yapılmış tasarrufların iptalinin istenebileceğine ilişkindir. Bu hükümlere göre açılacak davalarda hak düşürücü sürenin hesabında tasarrufun gerçekleştiği

⁵⁰ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 660; Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 382-383; Mutluer, M. K.: Vergi Genel Hukuku. İstanbul 2006, s. 457-458.

⁵¹ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 658; Şenyüz D./Yüce M./Gerçek A.: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Bursa 2015, s. 320-321.

tarihten itibaren beş yıllık süre dikkate alınır.⁵² 6183 sayılı Kanun'un 26. maddesi zamanaşımı itibariyle düzenlenmişse de, buradaki sürenin "hak düşürücü süre" olarak değerlendirilmesi gerekir.⁵³ 6183 sayılı Kanun'da süreyi durduran veya kesen sebeplerle ilgili olarak herhangi bir belirleme yapılmamış olması da bunu gösterir. Ancak öğretide bu sürelerin "zamanaşımı" süresi olduğu savunulmuştur.⁵⁴ Yargıtay da, 6183 sayılı Kanun uyarınca amme alacağından dolayı en geç tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde iptal davası açılabileceği ve bu sürenin "hak düşürücü süre" olduğu görüşündedir.⁵⁵ Kanaatimize göre de, 6183 sayılı Kanun'un 26. maddesinin başlığı, "*Hükümsüz sayılmada zamanaşımı*" olsa dahi burada kast edilen şey hak düşürücü süredir. 6183 sayılı Kanun'un hükümsüz sayılmada zamanaşımı başlıklı 26. maddesinin metni şu şekildedir; "*27, 28, 29 ve 30 uncu maddelerde sözü geçen tasarrufların vukuu tarihinden beş yıl geçtikten sonra mezkûr maddelere istinaden dava açılmaz.* Dikkat edileceği üzere madde başlığı ile metin içeriği birbiri ile uyuşmamaktadır. Madde başlığı her ne kadar zamanaşımı ifadesini kullansa da, maddenin içeriği kesin bir ifade ile iptale tabi tasarrufun gerçekleşmesinden beş yıl sonra davanın açılmayacağını söylemektedir. Bu hak düşürücü durumları izah etmek için kullanılan bir ifadedir. Kastedilen iptale tabi tasarrufun gerçekleşmesinden sonra artık bu davanın açılmayacağıdır. Zaten bu hükmün karşılığı olan İİK'nun 284. maddenin başlığı, hak düşürücü süredir. İİK'nun 284. maddesi, durumu açık bir şekilde ifade etmiştir. Buna göre; iptal davası hakkı, iptale tabi tasarrufun gerçekleşmesinden itibaren beş sene geçmekle düşer. 6183 sayılı Kanundaki hükmün anılan maddeye uygun bir şekilde anlaşılması gerekir. Nitekim Yargıtay tarafından da bu şekilde anlaşılmıştır. Hak düşürücü süre olması nedeniyle, taraflar ileri sürmese dahi, hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

İptal davası kabul edildiğinde alacaklı amme idaresi davaya konu mal üzerinde cebri icra yoluyla alacağını tahsil edebilme hakkını ka-

⁵² Açar, Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, s. 202.

⁵³ Aynı yönde bkz.; Çoşkun, M.: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2013, s. 272; Şenyüz/Yüce/Çerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2015, s. 322.

⁵⁴ Bkz.; Oktar, s. 316; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 168.

⁵⁵ Yarg. (10). HD, 04.06.2009, 2008/2457 Esas, 2009/10184 Karar.

zanır. Davanın konusu taşınmaz ise, davalı üçüncü şahıs adına görünen tapu kaydının düzeltilmesine gerek kalmaksızın o taşınmazın haczi ve satışı istenebilir. 6183 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca iptal davasına konu tasarruf ve muameleden yararlananlar kazandıklarını elden çıkarmışlarsa, mahkemece takdir edilecek bedeli ödemek zorundadırlar.

Alacaklı amme idaresi, asliye hukuk mahkemesinde doğrudan tasarrufun iptali davası açabileceği gibi, açılmış bir istihkak davasına karşılık dava olarak da tasarrufun iptali davası açabilir. Eş anlatımla, tahsil dairesinin yaptığı hacze karşı üçüncü kişilerin istihkak davası açması ve alacaklı amme idaresinin hacizli malın borçluya ait olduğu iddiasında olması halinde, karşılık dava şeklinde tasarrufun iptali davası açılabilir.⁵⁶ 6183 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre, amme alacağının tahsili için açılan tasarrufun iptali davaları öncelikle olarak görüleceğinden, bu davalara adli tatil içerisinde de ve diğer davalardan öncelikli olarak (takdimen) bakılır.

II- KAMU İCRA HUKUKUNA GÖRE AÇILAN TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA İİK'DA BULUNAN HÜKÜMLERİN UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI SORUNU

Kamu icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davaları ile genel icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarını incelemeye geçmeden önce 6183 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde İİK hükümlerinin uygulanabilme kabiliyetinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

Vergi hukuku öğretisi ile içtihat arasında bu konuda görüş farklılıkları mevcuttur. Vergi hukukçularına göre; vergi hukukundaki kıyas yasağı kamu icra hukukunda da aynen geçerli olmalıdır. Bu sebeple 6183 sayılı Kanun'da boşluk bulunması durumunda İİK hükümlerinin kendiliğinden kıyas edilmeyeceği, bu kıyasın ancak 6183 sayılı Kanun'da açıkça İİK'ya yollama yapılan yerlerde mümkün olabileceği, kanunda boşluk olması halinde ise bu boşluğun kıyas yolu ile değil, bu boşluğun bizatihi 6183 sayılı Kanun çerçevesinde oluşturulacak

⁵⁶ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 382.

İçtihatla giderilmesi gerektiği savunulmuştur.⁵⁷ Bir diğer görüş ise, İİK'da bulunan hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün olsa bile bu kıyasın çok istisnai durumlarda ve her bir iptal nedenin ayrı ayrı incelenmesi suretiyle uygulanabileceği yönündedir.⁵⁸ İstisnai olarak kıyas yapılmasına örnek olarak, özellikle, 6183 sayılı Kanun'da yer almasına rağmen, davanın, hem borçluya hem de borçlu ile işlem yapan üçüncü kişilere açılması gerektiği, burada İİK'nın 282. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği verilebilir.⁵⁹ Ancak bu konuda hâkim fikir, İİK'da bulunan, ancak 6183 sayılı Kanun'da yer almayan esasa ilişkin iptal nedenlerinin kıyasen 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında uygulanmaması şeklindedir.⁶⁰ Bunun için 6183 sayılı Kanun'da ayrıca bir değişikliğe gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶¹

Ancak bu konuda Yargıtay'ın içtihadı farklıdır. Yargıtay, 6183 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğinde olan İİK hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği görüşündedir.⁶² Bu noktada, İİK'da tasarrufun iptali davasına ilişkin hükümlerin hangilerinin amme alacaklarının tahsili için açılan iptal davalarında uygulanabileceği tartışmalıdır. Bunun sebebi, 6183 sayılı Kanun'un mantığının, amacının, korumaya çalıştığı değerlerin ve işleyiş sisteminin özel hukuk alacaklarının tahsilini belirleyen İİK'dan farklı olmasıdır.⁶³ Ancak tasarrufun iptali davalarında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olduğundan, verilecek kararın temyiz talebini Yargıtay'ın İİK'ya

⁵⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 163; Öncü, s. 25; Kumrulu, s. 653.

⁵⁸ Arslaner, s. 401. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: "Borçlu taşınmazlarını davalıya devrettiğine göre davada hasım olarak gösterilmesi gerekmektedir. Her ne kadar 6183 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde, "borçlunun iptal davasında hasım gösterileceğine dair" bir hüküm yer almamakta ise de, tasarrufun iptaline dair verilecek kararın borçlunun haklarını doğrudan etkileyeceği kuşkusuzdur. Her şeyden önce tasarrufun iptal edecek bölümü konusunda savunmasının alınması ve göstereceği kanıtların toplanarak tartışılması hukukun temel ilkelerindendir." (Yarg. 15. HD. T: 21.01.1991, E: 1990/5267, K: 1991/35, naklen, Öncü, 2012, s. 63).

⁵⁹ Arslaner, s. 400.

⁶⁰ Arslaner, s. 400; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 163; Öncü, s. 25.

⁶¹ Arslaner, s. 406.

⁶² "6183 sayılı Kanun'a dayalı olarak açılan tasarruf iptali davaları, bu yasadaki özel hükümler uyarınca çözülür. Ancak özel yasada hüküm bulunmayan durumlarda, İİK' 277 ve müteakip maddelerindeki hükümler bu davalarda da kıyasen uygulanır". (Yarg. 15. HD, 01.07.2002, 3149-3582; 14.10.1994, 4834/7510; 11.07.1991, 263/3676, nak: Arslaner, 2010, s. 404).

⁶³ Öncü, s. 26

ilişkin açılan tasarrufun iptali davalarının temyiz istemlerini incelemekle görevli hukuk dairesi inceler.⁶⁴ Bu durum kararlara da yansır ve 6183 sayılı Kanuna ilişkin olarak açılan iptal davalarında İİK'ya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği içtihat edilir. Bu çalışmada, özellikle Yargıtay tarafından İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarında kabul edilen özel dava şartlarının 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarındaki karşılığı incelenmeye çalışılmıştır. İİK'daki tasarrufun iptali davalarındaki esasa ilişkin varsayımların, kıyasen 6183 sayılı Kanun'a göre açılan iptal davalarında da uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı inceleme haricinde tutulmuştur.

III- ÖZEL DAVA ŞARTLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

A- “Özel Dava Şartı” Kavramı ve Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları

Burada, öncelikle, iptal davasının açılabilmesi için gerekli ve Yargıtay tarafından benimsenmiş özel dava şartları incelenecektir. Hukuk yargılaması çerçevesindeki genel dava şartları inceleme dışında tutulmuştur. Önce “dava şartı” kavramı ve “özel dava şartı” kavramı değerlendirilecektir.

Dava şartları, davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlardır.⁶⁵ Dava şartlarının neler olduğu HMK'nın 114. maddesinde toplu olarak sayılmıştır.⁶⁶ Dava şartları birçok ayrıma tâbi tutulmakla birlikte ince-

⁶⁴ “6183 sayılı Yasa'ya göre açılan tasarruf ve işlemlerin (muamelelerin) iptali davalarına genel mahkemede bakılır. Kökleşmiş Yargıtay içtihatları da bu doğrultuda olup, davanın adli yargı yerinde incelenmesi gerekir” (Yarg. 15 HD, 26.11.1986, 754/3975, nak: Pekcanitez/Atalay/Özkan-Sungurtekin/Özekes, 2012, s. 841).

⁶⁵ Kuru B.: Dava Şartları, Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, (s. 109-147), s.111., Kuru B./Arslan R./Yılmaz E. :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s.256; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2012, s. 348; Ulukapı, Ö.: Medenî Usûl Hukuku, Konya 2014, s. 222; Karşlı, A. : Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 455; Alangoya Y.:Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2003, 208.

⁶⁶ Dava şartları HUMK döneminde bu şekilde toplu olarak düzenlenmemiş idi. Nelerin dava şartı olduğu doktrin ve yargı kararları doğrultusunda belirleniyordu. Dava şartları konusunda yaşanan tereddütleri gidermek için HMK'ya bu yönde özel bir düzenleme getirilmiştir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, s. 348, Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, s. 455). Bu durum İsviçre hukukunda da aynı şekildedir. İsviçre Medeni Usul Kanunun 59. Maddesinde de dava

leme konusu bakımından önemli olan ayrım; dava şartlarının genel dava şartları ve özel dava şartları olarak bir ayrıma tâbi tutulup incelenmesidir. Buna göre HMK'nın 114. maddesinde sayılan dava şartları tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan şartlar olması nedeniyle bunlar genel dava şartları olarak adlandırılır.⁶⁷ Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, *"Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır."* ifadesi yer alır. Buna göre, HMK'da sayılan genel dava şartlarına ek olarak bazı münferit davalarda özel bir takım dava şartları öngören düzenlemeler vardır.⁶⁸ İnceleme konusu ile ilgili olan en güzel örnek, İİK'na göre iptal davası açılabilmesi için alacaklının elinde aciz vesikasının bulunması gerektiğinin İİK'nın 277/1-b,1'de açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca borçtan kurtulma davası için davacı borçlunun alacağın %15'i oranında teminat yatırması gerektiği (İİK m. 69), terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için davalı eşe ihtar kararının tebliğ ettirilmesi ve ihtar kararının tebliğinden itibaren iki ayın geçmesi gerektiği (MK m. 164/2) ilgili özel kanunlarında açıkça düzenlenmiş özel dava şartlarına örnektir. Genel ve özel dava şartlarının önemi, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğunun hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilebilmesi ve taraflarca da eksikliğin davanın her aşamasında ileri sürülebilmesidir (HMK m. 115/1). Dava şartlarının eksik olması halinde, davanın usulden reddedilmesi gerekir. Ancak dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, bunun tamamlanması için kesin süre verilir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse dava, dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddedilir. Dava şartları mevcut ise, ancak bu takdirde, davacı tarafından dava ile talep edilen hakkın (esas talebin) haklı olup olmadığı incelemesine geçilir.

Bütün açıklamalara rağmen kanunda düzenlenen bir hususun özel bir dava şartı olup olmadığını tespit etmek her zaman kolay değildir. Bu durumda, özellikle, belirtilen şartın davanın esasını incelemeye engel olup olmadığına ve hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınıp alınmadığına bakmak gerekir.⁶⁹

şartları toplu bir biçimde belirlenmiştir. (Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, s. 455).

⁶⁷ Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, s. 465.

⁶⁸ Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, s. 465.

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, s. 362.

Tasarrufun iptali davalarında Yargıtay içtihadıyla, kanunda sayılan aciz belgesi şartının yanında birtakım özel şartlar da öngörülmüştür. Bu şartlar bir kararda şu şekilde belirtilmiştir; “*Dava, İİK’nun 277. ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, borçlu hakkında yapılan bir icra takibinin kesinleşmiş olması, iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış bir aciz belgesinin bulunması gerekli olup bu şartların varlığı mahkemece re’sen değerlendirilmelidir.*”⁷⁰ Yargıtay, tasarrufun iptali davalarında, aciz belgesinin yanında bir takım özel dava şartları öngörmüş ve söz konusu şartların somut olayda aranması gerektiğini de kararlarında ısrarla vurgulamıştır. Aciz belgesinin dışındaki diğer şartlar, İİK’da belirtilen şartlar değildir. Yargıtay tarafından benimsenen bu şartların niteliğinin ne olduğu bir sorun alanıdır. Kararda açıkça “dava şartı” denilmemiş, onun yerine “hâkim tarafından resen dikkate alınır.” ifadesi tercih edilmiştir. Bu ifade tarzı, özellikle sayılan durumların kanunda açıkça dava şartı olduğu belirtilen aciz belgesi kavramı ile birlikte değerlendirilmesi ve hâkim tarafından resen incelenecek olması, aciz belgesi dışında sayılan diğer şartların da Yargıtay tarafından dava şartı olarak anlaşıldığına işarettir. Bir hususun dava şartı olarak kabul edilmesinin önemi, dava şartının yokluğu durumunda davanın esasına girilmeden usulden reddedilecek olmasıdır. Usulden reddedilen dava ise, dava şartlarındaki eksikliğin tamamlanması halinde yeniden açılabilir. Davanın esastan reddedilmesi halinde ise, dava maddi hukuk tarafından öngörülen esas hakkın mevcut olmadığı anlamına gelir ve böyle bir dava bir daha açılmaz.

6183 sayılı Kanun’a göre açılan tasarrufun iptali davaları, Yargıtay’ın İİK’ya yönelik olarak ortaya koymuş olduğu özel dava şartları bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır. Genel icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında Yargıtay kararlarında belirtilen şartlar şunlardır; 1- Geçerli aciz belgesinin olması, 2- Davacının, davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, 3- Kesinleşmiş bir icra takibinin olması, 4- İptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması. Belirtilen şartlar genel icra hukukuna göre

⁷⁰ Yarg. 17. HD, 20.05.2009, 2951/3395, nak.: Güneren, A.: İcra ve İflas Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2012, s. 375.

açılan iptal davaları için öngörülmüştür. Kamu icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında ise, sayılan şartların karşılığı şu şekilde belirlenebilir; 1- Kesinleşmiş bir amme alacağının bulunması, 2- Kesinleşen amme alacağı için tahsil dairesince yapılan takibin kesinleşmiş olması, 3- Amme alacağının iptal konusu tasarruftan önce doğmuş olması.

B- Özel Dava Şartları

1- Kamu İcra Hukukuna Göre Açılan Tasarrufun İptali Davalarında Geçerli Bir Aciz Belgesinin Varlığının Gerekip Gerekmediği Sorunu

İİK'nun 277. maddesi hükmü uyarınca, genel icra hukukundan kaynaklanan iptal davalarında borçlu hakkında alınmış geçici (İİK m. 105/2) veya kesin aciz belgesinin (İİK. m. 105/1, 143) bulunması özel bir dava şartıdır. Alacaklıların, alacaklarını alabildikleri sürece, hukuki yarar yokluğundan borçlunun yapmış olduğu tasarrufları iptal ettirme hakları mevcut değildir.⁷¹ Alacaklının iptal davası açabilmesi için alacağını kısmen veya tamamen alamaması gerekir.⁷² Bu nedenle, alacaklının alacağını alamadığını ispatlaması için aciz belgesinin varlığı aranır.

Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için alacaklı amme idaresinin vadesinde ödenmeyen amme alacağının tahsiline yönelik olarak yaptığı takip işlemlerinin sonuçsuz kalması ve alacağın teminata bağlanmamış olması şarttır. Ayrıca amme borçlusu hakkında yapılan icra takibi ile haczedilen malların borca yeter miktarda olup olmadığı belirlenmelidir. Haczedilen malların değeri amme alacağına yetiyor ise, tasarrufun iptali davası açılmaz.

6183 sayılı Kanun'un 75/1 maddesine göre, amme borçlusunun haczedilebilir mallarının bulunmaması veya elde edilen malların takdir edilen rayiç değer toplamının amme alacağını karşılamadığı durumlarda, amme borçlusunun aciz halinde sayılır. Kamu icra hukukunda genel icra hukukunda yer alan borçlunun malvarlığının, borcu

⁷¹ Akil C.: Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014 C. 3, s. 159-201, s. 163.

⁷² Akil, s. 163.

kısmen veya tamamen karşılamadığını gösteren geçici veya kesin aciz belgesi yer almaz.⁷³ Ancak, uyuşmazlık konusu edilen durumlarda, mahkemenin, tahsil dairelerinden amme alacaklarının ne şekilde tahsil edilemediğinin ispat edilmesini talep etmesi mümkündür. Alacaklı amme idaresi, amme alacağının tahsil edilmediğini, borçlunun haczedilebilen başka bir malı bulunmadığını belirleyen haciz tutanağı ve 6183 sayılı Kanun'un 75. maddesine göre düzenlenen aciz fişi ile belgelendirebilecekleri gibi, mal bildiriminde bulunulmadığını da delil olarak gösterebilir.⁷⁴

Genel icra hukuku kapsamında açılan tasarrufun iptali davalarında İİK'nın 277. maddesi çerçevesinde borçlu hakkında alınmış olan geçici veya kesin aciz belgesinin (vesikasının) bulunması dava ön şartı olmasına rağmen, kamu icra hukukundan kaynaklanan tasarrufun iptali davalarında aciz belgesine gerek yoktur. Zira 6183 sayılı Kanun'da aciz belgesi ibrazını zorunlu kılan bir hüküm yoktur.⁷⁵ Ancak amme borçlusunun aciz halinin belirlenmesi bakımından 6183 sayılı Kanun'un 75. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, yapılan takip sonunda borçlunun haczedilebilir malı olmadığı veya haczedilen malların satış bedeli borcu karşılamadığı takdirde, borçlu aciz halinde sayılır.⁷⁶ Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için aciz belgesinin varlığı dava şartı değil ise de, süresinde mal beyanında bulunulmaması, haczedilebilir malının bulunmadığının belirtilmesi veya beyan edilen veya resen belirlenen malların takdir edilen kıymetlerine göre borca yetmeyeceğinin anlaşılması halinde,⁷⁷ amme borçlusunun aciz halinde olduğu kabul edilmelidir.⁷⁸ Amme borçlusunun haczedilen taşınır mallarının borcunun tamamını karşılamadığını

⁷³ "6183 sayılı Kanun'un 24 ve ardından gelen maddelerinde İİK'nın 277. maddesinde olduğu gibi aciz vesikası ibrazını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Süresinde mal beyanında bulunmayanlar ile haczi kabil malı olmadığını bildiren ya da beyan ettiği malın takdir edilen kıymetlerine göre borca yetmediği anlaşılan kamu borçlularının aciz halinde oldukları kabul edilerek iptal davası açılabilir.", Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 24/06/2003 tarih ve 2003/1643-3472 Karar sayılı kararı.

⁷⁴ Savaş, H. H.: Kamu Alacaklarında İptal Davası (II). *Mükellefin Dergisi* 2000, S. 87, s. 121-129, s. 125.

⁷⁵ Coşkun, s. 260-261

⁷⁶ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, 2009, s. 387.

⁷⁷ Yarg. (15). HD, 27.09.2005, 2005/2722-5004.

⁷⁸ Karataş, İ./ Ertekin, E.: Tasarrufun İptali Davaları. Ankara 1998, s. 319.

gösteren haciz tutanağı, geçici aciz belgesi niteliğindedir ve alacaklıya tasarrufun iptali davası açabilme imkânı sağlar. Bu durumda, haciz sırasında, borçlunun borcuna yetmeyecek miktarda malı tespit edilmiş ise, düzenlenen haciz tutanağının geçici aciz belgesi olarak kabul edilmesi gerekir.⁷⁹

6183 sayılı Kanunda, İİK'ya benzer şekilde, iptale tabi tasarrufların neler olduğu ayrıca düzenlenmiştir. Ancak 6183 sayılı Kanun'un "İptal davasının açılması" başlıklı 24. maddesinde, iptal davasının açılabilmesi için aciz belgesinin varlığı şartı aranmamıştır. Öğretide de, 6183 sayılı Kanun'a göre açılacak olan tasarrufun iptali davalarında, aciz belgesinin kanunun aradığı bir şart olmadığı için aranmaması gerektiği görüşü hâkimdir.⁸⁰ Diğer yandan alacağın elde edilmesinde devlet ve onu oluşturan bireylerin kanun önünde eşit olmaları gerektiğinden ve devletin alacağını temin etmesi konusunda zaten daha güçlü olmasından ötürü, bu konuda devlete ayrıcalık tanınmaması gerektiği de savunulmuştur.⁸¹ Ayrıca kamu icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında, aciz belgesinin gerekli olup olmadığı konusunda ikili bir ayrıma gidilmiştir. 6183 sayılı Kanun'un 27, 28 ve 29. maddelerine göre açılacak olan tasarrufun iptali davaları için ilgili maddelerdeki esasa ilişkin şartların yanında kesinleşmiş ve aynı zamanda ödenmemiş bir amme alacağının varlığı ile kesinleşmiş bir icra takibinin yeterli olması gerektiği, ancak 6183 sayılı Kanun'un 30. maddesine göre açılacak olan iptal davalarında ise amme alacağının alınamaması durumunun en azından net olarak tespit edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁸² Zira 6183 sayılı Kanun'un 30. maddesi; "Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde" şeklinde başlar, bu tespit ise ancak fiili haciz sırasında ya da haczedilmiş malların satışından sonra anlaşılabılır.⁸³

⁷⁹ Savaş, s. 121.

⁸⁰ Güneren, s. 1230; Öncü, s. 80; Toktaş, M.: Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler. Ankara 2009, s. 67; Akşener, H. S.: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, İstanbul 2007, s. 479; Uyar, T. / Uyar, A. / Uyar, C.: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2008, s. 841; Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 387.

⁸¹ Şimşek, E.: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, İstanbul 1996, s. 210, 211.

⁸² Arslaner, s. 392 vd.

⁸³ Arslaner, s. 392.

Yargıtay'ın, öğretideki hâkim fikre katıldığı söylenebilir. Yargıtay, 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında aciz belgesinin olması gerektiğine ilişkin kanunda herhangi bir şartın belirtilmemesi nedeniyle 6183 sayılı Kanun'a göre açılan davalarda aranmaması gerektiği görüşündedir.⁸⁴ Yargıtay'ın 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında, aciz belgesinin aranmamasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararları, öğretide yapılmış olduğu gibi 30. maddeye göre açılan dava ile aynı kanunun 27, 28 ve 29. maddeye göre açılan davalar şeklinde bir ayrıma tabi tuttuğu söylenemez.

6183 sayılı Kanun'da aciz belgesi şartının düzenlenmemesinin sebebi, kamusal nitelikli alacakların tahsilinin özel alacaklara göre daha kolay ve daha kısa sürede sağlanması gerektiği ve amme alacakları için öngörülen zamanaşımı dolmadan amme alacağının tahsilini sağlama düşüncesi olabilir.⁸⁵ Bu düşünce, 6183 sayılı Kanun'un düzenleniş amacına uygun olup, kanunun ruhunu yansıtır.

Aciz belgesinin aranması konusunda 6183 sayılı Kanun'un 75. maddesinde düzenlenen aciz haline de bakılmalıdır. Buna göre; *"Yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır. Yapılan takip safhalarıyla bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tespit olunur."* 6183 sayılı Kanun'a göre borçlunun aciz halinde sayılması için borçlunun haczi caiz malının olmaması veya mevcut mallarının satış bedelinin borcu karşılamaması gerekir. Borçlunun aciz halinde sayılabilmesi için haczedilen malların satışlarının da yapılmış olması şarttır. Aciz halinde sayılan borçlu için bir aciz fişi düzenlenir. Aciz fişinde, yapılan takibin safahatının ve bakiye borç miktarının göste-

⁸⁴ "Taraflar arasındaki uyumsuzluk 6183 sayılı Yasa'ya dayanan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Anılan Yasanın 24 ve ardından gelen maddelerinde -İİK.nun 277 maddesinde olduğu gibi- aciz vesikası ibrazını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Süresinde mal beyanında bulunmayanlar ile haczi kabil malı olmadığını bildiren ya da beyan ettiği malın takdir edilen kıymetlerine göre borca yetmediği anlaşılan kamu borçlularının aciz halinde oldukları kabul edilerek iptal davası açılabilir. Mahkemece İİK.277 vd. maddeleri uyarınca aciz vesikası ibrazının dava şartı olduğu kabul edilerek davanın reddi doğru olmamış, borçlunun borca yeter malının haczedilip edilmediği saptanmak, 6183 sayılı Yasa'nın 27-30. maddelerindeki tasarrufun iptali koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmak ve böylece hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmek üzere karar bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 15. HD, 24.06.2003, 1643/3472, Kazancı İçtihat Programı).

⁸⁵ Arslaner, s. 394.

rilmesi gereklidir. Aciz fişinin düzenlenmesi borçlunun aciz halinde olduğunun tespiti niteliğindedir.⁸⁶ 6183 sayılı Kanunda İİK'ya benzer şekilde aciz belgesi düzenlenmiş, ancak İİK'dan farklı olarak bu aciz fişinin tasarrufun iptali davaları için bir ön şart olması düzenlenmemiştir. Yapılan tasarruflar, şayet 6183 sayılı Kanun'un 27, 28 ve 29. maddelerine göre iptal edilecek ise, aciz belgesinin veya buna benzer bir belgenin aranmasına gerek olduğuna ilişkin 6183 sayılı Kanun'da bir ibare bulunmaması bilinçli bir tercihtir. Zaten 6183 sayılı Kanun'un amacı, iptal davasının açılması şartlarını kolaylaştırmaktır. Bu nedenle, İİK'dan farklı olarak tasarrufun iptali davasına ilişkin şartları 6183 sayılı Kanun içinde ayrıca düzenleme yoluna gitmiştir. Buna göre "müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veyahut beyan ettiği malların borcuna kifayetsizliği anlaşılanların" yapmış olduğu ivazsız veya ivazsız sayılan tasarruflar iptale tabi olur (m. 27). Nitekim Yargıtay'ın bir kararında bu gerekçeye dayanılarak aciz belgesini aramanın gerekmediği belirtilmiştir.⁸⁷ Vadesinde borcunu ödememiş olan amme borçlusunun, süresinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmaması; malı bulunmadığını bildirmesi ya da beyan ettiği malların borcuna yetmemesi, ödeme güçsüzlüğü (aciz hali) içinde bulunduğu karinesi olarak kabul edilir.⁸⁸ Ayrıca bir aciz fişinin aranmasına gerek yoktur.⁸⁹ Ancak İİK'da alacaklının iptal davası açarken ibraz etmek zorunda olduğu aciz belgesi kesin ya da geçici olabilir. Bu anlamda İİK'da kesin aciz vesikası ve geçici aciz vesikası ayrımı vardır. Kesin aciz belgesi icra takibi sonunda verilir (m. 143). İcra takibi sonunda verilen kesin aciz belgesinden (m. 143) başka, borçlunun haczedilebilir hiçbir malının bulunmadığını tespit eden haciz tutanağı da kesin aciz belgesi hükmündedir (m. 105, I) ve alacaklı, böyle

⁸⁶ Candan, s. 418.

⁸⁷ "Dava 6183 sayılı Yasa'nın 24 vd. maddelerine dayanılarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Aynı Yasanın 27, 28 ve 29. maddeleri uyarınca amme alacağını ödememiş borçlulardan mal beyanında bulunmayan, malı bulunmadığını beyan eden veya beyan ettiği malın borcuna kifayet etmediği anlaşılan borçluların yaptığı bağışlamalarla ivazsız tasarrufların hükümsüz olduğu belirtilmiş olup, mahkemece bu durumda anılan maddelerdeki iptal koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna uygun şekilde hüküm tesisi gerekirken borçlu hakkında düzenlenmiş aciz belgesi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi isabetsiz olduğu gibi...", Yarg. 15. HD, 29.11.2004, 4059/6073, Kazancı İçtihat Programı.

⁸⁸ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 383.

⁸⁹ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 387.

bir haciz tutanağı ile de iptal davası açabilir (m. 277/1). Alacaklı kesin aciz belgesinin yanı sıra geçici aciz belgesi ile de iptal davası açabilir (m. 277/1).⁹⁰ Ancak kamu icra hukukunda, genel icra hukukunda yer alan borçlunun malvarlığının, borcu kısmen veya tamamen karşılamadığını gösteren geçici veya kesin aciz belgesi yer almaz. 6183 sayılı Kanun'da yalnızca aciz fişini düzenleyen 75. madde vardır. Bu maddenin yorumuyla, geçici aciz vesikasına benzer bir sonuç çıkarılabilir. Bu nedenle süresinde mal beyanında bulunulmaması, haczedilebilir malının bulunmadığının belirtilmesi kesin acze örnek olarak gösterilebilirken beyan edilen ve/ya da re'sen belirlenen malların takdir edilen kıymetlerine göre borca yetmeyeceğinin anlaşılması durumu ise geçici acze örnek olarak verilebilir. Her ne kadar kanunda aciz belgesi şartı aranmasa bile bu maddenin yorumu yolu ile en azından alacaklı amme idaresinin alacağını alamadığına veya alamayacağına dair bir haciz vesikasının aranması tasarrufun iptali davasının getiriliş amacına uygun olur. Nitekim öğretide, borçlunun aciz halinde olduğunu belirleyen haciz tutanağının, aciz fişinin tüm sonuçlarını doğurduğu, borçlunun haczedilen taşınır mallarının borcunun tamamını karşılamadığını gösteren haciz tutanağının, geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu ve alacaklıya tasarrufun iptali davası açabilme imkânı sağladığı savunulmuştur.⁹¹ Bu durumda, haciz sırasında, borçlunun borcuna yetmeyecek miktarda malı tespit edilmiş ise, düzenlenen haciz tutanağının geçici aciz belgesi olarak kabul edilmesi gerekir. Zira tasarrufun iptali davasının ön şartı, davanın açıldığı tarihte aciz belgesinin ya da aciz fişinin varlığı değil, borçlunun gerçekten aciz halinde olmasıdır. Her iki belge de sadece bu maddi olguyu ispatlamak için kullanılır.⁹²

Ayrıca 6183 sayılı Kanun'da borçluya bir yükümlülük yüklenmiş ve bu yükümlülüğe hukuki bir sonuç bağlanmıştır. Bu durum İİK'nın getirdiği sistemin tam tersidir. İİK'da, alacaklı, borçlunun hacze kabil malvarlığı olmadığına ilişkin aktif bir tutum izleyerek bu durumu aciz belgesine bağlatmak için uğraşacaktır. Oysa 6183 sayılı Kanun'da borçluya yüklenen mal beyanında bulunma yükümlülüğü aynı zamanda

⁹⁰ Bu belgeye "geçici" aciz belgesi denilmesinin sebebi malların satış sırasında beklenen kıymetlerinin üstünde değer bularak alacağı karşılayabilme ihtimalinin mevcut olmasıdır. (Akil, s. 165).

⁹¹ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 387.

⁹² Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 387.

tasarrufun iptali davası açılabilmesi açısından da bir araç niteliğine dönüştürülmüştür. Ayrıca kanunda iptal nedenleri olarak düzenlenen 27, 28, 29 ile 30. madde arasında aciz belgesi açısından bir ayrıma gitmenin de doğru olmadığı ve bunun kanunun arzu etmediği bir durum olduğu kanaatindeyiz. 6183 sayılı Kanun'un 30. maddesinin düzenlenme amacı, sadece kanunda 27, 28 ve 29. maddede sayılan varsayımlara girmeyen durumlarda 30. maddenin uygulama alanı bulacağına işaret etmektir. Kamu alacağının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla üçüncü kişilerle yapılan tasarruflar iptale tabidir. Kanunda belirtilen durumlar yalnızca birer varsayım olup, sınırlı sayıda değildir.⁹³ Elbette ki kamunun, alacağını alamamış olması gerekir. Kanun aciz belgesi veya aciz fişi şartını düzenlemek isteseydi bu durumu kanun metninin içirisine alabilirdi.

Aciz belgesi kanuni bir şart değildir. Yargıtay'ın görüşü ise, 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davalarında aciz belgesinin aranmaması gerektiği noktasındadır. 6183 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 27, 28 ve 29. maddelere göre açılan tasarrufun iptali davaları arasında bir ayrımı net şekilde vurgulayan bir karara rastlanamamıştır. Yargıtay'a göre; müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veya hut beyan ettiği malların borcuna kifayetsizliği anlaşılanlar hakkında 6183 sayılı Kanuna göre tasarrufun iptali davaları açılabilir. 6183 sayılı Kanun'un amacı doğrultusunda tasarrufun iptali davalarında İİK'dan farklı olarak aciz belgesi şartı, bilinçli bir şekilde konulmamıştır. Ancak özellikle mal beyanında bulunanların beyanda bulundukları malların amme alacağını karşılamaya yetmeyeceğinin araştırılması gerekir. Bu nedenle açılan tasarrufun iptali davasında amme borçlusunun aleyhine ödeme güçsüzlüğü karinesinin varlığını ve şartlarının

⁹³ İİK'ya göre açılan bir tasarrufun iptali davasında bu durum Yargıtay tarafından belirtilmiştir: "...borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları üç grup altında ve İİK'nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimnin takdirine bırakmıştır (İİK.m. 281). Bu yasal nedenle de davacı tarafından İİK'nin 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mahkeme bununla bağlı olmayıp diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebilir." Yarg. 17. HD, 04.11.2013, 2012/12941, 2013/14963 (Kazancı İçtihat Programı). Nitekim bu konuda bir hukuk genel kurul kararı da mevcuttur (Yarg. HGK, 25.11.1987, 1987/15-380, 1987/872).

gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti mahkemenin görevidir.⁹⁴ Aciz belgesinin aranması bir şart olarak konulmasa bile, vadesinde ödenmemiş olan amme alacağının tahsili için cebren tahsil işlemleri (icra takibi) yapılmadan ve bu takipten sonuç alınamadığı ya da alınamayacağı anlaşılmadan tasarrufun iptali davası açılması mümkün olmamalıdır.⁹⁵ Ayrıca amme borçlusu hakkında yapılan icra takibi ile haczedilen malların borca yeter miktarda olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Haczedilen malların değeri amme alacağına yeter miktarda ise, bu takdirde, tasarrufun iptali davasının açılmaması gerekir.⁹⁶ Bu durum tasarrufun iptali davasının getiriliş amacıyla da uyuşmaz. Ayrıca hukuki işlem güvenliğini de zedeler.

6183 sayılı Kanun'un 24. maddesi ve takip eden maddelerinde düzenlenen iptal davasının açılabilmesi için amme borçlusunun idare tarafından kendisinden mal beyanında bulunması istendikten sonra süresi içerisinde mal beyanında bulunmamış olması veya hacze elverişli malı olmadığını bildirmesi ya da mal beyanında bulunmakla beraber beyan ettiği malın takdir edilen değerinin borcuna yetmediğinin anlaşılması gerekir. Amme alacağının kesinleşmiş ve ödenmemiş olması şarttır. 6183 sayılı Kanun'a göre aciz belgesi düzenlenmesi zorunluluğu yoktur. Haciz tutanağı, aciz belgesinin yerine geçer.⁹⁷

2- Kesinleşmiş (Gerçek) Bir Amme Alacağının Bulunması Şartı

Kural olarak iptal davasına bakan mahkeme, davacı alacaklının alacağının gerçekten mevcut olup olmadığını inceleyemez.⁹⁸ Kanunda buna ilişkin bir şart öngörülmemiştir. Ancak buna rağmen Yargıtay, İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarında, bu davanın dinlenebilmesi için ön şart olarak, davacı alacaklının gerçekten alacaklı olmasını da arar.⁹⁹ Yalnızca kesinleşmiş bir icra takibinin varlığı yeterli

⁹⁴ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 383.

⁹⁵ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 385.

⁹⁶ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 385.

⁹⁷ Yarg. (15). HD, 24.06.2003, 2003/1643-3472.

⁹⁸ Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 1213; Yıldırım, K.; İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları. İstanbul 1995, s. 253; Pekcanitez / Atalay / Özkan-Sungurtekin/ Özekeş, 2012, s. 856.

⁹⁹ "İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan bu gibi tasarrufun iptali davalarında üçüncü kişinin borçlu ile alacaklı arasındaki muvazaa iddiasını ileri sürmesi halinde mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekir. Çünkü iptal dava-

değildir. Açılan tasarrufun iptali davasında, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişilere, borçlu ile alacaklı arasındaki alacağın gerçek olmadığına yönelik olarak itiraz etme olanağını sunma yoluyla kendilerini savunma imkânlarının verilmesi gerekir. Aksi halde, takip alacaklısı ile anlaşarak veya muvazaalı bir alacak oluşturularak icra takibine itiraz etmeyen veya borçlu olmadığına ilişkin kanunun kendine tanıdığı dava imkânlarını kullanmayan borçlunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen üçüncü kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu olabilir.¹⁰⁰ Nitekim öğretideki ağırlıktaki görüş de bu yöndedir.¹⁰¹

Davalı üçüncü kişinin, davacı alacaklının alacağının gerçek olmadığına yönelik yapmış olduğu itiraz ön sorun şeklinde değerlendirilmesi gereken taraf sıfatına yönelik bir itirazdır. Mahkemenin yapması gereken, öncelikle bu ön sorun hakkında bir karar vermek olmalıdır. Yargı kararlarında ve öğretide bu husus özel dava şartı şeklinde incelenmekte ve anlaşılmaktadır.¹⁰² Ancak kanaatimize göre gerçek bir alacağın mevcudiyeti taraf sıfatına yönelik bir itiraz mahiyetindedir. Ön sorun, bir davada esasa ilişkin inceleme yapılabilmesi veya esasa ilişkin incelemeye devam edilebilmesi ve davada talep sonucu hakkında karar verilebilmesi için öncelikle çözümlenmesi gereken sorundur.¹⁰³ Ön sorunlar, esas dava üzerine aşılanmış küçük davalar veya ihtilafçıklar ya da davacıklar olarak nitelendirilir.¹⁰⁴ Ön sorunlar; ilk itirazlar, dava şartları, hâkimin reddi gibi usule ilişkin olabileceği gibi, esasa ilişkin de olabilir. Ön sorunların incelenebilmesi için taraflar-

sının dinlenebilirlik şartlarından birisi de tasarrufta bulunan kişinin borçlu durumunda olması, başka bir deyişle alacaklıya karşı gerçek bir borcun varlığıdır. Eğer gerçek bir borç yoksa dolayısıyla alacakta söz konusu olmayacağından iptal davasının dinlenmesi mümkün olmaz.” Yarg. HGK, 26.02.1997, 1996/15-890, 1997/127 (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁰⁰ Yarg. HGK, 19.6.2002, 2002/15-495, 2002/528 (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁰¹ Güneren, s. 379; Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku (Cilt IV). İstanbul 1997, s. 3507; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 1213; Üstündağ, S.: İflas Hukuku, İstanbul 2007, s. 298.

¹⁰² Bkz; Uyar/Uyar/Uyar, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, s. 841, Güneren, s. 374 vd.

¹⁰³ Yarg. (2). HD., 10.12.2003, 15274/16572, *Legal Hukuk Dergisi*, 2004/13, s. 115. Karşılı, Medeni Muhakeme Hukuku, s. 717 vd., Aşık, İ.: Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun. Ankara 2012, s. 42; Pekcanitez/Atalay /Özekes, Medeni Usul Hukuku, s. 507.

¹⁰⁴ Postacıoğlu, İ.: Medeni Usul Hukuku Dersleri (2 b.). İstanbul 1962, s. 361; Aşık, s. 42.

ca ileri sürülmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında, gerçek bir alacağın ileri sürülmesi durumu taraf sıfatına yönelik bir itiraz mahiyetinde olup, davalı üçüncü kişi tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen dikkate alınamaz. Bu itirazın ileri sürülmesi durumunda ise mahkemenin öncelikle bu ön sorun hakkında karar vermesi gerekir. Dolayısıyla tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklının alacağının gerçek bir alacağının olup olmadığı meselesi esasa ilişkin bir mesele olup usule ilişkin dava şartı olarak kabulü doğru değildir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, taraf sıfatı yokluğundan davanın esastan reddi olmalıdır. Ancak Yargıtay ve öğretinin bir kısmı bu meseleyi dava şartı olarak kabul etmekte ve o şekilde incelemektedir¹⁰⁵.

Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için amme alacağının kesinleşmiş ve vadesinde ödenmemiş olması gerekir.¹⁰⁶ Tasarrufun iptali davasında amme alacağının kesinleşmesi, davanın dinlenebilme koşuludur.¹⁰⁷ Henüz kesinleşmemiş bir amme alacağı için tasarrufun iptali davası açılmaz. Tasarrufun iptali davalarında amme alacağının kesinleşmiş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi zorunludur.¹⁰⁸ Amme alacağının kesinleşmiş olup olmadığı mahkeme tarafından resen araştırılır.¹⁰⁹ Amme alacağı tahakkuk etmeden ve vadesi gelmeden tahsil edilmesi mümkün olmadığından, ihtiyaten tahakkuk ettirilerek ihtiyatî haciz uygulanan amme alacağı için tasarrufun iptali davası açılmaz.¹¹⁰

Amme alacaklarının niteliklerine göre doğum şekli farklı olmasına rağmen kesinleşme yöntemi aynıdır. Vergi Usul Kanunu'nun (VUK)

¹⁰⁵ Yarg. (17). HD. T. 27.9.2011, 6626/8230, naklen; Günören, s. 387. Günören, s. 374; Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 1997, s. 3506.

¹⁰⁶ "Tüzel kişilerden tahsil edilemeyen amme alacaklarının kanuni temsilcileri hakkında ödeme emri tebliğ edilip borç kesinleştikten sonra tasarrufun iptali davası açılarak borç tahsil edilmelidir.", Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 26.04.2007 tarih ve 2006/5416 Esas, 2007/2766 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁷ Yarg. (15). HD, 30.09.1997, 1997/4069-4067.

¹⁰⁸ Yarg. (15). HD, 24.12.2003, 2003/5014-6213.

¹⁰⁹ "İvazsız tasarruflar ve bağışlama sayılan tasarruflar ile ilgili olarak açılan iptal davasının devamı sırasında borçlu tarafından vergi mahkemesinde dava açması halinde, vergi mahkemesinde devam eden davanın sonucunun beklenmesi ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Dava süresince vergi tahsilatı durdurulduğuna göre; iptal davasının açıldığı tarihte vergi alacağının kesinleşmediğinden bahisle dava reddedilmemeli ve sonucu beklenilmelidir.", Yargıtay (15). Hukuk Dairesi'nin 29.06.1995 tarih ve 1994/6377 Esas, 1995/76 Karar sayılı kararı.

¹¹⁰ Candan, s. 147; Özbacı, Y.: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları. Ankara 2005, s. 24.

19. maddesine göre; vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile amme idaresinin vergi alacağı doğar. Amme alacağının varlığı için öncelikle amme alacağını doğuran olayın meydana gelmesi şarttır. Buna dayanılarak amme idaresince yapılacak tarhiyatın (VUK m. 20) mükellefe tebliği zorunludur (VUK m. 21). Bu tebliğ üzerine yasal süresinde mükellefin itirazda bulunmamış olması veya vergi mahkemesi nezdinde açılan davanın sonucuna göre amme alacağı kesinleşmiş olur. İhtiyati tahakkuk işlemine dayalı olarak iptal davası açılmaz.

Takip borçlusunun alacaklıya karşı borcunun olmadığına yönelik olarak bir menfi tespit davası açmış olması durumunda ise, bunun bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı bir sorun teşkil eder. Yargıtay bu durumda, davanın açılma zamanına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşündedir. Yargıtay'a göre, menfi tespit davası, tasarrufun iptali davalarından önce açılmış ise tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme bunu bekletici mesele yapmalıdır.¹¹¹ Ancak menfi tespit davası, tasarrufun iptali davalarından sonra açılmış ise, bu durumda tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin bunu bekletici mesele yapmaması gerekir.¹¹²

¹¹¹ "Her ne kadar davalılar "alacağın ihtilaflı olduğunu, bu konuda İstanbul 2. Tüketici Mahkemesine açtıkları 2004/2319 esas sayılı menfi tesbit ve takibin iptali davası sonucunun beklenmesi gerektiğini" savunmuşlar ise de, borçlular hakkındaki icra takibinin kesinleştiği ve menfi tespit davasının, tasarrufun iptali davasından sonra açıldığı anlaşıldığından, bekletici mesele yapılması konusundaki talep yerinde değildir." (Yarg. 17. HD, 30.10.2007, 4626/3300, nak: Güneren, s. 948-949).

¹¹² "Dava, İ.İ.K.nın 277 vd. maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu davaların görülebilirlik şartlarından birisi alacağın varlığı, diğer bir anlatımla tasarrufta bulunan kişinin borçlu olmasıdır. Eğer gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından iptal davasının dinlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu tür davalarda davalılar, alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilirler. Somut olayda davalılar alacaklı davacının alacağının gerçek olmadığını, senetlerin sahte olduğunu, bu konuda savcılığa suç duyurusunda bulunduklarını savunmuşlardır. Dosya içeriğinden davacı alacaklının da aralarında bulunduğu kişiler hakkında senet yağması, örgüt kurmak, tefecilik yapmak suçlarından dava açıldığı davanın derdest bulunduğu, bir sureti dosyada bulunan Adli Tıp raporuna göre de senetlerin dava dışı C. Ş. eli ürünü olduğu bildirilmiştir. Bu durumda, mahkemece davacı alacaklıyla dava dışı kişiler hakkında ağır ceza mahkemesinde devam eden davanın sonucunun beklenilmesi, davacının alacağının gerçek olup olmadığının belirlenmesi, ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı olduğu üzere davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (Yarg. 17. HD., 06.06.2013, 3904/8424, Kazancı İçtihat Programı, e.t: 22.02.2015). Aynı görüşte bkz.; Güneren, s. 404; Karataş / Er-

İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarında, Yargıtay tarafından getirilen alacaklının gerçek bir alacağının olması şartı, kamu icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında "kesinleşmiş ve ödenmemiş bir amme alacağının bulunması" şeklinde tezahür eder.¹¹³ Amme alacağının kesinleşmesi ile kastedilen ise, borçlusuna tebliğ edilmiş olmasına karşın yasal süresi içinde itiraz edilmemesi ve yapılan itirazın vergi mahkemesince reddedilmesi anlamındadır.¹¹⁴ Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda bu hususu vurgulamıştır; "Kamu alacağı veya kurum alacağı nedeniyle açılan tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için kesinleşmiş ve ödenmemiş bir kurum veya kamu alacağının bulunması gereklidir. Kamu alacağı borçlusuna tebliğ edilmiş olmasına karşın yasal süre içerisinde itiraz edilmemesi veya yaptığı itirazın vergi mahkemesince reddedilmesi üzerine kesinleşir. Kamu veya kurum alacağının kesinleşmesi dava koşuludur."¹¹⁵

Gerçek bir alacağın varlığına ilişkin itiraz, takip alacaklısı ile takip borçlusu arasındaki alacağın gerçekten mevcut olup olmadığı veya takip alacaklısı ile takip borçlusu arasındaki alacağın muvazaalı olup olmadığına ilişkin davalı üçüncü kişinin yapmış olduğu itirazdır. Genel icra hukukuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin ileri sürme imkânına sahip olduğu, alacaklı ile borçlu arasındaki alacağın gerçek bir alacak borç ilişkisine dayanmadığına veya muvazaalı olduğuna yönelik itiraz, aynı şekilde amme alacaklarına yönelik açılan iptal davalarında da üçüncü kişi tarafından da ileri sürülebilecek midir? İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarında, bu davadan önce borçlunun alacaklıya karşı açmış olduğu menfi tespit davasının bekletici mesele yapılabilmesi durumu burada da söz konusu olabilecek midir? Bu soruların özelliği takip alacaklısının amme idaresi olması nedeniyle, amme idaresi ile takip borçlusu arasındaki alacağın mevcudiyetinin tasarrufun iptali davasında üçüncü kişi tarafından yeniden itiraz konusu yapıp yapılamayacağı noktasında toplanır.

tekin, s. 74); Arslan, A. S.: Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan (s. 253-270), Ankara 2014, s. 265.

¹¹³ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 382.

¹¹⁴ Güneren, s. 1219.

¹¹⁵ Yarg. (17). HD., 12.06.2007, 2507/2042, nak: Güneren, s. 1229.

Amme alacağının kesinleşmesi kavramına biraz daha yakından bakmak gerekir. Devletin vergi alması birbirini izleyen birden fazla işlemin yapılması ile gerçekleşir.¹¹⁶ Vergilendirme işlemleri tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil olmak üzere dört aşamadan oluşur. Bu aşamalar VUK ve 6183 sayılı Kanun'da ayrıntılı olarak açıklanmış olup, vergilendirme süreci bu çerçevede gerçekleşir.¹¹⁷ Vergilendirme sürecinde öncelikle vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi gerekir.¹¹⁸ Vergiyi doğuran olay çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Bir olay, bir durum, bir eylem olabileceği gibi bir sözleşme, bir üretim veya bir tüketim de olabilir.¹¹⁹ Vergiyi doğuran olayla başlayan vergilendirme süreci verginin tahsili ile sona erer. Vergilendirme sürecinde bir önceki işlem bir sonraki işlemin sebebini oluşturur. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinden sonra borcun miktar olarak ortaya çıkarılması ve devamla tahsiline geçecek sürecin başlatılması gerekir.¹²⁰ Tarh işlemi ile vergi borcu miktar olarak belirlenir.¹²¹ Tarh işlemi mükellef açısından yükümlendirici bir idari işlemdir. Tarh işlemi ile birlikte mükellefin vergi borcu netleşir ve ödeyeceği miktar belirlenir, kişi bu miktarı ödeme hususunda yükümlü hale gelir.¹²² Vergilendirme sürecinin tarhtan sonra gelen aşaması tebliğdir (VUK m. 21). Tebliğ aşaması tarh edilen verginin yazı ile mükellefe bildirilmesinden ibarettir. Bir idari işlem niteliğinde olan tarh işlemi başlı başına bir hüküm ifade etmez, hüküm ifade etmesi için mükellefe ya da vergi ödeyicisine duyurulması lazımdır.¹²³ Tebliğ aşamasından sonra ise tahakkuk aşaması gelir. Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir (VUK m. 22). Vergiyi doğuran olay, verginin tarh ve tebliği başlı başına vergiyi ödenmesi gerekli bir borç durumuna getirmeye yeterli olmayıp, ancak tahakkuk aşamasında vergi, ödenmesi talep edilebilen

¹¹⁶ Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 157.

¹¹⁷ Eren, H. / Şişman, G.: İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan (s. 747-813), Ankara 2009, s. 779.

¹¹⁸ VUK m. 19: "Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder."

¹¹⁹ Eren / Şişman, s. 780.

¹²⁰ VUK m. 20 de "Verginin tarhı, vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden idari muameledir." şeklinde tanımlanmaktadır.

¹²¹ Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 161.

¹²² Eren/Şişman, s. 798.

¹²³ Eren/Şişman, s. 800; Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 175.

bir amme alacağı niteliğini kazanır.¹²⁴ Verginin tahakkuk etmesi vergi alacağını kesinleşmiş bir yapıya sokmaz, tahsil edilebilir bir yapı kazandırır.¹²⁵ Verginin tahakkuku, verginin kesinleşmesinden farklı bir kavramdır. Tahakkuk, verginin ödenmesi gereken aşamaya gelmesi yanında dava açılması halinde ilk derece mahkemesinin mükellefin aleyhine verdiği karar üzerine ortaya çıkan bir durumdur. Kesinleşme ise, mükellefin dava yoluna gitmemesi veya dava yoluna gitmişse kanun yollarının tüketilmesi nedeniyle ulaşılan bir noktadır. Bu nedenle, her kesinleşme tahakkuku içinde barındırırken, her tahakkuk kesinleşme demek değildir.¹²⁶

“Bu açıklamalar ışığında tahakkuk ve kesinleşme ile ilgili farklı durumlar için şunlar söylenebilir:

- Tarh işlemine karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde dava açılmazsa vergi tahakkuk eder ve kesinleşir.
- Tarh işlemine karşı dava açılmakla birlikte dava reddedilirse (yani idarenin işlemi hukuka uygun bulunursa) vergi tahakkuk eder ve ancak kanun yoluna (itiraz veya temyiz) gidilmez ise kesinleşir.
- Tarh işlemine karşı dava açılmakla birlikte dava reddedilirse (yani idarenin işlemi hukuka uygun bulunursa) vergi tahakkuk eder. Kanun yoluna (itiraz veya temyiz) gidilirse bu süreç sonuçlanıncaya kadar kesinleşmez. Kesinleşme ancak başvuru reddedilirse (mahkeme kararı onanırsa) gerçekleşir.
- Tarhiyat davaya konu edilmişse mahkeme davayı kabul ederse yani işlemi hukuka aykırı bulursa vergi tahakkuk etmez. Dolayısıyla kesinleşme de söz konusu olmaz.
- İdari çözüm yollarından başvurulabilecek yollardan biri uzlaşmadır. Tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlanması halinde, tarh ve tebliğ edilecek vergiye karşı dava açılmadığından ve herhangi bir mercie başvurulmadığından tebliğle birlikte kesinleşme gerçekleşir. Tarhiyat sonrası uzlaşmada ise uzlaşma sağlanırsa tutanağın imzalandığı anda vergi tahakkuk eder ve kesinleşir.”¹²⁷

¹²⁴ Eren/Şişman, s. 804; Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 184.

¹²⁵ Eren/Şişman, s. 804.

¹²⁶ Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 187.

¹²⁷ Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 187.

Kamu icra hukukuna göre tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için kesinleşmiş bir amme alacağı gereklidir.¹²⁸ Verginin tahsil edilebilmesi için verginin kesinleşmesi şart değildir. Tahakkuk etmesi yeterlidir. Bir başka deyişle bir vergi kesinleşmemiş olsa bile tahakkuk etmiş ise tahsil yoluna gidilebilir.¹²⁹ Bu nedenle tahsil işlemlerine başlanması ve bunun üzerine haciz aşamasına geçilmesi halinde şayet haczedilecek bir malın olmaması veya mal beyanında bulunmaması yahut bulunulan malın alacağı karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde idare tasarrufun iptali davası açabilir. Ancak açılan bu tasarrufun iptali davasında kanun yolu aşamasında olan ihtilafli vergi alacağının kesinleşmesinin bekletici mesele yapılması gerekir. Kanun yolu aşaması tamamlanmadan tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılmaması gerekir. Zira tasarrufun iptali davası açılabilmesi için amme alacaklısı ile amme borçlusu arasında gerçek bir vergi alacağının bulunması gereklidir. Bu durum ise ancak bekletici mesele ile çözümlenebilir.¹³⁰

Üçüncü kişinin alacağın gerçek olup olmadığına yönelik itirazını tasarrufun iptali davasına bakan hukuk mahkemesinde ileri sürülebilmesinin mümkün olup olmadığı bu nokta incelenebilir. Davalı üçüncü kişinin, alacaklı amme idaresi ile diğer davalı amme borçlusu arasındaki alacağının gerçek olup olmadığına yönelik itirazı hukuk mahkemelerinde yapması mümkün değildir. Zira hukuk mahkemelerinin bir amme alacağını incelemeye yönelik olarak bir görevi yoktur. Diğer yön ise, amme alacağı muvazaalı olarak yaratılamaz. Amme alacağı idari bir süreç neticesinde gerçekleşir. Bu idari süreç ise kanunun belirlemiş olduğu çerçeve içinde ilerler. Amme borçlusu ile alacaklı amme idaresi arasında muvazaalı bir alacak borç ilişkisinin yaratılması mümkün değildir. Amme alacağına yönelik olarak amme borçlusunun kendini savunma imkânları vardır. Bu imkânları kullanması gerekir. Şayet bu savunma imkânlarını kullanmadığı için amme alacağı kesinleşmiş ise artık bu amme alacağının mevcudiyetinin diğer davalı üçüncü kişi tarafından özellikle hukuk mahkemesinde ileri sürülebilmesi mümkün değildir.

¹²⁸ "...somut olayda hükümden önce vergi borcu kesinleşmiş bulunduğu; başka bir anlatımla dava koşulu sonradan gerçekleşmiş bulunduğu için esasına girilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği..." Yarg. 17. HD., 07.04.2009, 2008/5331, 2009/2168, nak: Güneren, s. 1222.

¹²⁹ Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 2013, s. 188.

¹³⁰ Yarg. 17. HD., 05.03.2009, 217/1116, nak: Güneren, s. 1222.

İhtiyaten tahakkuk ve ihtiyaten haciz durumlarında tasarrufun iptali davalarının açılıp açılmayacağı meselesi de tartışmalıdır. 6183 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre, henüz tahakkuk etmemiş ve kesinleşmemiş olan bir amme alacağının ileride tahsilinin güvence altına alınabilmesi için alacaklı amme idaresi tarafından ihtiyaten tahakkuk ettirilmesi ve aynı kanunun 13. ve devam eden maddelerine göre de ihtiyatî haciz uygulanması mümkündür.¹³¹ 6183 sayılı Kanun'da tasarrufun iptali davaları amme alacaklarının korunması bölümünde yer alır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunun bu sistematigi karşısında tasarrufun iptali davasını, diğer koruma önlemlerinden sayarak, ihtiyatî tahakkuk üzerine amme idaresince bu aşamada dahi iptal davası açılabileceği düşünülebilir ise de, amme alacağı tahakkuk etmeden ve vadesi gelmeden tahsil edilmesi mümkün olmadığından, ihtiyaten tahakkuk ettirilerek ihtiyatî haciz uygulanan amme alacağı için tasarrufun iptali davası açılması mümkün olmamalıdır.¹³² Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.¹³³

3- Tahsil Dairesince Yapılan Takibin Kesinleşmiş Olması

Yargıtay tarafından İİK'na göre açılan iptal davalarında aranan bir diğer şart ise yapılan icra takibinin kesinleşmiş olmasıdır.¹³⁴ Takibin kesinleşmesinden kasıt, tasarrufun iptali davalarında davanın açılmasına sebebiyet veren alacak takibinin, kesin haciz aşamasına gelmiş ve takibin iptal edilmemiş olmasıdır. Bu nedenle, geçici veya ihtiyati haciz sahibi alacaklılar haczedilen malların satışını talep edebilmeleri mümkün olmadığından kesin haciz kavramı içerisinde değillerdir.

Aynı şekilde 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davaları için de muaccel hale gelmiş ve vadesinde ödenmemiş amme

¹³¹ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 384.

¹³² Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 384.

¹³³ "...Mahkemece davalı borçlu şirketler aleyhine icra takibi yapıp yapılmadığı ve amme alacağının kesinleşip kesinleşmediği araştırılmadan dosyada mevcut ihtiyaten tahakkuk ettirilen ve ihtiyati haciz yolu ile takip edilen amme alacakları nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, eksik incelemeye dayalı hükmün bozulması gerekmiştir" (Yarg. 17. HD., 14.08.2008, 3088/3951, nak: Güneren, s. 1224).

¹³⁴ "Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Tasarrufun iptali davasının ön şartı borçlu davalı hakkında yapılmış ve kesinleşmiş bir icra takibinin bulunması, davacı tarafından borçlunun aciz halini gösterir aciz belgesi ibraz edilmesi ve borcun tasarruf tarihin önce doğmuş olması gerekir." (Yarg. 17 HD., 03.11.2011, 2228/10229, nak: Güneren, s. 406).

alacaklarının tahsili amacıyla icra takibine girilmiş olması gerekir.¹³⁵ Amme alacaklarının cebren tahsili 6183 sayılı Kanun'un 54 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.¹³⁶ Buna göre idare ya borçlu teminat göstermiş ise, teminatı paraya çevirerek ya da kefil göstermiş ise kefil takip ederek alacağını tahsil etme yoluna başvurur.¹³⁷ Bunun yanında, idare haciz veya iflas yolu ile takip yollarından birisini de tercih edebilir. Kanun'un 54. maddesinde teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takip önce yazılmış sonra haciz ve iflas yolları ile takip usulleri belirtilmiş ise de idarenin bu sıraya uyma zorunluluğunun olmadığı kabul edilir.¹³⁸ Ancak idarenin amme alacağını en kısa yoldan tahsil etmek istemesi en doğru yol olduğundan amme alacağı için teminatın gösterilmiş olması durumunda önce bu teminatın paraya çevrilmesi gerekir.¹³⁹ Teminatın olmaması durumunda ancak haciz yolu takip tercih

¹³⁵ Toktaş, s. 64.

¹³⁶ 6183 sayılı Kanun'un "Cebren Tahsil ve Şekilleri" başlıklı 54. maddesi şu şekildedir; "Ödeme müddeti içinde ödenmeyen âmmе alacağı tahsil dairesince cebren tahsil olunur. Cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki suretiyle yapılır:

1. Amme borçlusu tahsil dairesine teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi,
2. Amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi,
3. Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflâsının istenmesi."

¹³⁷ 6183 sayılı Kanun'un 9. maddesi şu şekildedir; "213 sayılı VUK'un 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan" hallere temas eden bir âmmе alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir. Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan âmmе borçlusunun durumu, âmmе alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir."

¹³⁸ Arslaner, s. 111.

¹³⁹ Kanaatimize göre bir alacak, bu şekilde bir teminata bağlanmış ise alacaklı kamu idaresinin öncelikle bu teminatın paraya çevrilmesi yoluna başvurması gerekir. Nasıl ki İİK'ya göre, rehinle temin edilmiş bir alacak için öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yoluna başvurulması zorunludur aynı şekilde 6183 sayılı Kanun açısından da teminat durumunda önce teminatın paraya çevrilmesinin gerekli olması gerekir. Rehinle takip zorunluluğu aynı zamanda bir hukuk genel kurulu kararında belirtildiği üzere borçluyu korumak içinde konulmuştur. ("...İcra ve İflas Yasası'nın 45 inci maddesi asıl borçlular için sevk edilmiş olup, alacağı rehinle temin edilen bir kimsenin rehni veren hakkında doğrudan doğruya umumi haciz yoluyla takibe geçmesini önler..." (Yarg. HGK, 14.10.1972, 215/841, RKD, 1973/1, s.11-12). 6183 sayılı kanunda da İİK'ya benzer şekilde zorunlu olduğuna dair bir hüküm yoktur. Ancak ölçülülük ilkesi gereğince bu zorunluluk savunulabilir. Ölçülülük ilkesi, temel hak sınırlamalarında kullanılan aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve aynı zamanda gerekli olmasını, araçla amaç arasında aşırı bir

edilmelidir. İflas yolu ile takip ise bu anlamda son tercih olmalıdır. Ayrıca teminat ve haciz yolu ile takip için 6183 sayılı Kanun uygulama alanı bulurken iflas yolu ile takip için genel hükümler uygulanır.¹⁴⁰

6183 sayılı Kanun'un 56. maddesi uyarınca karşılığında teminat gösterilmiş bulunan amme alacağı ödenmediği takdirde, borcun yedi gün içinde ödenmesi, aksi halde teminatın paraya çevrileceği veya diğer şekillerde cebren tahsile devam olunacağı borçluya bildirilir. Yedi gün içinde borç ödenmediği takdirde teminat paraya çevrilerek amme alacağı tahsil edilir. Bu aşamada tasarrufun iptali davasının açılması mümkün değildir. Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için takibin kesinleşmesi gereklidir. Teminatın paraya çevrilmesi yolu amme alacağının tahsiline yönelik bir yöntem olsa bile bir icra takibi olarak anlaşılmamalıdır. Teminatın paraya çevrilmesi için borçluya gönderilen yazı bir "ödeme bildirimi" olup, "ödeme emri" değildir.¹⁴¹ Ödeme bildirimindeki amaç ise teminat konusu malın paraya çevrilmesini önlemek için borçluya borcunu ödemesi için bir imkân daha tanımaktır. 6183 sayılı Kanun'un 56. maddesi anlamındaki ödeme bildiriminde mal beyanında bulunma süresi, mal beyan edilmez ise hapis cezası yaptırımı yahut itiraz imkânlarına ilişkin bilgiler yer almaz.¹⁴² Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için aciz belgesi şart olmasa bile en azından madde 27'de bulunan durumların olması zorunludur. 6183 sayılı Kanun'un 27. maddesinde tasarrufun iptali davasının açılabil-

dengeşizliğin bulunmamasını ifade eder (Özekes, 2009, s. 205). Özellikle ölçülülük ilkesi özel hukuk alacakları açısından geçerli olup olmayacağı tartışması olsa bile 6183 sayılı Kanun çerçevesinde alacaklının idare olması nedeniyle ölçülülük ilkesinin bu kanunun yorumunda uygulanabilir olduğu tartışmasız kabul edilebilecektir. Bu bakımdan teminatın paraya çevrilmesi yolu ölçülülük ilkesi çerçevesinde amacı gerçekleştirmeye elverişli bir araç olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda da teminatın paraya çevrilmesinden önce haciz yolu ile takip yoluna başvurulmaması gerekir. Nitekim Danıştay'da vermiş olduğu bir kararda bu hususa değinmiştir. Karar şu şekildedir; "Borçlu şirkete, teminat gösterilmesinden sonra borcun vadesinde ödenmemesi üzerine, borcun 7 gün içinde ödenmesi, aksi halde teminatın paraya çevrileceği bildirilmeden haciz işlemlerine başlanılmıştır. Bu durumda şirketin vergi borçlarından dolayı gösterilen teminatın paraya çevrilmesi için 6183 sayılı Kanunda öngörülen usule uyulmaksızın ve şirketin vadesinde ödenmeyen borç miktarının ne kadar olduğu takip öncesinde tespit edilmeden gayrimenkullerin satışa çıkartılmasına ilişkin dava konusu işlemde isabet görülmemiştir." (Dan. 4. D., 09.03.2005, 2004/2271, 2005/348, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁰ Arslaner, s. 112.

¹⁴¹ Arslaner, s. 113.

¹⁴² Arslaner, s. 113.

mesi için *“Amme alacağını ödememiş borçlulardan, müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veyahut beyan ettiği malların borcuna kifayetsizliği anlaşılanların ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinin başlamasından sonra yaptıkları bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar hükümsüzdür.”* denilmektedir. Ödeme bildirimi ile mal beyanında bulunma zorunluluğunun olmaması nedeniyle kanundaki bu şart zaten gerçekleşmemiş olur. Ayrıca 6183 sayılı Kanun’un 30. maddesi çerçevesinde de iptal davası açılamaz. Zira 30. maddeye göre iptal davası açılabilmesi için *“borçlunun malının bulunmadığı veya borca yetmediğinin”* anlaşılması gereklidir. Bunun için de takibin yapılması ve haciz tutanağına göre borçlunun malının alacağı karşılamayacağını anlaşılması şarttır. Oysa teminatın paraya çevrilmesinde gönderilen ödeme bildirimi teminatın yetmemesi durumunda amme alacağının başka yollardan da takip ve tahsil edilmesine olanak sağlanmasına yöneliktir.¹⁴³ Ayrıca alacağın tahsiline yönelik bir teminatın olması durumunda tasarrufun iptali davasının açılmasında hukuki yarar da yoktur. Zira alacak teminata bağlanmıştır. Öncelikle bu teminatın paraya çevrilmesi gerekir. Dolayısıyla tasarrufun iptali davası açılabilmesi için haciz ve iflas yoluyla icra takibinin söz konusu olması gerekir.¹⁴⁴

Amme alacaklarının cebren tahsilini düzenleyen 6183 sayılı Kanun’a göre haciz yolu ile takip, ödeme emrinin usulüne uygun olarak borçluya tebliği ile başlar.¹⁴⁵ Ödeme emri; amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, borçlarını 7 gün içinde ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gereğinin bildirildiği bir idari işlemdir.¹⁴⁶ 6183 sayılı Kanun’da öngörülen cebri icra sürecini başlatan ödeme emri; amme borçlusunun borcunu ödemeye zorlanması anlamında tahsil işleminin amme borçlusuna yazı ile bildirilmesidir.¹⁴⁷ Ödeme emrine karşı açılan davada, dava sebepleri de sınırlandırılmıştır.¹⁴⁸ 6183 sayılı Kanun’un 58/1 maddesi gereği, amme borçlusu, kendisine tebliğ olunan ödeme emrine karşı ancak *“böyle bir borcunun olmadığı”, “borcunu*

¹⁴³ Şimşek, s. 488.

¹⁴⁴ Toktaş, s. 64.

¹⁴⁵ Candan, s. 271.

¹⁴⁶ Candan, s. 272; Açar, S.: Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2006, (s. 285-316), s. 311.

¹⁴⁷ Açar, Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I, s. 311.

¹⁴⁸ Toktaş, s. 77; Açar, Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I, s. 312.

kısmen ödediği” ya da “borcunun zamanaşımına uğradığı” nedenlerine dayanabilir. Bunun nedeni, ödeme emrine konu edilen amme alacaklarının muaccel hale gelmiş olması ve bu davada verginin tarh, tahakkuk, tebliğ aşamalarının incelenememesidir.¹⁴⁹ Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için, süresinde ödeme emrine karşı dava açılmaması veya davanın reddi nedeniyle takibin kesinleşmesi gerekir. Kesinleşmiş borca rağmen icra takibi yapılmadığı sürece iptal davasının açılabilmesi mümkün değildir.¹⁵⁰

Tarh işlemine karşı dava açılması halinde mahkemeden bu yönde bir talepte bulunmaya gerek olmaksızın yürütme kendiliğinden durmakta idi. Ancak ödeme emrine karşı dava açılması halinde yürütme kendiliğinden durmaz. Yürütmenin durdurulması için ilgili mahkemece yürütmenin durdurulması kararının verilmesi gerekir. Böyle bir kararın verilebilmesi için ise işlemde “hukuka açıkça aykırılık” ve “telafisi güç veya imkânsız zarar” şartlarının olması gerekir. Ödeme emrine karşı dava açılması ve buna rağmen yürütmenin durdurulması kararı talep edilmemiş veya talep edilmesine rağmen bu talebin reddedilmiş olması halinde tahsil işlemlerine devam edilir. Bu durumda şu soru akla gelebilir; ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava açılmış olması ve fakat yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmiş olması durumunda, açılan tasarrufun iptali davasında bu davanın sonucu bekletici mesele yapılabilir mi?

Öğretideki bir görüşe göre, ödeme emrine karşı dava açılmış olmasına rağmen bu davanın sonucu beklenmeden idare tarafından tasarrufun iptali davası açılmış ise bu davanın sonucu bekletici mesele yapılmalıdır.¹⁵¹ Diğer bir görüşe göre ise, ödeme emrinin kesinleşmesinin dava şartı olması nedeniyle ödeme emri kesinleşmeden açılan tasarrufun iptali davası reddedilmelidir.¹⁵² Yargıtay, böyle bir durumda amme alacağının kesinleşmesinin bekletici mesele yapılması gerektiği görüşündedir.¹⁵³ Kanaatimize göre, özellikle üçüncü kişinin

¹⁴⁹ Toktaş, s. 77; Açar, Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I, s. 315.

¹⁵⁰ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 385; Toktaş, s. 77; Kostakoğlu, C.: 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası. (*Yargıtay Dergisi*, Y. 1991, S. 17 (1-2), s. 5-21), s. 12.

¹⁵¹ Güneren, s. 1220.

¹⁵² Toktaş, s. 66; Öncü, s. 77.

¹⁵³ “Dava 6183 sayılı Yasanın 24 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir...Amme borcunun ödenmemesi halinde, bu borcu ödemekle

amme alacağının mevcudiyetini hukuk mahkemesinde ileri sürme imkânının olmaması nedeniyle ödeme emrine karşı açılan davanın bekletici mesele yapılması daha adil bir çözümdür. Nasıl ki İİK açısından tasarrufun iptali davalarında da Yargıtay tarafından icra takibinin kesinleşmesi aranmakta¹⁵⁴ ise, aynı şekilde amme alacağının tahsiline yönelik olarak açılan tasarrufun iptali davalarında da amme alacağının kesinleşmiş olmasının aranması gerekir. Ayrıca ödeme emrinin kesinleşmesini dava şartı saymak, açılan tasarrufun iptali davasının dava şartı yokluğundan reddini gerektirir. Bu ise kanaatimize göre, usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Zira amme alacaklarının tahsilinde ödeme emrinin kesinleşmesi, genel haciz yolundaki ödeme emrinin kesinleşmesi usulünden farklıdır. Farklı aşamaları bulunan vergilendirme sürecinde, amme borçlu tarafından tarh işlemine karşı itiraz etme imkânı verilmiştir. Bu sürecin tamamlanmasından sonra tahsil aşamasına geçilir ve ödeme emrine karşı ancak sınırlı nedenlerle itiraz edilebilir.¹⁵⁵ Ödeme emri aşamasından önce tarh işlemine karşı dava açma imkânı olması nedeniyle ödeme emrine karşı açılan davada yürütme kendiliğinden durmaz, tahsil işlemleri kural olarak devam eder. Eş anlatımla, genel haciz yolundan farklı olarak, amme borçlusu borcu ödemediğini mahkemede dava açmak suretiyle ispatlamak zorundadır. Dolayısıyla ödeme emrine karşı, borçlu tarafından borcun ödendiğine yönelik olarak dava açılmasına rağmen, devam

yükümlü olan kişiler vergi borcundan sorumludurlar. Tabiatıyla, bu borcun ödenmesi için haklarında çıkarılan ödeme emirlerinin kesinleşmesi de zorunludur. Bu nedenle şirket sorumlusuna çıkartılan 52 adet ödeme emrinin kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalı; kesinleşenler hakkında davanın esasına girilmeli, kesinleşmeyen takipler bakımında yükümlü tarafından ödeme emrinin iptali için dava açılıp açılmadığı sorulmalı, takip henüz kesinleşmemiş ise mahkemece takibin kesinleştirilmesi için davacı hazineye mehil verilmeli, Vergi Mahkemesinde açılan davalar varsa bu davaların sonucu beklenip keza takibin kesinleşmesi durumunda işin esasına girilip dava sonuçlandırılmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan, takibin kesinleşmediğinden bahisle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. 15. HD, 15.05.2007, 1917/3274, nak: Güneren, s. 1229.

¹⁵⁴ "Tasarrufun iptali davalarında kesinleşmiş geçerli bir takibin bulunması ve davanın takibe dayanılarak açılması dava şartıdır. Somut olayda icra takibinin tetkik merci tarafından geri bırakılması kararı icra takibinin geçerliliği kalmamıştır.", Yarg. 17. HD., 21.04.2008, 2007/4950-2050, nak: Güneren, s. 410.

¹⁵⁵ 6183 sayılı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrası gereği, kamu borçlusu, kendisine tebliğ olunan ödeme emrine karşı ancak «böyle bir borcunun olmadığı», «borcunu kısmen ödediği» ya da «borcunun zamanaşımına uğradığı» nedenlerine dayanabilir.

eden tahsil işlemleri nedeniyle tasarrufun iptali davası açılmış olması halinde, ortada ödenmiş veya zamanaşımına uğramış bir amme alacağına yönelik olarak iptal davası açılması durumu ortaya çıkar. Böyle bir durumda diğer davalı üçüncü kişi kendini bu yönden savunamaz. Davalı üçüncü kişinin amme idaresi ile amme borçlusu arasında gerçek bir amme borcunun olup olmadığını, görev nedeniyle tasarrufun iptali davasına bakan mahkemede ileri sürmesi mümkün değildir. Üçüncü kişiyi ve borçluyu savunma imkânından mahrum bırakmamak suretiyle adil yargılanma ilkesinin temini için ödeme emrine karşı açılan davanın bekletici mesele yapılması gerekir. Bu durumda hem idare tasarrufun iptali dava açma imkânına sahip olacak, hem de borçlunun ödemiş olduğu veya zamanaşımına uğramış olduğu bir borç nedeniyle üçüncü kişi ile yapmış olduğu tasarruflar iptal edilmeyerek üçüncü kişi açısından hukuki güvenlik ilkesi sağlanacaktır. Ancak ödeme emrine karşı açılmış davanın olması halinde, bu durumun dava şartı kabulü ile tasarrufun iptali davasının reddedilmesi usul ekonomisi ilkesini zedeler. Zira ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesi halinde idare yeniden tasarrufun iptali davasını açmak zorunda kalır. Bu husus gereksiz zaman ve masrafa yol açar. Aslında bu husus genel icra hukukunda borçlu tarafından alacaklıya karşı açılan menfi tespit davasına benzetilebilir. Bilindiği üzere genel icra hukukunda borçlu, borçlu olmadığına yönelik olarak genel mahkemelerde menfi tespit davası açabilir. Yargıtay'a göre, menfi tespit davası, tasarrufun iptali davalarından önce açılmış ise tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme bunu bekletici mesele yapmalıdır¹⁵⁶ 6183 sayılı Kanun'daki ödeme emrine karşı borçlunun dava açması da, genel icra hukukundaki menfi tespit davasına benzetilerek bekletici mesele yapılmalıdır.

¹⁵⁶ "Her ne kadar davalılar "alacağın ihtilaflı olduğunu, bu konuda İstanbul 2. Tüketici Mahkemesine açtıkları 2004/2319 esas sayılı menfi tesbit ve takibin iptali davası sonucunun beklenmesi gerektiğini" savunmuşlar ise de, borçlular hakkındaki icra takibinin kesinleştiği ve menfi tespit davasının, tasarrufun iptali davasından sonra açıldığı anlaşıldığından, bekletici mesele yapılması konusundaki talep yerinde değildir." (Yarg. 17. HD, 30.10.2007, 4626/3300, nak: Güneren, s. 948-949. Genel icra hukukuna ilişkin açılan menfi tespit davalarının açılmış tasarrufun iptali davalarında bekletici mesele yapılmaması gerektiğine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.; Arslan, s. 265 vd.

4- Amme Alacağının İptal Konusu Tasarruftan Önce Doğmuş Olması

Yargıtay'a göre, İİK çerçevesinde açılan tasarrufun iptali davalarında, iptal davasına konu tasarrufun iptal edilebilmesi için, tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması gerekir.¹⁵⁷ Zira alacaklı, borçlunun malvarlığına güvenerek işlem yapmıştır. Borçlunun malvarlığını önceden devretmiş olması halinde, alacaklının bunu bilerek borçlu ile işlem yapması nedeniyle söz konusu tasarruflar iptal edilemez.¹⁵⁸

Bu dava şartı hakkında İİK'da açıkça bir düzenleme yoktur. Kanaatimize göre, kanunda olmayan bir şartın bu şekilde Yargıtay tarafından getirilmesi isabetli olmamıştır¹⁵⁹. Ancak İİK'nun gerekçesinde

¹⁵⁷ "Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz." (Yarg. 17. HD., 19.09.2011, 1539/7809, Kazancı İçtihat Programı, e.t: 22.01.2015).

¹⁵⁸ "Tasarrufun iptaline karar verilmesi için borcun, tasarruf tarihinden önce doğmuş olması şarttır. Yasanın gerekçesinde, bir hukuki işlemde bulunulurken o tarihte borçlunun mevcut mali durumunun gözetildiği, bu nedenle işlemde önce yapılmış tasarrufların iptal edilemeyeceği görüşlerine yer verilmiştir. Dairemizce de borcun doğduğu tarihten evvelki tasarrufların iptale tabi olmadığı istikrarlı biçimde kabul edilmektedir. Somut olayda davacı tarafından borç ilişkisinin çekin keşide tarihinden önce oluştuğu ispat edilememiş, mahkemece bu durum tespit edilmiş olmasına rağmen davanın reddi yerine tasarruf işleminin karı-koca arasında yapılmış olması nedeniyle davanın kabulü doğru olmadığından bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 15. HD, 12.09.2005, 1960/4597, Kazancı İçtihat Programı, e.t. 22.01.2015).

¹⁵⁹ Burada iki husus vardır. Birinci husus, Yargıtay tarafından özel dava şartı getirilip getirilmeyeceği, diğeri ise getirilen bu şartın haklı olup olmadığıdır. Birinci mesele olarak, kanunlarda yazılanlar dışında yargı kararları ile özel dava şartları konulabilmesine şüphe ile yaklaşmak gerekir. Bu sorun HUMK döneminde dava şartlarının zaten yargı tarafından belirlenmesi sebebiyle doktrinde incelenme gereği duyulmamıştır. Ancak HMK ile birlikte sistem değişmiş ve dava şartları kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasında dava şartlarının açıkça sayılması ve ikinci fıkrasında ise diğer kanunlarda sayılan dava şartlarını saklı tutması nedeniyle sanki dava şartlarının sadece HMK'da ve diğer özel Kanunlarda sayılanlardan ibaret olduğu izlenimi doğmaktadır. Dolayısıyla Kanunlarda öngörülmüş olmasa bile bir davanın esasına girilebilmesi yani esas hakkın varlığının tespiti için yargı kararları ile birtakım dava şartlarının getirilip getirilemeyeceği bir sorun teşkil edecektir. Kanaatimize göre, dava şartlarının neler olduğu HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasında açıkça sayılmış, ikinci fıkrasında ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının ilişkin hükümlerin saklı olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun tarafından dava şartı olarak belirtilmeyen durumların özellikle yeni HMK döneminde Yargıtay tarafından dava şartı olarak kabul edilebilmesi artık daha zordur. Çünkü HUMK döneminde dava şartlarının neler olduğu HMK'da olduğu gibi sayma suretiyle

bu hususa değinilerek hiç borçlu olmadıkları zamanda yapılan tasarrufların iptal edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁰ Yargıtay da, alacağın iptal konusu tasarruftan önce doğması şartına ilişkin bir kararını da bu gerekçeye dayandırarak vermiştir.¹⁶¹ Aynı şekilde 6183 sayılı Kanun'da da bu konuda açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak İİK'dan farklı olarak 6183 sayılı Kanun tasarısının TBMM'de görüşülmesi esnasında bu konu tartışılmış olmasına rağmen amme alacağını doğuran olayın doğumundan önce yapılan tasarrufların, maddenin kapsamı dışında bırakılması teklifi reddedilerek, maddenin bugünkü metni kabul edilmiştir.¹⁶² Dolayısıyla 6183 sayılı Kanun tasarısının mecliste görüşülmesi esnasında bu konunun gündeme gelerek reddedilmesi, 6183 sayılı Kanun açısından kanun koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğunu gösterir.

belirtilmiş değildi. Bu nedenle dava şartlarının ne olduklarına bizatihi Yargıtay'ın kararları yön vermekteydi. Ancak yeni HMK'nın dava şartlarını belirleme konusunda tercih ettiği yöntem Yargıtay'ın alanını son derece daraltmış bulunmaktadır. Bunun önemi dava şartı olması halinde davanın esasına girilmeden davanın usulden reddedilecek olmasıdır. Usulden reddedilen dava ise dava şartlarındaki eksikliğin tamamlanması halinde yeniden açılacaktır. Davanın esasan reddedilmesi halinde ise dava maddi hukuk tarafından öngörülen esas hakkın mevcut olmadığı manasına gelecek ve söz konusu dava artık açamayacaktır. Dolayısıyla tasarrufun iptali davalarında Yargıtay tarafından benimsenen bu özel şartların dava şartı olup olmadığı verilen kararın niteliğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak Yargıtay bu meseleyi dava şartı olarak görmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşüne göre davanın usulden reddedilmesi gerekir.

İkinci olarak ise, getirilen bu şartın doğru olup olmadığı meselesidir. Yargıtay tarafından getirilen bu şartın aynı şekilde, amme alacakları için açılan tasarrufun iptali davalarında uygulanması, amme alacağının niteliğinden dolayı daha zordur. Bu konu metin içerisinde açıklanmıştır.

¹⁶⁰ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun İptal davasına ilişkin gerekçesinde şu paragraf yer almaktadır; "Bu maddenin müzakeresi esnasında aciz vesikası verilmesinin veya masaya kabul edilen alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarihten geriye doğru altı ay evvel yapılmış olan ivazsız tasarruflarla bağışlamaların mutlak olarak batıl sayılması teklif edilmiş ise de borçlu veya müflisin borçlu olmadıkları bir zamanda yaptıkları tasarrufu muteber addetmemek doğru olmayacağı ve alacaklıların muamelede bulunduğu sırada borçlunun malî vaziyetini bilmeleri lâzım geleceğinden hiç borçlu olmadığı zamandaki tasarrufun da iptalini istilzam edecek olan bu teklif ekseriyetle kabul edilmemiştir." (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d04/c008/tbmm04008056ss0151.pdf>, e.t:16.06.2015)

¹⁶¹ "Tasarrufun iptaline karar verilmesi için borcun, tasarruf tarihinden önce doğmuş olması şarttır. Yasanın gerekçesinde, bir hukuki işlemde bulunulurken o tarihte borçlunun mevcut mali durumunun gözetildiği, bu nedenle işlemde önce yapılmış tasarrufların iptal edilemeyeceği görüşlerine yer verilmiştir." (Yarg. 15. HD, 12.09.2005, 1960/4597, Kazancı İçtihat Programı, e.t: 22.01.2015).

¹⁶² *TBMM Tutanak Dergisi*, IX. Dönem, C. 24, 112. Birleşim, 20.VII.1953 Tarihli Toplantı, nak; Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 397.

Alacağın iptale konu tasarruftan önce doğması şartı içtihat ile kabul edilmiştir.¹⁶³ Yargıtay tarafından getirilen bu şartın temelinde, alacaklının borçlunun malvarlığına güvenerek işlem yapması yatar. Borçlunun malvarlığını daha önceden devretmiş olmasına rağmen alacaklı onunla hukuki işlem yapıyorsa, alacaklının bu hukuki işlem-den kaynaklanan alacağını alıp alamayacağına ilişkin riski üstlendiği kabul edilir.

Yargıtay tarafından İİK bakımından açılan tasarrufun iptali davalarında getirilen bu şartın, amme alacakları içinde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, amme alacağının (İİK açısından da özel hukuktan doğan alacağın), iptali istenen tasarruftan önce doğması gerekir.¹⁶⁴ Bir başka görüş ise, 6183 sayılı Kanun'da (özel hukuktan doğan alacaklar yönünden İİK'da) buna ilişkin bir düzenlenme olmaması nedeniyle alacağın tasarruftan önce doğmuş olması dava şartı sayılamaz.¹⁶⁵ İsviçre ve Alman öğretisinde de, alacaklının, alacağının doğum tarihi, iptale tabi tasarruftan sonraki bir tarih olsa bile, iptal davası açabileceği kabul edilir.¹⁶⁶

Bu açıklamalar ışığında amme alacaklarının doğum tarihini ve özelliklerini incelemek gerekir. Amme alacağı vergiyi doğuran olayın ortaya çıkması ile doğar.¹⁶⁷ Vergiyi doğuran olay çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Bir olay, bir durum, bir eylem olabileceği gibi bir sözleşme, bir üretim veya bir tüketim de olabilir.¹⁶⁸ Böyle bir olayın meydana gelme-

¹⁶³ "Anılan Yasa uyarınca açılan iptal davasında amaç, amme alacağının tahsilini sağlamak üzere vergi borcunun doğumundan sonra yapılan tasarrufların butlanına hükmetmektir. Somut olayda davacının vergi alacağı 25.11.1998 tarihinde başlamakta ve daha sonraki tarihleri kapsamaktadır. Hâlbuki tasarruf tarihi 28.08.1998 tarihlidir. Bu durumda tasarruf borcun doğumundan önce gerçekleştiğinden iptal davasına konu olamaz." Yarg. 15. HD, 21.04.2004, 444/2263, nak: Öncü, s. 73.

¹⁶⁴ Şimşek, s. 209; Güneren, s. 1218; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s. 1199; Candan, s. 152.

¹⁶⁵ Uyar/Uyar/Uyar, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, s. 842; Kostakoğlu, s. 14; Toktaş, s. 60; Öncü, s. 74; Berkin, N.: İflas Hukuku. İstanbul 1970, s. 508; Üstündağ, İflas Hukuku, s. 284; Yıldırım, s. 288; Altay, s. 675; Toktaş, s. 59. Ayrıca Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin önceden görüşü de bu yöndeydi (Yarg. 13. HD., 25.6.1979, 3011/3730, ABD 1979/5, s. 101).

¹⁶⁶ Yıldırım, s. 288; Üstündağ, İflas Hukuku, s. 284.

¹⁶⁷ Vergiyi doğuran olay kavramı Vergi Usul Kanunu'nun 19. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder."

¹⁶⁸ Eren/Şişman, s. 780.

si ya da hukuki durumun tekemmülü, kanunların vergiyi bağladıkları olayın, dolayısıyla devletin vergi alacağının, diğer taraftan da yükümlünün vergi borcunun sebebini oluşturur; bu alacağın ödenmesi ya da ödetilmesine ilişkin idari işlemlerin içinde yer aldığı süreci başlatır.¹⁶⁹ Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile birlikte, taraflar arasında vergi borcu ilişkisi kurulur.¹⁷⁰ Dolayısıyla amme alacaklarının doğumu için borçlunun malvarlığının olup olmaması önemli değildir. Önemli olan vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesidir. Verginin doğumu için amme alacaklısı ile borçlu arasında bir hukuki işlemin tesisi zorunlu değildir.¹⁷¹ Amme alacağı vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğar. Oysa İİK'ya göre açılan tasarrufun iptali davalarında, Yargıtay tarafından bu şartın getirilmesinin amacı, alacaklının borçlunun malvarlığına güvenerek hukuk işlem yaptığı varsayımdır. Bu varsayımın amme alacaklarına uyarlanması bir hayli güçtür. Zira vergilendirme süreci tek yanlıdır. Eş anlatımla idarenin tek yanlı iradesini açıklaması ile hukuki sonuçlarını doğurur.¹⁷² İşlemlerin tek yanlılığının nedeni kamu yararı dolayısıyla, özel hukuktakinin aksine, iradelerin eşitliğinin değil, kamusal iradenin üstünlüğünün söz konusu olmasıdır.¹⁷³ Bu nedenle tasarrufun doğumundan sonra doğan amme alacakları için de tasarrufun iptali davasının kamu idaresi tarafından açılabilmesi mümkün olmalıdır. Zira kamu idaresi, bu idari işlemi tesis ederken borçlunun malvarlığı ile ilgilenmez. Tek yanlı iradesi ile kamu gücünü kullanarak vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ve kanundaki şartların oluşması ile vergi borcu gerçekleşir. Buna rağmen Yargıtay, İİK'ya ilişkin olarak kabul etmiş olduğu bu özel dava şartını 6183 sayılı Kanun'a göre açılan tasarrufun iptali davaları için de kabul eder.¹⁷⁴ Kanaatimize göre İİK açısından dahi kanunda olmayan bu şartın yargı kararları ile getirilmesi de isabetli olmamıştır.

¹⁶⁹ Eren/Şişman, s. 780.

¹⁷⁰ Eren/Şişman, s. 781.

¹⁷¹ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 397.

¹⁷² Eren/Şişman, s. 749.

¹⁷³ Özay, İ.: Günışığında Yönetim. İstanbul 2002, s. 325.

¹⁷⁴ "Dava 6183 sayılı Yasa'nın 24 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında, borcun iptali istenen tasarruftan önce doğması dava ön koşulu olup, mahkemece resen bakılması gereklidir... O halde mahkemece yapılması gereken iş; 28.04.2005 tasarruf tarihi itibarıyla doğmuş olan vergi borcunun aslı ve ferileri konusunda alınacak ek rapor sonucuna göre karar vermekten ibarettir. (Yarg. 17 HD, 24.2.2009, 2008/4557-871, nak: Güneren, s. 1223.

IV- GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

6183 sayılı Kanun'un 24. maddesi ve takip eden maddelerinde düzenlenen iptal davasının açılabilmesi için amme borçlusunun idare tarafından kendisinden mal beyanında bulunması istendikten sonra süresi içerisinde mal beyanında bulunmamış olması veya hacze elverişli malı olmadığını bildirmesi ya da mal beyanında bulunmakla beraber beyan ettiği malın takdir edilen değerinin borcuna yetmediğinin anlaşılması gerekir. Amme alacağının kesinleşmiş ve ödenmemiş olması şarttır. Hakkında takibat kesinleşen amme borçluları aciz halinde sayılır. 6183 sayılı Kanun'a göre aciz belgesi düzenlenmesi zorunluluğu yoktur. Haciz tutanağı aciz belgesi yerine geçer.¹⁷⁵

Tasarrufun iptali davaları kişisel hakka dayalıdır, davaya konu olan malın aynı ile ilgili değildir. Tasarrufun iptali davasının amme alacaklısı lehine sonuçlanması durumunda hukuken geçerli olan bir akit hükümsüz hale gelir. Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki mevcut sözleşme hukuken geçerlidir. Tasarrufun iptali istemiyle açılan bir davada, mahkemece iptal yönünde karar verilirse, alacaklı amme idaresi davaya konu malın üzerinde cebri satış yoluyla hakkını alma yetkisine sahip olur. Dava konusu olan mal gayrimenkul olduğu takdirde, amme alacaklısı borçlunun üçüncü kişiye sattığı bu mal üzerindeki tapu kaydının düzeltilmesine gerek olmaksızın (tapu iptali gerekmezsiniz) haciz ve satış işlemini gerçekleştirir. Elde edilen tutardan amme alacağı satış masrafları vb. çıktıktan sonra geri kalan parasal tutar var ise, tapu maliki üçüncü kişiye verilir. Tasarrufun iptali yönünde karar veren mahkeme amme alacağının asıl ve ferilerine yetecek miktarda tasarrufun iptaline karar vermek durumundadır. Amme borçlusunun yaptığı tasarrufun amme alacağını aşan kısmının iptali söz konusu değildir.

Amme alacaklarının beyanı ve/veya ödenmesi konusunda bir ihtilaf çıkıp, sorun yargıya intikal ettiğinde, kamu alacağının kanunlarda belirtilmiş ve ödemenin yapılması gereken normal ödeme süresi değişecek, bazen ödeme süresi bir veya birkaç yıl ileri bir tarihe kayabilecektir. İdarenin iptal davası açarken normal ödeme süresine göre mi, yoksa uyumsuzluk konusu olması nedeniyle ötelenmiş ödeme

¹⁷⁵ Yarg. 15. HD, 24.06.2003, 2003/1643-3472, (Kazancı İçtihat Programı).

süresine göre mi hareket etmesi gerektiği konusunda yasa metninde açıklayıcı bir düzenlemeye gidilmesi, idare mükellef arasında iptal davasına konu tasarrufun hangi ödeme süresine göre (normal ya da ötelenmiş) iptale konu olacağı hususunda yeni ihtilâfları önleyecektir.

Ayrıca, amme idaresi tarafından açılan tasarrufun iptali davası idare lehine sonuçlanırsa, idarenin iptale konu ettiği tasarrufların geçmiş iki yılla sınırlandırılması, yargılama neticesinde ödeme süresi yenilenmiş ihtilaflar açısından, ödeme süresini yenileyen bazı durumlarda yeni çıkan ödeme süresiyle, normal ödeme süresinden önce yapılmış olan tasarrufların iptaline engel teşkil eder. Bu tür durumlarda iki yıllık süreye geçmişe dönük olarak o ödeme süresinin uzamasına sebep olan ve idare mükellef arasında idari yargıya intikal eden olayın vuku tarihine kadar esneklik kazandırılması, geriye dönük süre uzatımı şeklinde bir hükmün kanuna eklenmesi yerinde olur.

Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi aşağıdaki şartlar tahakkuk etmiş olmalıdır:

- Amme alacağının ödeme vadesi geçmiş olmasına rağmen tahsil edil(e)memiş olması,
- Malvarlığı araştırmasına rağmen borçlunun malının bulunmaması veya borca yetmediğini anlaşılmaması,
- Bu şartların varlığı halinde 6183 sayılı kanunun 13/7 maddesine göre ihtiyati haciz uygulanması,
- Ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde gerçekleştirilen tasarruf işlemlerini kapsamaması,
- İlgili alacaklı amme idaresince açılması,
- Tasarruf tarihinden itibaren en geç beş yıl içinde açılması, gerekir.

6183 sayılı Kanun'un 24-31. maddeleri ile İİK'nun 277-284. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davaları, alacaklıların alacaklılarını tahsil edebilmelerini güçleştiren ya da imkânsız hale getiren bazı tasarruflarının hükümsüz hale gelmesini sağlayan bir dava şeklidir. 6183 sayılı Kanun'un düzenlediği tasarrufun iptali davaları ile amme alacağını ödememiş borçlulardan, süresinde veya hapisle tazyikine

rağmen mal beyanında bulunmayanlarla malı bulunmadığını bildiren ya da beyan ettiği malların borcuna yetmediği anlaşılanların ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme süresinin başlamasından sonra yaptıkları ivazsız ya da bağışlama yahut hükümsüz sayılan diğer tasarruflar ile amme alacağının bir kısmının ya da tamamının tahsiline imkân bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan tek taraflı hukukî işlemlerle borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün hukukî işlemlerin tarihleri ne olursa olsun hükümsüzlüğünü sağlamak ve bu yolla kamu alacağını tahsil etmek amaçlanır.

Genel icra hukuku ile 6183 sayılı Kanun'da yer alan tasarrufun iptali davalarında uygulanacak yöntem ve güdülen amaç birbirine benzer. Ancak, 6183 sayılı Kanun'da kamu hizmetlerinin finansman kaynağı olan amme alacaklarının tahsili amacıyla açılması gereken tasarrufun iptali davalarının şartları ve sonuçları genel icra hukukuna göre farklılıklar gösterir. Nitekim imtiyazlı bir alacak olarak nitelendirilen amme alacağının tahsilinde kamu yararına birtakım öncelikler ve ayrıcalıklar tanınması doğal karşılanmalıdır. 6183 sayılı Kanun'da tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için öncelikle kesinleşmiş bir amme alacağının varlığı gereklidir. Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için sadece tahakkuk etmiş ve/ya da sadece vadesinde ödenmemiş olmanın yeterli sayılmayıp, alacağın kesinleşmiş olması şartı da aranmak zorundadır. Zira uyumsuzluk konusu olan amme alacaklarının tahakkuk etmiş olması, her zaman kesinleştiği anlamına gelmez. Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi, vadesinde ödenmemiş bir amme alacağının varlığına ve amme borçlusunun haczedilebilir malvarlığının borcunu ödemeye yetmemesi şartına bağlıdır. Henüz kesinleşmiş ve vadesinde ödenmemiş bir amme alacağı bulunmuyor ise, tasarrufun iptali davası açılmaz. Ayrıca vadesinde ödenmemiş olan amme alacağının varlığı da mutlaka tasarrufun iptali davası açılmasını zorunlu kılmaz. Amme borçlusunun haczedilebilir malvarlığı borcunu karşılamaya yeterse, tasarrufun iptali davası açmaya gerek yoktur. Vadesinde ödenmediği gerekçesiyle ödeme emri ile takip edilmeye başlamış olan amme borcunun amme borçlusu veya sorumlu tarafından ödenmesi halinde tasarrufun iptali davası açılmasına da gerek kalmaz. Kaldı ki, tasarrufun iptali davası açıldıktan sonra ve henüz karar verilmeden, kamu borcunun ödenmesi halinde de, dava-

ya devam edilmesine gerek yoktur. Tasarrufun iptali davasının amacı, vadesinde ödenmemiş amme alacağının tahsilini sağlamaya aracılık eder. Vadesinde ödenmemiş amme borcunun ödenmesi veya cebren tahsil imkânı var olduğu sürece, iptal davasının açılmasına gerek yoktur. Tasarrufun iptali davasının amacı, iptale konu tasarruflarla amme borçlusunun üçüncü kişilere devretmiş olduğu mal veya hak üzerinde davacı amme alacaklısının cebren tahsil yolu ile alacağını alma yetkisini elde etmesinin sağlanmasıdır. Amme borçlusu tarafından yapılan tasarrufun iptal edilmesi halinde, davacı (alacaklı amme idaresi) dava konusu edilen mal üzerinden, alacağını cebren tahsil yoluyla elde edebilme imkânına kavuşur.¹⁷⁶

6183 sayılı 28 ve 29. maddelerinde sayılan tasarrufların iptalinde, amme borçlusunun ya da onunla ilişkiye giren kişilerin kötü niyetli olup olmadığının önemi olmamasına rağmen; 30. maddesinde borçlunun kötü niyetle yaptığı hileli tasarrufların iptali düzenlenmiştir. Bu nedenle, borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan tek taraflı işlemlerle borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün işlemler, tarihleri ne olursa olsun hükümsüz sayılır. Bununla birlikte, tasarrufun tarihi ne olursa olsun tasarrufun iptali davası açma hakkı, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl ile sınırlı olduğundan, alacaklı amme idarelerinin tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde tasarrufun iptali davası açmaları gerekir.

Açılan tasarrufun iptali davası sonucu, dava konusu edilen tasarruflar iptal edilirse, dava konusu mallar borçlunun mülkiyetine geri dönmez; davalı üçüncü kişi o malların maliki olarak kalmaya devam eder. Ancak iptal edilmiş olan tasarruf, iptal davasını açmış olan amme alacaklısına karşı hüküm ifade etmez. Dava konusu edilen tasarruf sadece alacaklı bakımından ve alacakla sınırlı olarak hükümsüz sayılır. Tasarrufun iptali davası lehine sonuçlanan amme alacaklısı, tasarruf konusu mal sanki borçlunun mülkiyetinde imiş gibi onu satın alacağını tahsil etmek hakkını kazanır. Tasarrufun iptali davası sonucunda verilen kararın, iptali gereken işlemin amme alacağı aslı ile fer'ileri toplamı kadarının iptali ile sınırlı olması gerekir. Tasarrufun

¹⁷⁶ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 422.

iptali davasının işlevi, amme borçlusu tarafından yapılan tasarrufun alacaklı amme idaresini bağlamayacağına hükmedilmesini ve amme alacağının tahsiline yetecek miktardaki tasarrufun hükümsüz sayılmasını sağlamaktır.

Ödeme süresinin başlamasından geriye doğru iki yıllık sürenin ne zamandan başlayacağı konusunda bazı tereddütler vardır. Sürenin başlangıcı olarak, amme alacağını/vergiyi doğuran olayın doğumunun değil, ödeme süresinin başladığı tarihin esas alınması gerekir. Ödeme süresinin ne zaman başladığının bilinmesi gerekir. Amme alacaklarının kanunlarda belirtilen normal ödeme süreleri ile uyumsuzluk konusu yapılan amme alacaklarının ödeme süreleri arasında farklılıklar vardır. Bu ödeme sürelerinden hangisinin esas alınması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur.¹⁷⁷

Kaynakça

- Ağar S., (2006). Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 285-316.
- Ağar S., (2009). Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları. Ankara.
- Akil C., (2014). Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi. Ankara Barosu Dergisi, 3, 159-201.
- Akşener H. S., (2007). İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (2 b.). İstanbul: Legal.
- Alangoya Y., (2003). Medeni Usul Hukuku (3 b.). İstanbul: Nemaş.
- Altay S., (2004). Türk İflas Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Ansay S. Ş., (1954). Hukuk İcra ve İflas Usulleri (3 b.). Ankara: İstiklal Matbaacılık.
- Ansay S. Ş., (1960). Hukuk İcra İflas Usulleri. Ankara: İstiklal Matbaacılık.
- Arslan A. S., (2014). Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu. Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan (s. 253-270). içinde Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Arslaner H., (2010). 6183 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu İle Tahsili. Ankara: Yetkin Basımevi.
- Aşık İ., (2012). Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Atalay O., (2007). Bankacılık Kanunu'ndaki Takip Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi. Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (8 Haziran 2007), (s. 57 vd.). Ankara.
- Berkin N., (1969). İcra Hukuku Dersleri, 538 sayılı Kanuna ve Son İçtihadlara Göre İcra Hukuku Prensipleri-Haciz-Rehnin Paraya Çevrilmesi-İcra Suçları (2 b.). İstanbul.

¹⁷⁷ Karakoç, Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası, s. 423.

- Berkin N., (1970). İflas Hukuku. İstanbul: Yeni Hamle Matbaası.
- Berkin N., (1980). Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Candan T., (2007). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- Çiftçi P., (2010). Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, 313-379.
- Çoşkun M., (2013). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (2 b.). Ankara: Seçkin.
- Deynekli K., (2005). Sıra Cetveli (3 b.). Ankara: Turhan.
- Dönmez R., (2005). Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu ile Takip. Ankara.
- Duvarger M., (1955). Amme Maliyesi. (İ. H. Ülkmen, Çev.) Ankara.
- Eren H., & Şişman G., (2009). İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış. Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan (s. 747-813). içinde Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Ertekin E., & Karataş İ., (1995). İcra ve İflas Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları. Ankara: Yetkin.
- Gerçek A., (2010). Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Güneren A., (2012). İcra ve İflas Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları. Ankara: Feryal Matbaacılık.
- Herekmen A., (1976). Genel Vergi Kuramı. Ankara.
- Karakoç Y., (2001). Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku. Vergi Sorunları(153), 116-135.
- Karakoç Y., (2009). Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası. Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan (s. 375-426). içinde Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Karakoç Y., (2011). Genel Vergi Hukuku (5 b.). Ankara: Yetkin.
- Karakoç Y.,(2014). Genel Vergi Hukuku (7 b.). Ankara.
- Karataş İ., & Ertekin E. (1998). Tasarrufun İptali Davaları. Ankara.
- Karslı A., (2009). İcra Hukuku Ders Kitabı-1. İstanbul: Alternatif Yayınevi.
- Karslı A., (2012). Medeni Muhakeme Hukuku (3 b.). İstanbul: Alternatif Yayıncılık.
- Karslı A., (2014). İcra ve İflas Hukuku (3 b.). İstanbul: Alternatif Yayıncılık.
- Kostakoğlu C., (1991). 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası. *Yargıtay Dergisi*, 17(1-2), 5-21.
- Kumrulu A., (1981). Vergi İcra Hukukuna Kuramsal Bir Yaklaşım. Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı (s. 647-668). içinde Ankara : Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Kuru B., (1964). Dava Şartları. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansayın Hatırasına Armağan (s. 109-147). içinde Ankara.
- Kuru B., (1997). İcra ve İflas Hukuku (3 b., Cilt IV). İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- Kuru B., (2004). İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (1 b.). İstanbul: Türkmen Kitabevi.
- Kuru B., Arslan R., & Yılmaz E., (2011). Medeni Usul Hukuku (22 b.). Ankara: Yetkin Basımevi.
- Kuru B., Arslan R., & Yılmaz E.,(2013). İcra ve İflâs Hukuku (27 b.). Ankara: Yetkin Basımevi.

- Mutluer M. K., (2006). Vergi Genel Hukuku. İstanbul.
- Oktar S. A., (2014). Vergi Hukuku (10 b.). İstanbul: Türkmen Kitabevi.
- Onar S. S., (1966). İdare Hukukunun Umumi Esasları (3 b., Cilt III). İstanbul.
- Öncel M., Kumrulu A., & Çağan N. (2008). Vergi Hukuku (15 b.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öncel M., Kumrulu A., & Çağan N. (2014). Vergi Hukuku (23 b.). Ankara.
- Öncü K., (2012). Vergi Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öner E., (2015). Vergi Hukuku (5 b.). Ankara.
- Özay İ., (2002). Günışığında Yönetim. İstanbul: Alfa.
- Özbalcı Y., (2005). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları. Ankara.
- Özdemir M., (2014). Vergi İcra Hukuku. İstanbul.
- Özekes M., (2009). İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler. Ankara: Adalet.
- Pekcanıtez H., Atalay O., & Özekes M., (2012). Medenî Usûl Hukuku (13 b.). Ankara: Yetkin Basımevi.
- Pekcanıtez H., Atalay O., Özkan Sungurtekin M., & Özekes M. (2012). İcra ve İflâs Hukuku (10 b.). Ankara: Yetkin Basımevi.
- Postacioğlu İ., (1962). Medeni Usul Hukuku Dersleri (2 b.). İstanbul: Baha Matbaası.
- Postacioğlu İ., (1982). İcra Hukuku Esasları (4 b.). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Savaş H. H., (2000). Kamu Alacaklarında İptal Davası (II). Mükellefin Dergisi(87), 121-129.
- Stinglitz J. E., (1994). Kamu Kesimi Ekonomisi (2 b.). (Ö. F. Batirel, Çev.) İstanbul.
- Şenyüz D., Yüce M., & Gerçek, A. (2013). Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (4 b.). Bursa: Ekin.
- Şenyüz D., Yüce M., & Gerçek, A. (2015). Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (6 b.). Bursa.
- Şimşek E. (1996). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi (2 b.). İstanbul: Alfa.
- Toktaş M. (2009). Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tombaloğlu M. L. (2011). Amme Alacağının Takip ve Tahsil Usulü. Ankara.
- Ulukapı Ö. (2014). Medenî Usûl Hukuku (1 b.). Konya: Mimoza.
- Uyar T., (2014). İİK'nun 278. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar. *Ankara Barosu Dergisi* (3), 413-475.
- Uyar T., Uyar A., & Uyar C., (2008). İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (3 b.). Ankara: Turhan.
- Üstündağ S., (2000). Medeni Yargılama Hukuku (7 b.). İstanbul: Nesil Matbaacılık.
- Üstündağ S., (2004). İcra Hukukunun Esasları (8 b.). İstanbul: Alfa.
- Üstündağ S., (2007). İflas Hukuku (7 b.). İstanbul: Sena Ofset.
- Yaz D. A., (2011). Vegide Doğru Bilinen Yanlışlar (2 b.). İstanbul.
- Yıldırım K., (1995). İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları. İstanbul: Alfa .

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TOPLANTI DIŞINDA BİLGİ ALMA HAKKININ KONUSU

THE OBJECT OF THE RIGHT OF BOARD OF DIRECTORS OF THE JOINT STOCK COMPANY TO RECEIVE INFORMATION OUTSIDE OF MEETING

Hediye Bahar SAYIN*

Özet: Yönetim kurulu üyeleri şirkete karşı çeşitli hak ve borçlara sahiptir. Üyelerin bilgi edinme hakkı ise üyeler açısından hem hak hem de bir yükümlülüktür. TTK m. 392’de anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi edinme hakkına yer verilmiş, bu hak toplantı içi ve dışı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiş ve üyelerin toplantı içinde bilgi alması esas olarak kabul edilmiştir. Toplantı dışında bilgi talebi söz konusu ise, “işlerin gidişi ve münferit işler” hakkında bilgi talebinde bulunan üye başkandan izin almalıdır. İsviçre BK m. 715a’da ise sadece münferit işler konusundaki bilgi talepleri başkanın iznine tabi tutulmuştur. Türk ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin düzenlemeler ile “işlerin gidişi/ münferit işler” kavramları çalışma kapsamında inceleme altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Bilgi Edinme Hakkı, İşlerin Gidişi, Münferit İş

Abstract: Board members have various rights and obligations to the company. Right to receive information of the members is both a right and an obligation for members. The article 392 of TCC is about the right to receive information of board members of joint stock company, and this right was organized in two ways; inside and outside meeting; and the receiving information inside meeting by members was accepted as a basis. In the case of a request for information outside the meeting, a member who requests to receive information about “run of business and individual affairs” shall obtain permission from the head member. As for the Article 715 of Swiss Code of Obligations, the information requests about disjunctive affairs are only subject to the permission of head member. With the regulations in Turkish and Swiss law related to this topic, the concepts of “run of business and individual affairs” are examined in scope of the study.

Keywords: Joint Stock Company, Board of Directors, Right to Information, Run of Business, Individual Affairs

1. Giriş

Anonim şirketler yönetim kurulu tarafından temsil ve idare edilir (TTK m. 365). Kurul üyeleri anonim şirket açısından önemli görevler üstlenir. Böyle önemli görevler üstlenen kurul üyelerinin şirkete karşı haklarının ve borçlarının olması kaçınılmazdır. Kurul üyelerinin hakları, kişisel ve mali haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Üyelerin kişisel nitelikli haklarından biri de bilgi alma ve inceleme hakkıdır (TTK m. 392).

Şirketin yönetim ve temsilinin amaca uygun olarak gerçekleşmesi, yönetim kurulu üyelerinin şirket iş ve işlemleri hakkında doğru bilgi almalarına bağlıdır. Bilgi alma ve inceleme, yönetim kurulu üyeleri açısından hem hak hem de bir yükümlülüktür. Çünkü bilgi alma hakkı ile üyelerin sorumlulukları arasında doğrudan bir ilişki mevcut olup, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulması, bu hakkın ve yükümlülüğün yerine getirilmiş olmasına bağlıdır.¹ Bu sebeple, TTK m. 392'de yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Düzenleme incelendiğinde bilgi alma hakkının, toplantı sırasında ve toplantı dışında olmak üzere iki şekilde kullanılabileceği görülür.

Yönetim kurulu üyeleri kural olarak, toplantı sırasında şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Üyelerin kurul toplantılarında şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında detaylı bilgi alma hakları vardır. Yönetim kurulu üyesinin bireysel bilgi alma hakkına dayanarak ilgililerden bilgi talep etmesi halinde, bu talep reddedilemeyeceği gibi sorular da cevapsız bırakılmaz (TTK m. 392/1). Toplantı sırasında yönetimle görevli kişi ve komiteler, üyelere bilgi vermekle yükümlüdür (TTK m. 392/2).

Toplantı dışında ise yönetim kurulu başkanının izni ile şirket yönetimi ile görevli kişilerden işlerin gidişi ve münferit işler konusunda bilgi alınabilir. Üyenin görevini yerine getirmesi için gerekli ise başkandan şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemeye sunulması istenebilir (TTK m. 392/3). Başkanın bilgi alma, soru sorma ve inceleme

¹ G. Üçışık ve A. Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku C: I, Ankara 2013, s. 481.

talebini reddetmesi halinde, yönetim kurulu iki gün içinde toplanır (TTK m. 392/4). Konu kurulda karara bağlanır. Kurulun toplanamaması veya kurulun talebi reddetmesi halinde, bilgi talep eden üye, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkemenin vereceği karar kesindir (TTK m. 392/4).

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmada “üyelerin kurul toplantıları dışındaki bilgi alma hakkının konusu” hususunun İsviçre BK ile karşılaştırmalı olarak inceleme altına alınması planlanmıştır.

2. Kurul Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alması

2.1. Genel olarak

Yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alması TTK’da ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bunun sebebi kurul toplantılarının aralıklarla yapılması olup üyelerin bu süreçte toplantı dışında şirket işlerine ilişkin bilgi almasının ancak bu hak vasıtası ile kullanılabilmesidir. Bu açıdan kurul üyelerinin toplantı dışında bilgi alması hususunun üyelere ulaştırılabilecek belge ve raporlarda dahil olmak üzere şirket iç yönergesinde belirlenmesi gerekir. İç yönergede sunulacak bilgiler ve bilgi akışının ayrıntılı ve açık şekilde düzenlenmesi, üyelerin kolay şekilde bilgiye ulaşmaları ve bilgilerin çarpıtılmaması açısından önemlidir.²

Üyelerin bireysel ve sınırsız bilgi alma hakkı kaynak TTK’da, İsviçre BK m. 715a’dan farklı düzenlenmiştir. TTK m. 392/3’a göre, “Toplantı dışında üyeler yönetim kurulu başkanının izni ile şirket yönetimi ile görevli kişilerden “işlerin gidişi ve münferit işler” konusunda bilgi alabilir”. BK m. 715a’ya³ göre ise “her üye, yönetim kurulu toplantıları dışında şirket yönetimiyle görevli kişilerden işlerin gidişi ve münferit işler hakkında ise yönetim kurulu başkanının yetki vermesi ile bilgi isteyebilir.” Her iki düzenleme arasındaki temel fark; işlerin gidişi hakkında bilgi alı-

² H. Pulaşlı, (2014). Şirketler Hukuku Şerhi C. I (2. Baskı). Ankara: Adalet, § 30, N. 581.

³ İBK’da yer alan işlerin gidişatı hakkında doğrudan bilgi almaya ilişkin düzenleme 1992 değişikliği ile yasaya girmiştir.

nabilmesi için İsviçre BK'da yönetim kurulu başkanından izin alınmasına gerek olmamasına rağmen TTK'da bu iznin aranmasıdır. TTK ve İBK'ya göre münferit işler hakkında bilgiler ise ancak Kurul başkanının izni ve görevlendirmesi ile yetkili kişilerden alınabilmektedir. Dolayısı ile TTK'da yer alan düzenlemede hem işlerin gidişi hem de münferit işler hakkında bilgi almak için yönetim kurulu başkanının izni gerekmektedir.⁴

TTK m. 392'nin gerekçesinde mehzaz kanundan farklı düzenleme yapılmasının sebeplerine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu konuda sadece şu ifade edilmiştir: "Üyenin (kural olarak) kurul dışında bilgi almak hakkı bulunmadığı gibi, kurul dışında defterleri ve/veya belgeleri incelemek hakkı da yoktur. Üye, bu hakkı yönetim kurulu başkanının izni ile kullanabilir. Üye, şirketin defter ve belgelerini incelemeyi ancak görevini, hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak yapması bakımından gerekliyse talep edebilir. Başkandan talep bir şekle tâbi değildir". TTK m. 392/1'de ise "Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir" ifadesi ile her yönetim kurulu üyesinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi alma hakkı olduğu ilke olarak düzenlenmiştir. Fakat TTK m. 392/3'de yer alan ifadelerle bu hakka (TTK m. 392/1) sınırlama getirilmiştir. TTK m. 392/3'ün ifadesinden de anlaşıldığı üzere, yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında doğrudan bilgi alma hakları yoktur. Fakat bu ifade TTK m. 392/1 hükmü ile çelişmektedir. Aynı madde altında birbirine çelişik düzenlemeye sebep olmaktadır. Ayrıca bu sınırlama, kurul üyelerinin sorumluluğu sistemi ile de bağdaşmamaktadır.

2.2. Bilgi alma hakkının kapsamı

TTK m. 392/3 hükmü gereği, kurul üyeleri toplantı dışında "*işlerin gidişi*" ve "*belirli münferit işler*" hakkında başkanın izni ile bilgi isteyebilecektir. Başkanın iznine tabi bilginin kapsamının tespit edilmesi yönetim kurulu üyelerinin şirketi yönetim hakkı açısından önem arz eder. Ayrıca TTK m. 392/5'gereği, yönetim kurulu üyesinin bu madde-

⁴ Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 583, 584.

den doğan hakları kısıtlanamaz, kaldırılamaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu kararı ile üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir. Bu bağlamda esas sözleşme veya yönetim kurulu kararı ile kanuni düzenlemeden sapılabilir. İşlerin gidişi hakkında bilgi istemlerinde başkanın izninin aranmaması kararlaştırılabilir. Bu durumda da “münferit iş” ve “işlerin gidişi” kavramları arasındaki fark önem arz eder.⁵ Belirttiğimiz sebeplerden dolayı bu iki kavramın kapsamlarının değerlendirilmesi, üyelerin bilgi alma hakkını kullanırken karşılaşacakları “kurul başkanı” engelini kaldırmak açısından önemlidir:

2.2.1. İşlerin gidişi kavramı

İşlerin gidişi (*geschäftsgang*) kavramına ilişkin ittifak edilmiş bir tanım bulunmamaktadır. “Münferit işler” kavramının karşıt anlamından yola çıkılarak kavramın içeriği belirlenmeye çalışılmaktadır. Buna göre, münferit iş ve işlemlere yönelik olmayan bilgi talepleri “işlerin gidişi” hakkında bilgi talebi olarak değerlendirilir.⁶ İşlerin gidişi; tek, belirli ve sınırlandırılmış işlemleri değil herşeyi kapsar. Hakkın kötüye kullanılması ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak bir işletme alanı veya işlem grubu hakkında bu kapsamda bilgi talep edilebilir.⁷

İşlerin gidişi, bazı konularda belirli bir süreçte hali hazırdaki durumun tespitine ilişkin verileri kapsar. Dolayısı ile işlerin gidişi ile genel olarak işletmede belirli bir süre içinde yapılmış her türlü iş ve

⁵ A. Kortunay, (2015). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre anonim şirketlerde yönetim kurulu ve üyelerin bilgi edinme hakkı. İstanbul: XII Levha, s. 357.

⁶ I. Kırca, (Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.) (2013). Anonim Şirketler Hukuku C. I. Ankara: Adalet, s. 717; Kortunay, s. 355; İsviçre hukukunda “işlerin gidişi” kavramının dar yorumlanması yönünde görüşler mevcuttur. Bkz. P. Bockli. Schweizer Aktienrecht. (4. Auflage). Zürich 2009, § 13, N. 204; I. W. Hungerbühler. Der Verwaltungspräsident. Zürich 2003, s. 75. Çünkü özel ve tek bir olaya ilişkin bilgi taleplerinde kurul başkanının izni gerekir. Bockli, § 13, N. 204. Fakat bu görüşün aksine kavramın geniş yorumlanması gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır. G. Krneta. Praxiskommentar Verwaltungsrat Art 707-726, 754 OR und Spezialgesetze. (2. Auflage). Bern 2005, Art. 715a, N. 998, M. Wernli/ H. Honsell/ P. N. Vogt/ R. Watter vd.). Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR Basler Kommentar. (3. Auflage). Zürich 2008, Art. 715a, N. 9.

⁷ Wernli vd., Art. 715a, N. 9.

işlemler kastedilir.⁸ Örneğin, işletmenin satış ve hasılat gelişmeleri, piyasa payı, personel sayısı ve hareketliliği ve rekabet gücü hakkında genel bilgiler bu kapsamdadır.⁹ Böylece belirli bir süreçteki şirket hedeflerinden hangilerinin yerine getirildiği, hangilerinin gerçekleştirilemediği, bunların nedenleri ve diğer özel durumlar (ekonomik ve siyasi krizler) hakkında bilgi edinilmesi sağlanmış olur. İşlerin gidişine ilişkin bilgiler, belirli sebepten dolayı işlerin iyi veya kötü gittiğini veya beklenmeyen olayların olumlu ve olumsuz etkileri hakkında dinamik bir analiz ortaya koymalıdır.¹⁰

Münferit hallere ilişkin ayrıntılı bilgiler, şirket yönetiminde görevlendirilen kişilerin şahsi bilgilerine ilişkin personel dosyaları, ileride gerçekleşmesi beklenen işlerle ilgili bilgiler, şirket defter ve dosyaları ise “işlerin gidişi” kavramına dahil değildir.¹¹ Ayrıca, bilgi alma hakkı kapsamında kurul üyesinin işletme amacı kapsamında bir fabrika veya yavru şirketi işlerin gidişi hakkında bilgi almak için özel olarak ziyaret etmesi mümkün değildir. Çünkü bu işlem kanunda yer alan yönetim ile görevli kişilerden bilgi talep edilmesi ile uyuşmamaktadır.¹²

“İşlerin gidişi” kavramı dinamik olarak anlaşılması gerektiği için, uzun süren işlem süreçleri zaman olarak geçmişe uzanan örneğin uzun süreli etkileri olan veya uzun vadeli ticari işlemlere ilişkin gelişmeler hakkında da bilgi verilmelidir. Çünkü bu işlemler şirketin halihazırdaki durumunu değerlendirme açısından anlamlı olabilir.¹³ Dolayısı ile işlerin gidişi hakkında edinilen bilgi ile kurul üyeleri şirketin genel-geçer durumu hakkında çerçeve bilgi alınmasına yardımcı olur.

2.2.2. Münferit işler kavramı

Münferit işler (einzelne Geschäfte) hakkında bilgi istemi ise daha somut, detaylı veya spesifik konuları kapsar. Yani kapsamı dar fakat

⁸ Böckli, § 13, N. 202; Kortunay, s. 355.

⁹ Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 588; Kırca (ŞehirAli Çelik/ Manavgat), s. 717; Krneta, Art. 715a, N. 998.

¹⁰ Wernli vd., Art. 715a, N. 9; Böckli, § 13, N. 202; Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 588.

¹¹ Wernli vd., Art. 715a, N. 9; Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 588.

¹² Krneta, Art. 715a, N. 1007.

¹³ Wernli vd., Art. 715a, N. 9a.

detaylı içeriğe sahip konular münferit işleri oluşturur. Bu konuda en tipik örnekler; bir önceki toplantıda görüşülen işler, şirket müdürünün işten çıkarılması veya gelecek toplantı gündeminde yer alan bir konu veya bir ortaklık kazanımı olabilir.¹⁴ Açılacak şube için kira sözleşmesi, belirli bir alanda yürütülen AR-GE faaliyetleri yine münferit işlere örnek gösterilebilir.¹⁵ Ayrıca akdedilen veya fesih edilen bir sözleşme, şirkete çekilen bir ihtarnameye ilişkin bilgiler münferit işlerden sayılır.¹⁶

Kurul üyeleri kurul başkanından izin almak sureti ile yönetimde görevli kişilerden şirketin münferit işleri hakkında gerekli bilgileri isteyebilir. Başkandan izin alınması yöntemi ile talep edilen detaylı bilgiler hakkında başkanın bilgi sahibi olması sağlanır.¹⁷ İsviçre doktrininde; yönetim kurulu başkanının münferit işlere ilişkin bilgilerde izninin öngörülmesi yöntemi ile aile tipi anonim şirketlerde bazı yönetim kurulu üyelerinin doğrudan şirket çalışanlarından bilgi almak sureti ile şirket yönetiminde etkinlik kazanılması amacının gerçekleştirilmesi şeklindeki alışkanlıklara karşı konulması hedeflendiği belirtilir.¹⁸

3. Hükmün Yorumlanması ve Doktrindeki Görüşler

Türk hukuku açısından TTK m. 392/3 dikkate alındığında, kurul toplantıları dışında bilgi alma hakkını kullanmak isteyen yönetim kurulu üyesi her halükarda yönetim kurulu başkanına başvurmalıdır. Bu duruma ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri atılmıştır. Bazı yazarlara göre, TTK'daki bu düzenlemenin mehz İsviçre'ye uygun yorumlanmalıdır. Diğer bazı yazarlara göre ise kanunun açık ifadesi

¹⁴ Krneta, Art. 715a, N. 1005.

¹⁵ Kortunay, s. 355.

¹⁶ Kırca (ŞehirAli Çelik/Manavgat), s. 717. İsviçre hukukunda "münferit işlem" kavramının "işlerin gidişi" kavramına göre daha geniş yorumlanması gerektiği yönünde görüşler vardır. Bunun nedeni münferit işlerde başkandan izin alınması gerekliliği olduğu ifade edilir. Hungerbühler, s. 76; Bunun aksi görüşte olana yazarlar ise kavramın dar yorumlanmasının hükmün amacına uygun olduğunu savunurlar. Wernli, Art. 715a, N. 9.

¹⁷ Wernli, Art. 715a, N. 10.

¹⁸ P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel, Schweizerisches Aktienrecht. Bern 1996, § 28, N. 100-105, dp. 55; Pulaşlı'ya göre, söz konusu durum, küçük aile şirketlerinin yaygın olduğu Türkiye açısından daha da önem arz eder. Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 590.

karşısında böyle bir yorum mümkün değildir. Tüm bilgi taleplerinde izin aranması olması gereken hukuk açısından doğru değildir. Doktrinde yer alan konuya ilişkin bu görüşlerin şu şekilde özetlenmesi mümkündür:

İlk görüşün temsilcilerinden *Kırca*'ya göre, yönetim kurulu üyelerinin bilgi edinme hakkının önemi ve konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi dikkate alındığında, hükmün geniş yorumlanması gerekirken, mehzaz İsviçre'ye nazaran bilgi alma hakkına sınırlama getirilmesi, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olması mümkün değildir. Tercihin bilinçli olduğunun iddia edilmesi halinde, "işlerin gidişi-münferit işler" ayrımına gidilmemesi, bunlar yerine 1. fıkradaki "iş ve işlemler" kavramından söz edilmesi gerekirdi. Dolayısı ile yazara göre, düzenlemeler arasındaki fark tercüme hatasından kaynaklandığından hükmün mehzaz 715a III'e uygun olarak yorumlanması, işlerin gidişi hakkında bilgi talepleri esnasında başkanın izninin aramaması gerekir.¹⁹ *Kortunay*'da bu görüşlere katılarak şu hususları eklemektedir: İşlerin gidişi hakkında bilgi istenmesinin başkanın iznine tabi kılınması, başkan ve üyelerin görev ve sorumlulukları ile bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi güvensizlik esasına dayanan bir yönetim organının kendisinden beklenen faydayı göstermesi zordur. Fakat yazara göre, TTK m. 392/3 hükmü tercüme özensizliğinden kaynaklanıyor ise madde gerekçesinde üyelerin toplantı dışında bilgi alma hakkının bulunmadığına vurgu yapılmasının açıklanması mümkün değildir. Hükmün lafzı bilgi alma hakkının genişletilmesi yönündeki genel felsefe ile örtüşmemektedir. Düzenlemenin yorum yolu ile veya mahkeme kararı ile redakte edilmesi mümkün gözükmemektedir. TTK m. 392/6 hükmünün işletilerek hakkın genişletilmesi ve kanun değişikliğine gidilmesi gerekmektedir.²⁰ TTK m. 392 hükmünün amacı ve niteliği gereği de münferit iş kavramının dar yorumlanması gerekir.²¹

¹⁹ Kırca (ŞehirAli Çelik/ Manavgat), s. 716. Aynı yönde görüş için bkz. S. Bozel. "Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı (6102 sayılı TTK m. 392)", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 1, s. 88 vd.

²⁰ Kortunay, s. 356.

²¹ Kortunay, s. 355.

İkinci görüşte olan yazarlardan *Pulaşlı*'ya göre, İsviçre hukukunun aksine Türk hukukunda hem münferit işler hem de işlerin gidişi hususunda kurul başkanından izin alınması şart kılındığından bu iki kavramın birbirinden ayrılmasının kural olarak pratik bir yararı yoktur.²² Ayrıca yazar, yönetim kurulu toplantıları sık sık yapılmadığından mehz İsviçre'de olduğu gibi TTK'daki düzenlemede "işlerin gidişi" hakkında bilgi edinme hakkının kurul başkanının iznine tabi kılınmamasının yararlı olabileceğini de vurgular.²³ Üçışık/Çelik'e göre, kanundaki bu düzenleme kurul üyelerinin gözetim görevlerini tam olarak yerine getirmesine engeldir. Şirketler, işlerinin gidişi hakkında bilgi alınması açısından yönetim kurulu başkanının iznini aramamalıdır.²⁴ Güney'de düzenlemenin mehz İsviçre ile uyumlu olmadığını, bu uyumsuzluğun bilinçli bir tercih olmayıp tercüme hatasından kaynaklandığına işaret eder. Fakat yazar, kanundaki bu açık düzenleme nedeni ile hem münferit işler hemde işlerin gidişi hakkındaki bilgi taleplerinin kurul başkanının iznine tabi olduğunu görüşlerine eklemektedir.²⁵

4. Başkanın İzin Vermesi

Bilgi talepleri ve bilgi verilmesine ilişkin izin kaydının tutulması hususunda herhangi bir işlem öngörülmemiştir. Kurul başkanı üyeler bu izni verirken istediği gibi serbestçe değerlendirme yapmamalıdır.²⁶ Bilgi talebi şekle bağlı değildir fakat yazılı olarak talep edilmesi yerinde olur. Çünkü talep sırasında talebi haklı gösteren gerekçelerin eklenmesi, kurul başkanının karar vermesine yardımcı olabilir.²⁷

Başkanın izin verme yetkisi kaldırılamaz, devredilemez, sınırlandırılmaz.²⁸ Başkan, bilgi talepleri konusunda keyfi işlem yasağına tabidir. Başkan talebi red etmesi halinde orantılılık ilkesini ve maddi sebepler dikkate almalıdır. Başkan ancak talebi haksız, gereksiz, önemli

²² Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 590.

²³ Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 586.

²⁴ Üçışık ve Çelik, s. 481.

²⁵ N. Akdağ Güney, Anonim şirket yönetim kurulu. İstanbul 2012, s. 121, dpn. 341.

²⁶ Kırca (ŞehirAli Çelik/Manavgat), s. 716; Böckli, s. 1617.

²⁷ Krneta, Art. 715a, N. 1008; Hungerbühler, s. 76.

²⁸ Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. İstanbul 2013, §12, N. 102.

derecedeki şirket sırrını ilgilendirmesi halinde rededebilir.²⁹ İzin talepleri değerlendirilirken üyelerin eşit işleme tabi tutulması gerektiği unutulmamalıdır.³⁰ Ayrıca bilgi verilmemesi halinde üyenin görevini yapmasının engellenmemesine dikkat edilmelidir.³¹

5. Görüşümüz ve Sonuç

TTK m. 392’de yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile bağlantılı önemli bir hak olan bilgi edinme hakkına ayrıntılı yer verilmiştir. Bu kapsamda bilginin toplantı dışında ve içinde olmak üzere iki ayrı şekilde talep edilmesi mümkün kılınmıştır. Her ne kadar bilgi edinme hakkı üyelerin vazgeçilmez haklarından ise de bu hakkın esas olarak toplantı içinde kullanılması gerektiği hükmün gerekçesinden anlaşılmaktadır. Çünkü toplantı dışında bilgi talebi “münferit iş/işlerin gidişi” bağlamında, kurul başkanının iznine tabidir. Bu düzenleme tarzı iş hayatının somut gerçekleri ile uyumlu değildir. Kurul toplantılarının uzun aralıklarla yapıldığı şirketlerde, yönetim kurulu üyeleri bilgi alma haklarını toplantı aralarında ancak kurul başkanının izni ile kullanabilecektir. Bu durumun kurul başkanının şirket iç işlerinden haberdar olması açısından yararlı olduğu söylenebilir. Fakat başkanın şirket içindeki her durumdan haberdar olması ihtiyacı, bilgi alma hakkını başkan iznine tabi kılmayı haklı göstermemektedir. Her ne kadar hükmün bilgi edinme sırasında şirket içi bir hiyerarşinin takip edilmesinin gerekliliğinden³² kaynaklandığı düşünülse de, yönetim kurulu üyeleri arasında eşit işlem ilkesi geçerli olup, amir memur şeklinde bir hiyerarşi söz konusu değildir.

Üyeler bilgiyi başkanın izni ile şirket yönetimi ile ilgili kişilerden alacaklardır. Bilginin doğrudan değil, şirket yönetimi ile ilgili kişiler vasıtası ile edinilmesi düzenlemesi ise yerinde bir yaklaşımdır. Her isteyen kişinin bilgi almak adı altında şirket içinde özgürce hareket etmesi bilgi alma hakkının kötüye kullanılmasına zemin hazırlayabilir.

²⁹ Böckli, § 13, N. 207; Güney, s. 122; Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 590.

³⁰ H. Bahar Sayın. Pay Sahibi Haklarının Korunması Bağlamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015, s. 228; Tekinalp, §12, N. 102.

³¹ Böckli, § 13, N. 206; Pulaşlı, Şerh, § 30, N. 590.

³² Böckli, § 13, N. 206.

İsviçre hukukunda ise sadece münferit işlere ilişkin bilgi taleplerinde başkanın izni gerekmektedir. Bu kapsamda “münferit iş/işlerin gidişi” kavramlarının içeriği ve yorumlanması açısından İsviçre doktrininde de bir birlik yoktur³³. Türk hukuku açısından ise hem münferit işler hem de işlerin gidişi hakkında bilgi talepleri başkanın iznine tabidir. Bu açıdan kavramların dar veya geniş yorumlanması somut bir çok olayda önem arz etmeyecektir. Fakat kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği düşüncesinden hareketle bilgi taleplerinin “münferit iş/işlerin gidişi” şeklinde ayrılmasının bir nedeninin olması gerekir. Bu noktada Kırca’nın da ifade ettiği gibi kanunda yer alan ayrım mehzaz kanunun çevirisi sırasında gerçekleşen bir hatadan kaynaklanmış olabilir. Bu durumda hükmün kanun koyucu tarafından tekrar gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Çünkü hükmün mehza uygun yorumlanması uygulamada sorunlar meydana getirir. Buna mahal vermemek için ilgili hükümde düzenlemenin yapılması önem arz eder. Düzenlemenin mehza uygun gerçekleştirilmesinden sonra “münferit iş ve işlerin gidişi” kavramlarının yorumlanması gerekir. Yorum sırasında yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları göz önünde tutularak, bilgi alma hakkının başkanın iznine tabi olduğu “münferit iş” kavramı dar yorumlanmalı ve böylece üyelere başkanın iznine tabi olmayan “işlerin gidişi” konusunda serbestçe bilgiye ulaşabilme olanağı tanınmalıdır.

Kaynakça

- Bahar Sayın Hediye, Pay Sahibi Haklarının Korunması Bağlamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı. İstanbul: XII Levha.
- Bozel Savaş, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 sayılı TTK m. 392)”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 1, 79-90.
- Böckli Peter. Schweizer Aktienrecht. (4. Auflage). Zürich 2009.
- Forstmoser Peter., Meier-Hayoz Arthur, Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht. Bern 1996.
- Güney Akdağ Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu. İstanbul 2012.
- Hungerbühler W., Ivo. Der Verwaltungspräsident. Zürich 2003.

³³ Bkz. dpn. 5 ve 15.

- Kırca İsmail/Şehirali Çelik, Ferzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I. Ankara 2013.
- Kortunay Ayhan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı. İstanbul 2015.
- Krnet Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat Art 707-726, 754 OR und Spezialgesetze. (2. Auflage). Bern 2005.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi C. I (2. Baskı). Ankara 2014.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. İstanbul 2013.
- Üçışık Güzin ve Çelik Ayhan, Anonim Ortaklıklar Hukuku (C. I). Ankara 2013.
- Wernli Martin, Honsell Heinrich, Vogt Peter, Nedim vd. Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR Basler Kommentar (3. Auflage). Zürich 2008.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN “SİĞİNMA”, “GÖÇ”, “NÜFUS MÜBADELESİ” “VATANSIZLIK” GİBİ “SİLAHLI ÇATIŞMA” BAĞLANTILI NÜFUS SORUNLARI

Özden SAV*

SUNUŞ:

Uluslararası Hukuk (1950’lerdeki adıyla “Devletler Hukuku”) öznesi devlet olan hukuk dalı olarak betimlenirdi. 20. Yüzyılda yaşanan değişimlerin ışığında günümüz anlayışında ise, öznesi devletlerin yanı sıra, hükümet dışı örgütlerin¹ (NGO - yani gönüllü ve uluslararası düzlemde de etkin çalışmalarını sürdüren kurumlar, derneklerin yanı sıra, evrensel ve bölgesel örgütlerin² olduğu hukuk dalı olarak betimlenmektedir.

Uluslararası Hukuka ilişkin kurallar özellikle son yıllarda öylesine dallanıp budaklanmıştır ki, artık bu karmaşık alana ilişkin bilgi sahibi olmadan, hele ki yaşadığımız günlerde, salt hukuk fakültesinde kazanılan bilgilerle hukukçuların sağlıklı biçimde yorum yapamayabilecektir. Açıklanan kaygıyla kaleme alınan bu yazıda, barış zamanında uygulanan hukuk “Uluslararası Kamu Hukuku”³ derslerinin genelini konusu, ya da ilk kitabı olan “barış zamanında geçerli olan uluslararası hukuk” kapsam dışı bırakılmıştır. Silahlı çatışma durumunda (eski adıyla savaş zamanında) uygulanan hukuk kuralları ise Uluslararası Hukukun ikinci kitabı ya da ikinci başlığıdır. Örneğin,

* Avukat., Doktor

¹ Bunlar (NGO), hükümet dışı kurumlardır ve gönüllülük esası üzerine kuruludurlar, yani derneklerdir. Bir başka anlatımla devletten akçalı yardım almayan örgün çevrenin korunmasında ya da insan hakları gönüllüsü olarak çalışan derneklerdir, uluslararası düzlemde de etkin çalışmalarını sürdürürler. Örneğin, Greenpeace International ve Amnesty International en bilinen örnek dernekler olarak verilir ki bunların bütçeleri devlet tarafından desteklenmez.

² Burada BM/UN, UPF/IMF, DTÖ/WTO gibi evrensel ve AB, Afrika Birliği Örgütü, İslam Konferansı, ASEAN gibi bölgesel örgütlerden söz edilmektedir.

³ İng.Public International Law, Fr.Droit International Public.

Suriye’de sürmekte olan “iç savaş” günümüzde geçerli olan silahlı çatışma kuralları çerçevesinde “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma” adını taşır. Bu durum, yani Suriye’deki çatışmalar anılan bu ikinci başlık altında yer almaktadır.

Bu yazıda, bu iki alan (başka bir anlatımla barış ve silahlı çatışma) arasında kalan “gri bölge”den söz edilecektir. Bu alanda, örneğin barış zamanında geçerli olan insan hakları rejiminin askıya alınabildiği olağanüstü durumların yanısıra çatışmaya varmayan iç gerginlikler sırasında yaşanan, toplu göç, iltica (sığınma) gibi nüfus hareketleri olarak örnekleyebileceğimiz durumlarda uygulanan uluslararası hukukun geçmiş örnekleri sorgulanacaktır.

Akademik olarak herhangi bir anlam taşımayan “gri alan” terimi, salt anlatım kolaylığı gözetilerek kullanmayı yeğlediğimiz bir terimdir. Bu, ilan edilmiş olan yani topyekün silahlı çatışma (savaş) ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma ile tam barış arasındaki dönemi ifade etmektedir. Sözü edilen gri dönemde karşılaştığımız sorunlar, gerçekte bölgemizde yaşadığımız günlere denk düşmektedir. Barışla çatışma arasındaki bu dönemlerde sıklıkla karşımıza çıkan sorunları şöyle sıralayabiliriz:

- (i) sığınma (iltica),
- (ii) göç (hicret),
- (iii) vatansızlık kişiler (haymatlos).

Bu çalışmanın yapılmasına önayak olan işte anılan bu sorunlara ilişkin olan hukuk kurallarının tarih içindeki gelişiminini anımsamaktır.

Bu çalışmanın yapılmasına gerek duyulma nedeni:

Özellikle 2010’dan bu yana komşumuz Suriye’de sürmekte olan iç savaş⁴ dolayısıyla dünyayı etkileyen Suriye vatandaşlarının yurt dışına kaışı, üçüncü ülkelere sığınma olanağı aramaları, yollarda çekilen

⁴ Günümüzde “Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma” denir. Suriye’deki çatışmaların iç savaş olduğu, Rusya Federasyonu ve Çin Halk Cumhuriyeti’nin direnmesi nedeniyle BM Güvenlik Konseyi’nde 2012 yılında alınan bir dizi kararda iç savaş olarak adlandırılmadı ancak, Suriye’ye gereken insancıl yardımın önü açılacak biçimde bir dizi karar kabul edilmişti.

sefalet, yokluk, eziyet, varılan ülkelerde karşı karşıya kalınan yabancılara karşı gösterilen ayırimcılık, tarihsel olayları anımsamayı gerektirdiğini düşündürdüğü için bu çalışma yeniden kaleme alınmıştır.

Anılan gri alandan önce ilk olarak, silahlı çatışmalarda uygulanan hukuk kurallarına değinmenin yerine olacağı düşünülmüş ve bu konuda kısa bir anımsatma yapma yoluna gidilmiştir:

Silahlı çatışmalarda uygulanan kurallara XX. Yüzyıla gelene dek “**savaş hukuku**” deniyordu. II. Dünya Savaşı boyunca ve sonrasında yaşananlardan edinilen deneyimle yaratılan hukuk (Nürnberg, Tokyo savaş suçları mahkemeleri, soykırım suçu sözleşmesi gibi) kurallarına ‘insancılık’ ögesinin eklenmesiyle sonuçlanmıştır. Bu nedenle, günümüzde artık sıcak savaş sırasında uygulanan hukuk kurallarına uluslararası insancıl hukuk diyoruz. İlk soru uluslararası insancıl hukukun ne olduğudur:

I. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK nedir?

A. Terim sorunu:

Uluslararası hukukun ilgi alanını **barış** zamanında uygulanan kuralların oluşturduğu kuşkusuzdur. Silahlı çatışma⁵, B.M. (Birleşmiş Milletler - UN) örgütünün kurulmasından başlayarak yaşanan gelişmeler ışığında **savaş** kavramının yerini alan kavramdır⁶. Savaş, yani silahlı çatışma ilke olarak ayrık bir durum (istisna) niteliğindedir. Barış zamanında geçerli olan hak ve özgürlüklerin tamamının, ayrık durum niteliğindeki silahlı çatışmalarda da uygulanmaya devam etmesi beklenemez. Silahlı bir çatışma durumunda geçerli olan hukuk, Uluslararası Hukukun ikinci ilgi alanıdır ve yüzyıllar içindeki farklı deneyimlerden türeyen bu ikinci düzenleme alanı ise “silahlı çatışma hukuku” günümüzde Uluslararası İnsancıl Hukuk olarak anılır.

1. “Silahlı çatışmalar”ın nasıl ve ne zaman hukukun konusu durumuna geldiği, sorgulanması gereken ilk sorudur: Silahlı çatışmaların, genel olarak Uluslararası Hukuk kapsamına girmesi, ilk kez

⁵ Silahlı çatışma kavramı, BM’nin kurulmasıyla başlayan gelişmeler ışığında savaş teriminin yerini almıştır.

⁶ Kavramların önem taşıdığı bir uzmanlık alanı olan hukuk bakımından anılan kavramlar üzerinde durmayı bir görev saydım.

'deniz çatışmaları'na (muharebelerine) ilişkin kuralları getiren **1856 tarihli Paris Bildirgesi** ile başlamıştır.

Bunu, **1864 tarihli Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesine** ilişkin **Cenevre Sözleşmesi** izlemiştir⁷. 1864 tarihli düzenlemenin içerdiği kuralları deneyimler ışığında geliştiren düzenlemeler 1920'lerde yapılmış ancak Dünya Savaşı bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce araya girmeştir. Dolayısıyla, beklenen değişiklikler II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen **1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri**'yle gelmiştir. Bu antlaşmalara gelene dek Uluslararası Hukukun ilgi alanını, "savaş" olarak anılan "devletler arasındaki ve belirli yoğunluktaki silahlı çatışmalar" oluştururken, günümüzde geçerli olan 1949 Cenevre Sözleşmeleri, silahlı çatışmaları düzenleyen kuralları içermektedir.

Bununla ne ifade ediliyor? Savaş hukuku gerçekte, çatışmanın üç grup devlet bakımından etkilerini kapsamak zorundadır:

- (i) savaşan devletler arasındaki hukuksal durum,
- (ii) savaşın (çatışmaların) üçüncü devletler üzerindeki hukuksal etkileri,
- (iii) tarafsız devletlerin durumu.

Burada sayılan kurallar bütünü "savaş hukuku" (**law of war**) adı altında ele alınmıştır⁸.

II. Dünya Savaşı sonrasında, özellikle bu savaştaki deneyimler ışığında buraya kadar sayılan antlaşma metinleri yeniden gözden geçirilmiştir. Böylece, günümüzde de geçerli olan **1949** yılında imzalaya açılan Cenevre Sözleşmeleri (dört sözleşmeden oluşur) silahlı çatışmaya ilişkin kurallar yenilenmiştir. İmzalandığı yer ve tarih dolayısıyla **1949 Cenevre Sözleşmeleri** olarak anılan bu antlaşmalardan, imzasından bu yana sözkonusu hukuk dalının özellikle bireylerin korunmasına verilen önemin altını çizmek amacıyla "uluslararası insancıl hukuk"

⁷ Konuya ilişkin antlaşmalar katalogu hayli kalındır. 1864 Cenevre Sözleşmesi, savaşa taraf olan devletlerin düzenli orduları mensuplarına (savaşçılar) ilişkin kuralları getirir.

⁸ Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri (Turhan Kitabevi, Ankara, 2009) 4. Cilt, Sh.127; G. Schawarzenberger And E.D.Brown, A Manual Of International Law(6th Ed., Professional Books Ltd. 1976) Sh. 155-173

(**international humanitarian law**) olarak anılmaya başlanmıştır. “Savaş hukuku” devletlerin kullanabilecekleri savaş araç ve yöntemlerini düzenlerken, “insancıl hukuk” (savaşan olsun, sivil olsun) kişileri esirgemeyi, silahlı çatışmaların gerek insan, gerek doğa ve insan yapısı varlıklar üzerindeki etkilerini azaltmayı amaçlamaktadır⁹. Özetlemek gerekirse her iki disiplin de, (i) savaş hukuku ve (ii) uluslararası insancıl hukuk temelde düşmanlıkların, başvuru alan saldırı yöntemlerinin kontrol altına alınmasını hedefler. II. Dünya Savaşı sonrasındaki bağımsızlık hareketleri özellikle, 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek olan imzaya açılan 1977 tarihli I. ek Protokol’de düzenlenmiştir. Öğretide ve BM Örgütü çerçevesinde, savaşa ilişkin uluslararası hukuk kurallarını belirlemek için giderek ağırlıklı olarak “silahlı çatışmalar hukuku” (**law of armed conflicts**) terimi kullanılmaya başlamıştır¹⁰. Bu gelişme, 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin, II. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan eski sömürgelerde sömürgeci devletlere karşı bağımsızlık için verilen savaşımın yaşandığı dönemde genişleyen silahlı çatışma yelpazesi kapsama beklentisinin sonucu olarak Cenevre Sözleşmeleri m.1-3 ve ek Protokollerle türlü çatışmalar düzenlenmiştir. Böylece, günümüzde “silahlı çatışma” kavramı, “iki ya da daha çok devlet”¹¹ arasındaki ilan edilmiş topyekün savaşın yanı sıra, “bir devlet içinde belirli silahlı grupların karşıt savlarını kuvvet kullanmak yoluyla birbirlerine kabul ettirmeye çalıştıkları durumları”¹² kapsamaktadır.

2. Silahlı çatışma, Uluslararası Hukukun barış zamanında geçerli olan kurallarının yanı sıra ikinci bir parçasını oluşturur. Bu hukuk alanına özgü kaynaklar da, tıpkı genel olarak Uluslararası Hukuk kaynakları gibidir. Dolayısıyla, bir silahlı çatışma durumunda geçerli olacak hukuk kurulunun var olup olmadığının yanısıra: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38.maddesinden yararlanılarak, şu kaynaklar araştırılabilir:

⁹ Elizabeth Chadwick, Self-Determination, Terrorism And The Humanitarian Law Of Armed Conflict, Sh.5.

¹⁰ Pazarci, a.g.e, Sh.128-138

¹¹ Burada “devletten devlete karşı yürütülen topyekün silahlı çatışmalar” anlatılmaktadır.

¹² Bu ise eski terminolojiyle “iç savaş” olarak adlandırılan bir egemen devletin ülkesinde farklı silahlı gruplar aramsındaki ya da silahlı grup ile devlet arasındaki çatışmayı anlatır.

- (i) antlaşmalar, (ii) yapılageliş (örf adet hukuku / teamül), (iii) hukukun genel ilkeleri ve (iv) yardımcı kaynak olarak da, mahkeme kararları ve öğretiyi bakılmalıdır¹³.

a) Antlaşmalar:

Savaşan taraflar arasında akdedilen iki taraflı anlaşmalar (ateşkes anlaşmaları, esirlerin mübadelesi vb), silahlı çatışmalar hukukuna eski çağlardan buyana katkıda bulunmaktaysa da, çok taraflı antlaşmalar ancak 19. Yüzyılın ortalarından başlayarak silahlı çatışmalar hukukunun bağımsız bir kaynağını oluşturur¹⁴.

Başlıca Antlaşmalar¹⁵:

İlki yukarıda belirtilen 1856 Paris Bildirgesi olan çok taraflı antlaşmaların başlıcaları şunlardır:

- I. Savaş yöntem araçlarını ilk kez düzenleyen 22.08.1868 tarihli, (yaranananların çok çekmesine neden olacağı için 300 gramdan hafif bombaların fırlatılmasını yasaklayan) Saint Petersburg Bildirisi¹⁶,
- II. 29.07.1899 tarihli Kara Savaşlarına ilişkin (savaş meydanındaki ordu mensupları, yani savaşçıların durumlarına ilişkin) II sayılı Lahey Sözleşmesi ile 1864 Cenevre Sözleşmesinin deniz savaşlarına uygulanmasını düzenleyen III sayılı La Haye Sözleşmesi¹⁷,
- III. 06.07.1906 tarihli Cenevre Savaş Alanında Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi¹⁸,

¹³ Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler, Sh.16

¹⁴ Encyclopedia Of Public International Law, Cilt 4, Sh.317; ayrıca tüm İnsancıl Hukuk antlaşma metinleri için ABD'deki Yale Üniversitesi tarafından derlenen ve izlenen Avalon Projesinden yararlanılabilir.

¹⁵ Amaç burada, uluslararası insancıl hukuktaki temel antlaşmaların bir katalogunu anımsatmaktır.

¹⁶ Osmanlı İmparatorluğu'nun 05.07.1865'de taraf olduğu Sözleşme metni için bkz. Türkiye Kızılay Derneği, Kızılay ve Kızılhaç'ın Milletlerarası Kaynakları, Ankara, 1964, Sh. 13-16

¹⁷ Osmanlı İmparatorluğu'nun 12.06.1907'de her ikisine de taraf olduğu Sözleşmelerin metinleri için bkz. Düstur, I. Tertip, yeni baskı Cilt 7, Sh. 307 vd; ayrıca III sayılı Sözleşme metni için, Türkiye Kızılay Derneği, aynı yapıt, Sh. 19-22

¹⁸ Osmanlı İmparatorluğu'nun 03.09.1907'de katıldığı bu Sözleşme metni için bkz. Türkiye Kızılay Derneği, aynı yapıt, Sh. 24-32

IV. 18.10.1907 tarihli aşağıda belirtilen **Lahey Sözleşmeleri**¹⁹;

- III sayılı Çatışmaların Başlamasına İlişkin Sözleşme;
- IV sayılı Kara Savaşları Kuralları Sözleşme;
- V sayılı Kara Savaşında Tarafsızların Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme;
- VI sayılı Çatışmaların Başlangıcında Ticaret Gemilerine Uygulanacak Muameleye İlişkin Sözleşme;
- VII sayılı Ticaret Gemilerinin Savaş Gemisi Durumuna Sokulmasına İlişkin Sözleşme;
- VIII sayılı Denizaltı Mayınlarının Dökülmesine İlişkin Sözleşme;
- IX sayılı Savaş Zamanında Denizden Bombalama Konusunda Sözleşme;
- X sayılı Deniz Savaşı Kuralları Sözleşmesi;
- XI sayılı Deniz Savaşında Zorolım Hakkının Sınırlandırılması Sözleşmesi;
- XII sayılı Uluslararası Zorolım Mahkemesi Kurulması Sözleşmesi;
- XIII sayılı Deniz Savaşında Tarafsız Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin Sözleşme;

V. XIV sayılı Balonlardan Patlayıcı Madde Atılmasının Yasaklanmasına İlişkin Sözleşme

VI. 17.06.1925 tarihli Cenevre Boğucu, Zehirleyici ve Benzeri Gazların Ve Bakteriyolojik Araçların Kullanılmasının Yasaklanması Protokolü²⁰,

VII. 27.07.1929 tarihli Cenevre Savaş Alanında Yaralı ve Hastaların Du-

¹⁹ Osmanlı İmparatorluğu 1907 Lahey Konferansı'na katılarak anılan Sözleşmeleri imzalamış olmakla beraber, daha sonra ne Osmanlı İmparatorluğu'na ne de Türkiye Cumhuriyetine onaylanan bu 1907 Sözleşmelerine Türkiye hiçbir biçimde taraf olmamıştır. 1907 Lahey Sözleşmelerinin Türkçe çevirileri için bkz. Sicilli Kavanin, Cilt XI, Sh.579 vd.

²⁰ Türkiye Cumhuriyeti'nin 07.11.1929 tarihli bir yasayla onaylayarak taraf olduğu Protokol metni için bkz. R.G., 20.11.1929, Sayı 1097

rumunun İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme İle Savaş Tutsaklarına Muameleye İlişkin Sözleşme²¹,

VIII. 12.08.1949 tarihli aşağıda belirtilen **Cenevre Sözleşmeleri**²²,

- I sayılı Harp halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta Ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi;
- II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı Ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi;
- III sayılı Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme;
- IV sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme

IX. 14.05.1954 tarihli Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme ile ek Protokol²³,

X. 08.06.1977 tarihli 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek olarak düzenlenen şu iki Protokol²⁴:

- I sayılı Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü;
- II sayılı Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü²⁵.

Günümüzde uygulanan silahlı çatışmalar hukukunda, 1907 Lahey Sözleşmeleri, III, XII ve XIV sayılı Sözleşmelerinin dışında büyük ölçüde, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ise tümüyle yürürlükte. Bu sözleşmelerin hükümlerinin kısa bir değerlendirmesi yapıldığında aşağıdaki tablo görülmektedir:

²¹ Türkiye'nin 26.03.1931 tarihli bir yasayla onaylayarak taraf olduğu bu iki Sözleşmenin metni için bkz. R.G., 07.04.1931, Sayı 1768 (Bundan sonra taraf olduğumuz antlaşmaların dili bakımından R.G.'de yer alan resmi çeviriye sadık kalınacaktır.)

²² Türkiye'nin 21.01.1953 tarihli bir yasayla onaylayarak 10.02.1954 tarihinden itibaren taraf olduğu bu Sözleşme metinleri için bkz. R.G., 30.01.1953, Sayı 8322; Düstur, III Tertip, Cilt 34, Sh.183

²³ Türkiye'nin onaylayarak taraf olduğu bu Sözleşme ve Protokol metinleri için bkz. R.G., 08.11.1965, Sayı 12145

²⁴ Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu Protokollere taraf olmamıştır.

²⁵ Türkiye'nin bu iki Protokol'e taraf olmadığı burada vurgulanmalıdır.

Lahey (La Haye) Hukuku: La Haye hukuku, savaşın zarar verme yöntem ve araçlarının sınırsız olmadığı düşüncesinden doğmuştur (La Haye Yönetmelikleri, md.22). Savaşın arasındaki ilişkilere yönelik olarak, bütün muharebe alanlarında geçerli olan kuralları arasında, aşırı derecede zarar verme, yaralama ya da gereksiz acı çektirmenin yasaklanması örnek olarak gösterilebilir

Cenevre Hukuku: Cenevre hukuku, belli kategorilerdeki kişilerin savaşın etkilerinden korunmasının gerekliliği anlayışından doğmuştur. 1949 yılı itibarıyla bu şekilde korunan “savaş mağdurları” kategorisi, yaralıları, hastaları, askeri gemi kazazedelerini, savaş esirlerini ve düşmanın etkisi altındaki sivilleri içerecek biçimde genişlemiştir. Cenevre hukukunun temel ilkesi, sözkonusu kişilerin haklarının her türlü şart altında “itibar edilip, korunması” (**respected and protected**) yönündedir. 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi ve 1977 ek Protokoller’in ilgili maddeleri, bu temel hakları ayrıntılı kurallara haline getirmiştir.

b) Yapılageliş Hukuku:

Silahlı çatışmalar hukuku kurallarının bir bölümü devletlerin yapılageliş (örf adetleri/teamül) çerçevesinde oluşmuştur. Bu konudaki yapılageliş kurallarının bir bölümü çok taraflı antlaşmalar ile belirlenirken, bir bölümü devletlerin silahlı çatışmalar sırasında ve hatta barış zamanında belirli bir konuya ilişkin olarak açıklanan hukuki görüş(**opinio juris**), silahlı kuvvetlerle ilgili yasa ve yönetmelikler ya da verilen emir ve talimatları aracılığıyla belirlenmektedir. Günümüzde öğretide, zaman zaman 1907 Lahey ve 1949 Cenevre Sözleşmesi hükümlerine genel bir biçimde yapılageliş değeri tanıma eğilimi bulunmaktadır²⁶.

c) Hukukun Genel İlkeleri:

Hukuk genel ilkeleri çatışmalar hukukunda özel bir önem taşımaktadır. Bu ilkeler, geçmişte ve halen, daha çok ülkelerin iç hukuklarında yer alan ve ortak hukuk değerlerini içeren kurallardan oluşmuşsa da, ilkelerin uluslararası hukuk boyutu daha önemlidir. Bu ilkeler temel antlaşmaların hükümlerinde ya da dibacelerinde (giriş) yer alabilir-

²⁶ Pazarcı, a.g.e. Sh.133

ler²⁷. Örneğin, 1899 ve 1907 Lahey Kara Muharebeleri Sözleşmeleri'nin 23/e maddesinde yer alan "gereksiz acı vermeme" (unnecessary suffering) ilkesi²⁸ ile 1949 Cenevre Sözleşmelerinde yer alan "insanlığa aykırı muamele yapmama" (**humane treatment**) ilkesi, öğretide hukuk genel ilkesi nitelikli kurallar olarak belirlenmiştir.

b) Yargı kararları ve Öğreti:

Yargı kararları ve öğretiden oluşan "yardımcı kaynaklar", silahlı çatışmalar hukukunun birçok kuralının varlığının saptanmasında ya da anlamının ve kapsamının belirlenmesinde rol oynamaktadır.

c) Kılavuz İlkeler:

1. Son yıllarda, yukarıda sayılan kuralların özünü oluşturan ve bir tür kılavuzluk görevi gören silahlı çatışmalara ilişkin birtakım temel ilkelerinden (**fundamental rules of armed conflicts**) bahsedilmektedir²⁹. 1979 yılında Uluslararası Kızılhaç Komitesince derlenen bir belgede yer alan bu ilkeler silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ve kavramların dayandığı temel ilkeleri göstermekte olup, uygulanan uluslararası hukuk açısından kendi başlarına bir bağlayıcılığa sahip bulunmamakta ve yalnızca bir tür kılavuz (rehber) görevi görmektedir³⁰. Uluslararası Kızılhaç Komitesince hazırlanan "Temel İlkeler" listesinde şu ilkeler bulunmaktadır:
- I. Çatışma dışı (**hors de combat**) kalan ya da çatışmalara doğrudan katılmayan kişilerin yaşamlarına ve bedensel ve ruhsal bütünlüklerine saygı gösterilecektir. Bu kişiler her türlü durumda korunacak ve onlara karşı hiçbir olumsuz ayırım yapılmadan insanca davranılacaktır (muamele görecektir)³¹.
- II. Teslim olan ya da çatışma dışı bulunan bir düşmanın öldürülmesi ya da ona zarar verilmesi yasaklanmıştır³².

²⁷ Encyclopedia Of Public International Law, Cilt 4, Sh.317

²⁸ Gereksiz acı vermeme ilkesi St. Petersburg Bildirgesi'nin yazılmasına da önayak olan temel anlayıştır.

²⁹ Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et Sur Les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet (Martinus Nijhoff Publishers)

³⁰ Pazarcı, a.g.e., Sh. 135-137

³¹ Anılan ilke 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesinin ilk bendinde kabul edilmektedir.

³² Anılan ilke 1899 II sayılı Lahey Sözleşmesi ile 1907 IV sayılı Lahey Sözleşmesine

- III. Yaralılar ve hastalar çatışmada, yetkisi altında kaldıkları tarafça toplanacak ve tedavi edilecektir. Bu koruma sağlık personeli, kurumunu, araçlarını ve donanım, malzemelerini kapsamaktadır. Kızılhaç (Kızılay) amblemi bu korumayı getiren amblem olup, bu amblemlere saygı gösterilecektir³³.
- IV. Yakalanmış savaşçıların ve karşı tarafın denetimi (otorite) altındaki sivillerin yaşamlarına, onurlarına, kişisel haklarına ve inançlarına saygı gösterilecektir. Bu kişiler her türlü şiddetten ve zararlar karşılıktan (**reprisal**) korunacaktır. Bu kişiler aileleriyle haberleşme ve yardım alma hakkına sahiptir³⁴.
- V. Herkes temel adli güvencelerden yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse yapmadığı bir fiilden dolayı sorumlu tutulamaz. Hiç kimse bedensel ya da ruhsal işkenceye, bedensel eziyete ya da acımasız ve alçaltıcı muameleye tabi tutulamaz³⁵.
- VI. Bir çatışmanın tarafları ve onların silahlı kuvvetleri savaş yöntemi ve araçları bakımından sınırsız bir seçime sahip değildir. Gereksiz kayıplara ya da aşırı acılara neden olacak nitelikteki savaş yöntemleri ve araçlarının kullanımı yasaklanmıştır³⁶.
- VII. Bir çatışmanın tarafları, sivil halkı ve mülkiyeti korumak amacıyla, sivil halkı savaşçılardan her zaman ayıracaktır. Ne sivil kişiler ne de sivil mallar, askeri saldırının hedefi olamaz³⁷.
3. Uluslararası hukukun silahlı çatışmalara ilişkin kaynakları yukarıda açıklanmış olup, silahlı çatışmalarda uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için öncelikle silahlı çatışma türlerinin incelenmesi gerekmektedir.

³³ ekli Yönetmeliklerin (Regulations) 23/c. maddesinde kabul edilmektedir
1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3/2. maddesinde daha genel biçimde kabul edilmiş olan bu ilke, 1977 Cenevre Sözleşmelerine ek I. Protokol'ün II. Bölümünde ve II. Protokol'ün III. Bölümünde geliştirilerek teyit edilmiştir.

³⁴ Anılan ilke, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3.maddesi, ilk fıkrası ve 1977 II Protokolü 4-5. maddesinde kabul edilmektedir.

³⁵ Anılan ilke 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3/1. maddesi ve 1977 II Protokolü 6/2. maddesinde kabul edilmektedir.

³⁶ Anılan ilkenin başlıca öğeleri 1899 Lahey II sayılı Sözleşmesi ve 1907 Lahey IV sayılı Sözleşmesinin Yönetmeliklerinin 22 ve 23/a ve (e) maddeleri ile 1977 Cenevre I. Protokolü 35/1. maddesinde yer almaktadır.

³⁷ Anılan ilke 1977 Cenevre I. Protokolü 48., 57. ve 58. maddelerinde kabul edilmektedir.

(a) Silahlı çatışmalar, çatışmanın taraflarının hukuksal kişiliklerine göre şöyle sınıflandırılabilir:

- i) devletler arası silahlı çatışmalar;
- ii) taraflardan birinin uluslararası örgüt olduğu silahlı çatışmalar;
- iii) bir devletin hükümet kuvvetleri ile hükümete karşı gelen silahlı gruplar arasında silahlı çatışmalar;
- iv) bir devlet ülkesine değişik silahlı gruplar arasında silahlı çatışmalar.

Devletlerarası çatışmalar:

Uygulanan Uluslararası Hukukun B.M. dönemine kadar düzenlediği silahlı çatışmalar, devletler arasında geçen ve genellikle geniş çaplı silahlı çatışmalardan oluşan ³⁸ve “savaş” adı verilen silahlı çatışmalar olmuştur. Uluslararası örgütlerin kuvvet kullanmak suretiyle silahlı çatışmaya katılması ise, B.M.’e gelene kadar hiçbir antlaşmada öngörülmediği için bu konuda herhangi bir hukuksal düzenlemeye gerek görülmemiştir. Bir devletin ülkesinde silahlı grupların gerek hükümete karşı, gerek birbirleri arasında devlet ya da hükümet olabileme yolunda başvurdukları silahlı çatışmalar ise üçüncü devletler bu gruplara devlet, hükümet, “savaşan” ya da “ayaklanan” gibi hukuksal statüler tanımadıkça, **uluslararası hukukun kapsamı dışında kalan ve ilgili devletin iç güvenliği çerçevesine giren eylemler** olarak değerlendirilmiştir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar:

Uygulanan Uluslararası Hukukun buraya kadar özetlenen kuralları B.M. döneminde ciddi boyutta değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden en kapsamlısı, 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesiyle getirilmiştir. Böylece, belirli özellikler gösteren kimi iç çatışmaların da “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar” (**non-international armed conflicts**) olarak anılan silahlı çatışmalar, Devlet-

³⁸ I. ve II. Dünya Savaşlarıdır.

ler Hukuku kapsamına alınmıştır³⁹. (Anılan maddenin Türkçe resmi çevirisi okuma kolaylığı için dipnotta verilmektedir.)

1949 Cenevre Sözleşmelerinin dördünde de ortak olan yukarıdaki 3. madde hükmü ile “uluslararası olmayan silahlı çatışma” kavramı altında kimi silahlı iç çatışmalara özellikle insancıl amaçlı bir takım kuralların uygulanması öngörülmüştür. Bu kavram, daha sonra 14.05.1954 tarihli La Haye Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşmenin 4. ve 19. maddelerinde yer almıştır. Uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının yer aldığı üçüncü uluslararası hukuk belgesi ise 10.06.1977 tarihli “Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokol” olmaktadır. 1977 tarihli ek II. Protokol ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin kuralların daha çok belirginleştirilmesi süreci başlamıştır.

³⁹ Gerçekte Cenevre Sözleşmelerinin özeti olması dolayısıyla kısaca “minyatür sözleşme” olarak da anılan ortak 3. maddenin Türkçe resmi metni aynen aşağıdaki gibidir:

“Madde 3- Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlığın Bağlı Devletlerden (Yüksek Âkit Taraflardan) birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf olanlardan (teşkil edenlerden) her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla yükümlü olacaktır:

1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevkufuk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklidir.

Bu nedenle, yukarıda bahis konusu kimselere, aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun memnudur ve memnu kalacaktır:

Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz, her nevi katil, sakatlama, vahşice muamele, işkence ve eziyet;

Rehine almak;

Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretamiz ve haysiyet kırıcı muameleler;

Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkumiyet kararları ile idam cezalarının infazı;

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.

Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halindeki taraflara hizmetlerini arz edebilecektir.

Anlaşmazlık halindeki Taraflar, bundan başka, hususi antlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir.”

1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ile 1954 Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde yer alan "uluslararası olmayan silahlı çatışma" kavramı, anılan Sözleşmelerde doğrudan tanımlanmamıştır. Buna karşılık, 1977 tarihli II. Protokol'ün 1. maddesi tümüyle söz konusu kavramın tanımına ayrılmıştır. Anılan Protokolün 1/1. maddesine göre uluslararası olmayan silahlı çatışmalar, *"Bir Yüksek Akit Tarafın ülkesinde, bu Tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komutanın yönetiminde, ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri hareket yürütmeye izin verecek ve bu Protokolü uygulayacak düzeyde denetim sağlayan ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında geçen silahlı çatışmalar"* olarak tanımlanmıştır. Protokolün 1/2. maddesinde ise *"Bu Protokol, silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyen, sokak hareketleri, ayrı ayrı ve öngörülmemiş bir biçimdeki şiddet eylemleri ve benzeri öteki eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmayacaktır."* hükmü yer almaktadır.

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve 1954 Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde yer alan "uluslararası olmayan silahlı çatışma" kavramının anılan Sözleşmelerde tanımlarına yer verilmemiş olması nedeniyle, öğreti özellikle son yıllarda bu Sözleşmelerdeki uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramının kapsamının 1977 Protokolündeki kavramdan daha geniş olduğu görüşünü taşımaktadır. Kavramın tanımının yapılması çabaları çerçevesinde en geniş ölçüde paylaşılan görüş, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin oluşturduğu bir uzmanlar komisyonunun raporunda yer alan görüş olup, anılan ortak 3. madde anlamında bir silahlı çatışmanın başkaldırı eyleminin topluca (kollektif nitelikli) olduğu ve en azından (asgari) bir örgütlenmeyi sağladığı zaman gerçekleşeceğini öngörmektedir. Bu görüşe göre, bu nitelikte bir silahlı çatışmanın varlığına karar verebilmek için şu öğelerin değerlendirilmesi gerekmektedir:

- i) çatışmaların süresi;
- ii) çatışmalara katılan başkaldıran grup elemanlarının sayısı ve örgütlenmesi;
- iii) ülkenin bir bölümünde yerleşme ya da eylemde bulunma durumları;

- iv) güvensizlik ortamının derecesi;
- v) mağdurların varlığı;
- vi) hükümetçe düzeni sağlamaya yönelik başvuru olan önlemler.

Öğretide, yukarıda belirlenen bu öğelere uymayan “sokak hareketleri” (**riots/emeutus**), “terror eylemleri, eşkıyalık” (**banditisme**), vb “iç gerginlikler”in (**internal tension**) ve “iç karışıklıklar”ın (**internal disturbances**) sözkonusu ortak 3.maddedeki uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kavramının dışında kaldığı konusunda görüş birliği bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda, sayılan ve objektif ölçütlere bağlanmaya çalışılan öğelerin değerlendirilmesi ise belirli bir öznelikten (sübjektif) kurtulamamaktadır. Bu nedenle, bu tür durumları değerlendirmenin fiilen çatışmaların ülkesinde geçtiği devletçe yapılması kaçınılmaz olmaktadır.

Yukarıda anıldığı gibi, 1949 Sözleşmelerinden farklı olarak, 1977 tarihli ek II sayılı Protokol’de, bu konuda bir tanım yer almaktadır. Bu tanıma göre salt iç silahlı çatışma niteliği gösteren çatışmaların II. Protokol anlamında uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilmesi için üç koşulun yerine gelmesi gerekmektedir:

- I. Silahlı çatışmaların hükümet silahlı kuvvetleri ile başkaldıran bir örgütlenmiş grubun silahlı kuvvetleri arasında geçmesi gerekmektedir.
- II. Şiddet eylemlerinin yoğunluğu önemlidir. Zira ‘iç gerginlikler’ ve ‘iç karışıklıklar’ açıkça Protokol kapsamı dışındadır.
- III. Başkaldıran silahlı kuvvetlerin ve grupların askeri örgütlenme düzeyleri de önemlidir. Buna göre,
 - Başkaldıran silahlı kuvvetler ve gruplar sorumlu bir komutanın yetkisi altında bulunmalı,
 - Anılan kuvvetler ve gruplar Protokolde yer alan silahlı çatışma hukuku kurallarına uyulmasını sağlayabilecek durumda olmalı,
 - Anılan kuvvetler ve gruplar ilgili devlet ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri eylemler yapabilmesine olanak veren denetime sahip olmalıdır.

Ek II. Protokol'ün uygulanması ile karşılaşılabilecek bir sorun, belirli bir silahlı çatışma durumunda bunun Protokol kapsamında bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olup olmadığının kim tarafından saptanacağıdır. Protokolde bu konuda herhangi bir hüküm bulunmadığı için bu yetkinin ilgili devletçe kullanılacağı kabul edilmektedir.

Bir çatışmanın salt hukuk bakımından "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" olarak nitelendirilmesi durumunda dahi, uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun "insancıl hukuk" diye adlandırılan kimi kurallarının uygulanması gerekmektedir. Bu uluslararası hukuk kuralları ahdi düzlemde 1949 Cenevre Sözleşmelerinin *ortak 3. maddesi* hükümleri ile Cenevre Sözleşmelerine ek 1977 II. Protokol hükümleri ile 1954 La Haye Sözleşmesinin 4. ve 19. maddeleridir. Bundan başka, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların geçtiği ülkelerde "insancıl hukuk" kurallarının dışında, ulusal mevzuat yanında uluslararası hukuk açısından ilgili devletin bağlı bulunduğu antlaşmalardan kaynaklanan insan hakları kurallarının da uygulanması gerekmektedir.

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku bakımından:

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında, her ne kadar yukarıda başlıcaları belirtilen insancıl hukukun kimi kuralları uygulanmaktaysa da, silahlı çatışmalara taraf devletin egemenliğini, siyasal bağımsızlığını ve ülke bütünlüğünü savunmak amacıyla uygun göreceği, uluslararası hukuk açısından meşru önlemleri almasına hiçbir engel bulunmamaktadır⁴⁰.

Uluslararası *insan hakları hukuku'nda*, devletlere temel hak ve özgürlükleri bir silahlı çatışmanın varlığı durumunda dahi uygulama yükümü getirmektedir. Ancak, ilgili antlaşmalarda düzenlenen insan haklarıyla ilgili yükümlülüklerle sınırlama getirme hakkı da tanınmaktadır⁴¹. Örneğin, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını düzenleyen birçok antlaşma, savaş ya da ulusların yaşamsal ve kamusal tehlikelerle karşı karşıya bulunduğu dönemlerde ilgili antlaşma hükümlerinin bir kısmının kural dışılık ilkesi uyarınca uygulanma-

⁴⁰ Pazarcı, a.g.e., Sh. 151-190

⁴¹ Pazarcı, a.g.e., Sh.6

yabileceğini kabul etmektedir. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (A.İ.H.S.) 15. maddesini⁴², Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 27. maddesini, Avrupa Sosyal Şartının 30. maddesini ve B.M. Medeni ve Siyasal Haklar (Misakı) Sözleşmesinin 4. maddesini⁴³ saymak gerekir⁴⁴. Böylece, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların meydana geldiği ve anılan antlaşmalara da taraf olan devletlerde hem uluslararası insancıl hukukun ilgili kurallarının, hem de insan hakları antlaşmalarının bu tür yaşamsal tehlike durumlarıyla ilgili kurallarının birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı bir biçimde uygulanması gerekli olmaktadır. Bu tür özel kuralların uygulama alanı dışında kalan konularda ise, barış durumu sözkonusu olduğu için, devleti bağlayan uluslararası insan hakları kuralları ile ilgili devletin olağan ulusal mevzuatının uygulanması gerekmektedir. Ancak bir ulusun yaşamsal tehlikelerle karşı karşıya bulunması olgusuna dayanılarak insan hakları antlaşmalarının belirli hükümlerinin uygulanmaması hali, yalnızca uluslararası olmayan silahlı çatışmaların varlığıyla sınırlı değildir. Örneğin “iç karışıklıklar”, “fırtına, ağır kar, fırtına ya da ağır yağmur yağışı, hortum” gibi doğal afetlerin 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesi kapsamında durumlar oluşturmamasına karşılık, A.İ.H.S.’nin 15. maddesinde öngörülen kapsamda birer kamusal tehlike oluşturmaları hukuk açısından olasıdır. Örneğin, devletimizin ülkenin Güneydoğu’sunda 1990’lı yıllarda ya da günümüzdeki terör eylemlerine ilişkin değerlendirme ve uygulaması da bu yöndedir. Bu gibi durumlarda uygulanan hukuksal rejim insan hakları hukuku bakımından “olağanüstü hal” (**states of exception; states of emergency**) rejimi olarak değerlendirilmektedir.

Uluslararası İnsan Hakları antlaşmalarında, olağanüstü hal rejiminin kabulü için öngörülen temel ölçüt genellikle “ulusun yaşamına yönelik kamusal tehlike” olmaktadır. Bu tür bir ulusal tehlike ile karşı

⁴² “Olağanüstü hallerde askıya alma” başlıklı 15/1. madde, “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” hükmünü haizdir.

⁴³ Sözleşmenin 4. maddesi, “Milletin varlığını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan bir olağanüstü durumda, bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler, ancak durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere bu Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranabilirler....” hükmünü içerir.

⁴⁴ Pazarıcı, Ibid., Sh. 191-193

karşıya bulunulması için *devletin egemenlik alanı içinde toplumun bütününe ya da bir bölümüne yönelik olağan dışı nitelikli gerçek ya da yakın bir tehlikenin varlığı* aranmaktadır. Buna göre devletlerin, örneğin A.İ.H.S.nin 15 inci maddesinde kabul edilen bu tür olağan üstü durumlarda, Sözleşmenin yaşam hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele (m.3), kölelik (m.4), suç ve cezaların yasalarda önceden öngörülmüş olması (m.7) hükümleri saklı kalmak kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan kaynaklanan öteki hükümlere ters düşmemek üzere, Sözleşme hükümlerini Avrupa Konseyi'ne yapacakları bir bildirim sonucu geçici süre uygulamayabilecekleri kabul edilmektedir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bazı belirsizlikler sürdüğü için, silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin belirsizlikler de giderilmiş değildir. Nitekim 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi yalnızca çatışma dışı kalmış kişilerin insancıl amaçlı korunması hedefiyle sınırlı kalırken, 1977 tarihli ek II. Protokol de 13-18. maddeleri aynı amacı gütmekte ve silahlı çatışmaların yürütülmesiyle doğrudan ilgili olan kuralları içermemektedir.

Uygulanan uluslararası hukuk, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda taraflara "savaşçı" sıfatını kazandırmaz. Böylece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara katılan kişilere "savaşan" ya da "ayaklanan" sıfatı tanınmadıkça⁴⁵ bu kişilerin herhangi bir uluslararası hukuk statüsü kazanamamış olmaları dolayısıyla eylemlerinin de uygulamada **ulusal ceza yasalarına** bağlı olarak değerlendirildiği görülmektedir⁴⁶. Ancak, sözkonusu ulusal ceza yasaları, ilgili devletin bağıtlı olduğu evrensel ya da bölgesel insan hakları antlaşmalarına aykırı düşmemelidir. Ayrıca, 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesi günümüzde yapılageliş hukuku değeri kazandığı için, bu tür çatışmalara katılan kişilerin teslim olma, yaralanma, hastalanma vb. nedenlerle 'çatışma dışında' kaldıkları andan başlayarak devlet (hükûmet) kuvvetlerinden "insancıl muamele" görmeleri gerekir. Eğer silahlı çatışmaların geçtiği ülke devleti 1977 tarihli ek II. Protokole ta-

⁴⁵ 'Savaşan' statüsünün tanınması için bkz. Hackworth, Digest Of International Law, Sh.319

⁴⁶ Pazarıcı, Ibid., Sh. 293; Fatma Taşdemir, "İnsan hakları hukuku ve insancıl hukuk açısından Türkiye'nin ayrılıkçı terör örgütü PKK ile mücadelesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, s.107-146

rafsa, uygulanması gereken insancıl muamele kuralları daha geniş olduğundan, bunlar uygulanacaktır.

Uluslararası silahlı çatışmalar sırasında sivil halkın korunması:

Silahlı çatışmalarda sivil halkın korunması rejiminin doğrudan doğruya ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesi 1949 Harp (Savaş) Sırasında Sivillerin Korunması Cenevre Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Daha sonra 1977 tarihli I. ek Protokol anılan Sözleşmeyi tamamlayıcı nitelikte bir takım kurallar getirmiştir.

1949 Sözleşmesinin 4/1. maddesi, korunacak kişileri “çatışma ya da işgal durumunda çatışan bir tarafın ya da işgal gücünün herhangi bir biçimde yetkisi altında bulunan ve uyruğu olmayan kişiler” olarak tanımlar. Böylece, çatışan taraf devletin uyruğu olan kişiler ilgili devletin ulusal mevzuatı ile bağlı olup, özel koruma rejimi altına girmezler. Buna karşılık, 1977 tarihli ek I. Protokolün 50. maddesi, Protokol hükümleri, silahlı çatışma hukuku kuralların kısa bir özetini oluşturduğundan, savaşçı olmayan sivillerin tamamına uygulanacaktır.

Çatışma halinde sivil halka ilişkin alınabilecek güvenlik önlemleri arasında, diğerlerinin yanında, “zorunlu ikamet” (**assigned residence**) ve “gözetim” (enterne edilme/**internment**) rejimi altına koymak da bulunmaktadır. Böyle bir rejimin uygulanabilmesi için, çatışan devletin korunan sivil halka ilişkin denetim önlemlerini yeterli görmemesi (1949 tarihli IV. Sözleşme⁴⁷) ve bunun kesinliğine inanması⁴⁸ gerekmektedir⁴⁹. Gözetim altında tutulan sivil kişilere cezaî konularda olağan olarak ülke devletinde geçerli olan mevzuat uygulanmaktadır.

Çatışan tarafların işgal ettiği bir ülkede bulunan sivil halka uygulanan özel rejime göre ise, işgal edilen ülke devletinin yurttaşı olmayan ve korumadan yararlanabilecek kişiler ülkeyi terk etmeyi istemek hakkına sahip bulunmaktadırlar⁵⁰. İşgal edilen ülke yurttaşları ile orada kalmayı sürdüren üçüncü devlet yurttaşı **sivillerin**, topluluğun güvenliği ve kaçınılmaz askeri gereklilik doğmadıkça, başka bir yere

⁴⁷ IV. Sözleşme m. 41

⁴⁸ IV. Sözleşme m.42/1

⁴⁹ Pazarcı, a.g.e., Sh. 246

⁵⁰ IV. Sözleşme m. 48

yerleştirilmek üzere yerlerinden oynatılmaması gerekmektedir⁵¹. ‘Güvenlik ve askeri zorunluluk’ **yer değiştirmeyi** gerektiriyorsa, maddi olanaksızlık söz konusu olmadıkça, bu zorla yer değiştirme (**deportation**) işgal edilen ülke sınırları içinde kalmalıdır⁵². İşgal edilen ülkede korunan sivil halka uygulanabilecek rejim de “genel rejim” ve “gözetli rejimi” olmak üzere iki türdür. Genel rejim “işgal rejimi” olup 1949 Sözleşmesinin 54. ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Gözetli rejimi ise, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında çatışan tarafın ülkesindeki yabancılara uygulayacağı gözetli rejimi ile aynı olup, 1949 Sözleşmesi’nin 79 - 135. maddeleri uygulanmalıdır.

Bu çalışmanın gerçek hedefi, II. Dünya Savaşı’ndan buyana dünyanın karşı karşıya olduğu en yoğun ve acılı iltica, göç hareketi konusunda Uluslararası Hukuk’ta var olan düzenlemeleri anımsamaktır. Çünkü, gerek (kuraklık, aşırı yağışlar, fırtınalar, yaygın yangınlar gibi) doğal, gerek (terör, silahlı çatışma gibi) insan yapısı olağanüstü durumla, iklim değişikliği gibi çok ciddi temel bir sorunla hırpalanmış bir yıl olan 2015 ve 16’nın ivedi kıldığını düşündüğüm son bir ara başlık ise: Barış zamanı ve silahlı çatışmalarda, su, gıda gibi yaşamsal maddelere erişim hakkı üzerinde durmaktır.

Sivil yaşam bakımından en temel insan haklarından sayılan “su ve gıda”:

Bu yazımızda, böyle bir alt başlığa değinmekte yarar olacaktır: Çünkü barış ve silahlı çatışmalarda kişilerin **su ve gıdaya erişim hakkı** önceki tarihli incelemelerimin konusunun bir bölümüydü. Bu önceki suya erişim çalışmam, ağırlıklı olarak barış zamanında çevre korumasına özgülenmişti. Buradaysa, “suya erişim hakkı”, içinde bulunduğumuz günlerde yeniden gündeme gelmesi dolayısıyla bu kez görece farklılıkları vurgulamak için üzerinde durmak istediğim alt-başlıklardan biridir.

Barış zamanında suya erişim:

- a. Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanarak imzaya açılmış olan insan hakları alanındaki antlaşmaların metinlerinden, “su hakkı”

⁵¹ IV. Cenevre Sözleşmesi m.49/1-2

⁵² IV. Cenevre Sözleşmesi m.49/2

düşüncesine yer verilmediği sonucuna varılmıştı. Ancak, özellikle 2000’li yılların başında Afrika anakarasında, iklim değişikliğine de bağlı olarak artan ısı ve kuraklık, kıt su kaynaklarının suya erişim sorununu yaşamın devam etmesine engel bir sorun durumuna getirmiştir. Bu birden çok karma gelişme, suya erişim konusunda bağlayıcı bir projeyi ivedi kılmıştır.

Su konusu ilgili uzman birimlerin (Dünya Bankası, Dünya Barajlar Konseyi, OECD gibi) yanı sıra İlk olarak, BM İnsan Hakları Konseyi’nde de ele alınmıştır. Bu çalışmalar sırasında en sık yollama yapılan erken tarihli bir düzenleme **B.M. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı**’nın (ESKHS) 11 ve 12. Maddeleri (ve bu antlaşma dolayısıyla hazırlanan 2002 tarihli “**15 sayılı Genel Yorum**”du: Anılan maddelerden ilkinde, “sözkonusu Misak’a taraf olan devletlerin, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine erişme ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul ettikleri”ne işaret edilmişti. Böylece, ESKHS’ye Taraf Devletlerin, anılan konularda uluslararası işbirliğini de kabul ettikleri, ve börada anılan hakların gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun önlemleri alacaklarından söz edilmisti.

- b. Bu arada, su hakkı bakımından 1977 tarihli **Mar del Plata Konferansı Raporu**’nda, Panama Kanalı, Akdeniz, Karadeniz, Karaipler gibi yarıkapalı denizlerin yani sığ denizlerin dahil edildiği su kaynaklarının akılcı kullanımı ve yönetiminden söz edilmişti. Daha 1977 yılından başlanarak, çevreciler su kaynaklarının, her bir su kaynağına ilişkin somut veriler saptanmıştı (**assessment**), su kaynağın akılcı kullanılması ve akılcı yönetilmesi için atılabilecek adımlara yer vermektedir.
- c. Mar del Plata Konferansı’nu izleyen yıllarda, B.M. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda görüşülerek, hazırlanmış olan Sınıraşan Akarsuların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımına ilişkin Çerçeve Sözleşme metni üzerinde bir oydaşma⁵³ sağlanamamış olmasıdır. Gerek bu metnin hazırlandığı (BM bünyesindeki Uluslararası Hukuk Komisyonu-UHK⁵⁴)’ndaki görüşmeler sırasında, gerek UHK

⁵³ İngilizce’deki “consensus” kavramı karşılığıdır.

⁵⁴ International Law Commission ILC

bünyesinde kaleme alınan sınıraşan akarsuların ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasına ilişkin taslak maddelerin kabulü amacıyla toplanan diplomatik konferansta bir oydaşma sağlanamamıştı. Sözleşme'nin imzaya açılmasından sonraki sürede,

- d. 1982 yılında uluslararası düzlemde öne çıkan çevre korunması sorunu içinde su hakkı **1982** yılında Rio de Janeiro **Dünya Çevre ve Kalkınma Zirvesi**'nde kabul edilen **Bildirge** ve **Gündem 21** başlıklı eylem planında yer aldı. Böylece, her devletin, egemenliği altındaki yerlerde bulunan doğal çevre ve doğal kaynakları sürdürülebilir biçimde kullanması ilkesi kabul edildi ve giderek yaşama geçirildi. Su, devletlerin, tek başlarına ya da işbirliği halinde, "yoksulların temiz su ve hijyen altyapısına (**sanitation**) erişimini sağla"mak⁵⁵ ilke olarak kabul edildi. Koşut biçimde, **1994** yılında **Kahire'de** toplanan **Nüfus ve Kalkınma Konferansı**'nda kabul edilen **Bildirge**'de, insanın, "sürdürülebilir kalkınma kaygısının temelinde yer aldığından, doğayla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam sürmek, kendisi ve ailesi için yeterli gıda, giyim, ev, su ve hijyen altyapısı da dahil, yeterli yaşam koşullarına sahip olma hakkı" bulunduğu belirtilmişti⁵⁶.
- e. Özetlenen belgeler ve çabalar sonucunda BM Genel Kurulunda "herbir devletin, herkesin ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul et"mesi dolayısıyla, devletlerin, ölü doğum, bebek ölümü oranlarını düşürmek, çocukların sağlıklı biçimde gelişmesini sağlamak üzere gerekli önlemleri alacakları, çevre ve endüstrideki sağlık koşullarının iyileştirilmesi, salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların

⁵⁵ Ne var ki, Dünya Çevre ve Kalkınma Zirvesi'nde kabul edilen Bildirge ve Gündem 21'in içeriği ile şimdi insan hakları antlaşmalarına dayanılarak geliştirilen bir "su hakkı"na dayanılarak, su bakımından varıl olan devletlerden ellerindeki su fazlasını su yoksulu devletlere vermesinin istenemeyeceği tartışmasıdır. Bu bağlamda, örneğin su kaynakları çok oluğu bilinen Kanada, A.B.D. İsviçre gibi devletlerin sözkonusu karar tasarıya ortak sunucu olmadıkları görülmüştür.

⁵⁶ 2. İlke'nin İngilizcesi şöyledir: "Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature. People are the most important and valuable resource of any nation. Countries should ensure that all individuals are given the opportunity to make the most of their potential. They have the right to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing, housing, water and sanitation".

önlenmesi ve denetim altına alınması için önlem alacağı hükme bağlanmıştı. B.M. ESKH Sözleşmesi'yle, kişilerin sağlıklı bir yaşam sürdürme hakkının bir parçası olarak barınma hakkının bulunduğu yorum yoluyla söylenebiliyordu.

- f. Bu çerçevede yapılan yorumda yol gösterici olan B.M. İnsan Hakları Komisyonu belgesi "15 sayılı Genel Yorum"la, **B.M. Kadınlara Karşı Her Türü Ayırıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**'nde su hakkının Kabul edildiği; böylece, devletlerin özellikle konut, sağlık (hijyen), elektrik ve su sağlanması, ulaştırma ve haberleşme konularında yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlayı üstlendikleri söylenmişti.
 - g. Vurgulanması gereken BM bünyesindeki gelişme, BM Genel Kurulu'nun 28 Temmuz 2010 tarihinde kabul ettiği 64/292 sayılı kararıyla, "içme suyu (temiz su / **drinking water**) ve temizlik (**sanitation**) hakkının tüm insan haklarının yaşama geçirilebilmesi bakımından **temel bir hak** olarak kabul etmiştir.
- (2) **Silahlı çatışma** sırasında suya erişim **hakkı**: İçme ve temizlik suyuna erişim hakkının silahlı çatışmalar sırasında sağlanması ve esirgenmesi ise, barış zamanındaki suya erişim hakkının kabülünden çok daha eski tarihlidir:

Uluslararası Kızılhaç Komisyonu (ICRC) koruyuculuğunda hazırlanmış olan ve uygulanışı anılan örgüt tarafından izlenen 23 Ağustos 1949 tarihli "**Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesi**"de, silahlı bir çatışma sırasında sivillerin günlük gereksineceği günlük yıkanma suyu (m.85), içme suyu (m. 89) ve enterne edilmiş olanlara günlük içme suyu sağlanması ödevi (m. 127) konusunda özel maddeler bulunmaktadır. Yine aynı Sözleşme'de, silahlı çatışma sırasında sivil halka sağlanması gereken gıdaya ilişkin bir dizi hüküm de bulunmaktadır (örneğin, m. 15, 23, 36, 50, 55, 59, 76, 87, 89, 100 ve 108).

Barış zamanında BM İnsan Hakları antlaşmalarıyla, silahlı çatışmada ise 200 yıla varan yaşdaki antlaşmalarla, topyekün bir silahlı çatışma gibi en zorlu koşullarda bile olsa insan yaşamının sürdürülebilmesi için kişilerin içme, temizlenme suyunu gereksindiği, devletlerin ise bu gereksinimin karşılanması gereken önlemlerin alma konusunda yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiştir.

Benzeri bir karşılaştırma sanat, yapıtları, tarihî eserler ve ibadet yerlerinin korunması konusunda üzerinde mutabık kalınmış bir koruma rejimi bulunup bulunmadığı açısından da yapılabilir. Hatta yapılmalıdır. Bu alanlara, özellikle ibadet yerlerine ilişkin koruma rejiminin Ortaçağ'dan, sanat ve kültür yapılarının korunmasına ilişkin kuralların ise II. Dünya Savaşından (1954) bu yana bulunduğu görülecektir.

Bu kuralları anmaya gerek duymamızın nedeni, 2015-6 yılında karşımızdaki, DAESH/İŞİD, El Kaide ve benzeri yerli ya da yabancı terör örgütlerinin uygulamalarıdır. Uluslararası koruma altındaki kütüphane, arşiv gibi tarihi, kültürel eserleri, kilise, cami gibi ibadet yerlerini ve hastane, okul gibi 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin koruması altındaki yapıları bilinçli olarak tahrip edenlerin; Anayasa ve uluslararası antlaşmalardan koruması altındaki insan haklarının hiçbirine saygı göstermeyenlerin, bir başka anlatımla anılan örgüt üyelerinin insan haklarından söz edilmesine, sivillerin haklarına saygılı davranışlarını söyleyebilmelerine ve kendi haklarına saygılı olunmasını istemelerine olanak bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Bu sorunun yanıtı kapsamlı başka bir çalışmayı gerektirir. Burada ise, yalnızca, silahlı çatışma hukuku ile barış zamanında uygulanan genel bir deyişle, İnsan Hakları Hukuku arasına düşen "gri bölge"dir.

II. Dünya Savaşı sonrasında olanlar:

Buraya kadar özetlenen Uluslararası İnsancıl Hukuk kuralları görüldüğü gibi kuralları düzenleyen antlaşmalara taraf olan devletler bakımından, silahlı çatışma sırasında düzenli ordularının uyacakları kurallar getirilmektedir. Son topyekün silahlı çatışma II. Dünya Savaşı sırasında ve yerkürenin her tarafında önce Nazi Almanyası'nın Avrupa'daki ülkelere teker teker saldırmasıyla başlayan Avrupa savaşının olarak yaşanmış ve Avrupalı milyonlarca musevinin yok edilmesine tanık olunan Avrupa'da yaşanmıştır. Öte yandan, Emperyal Japonya'nın Hawaii limanında dinlenen A.B.D. donanmasına saldırması üzerine Asya'da ise yaşanan Asya anakarasındaki savaş ilk kez nükleer silahların kullanılmasıyla sona ermiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan küresel örgüt olan Birleşmiş Milletler bünyesinde herhangi bir oturuma katılırsanız, "BM örgütünün bir topyekün savaşın daha olmasına engel olduğunun söylendiği

ve örgütün büyük başarısının bu olduğu” saptamasıyla karşılaşırınız. Evet, bu doğru bir saptama. Ancak, Savaş’tan buyana barış içinde geçen tek gün olmadığı da bir başka gerçek. Bunlar, çoğu basının dikkatini çekmeyen yurt içi gerginliklerden, iç savaşa, bölgesel itişmelerden, iktidar savaşımına dek değişebiliyor. Bir başka anlatımla artık, uluslararası hukukun aktörleri yalnızca devletler ve düzenli ordular değil. Terörist örgütler (İŞİD, PKK, PYD...gibi), yaşama parti ya da dernek gibi başlayan (Afganistan’da **Northern Allignace** ve Taliban) oluşumlar, dinsel niteliği ağır basan tüzel kişiler artık en önemli aktörler. Bu oluşumların en temel eksik noktası ise, 21. Yüzyıla dek yazılı duruma gelen Uluslararası Hukuk kuralların hiçbirine taraf olmaması. Dolayısıyla sözünü ettiğimiz kuralların hiçbirisiyle bağlı değil bu oluşumlar. O zaman, bu oluşumlarla nasıl başa çıkacak Batı uygarlığı? Soru bu değil mi? Batı uygarlığının yalnızca barışı korumaya çalışmadığı, günlük yaşam standardımızı yükseltmek için birçok kuralı (başta kimyasal ya da nükleer malzemenin ve her türlü atıklarımızın denetim altına alınmasından başlayın, doğal ve insan yapısı çevrenin esirgenmesi, insan hakları kuralları) da benimsediği ve uyguladığı da bir gerçek. Bu gerçek değil midir, yukarıda saydığım oluşumların olduğu ülkelerde yerlişuk olan sivillerin bulundukları ülkeleri terk edip Avrupa’ya, A.B.D, Kanada, Avustralya gibi uygar ülkelere göç etmeye çatışmalarının nedeni?

II. SİĞİNMA, GÖÇ, NÜFUS DEĞİŞİMİ, VATANSIZLIK:

Sunuş:

Sıcak savaşlar sırasında, barış dönemine ait hukuk düzenin tamamının yürürlükte olması beklenemez. Günümüzde “silahlı çatışma” olarak andığımız savaş durumunda geçerli olacak hukuk düzeni, yaklaşık iki yüzyıldan bu yana bilinmekte ve uygulanmaktadır.

Silahlı çatışmalarda geçerli olmak üzere önce Lahey (1899, 1907 tarihli) ardından, Cenevre Sözleşmeleri kuralları yürürlüğe konulmuştur. Anılan bu kurallar, devletlerin düzenli ordularınca uygulanması, uyulması gereken normlardır. Ancak, sıcak savaş yalnızca orduları ve savaş meydanlarını ilgilendirmez. Savaş meydanında olanlar, savaş meydanının dışındaki yaşamı, yani sivillerin sürdürdüğü yaşamın her zamanki gibi süreceği anlamına gelmez. Bir silahlı çatışmanın meydana-

na gelmesi, birlikte kaçınılmaz olarak, düzenli ordular dışındaki sivil halkın yaşamak için bulundukları yeri değiştirmeye zorlayabilmektedir. Dolayısıyla, nüfus hareketleri çatışmanın kaçınılmaz bir sonucudur. Bu hareketle birlikte, insancıl (yardım) olanakları da zorlanır. Sivil nüfusun barınma, yeme içme, çalışma, dinlenme, eğlenme, yolculuk etme, sağlık hizmetinden yararlanma gibi olaylar kuşkusuz sıradan biçimde devam etmez. Andığımız sivil yaşama ilişkin adımlar, bir başka anlatımla günlük yaşamımızın olağan saydığımız adımlarını oluşturan etkinliklerin, olağandışı nasıl süreceği sorusu akıllara gelmiştir. Bazı olağandışı durumlarda yaşamın saydığım türden adımlarının sürüp sürmeyeceği sorusu, siyasetçilerin ve hukukçuların dikkatine gelmiş ve belirli tüzel düzenlemelerin konusunu oluşturmuştur. İşte bu bölümde andığım bu başlıklar anımsanacaktır.

Şimdi, bulunduğumuz coğrafyada son on yıllarda (1980'lerden başlayarak) önce Afganistan'ın Sovyetler Birliği egemenliğine girmesiyle başlayan, ardından Demir Perde olarak andığımız II. Dünya Savaşı'nın ardından, dünyamızın Varşova Paktı devletleri ile Batılı devletler arasında var olduğu farzedilen ayırımı yaratan sanal Duvar'ın yıkılarak (1989), Sovyet olarak anılan devletlerin bağımsız olmalarıyla birlikte gelişen olaylar zincirinin dünyayı etkisi altına alan nüfus hareketleri bu başlık altındaki konuları incenlemeyi zorunlu kılmıştır. XX. Yüzyılın son yıllarında uluslararası düzlemde yaşanan sorunlar, yürürlükteki kuralların tarihini öğrenmek arzusunu kamçulamıştır. Böylece geçen yüzyılda, özellikle imparatorlukların sona erip yerlerine egemen (bağımsız) ulus devletlerinin kurulduğu dönemin gerçekleriyle bağlantılı konuların yeniden çalışılması gerekli olmuştur. Anılan bu inceleme zorunluluğu, özellikle Suriye'ye Rusya Federasyonu'nun yaptığı havadan bombalama biçimindeki son müdahalenin aslında bir göç, sığınma sorunu yaratarak, önce Türkiye Cumhuriyeti Devleti ardından, AB ülkeleri üzerinde yeni bir zorunlu nüfus (göç, sığınma) krizini karşılamaya zorlamak amacıyla başlatıldığı anlaşılmaktadır⁵⁷.

XX. Yüzyılın ilk yarısı düşünüldüğünde, görülen gerçeklerin başında: göç (*muhaceret*), sığınma (*iltica*), nüfus değiş-tokuşu (*ahali müba-*

⁵⁷ Uğur Dündar, emekli Büyükelçi Şükrü Elekdağ ile yaptığı uzun röportajı, Sözcü günlük gazetesi, 18 Şubat 2016, sh.4, sü.1-7. Nitekim AB'nin 2016 Mart ayında yaptığı toplantılarının konusu olan AB'ye AB dışından gelen sığınmacılar konusunda Birlik içinde dahi üzerinde uzlaşmış bir görüş olmadığını görüyoruz.

delesı) ve vatansız (*haymatlos*) kalanlar gibi kapsamlı sorunların yaşandığı görülür. Bu çalışmada, sayılan konu başlıklarına salt hukuk açısından ve tarihi örnekleri anımsayarak bakmak, geçmişteki somut olaylar ve yapılan tüzel düzenlemelerin anlaşılması amaçlanmaktadır.

A. SİĞİNMA sorunsalı:

“Sığınma”⁵⁸, bir ülkede meydana gelen olaylar nedeniyle, yurtlarını terk eden ve üçüncü bir devletin ülkesinde, orada ya da bir başka ülkede yaşamını güvenli biçimde devam ettirebilmek için kendisine sığınmacı statüsü verecek bir devlet bulmak için hareket edenlere (yani uygun güvenli yaşama yeri arayanlara) uygulanan hukuk kurallarıdır.

Günümüzde, egemen bir devlet ülkesindeki örneğin iç savaş, ayrılıkçı yönetim gibi olağandışı olaylar dolayısıyla yurdundan kaçan, bulabildikleri her yoldan (yasal ya da yasa dışı) binbir zorlukla güvenli olduğu zannıyla gittikleri ülkelerdeki (örneğin Avrupa Birliği ülkeleri ya da Yeni Dünya’ya giden Suriyelilerin) tüzel durumu anımsanacaktır. Anılan zorunlu nüfus hareketleri tarihte ilk kez karşımıza Ortadoğu’da çıkmamaktadır.

Uluslararası düzlemde, sığınmacılıkla ilgili kurallar ilk kez I. Dünya Savaşı’nda yaşananlar ışığında yazılı hale getirilmiştir. Anılan erken düzenlemeler, o günlerde yaşananların bir zorlamasıydı. Dolayısıyla, koşullar değişince yerlerini alacak bir düzenleme bu kez genel, soyut ve evrensel olarak geçerli olacak biçimde yapılmıştı. İşte andığımız bu genel, soyut ve evrensel nitelikteki düzenleme, günümüzde de geçerli olan 1951 tarihli “Sığınmacıların Statüsüne ilişkin B.M. Sözleşmesi”dir. Kısaca 1951 Sözleşmesi olarak da anılan bu sözleşme, II. Dünya Savaşı’nda yaşanan gelişmelerle gelen zorunlu insan hareketlerine çözüm olarak düşünülmüştür. 1951 tarihli “Sığınmacıların Statüsüne İlişkin BM Sözleşmesi”ne ek 1967 tarihli Protokolü, II. Dünya Savaşı’nda Avrupa’daki totaliter (Nasyonal Sosyalist, Sosyalist ya da Faşist) rejimlerle birlikte bu anakarada yaşananların yanısıra savaş sonrasında eski sömürgelerin dağılması döneminde yaşananların zorlamasının ürünüdür.

⁵⁸ Burada sözkonusu olan ülkesinde eziyet göreceği için ülkesini terk eden kimselerdir. Dilimize Arapça kökenli iltica kavramından türetilen “mülteci” olarak çevrilen bu kavramla ilgili yanılığlarımız aşağıda anlatılacaktır.

Tarihe bakıldığında, sığınma olaylarına antik çağlardan⁵⁹ başlayarak günümüze dek yaşanageldiyse de konuya ilişkin hukuk kurallarının yaratılması, **ilk kez** Birinci Dünya Savaşı ve sonrasında yaşanan, ülkelerini (krallık, imparatorluk, sultanlık gibi) topluca terk eden kişiler gözönünde bulundurularak, Milletler Cemiyeti'nin gündemine taşınmıştır. Savaşın ardından 1919 yılında imzalanan Versay (Versailles) Antlaşması'yla kurulan Milletler Cemiyeti (*i.League of Nations; f.Societe Des Nations*), sığınmacılar sorunuyla ilgili olarak eyleme geçmek zorunda kalmış ve böylece sığınmacılar konusuyla ilgilenen ilk uluslararası kurum olmuştur⁶⁰.

(i) Sığınma sorunu:

Geleneksel olarak "sığınma hakkı"⁶¹, uyruğunda⁶² bulunduğu ya da oturduğu⁶³ devlette, uğradığı baskılar yüzünden ülkesini terketmek zorunda kalan, yani ülkesinden kaçan bir kimseye (yabancıya), gittiği üçüncü ülke devleti tarafından verilen sınırdan geçme, yani geçerli yolculuk belgeleri olmasa dahi ülkeye gelmek sınırdıyan içeri girmek ve ülkede kalmak konusunda izin verilmesi hakkına verilen addır. Dolayısıyla, burada gerçekte sözkonusu olan, bu ülkede sığınma olanağı bulunup bulunmadığını sorgulamak için gidilen, yani sığınmaya çalışılan devlete ait bir haktır. Özellikle 20. Yüzyılın ikinci yarısından başlayarak, sığınma hakkı deyiminin, kişilerin başka bir devletin ülkesine kabul edilmesi bakımından hukuksal bir yükümlülük var olduğu biçiminde kullanıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle, kişiler lehine doğmuş bir uluslararası hakkın söz konusu olduğu anlamında

⁵⁹ Örneğin, İsrailoğullarının firavunların yönetimindeki Mısır'da yaşarken gördükleri baskılardan kaçtıkları ve bu kaçış sırasında Hz. Musa'nın olara yardımcı olduğu anımsanacaktır. Böylece ilk yerleştikleri Kudüs başta, Ortadoğu'dan İspanya göç ettikleri, buranın Müslümanların işgalinden sonra, hükümdarın Katolik olmasına bağlı olarak İsrailoğullarını ya din değiştirmek ya da İberya dışına gitmek zorunda bırakan Engizisyonuna uğrayarak, önce Portekiz'e ardından Osmanlı ülkesine geldikleri anımsanacaktır.

⁶⁰ Versailles Antlaşması, Milletler Cemiyeti Kurucu Antlaşması m. 1-30, 28 Haziran 1919.

⁶¹ "İltica" hakkı, geleneksel olarak kullanılan Arapça kökenli kavramdır. Burada yazar, arı bir dil kullanmaktan yanadır, dolayısıyla terimleri yineleyerek vermektedir.

⁶² Taabiyetinde bulunduğu.

⁶³ "İkamet ettiği".

kullanılmaktadır. Oysa yabancıların ülkeye girmesi ve ülkede kalması konusunda karar vermek bakımından tek yetki ilgili Devlete aittir. Yabancılar ülkesine sığınma hakkı tanıyıp tanımamak, bir devletin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal mevzuatı çerçevesinde değerlendirileceği, egemenlikle bağlantılı bir konudur. Eğer ilgili devlet tarafı bulunduğu antlaşmalarla ülkesine gelen ve belirli koşulları taşıyan yabancıları sığınma hakkından yararlanma yükümü üstlenmişse, bu durumda o devlet bakımından yabancılar için bir sığınma hakkı, sığınmacı (mülteci) statüsü tanıma yükümü bulunduğu söylenebilir. Ne var ki, bu alanda uluslararası yapılageliş⁶⁴ niteliğinde herhangi bir kural bulunmamaktadır.

(ii) Tarihsel gelişim

-Avrupa anakarası ve Ortadoğu bölgesinde:

Sığınma hukukunun gelişimini anlatabilmek için, insanları sığınmacı olmaya zorlayan yakın tarihteki koşulları anımsamak yeterlidir. I. Dünya Savaşı sonrasında, Avusturya-Macaristan (Habsburg) İmparatorluğu, Osmanlı İmparatorluğu ve Çarlık Rusyası'nın yıkılmasıyla ortaya çıkan ulus-devletlerden oluşan yeni dünya düzeninde, dünya nüfusunun artık bu yeni ulus-devletlerin vatandaşlarından oluştuğu kabul ediliyordu. İmparatorlukların yıkılışına bağlı olarak, Avrupa'da ve Ortadoğu'da sayıları milyonlara varan kalabalık nüfusun çoğu yurtsuz kalmıştı. Vatandaşlığını taşıdığı devletin korumasından yoksun kalan bu kişilere gereken yardımı sağlamak ise, Milletler Cemiyeti'ne düşen ilk görev olmuştur.

Bu dönemdeki (I.Dünya Savaşı döneminde karşılaşılan) sorunların başında, 1921 yılında güney Rusya'daki Kızıl ve Beyaz Rus orduları arasındaki savaşın Kızıl ordunun yengisi ve Beyaz Rus ordularının dağılmasıyla sonuçlanmasıyla sona eren Bolşevik devriminin ardından Rusya'dan kaçanların sayısının milyonlara ulaşması temel gerekçedir. Böylece dünyaya dağılan Rus göçmenin, orta ve doğu Avrupa ülkelerine yayılması temel konudur. Dağılan Ruslar sığınmacılar, bulundukları yabancı kentlerde birer Rus Mahallesi kurmak, geleneksel yaşamlarını sürdürmeye ve kültürlerini yaşatmaya çalışmıştı.

⁶⁴ Örf adet kuralı olarak da Türkçeleştirilebilen "customary international law".

Öte yandan, Osmanlı İmparatorluğu'nun sona ermesiyle, o zamana dek Osmanlı topraklarında Osmanlı tebaası olarak yaşayan Hıristiyan Ermeni, Süryani, Keldani azınlık, Lozan Antlaşması imzalanana dek kendilerine sahip çıkacak bir devletin korumasından yoksun bırakılmıştı⁶⁵.

Milletler Cemiyeti çerçevesinde, anılan Rus göçmenler ile çoğunluğu Osmanlı'nın Ortadoğu'da kalan, İngiliz ya da Fransız mandasına (*i.mandate*; *f.mandat*) verilecek olan topraklarında yaşayan Ermeni, Süryani ve Keldaniler bakımından aranacak çözümlerin başında, kendilerini kabul eden ülkelere yolculuk edebilmelerini sağlayacak yolculuk belgelerinin (pasaportların) yaratılması sorunu gelmiştir⁶⁶.

⁶⁵ Bkz. tarihsel olaylar ve sayısal veriler bakımından yanlışlar içeren bir yazı olan G.Burgess, "Into the Protecting Arms: The League of Nations and the Extension of International Assistance to Unprotected Persons in the Middle East and Europe, 1026-1928", *Eras Journal*, 2001 (Melbourne) <<http://arts.monash.edu.au/publications/eras/edition-1/burgess.php>>

⁶⁶ İki savaş arasındaki olaylar, bulunan çözümler kapsamlı gelişmelerdir. Konuyu kavrayabilmek için birden çok Milletler Cemiyeti belgesi taranmıştır. Dolayısıyla, bu yazının yazarının ısrarlı gayretlerinin bir ürünü olarak elektronik ortamda erişilebilen belgelerin bir kısmına elektronik ortamdan da ulaşılabilen kaynakları genel bir sıralama olarak burada alıntılama yoluna gidilmektedir. Macartney, Carlile A., *Refugees: The Work of the League* (London, 1930).

Nansen, Fridtjof, *Armenian Refugees*, League of Nations Document C. 237. 1924. Nansen, Fridtjof, *Russian Refugees: General Report on the Work Accomplished up to March 15, 1922*, League of Nations Document C. 124. M. 74. 1922.

"Nansen International Office for Refugees": Report by the Governing Body to the Twelfth Assembly of League of Nations [A.27. 1931.] See also Report by M. Michael Hansson, Former President of the Governing Body of the Nansen International Office for Refugees, on the Activities of the Office from July 1 to December 31, 1938. [A. 19. 1939. xii] (1939. xii. B.2);

Simpson, Sir John Hope, *The Refugee Problem: Report of a Survey*. London, 1939. Statutes of Nansen International Office for Refugees as Approved by the Council on January 19th, 1931, League of Nations, Official Journal, February 1931, pp. 309-311. (Macartney, Carlile A., *Refugees: The Work of the League*. London, 1930; Nansen, Fridtjof, *Armenian Refugees*, League of Nations Document C. 237. 1924; Nansen, Fridtjof, *Russian Refugees: General Report on the Work Accomplished up to March 15, 1922*, League of Nations Document C. 124. M. 74. 1922;

Nansen International Office for Refugees: Report by the Governing Body to the Twelfth Assembly of League of Nations [A.27. 1931.] See also Report by M. Michael Hansson, Former President of the Governing Body of the Nansen International Office for Refugees, on the Activities of the Office from July 1 to December 31, 1938. [A. 19. 1939. xii] (1939. xii. B.2);

Sir John Hope Simpson, "The Refugee Problem: Report of a Survey" (London, 1939).

Osmanlı tebaası olan Müslüman olmayan (gayrimüslim) nüfusu oluşturan Rum, Musevi, Ermeni, Nesturi, Asurî (Süryani) ve Bulgarlarla ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni bağımsız bir devlet olarak kuran 1923 tarihli Lozan Antlaşması'ndaki duruma ilişkin ayrıntılı çalışma başlı başına bir inceleme konusudur⁶⁷. Gerçekte, imparatorlukların yıkılmasına bağlı olarak vatansız kalan ve olayların yaşandığı dönemde sığınmacı olarak adlandırılan bu kimselere yardım elinin uzatılması, yaşamlarını sürdürebilecekleri yerlere yerleştirilmesi, yaşamlarını sürdürmeleri için gereken ev, aş ve işin bulunması, kuruluş belgesinde bu konuda örgüte verilmiş bir yetki bulunmamasına karşın, Milletler Cemiyeti'nden beklenen hizmet olmuştur. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin (*i.ICRC; f.CICR*) çağrısı üzerine, 1921 yılına gelindiğinde, Milletler Cemiyeti bir bilim ve devlet adamı olarak bilinen Kuzey kutbu kâşifi, Norveçli **Fridtjof Nansen**'i, Milletler Cemiyeti Sığınmacılar Yüksek Komiseri olarak atamıştır.

Sığınmacılar ve savaş esirleri konusundaki etkinlikleriyle tanınan Nansen'in, görevde olduğu dönem boyunca, çoğunluğu Rus olan sığınmacılar ile savaşta yurtsuz kalan birkaç yüzbin Ermeni'ye yardım sağlandığı bilinmektedir. I. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'daki rejim değişikliğine bağlı olarak Almanya'yı terk etmek zorunda kalan azınlıklar da, bu bağlamda Nansen'den gereken ilgiyi çekmiş ve insancıl yardım almıştır.

Nansen'in Milletler Cemiyeti Sığınmacılar Yüksek Komiseri olarak bilinen en önemli hizmeti, "**Nansen Pasaportu**" olarak anılan yolculuk belgesini yaratmış olmasıdır. Ulusal pasaportun sağladığı gibi, kişiyle vatandaşlığını taşıdığı devlet arasında bağ kurmayan, dolayısıyla herhangi bir devlete bu belgeyi taşıyan kişiyi ülkesine kabul etmek yükümü getirmeyen bu belge, sığınmacılar bakımından bir kimlik ve yolculuk belgesi olmuş ve bu belgenin onbeş devlet tarafından tanınması sayesinde sığınmacıların uluslararası yolculuklarını olanaklı kılmıştır. Bu sayede, ünlü besteciler Igor Stravinsky, Sergey Rachmaninov, ressam Marc Chagall ve balerin Anna Pavlova gibi sanatçılar yeni yaşamlarına başlayabilmiştir⁶⁸.

⁶⁷ Bu konuda düzenli ve ayrıntılı bilgiye ulaşmak için Prof. Dr. H. Pazarcı'nın yeni kitabı: Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları (Turhan Kitabevi, Ankara 2015), sh. 22 vd.

⁶⁸ İki savaş arasındaki bu dönem, sanatsal yaratıcılığın doruk noktalarından biri-

Nansen’in Yüksek Komiser olduğu iki savaş arasındaki dönemde, etkin olan kurumlar yalnızca yardım amaçlı olarak çalışmakla kalmamış, sığınma konusuyla ilişkili olarak birden çok antlaşmanın imzalanmasına da önayak olmuştur⁶⁹. Vatandaşlığını taşıdığı devletin (Çarlık Rusyası ile Osmanlı İmparatorluğu’nun dağılması, böylece birer koruyucu devletin kalmamasına bağlı olarak) korumasından yoksun kalan Ruslar ve Ermeniler’in yabancı ülkelere gitmeleri, gittikleri ülkede ise, kabul eden devlet korumasından yararlanmalarının güvence altına alınması bu dönemdeki sığınmacı antlaşmalarının amacı olmuştur. Dolayısıyla bu antlaşmalarla, genel ve soyut, bir başka deyişle herkes ve her zaman için geçerli olacak evrensel kuralların yaratılması düşünülmemişti. Fakat o zaman gündemdeki sorun olan Rus ve Ermeni sığınmacılar konusuna çözüm getirilmesi amaçlanmıştı. Bu nedenle sözkonusu antlaşmalar kısa sürede kadük olmuştur.

Bu dönemde Sığınmacılar Yüksek Komiserliği’nce kabul edilen söylem, özellikle sayıları fazla ve dağıldıkları ülke sayısı yüksek olan Rus sığınmacılara sağlanan koruma ve yardımın, devletler arasında hakça paylaşılması, günümüzdeki söylemiyle ifade etmek gerekirse “yük paylaşımı” yapılması yolundaydı. Anılan kavram, günümüzde B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği tarafından da kullanılan sığınmacı hukukunun sıklıkla kullanılması istenen yerleşik kavramlarından biridir⁷⁰.

Günümüz örgüt yapılanmasından, bir başka deyişle **B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği (UNHCR)** bütçesinden farklı olarak, Milletler Cemiyeti döneminde, Nansen’in ofisine yılda birkaç bin İngiliz Poundu’ndan fazla akçalı kaynak verilmesi Milletler Cemiyeti’nce

dir. Sergei Diagilev’in dünya turneleriyle müzik, bale, moda ve estetik dünyasına önemli bir soluk getireceği bale kumpanyası “Balet Russe”ün Monako’da kurulduğu, yaşadığı ve Dünyanın türlü ülkelerine turneler yaptığı dönemdir. Bu yaratıcı dönemde, S. Rachmaninov, I. Stravinsky, C. Debussy gibi bestecilerin müziklerine bale yaratılır, Coco Chanel’in modadaki yaratıcılığına tanık olunur; (aslen Polonya kökenli olan) Rus asıllı balerin Anna Pavlova ile (yine aslen Ukrayna asıllı olan ancak Rus olarak tanıdığımız) balet Fyodor Nijinsky Ballet Russe içinde ünlenir.

⁶⁹ Documents from the League of Nations Archives, Refugee Survey Quarterly, Vol. 22, No. 1, 2003, UNHCR.

⁷⁰ Günümüzde de geçerli olan yük paylaşımı (burden sharing) için bkz. S. Labman, “Looking back, moving forward: The history and future of refugee protection”, University of British Columbia Faculty of Law.

kabul edilmemişti⁷¹. Kaynak sorunu, Norveç hükümetinin Nansen'in Norveç'teki taşınmazları (gayrimenkuller) karşılığı olarak yaptığı 250,000 Kronluk bağış ile Fransa ve Norveç'te satışa sunulması kararlaştırılan Nansen pullarından elde edilen gelir sayesinde aşılma çalışılmıştır. Bu sayede sığınmacıların, kabul eden ülkelere (örneğin Osmanlı Ermenileri'ni kabul eden Suriye ve Lübnan'a) yaptıkları yolculuk giderleri karşılandığı gibi, türlü kabul eden ülke topraklarında barınma olanakları sağlanmış, sağlık giderleri görülmüş ve bir kısım sığınmacı için günlük cep harçlığı bile sağlanabilmiştir. Ayrıca, ülkelere geri dönen Rus sığınmacıların çalışması için Rusya'da iki çiftlik ve Lozan Antlaşması çerçevesinde Türkiye'den ayrılan Yunanlılar için de Batı Trakya'da bir çiftlik kurulabilmiştir⁷².

Milletler Cemiyeti, bu dönemde sığınmacılar bakımından yalnızca insancıl yardım sağlanmakla kalmamış, ayrıca örgüt bünyesinde bir dizi uluslararası antlaşmanın da hazırlanmasına önayak olmuştur. Bu çerçevede, 4 Ağustos 1921 tarihinde Rus Sığınmacılar Sorununa İlişkin Konferans'ta konuya ilişkin Kararlar kabul edilmiştir. Ayrıca imzalanan, **5 Temmuz 1922** ve **31 Mayıs 1924** tarihli **Rus ve Ermeni Sığınmacılara⁷³ Kimlik Belgesi Verilmesi Anlaşmaları** ile bu anlaşmalar üzerinde değişiklik yapan 12 Mayıs 1926 tarihli Anlaşma'nın hazırlanması ve yürürlüğe konulmalarını sağlamıştır⁷⁴.

Başlangıçta yalnızca Rus sığınmacılar için düşünülmüş olan bu yolculuk belgeleriyle ilgili düzenleme, 1924 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nun sona ermesine bağlı olarak yurtsuz kalan Ermeni

⁷¹ C.A. Macartney, "Refugees: The Work Of the League", <http://www.promacedonia.org/en/cm/cm_2.html>

⁷² Ibid.

⁷³ 1926 Anlaşması'nda verilen Ermeni ve Rus sığınmacı tanımları, vatandaşlığını taşıdığı devletle ilişkisi kesildiği için devletin korumasından yararlanamayan kimselere ilişkindir ve şöyleder:

"Armenian: Any person of Armenian origin formerly a subject of the Ottoman Empire who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality."

"Russian: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality."

⁷⁴ Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees, 5 Temmuz 1922, 13 L.N. T.S. 237; Plan for the Issue of a Certificate of Identity to Armenian Refugees, 31 Mayıs 1924, Lo N Doc. C.L. 72(a); Arrangement Amending the Previous Arrangements dated July 5, 1922 and May 31, 1924, signed on May 12, 1926, 89 L.N.T.S. 47.

sığınmacılara⁷⁵; 1928 yılında ise, bu kez Osmanlı İmparatorluğu'nun Ortadoğu'da **manda** rejimi altına geçirilen topraklarında (ya İngiliz, mandası altına verilen Irak Krallığı, Filistin, Osmanlı yönetimindeki Musul, Basra, Bağdat ve Fransız mandasına konulan günümüz Suriye topraklarında yaşayıp da yurtsuz kalan Süryani, Keldani⁷⁶ ve öteki Hıristiyan azınlıkları ile Türk sığınmacıları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir⁷⁷. Bu çerçevede, 30 Haziran 1928 tarihli Rus ve Ermeni Sığınmacılar Hakkında Saptanan Kimi Kuralların Öteki Sığınmacılara Uygulanması Anlaşması ve **28 Ekim 1933** tarihli "**Sığınmacıların Uluslararası Statüleri Antlaşması**" imzaya açılmıştır⁷⁸.

⁷⁵ Ermeniler'e gösterilen ilgi ve önceliğin bir başka nedeni de kuşkusuz Sevres Antlaşması'yla Ermeniler'e ayrı bir yurdun verilmesi anlayışının yazılı hale getirilmiş olmasıdır. Hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olsa bile, bu Antlaşma'yı kaleme alan galip devletlerin, I.Dünya Savaşı ertesinde dünya politikasını biçimlendiren politikacıların aynı olduğu unutulmamalıdır.

⁷⁶ Bu anlaşmada verilen Süryani ve Keldani sığınmacı tanımı şöyledir: "Assyrian, Assyro-Chaldean and assimilated refugee. Any person of Assyrian or Assyro-Chaldean origin, and also by assimilation any person of Syrian or Kurdish origin, who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the State to which he previously belonged, and who has not acquired or does not possess any other nationality."

Yine aynı düzenlemede Türk sığınmacı için verilen tanım şöyledir: "Turkish refugee: Any person of Turkish origin, previously a subject of the Ottoman Empire, who, under the terms of the Protocol of Lausanne, of July 24, 1923, does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality."

⁷⁷ Arrangement Concerning the Extension of Other Categories of Refugees of Certain Measures taken in Favour of Russian and Armenian Refugee Status, 30 Haziran 1928, 9 L.N.T.S. 63.

Rusya'daki açlık ve kıtlıktan kaçan bazı Ruslar'ın Avustralya'ya yerleştikleri, I. Dünya Savaşında askere yazıldıkları, böylece Avustralya yurttaşı olan en az 150 Rus'un Gelibolu harekâtında, en az 400 Rus'un ise Avrupa'daki savaşta Batı Cephesinde çatışan ANZAK birlikleri içinde yer aldığını açık kaynaklardan öğreniyoruz (http://en.wikipedia.org/wiki/Russian_Australians).

⁷⁸ Milletler Cemiyeti 1921 yılında Nansen'i ilkin Rus ardından Ermeni sığınmacılar sorununa çözüm bulmak üzere atamıştır. Nansen soruna çözüm bulmak ve Osmanlı topraklarındaki ve Ermenistan'daki Ermeni nüfusunun yerleşebileceği Erivan'da bir toprak parçası bulabilmek amacıyla Sovyetler Birliği'ni ziyaret etmiş ve Sovyet Hükümeti'yle yakın çalışmıştır. Çalışmalarını Milletler Cemiyeti'ne rapor ederken "birkaç yıl öncesine kadar burada açlık ve yokluğun hüküm sürdüğünü, ancak şimdi barış ve düzenin egemen olduğunu, dolayısıyla Ermenilerin rahatça yerleşebilecekleri toprakların Sovyet Ermenistanı olduğu"nu söylediğine Milletler Cemiyeti ve Ermeni kaynaklarından erişilebilmektedir. (He reported the results of his trip to the League of Nations and stated that although the League failed to implement its plan in general, he still managed to resettle 10,000 people in Armenia and about 40,000 in Syria and Lebanon.)

Nansen'in, Norveç'e dönüşünde Ermenilere olan sempatisini dile getirdiği, bu-

İki savaş arasındaki dönemde bile, sığınmacı sorununa getirilecek çözümün sığınmacıların geri dönüşü olduğu kabul ediliyordu. Ancak, özellikle Rusya kökenli sığınmacıların geri dönüşleri konusunda, başta Fransa olmak üzere, Avrupa ülkelerindeki aydınlar arasında egemen olan görüş, bu geri dönüşlerin ancak “gönüllü olarak” yapılması durumunda kabul edilebilir olduğuydu. İkinci olarak da Sovyet Hükûmetinin geri dönen Ruslara iyi davranılacağına ilişkin bir güvence vermesi isteniyordu. Öte yandan, yurt dışına kaçmış olan Ruslar arasında Sovyet yönetimine güvensizlik sürmekteydi. Nansen’in bu sorunları aşmak için hizmetinden yararlandığı (Rus Kızılhaç Derneği gibi) araçlar sayesinde, özellikle bir kısım sığınmacılar bakımından, Rusya’ya geri dönüşler neredeyse kendiliğinden gerçekleşti. İstanbul’daki **Wrangel ordusu** subaylarının geri dönüşü böyle gerçekleşmiştir⁷⁹.

Komiserlik sığınmacılar bakımından kalıcı bir çözüm bulunana kadar, sığınmacılara yalnızca yolculuk belgesi sağlamakla kalmıyor, ayrıca vize sorununu aşıyor, iş, ucuz ve güvenli yolculuk olanakları da ayarlıyor, ayrıca sığınmacıların gidecekleri ülkeye varışlarında karşılanmalarını da sağlıyordu. Örneğin 1924 yılında İstanbul’dan tahliye edilen 4,025 Rus’tan, 2760’ı Fransa’ya giderken, 665’i A.B.D.’ye, 156’i Kanada’ya, 36’sı Filistin’e ve 17’si Belçika’ya gitmeyi seçmiş, 57’si ise Rusya’ya geri dönmüştür. 1922 yılında Ağrı bölgesinden ayrılan 150 Süryani, Novorossisk, İstanbul, İzmir ve Marsilya’ya yerleştirilmiştir⁸⁰. Ya da bu dönemde gelen bir kısım Beyaz Rus soyluların Türkleşerek ülkemizde kaldıkları bilinir.

güne dek Norveççe, İngilizce, Fransızca, Almanca, Rusça ve Ermenice olarak yayımlanan “Armenia and the Near East” adlı kitabını yazdığı bilinmektedir. (<F. Nansen, <http://armenianhouse.org/nansen/nansen-en.html>>)

Yine aynı dönemdeki Ermeni nüfusu bakımından ise bkz. Prof Dr Süleyman Beyoğlu, “Osmanlı Devletinde Ermeni Nüfusu”, Taner Timur, 1915 ve sonrası Türkler Ve Ermeniler, s.11-12 (İmge Kitabevi, 2000).

http://webcache.googleusercontent.com/search?q_cache:OcrCPaJUGOYJ:www.erne;_ayrica_bkz_http://www.turkishforum.com.tr/en/content/2009/03/24/armenian-refugees-movements-and-genocide-claims/

⁷⁹ Macartney, id. Wrangel Ordusu’yla İstanbul’a özellikle Kuzey Kafkasya’dan gelen Rusların bir kısmı gönüllü olarak geri dönse bile önemli bir kısmının evlenerek ya da iş kurarak kentte yerleşik duruma geldikleri bilinmektedir.

⁸⁰ Id.

1924-25 döneminde önemli sayıda sığınmacı için denizaşırı ülkelerde yerleşme olanakları yaratılmıştır. Dünyadaki ekonomik bunalıma karşın sığınmacıların yerleştirilebileceği ülke bulmak için çalışmalarını yılmaksızın sürdüren Nansen'in Arjantin, Brezilya, Paraguay ve Uruguay ile yaptığı görüşmeler sonuçsuz kalmıştır. Ancak, 1924 yılında Milletler Cemiyeti ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)⁸¹ arasında varılan bir mutabakat sonucu yapılan düzenlemeyle, işçi gereksinimi olan işverenler ve ülkeler ile ILO arasında bağın kurulması sağlanmıştır. Bu çerçevede işe yerleştirmek üzere göç düzenlemeleri yapılmıştır. Böylece, 1925 - 1929 yılları arasında yaklaşık 50,000 sığınmacı için iş ve yerleşim sağlanmıştır. Avrupada yalnızca Fransa'nın yabancı işçi kabul ettiği bilinmektedir⁸².

Nansen'in işbaşında olduğu bu dönemde, toplam 40,000 Ermeni sığınmacının Suriye ve Lübnan'da kurulan kasabalara, 10,000 Ermeni sığınmacının ise Erivan'a yerleştirildiği Milletler Cemiyeti kaynaklarından öğrenilmektedir. Bu dönemde, kalabalık bir Rus ve Ermeni sığınmacı grubu ile Saar bölgesinden gelen Alman sığınmacının ise Fransa tarafından kabul edildiği, yaklaşık bir milyon sığınmacıya ise Nansen ofisi tarafından maddi, akçalı ve tüzel (**legal**) yardım sağlandığı bilinmektedir⁸³.

Yine aynı dönemde, Kafkaslar bölgesinden gelen toplam 15,000 Süryani-Keldani (**Assyro-Chaldeans**) ile Lozan Antlaşması'na konu Yunanistan veya Orta Doğu'da bulunan 150 Türk sığınmacının, Avusturya'dan gelen 6,000 Rutenyalı (**Ruthenian**) yeniden yerleştirilmiştir. Ayrıca, Fransa'da bulunan Karadağlıların (**Montenegro**) ülkelere geri dönüşleri sağlanmış, 16,000 Romanyalı Yahudi ile Avusturya, Fransa ve Romanya'da bulunan 10,000 Macar vatandaşının kendilerini kabul edecek ülkelere yolculuk etmeleri sağlanmıştır⁸⁴.

⁸¹ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, o dönemdeki adı Bureau International de Travail (BIT).

⁸² Burgess, a.g.m., s.4.

⁸³ Nansen International Office for Refugees, League of Nations in the Fall of 1930 report. Milletler Cemiyeti'nin raporlarında yer alan sayısal verilerden çok farklı verilere ise Ermeni kaynaklarında rastlanmaktadır. Örneğin S Minasyan, "Demographic changes of Armenian population of Georgia and their political consequences at 1918- since our days", <<http://www.armenianhistory.com/Nyuter/demography/Demographic%20changes%20>>

⁸⁴ Burgess, a.g.m.

Nansen'in 1930 yılındaki ölümünden sonra, Milletler Cemiyeti bünyesinde "Sığınmacılar İçin Nansen Uluslararası Ofisi" adlı organın kurulması yeğlenmiştir. Ancak nüfus hareketleri sürekli dir.

Avrupa anakarasında yaşanan, "siper, süngü ve zehirli gaz savaşı" olarak anılan I. Dünya Savaşı'nın yaraları daha silinmeden, A.Hitler'in Almanya'daki seçimleri kazanması ve iktidara gelmesiyle birlikte, 1933 yılından başlamak üzere Almanya'dan dışarı yaşanan toplu göç sorununu çözmek üzere, Milletler Cemiyeti'nden bağımsız bir Yüksek Komiserlik ofisinin Londra'da kurulduğu görülür. Dönemin ağır sorunlarını aşmakta zorlanan Nansen Ofisi de, **Londra**'daki Yüksek Komiserlik de 1938'de kapanır. Her iki birimin de işlevini görmek üzere, Milletler Cemiyeti tarafından merkezi Londra'da olmak üzere "Hükûmetlerarası Sığınmacılar Komitesi" kurulmuştur.

Bu dönemde imzaya açılan uluslararası sığınmacı antlaşmaları arasında, Sığınmacıların Uluslararası Statüsüne ilişkin Sözleşme 28 Ekim 1933⁸⁵, 4 Temmuz 1936 tarihli "Almanya'dan Gelen Sığınmacıların Statüsüyle İlgili Geçici Anlaşma"⁸⁶ ve 4 Eylül 1939 tarihli "Almanya'dan Gelen Sığınmacıların Statüsüyle İlgili Düzenlemeye Ek Protokol" görülmektedir⁸⁷. Milletler Cemiyeti çerçevesinde oluşturulan bu antlaşmalar I. Dünya Savaşı ertesindekiler gibi, bu kez de Almanya'dan kaynaklanan sığınmacılar sorununa çözüm bulunması, bir başka deyişle ülke ve sorun temelinden hareketle düşünülmüş çözümlerdir.

Bu dönemde yukarıda anılan evrensel antlaşmalardan başka, sığınma konusuna özgü bölgesel antlaşmalar da imzalanmıştır:

- (i) Bunlardan ilki, 20 Şubat 1928 tarihli "Havana Sığınma Sözleşmesi";
- (ii) İkincisi ise, 26 Aralık 1933 tarihli Montevideo Siyasal Sığınma Sözleşmesi'dir.

⁸⁵ Convention relating to the International Status of Refugees signed at Geneva, October 28th, 1933, 159 LNTS 199.

⁸⁶ Provisional Agreement concerning the Status of Refugees coming from Germany, 04 Temmuz 1936, 3952 L.N.T.S. 61.

⁸⁷ Additional Protocol to the provisional arrangement and to the Convention signed at Geneva on July 4th, 1936 and February 10th, 1938, respectively, concerning the status of refugees coming from Germany opened for signature at Geneva, September 14th, 1939.

1938-45 yılları arasında dünyası sarsan İkinci Dünya Savaşı sırasında Londra'daki Komite ve Yüksek Komiserlik görevlerini sürdürür. Müttefikler'in kurtardıkları ülkelerin halklarına yardım ve yabancı ülkelere bulunan kişilerin ülkelere geri dönmelerini sağlamak amacıyla 19 Kasım 1943'te "Yardım ve Yeniden İnşa İçin Birleşmiş Milletler Yönetimi" (**U.N.R.R.A**) adlı bir organ kurdukları görülür. Bu örgüt görevlerini 1946'da kurulacak olan Uluslararası Sığınmacılar Örgütü'ne devredecektir.

B.M.'nin kurulmasından sonra, 15 Aralık 1946 tarihli Genel Kurul Kararıyla geçici olarak kurulan ve bazı bakımlardan devletler üstü nitelik taşıyan bir uzmanlık kuruluşu olan Sığınmacılar Uluslararası Örgütü (**I.R.O.**) oluşturulmuştur. 14 Aralık 1952 tarihine dek etkinliğini devam ettiren bu örgütün yerini B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği (**UNHCR**) almıştır.

Benzer biçimde yine özel bir sorun, bir başka deyişle bölgesel kökenli bir durumu olan Filistinli sığınmacılar için ise 11 Aralık 1948 tarihinde Filistinli Sığınmacılara yardım (**U.N. Conciliation Commission**) adını taşıyan geçici bir organın kurulduğu görülür. Bu birimin yerini almak üzere 19 Kasım 1948'de kabul edilen Genel Kurul Kararıyla B.M. Filistinli Sığınmacılara B.M. Yardımı (**United Nations Relief For Palestinian Refugees - UNRPR**) alacaktır. B.M. Genel Kurulu'nun 8 Aralık 1949 tarihli kararıyla Ortadoğu'daki Filistinli Sığınmacılara Yardım ve Çalışmalar Birleşmiş Milletler Ofisi (**U.N.R.W.A.**) kurulmuş ve önceki organın yerini almıştır. Bu ofis, Filistinli sığınmacılar sorunu sürdürdüğünden, etkinliğini günümüzde de sürdürmektedir⁸⁸.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3 Aralık 1949 tarihinde kabul ettiği kararla kurulan ve 1 Ocak 1951'de etkin olarak çalışmaya başlayan Birleşmiş Milletler Sığınmacılar Yüksek Komiserliği (**UNHCR**), günümüzde sığınmayla bağlantılı sorunların çözümünde yetkili uzmanlık kuruluşu olarak etkinliklerini sürdürmektedir.

(iii) II. (İkinci) Dünya Savaşı'ndan sonra yaratılan sığınmacı hukuku:

Daha savaş sürürken, savaşın ardından evrensel olacak bir örgü-

⁸⁸ Gilbert Jaeger, "On the history of the International protection of refugees", International Review of the Red Cross, September 2001, Vol. 83, No.843, p. 727-737.

tün kurulması önerisi A.B.D. Başkanı T. Roosevelt tarafından dile getirilmiştir. Bu öneri üzerine kurulan Birleşmiş Milletler örgütü bünyesinde yine nüfus hareketlerine ilişkin ilk çalışmalar yapılmıştır. Böylece, BM bünyesinde hazırlanan, evrensel nitelik taşıyan antlaşma olan “Sığınmacıların Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme” 28 Temmuz 1951’de Cenevre’de imzaya açılmıştır. Kendinden önce yapılmış olan (yukarıda anlatılan) 1921, 24, 26 düzenlemelerinin yerini alan anılan sözkonusu Sözleşme, 22 Nisan 1954’ten bu yana yürürlüktedir. Günümüzde “1951 Sözleşmesi” olarak da anılan sözkonusu antlaşmaya yaklaşık 170 devlet taraf bulunmaktadır⁸⁹. Sözleşme’ye ek olarak yapılan Protokol ise 1966 tarihlidir ve taraf devletler bakımından ek yükümler getirmektedir.

Anılan evrensel düzenlemeler dışında, sığınma sorunlarının yaşandığı bazı bölgelerde, bölgesel antlaşmalar da imzalanmıştır. Bu tür bölgesel antlaşmalar arasında şunlar sayılabilir:

- (i) 1954 tarihli Karakas Diplomatik Sığınma Sözleşmesi;
- (ii) 1954 tarihli Karakas Ülkesel Sığınma Sözleşmesi;
- (iii) 1969 tarihli Sığınmacılara İlişkin Afrika Birliği Sözleşmesi;
- (iv) Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp imzaya açılan 1959 tarihli Sığınmacılar İçin Vizenin Kaldırılması Avrupa Sözleşmesi;
- (v) 1980 Sığınmacıların Sorumluluğunun Transferine İlişkin Avrupa Antlaşması;
- (vi) Latin Amerika devletlerinin kabul ettiği 1984 Kartagena Bildirgesi;
- (vii) 1977 Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisi;
- (viii) 1966 Sığınmacı Statüsü ve Muamelesi Konusunda Bangkok İlkeleri ve
- (ix) B.M. bünyesinde kabul edilen 1967 tarihli B.M. Ülkesel Sığınma Bildirisi ⁹⁰.

⁸⁹ UN Convention on the Status of Refugees and additional Protocol) “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” adını taşıyan sözkonusu metne TBMM İnsan Hakları elektronik sayfasından erişilebilmektedir.

⁹⁰ Prof Dr H Pazarcı, 2 Uluslararası Hukuk Dersleri, Gözden geçirilmiş 8.bası, 189-197 (Ankara, 2004).

Uluslararası sığınmacı hukukunun gelişmesine yön veren olaylar arasında yukarıda sayılan I.Dünya Savaşı boyunca ve sonrasındaki nüfus hareketleri incelendiğinde, 1951 Sözleşmesi çerçevesinde “sığınmacı” olabilmek için aranan koşullar ile I.Dünya Savaşı dönemindeki, tek tek, somut durumlara özgü anlaşmalarla düzenlenerek, sığınmacı olarak kabul edilen Rus, Ermeni, Asurî, Keldani ve Alman sığınmacıların gerçekte birbirine benzer koşullarda ülkelerinden ayrılmış oldukları görülür. Ne var ki, özellikle I. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasındaki olayların, onlara ilişkin çözümleme yapan yazarların bakışına göre farklı biçimde yorumlandığı ve sunulduğu görülmektedir. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu’nun dağılan toprakları üzerinde yeni kurulan iki devletten Yunanistan ve Türkiye arasında, modern Türkiye’yi kuran 1923 Lozan Antlaşması’na ek⁹¹ olarak yeni kurulan iki komşu devletten Yunanistan ve Türkiye arasında varılan “Ahali Mübadelesi-ne ilişkin Anlaşma”yla ahali mübadelesi yapılmıştır. Böylece, Osmanlı İmparatorluğu’nun günümüz Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesinde topraklarda yaşayan birbuçuk (1,5) milyon Yunanlı ile günümüz Yunanistan topraklarındaki beşyüzbin (500,000) Müslüman Türk’ün değiş tokuş edilmesini öngörmektedir. ‘Ahali mübadelesi’, imparatorlukların sona erdiği dönemde, evrensel düzlemde görev yapan Milletler Cemiyeti’nin bir çözüm olarak gördüğü ve ilgili devletlere önerdiği bir yöntemdir. Bu önerinin yansımaları olarak, 1912 yılında Osmanlı İmparatorluğu ile Bulgar ve Sırp Krallıkları arasında ahali mübadelesi anlaşmalarının imzalandığı, ne var 1913’de başlayan Balkan Savaşları dolayısıyla hiçbir zaman yürürlüğe konamadıkları bilinmektedir.

Yeni Dünya’ya gelince:

I. Dünya Savaşına ilişkin tarih kaynaklarından, Ermeni sığınmacılarla ilgili kaynakça araştırıldığında, I. Dünya Savaşının başladığı günlerde A.B.D.’nin Osmanlı Devleti nezdindeki zamanın büyükelçisi Henry Morgenthau tarafından sağlanan veriler esas alındığında, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) tarafından yayımlanan Ermeni nüfusun, 600,000-800,000 olarak verildiği⁹² bilinmektedir. Bu sayılar

⁹¹ Ahali mübadelesinin temelde I. Dünya Savaşının neden olduğu insancıl çöküntüye bir çözüm arayan Nansen’in önerisi olduğu bilinmektedir. Bkz. Bruce Clark, *Twice A Stranger* (2006, UK) (XI+268 pp.)

⁹² “Numbers given by the Red Cross is between 600.000 and 800.000, numbers given by H. Morgenthau Jr. ”.

şişirilerek bazı çevrelerce zaman içinde birbuçuk milyon Ermeni'nin Osmanlı yönetimince öldürüldüğü iddiasında kötüye kullanılabildiği görülmektedir.

Savaş suçlarının yargılanması ise yine bir tarihi geçmişenin ürünüdür. Tarih incelenerek, Birleşik Krallık (UK, İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda) kaynakları temel alınarak yapılan yeni bir araştırmada ise, dönemin önde gelen İngiliz politikacılarının, savaşta işlenen (saldırganlık-saldırı, işgal, siviller ya da savaş esirlerinin öldürülmesi gibi) suçlar bakımından Almanya ile Avusturya ile ("200,000 Ermeni'nin ölümüne yol açan sistematik terör uygulaması" nedeniyle) Osmanlı Devleti'nin uluslararası sorumluluğunun kabul edileceği hükümlerin (I.Dünya Savaşı'nı sona erdiren) **Paris Barış Antlaşması**'na işlenmesinde ısrarlı olduğuna değinilmektedir⁹³.

I.Dünya Savaşı'nda, Çarlık Rusyası'nın da desteklediği bir Ermeni gerilla savaşının Kafkaslar'da yürütüldüğü, bundan en fazla da sivil halkın zarar gördüğü verisine tarih kaynaklarından erişilebilmekte⁹⁴ ancak bu tarihsel verinin Batılı hemen hiçbir yazarın dikkatini çekmediği, tarih içinde çözümlemelerinin yapılmadığı görülmektedir.

1951 SÖZLEŞMESİ çerçevesinde Sığınmacıların hukuksal durumu:

Günümüzde geçerli olan 1951 Sığınmacıların Statüsüne ilişkin Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, sığınmacı statüsünden yararlanabilecek iki grup kişi belirlenmiştir. Bunlardan ilki, yukarıda sözünü ettiğimiz 1926, 1928, 1933, 1938 ve 1939 Antlaşmaları'na göre sığınmacı olarak kabul edilen kişilerdir. İkincisi ise, 1 Ocak 1951'den önceki (bir başka deyişle II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan) olaylar nedeniyle yurdunu terk edenlere sığınmacı statüsü tanınmasıdır.

Sözleşme'yle taraf olan devletlere 1 Ocak 1951'den önceki olaylardan dolayı ülkelerinden ayrılan kimselere sığınmacı statüsü tanınmasıyla ilgili olarak da iki seçenek tanınmıştır. Dileyen devlet, Sözleşme'ye taraf olurken, yukarıda anılan tarihten (1951) önce yalnızca Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalan

⁹³ G.J.Bass, Stay The Hand of Vengeance 117 (2000, Princeton University Press, ABD).

⁹⁴ <http://absoluteastronomy.com/World_War_I>

kimselere sığınmacı statüsü tanımayı yükümlenebilir. Bir başka anlamla, bu devlet yalnızca Avrupa anakarasında meydana gelen savaştan etkilenenlere sığınmacı statüsü tanıyacaktır. Sözleşme çerçevesinde devletlere tanınan bir başka seçenek ise, güneydoğu Asya, Amerika ve Afrika dâhil olmak üzere tüm dünyayı etkileyen savaş nedeniyle ülkelerini terk edenlere sığınmacı statüsü tanınmasıdır. Sözleşme'deki yazım izlenirse, "1 Ocak 1951'den önce dünyanın geri kalan bölgelerinde meydana gelen olaylara bağlı olarak ülkelerini terkedenler"e sığınmacı statüsü tanınması olanaklıdır.

Uygulamada, B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği, yukarıda açıklanan ikinci seçeneğin uygulanmasını, (yani dünyanın hangi ülkesinden gelirlerse gelsinler) yurtlarını terkedenlere sığınmacı statüsü tanınmasını bir genel kural olarak uygulamaktan yanadır. Bu nedenle, 1951 Sözleşmesi'nin özgün yazımında yer alan bu iki seçenekten yalnızca birini yeğleyen devletlerin uygulaması, hukuken yanlış olduğunu bilse bile 'çekincesi olan devletler' olarak adlandırmaktadır.

Sözleşme uyarınca sığınmacı statüsü tanınacak kimseler, yalnızca tarihi olaylara bağlı olarak belirlenmemiştir. Ayrıca, bir takım soyut, genel koşulların varlığı aranmıştır. 1951'den önce meydana gelen olaylara bağlı olarak ülkelerinden ayrılmak dışında, ırkı, dini, uyrukluğu (tabiiyeti), belirli bir sosyal grubun üyesi olması (muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti) veya siyasal düşünceleri (siyasi kanaatleri) yüzünden eziyet göreceğinden (takibata uğrayacağından) haklı olarak korkmak⁹⁵ temel bir koşuldur. Anılan korku dolayısıyla vatandaşı olduğu ülke dışında bulunmak aranan ikinci bir koşuldur. Bu korkuya bağlı olarak, yurdu dışında bulunan kişiler, vatandaşlığını taşıdığı devletin korumasından yararlanamıyor ya da anılan korku (eziyet göreceği korkusu) nedeniyle devletin korumasından yararlanmak istemiyor olmalıdır. Yahut da, vatandaşlığı (tabiiyeti) yoksa sözkonusu gerekçeyle daha önce normal olarak oturduğu (mutaden ikamet ettiği) ülke dışın-

⁹⁵ Sözleşme'de geçen kavramların karşılığında Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olduğu sırada yapılan resmi çeviride kullanılan karşılıklar parantez içinde bırakılmıştır. Resmi çevirideki "well founded fear of prosecution" terimi için kullanılan "takibata uğrayacağı konusunda haklı bir korkusu olmak" açıklamasındaki "takibat" teriminin burada çok da doğru olmadığı, çünkü Sözleşme'deki amaçlanan anlamı karşılamadığı düşünülmektedir. Bu nedenle önerdiğim karşılık, "eziyet çekmeye zorlamak, eziyet görmekten korkmak" terimleri kullanılmıştır.

da bulunuyor ve oraya geri dönemiyor ya da sözü edilen korku (eziyet çekmek korkusu) nedeniyle geri dönmek istemiyor⁹⁶ olmalıdır. 1951 Sözleşmesi altında, buraya kadar sayılan özellikleri taşıyan kimseler “sığınmacı” olarak kabul edilmektedir⁹⁷.

Görüldüğü üzere, 1951 Sözleşmesi’nde kabul edilen yukarıda belirtilen sığınmacı tanımının, belirli bir olay ya da belirli bir azınlık grubuna yönelik değildir. Bu özelliğiyle, 1951 Sözleşmesi kendinden önceki sığınmacı antlaşmalarından farklıdır.

1966 Protokolü:

1951 Sözleşmesi üzerinde yapılan değişiklikleri içeren 1966 tarihli ek Protokol, Sözleşme’de anılan salt II. Dünya Savaşıyla sınırlı olma durumunu, kaldırmış ve böylece sığınmacı statüsü tanınmasını yalnızca II. Dünya Savaşıyla yani 1951 yılıyla sınırlı kalmaktan çıkarmıştır. Dolayısıyla, Protokol’e taraf olan devletler artık 1951’den sonra meydana gelen olaylar nedeniyle ülkelerini terk eden kimselere sığınmacı statüsü tanımayı bir yüküm olarak kabul etmiş olmaktadır. Bu düzenleme, günümüzdeki sorunları anlamaya yardımcı olur⁹⁸.

Sığınmacılar hakkında öngörülen koruma rejimi:

1951 Sözleşmesi’yle sığınmacılar bakımından getirilen koruma bakımından en önemli adım, sığınmacıyı geldiği ülkeye geri gönderme/vermeme (**non refoulement**) kuralıdır (1951 Sözleşmesi m. 33(1)).

1951 Sözleşmesi ve eki Protokol hükümlerine göre sığınmacı statüsü kazanan kişilerin korunmasında gözetilmesi gereken temel ilke, bu kişiler arasında ırk, din ya da gelinen ülke bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemesidir (m. 3).

⁹⁶ Salt “eziyet göreceğine ilişkin haklı bir korku” koşulu, 1951 Sözleşmesi’ni, Milletler Cemiyeti döneminde yapılan sığınmacı düzenlemelerinden farklı kılmaktadır.

⁹⁷ 2004 yılında kabul edilen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun “geri verme” başlığını taşıyan 18. maddesinin 3.bendinde yer alan “kişinin, talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez” hükmüyle Sığınmacıların Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi’nden kaynaklanan yükümlülüğümüzün ulusal düzlemde uygulanması güvence altına alınmıştır.

⁹⁸ Eski Yugoslavya, Suriye, Orta Afrika Cumhuriyeti, Nijerya, Sudan, Afganistan en yakın tarihli sığınmacı yaratan siyasal sorunlardır.

Sığınmacıların yararlanacakları haklar bakımından genel bir koruma çerçevesinde:

(A) Sığınmacıların şu haklar bakımından kendilerine yurttaşlarla eşit davranılması hakkının bulunmasıdır:

- (i) Dini ibadet ve çocukların dinsel eğitimi;
- (ii) Fikri ve sınaî mülkiyet hakkı (m. 14);
- (iii) Yargı organları önünde dava tarafı olma (m. 16);
- (iv) İlköğretimden yararlanma (m. 22(1));
- (v) Sosyal yardımlardan yararlanma (m. 23);
- (vi) Çalışma koşulları ve sosyal güvenlik (m. 24);

(B) İkinci olarak ücretli olarak bir işte çalışma, sendika ve dernek hakları bakımından sığınmacılar yabancılar arasında “en fazla gözetilen ulus” ilkesinden yararlanma hakkına sahiptir (m. 15 ve 17).

(C) Üçüncü olarak, sığınmacılar şu konularda en az öteki yabancılarla tanınan haklardan yararlanma hakkına sahiptir:

- (i) meslek sahibi olmak (m. 18-19);
- (ii) mesken;
- (iii) orta ve yüksek öğrenimden yararlanma (m. 22(2));
- (iv) seyahat özgürlüğü (m. 26);
- (v) mali yükümlülükler (m.29);
- (vi) taşınır ve taşınmaz mülkiyeti sahibi olma (m. 13).

Sığınmacıların kişisel statüsü, ilke olarak, ikamet edilen ülkenin yasalarına bağlıdır (m. 12(1)). Ancak, sığınmacının ikametgâhı yoksa bu durumda bulunduğu ülkenin yasaları bu konuda geçerli olacaktır. Özellikle evlilik konusunda Sözleşme’ye taraf olan devletlerin evliliğe bağlı haklara saygı gösterme yükümü bulunmaktadır (m. 12(2)).

Sığınmacı statüsünden yararlanabilecek kişilerin, Sözleşme’ye taraf bir devletin ülkesine usûlsüz giriş yapması durumunda, bu usulsüzlük dolayısıyla herhangi bir ceza verilmesi yasaktır (m. 31(1)). Ancak, kişilerin bir an önce yetkili makamlara başvurarak geçerli ne-

denlerini anlatmaları gerekmektedir. Sığınılan devletin ilke olarak herhangi bir sığınmacıyı sınırışı etmeme (**non refoulement**) yükümü bulunmaktadır. Ancak, ulusal güvenlik ve kamu düzeni nedeniyle devletin ülkesinde bulunan sığınmacıları sınırışı etme yetkisi saklıdır (m. 32(1)). Sınırdışı edilen kişiye olağan olarak başka bir ülkeye kabul için makul bir süre tanınması gerekmektedir (m. 32(3)). Her halde, sınırdışı edilecek olan sığınmacı kaçtığı ülkeye sınırdışı ya da iade edilemez (m. 33(1)). Son olarak, bulunduğu ülkenin güvenliği bakımından tehlikeli kişiler, kaçtığı ülkede ağır bir suç işlemiş olduğu kesinleşen kişilerin bu haktan (sınırdışı edilmeme) yararlanma isteğinde bulunamayacakları öngörülmektedir (m. 33(2)).

Sığınmacıların konuk eden ülkede, geçerli olan yasa ve hukuk kurallarına ve kamu düzeninin korunması amacıyla alınan önlemlere uymak zorunluluğu bulunur (m.2).

Günümüzde uygulanan sığınmacıların korunmasına ilişkin uluslararası rejim, Nansen döneminde uygulanan korumadan farklıdır. Bugün B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği bütçesi, üye devletlerin katkılarıyla oluşmaktadır. Dolayısıyla çok büyük olmayan bir bütçe, tüm dünyadaki sorunlar için kullanılmaktadır. Bu kaynak, Yüksek Komiserlik'in görev alanına giren ve sayıları milyonları aşan sığınmacı ve yurt içinde yeri değiştirilmiş⁹⁹ (IDP) nüfusun korunması bakımından kullanılmakla birlikte, Nansen dönemindeki gibi hem iş, kabul edecek ülke, yolculuk belgesi hem de güvenli yolculuk yapmalarının sağlanmasında kullanılmanın masrafını karşılamaya yetecek bir bütçe değildir. Dolayısıyla günümüzde sığınmacılara ev, iş ve yolculuk güvenliği sağlamak görevi 1951 Sözleşmesi'ne taraf olan devletlere düşmektedir. Yüksek Komiserlik ise daha çok Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını denetleme görevini yerine getirmektedir.

Türkiye'nin durumu:

Türkiye 1951 Sözleşmesi'ni imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarih ve 359 sayılı yasa ile onaylayarak 30 Mart 1962 tarihinde yürürlüğe koymuştur. Ancak, Türkiye Sözleşme'ye taraf olurken koyduğu çekince-

⁹⁹ Internally displaced people karşılığında dilimizde kullanılan terimdir. 1990'lardan bu yana sığınmacılardan daha kalabalık olan bu grup, BMMYK (UNHCR)'nın mesaisinin önemli bir bölümünü oluşturmak zorunda kalmıştır.

lerle, ilkin 1926 ve 1928 Antlaşmaları'yla bağlı olmadığını, dolayısıyla bu Sözleşme'nin ilgili hükmü dışında olduğunu beyan etmiştir. İkinci olarak, teknik anlamda bir çekince değil, yalnızca bir açıklama yapılarak, Türkiye'nin 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanlara sığınmacı statüsü tanıyacağını kayda geçirmiştir.

Sözleşme'nin kimi maddeleri üzerinde değişiklik yapan 1966 tarihli ek Protokol'e ise 1 Temmuz 1968 tarih ve 6 sayılı kararnameyle onaylanarak taraf olunmuştur.

Sonuç olarak, yalnızca Avrupa'daki olaylar nedeniyle ülkelerini terk eden kimselerden yukarıda sayılan koşulları taşıyanlara sığınmacı statüsü tanımak zorunluluğu bulunmaktadır¹⁰⁰.

Türkiye'nin uygulaması:

Türkiye 1951 Sözleşmesi'ni coğrafi bakımdan Avrupa'da meydana gelen olaylarla sınırlı tutmayı amaçlamıştır. Bu Türkiye'nin daha doğusundaki ülkelerden gelenlere, koşulları ne olursa olsun, başvurmaları durumunda sığınmacı statüsünün verilemeyecek olması anlamına gelmektedir. Türkiye'nin bu uygulamasının bilinmesine karşın, özellikle İranlı sığınmacılar tarafından bir üçüncü devletin korumasından yararlanmak umuduyla Türkiye gelinmiştir. 1990'lı yıllarda komşu bazı ülkelerde yaşanan zorlayıcı koşulların yanı sıra, Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi kısıtlama nedeniyle doğrudan doğruya sığınmacı başvurularını inceleyemeyecek olmasını göz önünde bulunduran B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği, zamanın hükümetiyle varılan anlayış birliği sonucunda, Ankara dışında bazı yerel ofisler açması kararlaştırılmıştır. Böylece Türkiye'ye gelen sığınma arayan kimselerin başvuruları doğrudan bu ofislere yapılabilmektedir.

Yine 1990'lı yılların başında Sovyetler Birliği'nin sona ermesiyle, dağılan büyük bir devletin vatansız kalan yurttaşlarının göç edeceği ve Avrupa'ya bir nüfus akışı yaşanacağı korkusu yaşanmıştı. Bu korkunun özünde, yeni bağımsız olan Gürcistan, Azerbaycan, Ermenistan,

¹⁰⁰ Burada, uygulama bakımından en güç noktalardan birinin dikkat çekilmelidir: Buradaki bireysel olmak şu anlama gelir: Sığınmacı başvurularının, bireysel olması dolayısıyla başvuruyu inceleyen evsahibi ülke yetkililerinin incelenmesi uzun sürer ve bazen sığınmacı statüsü verilmeye eşlerden biri haklı bulunurken, örneğin aynı evi paylaşan öteki eş bu statüyü kazanamayabilir.

Ukrayna gibi devletlerdeki ekonomik koşulların elverişsizliği, geçim koşullarının yetersizliği gibi verilerdi. Ancak, aradan geçen aylarda korkulunun gerçekleşmediğinin görülmesi üzerine B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği'nin bölge ülkelerindeki temsilcilikleri aracılığıyla yapılan çalışmada, toplu göçlerin olmama nedeni olarak, o zaman Türkiye Cumhuriyeti'nin sınır ticaretine izin vererek yeni bağımsız devletlerdeki bölge halkının elde ettiği küçük kazançlarla yaşamlarını sürdürmelerine katkıda bulunduğu saptanmıştı. 1990'lardaki gerek bu tür hoşgörülü uygulamaları, gerek Balkanlar ya da Kafkaslar kökenli Türk soyluların hoş karşılanabiliyor olması dolayısıyla Türkiye'nin sığınmacılar konusundaki uygulamaları B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği nezdinde saygıyla anılmaktaydı.

Sığınmacı hukuku alanında ülkemizde var olan kavram karmaşası:

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1951 Sığınmacıların Statüsüne İlişkin Sözleşme¹⁰¹ ve eki 1966 Protokolü'ne¹⁰² taraf olmasına ve uzun yıllara dayanan sığınmacıları korumaya yönelik uygulamasına karşın, özellikle Irak'ta 1980'lerin sonunda başa geçen Saddam Hüseyin'in uyguladığı ayrılıkçı rejimden kaçarak, ülkemize gelen¹⁰³ Iraklı mülteci sorunu, ardından, eski Yugoslavya'daki silahlı çatışmalardan kaçan ve ülkemizdeki akrabalarının yanına gelen Boşnak ya da Makedon sığınmacılar için 1994 tarihinde yürürlüğe konan Tüzük¹⁰⁴ den bu yana, anılan Tüzük'le yaratılan farklı bir anlayış ve ciddi bir kavram karmaşası bulunmaktadır.

Bu karmaşaya, 1990 yılında eski Yugoslavya'da iç savaş görünümünde başlayan çatışmalardan kaçarak, yurdumuzdaki akrabalarının

¹⁰¹ 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanan Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 29.07.1961 tarih ve 473 sayılı yasa ve Sözleşme metni için bkz. 05.09.1961 tarih ve 10898 sayılı R.G.

¹⁰² 07.01.1968 tarihli uygun bulma kanunu için bkz. 8 Mayıs 1968 tarih ve 12968 sayılı R.G.

¹⁰³ 1990 ilkbaharında, bir gece yaklaşık 1 milyon kadar Iraklı mültecinin ulusal sınırımızı geçerek ülkemize geldiği anımsanacaktır.

¹⁰⁴ 14/09/1994 tarihli 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan (30/11/1994 tarih ve 22127 sayılı R.G.'de yayımlanan) "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılarla ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"

yanına gelenlere ilişkin olarak yürürlüğe konmuş olan düzenlemeden kaynaklanmıştır. Anılan yönetmelik: 30 Kasım 1994 tarihli “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”tir¹⁰⁵.

Sözü edilen kavram karmaşasına neden olan gelişmelerden biri, günümüzde uluslararası uygulamada kullanılan birçok kavramın Türkçe karşılıklarının zamanlıca ve bilinçli biçimde yaratılamamış olmasında aranabilir. Söz konusu Yönetmelik’te, bir ülkede meydana gelen (silahlı çatışma gibi insan yapısı, ya da sel, kuraklık, deprem gibi doğal afetleri gibi) nedenlere bağlı olarak ülkesini terk edip, kaçarak üçüncü bir devlet ülkesine gidenlerin, kendilerine ‘sığınmacı statüsü’ verebilecek herhangi bir devlet arayan kimselere verilen ad ve sığınmacı hukukunun yerleşik kavramları karıştırılmıştır. Örneğin kendisine ‘sığınmacı statüsü’ verecek bir devlet bulmaya çalışan kimselere verilen “sığınma arayan kimse” (**asylum seeker**) teriminin yerleşik bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu kavram için kimi resmi makamlarca, çoğu kez resmi söylemde olmasa bile günlük sorunları aşmaya yarayacak biçimde kullanılan terimler arasında, “ilticacı” sözcüğünün kullanılabildiği görülmekteyse de, Yönetmelik ne bu gibi önerilen terimleri kullanmış, ne yeni terminoloji önermiştir.

Karmaşaya bir başka neden de, uluslararası düzlemde farklı anlamlar taşıyan kavramların aynı anlama gelir biçimde kullanılmasıdır. B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği’nin uygulamasındaki Antlaşmalarda kabul edilen biçimde çeşitli baskılar nedeniyle yurdundan kaçarak üçüncü bir devletin ülkesinde sığınma arayan ve henüz kabul eden devletin iç hukuku ve devletler hukuku mevzuatı uyarınca sığınmacı statüsü kazanmamış bulunan kimseler, özellikle bu kişilerin insan haklarının gözetilmesini güvence altına almak amacıyla, sığınmacı (mülteci) olarak adlandırılması yahut da örneğin Suriye’deki çatışmalardan kaçıp henüz hiçbir devletin korumasından yararlanmayanlar için bazen göçmen, bazen mülteci, bazen sığınmacı denmesi, hem de bu hatanın bilinçli olarak uluslararası basında yineleniyor olması gibi uygulamala-

¹⁰⁵ Metin için bkz. 30.11. 1994 tarih ve 22127 sayılı R.G.

rın katkısı bulunmaktadır.

Benzer biçimde, bir ülkede meydana gelen olaylara bağlı olarak yaşadıkları yeri terk etmiş, yurt sınırları içinde olmakla birlikte, başka yere gitme olasılığı güçlü olan, daha açık bir deyişle üçüncü bir devletin ülkesine henüz geçmemiş olan kimseler için **UNHCR** ya da **ICRC** gibi kuruluşların kullanıldığı “(yurt içinde) yer değiştirmiş kimseler” (**displaced persons**) kavramını kullanagelmıştır. Bu kısaca **IDP** olarak anılan yurtları içinde olan fakat pek yakında sığınmacıya dönüşebilecek olan kimseler sığınmacılıktan farklı bir durumu anlatmaktadır. Günümüzde dünyada, sığınmacılardan daha yüksek oranda olan ve sığınmacı hareketinin başlangıcı olan, ‘yer değiştirmiş kimseler’, sığınmacı statüsündeki kimseler (**refugees**) kavramıyla birlikte kullanılmaktadır.

Sığınmacı Hukuku’nda kullanılan sayılan bu farklı kavramların birlikte kullanılması konuya ilişkin deneyim sahibi olmayan ya da özel biçimde eğitilmemiş kimseler bakımından akıl karışıklığı yaratmıştır.

20. Yüzyıl’ın sonundaki bir gelişme, B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği’nin gündeminde önemli yer tutan ve henüz antlaşmalarla düzenlenmemiş olan kalabalık bir grubun varlığına değinmek gerekir. Bu, bir ülkedeki çeşitli baskılar nedeniyle ve eziyet göreceği yolundaki haklı korkusu dolayısıyla yaşadığı yeri terk etmiş, ancak henüz bir üçüncü devlet ülkesine geçmemiş, bir başka anlatımla, yurdu sınırları içinde bulunan kişiler için (bkz. 91 sayılı dipnot) kullanılan “yurt içinde yer değiştirmiş kişiler”dir (**internally displaced persons-IDP**).

1994 tarihli Yönetmelik, Türkiye’de Yönetmelik’in uygulaması çerçevesinde sığınmacı statüsünü kazanan kimseler için “mülteci” ve henüz bu statüyü kazanmamış fakat sığınma arayan kimseler (**asylum seeker**) için ise “sığınmacı” terimini kullanmaktadır. Oysa sığınmacı terimi, Arapça kökenli olan “mülteci” terimi için kullanılan Türkçe karşılık olup, sığınmacı ve mülteci kavramları arasında anlam bakımından herhangi bir fark yoktur. Anlam farkı olmadığı halde, sanki birbirinden ayırmış gibi kullanılan bu iki kavramın yarattığı karışıklığı anlamak için, öncelikle 1951 Sığınmacıların Statüsüne ilişkin Sözleşme’deki “sığınmacı” (**refugee**) kavramına bakmalıyız.

Andığım bu “sığınmacı” tanımı, iki farklı kavramı anlatmak için kullanıldığı görülecektir. İşte bu çifte kullanım, konuyu iyice içinden çıkılmaz duruma getirmiştir. Bu durum özellikle sözkonusu yönetmelik çerçevesindeki uygulamayı örneklerle, bir yabancı dilde anlatmaya çalışıldığında açığa çıkmıştır. Örnek olaylar yabancı dile çevrilmesi gerektiğinde durumu iyice karmaşıklştırmaktadır. Bu nedenle, öğretilde bazı yazarların yaptığı gibi, 1951 Sözleşmesi kapsamına giren ve statü kazanmış olan kimseler bakımından (Arapça olan “mülteci” kavramının Türkçe kökenli ve Türkçe karşılığı olan) “sığınmacı” kavramını kullanıyorum.

Kavram karmaşası anılan 1994 uygulamamızla bitmemiştir ne yazık ki. Aradan geçen yıllarda, önce Saddam Hüseyin’in baskıcı yönetiminden kaçıp ülkemize gelmek zorunda kalan Iraklı sığınmacıların önemli bir bölümü ya üçüncü devletlerin ülkelerinde “sığınmacı” statüsü kazandı ve yurdumuzu terk etmek üzere Türkiye’den ayrılmışlardır. Bu geri dönüş için ya Ankara’daki BMMYK (UNHCR) ya da Uluslararası Göç Örgütü (IOM) Ofisinden yardım aldılar ve 90’ların sonundaki sorunlar bir biçimde aşıldı. Ancak, bölgemiz sorunları hiç bitmediğine tanık oluyoruz.

Suriye’de yaşananlar ve bunların Türkiye ya da AB üzerindeki etkileri:

2011 yılı bahar aylarında Suriye’de yalnızca bir iç huzursuzluk gibi başlayan iç savaş, zamanla emperyalist ve yeni emperyalist devletlerin farklı çıkarlar, farklı beklentilerle müdahil oldukları kapsamlı bir bölgesel çatışmaya dönüştüğünü görüyoruz. Hatta şu günlerde öyle bir boyuta varmıştır ki bölgedeki sorunlar, özellikle nükleer enerji kullanan ve nükleer silah sahibi olan devletler bölgeden korkma aşamasına gelmiştir. Nükleer enerji konusunda, dünya liderleri biraraya gelerek, nükleer gücün Suriye’deki olaylarda bir aktörmüş gibi etkin rol oynayan uluslararası terör örgütlerinin (İŞİD, El Kaide, PKK, PYD PKK gibi) eline geçmesi korkusunu yüksek sesle dile getirmişlerdir¹⁰⁶.

20. Yüzyıldaki deneyimler sonucu, silahlı çatışmaları artık “savaş” olarak adlandırmamak bile, Suriye olayının yarattığı sonuçlar bakımından evrensel bir nitelik kazanmıştır. Komşumuzdaki çatışmalardan

¹⁰⁶ Mart 2016’nın son haftasında A.B.D.başkenti Washington D.C.’de yapılan Enerji güvenliği konferansı sırasında yapılan konuşmalar hayli uyarıcıdır.

kaçan milyonlarca sığınmacı, ya da ilticacı (**asylum seeker**) dünyanın dört bir yanına gidiyor. Gittikleri ülkelerin çoğunluğunun insan hakları sözleşmelerine taraf olmaları ise, bunların belirli uygulamalardan kaçınması sonucunu doğuruyor. Yani Suriye’de ya da Ortadoğu’daki sorunları bir türlü aşmaya çalışmamış olan Batı, şimdi Suriyeli ya da Afrikalı sığınmacıları Avrupa anakarası dışında tutmak için Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile imzaladığı “Geri Kabul Anlaşması”¹⁰⁷ sayesinde ülkeleri dışında olan Suriyeli ve Afrikalıları uyguladıkları zorunlu göçle ülkemize gelmeye zorluyor. Bu zorulu göç sayesinde ülkemizin beklentisi birkaç bin Avrodur. Ama gelenleri ülkenin uzun sürede yaşanır ve karlı kıldığı turistik bölgelerinde yahut da verimli tarım alanlarında kuracağı sığınmacı kamplarında yaşamaya zorlayarak çözme-yi umuyor. Bu çözümün neresinin İnsan Hakları Sözleşmeleri ya da Mülteci Hukuku ilkelerine uygun olduğu sorgulanması gereken sorulardır. Eğer tümüyle anılan ilkelere uygun olsaydı bu zorlanan çözüm kuşkusuz Avrupalılar herkesten önce Avrupa ankarasında uygulardı bu çözümü.

Ülkemize dönmeye zorlanan Suriyeliler ya da Afrikalıların önemli bir bölümü bundan sonra ülkemizde yaşamaya çalışacak. Hem de elde yetersiz yerleşim, çalışma, iş, eğitim olanaklarını sonuna dek zorlayarak. Suriye’deki olaylar başladığından bu yana anlaşılabilir biçimde uygulayageldiğimiz açık kapı politikası (sınırlarımızda sorulan vize, geçerli seyahat belgeleri, yaşama ve geçim kaynaklarına ilişkin veriler) sorulmadan güney ve güneydoğu sınırlarımızın tamamen açık tutulmasının bir sonucu olarak hatta bu uygulamanın zorunlu kıldığı yasal düzenleme 4 Nisan 2013 tarihinde yürürlüğe konan 6458 sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” başlığını taşıyan yasayla aşılmaya çalışılmıştı. Bundan sonra da elimizdeki tek önemli düzenleme anılan yasa gibi görünüyor.

¹⁰⁷ Anılan sözleşmede kullanılan terim de AB’nin yarattığı güvenli ilk sığınan ülke (safe first country of asylum) gibi kavramların bir türevidir. Bu kavramların bizi nereye götürdüğünü anlamadan yıllarca AB ile müzekere ediyoruz zannıyla tartıştığımız anlaşmalar gerçekte Avrupa ankarasını göçmenlerin istilasından korumayı hedefliyor. Çözümleyici bakışı kazanmak yıllar aldığı ve her müzakere aşamasına farklı kimseler katıldığından bir türlü sağlıklı bir noktaya varamadığımızı için belki de bu gelişmeler. Çözümü görmemiz belki de başka yüzyıla kalacak.

6458 sayılı Yasa:

Anılan yasa da bir başka kavram karmaşası ve akıl karışıklığı nede-ni gibi görünüyor. Çünkü yasa, kuşkusuz ülkemizdeki Suriyeli'ler dü-şünülererek yapılmış bir tüzel düzenleme. Yasa metninde, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Sözleşmesi ile eki 1967 Protokolü'nden (m. 3, (p), (r) ve (s) bentleri) ile düzenlenen ve Sığınmacı Hukukunun en önemli kurallarından olan "geri gönderme yasağı"na (**nonrefoule-ment**) çok açık biçimde yer verilirken (m. 4), aynı yasada daha yüksek sesle öne çıkarılan konu tamamen farklı: "Göç" ve "göç idaresi" adıyla yeni bir ulusal birimin kuruluşu.

Öte yandan, yasayı yapanlar yukarıda özetlediğim önceki uygula-malarımızın yarattığı kavram karışıklığını aşmaya çalışmış. Özellikle, "savaşta" (ülkelerindeki uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatış-madan) kaçıp da ülkemize gelen yabancılar için, sınırdan girişte vize aranmaması, hatta geçerli pasaportu bile bulunmayan, fakat eziyet görmek konusunda haklı bir korkusu olanların sığınmacı başvurusu yapabilmek için ülke sınırından geri döndürülmemeleri gibi; sığınma-cılık statüsünün 'gönüllü geri dönüş'le sona ereceği (m.85) gibi Ulusla-rarası Sığınmacı Hukukunun temel ilkelerini kapsıyor.

Dolayısıyla, 2013 tarihli yeni yasamız, göç (göç idaresi-m. 103 v.d.), sığınma, vatansızlık konularında karma bir düzenleme (m. 12-16) ge-tiriyor gerçekte.

Suriye'deki sorunun bir "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" olduğu 20 Aralık 2012 tarihinde BM Güvenlik Konseyi etnik gruplar arasında süren "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bundan sonraki yıllarda da BM İnsan Hakları Konseyi'nde ve BM Güvenlik Konseyi'nde kabul edilen çok sayıda karar ve rapor, bölgemizdeki sorunun bir etnik itişmeden kaynaklanan silahlı çatışma olduğunu teslim etmektedir. Ancak, so-run tek ülke sınırları içinde kalmamış; hem Irak hem Suriye, bir ulus-lararası terör örgütü olarak kabul edilen, kendilerini başlangıçta IŞİD (DAEŞ ya da IS) ya da Irak Şam İslam Devleti olarak sunan silahlı grubun katıldığı, BM olduğu gibi (Güvenlik Konseyi, İnsan Hakları Konseyi, Arap Ligi, AB üyesi devletler, İslam Konferansı Örgütü (İKÖ) bünyesinde yapılan birçok toplantını konusu oluyor. Farklı düzlemler-de, insancıl, insan hakları, askeri, acele gıda, su, konut yardımı sağlan-masına gayret eden uluslararası kuruluş ve bireysel devlet çalışmala-

rına konu oluyor. Türkiye’de de devletin hemen her kesiminde resmi girişimleri konusu, hem gönüllü yardımların odağında. Ancak, 2015 yılı sonunda konuda bilinçli bir karar verilip, işler düzene konmuş görünmüyor.

Burada üyesi bulunduğumuz Göç ve Kalkınma Evrensel Forumu (**Global Forum on Migration and Development**) çerçevesindeki çabalara da işaret edilmelidir. Son olarak 2015 yılında AB’yle birlikte yürürlüğe koyduğumuz Suriye’den gelen sığınmacıları ülkemizde tutup, AB’ye geçmelerine engel olmaya yarayacak bir de “Ortak Eylem Planı” (**EU-Turkey Joint Action Plan**) kabul ettiğimizi not etmelidir. AB ile yapılan son (Mart 2016) müzakerelerin, ülkemize gelen Suriyelilerin burada kalmaları karşılığında AB’nin vereceği bir miktar Avro ile sınırlı olduğu, bunun dışında Ortadoğu’daki sorunlara, hatta zorla geri gönderilenler sorununa kökten çözüm aranmadığı, getirilmeye de çalışılmadığı anlaşılmaktadır.

(C) GÖÇ sorunu:¹⁰⁸

Buraya kadar insan hareketlerinin başlamasına neden olan olayların örneğin (eski Yugoslavya, 2008’den başlayarak Suriye’deki gibi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma (iç savaş), yahut da (Nazi Almanyası’nda Musevi inancından olanlar için yürürlüğe konan kısıt-

¹⁰⁸ “Migration” yani göç. Kavram karşılığında dilimizde, Arapça kökenli “hicret”ten türetilmiş “muhaceret”, göçmenlere ise “muhacir” denmektedir. Burada tarafsız olmaya çalışmalı ve göç konusunu somut verilerle irdelemeliyiz:

Belirli bir inançta olanların, topluca, zorla yer, ülke değiştirmeye sevk edilmesine en eski örneği Musevilere uyguladığı anılmalıdır. Önce kutsal kitaplardan bulabildiğimiz, Hazreti Musa’nın Kızıl Denizi yararak, inananlarını Mısır’dan dışarıya götürmesi ve Sina’ya varışları anılabilir.

İkinci tarihsel olay: İspanya Kralı Ferdinand ve Kraliçe İsabella’nın Katolikliği seçmesiyle, 1492’de Engisizyonun (Inquisition), toplam 200,000 İspanyol Sefarad Yahudileri’ni İspanya dışına sürmeleri, onların da önce Portekiz ardından Osmanlı İmparatorluğu’na (Sultan Beyazıd’ın daveti üzerine) göç etmeleri anımsanması gereken tarihteki en eski göçlerden biridir. Burada tarafsız olmaya çalışmalı ve göç konusunu somut verilerle irdelenebilir. Bu bağlamda örneğin yukarıda anılan İsrailoğullarının İspanya dışına gönderilmesi son değildir. Çünkü geçtiğimiz yıl (2015) içinde İspanya Kralı’nın hükümetinden, İspanya’dan böylece gitmek zorunda kalan Sefarad ailelerin genç kuşaklarının İspanya’ya geri dönmelerine ve AB vatandaşı olabilmelerine olanak verecek bir yasayı yürürlüğe koymalarını istediği not edilmelidir. İspanya Parlamentosu’nun böyle bir yasayı 2015 yılı ilkbahar aylarına yürürlüğe koyduğu not edilmelidir.

Mehmet Emir Çağiran, Uluslararası Örgütler 277-78 (Ankara, Turhan Kitabevi 2013)

layıcı olan Nürnberg yasaları gibi) devlet eliyle yapılan ayrımcı uygulamaların zorunlu kıldığı istem dışı olarak ülke dışına göçlerden söz ettik.

Oysa unutulmamalıdır ki, **göç** kişinin yaşadığı ülkedeki zorlu koşullardan kurtulmak isteği dışında, örneğin daha iyi koşullarda yaşamak, sanatını ya da bilgisini kullanabilmek, gelir kazanmak, yabancı bir dili öğrenmek ve konuşmak, daha mutlu olmak gibi kişisel istemlere bağlı olabilir. Ya da kişinin yaşadığı ülkedeki siyasal durumu değiştiren gelişmelerin bulunması¹⁰⁹ ya da yeni yapı, devlet gibi statü kuran (Lozan Antlaşması gibi) antlaşmaların yürürlüğe konulmasından kaynaklanabilir. Devletimizin yakından bildiği, sorunlarını tanıdığı en önemli ve yakın örneklerden biri de, Osmanlı İmparatorluğu'nun Rumeli topraklarının kaybetmesiyle sonuçlanan 1913 Balkan Savaşları dolayısıyla İmparatorluğun Anadolu topraklarına gelmek zorunda kalan Balkan Muhacirleridir¹¹⁰.

Örneğin bu konuda gözden kaçırabileceğimiz tüzel düzenlemelerden birine: T.C. Devleti'ni kuran 1934 tarihli Lozan Antlaşması'nın 33 ve 34. maddelerinde rastlıyoruz. Böylece yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti ülkesinde bulunan kimselerin yabancı ülke uyrukluğuna geçmesi ya da yabancı ülkede oturmakta olan Türk kökenli kimselerin Türkiye'ye gelmelerine olanak tanınmaktadır¹¹¹.

Yakın tarihli bir başka örnek de, 1970'lerin başında Alman Federal Cumhuriyeti, Fransa, Hollanda gibi Avrupa ülkelerde, o devletlerin vatandaşlarının yapmaya isteksiz olduğu vasıfsız işleri yapmak üzere

¹⁰⁹ 14 Ocak 2016 tarihli Fransız televizyon kanalı (TV5) yayını haberlerde, Fransa'da yerleşik Musevilerin, bu ülkede artık insan hakları ve özgürlüklerinin eskisi gibi korunmadığı, yeterli derecede güvenli olmadığı gerekçesiyle, toplu olarak İsrail'e gittikleri ve yeni yerleşimlere yerleştikleri söylendi. Bu gelişme, 2015 yılında Fransa-Paris'de meydana gelen Charlie Hebdo saldırısı ve Suriye'deki olaylara bağlı nüfus hareketlerinin akla gelmeyen bir etkisi gibi görünmektedir.

¹¹⁰ Balkan savaşları sırasında Mustafa Kemal Paşa'nın Trablusgarp savaşıyla uğraştığı günlerde Selanik kaybedilmiştir. Annesi Zübeyde Hanım ve kız kardeşi Makbule Hanım'ın İstanbul'a geldikleri, Akaretler yokuşunda özellikle Rumeli muhacirlerinin barınması için yapılmış olan evlerden birinde oturduklarını nice zaman sonra Başkent'e gelebildiğinde öğrenecektir. Mustafa Kemal Paşa, o tarihte henüz paşalık kідemini almamıştır.

¹¹¹ Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları s: 7-8 (Turhan Kitabevi, 2015 Ankara).

ülkemizle vardıkları işçi alımı anlaşmaları, Avrupa'ya işçi vatandaşlarımızın göçünün önünü açtığı, günümüzde Almanya'da üçüncü kuşak Türk vatandaşlarının o devletlerin yasama erklerine (meclis) seçilmiş parlamenter olabildikleri unutulmamalıdır.

Benzer biçimde günümüzde de birçok Avrupa Birliği (AB) üyesi olmayan ülke vatandaşı, dil öğrenmek, mevsimlik işçi olarak çalışmak üzere (İtalya, Fransa, İspanya, Birleşik Krallık gibi) Avrupa ülkelerine, bir kısım varıl Kuzeyli ülke vatandaşlarının ise emekliliklerini sıcak güney ülkelerinde geçirmek için (örneğin Birleşik Krallık vatandaşlarının İspanya, Portekiz ya da ülkemizde emeklilik geçirmek üzere) buralara gittikleri görülmektedir.

Yurdumuz tüzel düzenlemelerine yakın tarihte giren bir başlık da, özellikle 2008'de Suriye'de başlayan iç savaştan kaçan, ya da Afrika'da yaşanan kuraklık ve terör gibi doğal ya da insan yapısı sorunlardan kurtulmak üzere ülkemize gelen, ya ülkemizde ya üçüncü bir devletten sığınmacı statüsü kazanabilmeyi uman yabancılar için bir yasa çıkarılmıştır. Anılan bu yabancılar ülkemizde ya sürekli ikamet edebilmek için, yani göçmen olarak gelenlere, vatansızlar kimselere ve sığınmacılara ilişkindir. 2013 yılındaki bu yasa 04/04/2013 günlü, **6458** sayılı "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu"dur. İlk bakışta sözkonusu Yasa'yla özellikle Suriye'den gelenlere sığınmacı statüsünün kazandırılması bakımından bir kolaylık getirileceği izlenimine kapılmak olanağı varsa da, bu ilk izlenim yanıltıcı görünmektedir.

Anılan yasanın hedef kitlesi "sığınmacılar" (mülteciler), konusu "sığınma" (iltica) değil, ülkemize "göçmen" olarak gelebilecek yabancılarıdır. Bir başka deyişle, yeni yasamızın konusu "göç"tür. Dolayısıyla, anılan Yasa özellikle ülkemize göç edecek yabancıların sahip olması gereken vizeler, göç konusunda karar alabilecek yetkili organın kim olduğu, yetki ve görevleriyle ilgili ayrıntılı hükümler içermektedir (m. 14-20, 103 vd.).

Bundan başka yasa, Uluslararası Mülteci Hukuku'nun sığınılan devlet bakımından temel kuralı olan "geri gönderme yasağı" (**non refoulement**) gibi temel kuralları içermektedir (m.4). Ve son olarak, tarafı olmadığımız BM bünyesinde hazırlanıp, imzaya açılmış olan ve halen yürürlükte bulunan "Vatansız Kişiler'e" (**Haymatlos**) ilişkin özel bir hüküm içermektedir (m.50).

Göç, Vatansızlık, Sığınma (iltica, mülteciler) konusunda varılabilecek SONUÇ:

Yeni binyılın (**milleniun**) başlangıcında (2000'de), B.M.'nin varlığı küresel topyekün bir silahlı çatışmanın (savaş) yaşanmamasının güvencesiydi. Ne var ki, II. Dünya Savaşı'ndan bu yana yerel ya da bölgesel düzlemde dünyanın çeşitli yerlerinde (Ortadoğu, Afrika Boynuzu, Afrika'nın Büyük Göller Bölgesi, Güneydoğu Asya gibi) silahlı çatışmaların yaşanmadığı tek gün dahi yaşanmadığını görüyorduk.

B.M. Sığınmacılar Yüksek Komiserliği'nin verilerini temel alırsak, en yakın bir yılda dahi dünyanın çeşitli ülkelerine yayılmış olarak günde 60 kadar silahlı çatışma sürmekte¹¹². İnsan yapısı olanlardan başka, doğal nedenlere bağlı (kuraklık, ağır yağışlar, deprem, yangın gibi) afetler, olağanüstü durumlar ya da benzeri nedenlerle, binler, hatta yüzbinler yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kalmakta ve güvenli yeni ülkeler arıyorlar. Bir parçası olduğumuz, Kafkaslar, Ortadoğu, hatta Balkanlar'dan başlayarak orta Asya'ya kadar yayılan coğrafyada siyasal gerginlikler toplumları rahatsız etmekte.

Afrika'da salt doğal koşullar bile insan etkinliklerini olumsuz biçimde etkilemektedir. Bu koşullar insanları yerleştikleri, tanıdıkları, sevdikleri, yaşadıkları, yerleri terke zorlamakta. Ekonomik ya da doğal koşullar, pekçok insanı aş ve iş bulabilmek için göçe zorlamakta, daha iyi koşullar bulmak ümidiyle yabancı ülkelerin yolunu açmaktadır. İnsanlığın yüzyıllara yayılan bu devinimi sürmektedir. Bu bitmez yer değiştirmeler arasında, yerleşik olduğu topraklardaki zor koşullardan kaçan ve yabancı devletin korumasından yararlanmak isteyen sığınmacılar da bulunmaktadır. Daha elverişli ekonomik koşullar arayan pek çok kişi, özellikle göçmen kabul koşullarını iyice zorlaştırmış olan Avrupa ülkelerine gitmek için sığınmacılık kurumundan yararlanmaya çalışmakta. Hem bu gibi gerçek kişiler, hem de kabul eden devletlerce sığınmacı hukukundan yararlanılmaya çalışılmaktadır. Bir başka anlatımla, bu kurum hem kurtarıcı olarak, hem

¹¹² Günümüzdeki sığınmacı hukuku alanındaki uygulamalarımızla ilgili olarak bkz. Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler-15-16 Mayıs 2006 Uluslararası Sempozyum tebliğleri, (TBB yayınları, Ankara, 2010); Av. Çiğdem Altınışık ve Av. Mehmet Şahin Yıldırım, Mülteci Haklarının KorunMASI (Ocak, 2002, Ankara Barosu yayınları).

de kötüye kullanılmaktadır. Günümüzde İnsan Hakları Hukukunun ayrılmaz bir parçası olarak algılanan Sığınmacı Hukuku kuralları, bir başka deyişle, sığınmacıların esirgenmesini amaçlayan kuralların uygulaması sürmekte. Bu kurallara olan gözden geçirerek, daha güncel, bilindik koşullara yanıt verecek kuralların kabul edilmesi gereksinimi sürmektedir. Ancak, ne AB bölgesel bir örgüt olarak, ne BM küresel bir örgüt olarak sığınmacı hareketlerine neden olan, ya da göçmen yaratan siyasal nedenlere çözüm bulmaya çalışmıyor. Yalnızca geçici, zorlayıcı önlemler almakla yetiniyor. Ne yazık ki, bugün karşımızdaki sorunlar evrensel boyutta, ve eğer tıpkı, yüz yılı geçkin süre boyunca çatışan Avrupalı kent devletleri, prenslikler, krallıklar ile (Katolik, Calvinist, Luteran gibi) farklı kiliselerin katıldığı savaşları sona erdiren “1648 Westphalia Barış Antlaşması” gibi üzerinde uzlaşmış çözümleri içeren, temel bir uzlaşma olmadan sorunların aşılamayacağından kaygı duyulmalıdır. Benzer bir endişe kaynağı, yaşama standartlarının sürmesi tümüyle petrol ve doğalgaza bağlı olan emperyalist Batıların, Ortadoğu’daki petrol kaynakları üzerinde yüz yıl önce yaşanan planların yeniden, bu kez yeni emperyalistler eliyle oynanmasıdır. Ortadoğu’daki doğal kaynakların kötü biçimde iştah açan bir başkasının ise su olduğu akıldan uzak tutulmamalıdır, ki bu da başta İsrail olmak üzere birçok devletin müdahalesi demektir.

(D) AHALİ MÜBADELESİ:

Burada son olarak sözü edilmesi gereken, günümüzde “insan hakları”nın kazandığı önem ve ağırlık dolayısıyla, artık sözkonusu olmayan bir düzenleme türü de, örneğin bir imparatorluğun dağılmasından sonra, yeni bağımsız olan devletler arasında varılan anlaşmalar yoluyla, bu devletlerin ülkelerinde azınlık olarak kalan nüfusun üyelerinin değiş-tokuşuna yarayan anlaşmalardır. Konudaki en iyi bilmemiz gereken, belki de tek canlı örnek, 1923 Lozan Antlaşması’yla kabul edilen “Ahalî Mübadelesi”dir¹¹³. Bu bağlamda, mübadele konusu

¹¹³ “Mübadele” karşılığında daha arı bir Türkçe kavram olduğu için “değiş-tokuş” denebilir. Ancak, “ahali mübadelesi” yerleşik bir terimdir. Anılan Antlaşma’yla ülkemize gelenlere biz “mübadil” dersen, Yunanlılar, eski Osmanlı tebaası olup, Yunanca konuşamadıkları halde, Yunanistan’a gelenlere, günlük konuşmalarında ya da tarih yazımında, bazen göçmen, bazen de sığınmacı karşılığında “refugee” diyorlar.

olmayan topluluklar ise 1920 tarihli “Misak-ı Millî” belgemizin konusu olmuştur¹¹⁴.

Lozan Antlaşması’yla yapılması kararlaştırılan son derece kapsamlı ve karmaşık bir nüfus değişimi operasyonudur. Modern Türkiye’yi kuran bürokratlarca, tek bir kişiye zarar gelmeden, bürokratik bakımdan olabildiğince başarılı biçimde gerçekleştirilmiş bir operasyon olarak sunulabilir. Yüzyıllar boyu birlikte yaşayabilmiş birbirinden (dinî) inanışları bakımından ayrılan iki halk, böylece yurtlarını ve uluslarını birbirinden ayırmış ve iki bağımsız devlet kurmuştur. Mübadelenin yeni yurtlarına yerleşen ilk kuşak bakımından ağır bir psikososyal darbe olduğu ise kuşkusuzdur¹¹⁵. Bu düzenlemenin bir başarı olduğunu aradan geçen ve yüzyıla yaklaşan sürede (özellikle eski Yugoslavya’nın parçalanmasına yol açan silahlı çatışmalar, hatta Osmanlı İmparatorluğu’nun Ortadoğu topraklarında kurulan farklı manda rejimleri gibi (İngilizlere teslim edilen Filistin mandası, Fransızlara verilen sonradan Suriye olacak olan manda toprakları) yaşanan deneyimler erken bulunan çözümlerin çok başarılı olmayabileceğini kanıtlamıştır.

Günümüzde Avrupalı yazarların bazıları, ahali mübadelesi konusunu, yurdundan atılan Hristiyan azınlığa uygulanan zorunlu göç, yurttan kovma, sınırdışı etme biçiminde sunduğu, bunun kişilere uygulanan fena muamele olduğu, dolayısıyla (20.Yüzyıl anlayışında) İnsan Hakları Hukukuna aykırı olduğunu ileri sürdüğü görülmektedir¹¹⁶.

Burada Osmanlı İmparatorluğu’na ait Avrupa’daki son topraklar olan Balkanlar’ın Müslüman nüfustan arındırılması amacıyla, Milletler Cemiyeti tarafından önerilmiş iki ahali mübadelesi antlaşmasının daha var olduğu anımsanmalıdır. Bunlar, Osmanlı Devleti ile Bulgaristan ve Sırbistan Krallıkları arasında varılan uzlaşma sonucunda 1912 yılında imzalanan, Müslüman Türk ahalilerin Hristiyan Bulgar

¹¹⁴ Murat Bardakçı, “İşte, Türkiye’nin Kuruluş belgesi olan Misak-ı Millî’nin orijinali, Haber Türk Gazetesi internet adresi, 23.04.1014 <WWW>.haberturk.com/yazarlar/muratbardakci/...>

¹¹⁵ Evangelia Balta, Nüfus Mübadelesi (2015 İnkılâp Yayınları).

¹¹⁶ Bkz. M. Hansson, a.g.e. Nobel Address; E. Kontogiorgi, Population Exchange In Greek Macedonia: The Forced Settlement Of Refugees 1922-1930 (Oxford,); Clark, a.g.e..

ve Sırp ahalilerle değiş-tokuş edilmek üzere yapılmış antlaşmalardır. Ancak, önce Balkan Savaşları ardından I. Dünya Savaşı'nın başlaması dolayısıyla hiçbir zaman onaylanarak yürürlüğe konamadıkları görülür. Oysa eğer nüfus hareketlerinin gönüllü olması, hakça sosyal, psikolojik, ekonomik çözümlere ulaşılması amaçlanabilseydi, Lozan Antlaşması'yla kabul edilen mübadeleden ders alınabilirdi. Böylece, daha demokratik, insanca çözümler yaşama geçirilmeye zorlanır ve belki de XX. Yüzyılın son çeyreğinde eski Yugoslavya, 21. Yüzyılın başında ise Ortadoğu'da yaşanan silahlı çatışmaların temelinde yatan, bu ülkelerdeki dinî inanç farklılıklarının güdülmesine ve sömürülmesine izin verilmeyebilirdi.

XX. Yüzyıl içinde yaşanan iki dünya savaşı ve beraberindeki nüfus hareketleri, topyekün bir silahlı çatışma durumunda dahi, sivil halkın göçe zorlanamayacağı anlayışını öne çıkarmıştır. Bir başka anlatımla, belirli bir yerde ikamet edenlerin salt kendi güvenlikleri için dahi olsun hepbirlikte zorunlu göçe tabi tutulamayacakları genel kuraldır. Bu kural, böylesi bir zorunlu göç uygulaması "insanlığa karşı suç" olarak kabul edilmiştir. Andığım bu kural Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nde (Roma Antlaşması, m7) bulunabilir. Türkiye'nin anılan Roma Statüsü'ne taraf olmaması, belki bu antlaşmada yer alan kural-lara tamamen uymaktan kurtarsa bile, uluslararası suç olarak kabul edilen edimleri yaşama geçirmekten alıkoyar.

Ancak, yürürlükteki kurallar yukarıda gibi olsa dahi, Suriye'deki savaşı sona erdirmek için bir yandan silahlı saldırı yoluna giderken bir yandan da barış görüşmelerini yürütüyor Batılılar. Bu çabanın içinde, A.B.D., Rusya Federasyonu'un yanısıra AB devltleri, Ürdün, Suudi Arabistan gibi bölge ileri gelenleri de var. Gerçekten bölgemize barış gelirse, ardından bir nüfus mübadelesi de gelebilir günün birinde.

(E) VATANSIZ kimseler¹¹⁷(Haymatlos):

Doğup büyüdükları, alıştıkları, yaşadıkları ülkede yapılan yasal değişikliklerle, ya da savaşı sona erdiren antlaşmalarla vatansız kalan kimseler, bir sonraki aşama, sığınmacı olabilecekleri için, vatansızların durumunu düzenleyen uluslararası antlaşmalar, BM bünyesinde ilk olarak BM Genel Kurulu'nda kabul edilen "Vatansızlığın Azaltıl-

¹¹⁷ Bu terim İ. Statelessness, Fr. un apatride karşılığında kullanılmaktadır.

ması Sözleşmesidir.¹¹⁸ Bundan başka bir de B.M. Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) bünyesinde hazırlanıp, 6 Haziran 1960 tarihinde imzaya açılan “Vatansız Kişilerin Statüsü Sözleşmesi” düzenlenmiştir

¹¹⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, anılan sözleşmelere taraf olmamıştır. Türkiye’nin ulusal hukukundaki, vatandaşlık yasalarının geniş yorumlanmaya elverişli olması dolayısıyla anılan Sözleşme’ye taraf olmaya gerek kalmamıştır. Dolayısıyla, vatansızlara ilişkin ulusal düzenlemede yasal bir düzenlemenin bulunmasına uzun yıllar gerek duyulmamıştır. Ancak, son olarak yapılmış olan, yukarıda anılan 2013 tarihi 6458 sayılı, “Yabancılar, göç ve sığınmacılar” konusundaki kapsamlı yasamazda, yurdumuzdaki yabancılar, yurt dışından gelen göçmenler ve son olarak da “vatansız”¹²⁰ kişilere ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Böylece mevzuatımız içinde günümüze dek özellikle vatandaşlık, nüfus yasalarımıza işlenmiş olan yabancılar, göç ve vatansızlar konusunda hayli dağınık durumdaki hükümlere bu kez bir özel düzenleme eklenmiştir.

SON SÖZ:

Günümüzde Afganistan’la başlayıp, Irak’ta¹²¹ sonra eski Yugoslavya, son olarak ise 2012’den buyana Suriye’de¹²² yaşanan, giderek boyutları ve oyuncuları (müdahilleri) artan silahlı çatışmanın, Avrupa’da yaşanan dinlerarası savaş olan ve sonuçta egemen devletlerin uluslararası hukukun aktörleri olarak kabul edildiği 1648’de Augsburg Hanedanı ile Kutsal Roma Germen İmparatoru 5. Şarl arasında (The 1648 Vestefalya -**West Phalia**) Barış Antlaşması’nın imzalanmasına koşut bir dinler ve hükümdarlar arası savaş ile barış antlaşmasının yapılma-

¹¹⁸ Convention on the Reduction of Statelessness, BM Genel Kurul’unun 4 Aralık 1954 gün ve 896 (IX) sayılı kararlı üzerine hazırlanıp 1961 yılında imzaya açılan sözleşmedir.

¹¹⁹ Convention relating to the Status of Stateless Persons

¹²⁰ 6458 sayılı Yasa m. 3 (ş) vatansızlara ilişkin özel hükümdür.

¹²¹ Irak’ta 1990’lı yılların başında Saddam Hüseyin’in katı yönetiminde Kürtlere yönelik kimyasal saldırıları (Ör: Halepçe katliamı), güney Irakta marş Araplarını yok etmeye yönelik saldırılar ile süren iç karışıklıklar.

¹²² Siz de bölgede olan olayları anlamakta sıkıntı çekiyorsanız, 07 Aralık 2015 tarihli SÖZCÜ Gazetesi’nde yayımlanan “Bilge Diplomat Şükrü Elekdağ’dan, uçak kriziyle ilgili çarpıcı tespit...” başlıklı Uğur Dündar’ın Emekli Büyükelçi Sn. Şükrü Elekdağ ile yaptığı söyleşi yol göstericidir.

sı Ortadoğu'da ve Müslümanların yoğun olduğu dünyanın bu coğrafyasında beklenebileceği akla gelmektedir.

Koşut bir başka beklenti yukarıda anlatılan Ortadoğu'daki bonunlarıuynh belki Yeni Dünya'yı etkile

Dolayısıyla, bugünlerden yukarıda özetlediğim hem silahlı çatışmaya özgü olan hukuk kurallarını anımsamaya; hem de iç gerginlikler, uluslararası olmayan silahlı çatışma gibi gri dönemlerde uygulanan hukuk kuralı bulunup bulunmadığını bir kez daha düşünerek yeni çözümler aranması gerekecek gibi görünmektedir.

Suriye'de yaşanan iç savaş¹²³ dolayısıyla, II. Dünya Savaşı'ndan bu yana en büyük, en kapsamlı sığınma (iltica) sorunu yaşanmaktadır. Bu yalnızca bölgesel değil, evrensel bir sorundur artık. Suriye'de başlayan silahlı çatışmanın neden olduğu ve adı daha tam olarak konamayan göç, iltica hareketi ivedi çözüm gerektiriyor. Ne var ki, Batılılar özellikle Ortadoğu'dan kaçanların kolay ulaştığı eski dünya, yani Avrupa devletleri (AB üyesi devletler) daha fazla sayıda sığınmacı ya da göçmeni kabul etmek ve onlara bugüne kadar tanınan kadar ya da daha geniş haklar tanımak ek yükü getirecek yeni bir yasal düzenleme düşünmek, yazmak, kabul etmek niyetinde değilmiş gibi görünmekte. Bunda, özellikle bu ülkelerde seçim döneminin çok yakın oluşu, bu ülkelerde fazla göçmenin ve sığınmacının bulunması etken oluyor. Ayrıca bugüne dek benimsenen Avrupa standartları vatandaşa tanınan insan haklarının sığınmacılara da tanınmasını öngörüyor. Bu ise devletlere olduğu gibi Avrupalılara (birey) da ek yük getirmekte. Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise, yıllardır periferinde dolaştığı AB'den tam üyelik değil, ancak büyük bir lokma koparmakla yetinecekmiş gibi görünüyor.

Bu, şimdilik Uluslararası Sığınmacı Hukuku (51 Sözleşmesi) kurallarına dokunulamayacağı anlamına geliyor. Dolayısıyla, bundan sonra izlenebilecek yolları sağlıklı biçimde öngörebilmek için özellikle biz hukukçuların, şu fi tarihine (yani eski zamana) ait, bazen de yalnızca ayrıntıymış gibi görünen tarihsil verilerin farkında olmamız, biraz bilmemiz gerekiyor.

¹²³ Suriye'deki çatışmaların, "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma" olduğu, 2014'te alınan 2139 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararıyla kabul edilmiştir (Security Council, Resolution 2139 (2014).)

Kaynakça

- Evangelia Balta, Nüfus Mübadelesi (İnkılâp Yayınları, Aralık 2015).
- G.J.Bass, Stay The Hand of Vengeance (2000, Princeton University Press, ABD).
- G. Burgess, "Into the Protecting Arms: The League of Nations and the Extension of International Assistance to Unprotected Persons in the Middle East and Europe, 1926-1928", Eras Journal, 2001 (Melbourne), <http://arts.monash.edu.au/publications/eras/edition-1/burgess.php> .
- Bruce Clark, Twice A Stranger (UK, 2006).
- N. Hansonn, Office International Nansen pour les Réfugiés, Nobel Adress, December 10, 1938, http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/sveen/index.html!// .
- E. Kontoggiorgi, Population Exchange In Greek Macedonia: The Forced Settlement Of Refugees 1922-1930 (Oxford).
- C.A.Macartney, "Refugees: The Work of the League", http://www.promacedoniaia.org/en/cm/cm_2.html .
- Mehmet Emir Çağiran, Uluslararası Örgütler (Ankara, Turhan Kitabevi 2013).
- Mehmet Ali Gökaçtı, Nüfus Mübadelesi-Kayıp Bir Kuşağın Hikâyesi (İletişim Yayınları, 2010),
- Prof. Dr. H Pazarcı, 2 Uluslararası Hukuk Derslerİ, Gözden geçirilmiş 8.bası, 189-197 (Ankara, 2004).
- " " " " , Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları (Ankara, Turhan Kitabevi, 2015).

Avukat Dr. Özden Sav

"Uluslararası Hukuk açısından sığınma, göç, nüfus mübadelesi ve vatansızlık" gibi silahlı çatışma bağlantılı nüfus hareketleri başlıklı yazıda, özellikle Suriye'de 2010'dan buyana yaşanan iç savaşın neden olduğu nüfus hareketlerinin hukuksal etkileri üzerinde duruyor. Silahlı çatışma hukuku, sığınma hukuku, insan hakları hukukundaki ilgili başlıklar irdeleniyor.

