

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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 Sokak No: 8

06520 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: 105 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 29. 04. 2019

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 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.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- 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.
- 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.
- 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.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Cengiz Ozan ÖRS

Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme / An Evaluation on State Secret in Criminal Procedure

59 Gökhan Yaşar DURAN

Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK M. 121) / The Crime of Preventing the Exercise of the Right to Petition (Turkish Penalty Law, Article 121)

93 Recep DOĞAN

Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma / Inspection of the Body and Taking Samples in Criminal Procedure

133 Edanur ŞENYÜZ

Karşı Vekâlet Ücretinin Hukuki Niteliği ve Katma Değer Vergisi Karşısında Durumu / The Legal Feature of Cost and Fee Shifting and its Position Against Value Added Tax

181 Necat BATUR

Vergi Suç ve Cezalarının Etkinliği / The Effectiveness of Tax Crime and Punishments

211 Orhan Emre KONURALP

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme ile Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği / Legal Character of Territorial Jurisdiction of the Court with the Common Jurisdiction and the Court Designated By the Exclusive Jurisdiction Agreement According To Code of Civil Procedure

231 Nesibe KURT KONCA

Arabuluculuk Sürecinde Adli Yardım Taleplerinde Görevli Merciyeye İlişkin Bir Değerlendirme / A Discussion On the Jurisdiction of Court for Legal Aid Applications in Mediation Process

249 Aziz Serkan ARSLAN

Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi / The Effect of the Concordat Duration on Labor Claims

273 Yasemin MARAŞLI DİNÇ

Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras / Legal Fate of Social Media Accounts After Death: Digital Heritage

289 Ali Suphi KURŞUN

Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi / Assesment of Attorney Agreement In Terms of Consumer Transaction

305 Mustafa ZORLUEL

Yapay Zekâ ve Telif Hakkı / Artificial Intelligence and the Copyright

357 Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL

İcra Kurulu / Executive Committee

383 Deniz İpek ERDAL

Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Belirlenmesinde Pay Sahiplerinin Karar Sürecine Katılması (Say On Pay) ve Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler / Shareholders Voting on Executives' Remuneration in Public Companies (Say On Pay) and Legislative Regulations in Comparative Law

429 Can AZER

KKTC'de Düzenleyici İşlemlerin Denetlenme(Me)Si Sorunu ve Buna Çözüm Yolu: İyi İdare Yasası / The Problem of Supervision of Regulatory Transactions in TRNC and Solution to This: Good Administration Act

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım;

Türkiye Barolar Birliği 35. Olağan Genel Kurulu'nu, 4-5 Mayıs tarihlerinde 19 Mayıs 1919'un 100. yılında Samsun'da gerçekleştirdik.

Genel Kurulumuzu başlatmadan önce sabah erken saatlerde Atatürk Parkı'nda bulunan Atatürk Anıtı'nın önünde, Yönetim Kurulu üyelerimiz, baro başkanlarımız, TBB delegelerimiz ve meslektaşlarımızla bir araya geldik. Anıta çelenk koyduk ve Atamıza saygı durumunda bulunduk.

Burada yaptığım konuşmada şunları söyledim:

19 Mayıs 1919, kurtuluş adımının atıldığı tarih, Samsun da ilk adımın atıldığı yerdir. Mustafa Kemal Atatürk, Türkiye'nin çağdaşlığa doğru dönüşümünü gerçekleştiren isim, dönüşümün başladığı yer de Samsun'dur.

Mustafa Kemal Atatürk'ün ilk ve en büyük devrimi, asker üniformasını çıkartıp ödünç aldığı sivil kıyafeti giyerek, herhangi bir harp olarak değil, bir millî mücadele olarak kurtuluşu örgütlemiş olmasıdır. İşte tam da bu, bizim hukukun üstünlüğü paydasında buluşma idealimizle birebir örtüşen bir büyük devrimdir.

Dört evladından birini Galiçya'da, birini Trablus'ta, birini Yemen'de şehit vermiş bir ananın, dördüncü evladını elde kalan son vatan parçasının müdafaası için herhangi bir orduya vermesi söz konusu olmazdı. Sadece milletin talimatıyla kurulmuş milletin ordusuna ve millî mücadeleye verebilirdi. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda millî irade vardır, millet vardır, sandık vardır.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları olarak hepimiz, hep birlikte, el ele hangi siyasi düşünceden, siyasi partiden olursak olalım her türlü ayrımcılığa karşı kol kola, 82 milyonu hukuk paydasında buluşturma mücadelesine büyük bir kararlılıkla devam etmek zorundayız.

Yolumuz uzundur. Umut vardır. Sadece umutsuz insanlar olabilir. Umutsuz durumlar olmaz. Mustafa Kemal Atatürk'ün Anadolu'ya ayak bas-tığı Samsun'da umutsuz olmak ise bize hiç yakışmaz. Biz avukatlar, Türk Milleti'nin çağdaşlaşma, demokrasi ve hukukun üstünlüğü yolunda lokomoti-

fi, itici gücü olmaya her zamanki kararlılığımızla ve hep birlikte devam edeceğiz. 82 milyon vatandaşımızı, milli birliğimizi daim kılmak adına adalet paydasında buluşturacağız. Ben hak mücadelesine gönül vermiş 125 bin avukat meslektaşımıza, sonuna kadar güveniyorum.

Daha sonra 100. yıl anı defterine şu satırları hepimiz adına kaydettim:

Gazi Mustafa Kemal Atatürk,

İlk adımın 100. yılında Samsun'da olmanın heyecanını ve onurunu yaşıyoruz.

Türkiye Barolar Birliği, barolar ve avukatlar olarak milli kurtuluşun önderine kucak ve gönül açan Samsun'dayız.

Milli Mücadele, emperyalizm tarafından köleleştirilmek istenen bir milletin, sömürgeleştirilmek istenen bir coğrafyanın haklı isyanıdır.

Milli isyan, gücünü ve kararlılığını hukuk meşruiyetinden almıştır. Bunun kanıtı; yerel, bölgesel direniş örgütlerinin tamamının 'Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti' adını taşımalarıdır.

Milli isyanın ilk adımının 100. yılında kurtuluş ve kuruluşun önderi Mustafa Kemal Atatürk başta olmak üzere şehit ve gazilerimize saygı ve minnetlerimizi sunuyoruz.

Değerli Meslektaşlarım;

Bu vesileyle yaklaşan Ramazan Bayramınızı kutluyor; Bayramın size, ailenize, ülkemize ve mesleğimize hayırlar getirmesini diliyorum.

En derin saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

CEZA YARGILAMASINDA DEVLET SIRRI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME*

AN EVALUATION ON STATE SECRET IN CRIMINAL PROCEDURE

Cengiz Ozan ÖRS**

Canım Babam Av. Şeref Örs'e

Özet: Devlet sırrı, hukukun birden çok dalını ilgilendiren bir kavramdır. Devlet sırrı, sınırları geniş düzenlendiğinde ya da amacı dışında uygulandığında özgürlükleri ve hakları zedeler. Bu yönleriyle devlet sırrı kavramı, öğretideki tartışmalı konulardandır. Bu çalışmada, CMK'nın 47. ve 125. maddeleri, devlet sırrının soruşturma evresindeki delil niteliği, kovuşturma evresinde silahların eşitliğine, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkına uygunluk açılarından değerlendirilmiştir. Bununla beraber, karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukundaki yasal düzenlemeler göz önüne alınarak, CMK'da devlet sırrı ile ilgili yapılması gereken değişiklikler bakımından önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Devlet Sırrı, Ceza Yargılaması, Soruşturma, Kovuşturma, Arama, Elkoyma, Tanıklık, Delil, Adil Yargılanma Hakkı

Abstract: State secret is a concept that deals with multiple branches of law. When its boundaries are not strictly defined or applied out of its purpose, state secret would tarnish freedoms and rights. With these aspects, state secret is a controversial concept in the doctrine. In this study, articles 47 and 125 of the Code of Criminal Procedure will be examined under a number of aspects such as evidential quality of the state secret in the investigation stage, its suitability to the equality of arms, the right of defense and the right to a fair trial in the prosecution stage. In addition, our recommendations regarding the amendments which should be done about state secret in CMK by considering legal acts in the comparative criminal procedure law will be set forth.

Keywords: State Secret, Criminal Procedure, Investigation, Prosecution, Judicial Search, Seizure, Testimony, Evidence, Right to A Fair Trial

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı 2017-2018 Güz döneminde Prof. Dr. Veli Özer Özbek tarafından verilen Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi dersinde hazırlanan ödevin geliştirilmiş halidir.

** Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ozanors@izmir.av.tr, ORCID: 0000-0003-4517-7902, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.03.2018 Kabul Tarihi: 18.03.2018

GİRİŞ

Devlet sırrı, amacına uygun kullanılmadığında çeşitli özgürlükleri zedeleyebilmekte; demokratik hukuk devleti ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Bu yönüyle devlet sırrı kavramı, öğretideki tartışmalı konular arasındadır.

Gizliliklerinin korunması gerektiğinden, devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri ceza yargılamasında ispat aracı olarak kullanılan diğer delillerden ayrı bir yere koymak gerekmektedir. Böylece gerek Türk gerekse karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukunda ispat aracı olan diğer delillere nazaran devlet sırrı içeren bilgi veya belgeler ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir.

Ceza yargılamasında devlet sırrı ile karşılaşıldığında üç amacın ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar: 1) devlet sırrına ulaşılarak maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması, 2) ulusal güvenlik bakımından zorunluysa devlet sırrının gizliliğinin korunması, 3) silahların eşitliğinin, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesidir. Bu üç amacın aynı anda gerçekleştirilmesi güçtür. Mesele, gerektiğinde hangi amaçtan vazgeçilebileceği ile ilgilidir.

Bu çalışmanın gerçekleştirilmesinde izlenen yöntemi açıklamak gerekirse, devlet sırrı, birinci bölümde bir kavram olarak, ikinci bölümde ise hukuk düzenindeki yeri açısından incelenmiştir. Buraya kadar devlet sırrının kamu hukuku bağlamında genel bir incelemesi yapılmıştır. Çalışma konumuza ise üçüncü bölümde girilmiş; Türk ve karşılaştırmalı ceza yargılaması hukuklarında devlet sırrına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Bu kapsamda, CMK'nın 47. ve 125. maddeleri, devlet sırrının soruşturma evresindeki delil niteliği, kovuşturma evresinde silahların eşitliği, savunma ve adil yargılanma haklarına uygunluk açılarından değerlendirilmiştir. Ayrıca, karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukundaki yasal düzenlemeler göz önüne alınarak, CMK'da devlet sırrı ile ilgili yapılması gereken değişiklikler bakımından önerilerde bulunulmuştur.

I. GENEL OLARAK DEVLET SIRRI KAVRAMI

Devlet sırrı kavramı, iki alt kavramın bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Bu kavramlardan birincisi "sır" kavramıdır. Sır sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan

şey" olarak açıklanmıştır.¹ Bu anlamdan da görüleceği üzere sır; bir olayın, bilginin, durumun başkalarınca bilinmesinde sakınca görüldüğü için dışarıya karşı korunmasıdır. Bu koruma ihtiyacı, sırrın içeriğini oluşturan konunun başkalarınca bilinmemesinde yarar görülmesinden kaynaklanır. Sır kavramı bu anlamda, alenileşmemiş, başkalarına kapalı bir alan oluşturur.²

İkinci kavram "devlet" kavramıdır. Devlet kavramı ile ilgili birçok düşünür tarafından verilmiş tanımlar bulunmaktadır. Buna karşın, bu tanımlarda ortak bazı noktalar olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu ortak noktalar ki esasında devletin öğelerini de belirtmektedir, insan topluluğu (ulus), ülke (toprak), egemenlik ve siyasal örgütlenmedir.³ Devlet kavramının tanımına bir örnek olarak Atatürk'e göre devlet, "*belli bir toprakta yerleşmiş ve kendine özgü bir güce sahip olan bireylerin toplamından oluşan bir varlıktır*".⁴ Jellinek'e göre ise, "*egemenlik gücüyle aslen donatıl-*

¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&view=gts, (E. T: 24.10.2017).

² Rukiye Akkaya Kia, "Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 19, S: 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 2013, s. 749. Sırrın subjektif ve objektif olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Subjektif unsurdan, sır sahibinin sır oluşturan bilginin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesini istemesi anlaşılır. Objektif unsur ise, sır olan bilginin başkaları tarafından bilinmemesidir. Sır konusunun başkaları tarafından bilinmemesi veya "belirli" bir çevre tarafından bilinmesi gerekir. Bu çevredeki kişilerin sayısı, tamamen nisbi olup; bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Buna, parolanın belirli bir askeri grup tarafından bilinmesi örnek verilebilir. Bkz. Oğuz Sancakdar, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 234.

³ Fevzi Demir, *Anayasa Hukuku - Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2009, s. 27-28. Devletin unsurları insan (ulus), toprak (ülke), egemenlik (devlet gücü/erki) olarak da belirtilmektedir. Bu teoriye üç unsur teorisi denilmektedir. Örneğin Jellinek'in devlet tanımı, üç unsur teorisine göre yapılmış bir tanımdır. Bkz. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s. 4. Demir ise, bu üç unsurun yanında egemenliğin ortaya çıkması bakımından bir önkoşul olması nedeniyle devletin ögesi olarak siyasal örgütlenmeyi de saymaktadır. Bkz. Demir, s. 35.

⁴ "Devletin sahip olduğu gücü anlatırken, bu gücü kendine özgü diye niteliyoruz. Gerçekte devleti oluşturan ulusun bağrında nüfuz kullanan güç, birey olarak hiç kimse tarafından verilmiş değildir. O, bir siyasal nüfuzdur ki, devlet kavramının kendinde vardır ve devlet onu halk üzerinde uygulamak ve ulusu dışarıda temsil etmek ve başka uluslara karşı savunmak yetkisine sahiptir. Bu siyasal yetki ve güce 'irade' ya da 'egemenlik' denir". Bkz. M. Kemal Atatürk, *Medeni Bilgiler (Uygarlık Bilgileri)*, 4. Baskı, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 172; A. Afet İnan, *Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2010, s. 36. Atatürk'ün devlet kavramı ile ilgili yazdıkları için bkz. Atatürk, s. 171-172; İnan, s. 35-36.

muş, belli bir toprak parçası üzerinde yerleşik bir millet birliği” demektir.⁵ Devlet kavramı bakımından daha uzun bir tanım ise şu biçimde yapılabilir: “Devlet, belirli bir insan topluluğunun, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olmasıyla oluşan, hukuki kişiliğe sahip devamlı bir örgütlenmedir”.⁶ Peki, “sır” ve “devlet” kavramlarından yola çıkarak “devlet sırrı” kavramına nasıl varılabilir? Ya da bu soruyu kendiliğinden yanıtlayan daha açık bir soru cümlesiyle, devletlerin sırları olabilir mi?

Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir.⁷ Gerçek kişiler gibi yine gerçek kişi olmakla birlikte bazı meslekleri yürütenler de sır sahibi⁸ olabilirler. Bu durumda sır saklamak bir yükümlülük olarak düzenlenir. Buna avukatın, doktorun, işçinin, memurun sır saklama yükümlülükleri örnek gösterilebilir. Bunun yanında, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de çalışma alanlarına göre sırları olabilir. Buna da ticari sır, banka ve müşteri sırlarının saklanması örnek oluşturur. Devlet de bir tüzel kişilik olduğuna göre devletlerin de sırlara sahip olabileceğini söylemek gerekir.⁹

Bir bilgiyi sır olarak tutmanın çeşitli nedenleri olabilir. Bununla birlikte, devletlerin sırlara sahip olmasının nedenleri gerçek kişilere ya da meslek sahiplerine göre farklılık gösterir. Devletlerin sırlara sahip olmasının ana nedeni devletin güvenliğinin (ulusal güvenliğin) korunmasıdır.¹⁰ Güvenliğin sağlanmasında devletin yaşamsal

⁵ Gözler, s. 4; Georg Jellinek, L’Etat moderne et son droit, Traduction française par Georges Fardis, Paris, V. Giard & Brière, 1911, c.I, s.296.

⁶ Gözler, tanımda yer alan “örgütlenme” sözcüğü yerine “teşkilat” sözcüğünü kullanmakla birlikte, bu tanımın İlhan Akipek’in tanımından uyarlandığını da belirtmektedir. Bkz. Gözler, s. 6.; Akipek’in tanımı için bkz. İlhan Akipek, Devletler Hukuku, 3. Baskı, Başnur Matbaası, Ankara, 1966, s. 12.

⁷ Klasik Ceza Hukuku Okulunun kurucusu Carrara’ya göre, iradeleri ile bir kamu tüzel kişisi olan devleti oluşturan kişiler devlete karşı suç işleyemezler. Devlete karşı suç işleyemediklerinden, kişilerin devletin belge ve bilgilerini öğrenmek hakları vardır ve böylece devletin kişilere karşı sırları olamaz. Bkz. Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, “Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1, 2010, s. 22. Bununla birlikte, casusluk eylemlerinin oldukça eskilerde dayandığı gerçeği göz önüne alındığında, devletin sırları olabileceği görüşü baskın çıkmıştır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 22.

⁸ Meslek sırrı, bir kimsenin mesleği icabı öğrendiği ve başkalarına açıklamaması gereken bilgilerin tümüdür. Bkz. Sancakdar, s. 234.

⁹ Akkaya Kia, s. 751.

¹⁰ Kaymaz, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, devlet sırrının merkezinde ulusal güvenliğin korunmasına ilişkin bilgilerin yer aldığı görüldüğü; diğer bilgilerin, ulusal güvenlikle ilişkili olması ve ulusal güvenliğin korunması bakımından gerekli olması durumunda devlet sırrı kapsamında kabul

çıkartı¹¹ bulunmaktadır. Güven içinde olması, varlığını sürdürmesi, devletin gizli kalması gereken askeri, siyasi bilgi ve belgelere sahip olmasını zorunlu kılar.¹² Öyleyse, devletin güvenliği ve buna bağlı olarak yaşamsal çıkarlarının korunması açısından bazı bilgilerin saklı tutulması gerektiği açıktır.¹³ Böylece, bir devlet sırrı açığa çıktığında ya da açıklandığında, devlet büyük ve onarılmaz bir zarar görüyorsa, bilginin saklanması kamu yararı olduğu düşünülür¹⁴ ve o bilgi açıklanmaz ve devlet sırrı oluşturur.

Buraya kadar açıkladıklarımızdan bir sonuca varmak gerekirse, devletlerin sırları olabileceğini hatta olması gerektiğini kuramsal olarak kabul etmek gerekir. Devletlerin ulusal güvenliklerine ilişkin sırlara sahip olmadan yaşayabileceklerini ya da olası tehlikelere karşı yaşamlarını korumak için bazı stratejik bilgileri oluşturarak gizliliğe bağlamalarının gerekmediğini ileri sürmek mantıklı bir yaklaşım ol-

edildiğini belirtmektedir. Bunun yanında, devlet sırrı kapsamında kabul edilen bir diğer alan ise devletin uluslararası ilişkileriyle ilgili bilgi ve belgelerdir. Bkz. Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 30. Özkan' da, "devletin güvenliği ve dış ilişkiler ile ilgili bilgiler, ilke olarak gizliliğin kabul edilerek, tartışılmasının yapılmadığı alanı oluşturmaktadır." demektedir. Bkz. Gürsel Özkan, *Demokratik Yönetimin Birinci Adıma Bilgi Edinme Hakkı*, Türkiye Kamu-Sen, Ankara, 2004, s. 86. 9.11.1983 tarihli, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu m. 2/a'da ise milli güvenlik; "devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması" biçiminde tanımlanmıştır. Sınar'a göre, 2945 sayılı Kanun'da yer verilen milli güvenlik tanımının, uluslararası (ya da dış) ilişkiler gibi tüm diğer kavramları bir bütün halinde kapsadığı tartışmasızdır. Bkz. Hasan Sınar, "Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, S: 42, 2013, s. 9. Bize göre de, ulusal güvenlik kavramı yanında ayrıca dış ilişkiler kavramını kullanmaya gerek bulunmamaktadır. Ulusal (milli) güvenlik kavramıyla ilgili bkz. Lütfi Duran, "Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik", *İktisat ve Maliye*, C: 17, S: 4, 1970, s. 165-172; Rona Aybay, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 33, 1978, s. 59-82; Tayfun Akgüner, "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C: 6, S: 1-3, 1985, s. 13-16; Hasan Tunç/ Ayhan Döner, "MGK ve Milli Güvenlik Kavramı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S: 1, 1998, s. 3-23.

11 Hafizoğulları/Özen, s. 23. Devletin güvenliğinden, devleti oluşturan tüm öğelerin güvenliğinin anlaşılması gerekir. Böylece, güvenliğin sağlanmasında devletin yaşamsal çıkarı bulunduğu daha somut olarak görülür.

12 Hafizoğulları/Özen, s. 23.

13 Özkan, s. 86; Yusuf Ziya Polater, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, S: 122, 2016, s. 130.

14 Akkaya Kia, s. 751.

maz. O halde, devlet kavramı nasıl gerçeklik belirtiyorsa devlet sırrı kavramı da aynı biçimde gerçeklik belirtir. Başka bir deyişle, devlet nasıl var ise devlet sırrı da vardır.

Gerçekten, en çağdaş¹⁵ ülkelerde bile devlet sırrı kavramı ile koruma altına alınan devletin güvenliği ile ilgili bilgi ve belgeler bulunmaktadır.¹⁶ Bununla beraber, devlet sırrı kavramının uygulanması nedeni, çağdaş ülkelerle demokratik olmayan ülkeler arasındaki farkı belirtir. Devlet sırrı kavramı, çağdaş ülkelerde yalnızca bir gerçeklikten ve gereklilikten dolayı uygulanırken; demokrasi kültürü yeterince gelişmemiş ya da demokrasinin devlet kurumları tarafından yeterince içselleştirilmediği ülkelerde, hükümetlerin hukuka aykırı eylemlerine bir kılıf olarak kullanılabilir.¹⁷ Sonuç olarak, devlet sırrı kavramı bir gerçeklik ve gereklilik belirtmekle birlikte, sınırsız bir alan da oluşturmaz. Peki, demokratik bir hukuk devletinde devlet sırrı kavramının sınırı ne olmalıdır?

II. HUKUK DÜZENİNDE DEVLET SIRRI

A. HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN DEVLET SIRRI KAVRAMI

Polis devleti kavramının tam karşısı¹⁸ olan hukuk devleti kavramı, bireylerin siyasi otorite karşısında güven içinde buldukları bir devlet sistemini belirtir. Bu hukuki güvenin sağlanmasının yolu ise devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması; başka bir deyişle hukukun devletin üzerinde denetleyici bir niteliğinin bulunmasıdır.¹⁹ Kısacası hukuk devleti, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan devlet demektir.²⁰

¹⁵ Buradaki çağdaş sözcüğü, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde açıklandığı üzere, "Bulunulan çağın anlayışına, şartlarına uygun olan, çağcıl, uygarca, modern, asri" anlamında kullanılmıştır. TDK Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (E. T: 14.03.2018). Aslında burada "çağdaş" sözcüğü yerine, çağın anlayışına uygun olan "şeffaf demokrasi" kavramı da kullanılabilir.

¹⁶ Bahattin Aras, "Devlet Sırrı Kavramı ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C: 1, S: 4, 2011, s. 561.

¹⁷ Akkaya Kia, s. 751.

¹⁸ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 245.

¹⁹ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Tıpkıbasım, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 318.

²⁰ Soysal, s. 245.

Hukuk devleti ilkesi, insan hakları ile ilgili bütün ilkelerin ana-sıdır.²¹ Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi, tüm hak ve özgürlükler ile ilkelerin kaynağını oluşturur.²² Bu nitelikteki hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için, öncelikle vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlüklerin kolay değiştirilemeyecek biçimde Anayasalarda sayılması; bunların düzenlenmesi ile sınırlandırılmasının da ancak belirli nedenlerle ve yasayla yapılması gerekir. Bununla beraber, hukuk devletinde sadece yasa yapılmasının hukuka uygun olması yetmemekte; yasaların uygulanmasının da hukuka uygun olması gerekmektedir.²³

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini şu biçimde tanımlamaktadır: *“Hukuk devleti; her işlem ve eylemin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir”*.²⁴

Yasallık ilkesi, hukuk devletinin ve böylece hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Belirlilik ise yasallık ilkesinin bir güvencesidir.²⁵ Başka bir deyişle, hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir.²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan hukuk devleti ilkesinin ana ilkelerinden biri de belirliliktir. *“Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek*

²¹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 112.

²² Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 51.

²³ Demir, s. 314; Soysal, s. 245-247.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 2/6/1989 tarih, E: 1988/36, K: 1989/24, AMKD., S. 25, s. 262. Ayrıca bkz. Mehmet Akad/ Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gereklere ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 8.

²⁵ Bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 43, 45.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 11.2012 tarih, E: 2011/149, K: 2012/187, 04.12.2013 tarihli, 28841 sayılı R.G, www.anayasa.gov.tr, (E. T: 28.10.2017).

*şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar”.*²⁷

Hukuk devletini kısaca açıkladıktan sonra devlet sırrı kavramını hukuk devleti açısından değerlendirmek gerekmektedir. Devlet sırrı kavramı, devletin eylem ve işlerinin şeffaflığının istisnalarından birini oluşturmaktadır.²⁸ Başka bir deyişle, devlet sırrı kavramı yönetimde gizliliğin nedenlerinden biridir.²⁹ Şeffaflık ve adaleti gerektiren hukuk devletinde ise sır konusunun ve dolayısıyla devlet sırrı kavramının hassas bir biçimde ele alınması gerekir.³⁰

Devlet sırrı konusunda hukuk devleti açısından en önemli sorun, hangi bilgi veya belgenin devlet sırrı kapsamında olup olmadığını önceden kesin bir biçimde belirlemek olanağının bulunmamasıdır.³¹ Diğer yandan, hukuk devleti açısından yasallık ve belirlilik ilkeleri söz konusudur ve bunun zorunlu sonucu olarak devlet sırrı kavramının kapsamı ve böylece tanımı ve sınırlarının çizilmesi gerekir.³² Devlet sırrı kavramını şeffaf devletin, hukuk devletinin ve gerçek bir demokrasinin gereği olarak dar yorumlamak gerektiğinde³³ tartışma olmasa gerekir.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, 11.10.2012 tarih, E: 2012/37, K: 2012/148, 10.12.2013 tarihli, 28847 sayılı R.G, www.anayasa.gov.tr, (E. T: 28.10.2017).

²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 22.

²⁹ Ramazan Erdağ, “Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı”, *Türk İdare Dergisi*, C: 81, S: 463-464, 2009, s. 95.

³⁰ Mesude Altunel, “Devlet Sırrı İçerdiği İddia Edilen Bilgi ve Belgelerin Ceza Yargılamasındaki Yeri”, *Yargıtay Dergisi*, C: 37, S: 3, 2011, s.28.

³¹ Akkaya Kia, s. 753.

³² Benzer yönde bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 22.

³³ Polater, s. 131.

B. TÜRK HUKUKUNDA DEVLET SIRRININ TANIMI VE KAPSAMI

Öğretide devlet sırrı kavramının tanımlanması oldukça güç bir kavram olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, devlet sırrından ne anlaşılması gerektiğini belirlemek ve herkesin üzerinde anlaşabileceği bir devlet sırrı tanımı yapmak neredeyse olanaksızdır. Bunun nedeni, her bir devletin karşı karşıya bulunduğu tehditlerin farklı olması, diğer yandan aynı devletin de maruz kaldığı tehditlerin zaman içinde değişebilmesidir.³⁴ Böylece, diğer ülkelerden farksız olarak ülkemizde de devlet sırrının herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamıştır.³⁵

Türk hukukunda çeşitli yasalarda devlet sırrı kavramı ile ilgili tanımların yer aldığı görülmektedir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun (BEHK) 16. maddesinde, "Açıklanması halinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler" denilmiş, bu bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) İkinci kitap, Dördüncü kısım, Yedinci bölümü (326. madde ve devamı), "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlığını taşımaktadır. 326. maddede devletin güvenliğine ilişkin belgeler, "Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge veya vesikalar" olarak belirtilmiştir. 327. maddede ise, "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgiler" denilerek 326. maddedeki ifadenin bir benzeri kullanılmış; farklı olarak "niteliği itibarıyla gizli kalması gereken" eklemesi yapılmıştır. 328, 329 ve 330. maddelerde de 328. maddedeki ifadenin aynısı kullanılmıştır. TCK'nın 334, 335, 336, 337. maddelerinde ise devlet sırrı olmamakla birlikte "yasaklanan bilgiler" olarak adlandırılan bilgilerin temini, casusluk amacıyla temini, açıklanması, siyasal veya casusluk amacıyla açıklanması ile ilgili suçlara yer verilmiştir. Bu maddelerde yasaklanan bilgiler, "yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler" olarak belirtilmiştir.

³⁴ Kaymaz, s. 21.

³⁵ Hafızoğulları/Özen, s. 25.

5237 sayılı TCK'nın "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlığını taşıyan anılan bölümüne baktığımızda, bu bölümde yer alan suç tiplerinin temelde iki temel kavram üzerinden hareket edilerek oluşturulduğu görülmektedir. Bunlar; "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları" ile "Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler" kavramlarıdır.³⁶ Dolayısıyla, TCK'daki "devlet sırrı" kavramının bir üst kavram oluşturduğu ve bu iki kavramı birlikte belirttiği anlaşılmaktadır.

İdarelerin kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı bilgilerin de gizliliğe bağlanması ve TCK'da bu gizliliği ihlallerin suç çeşitleri olarak düzenlenmesi öğretide eleştirilmektedir. Hafızoğulları/Özen'e göre, bu durum, idarenin eylem ve işlemlerinin açıklığı kuralını önemli ölçüde ihlal etmektedir. Diğer yandan, idarede görev alan kişilerin eylem ve işlemleri denetimsiz bırakılmıştır.³⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) bakıldığında, Yasanın 47. maddesinde, BEHK'daki tanıma benzer bir devlet sırrı tanımı yapıldığı görülmektedir. CMK'nın 47/1. maddesine göre, "Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır".

5237 sayılı TCK ile 5271 sayılı CMK'daki devlet sırrı kavramlarının kapsamlarının farklı olduğu görülmektedir. TCK'da devlet sırrı kavramı, CMK'ya göre daha geniş biçimde düzenlenmiştir. Maddi ceza hukukunu düzenleyen TCK'da devlet sırrı kavramının, şekli ceza hukukunu düzenleyen CMK'ya göre daha geniş bir kapsam belirtmesinde "genel olarak" sakınca görülmeyebilir. Bununla birlikte, yetkili makamların "özellikle" düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı bilgilerin devlet sırrı kapsamına alınması ve böylece gizliliğe bağlanması, idare açısından çok geniş bir yetki alanını ifade etmektedir. Bu durumun belirlik ilkesine uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Bu noktada 2008 yılında Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan fakat yasalaşmayan Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'na (DSKT) değinmek gerek-

³⁶ Aras, s. 555.

³⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 26.

mektedir. Tasarının genel gerekçesinde de idarelerin gerek yasa gerekse düzenleyici işlemlerle yasakladığı bilgilerin de TCK bakımından devlet sırrı kapsamına alınması sorunsalına değinildiği görülmektedir. Bu konuya genel gerekçede şöyle değinilmektedir: "... çeşitli kanun ve düzenleyici işlemlerde de devlet sırrı ve gizliliğiyle ilgili hükümler yer almakta ise de, bu hükümlerde devlet sırrının hangi usul gereğince belirlenip belirtileceği, hangi hususların devlet sırrı teşkil edeceği, devlet sırrı olgusunu belirlemeye yetkili makam ve mercilerin hangileri olduğuna dair yeterli açıklığa rastlanmamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun konuyla ilgili hükümlerinin uygulanmasında zorluklarla karşılaşıldığı gibi, basın ve yayın araçlarıyla devlet sırrı niteliğindeki konulara ilişkin olarak yapılan yayınlar sonucu devletin güvenliği, iç ve dış siyasal yararları bakımından ciddi tehlikeler ortaya çıkmaktadır".

Tasarının genel gerekçesinde, tasarı ile kişi yararı ve toplum yararının bağdaştırılmasının hedef alındığı belirtilmektedir. Bu kapsamda, tasarıda "devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler" ve "diğer gizli bilgi ve belgeler" biçiminde iki ayrı kavram temel alınmıştır. DSKT'nin üçüncü maddesinde "devlet sırrı" kavramı tanımlanmış olup buna göre, "Devlet sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir". DSKT'nin dördüncü maddesinde ise, gizliliğe bağlanan diğer kavram olan "devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler" tanımlanmıştır. Madde düzenlemesine göre, "Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi halinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askeri hizmetlere, idari soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir".

DSKT'nin üçüncü maddesinde yapılan devlet sırrı tanımının, içerik bakımından BEHK'nin 16. maddesinde ve özellikle³⁸ CMK'nın 47/1. maddesinde yapılan tanımlar ile benzer olduğu görülmektedir. DSKT'nin dördüncü maddesinde yapılan "diğer gizli bilgiler" tanımı-

³⁸ Sınar, bu tanımın CMK m. 47/1'deki devlet sırrı tanımının aynen tekrarı niteliği taşıdığını belirtmektedir. Bkz. Sınar, s. 8.

nın ise, genel gerekçede belirtilen amaca uygun olmadığı,³⁹ yani idarenin “düzenleyici işlemleriyle” bilgileri gizliliğe bağlaması sorununa çözüm getirmediği görülmektedir.⁴⁰

DSKT’deki devlet sırrı tanımı üçüncü maddede belirtilen biçimde olmakla birlikte, alt komisyon aşamasında⁴¹ bu tanım “Devlet sırrı; yetkisiz kişilerce öğrenilmesi, Devletin uluslararası ilişkilerine veya milli güvenliğe zarar verebilecek mahiyetteki gizli bilgi, belge ve kayıtlardır” biçiminde değiştirilmiştir.⁴² Yine alt komisyon aşamasında, dördüncü maddede düzenlenen diğer gizli bilgilere ilişkin düzenleme metinden çıkarılmış ve tasarı yalnızca devlet sırrı niteliğindeki belge-

³⁹ Oysa genel gerekçede, diğer gizli bilgi ve belgelere ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda düzenleneceğinin kabul edildiği belirtilmektedir. Genel gerekçede bu anlayış kabul edilmesine rağmen, DSKT’nin 4. maddesinde “yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir” denilmektedir. Bu açıdan, genel gerekçe ile DSKT’nin 4. maddesinin uyumlu olmadığı görülmektedir.

⁴⁰ Öğretide DSKT’ye yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bayraktar’a göre, DSKT’deki devlet sırrı kavramı, karşılaştırmalı hukuktaki, TCK’daki, BEHK’daki devlet sırrı kavramından çok daha geniş ve belirsizdir. Bkz. Köksal Bayraktar, “İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, 5 Mayıs 2004, TBB Yayınları, No: 62, Ankara, 2004, s. 114-115; Benzer yönde bir eleştiri için bkz. Polater, s. 135. DSKT’ye yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Sınar, s. 8-10; Akkaya Kia, s. 755.

⁴¹ Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss287.pdf>, (E. T: 30.10.2017.)

⁴² Kaymaz’a göre, devlet sırrının kapsamını daraltan bu tanım daha isabetlidir ve ayrıca karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere daha uygundur. Bkz. Kaymaz, s. 30. Karşılaştırmalı hukuk açısından devlet sırrı kavramının tanımı ve kapsamına birkaç örnek vermek gerekirse, Alman Ceza Kanunu’nun 93. paragrafında devlet sırrı, “Sadece sınırlı sayıda kişilerce öğrenilebilen ve Federal Alman Cumhuriyeti’nin dış güvenliğiyle ilgili her türlü tehlikeyi önlemek için bir yabancı güç açısından gizli kalması gereken olaylar” biçiminde tanımlanmıştır. Bkz. Bayraktar, s. 114; Semih Yumak, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin İncelenmesi”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 10, 2014, s. 75. Estonya Devlet Sırları Yasası’nun 2. maddesine göre devlet sırrı, “Estonya Cumhuriyeti’nin ulusal güvenlik amaçları bakımından açıklanmasının önlenmesi gereken ve Devlete ait olan, Devlet gözetimi altında olan veya Devlet tarafından veya Devlet hesabına üretilen bilgiler”dir. Bkz. Estonya Devlet Sırları Yasası, *Polis Dergisi*, S. 39, 2004, s. 459. Avustralya’da ise, devlet sırrı yerine ulusal güvenlik bilgileri kavramı kullanılmakta olup, ulusal güvenlikten; “Avustralya’nın savunma, güvenlik uluslararası ilişkileri ve kamu düzeninin korunması”; uluslararası ilişkilerden ise, “diğer devletler ve uluslararası kurumlarla olan siyasi, askeri ve ekonomik ilişkiler” anlaşılmaktadır. National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004, md. 8, 10. Bkz. Kaymaz, s. 25. Karşılaştırmalı hukuktaki devlet sırrı tanımlarının daha fazlası için bkz. Kaymaz, s. 22-25.

lere özgülenmiştir. Alt komisyonda, devlet sırrı dışındaki bilgilerin yetkili makamların düzenleyici işlemleriyle gizliliğe bağlanmasını öngören dördüncü maddenin tasarı metninden çıkarılması, bize göre yasalılık ve belirlilik ilkelerine uygunluğun sağlanması açısından yerinde olmuştur.

Buraya kadar belirttiklerimizden bir sonuca varmak gerekirse, DSKT yasalaşmadığından, Türk hukukunda devlet sırrı kavramının ayrı bir yasa ile düzenlenmediği, bu kavramın çeşitli yasalarda farklı tanım ve kapsamlarda ele alındığı görülmektedir. Oysa hukukun birden çok dalını ilgilendiren devlet sırrı kavramının tanımının ve sınırlarının ayrı bir yasayla somut bir biçimde düzenlenmesi gerektiği açıktır.

C. DEVLET SIRRI KAVRAMININ FARKLI HUKUK DALLARINI ETKİLEYEN NİTELİĞİ

Devlet sırrı, hukukun birden çok dalını ilgilendiren bir kavramdır. Gerçekten devlet sırrı kavramı, insan hakları hukukunda, anayasa hukukunda, ceza ve ceza yargılaması hukukunda, idare hukukunda⁴³ ve idari yargılama hukukunda incelenme ve düzenlenme alanı bulmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda devlet sırrı kavramına yer verildiği görülmektedir. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, herkesin düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün hangi amaçlar bakımından sınırlandırılabileceği açıklanmış; "devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması" bu amaçlar arasında sayılmıştır.⁴⁴ Anayasa'nın 28. maddesinde de basın özgürlüğü düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre basın hürdür, sansür edilemez. Bununla beraber, maddenin ikinci fıkrasında basın özgürlüğünün sınırları belirtilmiş olup

⁴³ Bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 21.

⁴⁴ Anayasa m. 26/2 uyarınca diğer sınırlama nedenleri, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesidir.

bu sınırlar arasında devlete ait gizli bilgilere de yer verilmiştir. Bu doğrultuda, “Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar.”

Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinden görüleceği üzere, devlet sırrı, düşüncelyi açıklama ve yayma ile basın özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturmaktadır. Bu iki özgürlük özelinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, dayanağını Anayasa’nın 13. ve 14. maddelerinde bulmaktadır. Anayasa’nın 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. 14. maddede de temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı düzenlenmiş olup bu da temel hak ve özgürlüklere çizilen sınırın bir yönünü belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin onuncu maddesinde ifade özgürlüğüne yer verilmiştir. İfade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünü ve düşüncelyi açıklama özgürlüğünü bir bünyesinde barındıran kapsayıcı bir terimdir. Daha açık bir deyişle, AİHS’in onuncu maddesinde, ifade özgürlüğü kapsamında bir fikrin oluşabilmesi için gerekli olan inceleme ve bu arada öğrenme ve haberleşme özgürlüğü haklarına; kanaat özgürlüğü ile pekiştirilmiş biçimde fikirlerin açıklanması ve yayılması hakkına bir arada yer verilmiştir. Böylece bu hakların, bir üst başlık olan ifade özgürlüğü çatısı altında, bu hakkın birer görünüm biçimi olarak kabul edilmesi gereken, birbirinden ayrılmaz bir haklar bütünü olduğu ortaya konulmuştur.⁴⁵

Bununla beraber, AİHS m. 10/2’de ifade özgürlüğünün sınırları belirtilmiştir. Buna göre, “kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu özgürlükler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu

⁴⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 420, 424.

güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ya da ahlakın ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması için, demokratik bir toplulukta zorunlu önlemler niteliğinde olarak, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi ya da yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanması bakımından, kanunla belirli işlemlere, koşullara, sınırlamalara ya da yaptırımlara bağlı tutulabilir.” Görüleceği üzere, Anayasa m. 26/2’deki sınırlamalar genel olarak AİHS’ m. 10/2’de yer alan sınırlama nedenlerine benzemektedir.⁴⁶ Bu açıdan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüne Anayasa’nın 26. ve 28. maddeleriyle getirilen sınırlamalar, bu özgürlükleri kapsayan ifade özgürlüğü açısından AİHS m. 10/2’de yer verilen sınırlandırmalara uygundur.

İdare hukuku açısından devlet sırrı kavramı bilgi edinme hakkı bakımından önem belirtmektedir. Çağdaş, demokratik ve hukuk devleti anlayışında, kamu hizmetlerinde halka yakınlığı, açıklığı (şeffaflığı), dürüstlüğü ve halkın idareyi ve yönetenleri denetimini sağlayabilme temel ilkedir. Bu temel ilkenin en önemli araçlarından birisi de kuşkusuz bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür. Bilgi edinme hak ve özgürlüğünün ana amacı, idarenin alacağı kararları hukuka uygun biçimde etkileyebilmek için kişinin bilgilenmesini sağlamaktır.⁴⁷ Böylece, bilgi edinme özgürlüğü yönetimde demokrasinin bir unsurudur.⁴⁸

Demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla (BEHK m. 1) ve kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanmak üzere (BEHK m. 2) 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çıkarılmıştır. Bununla beraber, diğer hak ve özgürlükler gibi bilgi edinme hakkı da bazı sınırlamalara bağlıdır. Bilgi edinme hakkının sınırları BEHK’nın 15 ile 28. maddeleri arasında belirtilmiştir. Konumuz açısından, kısaca ulusal güvenliğe ilişkin olduğunu söyleyebileceğimiz devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler, Yasanın 16. maddesi uyarınca, Anayasa ve

⁴⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 436.

⁴⁷ Ramazan Yıldırım, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 253, 248.

⁴⁸ İl Han Özay, *Günüşğında Yönetim*, Alfa, İstanbul, 1996, s. 3.

AİHS'te yer verilen sınırlamalara uygun olarak bilgi hakkı kapsamı dışında tutulmuştur.

İdari yargılama hukuku bakımından⁴⁹ ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 20 düzenlemesine değinilmelidir. İYUK m. 20/1'e göre, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler."⁵⁰ Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir"⁵¹ Bu kuralın istisnasını ise İYUK m. 20/3 oluşturmaktadır. Buna göre, "... istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez"⁵² Ancak burada İYUK m. 20/3'ün son cümlesi önem arz etmektedir. Anılan hüküm uyarınca, idarenin ileri sürdüğü savunmanın devlet sırrı olduğundan bahisle mahkemeye verilmeyen bilgi veya belgeye dayanması durumunda, bu savunma mahkemece dikkate alınmayacaktır. Böylece, İYUK m. 20/3'ün son cümlesi ile idarenin bir bilgi veya belgeyi gizli tutma olanağı ile bireylerin yargısal korunma hakkı arasında bir denge kurulduğu görülmektedir.⁵³

⁴⁹ Bu konuda bkz. Şevki Davut, "Devlet Sırrı Kavramı ve İdari Yargı Denetimine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S: 62, 2011, s. 66-71.

⁵⁰ Gözübüyük/Tan'ın belirttikleri üzere, "idari davalarda kanıtlar çoğu kez davalı durumunda olan idarenin elindedir. Davacı, davasını kanıtlamak için, idarenin elinde bulunan işlem dosyasının getirilmesini, ya da bulunan kanıtların saptanmasını ister. İdari yargı yerleri de, kendiliklerinden bu yola gidebilirler". Bkz. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 957-958.

⁵¹ "Anılan hüküm ile uyumsuzluğu çözmekle görevli yargı yerlerine, dava konusu işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığını saptama konusunda re'sen araştırma yetkisi verildiği görülmektedir". Danıştay 2. D; T. 31.1.2005, E. 2004/6213, K. 2005/329. *Danıştay Dergisi*, sayı: 110, 2005, s. 123 vd. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Tan, s. 959.

⁵² 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 185. maddesiyle bu fıkrada yer alan "Başbakan veya ilgili" ibaresi "Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya" şeklinde değiştirilmiştir.

⁵³ Davut, s. 70.

Devlet sırrı kavramı, hukukun farklı dallarını etkilemekle birlikte, tartışmaların asıl yoğunlaştığı yer ceza ve ceza yargılaması hukukudur.⁵⁴ Ceza hukuku açısından, devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler, TCK'nın İkinci kitap, Dördüncü kısmındaki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlıklı Yedinci bölümünde yer alan suçların konusu olarak belirlenmiştir. Örneğin 329. maddede devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçu düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, maddenin koruduğu hukuki yararın ülke güvenliği ve yararları olduğu açıklanmıştır.⁵⁵

334 ile 337. maddelerde ise, devlet sırrı olmamakla birlikte yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken belgeleri temin; siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin; açıklama; siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama suçları düzenlenmiştir. Daha önce belirttiğimiz üzere buradaki sorun, düzenleyici işlemler ile belgelerin açıklanmasının yasaklanması; başka bir deyişle suçun konusunun düzenleyici işlemler ile oluşturulmasıdır. Bu durum, yasallık ve belirlilik ilkeleri ile ve böylece hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

III. CEZA YARGILAMASINDA DEVLET SIRRI

A. KARŞILAŞTIRMALI CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA DEVLET SIRRI

1. Kazakistan

Devlet sırrına ilişkin Kazakistan Ceza Muhakemesi Yasası'nda⁵⁶ (KZKCMK) ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Ceza davasının açılmasından sonra yargıç, tarafları soruşturma evresinde bilgi sahibi olmadıkları ceza yargılaması dosyasından haberdar eder. Taraflar dosyadan örnek ve notlar alabilir. Ancak devlet sırrı oluşturan bilgiler ve yasalar tarafından korunan diğer sırlar bunun dışındadır (KZKCMK m. 328). Taraflar, devlet sırrı oluşturan bilgileri ve yasalar tarafından korunan diğer sırları ancak duruşmaya getirilmek suretiyle inceleyebilir (KZKCMK m. 47/9).

⁵⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 21.

⁵⁵ Tasarıda TCK m. 329'un karşılığı m. 389'dur.

⁵⁶ 04.07.2014 tarihli 231 sayılı, Kazakistan Ceza Muhakemesi Yasası. Bkz. <http://adilet.zan.kz/eng/docs/K1400000231>, (E.T.: 07.09.2018).

KZKCMK'nın "Arama ve el koyma usulü" başlıklı 254. maddesinin birinci fıkrasına göre, arama ve el koyma, gerekçeli karar üzerine hazırlık soruşturmasını yürüten kişi tarafından gerçekleştirilir. Devlet sırlarını ya da yasalar ile korunan diğer sırları içeren belgelerin aranması ve el konulmasına ilişkin kararın sorgu yargıcı⁵⁷ tarafından onaylanması gerekir.

KZKCMK'nın "Halka açıklık" başlıklı 29. maddesinin birinci fıkrasına göre, ceza davalarında duruşmalar halka açıktır. Devlet sırlarının ya da yasalar ile korunan diğer sırların korunması amacına aykırı olduğu durumlarda duruşmaların halka açıklığı sınırlanabilir. KZKCMK'nın "Gizlilik" başlıklı 47. maddesinin birinci fıkrasına göre, ceza yargılaması sırasında, gerek bu yasa gerekse diğer yasalar uyarınca, devlet sırları ve yasalarca korunan diğer sırları oluşturan bilgilerin korunması için gerekli tedbirler alınacaktır. KZKCMK m. 47/5'e göre, devlet sırrı oluşturan bilgileri içeren deliller, kapalı celsede incelenir. KZKCMK'nın "Ceza davasının ayrılması" başlıklı 44. maddesinin birinci fıkrasına göre, devlet sırlarının korunması ile ilgili olarak kapalı yargılama usulü uygulanmasının nedenleri bulunduğu anda, ceza davası ayrılabilir.

2. Ukrayna

Ukrayna Ceza Muhakemesi Yasası'nda⁵⁸ (UKRCMK) devlet sırrına ilişkin düzenlemeler 517. ve 518. maddelerde yer almaktadır. Devlet sırrı teşkil eden bilgileri içeren ceza yargılamasının soruşturma ve kovuşturma evreleri, gizlilik düzenini düzenleyen kurallara uygun olarak yürütülür. (UKRCMK m. 517/1). Usuli işlemler, devlet sırrı oluşturan bilgileri içeremez (UKRCMK m. 517/2). Devlet sırrı teşkil eden bilgileri içeren ceza yargılaması kişilere açıktır. Şüpheli ya da sanık, Ukrayna Devlet Sırları Yasası'nın 28. madde koşulları anlatıldıktan sonra devlet sırrına resmi erişime sahip olmadan ceza yargılama-

⁵⁷ Sorgu yargıcı olarak çevirdiğimiz "investigating judge" KZKCMK m. 7/47'de, "soruşturma evresinde bu Kanunda belirtilen yetkileri kullanan ilk derece mahkemesi yargıcı" olarak tanımlanmıştır. Sorgu yargıcının yetkileri KZKCMK m. 55'de düzenlenmiştir. Sorgu yargıcının, Türk Ceza Muhakemesi sistemindeki sulh ceza hâkimine karşılık geldiği görülmektedir.

⁵⁸ 28.12.1960 tarihli 1000-05 sayılı, Ukrayna Ceza Muhakemesi Yasası. Bkz. https://www.legislationline.org/download/action/download/id/6454/file/Ukraine_CPC_2013_am2015_en.pdf, (E.T.: 07.09.2018).

sına iştirak edebilir ve devlet sırrı oluşturan bilgiyi açıklamanın cezai sorumluluğu hakkında uyarılır (UKRCMK m. 517/3).

Müdafi, şüpheli ve sanığın yasal temsilcileri, mağdur ve vekil, tercüman, bilirkişi, uzman, zabıt kâtibi, mübaşir gibi mevcut yasayla belirlenmiş ve ceza yargılamaları sırasında oluşan durumlardan kaynaklanan haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken devlet sırrına erişim iznine gereksinim duyan kişiler, devlet sırrı teşkil eden bilgiyi içeren belgelere erişebilir. Özel gizli bilgilere ve bunlarla ilgili belgelere erişim kararı, hazırlık soruşturma bürosu yetkilisi, savcı, mahkeme emri ya da yazılı talimatıyla verilir (UKRCMK m. 517/4).

Mağdur ve vekilleri, tercüman, bilirkişi, uzman, zabıt kâtibi ve mübaşir, devlet sırrı içeren belgelerden örnek ve notlar alamaz. Şüpheli ya da sanığın müdafileri ve yasal temsilcileri devlet sırrı içeren belgelerden örnek alamaz. Şüpheli, sanık, müdafileri ve yasal temsilcileri devlet sırrı içeren belgelerden notlar alabilir. Notları alan kişi, içeriklerine erişimi engelleyecek şekilde notları mühürleyecektir. Notlar, gizlilik kurallarına uygun olarak hazırlık soruşturması bürosunda ya da mahkemede saklanacak ve bu notları alan kişiye, isteği üzerine, hazırlık soruşturmasını yürüten birimde ya da davayı gören mahkemede gösterilecektir. Bu notları alan kişiden başka hiçbir kimse notları okuyamaz (UKRCMK m. 517/5). Hazırlık soruşturması belgelerine bağlı olmayan gizli bilgi içeren fiziksel belgeler, yasaya uygun olarak, hazırlık soruşturması bürosunun gizli belge bölümünde saklanmak üzere aktarılabilir. (UKRCMK m. 517/6).

Devlet sırrı niteliğinde savunma, ekonomi, bilim ve teknoloji, dış ilişkiler, devlet güvenliği alanlarındaki bilgilerin sınıflandırılmasının yasallığı, bu bilgilerin gizlilik düzeyinin değiştirilmesi ve gizliliğinin kaldırılması, gizli bilgilerin açıklanması ya da bu bilgileri içeren fiziki ortamların kaybedilmesi durumunda Ukrayna'nın ulusal güvenliğine verilen zararla ilgili görüşlerin hazırlanmasına ilişkin bilirkişi incelemesi faaliyeti, devlet bilirkişisi olarak görevlendirilen yetkili tarafından, devlet sırrı alanındaki ilgili yasa tarafından saptanmış gizlilik konularına göre yürütülür (UKRCMK m. 518/1). Bilirkişi incelemesi sırasında devlet tarafından korunan sırları içeren yöntemler, teknolojiler, bilgiler kullanıldığında, bilirkişi raporunda bu bilgilere yer verilmez (UKRCMK m. 518/2).

3. Portekiz

Portekiz Ceza Muhakemesi Yasası'nın⁵⁹ (PORCMK) "Devlet gizliliği" başlıklı 137. maddesinin 2. fıkrasında, "devlet gizliliğinin, özellikle açıklanması suç teşkil etmemekle birlikte Portekiz Devletinin iç ve dış savunmasını, güvenliğini ya da anayasal düzeninin korunmasını etkileyebilecek bilgilerin korunmasının amaçlandığı" belirtilmiştir.

"Devlet gizliliği ile ilgili olaylar hakkında tanık dinlenemez" (PORCMK m. 137/1). Tanığın devlet gizliliği ileri sürmesi durumunda, Adalet Bakanı aracılığıyla 30 gün içerisinde izin verilmesi gerekir. Bu süre içerisinde cevap verilmezse, tanığın ifadesi alınır (PORCMK m. 137/3)

Elinde devlet gizliliği ile ilgili belge veya eşya bulunduran kişiler, belge veya eşyanın devlet gizliliği ile ilgili olduğunu ileri sürerlerse, bu belge veya eşyalara el konulamaz (PORCMK m. 182/1). Eğer el koyma isteminin geri çevrilmesi devlet gizliliği ile ilgiliyse, m. 137/3 hükmü uygulanır (PORCMK m. 182/3).

4. İngiltere

İngiliz Ceza Muhakemesi Kuralları⁶⁰ (İNGCMK) m. 6.1/2'ye göre, mahkeme, ulusal güvenlikten kaynaklanan sebepler bulunması durumunda duruşmayı kapalı yapma yetkisine sahiptir.

"Bilginin sanıktan gizlenmesini talebi" başlıklı İNGCMK m. 47.65'de bilginin sanıktan gizlenmesini gerektiren nedenler sınırlayıcı olarak sayılmış olup, ulusal güvenliğin riske girmesi bu nedenler arasında yer almaktadır. Sanıktan bilginin gizlenmesini talep eden, bilginin açığa çıkarılmasının sayılan bu nedenlere yol açacağı ile ilgili şüpheleri açıklamak zorundadır. Mahkeme, bilginin gizlenmesi talebini sanığın ve müdafinin yokluğunda inceleyecektir. Eğer mahkeme bilginin gizlenmesi talebini usulen kabul ederse, sırasıyla şu yöntem izlenecektir: Mahkeme önce gizlilik talep edenin, sonra sanığın ifa-

⁵⁹ 17.12.1987 tarihli 78/87 sayılı, Portekiz Ceza Muhakemesi Yasası. Bkz. https://www.legislationline.org/download/action/download/id/6422/file/Portugal_CPC_am2015_excerpts_en.pdf, (E.T.: 07.09.2018).

⁶⁰ <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2015/criminal-procedure-rules-practice-directions-2015-April-2018.pdf>, (E.T.: 07.09.2018).

delerini, iki tarafın huzurunda değerlendirecektir. Bununla beraber, mahkeme gerek görürse gizlilik talep edenin ek ifadesini sanığın ve müdafinin yokluğunda alabilir.

Sulh Ceza Mahkemelerinin⁶¹ Oluşumuna Dair Genel Esaslar kısmında katalog halinde sayılan davalarda ki ulusal güvenliği etkileyen davalar bu davalar arasında sayılmıştır, kıdemli bölge yargıcı özel yargılama yetkisine sahiptir (Ceza Uygulama Yönergesi⁶² XII, EK 1/5). Katalog halinde sayılan davalara kıdemli bölge yargıcı, olmadığı takdirde kıdemli bölge yargıcı vekili, o da olmadığı takdirde kıdemli bölge yargıcı tarafından görevlendirilen bölge yargıcı ya da onun bu dava için özel olarak belirlenen vekili bakacaktır (Ceza Uygulama Yönergesi XII, EK 1/6).

5. Almanya

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (ALMCMK) "Resmi belgeler" başlıklı 96. maddesinin birinci fıkrasına göre, "resmi koruma altında bulunan dosyaların veya belgelerin içeriğinin ifşası Alman Federal Devletin veya bir Alman Federe Devletin aleyhine sonuçlar doğuracağı kurumun en yüksek amiri tarafından açıklanırsa, kurumdan veya memurdan bunların ibrazı veya teslimi, talep edilemez".⁶³ ALMCMK m. 96/1'de bahsedilen açıklamayı yapmaya yetkili kişi ilgili kurumun bakanıdır. Bununla beraber, bakan bu yetkisini devredebilir.⁶⁴

⁶¹ İngiltere'de üç çeşit ceza mahkemesi vardır. Bunlar sulh ceza mahkemeleri "magistrates' courts", Kraliyet Mahkemesi (Crown Court) ve çocuk mahkemeleridir (Youth Courts). Basit davaların görüldüğü sulh ceza mahkemeleri, iki ya da üç sulh ceza yargıcından ya da bir bölge yargıcından oluşur. Bu mahkemelerde jüri bulunmaz. Kraliyet mahkemeleri ise daha ciddi ceza davalarının görüldüğü mahkemelerdir. Bu mahkemelerde bir yargıç ve jüri bulunur. Jüri, sanığın suçlu olup olmadığına karar verirken, yargıç sanığın alacağı cezaya karar verir. Çocuk mahkemeleri ise sulh ceza mahkemelerinin özel bir türü olup, üç sulh ceza yargıcından ya da bölge yargıcından oluşur. Çocuk mahkemelerinde de jüri bulunmaz. Bkz. <https://www.gov.uk/courts/youth-courts>, (E.T.: 20.10.2018), <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/>, (E.T.: 20.10.2018). Kraliyet Mahkemesi (Crown Court) Türkçeye "asıl ceza mahkemesi" olarak da çevrilmiştir. Bkz. Michael Zander, "İngiliz Savcılık Sistemi", Çev: Süleyman Türkarıslan, Mehmet Ali Canavcı, Küresel Bakış, S: 4, 2012, s. 49.

⁶² Yönerge, İngiliz Ceza Muhakemesi Kuralları içerisinde yer almaktadır.

⁶³ Feridun Yenisey, Salih Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 78.

⁶⁴ Lutz Meyer-GoBner, Bertram Schmitt, Beck'sche Kurz-Kommentare zur Strafprozessordnung, 58. Auflage, Verlag Beck, München, 2015, § 96, Rn. 8'den aktaran Yumak, s. 78.

Açıklama gerekçeli olmalıdır. Bu gerekçenin açıkça, delillerin mahkeme ile neden paylaşılmadığını ve sır ile korunan menfaati ortaya koyması gerekmektedir.⁶⁵ Alman Yargıtay'ı 18.3.1992 tarihli içtihadında, şartları açıkça sağlamayan veya hakkın kötüye kullanması niteliğindeki bir açıklamaya mahkemece itibar edilmeyeceğini ve delile el koyulabileceğine karar vermiştir.⁶⁶

B. TÜRK CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA DEVLET SIRRI

1. Genel Olarak

Ceza yargılaması açısından devlet sırrına ilişkin düzenlemelere Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 49. ve 88. maddelerinde yer verilmişti. CMUK'un "*Devlet esrarı hakkında alakadarların şahitliği*" başlıklı 49. maddesinde, devlet memurlarının memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemeyecekleri; devletin selametine zarar verecek derecede olmadıkça İcra Vekilleri azası hakkında Reisicumhur ve Büyük Millet Meclisi azası hakkında Meclis tarafından şahitliğe izin verileceği; bununla beraber Reisicumhurun mahremiyeti kendisinin takdir edeceği ve şahitlikten çekinebileceği belirtilmişti. "*Teslim olunmayacak vesikalar*" başlıklı 88. maddede ise, "Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kâfi görülmezse o dairenin mensup olduğu vekâlete müracaat olunabilir" düzenlemesi bulunmaktaydı.⁶⁷

5271 sayılı CMK'da devlet sırrına ilişkin düzenlemelere ise "*Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık*" başlıklı 47. ve "*İçeriği Dev-*

⁶⁵ Silke Ritzert, in: Beck'scher Online Kommentar zur StPO, Jürgen-Peter Graf (ed.), 21. Auflage, 2015, § 96, Rn. 6; Michael Greven, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Rolf Hannich (ed.) 7. Auflage, München, 2013, § 96, Rn. 18'den aktaran Yumak, s. 78.

⁶⁶ 1. Ceza Dairesi'nin 18.3.1992 tarihli, 90/92 sayılı kararı. Bkz. BGHSt 38, 245 vd. Ayrıca bkz. Yumak, s. 78.

⁶⁷ Günümüz Türkçe dilbilgisi kuralları göz önüne alındığında bazı kısımların yazım yanlışlığı olarak değerlendirilebilmesi karşısında, Yasa metnini aynen aldığımızı belirtmek isteriz.

let sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi" başlıklı 125. maddelerde yer verilmiştir. Öncelikle, iki maddede ortak olarak yer alan hükümlere değinmek gerekirse, bir suç olgusuna ilişkin bilgiler⁶⁸ devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz (CMK m. 47/1 ilk cümle; m. 125/1). Madde hükümleri, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır (CMK m. 47/3; m. 125/2 son cümle).

CMK m. 47'ye göre, "... açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır. (2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir... (4) Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder".

CMK m. 125'e göre, "... (2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir..."

2. Arama ve Devlet Sırrı

Arama koruma tedbiri, "*kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunması halinde savcı tarafından yakalama ve/veya delil etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken, işyeri ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir.*"⁶⁹

⁶⁸ Şu kadar ki, m. 47/1'de "bir suç olgusuna ilişkin bilgiler" denilirken, m. 125/1'de "bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler" denilmektedir. Bilgi ve belge ayırımına ileride değinilecektir.

⁶⁹ Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, S: 1, 2006, s. 145. Tanımlar için bkz. Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Hukuku Birinci Kitap, Üçüncü bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s. 140; Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, Üçüncü Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 608, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 180; Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 181, Ankara, 1964, s. 425; Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku dalı

Bu anlamda, aramanın amacı şüpheli veya sanığın yakalanması, delil elde edilmesi veya müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesidir.⁷⁰ Anayasal dayanağını⁷¹ Anayasa'nın 20/2. ve 21. maddelerinde bulan arama, CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Arama çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Örneğin, konusuna göre arama konut, işyeri ve benzeri yerlerde, kişinin üstünde, kişinin eşyasında olabilir. Arama, zamana göre, gündüz yapılabilir gibi gece de yapılabilir.⁷² Arama, çeşitlerine göre CMK'nın ilgili maddelerinde farklı kurallara bağlanmıştır. Örneğin, gece yapılacak arama CMK'nın 118. maddesinde düzenlenmiş olup kural olarak konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece arama yapılamaz. Diğer yandan, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirken; konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, "yalnızca" hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir (CMK m. 119). Bununla birlikte, avukat bürolarında arama konutta, işyerinde veya kapalı alanlarda yapılan aramaya göre daha da sıkı koşullara bağlanmıştır.⁷³ Buna göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile

olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş Dokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 1989, No. 386, s. 720; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2012, s. 242; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 500; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 393; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 409; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 387.

⁷⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 501.

⁷¹ Serhat Sinan Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada El koyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012, s. 49.

⁷² Arama, amacına ve maruz kalan kişiye göre de sınıflandırılmaktadır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 372.

⁷³ "... avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin güvene dayalı olması, ister ceza soruşturmasına konu olan bir suçlu işleme şüphesi altında olsun, ister bir başka kişinin işlediği bir suç nedeniyle 'üçüncü kişi' olarak aramaya maruz kalsın, bu ilişkinin özel olarak korunmasını zorunlu kılmakta, bu alana yapılacak müdahaleler açısından daha sıkı bazı koşullar öngörülmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır". Bkz. Mustafa Ruhan Erdem, "Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 81, S: 3, 2016, s. 116. Avukatlık mesleğinin nitelikleri, avukat ile ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin özel olarak düzenlenerek daha sıkı ko-

ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK m. 130/1).⁷⁴

Devlet sırrı niteliğindeki belgeler bakımından, askeri mahallerde yapılacak aramaya değinmek gerekmektedir.⁷⁵ Askeri mahal kavramına CMK'nın 127/6. maddesinin gerekçesinde⁷⁶ şöyle değinilmektedir: "4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 12 nci maddesinde tarif edilen, kıt'a, taktik birlik, idarî birlik, karargâh ve askerî kurumlar ile aynı Kanunun 51 inci maddesinde açıklanan kışla ve benzeri yerler bu nitelikleri bakımından askerî mahallerdir. Aynı Kanun'un 100 üncü maddesinde askerî mahal olma durumları uygulamada tereddütlere neden olabileceği düşünülen "orduevleri, askerî gazinolar ve kışla gazinoları"nın da askerî bina olup askerî mahal niteliğini haiz olduğu açıklanmıştır. Öte yandan, 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 21 inci maddesinin son fıkrasında, Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı askerî mahaller açıklanmıştır."

Öncelikle belirtmek gerekirse, CMK'da, devlet sırrı niteliğindeki belgelerin elde edilmesi halinde izlenecek yöntem düzenlendiği

şullara bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Bkz. Cengiz Ozan Örs, "Avukat Hakkında Arama ve El koyma", *TBB Dergisi*, S: 123, 2016, s. 103-104. Avukat hakkında arama ve el koymanın özel olarak düzenlenmesini gerektiren sebepler için ayrıca bkz. Örs, s. 108 vd.

⁷⁴ Avukat bürolarında aramaya ilişkin 668 sayılı KHK (Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; 27.07.2016 tarihli ve 29783 (2. Mükerrer) sayılı R.G.) m. 3/1-i ile yeni bir düzenleme getirilmiş olup, bu düzenleme 08.11.2016 tarihli ve 6755 sayılı Kanun'un (24.11.2016 tarihli ve 29898 sayılı R.G.) 3. maddesi ile yasalaştırılmıştır. Anılan düzenlemeye göre, "avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve el koyma yapılabilir. Arama ve el koyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanun'un 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz". Erdem'e göre, avukat bürolarında arama CMK'daki güvencelere aykırı olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin, gerek kapsamına giren suçlar ve gerekse zaman bakımından uygulama alanı sınırlı olsa da (668 sayılı KHK m. 3/1), bu yolla elde edilen delillerin değerlendirilmesi açısından "OHAL'in devamı süresini aşan" bir etki yaratacağı da ortadadır. Bkz. Erdem, s. 117.

⁷⁵ Hatırlanacağı üzere kamuoyunda Kozmik Oda soruşturması olarak bilinen ceza muhakemesi sürecinde devlet sırrına ilişkin bilgilerin bulunduğu Genelkurmay Başkanlığı Ankara Seferberlik Bölge Başkanlığı'nun ilgili biriminde arama yapılmış; söz konusu arama oldukça tartışılmıştı.

⁷⁶ Tasarıda CMK m. 127/6'nın karşılığı m. 95/6'dır.

halde, elektronik ortam da içinde olmak üzere devlet sırlarının yer alması olası alanlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği; suç olgusu araştırılırken devlet sırlarının korunmasına yönelik tedbirler konusunda düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁷ Askeri mahallerde yapılacak arama CMK'nın 119/5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.⁷⁸ Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere,⁷⁹ Cumhuriyet Savcısının katılımı sadece hazır bulunmaktan ibaret olmayıp, fiilen katılma olarak anlaşılmalıdır. Bunun anlamı savcının istemlerinin askeri makamlarca yerine getirilmesidir.

Bu noktada bir sorunun yanıtlanması gerekmektedir. CMK'nın 125/2. maddesinde yer alan "Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir" cümlesi göz önüne alındığında, Cumhuriyet Savcısı, askeri mahallerde arama yaptırabilmekle birlikte, devlet sırrı niteliğindeki belgelerin bulunmasının olası olduğu yerlerde de ya da bu nitelikteki askeri mahallerde de arama yaptırabilir mi?

Şen'e göre, bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Arama yapılan yerin niteliği ne olursa olsun hatta kapısında "Devlet Sırları Arşivi" yazacak olsa bile Cumhuriyet Savcısı tarafından arama kararının gereği yerine getirilir. Aksi görüş, CMK'nın 122. ile 125. maddelerinin mantığına ters düşeceği gibi, bir suç olgusu karşısında adaletin yerine getirilmesi için harekete geçen savcılık makamının yetkisini kısıtlamak anlamına da gelecektir. Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısı arama sırasında elde ettiği belgelerde devlet sırrı ile karşılaştığında

⁷⁷ Ersan Şen, Yorumluyorum Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 139.

⁷⁸ Bununla birlikte, 668 sayılı KHK'yla "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince (m. 3/1); Askerî mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve el koyma yapılabilir. (m. 3/1-f)" düzenlemesi getirilmiş; anılan düzenleme 6755 sayılı Kanun m. 3 ile yasalaştırılmıştır.

⁷⁹ Ferhat Yıldız, "Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı -Arama - El koyma", *Ceza Hukuku Dergisi*, S: 13, 2010, s. 211. Tasarıda CMK m. 119/5'in karşılığı m. 100/4'dür.

CMK'nın 125. madde düzenlemesi nedeniyle belgeyi incelemeye devam etmemelidir.⁸⁰

Kaymaz ise, devlet sırrı niteliğinde bulunmayan delillerin, devlet sırrı niteliğindeki belgelerin saklandığı yerlerde aranmasının mümkün olup olmadığını değerlendirirken yukarıda sorduğumuz soruyu da yanıtlamaktadır. *Kaymaz*, devlet sırrı niteliğindeki belgelerin bulunduğu yerlerde soruşturma makamlarının delillere erişememesinin hukuk devletinde kabul edilemeyeceğini belirtmekle birlikte farklı görüştedir. *Kaymaz*'a göre, CMK'nın 125. maddesine göre soruşturma aşamasında hâkim tarafından bile devlet sırrı niteliğindeki belgelerin bulunduğu yerlerde arama yapılması mümkün değildir. Çünkü bir belgenin soruşturulmakta olan eylem ile ilgili olup olmadığının anlaşılması için okunması ve incelenmesi lazımdır. Oysa CMK'nın 125. maddesine göre devlet sırrına ilişkin belgeler soruşturma aşamasında incelenemez. Soruşturma aşamasında bir suça ilişkin delillerin elde edilebilmesi amacıyla devlet sırrı niteliğindeki belgelerin muhafaza edildiği yerlerde arama yapılması için, CMK'nın 125. maddesinin değişmesi gerekmektedir.⁸¹

Görüleceği üzere konu tartışmalıdır. Her iki görüş de farklı açılardan haklılık içermektedir. Belgeleri incelemek, isnat konusu suçla sınırlı olarak bu belgelerin bulunduğu yerlerde arama yapmak hakkını da içerir.⁸² Peki, bunun tersi de geçerli midir? Yani bazı belgeleri inceleme yetkisi bulunmadığında bu belgelerin bulunduğu yerlerde arama yapılabilir mi? Soruşturma aşamasında devlet sırrına ilişkin belgeler incelenemediğine ve bu belgelerin bulunduğu yerlerde yapılacak arama en azından belgeleri incelemeye başlamayı gerektireceğine göre mesele zaman bakımından olmaktadır. Başka bir deyişle, belgelerin incelenmeye başlanması inceleme kapsamında olacak mıdır? Bize göre, belgenin incelenmemesi incelemeye başlamamayı da gerektirir. Böylece, CMK'nın 125. madde düzenlemesi nedeniyle biz de soruşturma aşamasında devlet sırrına ilişkin belgelerin bulunduğu yerde arama yapılmaması gerektiğini düşünüyoruz.

⁸⁰ Şen, s. 140.

⁸¹ *Kaymaz*'a göre, "yapılacak yasal düzenlemede de, devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hakkında bilgi edinilmesinin muhtemel olduğu hallerde, arama için CMK'nın 116. maddesinde öngörülenden daha sıkı koşullar aranmalıdır". Bkz. *Kaymaz*, s. 95 (dipnot 236).

⁸² Hafizoğulları/Özen, s. 27.

3. El koyma ve Devlet Sırrı

El koyma, ceza yargılamasında delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi eşyanın, eşyayı elinde bulduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak eşyayı elinde bulduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması biçiminde tanımlanabilir.⁸³ El koyma, eşyanın malikinin rızasıyla gerçekleştirildiğinde ise muhafaza altına alma olarak adlandırılır.⁸⁴ Başka bir deyişle, kişi eşyayı rızasıyla teslim ederse, eşya muhafaza altına alınır ve bu işlem el koyma olmaz. Buna karşılık kişi eşyayı rızasıyla teslim etmezse, zilyedinden zorla alınarak eşyaya el konulur.⁸⁵

Arama koruma tedbiri gibi Anayasal dayanağını Anayasa'nın 20/2. ve 21. maddelerinde bulan el koyma koruma tedbiri, CMK'nın 123. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. El koyma, basit el koyma (CMK m. 123) ve özel el koyma olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel el koyma içerisine postada el koyma (CMK m. 129), taşınmaz hak ve alacaklara el koyma (CMK m. 128), bilgisayarlara el koyma (CMK m. 134) gibi özel koşulları gerektiren özel el koyma biçimleri girer.⁸⁶

El koyma kararını verme yetkisi CMK'nın 127. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, el koyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK m. 127/1). Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/3). Askerî mahallerde yapılacak el koyma işlemi ise

⁸³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 513. Tanımlar için bkz. Erem, s. 430; Kunter, No. 391, s. 727-728; Toroslu/Feyzioğlu, s. 247; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 434; Yenisey/Nuhoğlu, s. 408; Centel/Zafer, s. 421; Ünver/Hakeri, s. 411.

⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 434.

⁸⁵ Centel/Zafer, s. 421. Toroslu/Feyzioğlu, muhafaza altına almayı el koymadan ayrı bir tedbir olarak belirtmektedirler. Bununla birlikte, "muhafaza altına alma zilyedin rızasıyla yapıldığından, yargıç kararına gerek görülmemiştir. El koymaya yetkili olanlar, bu arada savcılar ve kolluk mensupları da bu tedbire başvurabilirler." Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 246.

⁸⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 513. Ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 437.

Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m. 127/6).⁸⁷

Bu noktada el koyma yasağından söz edilmelidir. El koyma yasağının söz konusu olduğu durumlarda el koyma amacıyla arama yapılamaz,⁸⁸ eşyaya el konulamaz. Başka bir deyişle ancak el koyma serbestisinin varlığı durumunda el koyma mümkündür.⁸⁹ El konulamayacak eşyalara bazı kişiler arasındaki yazışmalar (CMK m. 45, 46, 126/1) ve basın araçları (AY. m. 30) örnek gösterilebilir.⁹⁰

El koyma koruma tedbirine genel olarak değindikten sonra konumuz açısından şu sorunun yanıtlanması gerekmektedir: Devlet sırrı niteliğindeki belgelere el konulabilir mi? Ya da başka bir deyişle, devlet sırrı niteliğindeki belgeler delil yasağı oluşturur mu?

Mülga CMUK'un 88. maddesine göre, resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenemiyordu. Ancak beyan

⁸⁷ Bu konuda 668 sayılı OHAL KHK'sı ile farklı bir düzenleme getirilmiştir. Bkz. Dipnot. 78.

⁸⁸ Arama yapılmadan da el koyma söz konusu olabilir. Örneğin, bir kişinin yola park ettiği aracına el konulması için arama kararı verilmesi gerekmez. Bu durumda doğrudan CMK m. 127'ye uygun olarak el koyma kararı veya emri verilmesi yeterlidir. Bununla beraber, el konulacak şeyin ilgili kişide bulunduğu konusunda şüphe varsa ve bu durum arama kararını gerektiriyorsa veya yalnızca el koyma kararının verilmesinin el konulacak eşyaya ulaşmayı zorlaştıracağı düşünülüyorsa, arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde el koyma işlemi yapılabilir. Bkz. Centel/Zafer, s. 421-422. Centel/Zafer, el koyma kararı bulunmasa bile arama kararı hükümlerine göre el koyma işlemi yapılabileceği görüşündedir. Yenisey/Nuhoğlu'da bu görüşte olup, hâkim kararı ile arama yapıldıktan sonra ele geçirilen eşya için ayrıca yeni bir el koyma kararına ihtiyaç bulunmadığını belirtmektedirler. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 412. Ancak konu öğretilerde tartışmalıdır. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma ve diğerlerine göre el koyma, genellikle arama ile bağlantılı olarak başvurulmuş bir koruma tedbiri olsa da, arama kararı, arama sonucunda ele geçirilen eşyaya el konulması ele geçen eşyaya el konulmasına olanak yoktur. Arama ve el koyma kararlarının birlikte verilmesi gerekir. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 515. Arama koruma tedbiri, delil elde etme amacına bağlı olarak, bulunması durumunda eşyaya el koymayı da gerektirse de, el koyma ayrı bir koruma tedbiri olduğundan yalnızca arama kararı ile eşyaya el konulamaması gerekir. Bize göre de, önce arama işlemi yapılacaksa ve el koyma işlemi de uygulanmak isteniyorsa, arama ile el koyma kararları birlikte verilmelidir.

⁸⁹ Özbek/Bacaksız, s. 150; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 370.

⁹⁰ Centel/Zafer, s. 428.

yeterli görülmezse o dairenin bağlı olduğu bakanlığa başvurulabiliyordu. Doğal olarak bu düzenleme bir el koyma yasağı olarak değerlendirilmekteydi.⁹¹

Özbek/*Bacaksız'a göre*, CMK'nın 125. maddesi ile bu el koyma yasağı kısmen kaldırılmıştır. Ancak maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, 125. madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanacağından, alt sınırı beş yıldan az olan suçlar bakımından el koyma yasağının devam ettiği söylenmelidir.⁹² Buna karşılık, maddenin gerekçesinde ise farklı bir açıklamanın yapıldığı görülmektedir.⁹³

Ünver/Hakeri'ye göre ise, CMK'nın 125/3'de belirtilen alt sınıra bağlı olmaksızın CMK m. 125 uyarınca tüm suçlar bakımından devlet sırrı niteliğindeki belgelere el konulması yasaktır. Devlet sırrı niteliğindeki belgelere el konulamamakla birlikte, yalnızca alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlarda, belirtilen şartlarda ve biçimde belgenin içeriği

⁹¹ Özbek/*Bacaksız*, s. 150; Özbek/*Doğan/Bacaksız/Tepe*, s. 370.

⁹² Özbek/*Bacaksız*, s. 150-151.

⁹³ CMK m. 125 (Tasarı m. 93) gerekçesinde, "Maddenin üçüncü fıkrasında, bu hükmün ancak, belirli ağırlık derecesine ulaşmış olan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, belirlenen ağırlık ölçüsüne ulaşmayan suçlardan dolayı bir bilgi veya belgenin devlet sırrı olduğundan bahisle soruşturma ve kovuşturma sürecinde tartışılmasına sınırlama getirilemeyecektir." denilmektedir. Oysa CMK'nın 47. ve 125. maddelerinin 3. fıkralarında ortak olarak yer alan "Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır" kuralından, doğal olarak alt sınırı beş yıldan az olan suçlar bakımından devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgelerin mahkemeden gizli tutulabileceği anlaşılmaktadır. Çünkü CMK m. 47'nin (Tasarı m. 49) gerekçesinde de, "Bütün bu değişikliklerin amacı, etkin bir ceza sisteminin oluşturulmasıdır. Bu yapılırken, Devlet sırrı da korunmakta ve yararların dengelenmesine çalışılmaktadır" denilmektedir. Devlet sırrı korunmak istenirken yararların dengelenmesine de çalışılıyorsa, anılan hükümlerden çok doğal olarak alt sınırı beş yıldan az olan suçlarda devlet sırrının yargılamadan gizlenebileceği sonucuna varılır. Centel/*Zafer*'de bu sorunsala şöyle değinmektedir: "Belirtelim ki, suçun ağırlığı ile Devlet sırrı arasında bağlantı kurulması doğru olmamıştır. Hafif suçlarda da Devlet sırrı aleni duruşmada açıklandığında dış ilişkilere, milli savunmaya ve milli güvenliğe zarar verilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca basit suçlarda sanığa devlet sırrı kavramını tartışma olanağı tanıyıp ağır suçlarda bunun kısıtlanması ters bir mantığın ifadesidir ve sanık açısından delillerin doğrudan doğruyalığı ile savunma hakkını kısıtlar". Bkz. Centel/*Zafer*, s. 264. Görüleceği üzere, gerekçede belirtilenin kabulü, açık bir mantıksızlık doğurmaktadır. Burada, gerekçede yanlış bir açıklama mı yapıldığı sorusu akla gelmektedir. Eğer yanlış değilse ortada bir mantıksızlık vardır.

öğrenilebilmektedir.⁹⁴ Şen de, arama sırasında elde ettiği belgelerde devlet sırrı ile karşılaştığında, Cumhuriyet savcısının, belgelere el koymaması, belgeler üzerinde incelemeye devam etmemesi ve bu belgeleri ceza soruşturması dosyasına almaması gerektiğini belirtmektedir. Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmaya karar vermişse, iddianame-de devlet sırrı niteliği taşıyan belgelerden içeriğini belirtmeksizin delil olarak bahsetmelidir.⁹⁵ Kaymaz ise konuya CMK'nın 125. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları açısından yaklaşarak devlet sırrı niteliğindeki belgelerin soruşturma aşamasında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığını ve böylece bu konuda verilecek arama ve el koyma kararlarının hukuka aykırı olacağını belirtmektedir.⁹⁶

4. Tanıklık ve Devlet Sırrı

İçeriği devlet sırrı niteliği taşıyan belgeler arama ve el koymanın konusu iken devlet sırrı niteliğindeki bilgiler tanıklık ile ilgilidir.⁹⁷ Tanık, yargılama konusu olay hakkında beş duyuları aracılığıyla öğrendiklerini hâkim veya Cumhuriyet Savcısına anlatan üçüncü⁹⁸ kişilerdir. Tanık açıklamaları da bu kişilerin yaptıkları açıklamalardır.⁹⁹ CMK'nın 43. maddesi uyarınca, ceza yargılamasında tanık dinlemeye yetkili olan makam; soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme, naip hâkim veya istinabe olunan hâkimdir.¹⁰⁰

⁹⁴ Ünver/Hakeri, s. 413.

⁹⁵ Şen, s. 140.

⁹⁶ Kaymaz, s. 96. , Görüleceği üzere, aslında mesele devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin soruşturma aşamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı noktasındadır. Bu konuya ileride "Devlet Sırrı Niteliğindeki Bilgilerin Dinlenmesi ve Belgelerin İncelenmesi" başlığında ayrıntılı olarak değinilecektir.

⁹⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 27.

⁹⁸ Üçüncü kişi; yargılamanın taraflarından olmayan fakat olayın tanığı olmuş kişidir. Yenisey/Nuhoglu, s. 511.

⁹⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 298. Tanımlar için bkz. Kantar, Ceza Muhakemeleri Hukuku Birinci Kitap, s. 92; Taner, s. 186; Kunter, No. 343, s. 630-631; Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, (Tanıklık), s. 28; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 689; Centel Zafer; s. 247; Ünver/Hakeri, s. 245.

¹⁰⁰ Centel/Zafer, s. 248. Tanık ifadesinin alınması daha çok bir hâkim işlemidir ve böylece kovuşturma evresiyle ilgilidir. Bununla beraber, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da tanık dinleyebilir. CMK m.61/1 de bunu belirtmektedir. Anılan düzenlemeden çıkan sonuç, kolluğun tanık dinleyememesidir. Kolluğun üçüncü kişiyi dinlemesi tanık dinleme olarak değil; bilgi alma olarak adlandırılabilir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 280.

Bazı istisnalar dışında ceza davalarında tanıklık yapmak zorunludur. CMK'nın 45. ve devamı maddelerinde ise tanıklıktan çekinme durumları düzenlenmiş olup bunlar tanıklık yapma zorunluluğunun istisnalarıdır. Bunlara akrabalık, mesleki ilişki nedeniyle tanıklıktan çekinme durumları örnek gösterilebilir. Bunun yanında, bazen tanıklık yapılması ortada bir devlet sırrı olduğu için yasaklanabilir veya sınırlı olarak uygulanabilir.¹⁰¹

Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklığın nasıl yapılacağı CMK'nın 47. maddesinde belirtilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, yalnızca mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtabi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir. Böylece, tek hâkimli mahkemelerde hâkim, heyetlerde ise mahkeme başkanı, tanığın kapalı celsede yaptığı açıklamalardan yalnızca sanığa yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek bilgileri tutanağa kaydettirecektir.¹⁰² Bununla birlikte, bu düzenleme her suç bakımından değil; hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır. Bununla beraber, Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder.

Mülga CMUK'un 49. maddesinde, devlet sırrına ilişkin bilgilerle ilgili tanıklık devlet memurları bakımından düzenleme alanı bulmuştu. CMUK 49/1'e göre, devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın tanık olarak dinlenemezlerdi.¹⁰³ Böylece, CMUK'un 49. maddesinde, devlet sırrı nedeniyle belirli kişilere tanıklıktan çekilme zorunluluğu getirilmişti.¹⁰⁴ CMK m. 47 düzenlemesine göre ise devlet sırrına ilişkin bilgilere sahip olduğunu iddia eden tanığın kamu görevlisi olup olmaması önemli değildir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ünver/Hakeri, s. 246.

¹⁰² Tutanağa geçirilmeyen açıklamaların ise isnadın ispatında kullanılması mümkün değildir. Çünkü mahkeme başkanı, tutanağa geçirmemekle bunların uyumsuzlukla ilgili olmadıklarını kabul etmiştir. Bkz. Feyzioğlu, CMK Değerlendirmeler, s. 34.

¹⁰³ Centel/Zafer, s. 264.

¹⁰⁴ Feyzioğlu, Tanıklık, s. 181. Mülga CMUK m. 49'un getirdiği tanıklıktan çekinme zorunluluğu ile ilgili bkz. Bkz. Feyzioğlu, Tanıklık, s. 181-197.

¹⁰⁵ Centel/Zafer, s. 264.

Başka bir deyişle, tanığın kamu görevlisi olması veya olmaması ayrımı yapılmamıştır. Böylece, kamu görevlisi olmayan kişilerin de devlet sırrına sahip olabileceği kabul edilmiştir. *Feyzioğlu'*na göre, CMUK m. 49'un tersine devlet sırrına sahip olsalar bile tanıklıkları hiçbir izne ve özel usule bağlanmamış kişilerin dinlenmesini taraflara kapalı bir biçimde öngören CMK m. 47, savunma hakkını ağır bir biçimde ihlal etmektedir ve bu yönüyle adil yargılanma hakkına aykırıdır.¹⁰⁶

Devlet sırrına ilişkin bilgilere sahip olan tanığın özel olarak Cumhuriyet Savcısı genel olarak da soruşturma evresinde dinlenip dinlenemeyeceği, değinilmesi gereken bir diğer konudur. CMK'nın 47. maddesinde devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığı yalnızca mahkeme hâkimi veya heyetinin dinleyebileceği belirtildiğine göre, bu nitelikte açıklamalarda bulunacak tanığı Cumhuriyet Savcısı dinleyemez.¹⁰⁷ Bununla birlikte, devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın soruşturma evresinde dinlenip dinlenemeyeceği madde düzenlemesinde açıkça belirtilmemiştir. Bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

*Centel/Zafer'*e göre, devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın, soruşturma evresinde nasıl dinleneceği konusunda Yasada açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda soruşturma evresine ilişkin açıkça düzenleme yapılmamış olması bir eksikliklerdir. CMK'nın 47/1. maddesine göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Bu düzenlemeden, suç olgusuna ilişkin bilgilerin devlet sırrı olması durumunda soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısına karşı gizli tutulabileceği sonucuna varılabilir. Bununla birlikte *Centel/Zafer'*e göre, Cumhuriyet Savcısı CMK'nın 162. maddesine dayanarak devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın dinlenmesini sulh ceza hâkiminden talep edebilmelidir. Bu durumda CMK m. 47/2 uyarınca, sulh ceza hâkimi tanığı davet ederek zabıt kâtabi bile bulunmaksızın dinler ve tanık açıklamalarından yalnızca yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek bilgileri tutanağa kaydettirir.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Metin Feyzioğlu, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", TBB Dergisi, S: 62, 2006, (CMK Değerlendirmeler), s. 34-35.

¹⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 27; Kaymaz, s. 93. Cumhuriyet Savcısı, dinlemiş olduğu tanığın açıklamalarının devlet sırrına ilişkin olduğunu saptarsa, bu açıklamaları tutanağa geçirmemeli ve tanığı devlet sırrına ilişkin bilgileri açıklamaması konusunda uyarmalıdır. Bkz. Kaymaz, s. 93.

¹⁰⁸ *Centel/Zafer*, s. 265.

Kaymaz' a göre, CMK'nın 47. ve 125. madde düzenlemeleri, CMK'nın hazırlık çalışmalarındaki bu maddelerle ilgili olarak ileri sürülen görüşler ve CMK'nın 125. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yalnızca kovuşturma aşamasında delil olarak değerlendirilmesinin ve kullanılmasının istendiği ileri sürülebilir. *Kaymaz'* a göre, Yasa Koyucu, devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi tarafından bile dinlenmesini istememiştir.¹⁰⁹ Ünver/Hakeri'ye göre de Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında CMK m. 47 düzenlemesinin yalnızca kovuşturma aşamasıyla sınırlı kalması kabul edilmiştir.¹¹⁰

Görülebileceği üzere, devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın soruşturma evresinde dinlenip dinlenemeyeceği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Belirtmek isteriz ki, CMK m. 47 düzenlemesi ve bu maddenin komisyonda görüşülmesi sırasında belirtilenler gereğince¹¹¹ biz de soruşturma aşamasında devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın dinlenemeyeceğini düşünüyoruz.

5. Devlet Sırrı Niteliğindeki Delillerin Değerlendirilmesi

Soruşturma evresinde devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın dinlenip dinlenemeyeceği; belgelerin incelenip incelenemeyeceği ve böylece bu bilgi veya belgelerin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere CMK'nın 47. maddesi uyarınca soruşturma evresinde devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanık dinlenememektedir. Peki, soruşturma evresinde devlet sırrı niteliğindeki belgeler incelenebilir mi?

Bilindiği üzere, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve hâkime aittir (CMK m. 122). Bununla birlikte, devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenmesi konusunda CMK m. 125/2'de farklı bir yöntem öngörülmüştür. Bu yönüyle CMK m. 125/2, CMK m. 122'de belirtilen kuralın

¹⁰⁹ Kaymaz, s. 246-247.

¹¹⁰ Ünver/Hakeri, s. 255.

¹¹¹ Sıradaki başlık içerisinde bu açıklamalar da aktarılacaktır.

istisnasını oluşturmaktadır.¹¹² Tekrar belirtmek gerekirse, CMK'nın 125. maddesi "İçeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi" başlığını taşımaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak "mahkemeye" karşı gizli tutulamaz. İkinci fıkraya göre ise, devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, "ancak" mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir.

Görüleceği üzere, CMK'nın 125/2. maddesi, devlet sırrına ilişkin belgeleri ancak mahkeme hâkimi veya heyetinin inceleyebileceğini belirtmektedir. Bu düzenlemeden çıkan sonuç, Cumhuriyet Savcısının devlet sırrı niteliği taşıyan belgeleri inceleyemeyeceğidir.¹¹³

Devlet sırrına ilişkin belgelerin yalnızca mahkeme hâkimi veya mahkeme heyeti tarafından incelenebileceğine yönelik düzenlemenin, soruşturma evresinin sorumlusu ve yürütücüsü olan Cumhuriyet Savcısına yönelik bir güvensizlik duygusu oluşturduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁴ Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Devlet sırrına ilişkin belgeleri savunma makamı ancak kovuşturma aşamasında ve "yalnızca" yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler ile sınırlı olarak inceleyebildiğine göre, Cumhuriyet Savcısının bu belgeleri inceleyememesini silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirmek gerekir.¹¹⁵

¹¹² Yumak, s. 73.

¹¹³ Hafızoğulları/Özen, s. 27.

¹¹⁴ Aras, s. 557.

¹¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Yumak, s. 73. Diğer yandan, devlet sırrına ilişkin belgelerin Sulh Ceza Hâkimliği tarafından da incelenemeyeceği göz önüne alındığında, konunun Cumhuriyet Savcısına güvensizlik ile ilgili olmadığı görülmektedir. Me-sele, Yasa Koyucunun devlet sırrının soruşturma evresinde değerlendirilmemesi iradesinden ibarettir. Bu noktada "Cumhuriyet Savcısı unvanıyla ilgili tarihsel bir anıyı aynen aktarmak istiyoruz. Bilindiği üzere, Prof. Dr. Mahmut Esat Bozkurt, savcılar için "Cumhuriyet Savcısı" unvanının isim babasıdır. "Atatürk'ün huzurunda yapılan bir tartışma sırasında, şu soru ortaya atılır: 'Cumhuriyet Başbakanı, Cumhuriyet Bakanı, Cumhuriyet Müsteşarı, Cumhuriyet Valisi, Cumhuriyet Büyükelçisi olmuyor da, neden Cumhuriyet Savcısı? Savcılara neden bu imtiyaz (ayrıcılık) tanınıyor?' Atatürk, Bozkurt'a 'Ne diyorsun?' diye sorar. Bozkurt'un cevabı çok net olur: 'Çünkü öyle bir zaman olur ki, Cumhuriyeti korumak için başbakan, bakandan, müsteşardan, validen, büyükelçiden bile hesap sormak gerekebilir. İşte o Cumhuriyet Savcısıdır' Atatürk, gülümseyerek hoşnut kaldığını belli eder ve 'Devam et Bozkurt' der". Bkz. Güneri Civaoglu, "Kafasına Kafasına", Milliyet gazetesi, 25 Mayıs 2008, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gunericivaoglu/kafasına-kafasına-758724/>, (E.T: 22.02.2018); Vural Savaş, Çağdaşlaşmanın Tek Yolu Devrimci Hukuk, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 19.

Peki devlet sırrına ilişkin belgeler soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimliğince incelenebilir mi? Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hâkimliği tarafından bu belgelerin incelenmesinin CMK'nın 125. maddesine uygun olduğu ileri sürülebilir. Bu düşünceye göre, CMK m. 125'de yalnızca mahkemeden değil; hâkimden de bahsedilmiştir ve böylece soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimliği bu yetkiyi kullanabilir. Şen, bu düşünceye katılmaktadır. Şen'e göre, CMK m. 125/1'de mahkeme kavramına, maddenin ikinci fıkrasında da "mahkeme hâkimi veya heyeti" ibaresine yer verilmiş; böylece, kovuşturmanın tek hâkimli veya heyet halinde yapılması dikkate alınarak madde düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde hâkimi yetkili kılan bir düzenlemeye yer verilmek istenseydi, CMK m. 122 düzenlemesi ile yetinilirdi ya da o düzenlemede olduğu gibi CMK m. 125'te de "mahkeme hâkimi" yerine "hâkim" kavramı kullanılırdı.¹¹⁶ Aslında burada belirlenmesi gereken, Yasa Koyucunun asıl amacıdır.

Yasalaşma sürecinde madde ile ilgili Komisyon görüşmelerinde yapılan açıklamalara bakıldığında, Yasa Koyucunun devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgelerin soruşturma aşamasında delil olarak değerlendirilmesini istemediği anlaşılmaktadır.¹¹⁷ Devlet sırrına ilişkin açıklamalarda bulunacak tanığın dinleyemeyen ve devlet sırrı niteliğindeki

¹¹⁶ Şen, s. 141.

¹¹⁷ Kaymaz, s. 246-247. Komisyonunda CMK m. 47'nin görüşülmesi sırasında komisyon üyesi İzzet Özgenç'in yaptığı açıklamanın bir kısmı şöyledir: "Bir bilgi devlet sırrı niteliğindeyse, bunu sadece mahkeme heyeti dinliyor. Eğer bu bilgilerin içeriği suç olgusunu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte bazı veriler taşıyorsa, o zaman bunu hükmüne yansıtıyor. Diğer muhakeme süjeleri, bu husustan ancak hükme yansıyan kısmı itibarıyla haberdar olabilecektir.... Bir husus sadece devlet sırrı olduğu için hâkime ve mahkemeye karşı gizli tutulamayacak; ama hâkim değil, burada söz konusu olan, mahkemedir. Hükmü verecek olan heyettir veya hâkimdir; yani, mahkemenin olması gerekir. Hâkim olduğunda, soruşturma evresinde bu dinlenebilir gibi bir sonuç çıkabilir. Soruşturma evresinde değil, sadece kovuşturma evresinde hükmü tesis edecek olan mahkeme hâkimi veya heyeti bunun içeriğini öğrenebilir." Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 238 vd.; Kaymaz, s. 247 (dipnot 647). "Maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, 47. maddenin 1. fıkrasında yer alan "mahkemeye karşı" ifadesi yerine "hâkime karşı" ifadesi kullanılmak suretiyle, soruşturma aşamasında da böyle bir bilgiye ihtiyaç duyulduğunda tanıklığın mümkün kılınması önerilmişse de, bu hükmün sadece kovuşturma aşamasıyla sınırlı kalması kabul edilmiş ve hâkim yerine mahkeme ifadesi tercih edilmiştir." Bkz. Ünver/Hakeri, s. 255.

belgeleri inceleyemeyen Cumhuriyet Savcısı, bunun bir sonucu olarak devlet sırrı niteliğindeki tanık beyanlarını ve belge içeriklerini delil olarak da kullanamaz; değerlendiremez.¹¹⁸ Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmaya karar vermişse, iddianamede bu bilgi veya belgelerden yalnızca “delil” olarak bahsetmelidir.¹¹⁹

Uygulamaya bir örnek olarak, “Kozmik Oda Kumpası” olarak bilinen olay ile ilgili düzenlenen iddianamede belirtilenler de bu doğrultudadır¹²⁰. Sonuç olarak, Yasa Koyucunun, devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin ceza yargılaması içindeki yerini kovuşturma evresini esas alarak düzenlediği anlaşılmaktadır¹²¹. Böylece, soruşturma

¹¹⁸ Kaymaz, s. 247.

¹¹⁹ Şen, s. 140-141. Bununla beraber, bu sonuca yönelik öğretilerde eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştiriler için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 27-28; Altunel, s. 34-35; Mesude Altunel, “Devlet Sırrı”, *Legal Hukuk Dergisi*, S: 88, 2010. Hafızoğulları/Özen’e göre, kanıtsız kamu davası açılmaz. CMK m. 170 gereğince, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmak zorundadır. Burada bir yasa boşluğu bulunmaktadır. Koruma tedbirleri hâkim veya mahkemenin istenebildiğine göre, Cumhuriyet Savcısı bu yolla işi mahkeme önüne getirebilmelidir. Çünkü Ceza yargılamasında kıyas mümkündür. Benzerliğinden dolayı, koruma tedbirinde izlenen yol kıyasen burada da uygulanabilir. Bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 28. Bu görüşe karşılık, Kaymaz’ın belirttiği üzere, yasada bu konuda boşluk yoktur. Yasa koyucu, bilerek devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin delil olarak kullanılmasına ilişkin bir düzenleme yapmak istememiştir. Kaymaz, s. 89 (dipnot 226). Biz de bu konuda yasa boşluğu olduğunu düşünmüyoruz. Yasa Koyucu, açıkça belirtmemekle birlikte, devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin soruşturma evresinde delil olarak değerlendirilmesini istememiştir. Bu nedenle CMK’nın 47. ve 125. maddelerinde yalnızca kovuşturma evresine yönelik düzenlemelerde bulunulmuştur. Yasa koyucunun bu amacı komisyon görüşmelerindeki açıklamalardan görülmektedir.

¹²⁰ Bu konuyla ilgili, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçları Soruşturma Bürosu savcılarının ... tarafından iddianameler düzenlenmiştir. İddianamelerde, davaların, şüphelilerin yine “Kozmik Oda” soruşturmasına ilişkin “devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin hukuka aykırı yollarla ele geçirilip askeri ve siyasal casusluk amacıyla temin edilip açıklanması” suçundan yargılandıkları Yargıtay 16. Ceza Dairesi’ndeki dava dosyasıyla birleştirilmesi talep edilmiştir. Konumuz açısından iddianamede yer alan bir saptama önem belirtmektedir. İddianamede, “Kozmik Oda” soruşturması kapsamında, soruşturmanın başladığı tarihten yaklaşık 4 yıl sonra arama, el koyma ve inceleme yönünde bazı kararlar verildiğine işaret edilmekte; soruşturma aşamasında devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin incelenmesi yasal olarak mümkün olmadığı halde bu yönde kararlar verildiği ve bu kararın FETÖ/PDY’nin amaç ve faaliyeti doğrultusunda olduğu belirtilmektedir. Bkz. <http://www.haberturk.com/yerel-haberler/haber/11596941-kozmik-oda-savci-ve-hakimleri-hakkinda-iddianame>, (E.T: 8.10.2017).

¹²¹ Benzer yönde. Centel/Zafer, s. 264.

evresinde devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgelerin elde edilmesine yönelik usuli işlemler yapılamayacaktır¹²². Çünkü Cumhuriyet Savcısı gibi Sulh Ceza Hâkimliği de devlet sırrına ilişkin belgeleri inceleyemeyecektir. Cumhuriyet Savcısı elde ettiği diğer delilleri değerlendirmek yoluyla kamu davası açılması için yeterli şüpheye ulaştıysa iddianame düzenleyecek; devlet sırrına ilişkin delillerden ise iddianamede yalnızca delil olarak bahsedecektir. İddianamenin kabulü durumunda devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler kovuşturma evresinde CMK'nın 47. ve 125. madde düzenlemeleri çerçevesinde mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Mülga CMUK m. 88 ile CMK m. 125. karşılaştırıldığında, resmi dairelerdeki evrakın içeriğinin açıklanması veya evrakın mahkemeye teslimi için ilgili dairenin en büyük amirinin izninin aranması; amirinin beyanı yeterli görülmezse ilgili bakanlığa başvurulması kuralının CMK ile terk edildiği görülmektedir. Bu değişiklik kendisini CMK m.47'de de göstermiş, tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması durumunda, CMUK m. 49'da benimsenen sırrın ait olduğu makam amirinin izninin alınması gerektiği anlayışı CMK m. 47 ile terk edilmiştir. Söz konusu CMUK düzenlemeleri, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, yargıyı idareye muhtaç etmekte, ceza yargılamasının temelinde yatan maddi gerçeğin araştırılması ilkesini idarenin insafına bırakmaktaydı.¹²³ CMK 47. ve 125. maddeleri uyarınca, devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler mahkemeye karşı gizli tutulamayacak; mahkeme ise yalnızca suçu aydınlatmaya yönelik bilgileri tutanağa kaydettirecektir.¹²⁴

Feyzioğlu'na göre ise, mülga CMUK m. 49 çerçevesinde idari makamların izin talebine olumsuz yanıt vermesi göz önüne alınarak, mahkeme artık hiçbir izin almaya gerek olmaksızın devlet sırrına vakıf olacaktır denmesi gerçekçi değildir. Çünkü devlet sırrının niteliği

¹²² Hafizoğulları/Özen bu görüşte olmamakla birlikte, bizim de katıldığımız görüş kabul edilecek olursa ortaya bu sonucun çıkacağını belirtmektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 28.

¹²³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 439-440.

¹²⁴ Hakan Hakeri, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri", TBB Dergisi, S: 60, 2005, s. 98.

gereği mahkeme, tanığın bildiklerini doğru ve eksiksiz bir şekilde anlatıp anlatmadığını denetleme olanağından büyük ölçüde yoksundur. Öyleyse sorun, daha çok hukuk devleti bilinciyle ilgilidir. CMUK m. 49 uygulamasında devlet sırrı konusunda kamu görevlilerinin tanıklığına izin verilmediğinden yakınılmaktadır. Oysa aynı kamu görevlilerinin CMK m. 47 uygulamasında bildiklerini eksiksiz anlatacakları varsayımına dayanılmakta ve adil yargılanma hakkı ihlal olunmaktadır.¹²⁵ Feyzioğlu'na göre adil yargılanma hakkının ihlal olunması, CMK m. 47'nin taraflara kapalı bir yargılama öngörmesi ve bu yönüyle savunma hakkını ağır biçimde ihlal etmesi nedeniyledir. Yapılması gereken CMK m. 47 düzenlemesinden vazgeçilerek mülga CMUK m. 49'daki izin sistemine dönülmesidir. Feyzioğlu, bu durumda, mahkemeler talep ettiğinde idari makamların keyfi davranmayarak mümkün olan durumlarda izin vermelerini beklememizin de elbette en doğal hakkımız olduğunu söylemektedir.¹²⁶

Devlet sırrı, ceza yargılanmasında düzenlenmesi zor olan konulardandır. Bir yandan devlet sırrının korunması gerekirken diğer yandan maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için ceza yargılamasında devlet sırrına ulaşılması gerekmektedir. Devlet sırrı içeren bilgi veya belgelerin açıklanması izne bağlandığında ve izin konusunda etkin bir denetim sistemi öngörülmediğinde hukuk devleti ilkesi zedelenir. Buna karşılık, bu bilgi veya belgelerin açıklanması izne bağlanmadığında bunların gizliliğini korumak için ceza yargılamasında taraflara kapalı özel bir yöntem benimsenirse, bu durumda da adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi zedelenmektedir. Bu açıdan Feyzioğlu'na katılmaktayız. Öyleyse öyle bir yöntem benimsenmelidir ki adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi zedelenmesin.

CMK'nın 47. ve 125. maddeleri devlet sırrının gizliliğini korumayı amaçlarken maddi gerçeğin de ortaya çıkarılmasını sağlamaktadır. Ancak bunu yaparken, savunmanın, yokluğunda oluşturulan ve devlet sırrının suçla ilgili kısmını içeren tutanakla yetinmesini öngörmektedir. Bu yöntemin etkili bir savunma hazırlama ve adil yargılanma hakkı açılarından sakıncalı olduğunu düşünüyoruz.¹²⁷ Bu nedenle,

¹²⁵ Metin Feyzioğlu, (CMK Değerlendirmeler), s. 35.

¹²⁶ Metin Feyzioğlu, (CMK Değerlendirmeler), s. 34, 37.

¹²⁷ "Davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilgi, belge yahut kanıtın, ilgilinin inceleme ve eleştirisine sunulmadan mahkemece kullanılması yargılamayı gayriadil

CMK'nın devlet sırrını düzenleyen 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe gidilmelidir.

Bu noktada, karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukunda yer alan devlet sırrına ilişkin bazı düzenlemelere bakmak uygun olacaktır. Tekrardan kaçınmak amacıyla, III. Bölümün A başlığı altında incelediğimiz bu düzenlemeleri burada tekrar belirtmeyeceğiz.

Karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukuna bakıldığında devlet sırrına yönelik farklı yöntemlerin benimsendiği görülmektedir. Öncelikle, ceza yargılamasında devlet sırrına ulaşıp ulaşılmaması konusunda ilgili Mahkemeye değil de Bakanlığa yetki vermesi nedeniyle PORCMK m. 137/3. düzenlemesini benimsemediğimizi belirtmek isteriz. Alman ve İngiliz uygulamalarının üzerinde durmak istiyoruz. Alman uygulamasının, devlet sırrı içeren belgeleri mahkeme ile paylaşmama kararını verme yetkisini ilgili kuruma veya memura verdiği görülmektedir. Bu uygulamanın mülga CMUK m. 88 uygulaması ile benzer olduğu düşünülebilse de arada büyük bir fark vardır. Alman uygulamasında devlet sırrını mahkeme ile paylaşmama kararının "gerekçeli" olması gerekmektedir. Alman Yargıtay'ının içtihadı doğrultusunda, ilgili mahkeme gerekçeyi yeterli görmezse devlet sırrı içeren delile ulaşabilecektir. İngiliz uygulamasında ise, devlet sırrı içeren bilgileri paylaşmama kararını verme yetkisi idareye verilmemiştir. İdare, yalnızca bu bilgilerin savunmayla paylaşılmasını gerekçeli bir şekilde mahkemeden talep edebilir. Talep usulen kabul edilebilir bulunursa, mahkeme bu talebin karara bağlanabilmesi için duruşma yapacak ve talep eden ilgili kurum yanında sanık ve müdafisi de söz hakkına sahip olacaktır.

Her iki uygulamanın da devlet sırrının paylaşılmaması arzusunun gerekçeli olmasını şart kılması ve bu konudaki son sözü yargıya bırakması açılarından yerinde olduğunu söylemek gerekir. İngiliz uygulamasının Alman uygulamasına göre olumlu yanı, idareye yalnızca ilgili mahkemeden talep hakkı tanınmasıyla sürecin başından itibaren yargı-yı idarenin önüne geçirmesidir. Olumsuz yanı ise, talebin devlet sırrı

kılacaktır." (AİHM, Feldbrugge/Hollanda, 29.5.1986, A. 99, s. 17, § 44). Bkz. A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 13. Ek Protokolü Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 292.

içeren bilginin savunmadan gizlenmesi noktasında olmasıdır. Böylece, talep kabul edilirse devlet sırrı içeren bilgiye mahkeme ulaşabilecek; fakat savunma ulaşamayacaktır. Bu durum, CMK m. 125 düzenlemesine benzer bir şekilde savunmaya kapalı bir yargılama doğurmaktadır. Böylece, adil yargılanma hakkına uygun bulmadığımız İngiliz uygulamasını, en iyi çözüm olarak görmemekteyiz.

Bizim önerimiz, Alman ve İngiliz uygulamalarından türetilen üçüncü bir yöntem olarak şöyledir: İlgili kurum veya memur, devlet sırrı içeren bilgi veya belgenin açıklanmasının ulusal güvenlik aleyhine sonuçlar doğuracağını gerekçeli olarak mahkemeye sunarsa, mahkeme ilgili kurum veya memurun, iddia makamının, katılanın ve savunmanın hazır bulunarak söz hakkına sahip olacakları özel bir celsede devlet sırrına ulaşıp ulaşılmayacağını karara bağlayacaktır. Mahkeme ilgili kurum veya memurun gerekçelerini, özel celsede sunulan beyanları değerlendirecek ve devlet sırrına ulaşılmasına ya da ulaşılmamasına karar verecektir. Bununla beraber, mahkemenin bu ara kararına karşı itiraz yolu da açık olmalıdır. Bu konudaki önerimiz de itirazın Anayasa Mahkemesi'ne yapılması ve Yüksek Mahkeme'nin öngörülen sürede kesin olarak karar vermesidir.

Mahkeme, ilgili kurum veya memurun talebini kabul ederse, devlet sırrına ulaşmayacaktır. Böylece, devlet sırrı oluşturan söz konusu bilgi veya belgenin ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaması pahasına da olsa, bu bilgi veya belgenin savunmadan gizlendiği bir yargılamadan kaçınılması sağlanacaktır. Mahkeme, talebi kabul etmezse, devlet sırrına ulaşacak; savunma, devlet sırrını incelemek suretiyle savunma hakkını daha iyi bir şekilde kullanabilecektir.

Anlaşılabileceği üzere önerimizin dayanak noktası, eğer devlet sırrı içeren bilgi veya belge savunmadan gizlenecekse, o bilgi veya belgenin ceza yargılamasında da kullanılmaması üzerine kuruludur. Önerimiz maddi gerçeğin araştırılması ilkesine uyumsuz gözükse de, bilindiği üzere ceza yargılamasında maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması benimsenen bir yaklaşım değildir. Maddi gerçek ortaya çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin her aşamada gözetilmesi gerekir. Bu nedenle, devlet sırrı içeren bilgi veya belgenin gizlenmesi ulusal güvenlik bakımından bir zorunluluk ise, bu bilgi veya belge mahkemece savunmanın yokluğunda incelenmemeli; ceza yargılamasında delil olarak kullanılmamalıdır.

Devlet sırrı içeren bilgi veya belgenin gizlenmesi ulusal güvenlik bakımından zorunlu değilse, mahkeme devlet sırrının gizlenmesi talebini reddedecek ve devlet sırrına ulaşacaktır. Böylece, savunma, mevcut CMK uygulamasında olduğu gibi yokluğunda oluşturulan ve devlet sırrının suça ilgili kısmını içeren tutanakla yetinmek zorunda kalmayacak; devlet sırrına tam olarak vakıf olacak ve savunmasını daha iyi şartlarda hazırlayabilecektir.

Devlet sırrı içeren bilgi veya belgenin gizlenmesi talebinin mahkemeye reddedildiği ve devlet sırrının savunmayla paylaşıldığı durumlarda, devlet sırrının korunması için karşılaştırmalı ceza yargılaması hukukunda öngörülen önlemler de alınabilir. Örneğin, KZKCMK'nın 47. maddesinin birinci ve yedinci fıkralarında öngörüldüğü gibi, savunma, devlet sırrı içeren bilgi veya belgeleri kapalı duruşmada incelemelidir. Bunun yanında, UKRCMK'nın 517/5. maddesinde yer alan düzenleme de CMK'ya getirilebilir. Bu kapsamda, katılan ve vekili devlet sırrı içeren bilgi veya belgelerden örnek ve notlar alamayacaktır. Savunma ise bu bilgi veya belgelerden yalnızca notlar alabilecektir. Alınan notlar ise savunmaya verilmeyecek ve mühürlenerek muhafaza edilecektir. Bu notlar, savunmaya davayı gören mahkemede gösterilecektir. Ayrıca, UKRCMK m. 517/2'de öngörüldüğü gibi ceza yargılaması işlemlerine ilişkin tutanaklar devlet sırrı oluşturan bilgileri içermemelidir.

Bu noktada Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'nın (DSKT) "Devlet sırrı ve devlet sırrı niteliği taşımayan bilgi ve belgelerin mahkemelere verilmesi" başlıklı 8. maddesine de değinmek gerekmektedir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre, "(1) Mahkemelerce talep edilen devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler, Kurulca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak, verilmeyen bilgi ve belgeler davada ilgili aleyhine sonuç doğurmaz. (2) Devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte diğer gizli bilgi ve belgelerin mahkemelerce talep edilmeleri halinde gönderilmeleri esastır. Bu bilgi ve belgeler, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca gerekçesi açıklanmak suretiyle gönderilmeyebilir. Ancak, gönderilmeme gerekçesi mahkemelerce yeterli bulunmadığı takdirde bu bilgi ve belgelerin gönderilmesi zorunludur. Cumhuriyet başsavcılıklarınca talep edilen bilgi ve belgeler hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır".

DSKT m. 8/1 düzenlemesi mülga CMUK m. 88 düzenlemesini andırmaktadır. Mülga CMUK m. 88'e göre, belgenin açıklanmasının ulusal güvenliğe zarar verebileceği kurumun en büyük amiri tarafından beyan edilirse o belgenin gösterilmesi ve teslimi istenemiyordu. Amirin beyanı yeterli görülmediği takdirde kurumun bağlı olduğu bakanlığa başvurulabiliyordu. DSKT m. 8/1 düzenlemesinde ise, beyan yerine gerekçe belirtilmesi aranmaktadır. Ancak, belgenin verilir verilmeyeceği Kurul'un takdirinde olduğundan, ilgili mahkemenin bu konuda bir karar verme yetkisi olmaması nedeniyle bu düzenlemenin mülga CMUK m. 88 düzenlemesine benzer olduğu söylenmelidir.

DKST m. 8/2'de ise devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte diğer gizli bilgi ve belgeler kavramına yer verilmiştir. Bu bilgi ve belgelerin mahkemelere verilmesi noktasında ise Alman uygulamasına benzer bir yöntemin öngörüldüğü görülmektedir. Mahkeme bilgi veya belgenin verilmemesine ilişkin gerekçeyi yeterli bulmazsa bu bilgi ve belgeler mahkeme ile paylaşılacaktır.

DSKT m. 8/4'de ise, *“ceza kovuşturmasında devlet sırrı veya devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte gizli bilgi ve belgelerin taraflara incelettirilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 125. maddesindeki usul uygulanır”* denilmiştir. CMK m. 125'de, içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesini düzenlediği göz önüne alındığında, DSKT'nin 8. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarının CMK m. 125 ile açıkça çeliştiği görülmektedir. Buna karşılık, oldukça tuhaf olarak DSKT m. 8/5'de, 5271 sayılı CMK hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Tasarıda, CMK m. 125 ile çelişen DKST'nin birinci ve dördüncü fıkralarının mı yoksa CMK m. 125'in mi uygulanılmasının istendiği anlaşılammamaktadır. Tasarı yasalasaçaksa öncelikle bu belirsizlik giderilmelidir.

CMK'nın 47. ve 125. maddelerinde yer alan düzenlemeler maddi gerçeğe ulaşmayı sağlamakla birlikte devlet sırlarının da korunmasını amaçlamaktadır. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere, CMK'nın anılan düzenlemeleri savunmaya kapalı bir yargılama öngörmesi nedeniyle savunma ve adil yargılanma haklarıyla bağdaşmamaktadır. DKST'nin 8. maddesinde ise mülga CMUK m. 88'e benzer bir sistem öngörülerek devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye verilir verilmemesi idarenin takdirine bırakılmıştır. Oysa yukarıda İngiliz ve Al-

man uygulamalarından esinlenerek sunduğumuz yöntemde olduğu gibi, eğer ulusal güvenlik nedeniyle savunma ile paylaşılmayacaksa o bilgi veya belgenin yargılamada da delil olarak kullanılmamasını öngören, böylece savunma ve adil yargılanma haklarına uygun bir yargılama süreci için gerektiğinde maddi gerçeğe tam olarak ulaşma amacından vazgeçen¹²⁸ ve en önemlisi yargılamada devlet sırrına ulaşıp ulaşılmamasına yargının karar vereceği, kendine özgü itiraz yolu olan bir yöntem benimsenmelidir.

Ceza yargılamasında devlet sırrı ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer konu, soruşturma evresinde bu bilgi veya belgelerin delil niteliğidir. “Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Devlet Sırrı” başlığı altında ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, CMK’nın 47. ve 125. maddelerinde yer alan düzenlemeler, özel olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından genel olarak ise soruşturma evresinde devlet sırrı içeren bilgilerle ilgili tanık dinlenmesine, devlet sırrı içeren belgeler ile ilgili arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulmasına ve bu belgelerin incelenmesine olanak tanımamaktadır. Böylece, Cumhuriyet savcısı devlet sırrı oluşturan bilgi veya belgelere ulaşamayacağından, bunları delil olarak değerlendiremeyecektir. Cumhuriyet Savcısı, elde ettiği “diğer” delillerden kamu davası açılması için yeterli şüpheye ulaştıysa, iddianame düzenleyecektir. İddianamenin kabulü durumunda, değerlendirilmeksizin iddianamede “delil” olarak bahsedilen devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, mahkeme tarafından kovuşturma evresinde incelenecek ve değerlendirilecektir.

¹²⁸ Şen ise bu konuda farklı görüştedir. Şen’e göre, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve adaletin sağlanabilmesi için, mahkemenin Devlet sırrı niteliği taşısa da dava konusu eylemle ilgili bilgi ve belgeleri inceleyebilmesi gerekir. Bu inceleme yapılmadığı takdirde, sanığın veya mağdurun haklarının korunmaması, maddi gerçeğe ulaşamaması ve adaletin sağlanamaması sorunu ortaya çıkacaktır. Bu ise, dürüst yargılanma hakkını gölgeleyecek ve hak ihlalini gündeme getirebilecektir. Bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan sanık gerek kendi hakları gerekse mağdur ile toplumun hakları açısından dürüst yargılanmalıdır. Bir yargılamada, devlet sırrı niteliği taşıyan ya da devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte gizli sayılan bilgi ve belgenin mahkemeye verilmemesi sebebiyle sanığın delil yetersizliğinden veya suçu işlemediği sabit olduğundan beraatına karar verildiğinde, AİHS m.13’de düzenlenen etkili başvuru hakkı nasıl korunmuş ve sağlanmış olacaktır? Bkz. Ersan Şen, “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı”, 19.12.2015, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1708926-devlet-sirri-kanunu-tasarisi>, (E.T: 29.12.2019).

Soruşturma evresinde devlet sırrı içeren bilgi veya belgelerle ilgili usuli işlemler yapılmasına olanak sağlayacak şekilde CMK'nın 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe gidilmesi gidilmemesi tartışılırken, ceza yargılaması sistematığına uygun olmayan bir sonucun ortaya çıkması için, bu değişikliğin kovuşturma evresiyle ilgili yukarıda belirttiğimiz önerimiz açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Soruşturma evresi gizlilik ilkesine göre yürütüldüğünden ve Cumhuriyet Savcısı CMK m. 153/2 çerçevesinde müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanmasını yargıçtan isteyebileceğinden, devlet sırrı ile bilgi veya belgeler soruşturma evresinde savunma ile paylaşılmayacaktır. Bu nedenle, yukarıda kovuşturma evresiyle ilgili belirttiğimiz önerinin soruşturma evresi için getirilmesine gerek olmadığı düşünülebilse de meselenin ceza yargılaması sistematığı açısından değerlendirilmesi gerekir.

Bir an için Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde devlet sırrı ile ilgili bilgi veya belgeleri delil olarak topladığını ve iddianameyi bu delilleri de değerlendirmek suretiyle düzenlediğini düşünelim. Bu durumda kovuşturma evresi için getirdiğimiz öneri bakımından şu sorun ortaya çıkacaktır: İddianamede devlet sırrı içeren bilgi veya belgelere de dayanılacak fakat kovuşturma evresinde ilgili kurum veya memur, devlet sırrı içeren bilgi veya belgenin açıklanmasının ulusal güvenlik aleyhine sonuçlar doğuracağını gerekçeli olarak mahkemeden talep eder ve mahkeme devlet sırrına ulaşılmamasına karar verirse, kovuşturma evresinde devlet sırrına ulaşılmayacak ve söz konusu bilgi veya belgeler ispat aracı olarak kullanılmayacaktır. Bu durumda, iddia makamının vakıf olduğu devlet sırrına yargılama makamı vakıf olmayacak; mahkeme ulaşılmamasına karar verdiği devlet sırrını delil olarak değerlendirmeyeceğinden, bu delillere iddianamede dayanılmasının ceza yargılaması açısından bir gerekliliği bulunmayacaktır. Diğer yandan, devlet sırrına iddia makamı vakıf olurken savunma makamı vakıf olmayacağından, iddia makamı olası diğer delillere ulaşma noktasında ve böylece iddiasını ispatlamada üstünlüğe sahip olacak; savunma makamı ise iddia makamının iddiasının karşısında oldukça kısıtlı bir savunma sunabilecektir. Bu ise kuşkusuz silahların eşitliğine¹²⁹ uygun bir sonuç değildir.

¹²⁹ AİHM'e göre, adil yargılamanın ilk ve en önemli gereği taraflar (iddia ve savunma) arasında silahların eşitliği; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve

Bu kez de önerimizi göz önüne almadan, soruşturma evresinde devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin delil olarak toplandığını ve iddia makamının iddianameyi bu delilleri de değerlendirmek suretiyle düzenlediğini düşünelim. İddia makamı kovuşturma evresinde bu delilleri mahkemeye sunacak fakat bu deliller CMK'nın 47. ve 125. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca savunmayla yalnızca suçla ilgili kısımlar ile sınırlı olarak paylaşılacaktır. İddia makamının soruşturma evresinde devlet sırrına tam vakıf olarak düzenlediği iddianame sonucu açılan ceza davasında bu bilgi veya belgelerin savunmayla suçla ilgili kısımlarla sınırlı olarak paylaşılması düşünülemez. Böyle bir ceza yargılaması sürecinin adil yargılanma ilkesine aykırı olacağını düşünüyoruz.¹³⁰ Yargılama sürecinin adil olması için ise, iddia makamının soruşturma evresinde, yargılama makamının ise kovuşturma evresinde vakıf olduğu devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin sınırsız olarak savunmayla paylaşılması gerekecektir. Bu ise, ulusal güvenlik bakımından gizliliğinin korunması gereken devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin korunması kurumuna ceza yargılaması içerisinde yer bırakmayacaktır. Bu nedenle, kovuşturma evresi için getirdiğimiz önerinin ceza yargılaması sistematığı içerisinde tutarsız bir sonuç yaratmaması için, soruşturma evresinde devlet sırrı ile bilgi veya belgelere ulaşılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle, soruşturma evresinde devlet sırrı içeren bilgi veya belgelerle ilgili usuli işlem yapılmasına olanak tanımayan CMK'nın 47. ve 125. madde düzenlemeleri bu açıdan korunmalıdır.

Hatırlanacağı üzere, CMK m. 125 düzenlemesinin olanak tanımasına rağmen, Eski Başbakan Yardımcısı Bülent Arınç'a yönelik suikast iddialarıyla başlatılan soruşturmada Genelkurmay Başkanlığı Ankara Seferberlik Bölge Başkanlığı'nın kozmik odalarında aramalar

yükümlülükler bakımından tam bir eşitliğin gözetilmesi; bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır (AİHM, Delcourt/Belçika 17.1.1970, A 11 § 28; AİHM, Monnel ve Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, § 62 ve son). Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291.

¹³⁰ "Ceza davasında sanık ile savcı eşit durumda olacaktır. Savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgeler, karşı görüşünü bildirebilmesi için sanığa verilecek ya da tebliğ edilecektir." AİHM, Brandstötter/Avusturya, 28.1.1991, A 211; AİHM, Bulut/Avusturya, 22.2.1996; Nideröst-Huber/İsviçre, 18.2.1997; AİHM, Kuopila/Finlandiya, 27.4.2000. Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

yapılmış, devlet sırrı olduğu ileri sürülen belgelere ulaşılmıştı. “Kozmik Odada Kumpas” davasında Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliğinde tamamlanan inceleme heyeti sonuç raporunda,¹³¹ “devlet sırrı olduğu belirtilen bir kısım belgelerin, düşman ülkeye savaş hazırlıklarımızı, savaş etkinliğimizi ve çalışma prensiplerimizi ortaya koyabilecek nitelikte bilgiler içerdiği anlaşılmıştır” denilerek bu belgelerin devlet sırrı niteliği taşıdığı tespit edilmiştir. Böylece, kamuoyunda Türkiye Cumhuriyeti’nin olası işgal durumunda neler yapacağı bilgilerini içeren devlet sırlarının açığa çıkarıldığı yönünde kuvvetli şüphelerin bulunduğu ve bu konuda süren yargılama süreci dikkate alındığında, bu çok önemli belgelerin yalnızca CMK’ya düzenlemeler getirilerek korunamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Öyleyse mesele ceza yargılaması süreçlerinin hukuka uygun yürütülmesi ve hukuk devleti ilkesine tam saygı ile ilgilidir.

Sonuç olarak, CMK’nın 47 ve 125. maddelerinde yer alan düzenlemelerin amaçlarından birisi de devlet sırlarını korumak olmasına rağmen Kozmik Oda olayı göz önüne alındığında, bu bilgi veya belgelerin gizliliğinin korunmasının amaçlanmasının başlı başına bunları korumaya yetmediği anlaşılmaktadır. Öyleyse mesele, ceza yargılamalarının hukuka ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesidir. Diğer yandan, devlet sırrı içeren bilgi veya belgelerin ulusal güvenlik adına önem arz etmesi durumunda bunların gizliliğinin korunması için silahların eşitliğine, savunma ve adil yargılanma haklarına aykırı bir ceza yargılaması sürecinin gerçekleştirilmesi de kabul edilemez. Bu nedenle, CMK’nın 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe gidilerek, ulusal güvenlik bakımından zorunlu olması durumunda devlet sırrını koruyan, gerektiğinde maddi gerçeğe ulaşmak amacından vazgeçen ve böylece savunma ve adil yargılanma haklarını ihlal etmeyen bir ceza yargılaması sürecini mümkün kılan düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler, yukarıda önerdiğimiz İngiliz ve Alman uygulamalarından doğan üçüncü bir yöntemle dayanabileceği gibi elbette başka yöntemlere de dayanabilir.

¹³¹ <https://www.haberturk.com/son-dakika-kozmik-odada-kumpas-davasinda-istenen-cezalar-belli-oldu-2064301>, (E. T: 24.1.2019).

Kaynakça

- Akad Mehmet, Dinçkol Abdullah, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Akad Mehmet, Vural Dinçkol Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Tıpkıbasım, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- Akgüner Tayfun, "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C: 6, S: 1-3, 1985, s. 13-16.
- Akipek İlhan, Devletler Hukuku, 3. Baskı, Başnur Matbaası, Ankara, 1966.
- Akkaya Kia Rukiye, "Devlet Sırrı, Kimin Sırrı?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 19, S: 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 2013, s. 749-755.
- Altunel Mesude, "Devlet Sırrı", *Legal Hukuk Dergisi*, S: 88, 2010.
- Altunel Mesude, "'Devlet' Sırrı İçerdiği İddia Edilen Bilgi ve Belgelerin Ceza Yargılamasındaki Yeri", *Yargıtay Dergisi*, C: 37, S: 3, 2011, s. 25-40.
- Aras Bahattin, "Devlet Sırrı Kavramı ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C: 1, S: 4, 2011, s. 543-562.
- Atatürk M. Kemal, Medeni Bigiler (Uygurlık Bilgileri), 4. Baskı, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Aybay Rona, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 33, 1978, s. 59-82.
- Bayraktar Köksal, "İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, 5 Mayıs 2004, TBB Yayınları, No: 62, Ankara, 2004.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta, İstanbul, 2016.
- Davut Şevki, "Devlet Sırrı Kavramı ve İdari Yargı Denetimine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S: 62, 2011, s. 66-71.
- Demir Fevzi, Anayasa Hukuku - Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2009.
- Duran Lütfi, "Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik", *İktisat ve Maliye*, C: 17, S: 4, 1970, s. 165-172.
- Erdag Ramazan, "Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı", *Türk İdare Dergisi*, C: 81, S: 463-464, 2009, s. 93-102.
- Erdem Mustafa Ruhan, "Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 81, S: 3, 2016, s. 115-148.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 181, Ankara, 1964.
- Estonya Devlet Sırrarı Yasası, *Polis Dergisi*, S: 39, 2004, s. 459.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Feyzioğlu Metin, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *TBB Dergisi*, S: 62, 2006, s. 27-61.
- Gözler Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

- Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 13. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.
- Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, "Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1, 2010, s. 21-30.
- Hakeri Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBB Dergisi*, S: 60, 2005, s. 97-104.
- İnan A. Afet, Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2010.
- Jellinek Georg, L'Etat moderne et son droit, Traduction française par Georges Fardis, Paris, V. Giard & Brière, 1911.
- Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Hukuku Birinci Kitap, Üçüncü bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, "Üst ve Büro Araması, Postada El koyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012, s. 45-69.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Genişletilmiş Dokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 1989.
- Örs Cengiz Ozan, "Avukat Hakkında Arama ve El Koyma", *TBB Dergisi*, S: 123, 2016, s. 103-146.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996.
- Özbek Veli Özer, Pınar Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, S: 1, 2006, s. 145-206.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özkan Gürsel, Demokratik Yönetimin Birinci Adıma Bilgi Edinme Hakkı, Türkiye Kamu-Sen, Ankara, 2004.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Polater Yusuf Ziya, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 122, 2016, s. 99-140.
- Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Savaş Vural, Çağdaşlaşmanın Tek Yolu Devrimci Hukuk, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Sınar Hasan, "Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, S: 42, 2013, s. 7-10.

- Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- Şen Ersan, Yorumluyorum Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Taner Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, Üçüncü Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 608, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2012.
- Tunç Hasan, Döner Ayhan, "MGK ve Milli Güvenlik Kavramı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, S: 1, 1998, s. 3-23.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Yenisey Feridun, Oktar Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yıldırım Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.
- Yıldız Ferhat, "Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı -Arama - El Koyma", *Ceza Hukuku Dergisi*, S: 13, 2010 s. 197-224.
- Yumak Semih, "Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin İncelenmesi", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 10, 2014, s. 61-83.
- Zander Michael, "İngiliz Savcılık Sistemi", Çev: Süleyman Türkarlan, Mehmet Ali Canavcı, Küresel Bakış, S: 4, 2012, s. 49-60.

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://adilet.zan.kz>

www.anayasa.gov.tr

www.gov.uk

www.judiciary.uk

www.justice.gov.uk

www.legislationline.org/

www.tbmm.gov.tr

www.tdk.gov.tr

www.haberturk.com

www.milliyet.com.tr

DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU (TCK M. 121) THE CRIME OF PREVENTING THE EXERCISE OF THE RIGHT TO PETITION (TURKISH PENALTY LAW, ARTICLE 121)

Gökhan Yaşar DURAN*

Özet: Dilekçe hakkı, Anayasamızın Siyasi Haklar ve Ödevler başlıklı Dördüncü Bölüm 74'ncü maddesinde yer almaktadır. Bu hak, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi başlığı altında ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 121'nci maddesi ile koruma altına alınmıştır.

Makalemizde dilekçe hakkının, Anayasa ve diğer kanunlarda düzenlenişi ve bu hakkı koruyan TCK'nın 121'nci maddesi inceleme konularımızı oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dilekçe hakkı, Bilgi Edinme Hakkı, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi

Abstract: The right to petition is contained in The Fourth Chapter, Article 74 of the Turkish Constitution, titled Political Rights and Assignments. This right is protected, for the first time, under Article 121 of the Turkish Penal Code (TPC) numbered 5237 under the heading Preventing the Exercise of Right to Petition

In our article, the regulations of right to petition will be examined in the Constitution and other laws, and also in the Article 121 of Turkish Penal Code which protects right to petition.

Keywords: Right to Petition, Information to Obtain Information, Prevention of The Use of the Right to Petition

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, gduran_41@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-4649-5072, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.04.2019, Kabul Tarihi: 05.04.2019

I. GENEL AÇIKLAMALAR

A. DİLEKÇE HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ

İdare-birey ilişkisinde hukukun üstünlüğünü, demokratikleşmeyi ve saydamlığı sağlayabilmek için, idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında bireysel hak ve özgürlüklere duyarlı davranılması, hukuk devletinin en temel niteliğidir.¹ Kişinin siyasi hak ve hürriyetlerini serbest ve hür bir şekilde kullanmasının sağlanması da, hukuk devletinin asli görevlerinden biridir.² Bu nedenle de; eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkeleri temelinde, demokratik ve şeffaf bir yönetim anlayışında, bireylerin kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında idari makamlara başvuruda bulunmaları ve kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme haklarını kullanmaları mümkün olmalıdır.³

Günümüzde bireylerin kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri, dilekçe hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Dilekçe hakkı, sorulara cevap almak suretiyle bilgi edinmeyi, şikâyette bulunmak suretiyle denetlemeyi, dilek ve önerilerde bulunmak suretiyle de demokratik katılımı sağlayan, 1982 Anayasa (AY)'sının 74/1, 2'nci fıkralarında yer alan siyasal haklardan biridir.⁵

Orijinini Latince "petitum" (talep) kavramı oluşturan dilekçe hakkı, nitelik olarak, subjektif ve kamusal bir haktır. Kamusal bir hak olmasının nedeni, bu hakkın kullanılmasıyla kişilerin taleplerini resmi makamlara iletmek olanağını elde etmeleridir. Bu hak aynı zamanda subjektif bir haktır; çünkü hak, toplu veya münferiden, ancak bireyler tarafından kullanılabilir.⁶

¹ Metin Kazancı, "Dilekçe Hakkı, Halkın İstekleri ve Yönetim", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 32(1), Basım Tarihi: 1977 s.123, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/32/1/7_Metin_Kazanci.pdf, 29.09.2018.

² Yasin Aydoğdu, "Türk Hukukunda Siyasal Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017 (128), s. 40, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-128-1623>, 29.09.2018.

³ Bu açıklama için Bkz. 23 Ocak 2004 Tarihli Başbakanlık Genelgesi http://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2004/2004-0320-01327.pdf, 29.09.2018.

⁴ Bu açıklama için bkz. TCK m.121'in madde gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlarvekararlar.htm>, 29.09.2018.

⁵ Bu açıklama için bkz. 23 Ocak 2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi.

⁶ Bu açıklamalar için bkz. TCK m.121'in madde gerekçesi.

Dilekçe hakkı aynı zamanda Anayasa'da yer alan hak arama özgürlüğü (m.36) ve bilgi edinme hakkıyla (m.74/4) da ilişkilidir.⁷ Nitekim 2010 yılında yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun'la, dilekçe hakkının da düzenlendiği, Anayasa'nın 74'ncü maddesinin 4'ncü fıkrasına, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu ifadesi eklenerek, bu iki hak aynı maddede düzenlenmiştir.⁸ 09.10.2003 tarihinde de 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) kabul edilmiştir.

B. DİLEKÇE HAKKI İLE İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

1. Anayasa

Ülkemizde dilekçe hakkı anayasal bir kurum olarak, ilk kez 1876 Anayasası'nın 14'ncü maddesinde,⁹ müteakiben de 1924 Anayasası'nın 82¹⁰ ve 1961 Anayasası'nın 62'nci maddelerinde düzenlenmiştir.¹¹

1961 Anayasası'nın 62'nci maddesi şöyleydi: "*Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, tek başlarına veya topluca, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir*". Maddeye göre ister bireysel ister kamusal nitelikte olsun, her yurttaş sorununu yalnız meclislere değil, aynı zamanda yönetim birimlerine de yazıyla iletmek hakkına sahipti.¹² Bu hakkın kullanılmasına ilişkin koşullar, başta tüzükler, daha sonra 1962 yılında

⁷ Ş.Cankat Taşkın, "Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı", s.179, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872240.pdf>, 29.09.2018; Benzer görüş Özdemir Özok, Bilgi Edinme Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 62, Birinci Baskı: Haziran 2004, s. IX, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf, 29.09.2018.

⁸ Bu açıklamalar için bkz. E. Eylem Aksoy Retornaz, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, s. 4, <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuahfd-2017-2-361.pdf>, 29.09.2018.

⁹ 1921 Anayasası'nda dilekçe hakkıyla ilgili bir düzenleme yer almadığı için, 1876 düzenlemesi ve uygulaması 1921 Anayasası döneminde de aynen korunmuştu (Bu açıklama ve 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'nin 14'ncü maddesi için bkz Taşkın, s. 177-178).

¹⁰ Bu düzenlemenin 1876 Kanuni Esasi düzenlemesinden temel farkı, kişilerin kendileri ile ilgili başvurulara yazılı yanıt verilmesinin zorunlu hale getirilmesi olmuştur (1924 Anayasası'nın 82'nci maddesi ve bu açıklamalar için Bkz. Taşkın, s. 178).

¹¹ Kazancı, s. 123.

¹² Bu açıklama ve görüşler için Bkz. Kazancı, s. 124.

çıkartılan 140 sayılı ‘*Türk Vatandaşlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Dilekçe ile Başvurmaları ve Dilekçelerin İncelenmesi ile Karara Bağlanması’nın Düzenlenmesine Dair Kanun*’la düzenlenmekteydi.¹³

1982 Anayasası’nın kabulü ile Anayasa’nın İkinci Kısım, Dördüncü Bölümünde ‘*Siyasal hak ve ödevler*’ başlığı altında siyasal haklar düzenlendi. Dilekçe hakkı siyasal haklardan biri olarak¹⁴ Anayasa’nın ‘*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*’ başlıklı 74’ncü maddesinin 1 ve 2’nci fıkralarında, bilgi edinme hakkı aynı maddenin 4’ncü, kamu denetçisine başvurma hakkı ise 5, 6, 7’nci fıkralarında düzenlenmiştir. Anayasa m.74/1 ve 2’nci fıkraları şöyledir:

“Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir (f.1).

Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir (f.2)”.

1961 ve 1982 Anayasaları karşılaştırıldığında, 1982 Anayasası’nda ilk kez karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılara da dilekçe hakkı tanınmıştır. Diğer bir husus, 1982 Anayasası’nda, 1961 Anayasası’nın 62’nci maddesinde olduğu gibi, dilekçe hakkının toplu olarak kullanılabilmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Doktrindeki bazı görüşlere göre, bu eksiklik toplu başvuruların yasak olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁵ Nitekim TCK m.121’in madde gerekçesinde de, bu hakkın toplu olarak kullanılabilmesinden bahsedilmektedir.¹⁶ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 12.5.1982 günlü 2670 sayılı Yasa’nın 31.maddesiyle değiş-

¹³ Kazancı, s. 124.

¹⁴ 1982 Anayasası’nda düzenlenen siyasal hakların nelerden ibaret olduğu Anayasası’nın 66 ve devamındaki maddelerinde şöyle açıklanmıştır: “Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları (m.67), Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakları (m.68), Kamu hizmetlerine girme hakkı (m.70), Vatan hizmeti (m.72), Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m.74)” (Bu açıklama için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 513).

¹⁵ Taşkın, s. 179.

¹⁶ Hasan Gerçekler, Türk Ceza Kanunu, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1260.

tirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin “*Toplu müracaat ve şikâyet etmek*” biçimindeki (h) alt bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.¹⁷

Ancak ileride açıklanacak olan asker kişilerin dilekçe haklarının kullanılmasına ilişkin özel hükümler içeren 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu’na göre, askerlerin askeri makamlara toplu olarak dilekçe vermeleri yasaklanmıştır (211 SK.m.28).

1982 Anayasası m.74/2’nci fıkrasının son cümlesinde, dilekçe hakkının kullanılma biçiminin kanunla düzenleneceği açıklanmıştır. Nitekim 1982 Anayasası’nın emredici hükmü gereğince, yaklaşık 2 yıl sonra 01.11.1984 tarihinde, 3071 sayılı “*Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun (DHKK)*” kabul edilmiştir. Bu Kanun’un yürürlüğe girmesiyle, 26 Aralık 1962 tarih ve 140 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Diğer Mevzuat Hükümleri

(a) Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun (DHKK)

Dilekçe hakkı, Türk vatandaşlarının kendileriyle veya kamuyla ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)’ne ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkı olarak açıklanmıştır (DHKK m.3/1, AY m.74/1). DHKK’da yazının şekli veya türünden bahsedilmediğinden, yazının, el yazısı ya da daktiloyla ya da dijital ortamda yazılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁸

DHKK’da; dilekçenin şekli ve kullanılma biçimi, hukuki olarak konusu ve içeriği, dilekçe hakkını kullanabilecek kişiler, yabancıların dilekçe hakkı, dilekçenin verilebileceği makamlar, dilekçeye ne kadar sürede cevap verileceği gibi çeşitli konular düzenlenmektedir. Bu konuların düzenlendiği hükümler şöyledir:

TBMM’ye veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunluluktur (DHKK m.4).

Belli bir konuyu ihtiva etmeyen; yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan; 4’üncü maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayan dilekçeler incelenmeyecektir (DHKK m.6/1 a, b, c).

¹⁷ R.G.:10.12.2011-Sayı:28138, Koç, s.72.

¹⁸ Gerçekler, s. 1262.

Türk vatandaşları dışında, Türkiye’de ikamet eden yabancılara da karşılıklılık ve dilekçelerin Türkçe yazılması şartıyla bu haktan yararlanabilme hakkı tanınmıştır (DHKK m.3/2).

Türk vatandaşlarının ve Türkiye’de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak cevap verilmesi gerekir (DHKK m.7). Dilekçenin, konusuyla ilgisi olmayan bir idari makama verilmesi halinde ise, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilmesi ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilmesi zorunludur (DHKK m.5).

TBMM gönderilen dilekçelerle ilgili olarak, Dilekçe Komisyonu altmış gün içinde bu dilekçeyi karara bağlayacaktır. Komisyonun ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına gönderdiği dilekçelere ise, otuz gün içinde cevap verilecektir. Zira Dilekçe Komisyonu, görevleri ile ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşları ile özel kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi almak, ilgilileri çağırıp bilgi almak, idari denetimin yapılmasını istemek, bilirkişi görevlendirmek ve yerinde inceleme yapmak yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanılması durumunda kamu kurum ve kuruluşları ile kamu personeli, talep edilen bilgi ve belgeyi vermek, idari denetimi yapmak ve yerinde inceleme için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (DHKK m.8/2).

Dilekçenin incelenme ve karara bağlanmasına ilişkin esas ve usuller TBMM İç Tüzüğü’nde gösterilmiştir(DHKK m.8/1).

(b) Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK)

Avrupa Birliği (AB) ile uyum sürecinde, AB’nin tavsiye kararları doğrultusunda dilekçe hakkı daha da geliştirilerek 4982 Sayılı BEHK kabul edilmiştir.¹⁹ Bu Kanun, Türk kamu yönetiminin şeffaflaşmasına yönelik önemli bir açılımın kanuni dayanağını teşkil etmektedir.²⁰

¹⁹ Taşkın, s. 125.

²⁰ Ramazan Şengül, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini ‘Candan Eve’ Dönüştürür mü?”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 60-3, s. 217, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000053500>, 29.09.2018.

Anayasa ve BEHK'ye göre, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir (AY m.74/4, BEHK m.1). Nitekim Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler de, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar (BEHK m.4/2).

Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılacaktır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir (BEHK m.6/1).

Bilgi edinme ve dilekçe hakları birbiriyle yakından ilişkilidir. Doktrindeki görüşlerde, bireylerin dilekçelerinin bilgi talebi içermesi mümkün olduğundan, BEHK kapsamındaki başvuruları kabul etmeyen kamu görevlilerinin de, TCK m.121'in faili olabilecekleri açıklanmıştır.²¹ Nitekim BEHK'nın 2'nci maddesinde de, *"Bu Kanun; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır. 1.11.1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır"* açıklamasında bulunulmuştur.

(c) 23 Ocak 2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi

Uygulamada dilekçe hakkının etkin bir şekilde kullanımının gerçekleşmediği yolunda ki şikâyetler üzerine, 23 Ocak 2004 tarihinde Başbakanlık Genelgesi çıkarılmıştır.²² Genelge aslında kamu görevlilerinin DHKK'da açıklanan hususları yerine getirmede gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi için bir uyarı mahiyetindedir. Genelge'nin sonuç kısmında, dilekçe hakkının kullanımı kapsamındaki başvurulara ilişkin uygulamaların mevzuat dâhilinde denetleneceği ve denetimler sonucu belirtilen kurallara uymadıkları saptanan kamu görevlileri

²¹ Retornaz, s. 6; Taşkın, s.187.

²² 23 Ocak 2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi.

hakkında genel hükümlere göre disiplin ve ceza işlemlerinin uygulanacağı açıklanmıştır.²³

23.01.2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi'nin çıkarıldığı tarihte, 26.09.2004 kabul tarihli 5237 sayılı TCK yürürlükte değildi. Yine bu tarihte yürürlükte olan 765 sayılı TCK hükümlerinde, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi (TCK m.121)" gibi bir suç da yoktu. Genelgede, DHKK hükümlerine göre verilen dilekçeleri hukuka aykırı olarak kabul etmeyen kamu görevlileri hakkında ceza hükümleri uygulanacağından bahsedildiğine göre, 765 sayılı mülga TCK döneminde de bu tarz eylemler işleyen kamu görevlilerinin cezalandırılması mümkündü. 765 sayılı TCK'da bu eylemlerin hangi suç/suçlar kapsamında incelendiği aşağıda tartışılacaktır.

C. DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASINA DAİR KANUN VE TÜRK CEZA KANUNU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ceza kanunları bazen diğer kanunların tarif ettiği bir kavramı da esas almaktadır. Bu takdirde suçun gerçekleşebilmesi için diğer kanundaki kavramın unsurları itibarıyla gerçekleşmesi, yani diğer kanunun da ihlal edilmesi gerekecektir. Bu gibi hallerde ceza kanunu sırf ceza normunu ihtiva eden kanun olurken, diğer kanun ceza normunun koruduğu kanun sıfatını alır.²⁴

"Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi (TCK m.121)" suçu ile hem dilekçe hakkı (AY m.74) korunmakta, hem de kamu görevlilerinin DHKK hükümlerine aykırı olarak bu hakkı engellemelerinin önüne geçilmektedir. Bu yönleriyle TCK m.121, AY m.74 ve DHKK hükümlerini koruyan ve güvence altına alan bir kanundur. Bu kabule göre de, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi (TCK m.121)" suçunun unsurları itibarıyla gerçekleşebilmesi için DHKK'daki hükümlerin kamu görevlileri tarafından ihlal edilmesi gerekecektir.

Benzer bir biçimde asker kişiler bakımından dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin usuller özel olarak TSK İç Hizmet Kanununda

²³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.23 Ocak 2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi.

²⁴ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 136.

düzenlenmektedir. Asker kişiler bakımından bu hakkın kullanılmasının engellenmesi eylemleri ise birazdan açıklanacak olan Askerî Ceza Kanunu (AsCK) m.110 ile koruma altına alınmaktadır. Diğer bir anlamıyla, AsCK m.110'da düzenlenen suçun unsurları itibarıyla oluşması için İç Hizmet Kanunu'nun dilekçe hakkını düzenleyen hükümlerinin ihlali gerekmektedir.

II. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

765 sayılı TCK'nın "*Siyasi Hürriyetler Aleyhine Cürümler*" başlıklı 174'ncü maddesinde, genel olarak bir kimsenin "*Siyasi haklarını kullanmaktan*" men edilmesi, suç olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, 765 sayılı TCK'nın 174'ncü maddesi kapsamında olduğu düşünülen birçok siyasal hak kategorisi, TCK'da kanunilik ilkesine uygun olarak farklı hükümlerle yaptırıma bağlanmıştır.

Nitekim TCK'nın "*Hürriyete Karşı Suçlar*" Bölüm başlığı altında yer verilen "*Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi*" suçu, bu haklardan biri olarak TCK m.121'de "*Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükümlenir*" şeklinde düzenlenmiştir²⁵.

Doktrindeki görüşlerde de, 765 sayılı TCK'da dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi fiiline ilişkin bir hükmün olmadığı ve bu fiilin ilk kez bir suç olarak 5237 sayılı TCK'nın 121'nci maddesinde düzenlendiği açıklanmaktadır.²⁶

Kanaatimizce yukarıda açıkladığımız gibi, 765 sayılı mülga TCK döneminde de, kamu görevlilerinin, hukuka aykırı olarak bu hakkın kullanımını engellenmeleri eylemleri farklı bir suç kapsamında değerlendirilebilirdi. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde, memurların, görevin gereği olan işlemi hiç ya da belirli biçimde yapmaması veya geç

²⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükmüler*, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 396.

²⁶ Bkz. Özlem Yenerer Çakmut, "*Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)*", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi(MÜHF) Hukuk Araştırmaları Derneği (HAD)*, C.23, S.1, s.47, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/331957>, 29.09.2018; Benzer görüş için Bkz. RETORNAZ, s. 4.

yapması eylemleri, genel ve tamamlayıcı bir norm olan “görevi yerine getirmeme” başlıklı 230’ncü madde ile cezalandırılmaktaydı. Yine bu suçun oluşması bakımından gereken unsurlar (görevin yapılmaması, failin yetkili bir kamu görevlisi olması, suçun ihmali bir hareketle işlenmesi, yetkili kamu görevlisinin, görevinin kanun tüzük veya idari uygulama ve usullerle belirlenmiş olması gibi)²⁷ incelendiğinde bu unsurların 5237 sayılı TCK m.121 hükmünün ileride açıklanacak olan birçok unsuru ile örtüştüğü anlaşılmaktadır.

Yine mülga TCK m.230/1’de herhangi bir zarar aranmazken, 2 ve 3’ncü fıkralarında ihmali hareket sonucunda devletçe bir zarar (f.2) ya da kişilerin zarara uğraması (f.3) aranmaktaydı. Bu yönüyle de herhangi bir zarar neticesi aranmayan TCK m.121 hükmü ile mülga TCK m.230/1’nci fıkra hükümlerinin birbiriyle uyum içinde olduğu söylenebilir.²⁸

Mülga TCK m.230’un ihlali ile kişi menfaatinin korunması da istendiği halde, kanun koyucu fertten çok devlet tarafını korumak istediğinden bu suç, “Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m.202-281)” bölümünde düzenlenmişti.²⁹ Oysa aynı suç konusu eyleme 5237 sayılı yeni TCK’da tamamen ferdi koruyan bir düşünceyle, “Hürriyete Karşı Suçlar” Bölümünde yer verilmiştir.³⁰

²⁷ Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Hüküm (Kamu İdaresine Karşı Suçlar), İstanbul 1992, s.157, 159,160.

²⁸ 765 sayılı TCK m.230/2 ve 3’ün fıkrasının karşılığı olan madde, 5237 sayılı TCK’nin 257/2’nci fıkrasıdır. Mülga TCK m.230/1’in karşılığı ise yeni TCK’da düzenlenmemiştir (Eski ve Yeni TCK’da maddelerin karşılıkları için Bkz. Kayıhan İçel/Yener Ünver/Hakan Hakeri, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, İstanbul 2012, s. 230).

²⁹ 765 sayılı TCK m.230 ile korunan hukuki yarar, kamu hizmetlerinin demokratik şekilde işlenmesini sağlamak, kamu fonksiyonunun dürüst, tarafsız, disiplinli, sadık, sürekli ve sakin bir biçimde yerine getirildiği hususunda herkese güven vermektir. Ancak görevin yerine getirilmemesiyle bu görevin yerine getirilmesinden yarar sağlamak durumunda olan kişinin menfaati de zedelenebilir; bir pasaport işleminin yerine getirilmemesi ferdin seyahat hürriyetini kısıtlamış olabilir. Bu itibarla görevi yerine getirmemesi suçu, birden fazla hukuki menfaati korumakta ise de, kamu yararı daha ağır basıyordu (Erman/Özek, s. 2).

³⁰ ‘1930 tarihli Rocco Kanunu’nun, “fert devlet içindir” düşüncesinin sonucu olarak “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” kategorisine yer vermezken, 765 sayılı TCK, 1924 Anayasası’na hâkim olan “devlet fert içindir” düşüncesine sadık kalarak bu kategori suçları ortadan kaldırmayıp aynen korumuştur... 5237 sayılı TCK, hümanizma, Rönesans, Reform ve Aydınlanma düşüncesinden süzülerek gelen Türk Hukuk Devrimi’nin baş eseri olan 765 sayılı TCK’nın, ne hukuki değer veya menfaatler bakımından zararlı veya tehlikeli görülen beşeri davranışları

5237 sayılı TCK'nın "Hürriyete Karşı Suçlar" Bölümünde yer alan bazı suçlar bakımından "Ortak hüküm (TCK m.119)" başlığı altında nitelikli hollere yer verilmiştir. TCK m.119 kapsamında sayılan suçlar arasında TCK m.121 yer almamaktadır. Diğer bir anlatımla TCK m.121'e ilişkin suçun cezasını artıran ya da azaltan herhangi bir nitelikli hali bulunmamaktadır. Yine TCK m.121'e ilişkin etkin pişmanlık hükmüne de TCK'da yer verilmemiştir.

III. SUÇ TİPİNİN ÖZEL CEZA YASALARINDA DÜZENLENİŞİ

Asker kişiler tarafından askerî makamlara verilecek dilekçelerin, üst veya amirleri tarafından engellenmesi, 1632 sayılı AsCK'nın "Makam ve memuriyet nüfuzunu suiistimal" başlıklı Altıncı Fesil, "Madunun şikâyetnamesini saklayan veya geri aldırانların cezası" başlıklı 110'ncu maddesinde, askeri bir suç olarak kabul edilmiştir.³¹ Madde metni şöyledir: "Madunların verdikleri şikâyetnameleri saklayanlar veya tehdit ederek geri aldırانlar beş seneye kadar hapsolunur".

Doktrinde sırf askeri suç, 'Kurucu unsurları itibarıyla genel ceza kanununda yer alan suçlar arasında ne kısmen ne de tamamen öngörölmüş olmayan suç' olarak açıklanmaktadır.³² AsCK m.110 unsurlarının kısmen TCK m.121'de yer alması nedeniyle, sırf askeri bir suç değildir. Bu tip askeri suçlar, askeri suç doktrininde, askerî suç benzeri niteliğinde kabul edilmektedir.³³

suç olarak "normlaştırma" usul ve esaslarına, ne suçların tasnifinde esas alınan suçun hukuki konusu düşüncesine, ne de bu dönemde büyük emeklerle oluşmuş olan doktrin ve içtihadı itibarı etmiştir...' (Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zeki Hafızoğulları/Devrim Güngör, "Türk Ceza Kanunu'nda Suçların Tasnifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.69, 2007, s.28-30, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-69-298.pdf, 29.09.2018.

³¹ Hulusi Özbakan, *Askerî Ceza Kanunu*, Ankara 1990, s. 258.

³² Sahir Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, 7.bası, İstanbul 1983, s. 156; Sırf askeri suç sayılmasının ceza ve ceza usul hükümleri açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yasin Aslan, "Sırf Askerî Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010 (90), s.195-212, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-643>, 29.09.2018.

³³ 12.6.2017 tarihinde TBMM'ye sunulan AsCK'da değişiklik öneren 'Anayasa Değişikliğine Uyum Amacıyla Yargıya İlişkin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı(nın)', 2'nci maddesinde, AsCK'ya Ek 11'nci madde olarak 'Askerî Suçlar ve Sırf Askerî Suçlar' başlığı altında bir madde eklenmesi önerilmiştir. Bu maddede sırf askeri suçlar, suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olarak, AsCK'da tek tek belirtilmiştir. Bu maddeler arasında AsCK m.110'a yer verilmemiştir Ancak bu Tasarı'nın henüz kanunlaşmadığı da belirtilmelidir.

AsCK m.110 hükmünde bahsedilen, 'şikâyetname' konusuna ilişkin açıklamalar, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 26-31'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Madde hükümleri şöyledir:

Her asker, gerek hizmete ve gerek şahsi işlerine ait kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkileri her hangi bir şekilde haksız olarak ihlal edilirse veya ihlal edildiğini sanırsa şikâyet etmek hakkını haizdir (m.26).

Şikâyet söz veya yazı ile en yakın amire yapılır. Eğer bu amir şikâyet edilecekse bir derece üstündeki amire yapılır. Ve bunun gibi her şikâyet edilen amir geçilir. Sözle yapılan şikâyetler bir tutanakla saptanır (m.27).

TSK İç Hizmet Kanunu'na göre toplu olarak şikâyet yasaktır. Bu nedenle bir veya aynı olay birden fazla kişinin şikâyetlerine sebep veya konu olursa bunların her biri ayrı ayrı ve tek başına şikâyet hakkını kullanabilirler (m.28). Asker kişiler bakımından toplu şikâyet yasaklanmıştır.

Şikâyetler ve itirazlar mutlaka incelenerek karara bağlanacak ve neticesi şikâyet edene ve gerekli görülürse şikâyet olunana mümkün olan en kısa zamanda bildirilecektir. Ancak bu süre hiçbir halde bir ayı geçemez (m.30/1).

Bir şikâyet üzerine karar vermek yetkisi, şikâyetin dayandığı olay hakkında şikâyet olunana disiplin cezası vermek yetkisine sahip olan ilk disiplin amirine verilmiştir (m.31/1). Bu amirin vereceği karar aleyhine, gerek şikâyet eden ve gerekse şikâyet olunan asker kişinin, hiyerarşik olarak daha yüksek amirlere itiraz etmesi mümkündür (m.31/2).

AsCK m.110'nun konusunu oluşturan şikâyet hakkını TSK İç Hizmet Kanunu'nun 26'ncı maddesinde belirtilen "*gerek hizmete ve gerek zati işlerine ait kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkiler*" oluşturmaktadır.³⁴ Rifat Taşkın'a göre, şikâyet hakkı, İç Hizmet Kanunu'nun 26'ncı maddesinin kast ettiği anlamdan daha geniştir. Üst ve arkadaşlar hakkındaki bütün şikâyetler, cezai konularda şikâyetler,

³⁴ 'Anayasa Değişikliğine Uyum Amacıyla Yargıya İlişkin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı' için Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/anayasa.pdf>, 29.09.2018.

Özbakan, s. 259.

tevdiat, melbusat, iaşe gibi konulardaki şikâyetler de bu hak kapsamında kabul edilmelidir.³⁵ Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında da, adli soruşturma maksadıyla suçtan zarar gören kişiler tarafından yapılan şikâyetleri işleme koymayan suç faillerinin eylemleri de, AsCK m.110 kapsamında değerlendirilmiştir.³⁶

AsCK m.110'a göre suç failleri, amir³⁷ ve üst³⁸'lerdir. Ancak madde hükmündeki eylemlerden; şikâyeti geri aldırma fiilinde şikâyeti incelemeye yetkili olsun olmasın her üst fail olabilirken,³⁹ saklamak yani muameleye koymamak fiilinde ise ancak yetkili amir veya üst suçun faili olabilecektir.⁴⁰

Suçun mağdurları ise, usulüne göre şikâyetle bulunmasına rağmen, şikâyetleri usulsüz olarak reddedilen '*madun(ast)*'⁴¹ olan asker kişilerdir. Bu yönüyle suçun hem fail hem de mağdurları bakımından özgü (mahsus) suç olduğu söylenebilecektir.⁴² Bu nedenle de örneğin, sivil bir kişinin dilekçe hakkı kapsamında askerî makamlara yaptığı başvurunun engellenmesi halinde, suçun mağduru asker olmadığından AsCK m.110'daki suç oluşmayacaktır.

³⁵ Bu görüş için bkz. Rıfat Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941, s. 201; Kendilerine ait bir hakkın yerine getirilmemesinden yahut savaştan dolayı bir veya birden fazla kimsenin merciine veya TBMM'ne müracaat edebilmeleri "şikâyet hakkı" olarak açıklanmıştır. Şikâyet hakkı nitelik olarak mutlak bir kamu hakkıdır. Bu nedenle de yabancıların dahi şikâyet hakkı vardır (Bu açıklamalar için bkz. Vural Savaş/ Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. II, Ankara 1995, s. 1671).

³⁶ Suçtan zarar gören mağdurun yazılı şikâyetini işleme koymayan amirin eylemi, AsCK m.110 kapsamındadır (As. Yrg. Drl., 21.11.1969 E.102 K.103, Özbakan, s.259).

³⁷ Amir: Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir (211 SK m. 9).

³⁸ Üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir (211 SK m.10/1). Amir: Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir (211 SK m. 9).

³⁹ "Şikâyeti geri aldırma fiili her üst tarafından işlenebilir. Şikâyeti geri aldırma fiilinin unsuru olan tehdit, ast üzerinde baskı yapmaya elverişli her türlü fiil ve hareketlerden ibarettir". (As. Yrg.3.D. 16.03.2010, E.2010/731, K.2010/726, Cihan Koç, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21.Baskı, Ankara 2014, s. 577).

⁴⁰ R.Taşkın, s. 210.

⁴¹ Ast, üstün rütbe veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir (211 SK m.10/2).

⁴² "Suç tanımında gösterilen mağdurlara ilişkin özellikler suçun yapısal unsurlarındandır. Bazı suçlar sadece belirli sıfat ve nitelikte olan kişilere karşı işlenebilirler. Bu tip suçlara mağduru bakımından özgü (mahsus) suçlar denir". (Zafer, s. 161).

Yukarıda da bahsedildiği üzere, AsCK m.110'da suç konusu eylemler, seçimlik olarak ya şikâyetnamenin saklanması ya da şikâyetnamenin tehditle geri aldırılması⁴³ olarak belirlenmiştir. Suçun hangi tarz hareketlerle işlenebileceği kanuni tipte açıklandığı için, bağlı hareketli bir suç olduğu söylenebilir.⁴⁴ Örneğin, şikâyetçinin sert sözlerle, cesareti kırılarak, aldatılarak, ikna edilerek şikâyeti reddolursa, bu eylemler AsCK m.110'da yer almadığından, suç oluşmayacaktır.⁴⁵

Astların şikâyet hakkını kullanırken, bir suç işlemleri veya bir disiplin tecavüzünde bulunmaları ayrıca cezalandırılmalarını gerektirmektedir (211 SK. m.29). Nitekim AsCK'nın *Beşinci Faslı (Askerî itaat ve inkıyadı bozan suçlar)*'nda yer alan "Yalan yere ve usulsüz şikâyet edenlerin cezaları" başlıklı 84/1'nci fıkrasında, AsCK m.110'da yer alan şikâyet hakkını, doğru olmadığını bildiği iddialarla asılsız olarak kötüye kullananların da cezalandırılması öngörülmüştür.

Askerî Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre, AsCK m.84/2 fıkrasındaki "şikâyetin yalan yere olması" unsurunun gerçekleşebilmesi için şikâyetin tümünün yalan olması şarttır. Şikâyet edilen hususlardan bazılarının doğru olması halinde bu suç oluşmayacaktır.⁴⁶

Askerî Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu (İBK) Kararına göre, haklı bir şikâyetin, kanunlarda belirlenmiş olan usul ve yollara uyulmayarak yapılması ise, AsCK m.84 kapsamında bir suç olmayıp, ancak disiplin tecavüzüne konu bir disiplin eylemi olarak kabul edilmektedir.⁴⁷

⁴³ AsCK m.110'daki eylemlerden tehdit; Ast üzerinde baskı yapmaya elverişli her türlü tezahürlerdir. Mesela, "şikâyet edersen hakkında hayırlı olmaz, sonra başına geleceği düşün" gibi (R.Taşkın, s.201).

⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 122.

⁴⁵ R.Taşkın, s. 201.

⁴⁶ As. Yrg.1.D. 4.5.1983 E.420 K.399, Özbakan, s.197; 'Amir tarafından rahatsız edildiği zaman ve kanaatiyle onları başlangıçta sözlü olarak şikâyet eden, herhangi bir tedbir alınması üzerine bu kere daha üst makamlara dilekçeyle başvuran sanığın yaptığı ihbar ve şikâyetlerden bir kısmı hakkında ilgililer hakkında soruşturma açılmak suretiyle ihbarlardan bazılarının doğrulanmış olması karşısında; sanığın yalan yere şikâyet kastıyla hareket etmediği, çaresizlik içinde daha üst makamlardan kendisinin korunması gayesiyle bu şekilde davrandığı anlaşılarak müsnet suçtan hakkında beraat kararı tesisinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir' (As. Yrg.2.D. 14.10.1987 E.594 K.581, Özbakan, s. 197).

⁴⁷ As. Yrg. İç. Brl. Krl. 23.3.1956 E.55/3231 K.32, Özbakan, s.196; 'Komuta mertebeye

Kanaatimizce dilekçe hakkının, AsCK'da şikâyet hakkı olarak özel olarak düzenlenme nedeni; bir taraftan asker kişinin dilekçe hakkı gibi anayasal bir hakkını korumak, diğer taraftan bu hakkın ordu içindeki kurallara uygun olarak kullanılmasını sağlayarak, ordu içerisindeki disiplin ihlallerinin önüne geçmektir. Yine benzer nedenle, birden fazla askerin bir araya gelmesinin fesat yaratacağı, bunun ise askeri disiplini ağır derecede ihlal edeceği ihtimalini göz önüne alan İç Hizmet Kanunu, toplu olarak müracaat ve şikâyetleri yasaklamıştır (211 SK. m.28).⁴⁸

Asker kişilerin sivil kamu yetkililerine verdikleri dilekçelerin ya da sivil kişilerin askeri yetkililere verdikleri dilekçelerin hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi ise, şartları varsa TCK m.121 kapsamında değerlendirilecektir.

IV. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (TCK m.121) suç ile korunan hukuksal yarar, Anayasa ve yasalar tarafından kişilere tanınan dilekçe hakkı gibi siyasal bir hakkın kullanılmasının engellenmesine yönelik fiillerin önlenmesi ve hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılmasının temini ve korunmasıdır.⁴⁹ Nitekim madde gerekçesinde de, *söz konusu suç tanımıyla dilekçe hakkının kullanılmasının güvence altına alınmasının amaçlandığı* ifade edilmektedir.⁵⁰

V. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından biri olarak suçun konusu, fiilin nesnesini oluşturan ve tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği ve maddi

leri açılmak suretiyle vaki şikâyet usulsüz şikâyettir' (As. Yrg. Gen. Krl. 16.4.1954 E.1100 K.65 Özbakan, s.196); 'Başbakanlığın İç Hizmet Kanunu'nda yazılı askeri mertebeler silsilesine dâhil bulunmamasına hasebiyle bu makama yapılan şikâyetin usulsüz şikâyet olarak kabulüne cevaz yoktur' (As. Yrg.1.D. 31.12.1956 E.3980 K.4492, Özbakan, s. 196).

⁴⁸ Koç, s.72.

⁴⁹ Çakmut, s. 47; Retornaz, s. 5; Taşkın, s. 187.

⁵⁰ Gerçekler, s. 1260.

varlığı olan şeydir.⁵¹ Konusuz suç olmaz.⁵² TCK m.121'deki suçun konusu, kişinin belli bir hakkı kullanmak için⁵³ yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçedir.⁵⁴

Dilekçe, sözlük anlamı ile bir dileği bildirmek için resmî makamlara sunulan, imzalı ve adresli, pullu veya pulsuz yazı; bir hakkın elde edilmesi, bir haksızlığın ortadan kaldırılması amacıyla, gerçek ya da tüzel kişilerce yetkili mercilere yapılan yazılı başvuru; bir işin yapılması, bir dileğin yerine getirilmesi için, kişilerin devlet dairelerine sundukları durum bildiren ve bir istek belirten yazı şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁵

Gerçekten de, suç tipindeki hareket, dilekçe üzerinde gerçekleştirilmekte, dilekçe hukuka aykırı olarak kabul edilmemektedir. Burada suçun oluşabilmesi için suçun konusu olan dilekçenin de hukuka uygun olması gerekecektir. Aksi halde, suçun konusu olmadığından, ortada işlenemez bir suç⁵⁶ ya da elverişsiz teşebbüs hali söz konusudur. Elverişsiz teşebbüsten anlaşılması gereken, failin öngörüsünden maddi ya da hukuki nedenlerle farklı olan koşulların suç tipini gerçekleştiremeyecek durumda olmasıdır.⁵⁷

Hukuka uygun bir dilekçeden bahsedilebilmesi için, bulunması zorunlu şekli şartları taşıması (DHKK m.4) ve konu olarak incelenmeye uygun olması (DHKK m.6) gerekmektedir. Aksi halde bu dilekçeler hukuka uygun olarak hazırlanmadıkları ve yetkili makama gönderilmedikleri için incelenmeyecektir.

TBMM veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir (DHKK m.4). Bu şartları taşımayan dilekçe incelenmeyecektir (DHKK m.6/1-c).

⁵¹ Bahri Öztürk /Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2017, s.191.

⁵² İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2017, s. 203.

⁵³ Doktrindeki bir açıklamaya göre, dilekçe hakkının aslında var olan bir hak olabileceği gibi varsayılan bir hak da olabileceği açıklanmıştır (Gerçekler, s. 1262).

⁵⁴ Çakmut, s. 47; Retornaz, s. 6; Benzer açıklama için bkz. TCK m.121'in madde gerekçesi;

⁵⁵ Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, 29.09.2018.

⁵⁶ Özgenç, s. 494.

⁵⁷ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, (Editör: Yener Ünver), Ankara 2014, s. 440.

DHKK m.6'ya göre de; "Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerden; a) Belli bir konuyu ihtiva etmeyenler, b) Yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar" yine incelenmeyecektir.

Doktrindeki bir açıklamaya göre, sözlü olarak yapılan başvurularda, 3071 sayılı Kanun anlamında bir dilekçe söz konusu değildir. Ancak Kanun sözlü olarak yapılan beyanın tutanak altına alınmasını öngördüğünde beyanın tutanak altına alınmaması halinde de TCK m. 121'de düzenlenen suç oluşacaktır.⁵⁸ Nitekim bu husus TCK m.121'in madde gerekçesinde benzer bir örnekle şöyle açıklanmıştır: "*Kamu makamlarına yöneltilen talebin sözlü olması da mümkündür. Örneğin bir suç vakiasına ilişkin ihbar veya şikâyetin sözlü olarak yapılması hâlinde, bunun tutanağa geçirilmesi gerekmektedir (CMK m.158/5). Salt sözlü başvurunun kabul edilmemesi, söz konusu suçu oluşturmayacaktır. Ancak, başvurunun yazılı yapılması hâlinde, bunun hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi, söz konusu suçu oluşturacaktır. Bu ayırımın yapılmasının nedeni, ispat sorunlarının önüne geçmektir*".

DHKK m.6/1 (b) hükmünde açıklanan yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili bir dilekçelerin incelenmeyeceği belirtildiği halde, suça ilişkin yapılan ihbar veya **şikâyet** dilekçeleri, yargı organlarını harekete geçirmekle birlikte doğrudan kişileri ilgilendirdiğinden bu bent hükmü dışında tutulmalı ve incelenmelidir.

Yukarıda açıkladığımız DHKK hükümlerinde, dilekçenin elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da kamu makamlarına verileceğine ya da ne şekilde verilebileceğine ilişkin herhangi bir yöntem bildirilmemiştir. DHKK'daki şartları taşıdıkları sürece kamu makamlarına verilecek dilekçeler; elden teslim edilebileceği gibi, iadeli taahhütlü bir mektup, normal posta ya da elektronik posta ile de⁵⁹ gönderilebilir. Ancak faks yoluyla, ya da elektronik posta ile yapılacak bir gönderimde, ıslak imza olmadığından imzasız olan bu dilekçe incelenmeyecektir.

⁵⁸ Retornaz, s. 8.

⁵⁹ Gerçekler'e göre de, dilekçenin dijital ortamda gönderilmesinin bir mahsuru bulunmamaktadır (Gerçekler, s. 1262).

Retornaz'a göre, "5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinde ise güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı...Bu çerçevede, güvenli elektronik imza ile imzalanmış her türlü dilekçenin yanı sıra Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen elektronik başvurunun güvenli elektronik imzayla imzalanmış olması şartıyla, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun konusunu" oluşturacağı açıklanmıştır.⁶⁰

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği kıyas yasaksa, maddenin yorumu mümkündür.⁶¹ Yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınmaz.⁶² Kanaatimizce imzanın şekli konusunda bir açıklama içermeyen DHKK'nın 4'ncü maddesinin elektronik imzayı da kapsadığı, teknolojik bir gelişmenin sonucu olarak kabul edilmelidir.

BEHK'ya göre, kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya yayın, broşür, ilân ve benzeri yollarla kamuya açıklanmış bilgi veya belgeler, bilgi edinme başvurularına ilişkin, dilekçenin konusu olamaz (BEHK m.8). Yine *Yargı denetimi dışında kalan işlemler* (BEHK m.15), "*Devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler* (BEHK m.16)", "*Ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler* (BEHK m.17)", "*İstihbarata ilişkin bilgi veya belgeler* (BEHK m.18)", "*İdarî soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler* (BEHK m.19)", "*Adlî soruşturma ve kovuşturmayaya ilişkin bilgi veya belgeler* (BEHK m.20)", "*Özel hayatın gizliliği* (BEHK m.21)", "*Haberleşmenin gizliliği* (BEHK m.21)", "*Ticarî sır* (BEHK m.23)", "*Fikir ve sanat eserleri* (BEHK m.24)", "*Kurum içi düzenlemeler* (BEHK m.25)", "*Kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler* (BEHK m.26)", "*Tavsiye ve mütalaa talepleri* (BEHK m.27)" konusunda kamu kurumlarına verilen dilekçeler BEHK'nın kapsamı dışında tutulmuştur.

BEHK kapsamında kamu kurumlarına verilecek dilekçelerde, istenen bilgi veya belgelerin açıkça belirtilmesi gerekmektedir (BEHK m.6/2). Bilgi edinme başvurusu, başvuru kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır (BEHK m.7/1). Aksi takdirde dilekçe kabul edilmeyecektir. BEHK'da açıklanan nitelik ve içerikte olmayan bilgi

⁶⁰ Retornaz, s. 7.

⁶¹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, 21.Baskı, Ankara 2017, s. 31.

⁶² Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s. 96.

edinme dilekçelerinin kamu görevlilerince kabul edilmemesi ya da bu dilekçelere işlem yapılmaması, eylem hukuka uygun olduğu için herhangi bir suçu oluşturmayacaktır.

İşlenen fiilin suçun konusu üzerindeki etkisine göre suçlar; zarar ve tehlike suçları olarak sınıflandırılmaktadır. Tehlike suçunda icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar getirme tehlikesi bulunmaktadır.⁶³ TCK m.121’de dilekçe hakkının kullanılması sonucunda herhangi bir zarar neticesi aranmamaktadır. Sadece dilekçenin engellenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu nedenle bu suç soyut bir tehlike suçudur.⁶⁴ Zira suç tipindeki hareketin yapılmasıyla suçun konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağı varsayılmaktadır.⁶⁵

Oysaki dilekçenin kabul edilmemesi sonucunda kişinin ya da devletin bir zarara uğraması da mümkündür. *Böyle bir ihtimale madde hükmünde yer verilmediğinden, suç konusu eylem sonucunda zararın ortaya çıktığı haller, TCK m.61 kapsamında, cezanın üst sınırdan tespitine bir gerekçe olarak kabul edilmelidir.*

2. Fail

TCK m.121 hükmünde dilekçenin verildiği ve kabul edilmediği yer olarak kamu makamları gösterilmektedir.⁶⁶ Kamu makamları DHKK’ya göre, TBMM ile idarî makamlar (DHKK m.2) olarak açıklanmıştır. 23 Ocak 2004 tarihli Başbakanlık Genelgesi’nde, DHKK ve BEHK’nın uygulanmasından sorumlu makamlar olarak; bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatları, valilik, kaymakamlık ve mahalli idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşları gösterilmiştir.

TCK m.121’deki suçun failini dilekçeyi kabul etmeyen kamu makamları olarak değil, ‘kamu görevlileri’ şeklinde yorumlamak gereke-

⁶³ Özgenç, s. 204.

⁶⁴ Benzer görüş Çakmut, s. 52.

⁶⁵ Özgenç, s. 205.

⁶⁶ Çakmut, s. 49; Kamu makamı kavramı; “Merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı ilgili veya ilişkili kuruluşlarını, mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik ve şirketleri, T.C. Merkez Bankası, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (yeni adı Borsa İstanbul), üniversiteler gibi kamu tüzel kişiliğini taşıyan enstitü, teşekkül fon ve başka adlar altında kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu yararına çalışan dernek ve vakıfları ifade etmektedir”. (Bkz. Gerçekler, s. 1262).

cektir.⁶⁷ 5237 sayılı TCK'da suç tanımlarında fail genellikle kişi olarak belirtilmiştir. Çünkü suçun en önemli unsuru iradi bir davranışın bulunmasıdır. Bu nedenle hareketini ve sonuçlarını irade etme yeteneğine sahip olan canlılar yani hayatta olan gerçek kişiler suçun faili olabilirler. Tüzel kişiler suçun faili olamazlar.⁶⁸

TCK'ya göre, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi demektir (TCK m.6/1-c). Bu tanıma göre kamu görevlisinin mutlaka devlet memuru sıfatı bulunmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, sadece kamu görevlisi ya da özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kimseler tarafından da işlenebilir.⁶⁹

Kanun koyucu bazı suç tiplerinde fiili işleyen kişinin o suçtan sorumlu tutulabilmesi için bazı hukuki veya maddi özelliklere sahip olmasını şart koşmuştur.⁷⁰ Bu suç tipinde kamu görevlisi olma gibi hukuki bir özellik arandığından bu suçun faileri bakımından özgü bir suç olduğunda kuşku bulunmamalıdır.⁷¹

TCK m.121'de, "*Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi*" halinde bu suç oluşmaktadır. Maddeye göre, suçun faili olabilmek için "*kamu görevlisi*" olmanın yanında, aynı zamanda "*yetkili*" olma gibi maddi bir ön şart⁷² ya da maddi unsura daha yer verilmiştir.

Öğretide ön şartlara suçun unsurları içinde yer verilip verilmeyeceği tartışılmış bu konuda farklı görüşler açıklanmıştır. Katıldığımız görüşe göre, ön şartların suç tanımında yer alan yapısal maddi unsurlardan bir farkı yoktur. Biraz önce örneğini verdiğimiz, faile iliş-

⁶⁷ Çakmut, s. 48.

⁶⁸ Zafer, s. 158

⁶⁹ Bkz. Retornaz, s. 5.

⁷⁰ Zafer, s. 159.

⁷¹ Çakmut, s. 48; Retornaz, s. 5; Gerçekler, s. 1261.

⁷² Failin suç tanımındaki fiili işlemesinden önce var olması gereken unsurlar, öğretide "ön şart" biçiminde isimlendirilmektedir. Suçun tanımında yer alan ve suçun oluşabilmesi için gerçekleşmesi zorunlu olan ön şartlar; maddi, hukuki, olumlu veya olumsuz nitelikte olabilir. Örneğin, rüşvet suçunda failin kamu görevlisi olması hukuki, çocuk düşürtme suçunda kadının gebe olması maddi bir ön şarttır. Fiilden önce bulunması gereken hususlar, faile, mağdura, kullanılan araca, fiilin yöneldiği konuya ilişkin olabilir (Bu açıklamalar için bkz. Zafer, s. 164).

kin (kamu görevlisi olma) ön şartlar, söz konusu suçun aynı zamanda özgü suç niteliği kazanmasına da neden olmaktadır.⁷³

Bir kamu görevinin, ancak yetkili mercilerce usulü dairesinde o göreve getirilenler tarafından yapılması gerekir. Ne gibi işlemlerin failin görevi itibarıyla yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, onun statüsünü belirten mevzuata göre tayin olunur⁷⁴.

TCK m.121’de suçun faili olarak yetkili kamu görevlisi, dilekçenin verildiği kamu kurumunda, dilekçeyi kayda alma konusunda görevli kişidir.⁷⁵ Doktrindeki bir görüşte, failin ilgili yasal düzenlemeler gereğince, sadece dilekçeyi kabul etmek değil, gereğini yapmak bakımından da görevli ve yetkili olması gerektiği açıklanmıştır.⁷⁶

Dilekçenin, konusuyla ilgili olmayan yetkisiz bir idari makama verilmesi durumunda, DHKK hükümlerine göre, bu makam tarafından dilekçe yetkili idari makama gönderilecek ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilecektir (DHKK m.5). Yetkisiz makama verilen dilekçenin kabul edilmemesi halinde TCK m.121’deki suç oluşmayacaktır. Ancak dilekçe kabul edildikten sonra, DHKK m.5 hükmüne aykırı hareket edilmesi halinde, TCK m.257/1’deki suçtan dolayı sorumluluk mümkündür. Dilekçenin yetkili makama gönderilmesinden sonra, hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi durumunda, yine TCK m.121’deki suç oluşmayacaktır.⁷⁷

3. Mağdur

Anayasada, siyasi hakkın sahipleriyle ilgili, genellikle “herkes” kavramı kullanılmakla birlikte, siyasi hak ve ödevler niteliği gereği sadece o siyasi hakkı kullanma hak ve ehliyetine sahip vatandaşlar tarafından kullanılabilir.⁷⁸ Dilekçe hakkı söz konusu olduğunda ise, sadece vatandaşlar değil belli şartlarda yabancılara da bu hak tanınmıştır. Böylece bu suçun mağdurunun, dilekçe verme hakkına sahip herkes olduğu söylenebilecektir.⁷⁹

⁷³ Zafer, s. 165.

⁷⁴ Erman/Özek, s. 158, 272.

⁷⁵ Gerçekler, s. 1261; Retornaz, s. 5; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 553.

⁷⁶ Çakmut, s. 48.

⁷⁷ Gerçekler, s. 1263.

⁷⁸ Aydoğdu, s. 64.

⁷⁹ Retornaz, s. 5; Çakmut, s. 48.

DHKK hükümlerine göre, yabancıların dilekçe hakkını kullanılmaları için gereken şartlar;⁸⁰ Türkiye’de ikamet etmeleri, bu hakkın yabancıların vatandaşı olduğu ülke tarafından Türk vatandaşlarına tanınmış olması (karşılıklılık şartı) ve dilekçelerinin Türkçe yazılması olarak açıklanmıştır (DHKK m.3/1).⁸¹

Suçun mağduru bir kişi ya da kanunun olanak tanıdığı hallerde toplu olarak dilekçe veren birden fazla kişi olması da mümkündür.⁸² Yukarıda açıklandığı üzere, 1982 Anayasası’nda bu konuda herhangi bir yasak öngörülmemiştir. DHKK hükümlerinde de bu konuda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Kanaatimizce dilekçenin toplu olarak kullanılıp kullanılmayacağı DHKK’da açıkça belirlenmelidir. Aksi halde uygulamada birtakım karışıklıklar doğabilir. Kamu görevlisinin toplu olarak verilen dilekçeyi, bu konuda esaslı bir hataya düşmesi sonucu kabul etmemesi halinde kastı olmadığından cezalandırılması da mümkün olmayacaktır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik prensibi de (*nulla poena sine lege certa*) bu konunun yasada açık bir biçimde belirlenmesini gerektirmektedir. Belirlilikte, aslolan, bireyin, kanunun lafzı sayesinde, neyin yasak olduğu ve neye müsaade edildiği konusunda net bir bilgiye sahip olup olmadığıdır.⁸³ Bu prensibe göre, ceza kanunlarının gerek tipikliğine ilişkin şartları, gerekse hukuksal sonuçları yönünden asgari bir belirlilik içermelidir.⁸⁴

⁸⁰ Suç tanımında gösterilen mağdurlara ilişkin özellikler, suçun yapısal maddi unsurlarındandır. Bazı suçlar belirli sıfat ve nitelikleri olan kişilere karşı işlenebilirler. Bunlar doktrinde “mağduru bakımından özgü suçlar” olarak adlandırılmaktadır. Kanaatimizce TCK m.121’deki suç tipinde açıkça belirtilmese de, kimlerin mağdur olabileceğinin açıklandığı DHKK hükümlerinde, yabancılar bakımından birtakım şartlar arandığından, her dilekçe veren yabancı bu suçun mağduru kabul edilemeyecektir. Bu nedenle kanaatimizce bu suçun, mağduru olan yabancılar bakımından, özgü bir suç olduğu söylenebilir (Zafer, s. 161).

⁸¹ BEHK hükümlerine göre, Türkiye’de ikamet edenler dışında, karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin, yabancı dilde yazacakları dilekçelerle bilgi edinme talebinde bulunmaları mümkündür (BEHK m.4/2). Ancak böyle bir dilekçe Türkçe yazılı olmadığından, kanaatimizce TCK m.121’de suçun konusunu oluşturmayacaktır. Bu nedenlerle bu dilekçe, BEHK yönünden geçerli bir bilgi edinme dilekçesi olsa da, TCK m.121’deki suçun unsurlarının esas alındığı DHKK hükümleri bakımından geçerli bir dilekçe olmadığından, bu dilekçenin hukuki bir neden olmadan kabul edilmemesi halinde, bu eylem şartları varsa TCK m.257/2 kapsamında bir suç oluşturabilecektir.

⁸² Returnaz, S. 6.

⁸³ Heinrich, S. 19.

⁸⁴ Heinrich, S. 18.

4. Hareket (Fiil)

Suçun maddi unsurlarından olan hareket, suç tanımındaki öznenin (failin) suç tanımında yapılmaması emredilen şeyi yapması veya yapmamasıdır.⁸⁵ Yani hukuksal yarara tecavüz oluşturan hareketin ya yapılması (icrai hareket) ya da hukuki yararı koruyan hareketin yapılmaması (ihmali hareket).⁸⁶

Kanunun kişiden icrai bir hareket beklediği yerde, bu hareketi yapmamak suretiyle işlenen ve sırf hareketin yapılmasının suçun oluşması bakımından yeterli olduğu ayrıca garantörlük şartının öngörülmediği suçlar gerçek (saf) ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır.⁸⁷

TCK m.121'deki suçun hareket unsurunu, yetkili kamu görevlisine verilen dilekçenin "*hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi*" fiili oluşturmaktadır.⁸⁸ Kabul edilmeme fiilinde, yetkili kamu görevlisi ihmali bir harekette bulunmakta; kabul etmek zorunda olduğu dilekçeyi almamaktadır.⁸⁹ Bu nedenle bu suç, faillerinin ihmali suretle işleyebileceği, neticesi harekete bitişik⁹⁰ ve aynı zamanda gerçek bir ihmali suçtur.⁹¹ Yine suçun kanuni tarifinde o suçu oluşturan ihmali fiilin ne tarz bir fiil olduğu konusunda bir özelleştirme yapılmadığı için⁹² bu suçun aynı zamanda serbest hareketli bir suç oluşturduğu söylenebilecektir.⁹³

Doktrindeki görüşlerde failin suç konusu eylemleri; kamu görevlisinin verilen dilekçeyi mağdurdan almaması, reddetmesi, almakla yükümlü olduğu halde mağdura geri vermesi,⁹⁴ dilekçenin "*alınıp yırtılması, çöpe atılması vb. biçimde kayıt altına alınmaması, süreli işlemlerde kabul ve ilgili yere kaydının geciktirilmesi*";⁹⁵ "*kanun sözlü olarak yapılan*

⁸⁵ Zafer, S. 194.

⁸⁶ Hakeri, s. 170.

⁸⁷ Hakeri, s. 174.

⁸⁸ Çakmut, s. 49; Retornaz, s. 7-8; Gerçeker, s. 1263.

⁸⁹ Çakmut, s. 49.

⁹⁰ Retornaz, s. 9.

⁹¹ Çakmut, s. 49; Retornaz, s.8.

⁹² Serbest hareketli suçlar ile ilgili açıklama için bkz. Özgenç, s. 171.

⁹³ Retornaz, s. 8.

⁹⁴ Gerçeker, s. 1263.

⁹⁵ Çakmut, s. 50; "Yargıtay, bir avukatın müvekkilinin alacaklı olduğu icra takip dosyalarından bir kısmının suretlerinin kendisine verilmesini talep ettiği bir olayda, icra müdürü olarak görev yapmakta olan failin avukatın dilekçesini inceleyerek herhangi bir havale ya da işlem yapmayarak dilekçeyi iade etmesini TCK m.121 kapsamında değerlendirmiştir". (Y.5.CD, E.2013/15104, K.2015/17621 22.12.2015, Retornaz, s. 9).

beyanın tutanak altına alınmasını öngördüğünde beyanın tutanak altına alınmaması”;⁹⁶ “sürelî işlemlerde, dilekçenin süresinde verilmesine karşın, kabulünün geciktirilmesi”⁹⁷ olarak açıklanmaktadır.

TCK m.121’in madde başlığı “Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi” dir. Madde başlığı maddenin yorumlanmasında kanunun hükmüne dâhil olduğundan⁹⁸ “engelleme fiili” ile neyin kastedildiği ayrıca açıklanmalıdır. Engelleme sözlük anlamı ile “*istek, gereksinim veya bir davranışın belli bir sonuca ulaşmasının önlenmesi*”⁹⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. TCK’nın “Hürriyete Karşı Suçlar” Bölümü’nde yer alan birçok suç tipinde (“*Siyasal hakların engellenmesi (TCK m.114)*”, “*İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (TCK m.115)*”, “*Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m.118)*”)bu fiile yer verilmiştir. Ancak bu suç tiplerindeki engelleme fiilleri daha çok suç faillerinin icrai hareketleri ile işleyebileceği türden eylemlerken (*zorlama, cebir veya tehdit kullanma ya da hukuka aykırı başka bir davranış*), TCK m.121’deki engelleme eylemi ise faillerinin ihmali bir davranışını gerektirmektedir. Kanaatimizce engelleme fiili, anlam olarak hem icrai hem de ihmali türden bir davranış açıklamada kullanılabilir.

Dilekçe resmi olarak kayıtlara girdikten sonra, dilekçe hakkında işlem yapılması gerektiği halde hiçbir işlem yapılmadan bekletilmesi ya da kasıtlı olarak saklanması, ya da kanunen emredildiği halde ilgili-sine bilgi verilmemesi, TCK m.121’de yer alan suç değil, şartları varsa görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m.257) oluşturacaktır.¹⁰⁰

B. MANEVİ UNSUR

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu kasten işlenebilecek türdendir. Bu suçun taksirle işlenebilen şekline kanunda yer verilmemiştir.

⁹⁶ Retornaz, s. 8.

⁹⁷ Bkz. TCK m.121’in madde gerekçesi; Benzer açıklama için Bkz. Çakmut, s. 50.

⁹⁸ TBMM Adalet Komisyonu’nun TCK Tasarısı’na ilişkin 3 Ağustos 2004 tarih ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu’nda, “...Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük önem taşımaktadır” denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. (Koca/Üzülmüş, s. 67).

⁹⁹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts, 29.09.2018.

¹⁰⁰ Çakmut, s.50, Gerçekler, s. 1263.

Failin kastı suç tipindeki tüm unsurları kapsamalıdır. Bu nedenle de fail verilen dilekçeyi kabul etmek bakımından kanunen yetkili olduğunu ve hukuken dilekçeyi kabul etmemek için bir neden olmadığını bilecek ve bu neticeyi isteyecektir. Burada faildeki saikin herhangi bir önemi yoktur.¹⁰¹

İhmalî suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin objektif unsurları bilerek, hareketsiz kalma, hiçbir şey yapmama hususunda karar almamasıdır. Failin durumun farkında olarak, sadece herhangi bir şey yapmama konusunda karar alması da kast için yeterlidir.¹⁰²

TCK'daki bazı suç tanımlarında, *"hukuka aykırı olarak"*, *"hukuka aykırı bir başka davranışla"*, *"hukuka aykırı yollarla"*, *"kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak"* vb. ifadelerle suç tanımında yer alan fiilin hukuka aykırılığına özel olarak işaret edilmiştir. Hukuka aykırılığın özel olarak arandığı suç tiplerinde, failin suçun maddi unsurlarının yanında, fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekecektir. Bu suretle, kanun koyucu, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini yani, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramıştır.¹⁰³

TCK m.121'de de, suçun oluşması için *"hukuki bir neden olmaksızın"* dilekçenin kabul edilmemesi gibi özel bir hukuka aykırılık nedenine yer verildiğinden, kanaatimizce bu suç faillerinin doğrudan kastla işleyebileceği, olası kastla işlenmeye müsait olmayan bir suç tipidir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık suçun unsurları arasında yer almaktadır.¹⁰⁴ Şayet işlenen fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiilin haksızlık teşkil ettiğinden söz edilemeyecektir.¹⁰⁵ Nitekim TCK m.121'e göre, *"dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi"* halinde bu suç oluşacaktır. Diğer bir anlatımla da, hukuka uygun olmayan dilekçelerin kabul edilmemesi gerektiğinden, TCK m.121'deki suçtan da söz edilemeyecektir.¹⁰⁶

¹⁰¹ Çakmut, s. 51; Retornaz, s. 9-10

¹⁰² Hakeri, s. 258-259.

¹⁰³ Özgenç, s. 301.

¹⁰⁴ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, s. 265.

¹⁰⁵ Özgenç, s. 299.

¹⁰⁶ Retornaz, s. 10; Çakmut, s. 51.

Bir suçun hukuka aykırı olup olmadığı, fiilin yalnızca ceza hukuku değil, bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunması ya da tüm hukuk âlemi bakımından uygunluğunu gerektirmektedir.¹⁰⁷

VI. KUSURLULUK

Bu suçta kanaatimizce kusuru azaltan bir neden olarak; haksız tahrik (TCK m.29) ve hata (TCK m.30) konularına değinilmelidir. Zira kamu görevlisinin, dilekçe sahibinin haksız fiili nedeniyle dilekçeyi kabul etmemesi mümkündür. Örneğin, dilekçe sahibinin tehdit, darp ya da hakareti nedeniyle kamu görevlisi tarafından dilekçesinin kabul edilmemesi halinde kamu görevlisi haksız tahrik indiriminden yararlanmalıdır. Yine kamu görevlisinin aslında hukuka uygun bir dilekçeyi, hukuki bir neden olmadığını sanarak kabul etmemesi halinde bu hatasından (TCK m.30/3) yararlanıp yararlanamayacağı değerlendirilmelidir.¹⁰⁸

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Garantörsel (gerçek olmayan) ihmali suçlarda, sadece olumsuz harekette bulunmakla suç tamamlanmış olmamakta; bu hareket sonucunda kanunun aradığı neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerçek olmayan ihmali suçlar teşebbüse elverişlidir. Oysaki dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu (TCK m.121) gibi gerçek (saf) ihmali suçlarda, teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, gerçek ihmali suçlarda teşebbüsün olmamasının nedeni, netice ile hareketin bitişik olmasıdır. Neticesi harekete bitişik suçlar da hareket ile neticenin gerçekleşmemesi arasında bir zaman aralığı bulunmamakta, hareket yapılır yapılmaz netice gerçekleşmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Öztürk / Erdem, s. 228.

¹⁰⁸ Maddeye göre; "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır". Fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bu hataya düşmeyecek idiye bu hata kaçınılabılır bir hatadır. Hata kaçınılabılırse fail hatasından yararlanamaz ve eylemi hukuka aykırı olmaya devam eder. Ancak kaçınılabılır hata temel cezanın tespitinde kusurluluğu azaltan bir neden olarak alt sınıra yaklaşılmasına gerekçe olabilecektir (TCK m.61/1) (Zafer, s. 406).

¹⁰⁹ Hakeri, s. 522.

TCK m.121’de kamu görevlisinin hukuki bir neden olmaksızın dilekçeyi kabul etmemesi ile suç tamamlandığından, neticesi harekete bitişik bir suç olması nedeniyle teşebbüse elverişli değildir.¹¹⁰

B. İÇTİMA

1. Suçların İçtimaı

Suçların içtimaı, öğretide suçların birleşmesi, suçların bir araya toplanması (suçların çokluğu) şeklinde ifade edilmektedir. Suçların içtimaı birden fazla suçun belirli koşullar altında bir araya gelmesi halinde failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir.¹¹¹

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu bakımından suçların içtimasına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, genel kurallar çerçevesinde, TCK m.42-44’e göre, ortaya çıkabilecek sorunların çözülmesi yoluna gidilecektir.¹¹² Ayrıca gerçek ihmali suçlar, tehlike suçları kendi içlerindeki yapıları itibarıyla zincirleme suç şeklinde işlenmeye uygundur.¹¹³

TCK m.121 bakımından konu ile ilgili kanaatimizce şu olasılıklar mümkündür:

Aynı kişinin, aynı veya farklı hukuki konuda verdiği birden fazla dilekçesinin, aynı suç işleme kararı ile farklı zamanlarda kabul edilmemesi halinde, bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kere işlenmesi söz konusu olabilir. Bu durumda kamu görevlisinin eylemi, zincirleme suç (TCK m.43/1) kuralı çerçevesinde belirlenecek; fail hakkında TCK m.121 kapsamında belirlenecek olan temel cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılması yoluna gidilecektir.

Mağdurların toplu olarak verip imzaladıkları dilekçenin engellenmesi halinde, birden çok mağdura karşı işlenmiş tek suç söz konusu olacaktır. Bu durumda aynı neviden fikri içtima kuralı gereği (TCK m.43/2), fail hakkında belirlenecek olan temel ceza belli oranlarda artırılacaktır.

¹¹⁰ Retornaz, s. 11; Çakmut, s. 52.

¹¹¹ Zafer, s. 492.

¹¹² Çakmut, s. 52.

¹¹³ Zafer, s. 504.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun suç oluşturan başka fiille gerçekleştirilerek işlenmesi halinde (Örneğin, tehditle, cebirle veya hakaretle) TCK m.121 yanında bu suçlardan dolayı da gerçek içtima kuralına göre fail ayrıca cezalandırılacaktır.¹¹⁴

BEHK m.29'da; *'Bu Kanunun uygulanmasında ihmâli, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tâbi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları'* uygulanacağı açıklanmıştır. DHKK hükümlerinde ise böyle bir maddeye yer verilmemiştir. Ancak kamu görevlilerinin tabi oldukları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'nın 131'nci maddesine¹¹⁵ göre, fail hakkında TCK m.121'e göre kovuşturma başlatılmış olması aynı fail hakkında aynı eylemden dolayı disiplin cezası verilmesine engel değildir. Bu durum failin aynı fiilinden dolayı iki kere cezalandırılmayacağı (*'non bis in idem'*) kuralına da aykırılık oluşturmaz. Zira bu ilke ceza hukuku ve disiplin hukuku arasında geçerli değildir.¹¹⁶

2. Görünüşte normlar çatışması (Görünüşte İçtima)

Aynı olaya, aynı anda iki veya daha fazla suç tanımını içeren ceza normunun uygulanması söz konusu olabilir. Kanun koyucunun normlar çatışmasını önlemediği hallerde ortaya çıkan çatışmanın nasıl çözüleceğine ilişkin ilkeler, görünüşte normlar çatışmasını oluşturmaktadır. Alman ve İtalyan öğretisinde bu çatışma, "özel normun önceliği", "yardımcı (tali) normun sonralığı", "bir normun diğeri tarafından tüketilmesi", "cezalandırılmayan sonraki hareket" gibi ilkelerle aşılmaya çalışılmaktadır.¹¹⁷

Özel-genel norm ilişkisi yönünden görünüşte gerçek içtima halinde bir fiille uygulanacak hem genel hem de özel ceza hükmü bulunmakla birlikte, esasen özel normun önceliği ilkesi gereğince genel norm çeki-

¹¹⁴ Gerçekler, s. 1263.

¹¹⁵ 657 sayılı DMK'nın "Cezai kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi" başlıklı 131'nci maddesine göre, "Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktireme(yecek) (f.1). Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olama(yacaktır) (f.2)'.

¹¹⁶ Zafer, s. 136.

¹¹⁷ Zafer, s. 489-490.

lecek ve fiile uygulanacak tek norm (özel norm) bulunacaktır.¹¹⁸ Kanaatimizce AsCK m.110 ile TCK m.121 arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu durumda AsCK m.110, TCK m.121'den önce uygulanacaktır. Buradaki özel normun önceliği, AsCK'nın TCK'ya göre özel kanun¹¹⁹ olmasından kaynaklanmaktadır.

Yine burada TCK m.121 ile TCK m.257/2 arasında asli norm-tali norm ilişkisi de konumuz açısından incelenmelidir. Asli norm - tali norm ilişkisinde, yardımcı tali normun sonralığı kuralı gereği, asli norm uygulanabildiği sürece tali norm uygulanamaz.¹²⁰

TCK'nın "Görevi kötüye kullanma" başlıklı 257/2'nci fıkrasına göre; "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Maddeye göre, "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında", cümlesinden TCK m.257/2'nin genel ve tamamlayıcı bir norm olduğu anlaşılmaktadır. Yine TCK m.257/2'deki suçun oluşabilmesi için ihmal sonucunda, "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak" gibi bir zarar neticesi aranmaktadır.¹²¹

TCK m.121'deki suç soyut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş olmakla birlikte daha öncede açıklandığı gibi, dilekçenin kabul edilmesi sonucunda kişilere veya devlete bir zarar verilmesi mümkündür. Bu durumda failin TCK m.121'e göre mi, yoksa TCK m.257/2'ye göre mi cezalandırılacağı tartışılabilir.

Doktrinde görüşlere göre, kanun koyucu suç tanımında açıkça göstermemiş olsa da mantık kuralları gereğince suçu tanımlayan

¹¹⁸ Koca/Üzülmez, s. 542.

¹¹⁹ Belli sığata sahip kişilerin suçlarına veya belirli alana ilişkin suçlara, TCK dışındaki kanunlarda yer verilir. Bu tip kanunlara özel ceza kanunları denir. Özel ceza kanunları genellikle hem suç hem de cezasını gösterirler. Örneğin, Askerî Ceza Kanunu (Zafer, s. 73-74).

¹²⁰ Zafer, s. 491.

¹²¹ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2016, s.1097. Ancak söz konusu hallerin netice değil, cezalandırılabilme şartı olduğunu ileri süren görüş ve Yargıtay kararları da mevcuttur. Bu konudaki tartışmalara burada girilmeyecektir.

normlar arasında asli norm tali norm ilişkisinin kurulabileceği (“örneğin, gerçek ihmali suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçlar arasında, tehlike suçları ile zarar suçları arasında”) ileri sürülmektedir.¹²² Nitekim Retornaz tarafından yapılan bir açıklamada, TCK m.121 ile TCK m.257/2 arasında asli ve tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle bir zarar neticesi ortaya çıksa bile TCK m.121 uygulandığı sürece tali norm olan TCK m.257/2 uygulanmayacaktır.¹²³ Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹²⁴

C. İŞTİRAK

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, yukarıda açıklandığı üzere kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. TCK m.40/2'nci fıkra hükmüne göre, “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”. Bu hükme göre failler ancak kamu görevlisi olabilirken, bu suça iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olabilirler.

Hukuka uygun olan bir dilekçenin kabul edilmemesi, yetkili kamu görevlisinin amirinden aldığı bir emre dayanabilir. Burada konusu suç teşkil eden bir emir söz konusudur. Bu nedenle kanaatimizce bu emri veren de yerine getiren de meydana gelen suçtan iştirak hükümleri kapsamında sorumlu olacaklardır (AY m.137/2, TCK m.24/3).¹²⁵ Bu durumda emri veren azmettiren, emri yerine getiren ise fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹²⁶

¹²² Zafer, s. 491.

¹²³ Retornaz, s. 11; Benzer görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1060.

¹²⁴ “Belediye Başkanı olarak görev yapan sanık H...’in talimatıyla maiyetinde memur olan sanık S...’ün, suç tarihinde katılanlar adına avukatları tarafından verilen akaryakıt istasyonu işletme ruhsatı talebi içerikli dilekçe ve eklerini kabul edip kayda almadığının dosya kapsamıyla sübuta erdiği, ancak TCK’nın 257. maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, sanıkların eylemlerinin ise TCK’nın 121/1. maddesinde “kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi” şeklinde tanımlanan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yanılıgılı ve dosya kapsamıyla örtüşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması,(...)” (Y.5.CD, E. 2013/7283, K.2015/11885, 26.05.2015, Retornaz, s. 11).

¹²⁵ Zafer, s. 324-325.

¹²⁶ Koca/Üzülmez, s. 339.

Kamu görevlisinin dilekçenin kabul edilmemesi için cebir, şiddet, tehdit veya korkutulması sonucunda dilekçeyi kabul etmemesi mümkündür. Bu durumda suçun failinin kim olduğunun belirlenmesi gerekecektir. TCK m.28/(1)'nci fıkra hükmüne göre, “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*”. Bu fıkra hükmünün bağluluk kuralının (TCK m.40/2) bir istisnası olduğu ileri sürülmüştür. Ancak doktrindeki görüşlerde bu sorunun, dolaylı faillik kurumu (TCK m.37/2) içinde de çözümlenmesi de mümkündür.¹²⁷ Yine suçun gerçek ihmali bir suç olması da buna engel değildir¹²⁸.

VIII. YAPTIRIM

TCK m.121 hükmünde, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu işleyen failinin, altı aya kadar süreli hapis cezası (TCK m.46/1(c)) ile cezalandırılması öngörülmektedir. Suçun cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmadığından (TCK m.75/1) ön ödemeye tabidir.

Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz (TCK m.49/1). Madde metninde cezanın alt sınırı açıkça belirtilmediğinden TCK m.121'deki suça alt sınırdan verilecek ceza bir aydan az olmayacaktır.

TCK m.49/(2)'de, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır. Bu hükme göre TCK m.121'deki suça verilecek ceza kısa süreli hapis cezası olacaktır. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre TCK m.50/1'de açıklanan “*seçenek yaptırımlara*” çevrilebilir (TCK m.50/1).

İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin; daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan

¹²⁷ Retornaz, s.11.

¹²⁸ İhmali dolaylı faillik mümkündür. Bir kimse, hareket etmekle mükellef olup da hareket etmeye de istekli olan bir başkasının, emrin gereğini yerine getirmesine cebir veya hile ile engel olduğu takdirde dolaylı faillik söz konusudur' (Hakeri, s.584) Aksi görüş: İhmal suretiyle işlenen suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir. Eğer garantör durumunda olan kişi, sorumluluğu altında bulunan kişinin tipikliği gerçekleştirilmesine engel olmamışsa artık doğrudan faillik söz konusudur' (Demirbaş, s.509).

fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, halinde cezası ertelenebilir (TCK m.51/1). TCK m.121'deki suçtan kurulacak mahkûmiyet hükmü iki yıldan az olacağından eğer şartlar varsa hapis cezasının ertelenmesi mümkündür.

Bu suçtan dolayı mahkûmiyet halinde TCK m. 53 uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilir.¹²⁹ Bu yoksunluklar kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar sürecektir (TCK m.53/1-2).

IX. USUL HÜKÜMLERİ

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun (TCK m.121) kovuşturulması ve soruşturulması şikâyete tabi değildir. Bu suça uzlaştırma kapsamında sayılan suçlar arasında da yer verilmiştir (CMK m.253). Suç takibi şikâyete bağlı olmadığından, Cumhuriyet savcısının, kamu görevlisi fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine (CMK m.171/2) karar vermesi de mümkün değildir. Ancak bu suçtan dolayı şartları varsa, fail hakkında yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür (CMK m.231/5, 6).

TCK m. 121'de düzenlenen suç kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği bir suçtur. Bu nedenle, dilekçe hakkının kullanılmasını engelleyen kamu görevlisinin yargılanması, 4483 sayılı *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*'un 1 ve 2'nci maddeleri uyarınca anılan Kanun'un hükümlerine tabidir. Kamu görevlisi olan failin yargılanması için bir kovuşturma ve soruşturma şartı olan yetkili merciin izni gerekmektedir.¹³⁰ Bu suçla ilgili yargılama görevi asliye ceza mahkemesindedir.¹³¹

SONUÇ

Kamu görevlilerinin işleyebileceği ihmali suçlarda, suçun oluşabilmesi için öncelikle suç faili olan kamu görevlilerinin, görevinin kanun,

¹²⁹ Gerçekler, s.1263; Retornaz, s. 12.

¹³⁰ Retornaz, s. 13; Gerçekler, s. 1264.

¹³¹ Gerçekler, s. 1264.

tüzük veya idari uygulama ve usullerle açıkça belirlenmiş olması gerekecektir. Bu nedenle dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunda, dilekçenin kabul edilmesine ilişkin prosedür ile dilekçenin kabul edileceği yetkili kamu birimlerinin, açık bir biçimde DHKK hükümleri içinde belirlenmesi uygun olacaktır. Yine aynı kapsamda uygulamada birtakım karışıklıklar doğmaması için DHKK içinde toplu olarak verilen dilekçelerin de kabul edilmesi gerektiği açık olarak belirtilmeli ve kamu görevlilerinin bu konuda hata yapmamalarının da önüne geçilmelidir. Suçta kanunilik ilkesi kanaatimizce sadece suçun düzenlendiği yasa hükmünü değil, suçun unsurlarına ilişkin hususların esas alındığı DHKK gibi diğer yasa hükmünün de açık ve belirli olmasını gerektirmektedir.

Dilekçe hakkının engellenmesi sonucunda, *“kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması”* gibi sonuçların doğması mümkündür. Kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte, TCK m.121’de bu neticelerin suçun cezasını artıran nitelikli haller olarak öngörülmesi yerinde olacaktır. Mevcut durumda TCK m.121 sonucunda bu tarz zararların doğması hali, başka bir suç oluşmadığı takdirde, TCK m.61 kapsamında faile verilecek cezada alt sınırdan uzaklaşılma gerekçesi olarak kabul edilmelidir.

Kaynakça

- Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013.
- Aslan M. Yasin, “Sırf Askerî Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları”, *TBB Dergisi* 2010 (90), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-643>, 29.09.2018.
- Aydoğdu Yasin, “Türk Hukukunda Siyasal Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017 (128) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-128-1623>, 29.09.2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.
- Çakmut Özlem Yenerer, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi(MÜHF) Hukuk Araştırmaları Derneği (HAD)*, C.23, S.1, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/331957>, 29.09.2018.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Hüküm (Kamu İdaresine Karşı Suçlar), İstanbul 1992.

- Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1983.
- Gerçekler Hasan, Türk Ceza Kanunu, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Hafızoğulları Zeki/Güngör Devrim, "Türk Ceza Kanununda Suçların Tasnifi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-69-298.pdf, 29.09.2018.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, (Editör: Yener Ünver), Ankara 2014.
- İçel Kayıhan/Ünver Yener/Hakeri Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, İstanbul 2012.
- Kazancı Metin, "Dilekçe Hakkı, Halkın istekleri ve Yönetim", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 32(1), Basım Tarihi: 1977, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/32/1/7_Metin_Kazanci.pdf, 29.09.2018.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2017.
- Koç Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21. Baskı, Ankara 2014.
- Özbakan Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2016.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 13.Bası, Ankara 2017.
- Özok Özdemir, Bilgi Edinme Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 62, Birinci Baskı: Haziran 2004, s.IX, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf, 29.09.2018.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2017.
- Retornaz E. Eylem Aksoy, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2 <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2017/12/gsuhfd-2017-2-361.pdf>, 29.09.2018.
- Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. II, Ankara 1995.
- Şengül Ramazan, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini 'Camdan Eve' Dönüştürür mü?", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 60-3, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000053500>, 29.09.2018.
- Taşkın Rifat, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1941.
- Taşkın Ş. Cankat, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872240.pdf>, 29.09.2018.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel hükümler, 6. Bası, İstanbul 2016.
- 23 Ocak 2004 Tarihli Başbakanlık Genelgesi http://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2004/2004-0320-01327.pdf, 29.09.2018.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA INSPECTION OF THE BODY AND TAKING SAMPLES IN CRIMINAL PROCEDURE

Recep DOĞAN*

Özet: Bu makalede şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması kavramları, Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve ilgili Yönetmelik hükümlerine göre tartışılacak olup konuya ilişkin tartışmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddütler mukayeseli hukuka ilişkin yargı kararlarından ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından örnekler vermek suretiyle açıklanacaktır. Ayrıca kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeyip yönetmelik ile düzenlenen bazı konulara ilişkin uygulamada yaşanan tereddüt ve sorunlar ile söz konusu düzenlemelerin ihtiyaca yanıt verip vermediği hususları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alma, Ceza Muhakemesi, Vücut Bütünlüğünün Dokunulmazlığı, Hukuka Uygun Delil

Abstract: This article discusses the issues of the inspection of the body and taking samples from the body with a reference to Turkish Criminal Procedure Act 5271 and the relevant regulations. The different interpretations and applications of the relevant regulations and provisions of the Turkish Criminal Procedure Act which need to be explained further, will be explored in the light of court rulings from different jurisdictions and the rulings of the European Court of Human Rights. The issue of whether current regulations meets the need of the justice and public safety practitioners and the problems arising out of different interpretations of these regulations will also be explored.

Keywords: The Inspection of the Body, Taking Samples from the Body, the Inviolability of the Physical Body and Bodily Integrity, Criminal Procedure, Lawful Evidence

* Dr., recepdogan06@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7739-3071, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.11.2018, Kabul Tarihi: 19.11.2018

GİRİŞ

Mevzuatımızda şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75, 76 ve 77'nci maddeleri ile "Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik"¹te düzenlenmiştir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, maddi gerçeğe uygun hüküm verilmesi için gerekli olan delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi ve böylece adil yargılamanın yapılabilmesi noktasında ceza muhakemesi açısından önem arz etmekle beraber, kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına yönelik olarak bir müdahale içerdiğinden insan hakları açısından da değerlendirilmesi ve ele alınması gereken bir konudur.² Bu bağlamda, temel hak ve hürriyetlere ilişkin ulusal ve uluslararası metinlerde, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve işlemlerden kişinin korunması, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanılmasının önlenmesi bir hak olarak garanti altına alınmış bulunmaktadır.

Nitekim Anayasa'nın 15'inci maddesinde "savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; ..." hükmü, 17'inci maddesinde ise "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Ayrıca maddi hakikate ulaşmak için kullanılacak delillere ilişkin olarak Anayasa'nın 38'inci maddesinde, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmü bulunmaktadır.

¹ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete. Bundan böyle "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

² Aydın Aygün, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 8, ss. 49-73; Gizem Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, ss. 2955-2996, s.2957; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, Cilt: 70, Sayı:1, ss. 19-38, s.20.

Yine beden muayenesi ve vücuttan örnek alma sırasında vücut bütünlüğünün korunması, insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve işlemlerden kişinin korunması amacıyla, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3' üncü maddesinde hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Diğer taraftan İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1' inci maddesinde, "bir şahsa, kendisinin veya üçüncü bir şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen fiil nedeniyle bilgi veya itiraf elde etmek için uygulanan fiziki veya manevi ağır, acı veya ıstırap" işkence olarak tanımlanmıştır.

Ulusal ve uluslararası bu düzenlemeler göz önüne alındığında, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesi için kanunda sayılan diğer şartların dışında,

Yetkili makam kararı olmaksızın vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesi,

Müdahalenin ilgilinin şeref ve itibarını ihlal etmemesi,

Ar ve hayâ duygularına saygı gösterilmesi,

Muayene veya örnek almak suretiyle ilgilinin kendini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye zorlanmaması,

Beden muayenesi ve örnek almak amacıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılacak müdahalenin, işlenen bir suç nedeniyle delil elde edilmesi amacıyla yapılması ve bu amaçla orantılı olması

gerekmektedir.³

Bu makalede şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması kavramları, Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve ilgili Yönetmelik hükümlerine göre tartışılacak olup konuya ilişkin tartışmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddüt-

³ Nevzat Toroslu, "Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin, Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler", 15 Ocak 2000, Bildiri X, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, ss. 323-340. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitap-lar/pdf/until2007/hukukkurultay00-2.pdf>. (Erişim Tarihi, 13.11.2018).

ler mukayeseli hukuka ilişkin yargı kararlarından ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından örnekler vermek suretiyle açıklanacaktır. Ayrıca kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeyip yönetmelik ile düzenlenen bazı konulara ilişkin uygulamada yaşanan tereddüt ve sorunlar ile söz konusu düzenlemelerin ihtiyaca yanıt verip vermediği hususları değerlendirilecektir.

I- AMAÇ

Beden muayenesinde ve vücuttan örnek almada temel amaç, soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etmektir. Nitekim CMK'nın 75' inci maddesinde de *"bir suçla ilişkin delil elde etmek"* ibaresine yer verilerek amacın delil elde etmek olduğu açıkça belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi hukukunda ispata yarayan ve hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalara delil adı verilmekte olup⁴ öğretide delillerin değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin Centel ve Zafer⁵ delilleri sanık beyanı, tanık beyanı, belge delilleri, belirti delilleri ve bilimsel deliller, bilirkişi mütalaası ve keşif olarak sınıflandırırken; Kunter Yenisey ve Nuhoglu delilleri kaynağı insan olan deliller (mağdur ve tanık anlatımları) ve kaynağı nesne olan fiziki deliller (belge ve belirtiler) olarak ikiye ayırmaktadır.⁶ Şahin ise delilleri beyan delili, belge delili ve belirti delili olarak 3'e ayırmaktadır.⁷

Belirti olaydan geriye kalan her türlü iz ve eseri ifade etmekte olup çoğunlukla failin iradesi dışında olaydan geriye kalmıştır. Bununla beraber belirti delilleri olayı genel nitelikte temsil etmekte olup beyan ve belge delillerinin aksine tek başına somut olayı doğrudan doğruya temsil etmezler. Ancak bu husus belirti delillerinin ispat gücünün zayıf olduğu anlamına gelmez. Olayı her zaman tek başına ispat edememekle beraber, bilim ve teknolojiye görülen ilerlemeler karşısında belirti

⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 596.

⁵ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s.265.

⁶ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s.995; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu Cilt 1 (1-156), Beta, İstanbul, 2013, s.649.

⁷ Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s. 60.

delilleri ispat gücü oldukça yüksek bilimsel deliller olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin olay yerinde bulunan parmak izi şüpheli veya sanığın olay yerinde mutlak bir şekilde bulunduğunu göstermekle beraber, olay anından önce mi veya sonra mı olay yerinde bulunduğunu göstermez. Bu hususun diğer delillerle desteklenerek ispatı gerekir.⁸

Bu bağlamda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması beyan ve belge delilleri dışında olaya ilişkin olup çoğunlukla failin iradesi dışında olaydan geriye kalan ve olayın ispatına yardımcı olan her türlü iz ve eserin tespitini sağladığından, kanımızca da, belirti delilleri ve bilimsel deliller kapsamında ele alınmalı, aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere CMK'nın 289/i maddesi gereğince hukuka uygun yöntemler ile elde edilmeli ve nihayetinde kovuşturma veya soruşturma konusu olayın aydınlatılması amacıyla kullanılmalıdır. Dolayısıyla veri bankası oluşturmak veya bilimsel deney yapmak,⁹ toplumsal baskı ya da bekâret kontrolü¹⁰ amacıyla yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri CMK'nın 75 ve 76'ncı maddeleri kapsamında değerlendirilemez.

II- KAPSAM VE HUKUKİ NİTELİK

Henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmadan önce doktrinde "beden muayenesi" yerine "vücutun muayenesi" tabiri kullanılmaktaydı.¹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan mevcut düzenlemede muayene için "beden", örnek almak için "vücut" terimleri tercih edilmiştir. Bu durum, beden ve vücut kavramlarının birbirinden farklı olup olmadığını tartışılmasını gerekli kılmakta ve bu terimlerin herhangi bir mantığa dayanmaksızın rastgele seçildiği izlenimini doğurmaktadır.

⁸ Şahin/Göktürk, s.60-61.

⁹ Özge Apış, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücutundan Örnek Alınması", *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, c.18. s.1, ss.267-296, s.271; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması" <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>. s.4. (Erişim Tarihi. 07.11. 2018).

¹⁰ İnci Hot, Fatih Selami Mahmutoğlu, Coşkun, Yorulmaz, "Attitudes of the Turkish medical profession and jurists towards new Turkish legislation concerning body examination without consent in Criminal Procedure", *Rom J Leg Med Romanian Society of Legal Medicine*, 17(1), 2009, s.139-146; Hakan Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulama*, Kızıllarslan Serisi 1, Ankara, 2007, ss 223-225.

¹¹ Centel/ Zafer, s.264, 265; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.447.

Bu nedenle, bedenın iç ve dış muayenesi için “vücutun muayenesi” deyiminin kullanılmasının daha uygun olacağı görüşüne biz de iştirak etmeyiz.¹²

Hukuki nitelik açısından değerlendirildiğinde, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması karma bir niteliğe sahip olup¹³ hem koruma tedbiri niteliğinde; hem de bilirkişi ve keşif¹⁴ incelemesi niteliğindedir. Çünkü suç şüphesinin bulunması sebebiyle henüz hüküm verilmeden işlenen bir suç nedeniyle delil elde edilmesi amacıyla, temel haklardan olan kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı sınırlanmakta ve müdahale edilmekte, gerektiğinde bu müdahale zor kullanılarak yerine getirilmektedir. Yine bu müdahale veya sınırlama geçici bir niteliğe sahip bulunmakta ve nihayetinde hükmün verilmesi için araç olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri özelliğine sahiptir.¹⁵ Diğer taraftan muayene ve örnek almayı gerçekleştirecek hekim veya sağlık mensubu açısından ise, bu uygulama bilirkişi incelemesi niteliği de taşıyacaktır.¹⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu 75 ve 76’ncı maddelerinde beden muayenesini, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve diğer kişilerin beden muayenesi olarak ikiye ayırmıştır. Bunun yanı sıra muayenenin niteliği açısından iç ve dış beden muayenesi şeklinde ayırım da vardır. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi düzenlenmiş olmasına rağmen, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi düzenlenmemiştir. Bu hususa ilişkin düzenlemelere Yönetmelik’te yer verilmiştir.

CMK’nın 75’inci maddesinde yer alan hükme bakıldığında vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene, iç beden muayenesi olarak

¹² Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.447.

¹³ Apış, s.272; Aygün, s.53; Centel/ Zafer, s.264; Dursun, s. 2957, 2960; İpekçioğlu, s.22; Mahmutoğlu, s.2; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.450.

¹⁴ Doktrinde muayenenin hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılmasının zorunlu olduğu hallerde keşif ve bilirkişi incelemesi niteliğinin aynı anda ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.450.

¹⁵ Aygün, s.52; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.450; Toroslu, s.327-328.

¹⁶ Mahmutoğlu, s.2; Veli Özer Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2006, Cilt: III, Sayı: 2, ss. 357-406, s. 366.

kabul edilmiştir. Bu durumda, iç organlarda, kafa, göğüs ve karın boşluklarında yapılan muayene ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde yapılan muayene saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınabilmesi dış beden muayenesidir. Nitekim Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde "İç beden muayenesi: kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi" şeklinde tanımlanmıştır.

Dış beden muayenesi ise Yönetmeliğin 3 ve 5' inci maddesinde "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi" olarak tanımlanmış olup kapsam ve uygulama açısından iç beden muayenesinin tabi olduğu koşullara benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Derinin, kulak, burun ve ağız bölgelerinin genel görüntüsü, rengi, bu vücut bölgelerindeki sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, yaklaşık uzunluğu gibi tabibin basitçe gözlemleyerek kaydedebileceği bulgular, bu bağlamda, dış beden muayenesinin kapsamı içinde yer alır.¹⁷ Yine Yönetmeliğin 5' inci maddesine göre, girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Örneğin midede veya iç organlarda herhangi bir cisim ya da yabancı madde olup olmadığını anlamak için tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından röntgen, ultrasonografi veya tomografi çekilmesi dış beden muayenesi sayılır.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde yer alan tanımlara bakıldığında, Yönetmeliğin, "bedenin tıbbi muayenesi", "müdahale" ve "cerrahi müdahale" kavramlarına yer vermek suretiyle kanuni kapsamın dışında birtakım düzenlemelere gittiği görülmektedir. Her ne kadar "müdahale" ve "cerrahi müdahale" kavramlarının vücuttan örnek alınması kapsamında yerine getirilmesi gereken işlemler olduğu bu nedenle kanuni kapsamın dışına çıkılmadığı düşünülebilirse de,¹⁸ "bedenin tıbbi muayenesi" kavramına Yönetmelikte yer verilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. "Bedenin tıbbi muayenesi" kavramının, CMK'nın 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen "üst araması", yani vücudun

¹⁷ Devrim Güngör, Okan Bakşi, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", *Adli Bilimler Dergisi*, 2009, Cilt 8, Eylül, ss. 63-71, s.64.

¹⁸ Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.448.

tabip veya sağlık personeli olmayan kolluk güçlerince elle aranması, kontrol edilmesi kavramından ayrıştırılması ve bu kavramla karışmaması için Yönetmeliğe eklendiği düşüncesindeyiz.

Yönetmeliğin iç beden muayenesine ilişkin 4 ve dış beden muayenesine ilişkin 5'inci maddesi CMK'nın 75 ve 76'ncı maddeleri ile beraber değerlendirildiğinde iç ve dış beden muayenesinin birbirinden belli noktalarda ayrıştığını görmekteyiz. Buna göre:

İç beden muayenesi yapılabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Dış beden muayenesi ise Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılır. Ancak şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine karar vermeye yetkili makamın kanunda düzenlenmediğini bu hususta Yönetmelik ile düzenleme yapıldığını belirtmek isteriz.

Hem iç hem de dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, dış beden muayenesi sayılan girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer kişiler¹⁹ tarafından yapılabilir.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz, dış beden muayenesi için böyle bir sınırlama mevcut değildir.

Gerek iç gerekse dış beden muayenesinin yapılabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına yönelik öngörülebilir bir zarar verme tehlikesini içermemesi gerekir. Bu hususta Yönetmeliğin kullandığı kavramlar ile kanunda yer alan kavramların birbirinden farklı olduğunu ve "kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi" kavramının hukuki bir kavram olmadığını belirtmek isteriz.²⁰ CMK'nın 75/2 maddesine göre, iç ve dış beden muayenesi için yapılacak müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Yönetmelik

¹⁹ Yönetmeliğin 3'üncü maddesine göre; sağlık mesleği mensubu "tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri" ifade etmektedir.

²⁰ Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Apiş, s.293; Mahmutoğlu, s.8; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.452.

ise 4 ve 5'inci maddelerinde "muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına *açıkça* ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir" ibaresine yer vermektedir. Kanunda yer almayan "*açıkça*" ibaresinin Yönetmeliğe eklenmesi suretiyle kapsamın daraltıldığı düşüncesindeyiz.²¹ Kanunda yer alan düzenleme gereğince, tedbiri uygulayan veya müdahaleyi yapan tabip veya sağlık mesleği mensubu açısından müdahale sonucu oluşan zarar bakımından taksir düzeyinde dahi olsa kusurun bulunmaması gerekir.²² Aksi durumda bu taksirli hareketin sonuçlarından tabip veya sağlık mesleği mensubu sorumlu olacaktır. Kanaatimizce "*açıkça*" ibaresine yer vermek suretiyle Yönetmelik sorumluluğun kapsamını daraltmakta, yapılan müdahale nedeniyle sorumlu tutulmak için taksir düzeyinin ötesinde bilinçli taksir düzeyinde bir sorumluluğu gerekli kılmaktadır.²³

Vücuttan örnek alınması ise, CMK'nın 75 ve 76'ncı maddelerinde beden muayenesi ile birlikte düzenlenmişken, Yönetmelikte bu husus ayrı bir tedbir gibi düzenlenmiştir. Beden muayenesinin temel amaçlarından birisi vücuttan kan, sıvı, idrar, cinsel salgı gibi örneklerin alınması olduğu için, kanun koyucu, beden muayenesi ile vücuttan örnek almayı beraber düzenlemiş ve genelde aynı koşullara tabi tutmuştur.²⁴

Ancak CMK'nın 75/7 maddesinde yer alan "özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır" hükmüyle, şüpheli veya sanık hakkında özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin istisna olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, TCK'nın 179/3 maddesinde yer alan "trafik güvenliğini tehlikeye sokma" suçu kapsamında önem arz eden ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesinde²⁵ yer alan uyuşturucu ve keyif verici madde kullanan sürücülerde

²¹ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Apış, s.293.

²² Özbeke/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.449.

²³ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma ve değerlendirme için bkz. Şebnem Korur Fincancı, A. Coşkun Yorulmaz, "Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006, Sempozyum Dizisi, No.48, Şubat 2006, ss. 142-146, s.145.

²⁴ Mahmutoğlu, s.3.

²⁵ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı" başlıklı 48'inci maddesi aşağıdaki gibidir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.

maddenin türünün; alkollü içki alanlarda ise, alkolün etki derecesi ve kandaki oranının tespit edilmesine ilişkin düzenlemeler ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yer alan "yakalananlardan uyuşturucu madde kullanmış olanlarla sarhoş olanların yakalanma anındaki sağlık durumlarının belirlenmesine" ilişkin düzenlemelerin şüpheli veya sanığın vücudundan örnek almaya ilişkin CMK'nın 75'inci maddesinin kapsamının dışında olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere gerek beden muayenesi gerekse vücuttan örnek alma konularında Yönetmelik ile kanun kapsamının dışına çıkılarak bazı yeni düzenlemelere gidilmiştir. Vücut bütünlüğüne müdahaleye ilişkin olarak, kanunda düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelikte düzenlenmesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören ve Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik ilkesine aykırı bir durum yaratmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5271 sayılı CMK'dan önceki döneme ilişkin olarak 2003 yılında Türkiye'ye ilişkin verdiği *Y.F. v. Turkey* kararında, bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine, şüphelinin gözaltındayken zorla genital muayeneye maruz kalmasının İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin ihlali sayılması gerektiğine karar vermiştir.²⁶ Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin tüm düzenlemelerin, tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi ve sıkı koşullara bağlanması gerekir.²⁷

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır.

Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır...

²⁶ Case of *Y.F. v. Turkey*, Application no. 24209/94, 22 July 2003. https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Y.F.%20v.%20Turkey_en.asp. (Erişim Tarihi, 14.11.2018).

²⁷ Apiş, s.276; Aygün, ss.53, 54; Dursun, s.2961; İpekçioğlu, s.23; Mahmutoğlu, s.3; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.451; Şenel Sarsıkoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi

III- ŞÜPHELİ VE SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

Bu makale kapsamında aşağıda öncelikle CMK'nın 75' inci maddesinde düzenlenen şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının koşulları ile şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi ve koşulları tartışılacak, ardından CMK'nın 76'ncı maddesi kapsamında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususları açıklanacaktır. Ayrıca kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeyip yönetmelik ile düzenlenen bazı konulara ilişkin uygulamada yaşanan tereddüt ve sorunlar ile söz konusu düzenlemelerin ihtiyaca yanıt verip vermediği hususları tartışılacaktır.

A- İÇ BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

1- Soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etme amacı olmalıdır

Yukarda delil kavramının tanımı ve niteliği açıklanırken de belirtildiği üzere, beden muayenesinde ve vücuttan örnek almada temel amaç, soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etmektir. Delil elde etme amacı dışında örneğin veri bankası oluşturmak veya bilimsel deney amacıyla yapılacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kapsamının dışında olup bu tür müdahalelerin ilgili mevzuatta belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi gerekir. Hukuki şartlar yerine getirilmeksizin bu tür müdahalelerin yapılması halinde, bu müdahaleler de kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının hukuka aykırı yöntemler ile ihlal edilmesi anlamına gelir.

2- Suçun cezasının üst sınırı 2 yıldan az olmamalıdır

CMK'nın 75'inci maddesine göre, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılması veya vücudundan örnek alınabilmesi için yüklenen suçun cezasının üst sınırının *2 yıl veya daha fazla hapis* cezası olması gerekir. Orantılılık ilkesinin de bir gereği olarak kanun koyu-

Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, *EÜHFD*, 2013, C. 8, S. 2, ss. 693-722, s.707.

cu her suç için iç beden muayenesi yapılabilmesini ve vücuttan örnek alınmasını mümkün kılmamış, hafif sayılabilecek suçları kapsam dışında bırakmıştır. Bu bağlamda, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun cezasının üst sınırının 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi halinde iç beden muayenesinin yapılması ve vücuttan örnek alınması mümkün olup diğer hallerde mümkün değildir.²⁸

Bununla beraber öğretide, sanığın rıza göstermesi halinde, iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar için de iç beden muayenesinin yapılabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Yönetmeliğin 18/2 maddesinin mağdur, 18/3 maddesinin ise sanık için rıza ile iç beden muayenesi yapılmasına olanak sağladığı göz önüne alındığında, sanığın bu haktan mahrum edilmesi, sanığın kendi lehine delil sunma olanağını ortadan kaldırmaktadır.²⁹ Kanaatimizce, üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda sanığın rızası ile iç beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınması ancak masumiyetin başka türlü ispatlanmadığı veya başka delil gösterilemediği hallerle sınırlı olmak üzere geçerli kabul edilmeli, başka türlü delil elde etme olanağı var ise bu yola başvurulmamalıdır.³⁰

Birden fazla suçun işlenmiş olması halinde her bir suç için kanunda öngörülen üst sınırın 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirip gerektirmediği ayrı ayrı araştırılmalıdır.³¹ Ayrıca yüklenen suçun hukuksal niteliğinin kovuşturma sırasında değişmesi nedeniyle cezanın üst sınırının 2 yıllık sınırın altına inmesi durumunda, beden muayenesi ve örnek alınması suretiyle elde edilen delillerin artık değerlendirilmeye alınmaması gerekir.³²

²⁸ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Güncelleştirilmiş 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.290. İki yıl hapis cezasını gerektiren suçların istisna kapsamında olmadığı hususunda bkz. Yargıtay 10.CD.'nin 15.05. 2007 tarih ve 2006/8598 E., 2007/5708 K. sayılı kararı, Yargıtay 10. CD.'nin 12.04.2010 tarih ve 2010/1170 E., 2010/8614 K. sayılı kararı.

²⁹ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.270-272.

³⁰ Bu konuda diğer tartışmalar için bkz. Toroslu.

³¹ Aygün, s.63; Mahmutoglu, s.6.

³² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s.456.

3- Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından alınmış bir karar olmalıdır

Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde belirlenmiş olup buna göre; "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli" gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak tanımlanmıştır.

Dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi daha sonradan hâkimin onayının alınması zorunludur. Burada tartışılan husus, sanığın veya şüphelinin kendi rızası ile beden muayenesine veya örnek alınmasına rıza göstermesi halinde halen hâkim kararına gerek olup olmadığı hususudur. Yaygın olan görüşe göre, bu durumda dahi yetkili makamın yani Cumhuriyet savcısının kararı olmalı bu karar hâkimin onayına sunulmalıdır.³³ Çünkü Yönetmeliğin 18/2 ve 3 maddeleriyle CMK'nın 76/2 maddesinde sadece mağdurun rızası halinde yetkili makamdaki karar alınmasına gerek olmadığı belirtilmiş olup sanık veya şüpheli için böyle bir imkâna yer verilmemiştir.³⁴ Gerek beden muayenesi gerekse vücuttan örnek alınması uzmanlık gerektiren soruşturma işlemlerinden olup insan vücuduna yönelik bir müdahale de oluşturması sebebiyle kanunda öngörülen asgari kayıt ve koşullara bağlanması tabiidir. Bu durumda, Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin kararı olmaksızın şüpheli veya sanığın beden

³³ Ahmet Caner Yenidünya, Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.659; Centel/ Zafer, s.272; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, 2010, s.458; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 282. Karşı görüş için bkz. Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s.1006, 1016; Soyaslan, s.270-271.

³⁴ Yargıtay 14. CD.'nin 12.04. 2012 tarih ve 2012/1955 E., 2012/4351 K. sayılı kararı.

muayenesinin yapılması veya vücutundan örnek alınması mümkün değildir.³⁵ Kanaatimizce, CMK'nın 67/6 maddesindeki hükmün kıyasen uygulanması suretiyle şüpheli sanık veya diğer kişilerin kendi seçtikleri hekime başvurarak rapor almaları halinde, bu raporun da CMK'nın 75 ve 76 maddelerinde belirtilen usule uygun bir rapor veya delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Her ne kadar hukuki nitelik olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri keşif ve bilirkişi incelemesi olarak değerlendirilebilirse de, CMK'nın 67/6 maddesinde yer alan hüküm, kanun sistematığında birinci kitabın, üçüncü kısmının ikinci bölümünde (m.62-m.73) "bilirkişi incelemesi" başlığı altında düzenlendiğinden, kanunun 67/6 maddesinde yer alan bu hükmün bir sonraki üçüncü bölümde "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında düzenlenen hususlar için de geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Zaten kanun koyucu CMK'nın 67/6 maddesinde "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez." hükmüne yer vererek, bu tür raporların sadece bilirkişi raporuna karşı ileri sürülmek veya bilirkişi raporunda değerlendirilmek amacıyla kullanılabileceğini açıkça hükme bağlamıştır. CMK'nın beden muayenesi ve vücuttan örnek alma hususlarını ayrı bir düzenleme olarak ayrı bir başlık altında düzenlediği gerçeği karşısında, adına " tarafların seçtiği bilirkişi"³⁶ denilen uygulama ile CMK'nın beden muayenesi ve örnek alma için öngördüğü usulün değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün gözükmemektedir.³⁷ Bu durumda, CMK'nın 67/6. maddesine göre alınan raporlar

³⁵ "Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi veya vücutundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararına gerek bulunmaktadır". Yargıtay 13. CD.'nin 7.11.2012 tarih ve 2012/17565 E., 2012/23123 K. sayılı kararı.

³⁶ Ünver /Hakeri, s.268.

³⁷ CMK'nın 75'inci maddesinde değişiklik yapan 5353 sayılı Kanun'un gerekçesinde müdafii huzurunda rıza gösterilmesi halinde hâkim kararı aranmaksızın şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılmasının veya vücutundan örnek alınmasının mümkün olduğu belirtilmekte ise de, bu hususun kanun değişikliği metninin TBMM Adalet Komisyonu'nda değiştirilmesine rağmen, gerekçenin de-ğiş-

ancak “uzman mütalaası” olarak değerlendirilebilecek ve CMK’nın “uzman mütalaasına” ilişkin hükümlerine tabi olacaktır. Aynı şekilde muayeneyi gerçekleştiren hekim de “bilirkişi” sıfatını değil, “uzman” sıfatını haiz olacak ve buna ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır.³⁸

Dolayısıyla şüpheli veya sanığın müdahaleye rıza göstermesi durumunda karar alma zorunluluğunu ortadan kaldıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin kararı olmaksızın kendi rızasıyla uzman bilirkişiye beden muayenesini yaptırması veya vücudundan alınan örnekleri incelettirmesi, ardından buna ilişkin raporu Cumhuriyet savcılığına veya mahkemeye sunması olanaklı değildir. Yönetmeliğe göre (m.18/3) soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebiyle bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla şüpheli ve diğer kişilerin beden muayeneleri yapılabilir ya da vücudundan örnek alınabilir. Bu durumda şüphelinin veya diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi halinde sulh ceza hâkiminden karar talep edilemeyecek Cumhuriyet savcısı doğrudan ilgili kurumdan işlemi talep edecektir. Kovuşturma evresinde ise sanık veya diğer kişilerin beden muayenesinin yapılması ya da vücudundan örnek alınması mahkeme kararı bulunmasına bağlıdır (Yönetmelik m.18/3). Bu evrede, sanığın veya diğer kişilerin mahkemeye başvurarak kendiliğinden müdahale talep etmeleri halinde mahkeme bu kişileri ilgili kuruma gönderecektir.³⁹

4- Müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalıdır

Gerek iç beden muayenesinin yapılması gerekse vücuttan örnek alınması için gerçekleştirilecek müdahalenin, kişinin sağlığına yönelik öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Bu hususta Yönetmeliğin kullandığı terimler ile kanunda yer alan deyimlerin birbirinden farklı olduğunu ve “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi” kavramının hukuki bir kavram olmadığını daha önceden

tilmesinin unutulmasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s.1004, 1006.

³⁸ Fulya Eroğlu, Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.96.

³⁹ Centel Zafer, s.272-274.

belirtmiştik. Kişinin sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı saptanırken müdahalenin kendisi değil, şüpheli veya sanığın kişisel sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Gerçekten de, şüpheli veya sanığın daha önce geçirmiş olduğu hastalıkların veya ameliyatların tespit edilmesi ve bu kişiler üzerinde gerekli olan hallerde bazı testlerin yapılması, müdahalenin sağlığı tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin belirlenmesi yönünden zorunludur.⁴⁰ Ancak objektif olarak değerlendirilmesi ve ölçülmesi mümkün olmayan kişisel nedenlerle örneğin muayeneden korkmak, aşırı heyecanlanmak gibi nedenlerle muayeneden kaçınmak zarar tehlikesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Müdahalenin doğasından kaynaklanan acı ve hoşnutsuzluk duygusuna şüpheli veya sanığın katlanması gerekir. Bu tür geçici ağrı, sıkıntı veya korkular sağlığı tehlikeye sokan durum olarak kabul edilemez.⁴¹

Bununla beraber yetkili makam kararına ve ilgiliye yeterli bilgi verilmesine rağmen, şüpheli veya sanığın muayeneden veya örnek vermektan kaçınmak istemesi mümkün olup bu durumda Yönetmeliğin 18'inci maddesi gereğince kararın infazı için Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme ile şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde, bu işlemlerin gerektiğinde zorla yapılabileceğine ilişkin zımni bir hüküm getirilmektedir. Ancak şüpheli veya sanığın karşı çıkmasına rağmen beden muayenesinin yapıp yapılamayacağı veya vücudundan örnek alınmasının mümkün olup olmadığı, susma hakkı ve kişinin kendisi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁴² ilkesi ile doğrudan ilişkili bir husustur. Şüpheli veya sanığın susma hakkının bulunduğu durumlarda, beden muayenesi veya örnek alınması suretiyle delil elde edilmesiyle ilgili olarak, bir görüşe göre şüpheli veya sanığın susma hakkı sadece kendisine isnat edilen fiile ilişkin olup kişinin beyanda

⁴⁰ Tuğba Bayzıt, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2007, s.74.

⁴¹ Centel/Zafer, s.269; Mahmutoğlu, s.8; Öztürk/Tezcan/ Erdem/ Sırma/Saygılar/ Alan, s.459.

⁴² **Ümmügülsüm Kılıç**, Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s.40-52.

bulunmaya zorlanmamasını kapsar. Muayene ve örnek alma işlemlerinde şüpheli veya sanık bir açıklama yapmaya zorlanmadığından, bu durum susma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilemez.⁴³ Diğer bir görüş ise muayeneyi “vücut diliyle ifade” olarak ele almakta olup muayene yapılmadan önce sanığa bunu kabul etmeme hakkının bulunduğu hatırlatılması gerektiğini, aksi takdirde zorla yapılan muayene ve örnek alma işlemi sonucunda elde edilen delillerin ispat aracı olarak kullanılmayacağını belirtmektedir.⁴⁴

Kanaatimizce beden muayenesinin bu kadar geniş yorumlanarak susma hakkının kapsamına dâhil edilmesi isabetli değildir. Bu bağlamda, beden muayenesi ve örnek alma sırasında şüpheli veya sanık hekimin görevini yerine getirmesi için zorunlu sorulara yanıt vermeli, isnat edilen suçla ilgili olarak sorulan diğer sorular ise susma hakkı kapsamında değerlendirilmeli,⁴⁵ muayenenin veya örnek almanın bi-zatihi kendisi susma hakkı kapsamına dâhil edilmemelidir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1966 yılında verdiği, *Schmerber* kararında⁴⁶ alkollü araç kullandığı için kan testine gönderilen şüphelinin kan örneği vermeye mecbur olduğu, bu durumda şüphelinin kendi aleyhine delil veya ifade vermeye zorlanmadığı, bu tür işlemlerin beyan veya ifade içermediği dolayısıyla susma hakkının ihlali sayılmayacağına karar verilmiştir.

Nitekim ceza muhakemesinin düzgün ve eksiksiz işlemesi, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın bu tür işlemlere karşı koymama yönünde bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte olup bu duruma “katlanma yükümlülüğü” adı verilmektedir.⁴⁷ Öğretide “boyun eğme mecburiyeti” veya “uyuma zorunluluğu” olarak da adlandırılan bu yükümlülüğe göre, şüpheli veya sanığın muayene veya örnek vermektan kaçınması ve bu işlemlerin zor

⁴³ Centel/Zafer, s.277.

⁴⁴ Centel/Zafer, s.278.

⁴⁵ Benzer görüş için bkz. Centel/Zafer, s.276.

⁴⁶ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/> (Erişim tarihi. 26.03.2019)

⁴⁷ Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C: XII, S: 1-2, ss.687-699, s. 687; Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler” *Hacettepe HFD*, 2017, 7(2), s. 119-168, s. 122.

kullanılarak yapılması halinde “kendi aleyhine delil verme yasağı” ihlal edilmemektedir. Bu bağlamda, “şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkından” anlaşılması gereken hususun, kendisi aleyhine yapılan ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılımının yasak olduğu, bu işlemlere ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir.⁴⁸ Bir başka deyişle, beden muayenesi ve örnek vermeye katlanma mecburiyeti söz konusu müdahale için “aktif olarak yardım etmek” mecburiyetini içermemektedir.⁴⁹

Bu açıdan bakıldığında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma konusunda öğretide hâkim olan görüş, şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ve fakat bu işlemlere aktif bir katılıma zorlanamayacağı yönündedir.⁵⁰ Bununla beraber, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda her vakada şüpheli veya sanığın bu işlemlere katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenemeyeceği, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemine katlanma yükümlülüğü belirlenirken, yapılacak müdahale ile elde edilecek kamusal menfaat arasında bir oranın bulunup bulunmadığı, kişinin bu işleme aktif katılmaya zorlanıp zorlanmadığı ve bu zorlamanın insan onurunun dokunulmazlığını ihlal edip etmediği hususlarının bir arada değerlendirilmesi gerektiği, zira ceza muhakemesi hukukunda hiçbir zorunluluk ve yükümlülüğün insan onurunun üzerinde olamayacağını belirten görüşler de vardır.⁵¹ Kunter Yenisey ve Nuhoğlu’na göre, direnme halinde ikinci bir hâkim kararı alınmalıdır. İkinci kararda hâkim o işlemin mutlaka yapılması gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara bakarak karara bağlamalıdır. Böylece, yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilecekse bu zarar önlenir.⁵² Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81’inci maddesine göre, muhakeme için önemli olguların saptanması amacıyla kan alınması veya beden muayenesi için kural olarak hâkim kararı bulunması gerekmektedir. Bu tür müdahaleler şüpheli veya sanığın

⁴⁸ İnci, ss.122, 135.

⁴⁹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005, s.241; Şahin /Göktürk, s.62.

⁵⁰ İnci, s.139; Yenidünya/ İçer, s.657.

⁵¹ İnci, s.143; Kızıllar, s. 217-218.

⁵² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.999, 1015.

sağlığı açısından herhangi bir zarar doğurmadığı müddetçe, şüpheli veya sanığın rızası aranmaksızın yerine getirilebilmektedir. Şüpheli veya sanık muayeneye katlanmak durumunda olup bu işlemleri kolaylaştırma yükümlülüğü yoktur. Şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilere Alman hukukuna göre doğrudan doğruya zor kullanılamaz. Zor kullanılması için hâkimin ayrıca özel bir karar vermesi gerekir. Bu halde dahi bu özel kararın alınabilmesi için ilgilinin hakkında uygulanan disiplin para cezasına rağmen ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasına karşı çıkması veya gecikmede tehlike bulunması gerekir (Alman CMK, m.81c/6).⁵³

Bu kapsamda AİHM kararları yol gösterici olup AİHM tarafından verilen *Aizpurua Ortiz And Others v. Spain*⁵⁴ ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonu tarafından verilen *X v. Netherlands*⁵⁵ kararına göre, sürücülerin zorla alkol veya kan testine tabi tutulmaları masumiyet karinesine aykırı değildir ve bu muamelelere ilgililer katlanmak zorundadır. Bu düzenlemeler yol güvenliğini ve diğer kişilerin sağlığını koruma amacına hizmet etmek için tasarlanmış olup bu tür uygulamalarda sürücüler kendi aleyhlerine delil sunmaya da zorlanmamaktadır. Dolayısıyla kanuni şartların gerçekleşmesi ve gerekli bilgilendirmenin yapılmasına rağmen uygulamadan kaçınan kimseye yönelik müdahalelerde, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ve hukuka uygun delil elde edilmediği söylenemez. Yine AİHM tarafından verilen *Saunders v. United Kingdom*⁵⁶ ve *Detlef-Harro Schmidt v. Germany*⁵⁷ kararında şüpheli veya sanıktan bir yargı kararına dayalı olarak alınan kan, tükürük ve idrar örneklerinin susma hakkı ve kendi aleyhine delil sunma yasağının kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Yargıtay'ın da alkol testi için kan örneği alınmasına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını esas alan ve vücuttan kan örneği

⁵³ Centel/Zafer s.278-279; Kunter/Yenisey Nuhoglu, s.998-999.

⁵⁴ Case of Aizpurua Ortiz And Others v. Spain Application no, 42430/05, 02.02.2010.

⁵⁵ ECommHR, X v. The Netherlands, Application No. 8239/78, Report of 4 December 1978.

⁵⁶ Case of Saunders v. United Kingdom Application no. 19187/91, 17 December 1996, para.69.

⁵⁷ European Court Of Human Rights Third Section Decision As To The Admissibility of Application no. 32352/02 by Detlef-Harro SCHMIDT against Germany, 5 January 2006.

alınmasıyla sınırlı ve orantılı olmak üzere zor kullanılabileceğine dair kararları mevcuttur.⁵⁸

En nihayetinde Anayasa Mahkemesi, yukarda tartıştığımız 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48'inci maddesine ilişkin olarak verdiği kararında 48'inci maddenin dokuzuncu fıkrasında yer alan

“Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.” hükmünü Anayasanın 38'inci maddesine ve *nemo tenetur* ilkesine aykırı bulmamıştır.⁵⁹

Kanaatimizce, kanuni şartların gerçekleşmesi ve gerekli bilgilendirmenin yapılmasına rağmen uygulamadan kaçınan kimseye yönelik müdahalelerde şüpheli veya sanığın susma hakkı ve *nemo tenetur* ilkesi ihlal edilmemekte, orantılılık ve ikincillik ilkesine uygun olduğu sürece kişinin vücut bütünlüğüne muayene veya örnek almak suretiyle yapılan müdahale hukuka uygun bulunmaktadır. Bu bağlamda hakında casusluk şüphesi bulunan bir kimsenin yuttuğu bir kâğıdın veya uyuşturucu taciri olan bir kimsenin midesinde bulunan uyuşturucu-

⁵⁸ Ya r g ı t a y 4. Ceza Dairesi'nin 28.05.2013 tarih ve 2011/5565 E., 2013/16325 K. sayılı kararı.

5271 sayılı CMK'nın 75 inci maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde beden muayenesi yapılamayacağı ve kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmayacağına ilişkin sınırlayıcı hükmün, 5237 sayılı TCK'nın 179/3 üncü maddesinde düzenlenen ve ceza olarak 2 yıla kadar hapis öngörülen alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma suçu yönünden uygulanamayacak olması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 4 Aralık 1978 tarih ve 8239/78 sayılı X./Hollanda kararında da kan testinin Sözleşmenin 8/2 nci maddesi bağlamında özel hayatın ihlaline neden olmadığına hükmetmesi karşısında, doktor olan sanıkların, alkol muayenesini kabul etmeyen kimsenin Cumhuriyet savcısının da yazılı emri bulunması nedeniyle vücudundan kan örneği alınmasıyla sınırlı ve orantılı olmak üzere zor kullanma yetkisine sahip polis memurlarından kan alınması hususunda zorlanması için yardım isteyip istemedikleri konusunda o an hastanede bulunan polis memurları dinlenilip, nöbetçi Cumhuriyet savcısının kan örneği alınmasından vazgeçilmesi yönünde talimat verip vermediği hususu da araştırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.

⁵⁹ AYM'nin 24.11.2014 tarih ve 2014/ 178 E., 2014/178 K. sayılı kararı. 04.03. 2015 tarih ve 29285 sayılı Resmi Gazete.

nun, doğal yoldan vücuttan atılmasının beklenilmesi halinde kâğıdın veya uyuşturucunun bozulması ve delil olma niteliğinin ortadan kalkması söz konusu ise, cerrahi müdahale ile bu kâğıdın veya uyuşturucunun mideden çıkarılması mümkündür. Bu durumda yapılacak müdahale, müdahalenin olağan riskleri dışında şüphelinin sağlığı için ayrıca bir risk veya tehlike içermemelidir.⁶⁰

5- Oranlılık ve ikincillik ilkesine uygun davranılmalıdır

Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi, beden muayenesi ve örnek alınması sonucunda elde edilecek fayda ile kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi suretiyle oluşabilecek muhtemel zarar veya zarar tehlikesi arasında bir ölçü olmalıdır. Elde edilecek faydanın daha fazla olması halinde müdahale yapılmalıdır. Ayrıca ikincillik ilkesi uyarınca, muayene veya örnek alma dışında başka yöntemler ile aynı delilin elde edilmesi mümkün bulunmamalıdır. Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaksızın aynı delil elde edilebiliyorsa ya da nitelik olarak daha hafif olan başka bir tedbirin uygulanması suretiyle aynı sonuca ulaşılması mümkün ise muayene ve örnek alma tedbirine başvurulmamalıdır. Bu husus her olayın somut özelliklerine göre ayrı ayrı tespit edilmelidir.⁶¹ Örneğin, hemofili, kanın pıhtılaşmasının gecikmesi, hastalığı olan bir kimseden kan alınması, kanamanın durdurulamaması sebebiyle onun sağlığına zarar verebilir. Bu tür durumlarda dışkı, idrar ve tükürük örneğinin alınması suretiyle aynı sonuç elde edilebiliyorsa bu yöntemler tercih edilmelidir.⁶² Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Jalloh v. Germany* kararında, şüphelinin midesinde bulunduğu düşünülen uyuşturucu maddeyi çıkarmak için şüphelinin rızası hilafına kusturucu madde vermek ve ardından midesine sonda indirmek suretiyle

⁶⁰ Yenisey/ Nuhoglu, s.655.

⁶¹ Yargıtay 10. CD. nin 07.12.2016 tarih ve 2016/3445 E. , 2016/4053 K. sayılı kararı 01.06.2015 tarihli olay, yakalama, Cumhuriyet savcısı görüşme, muhafaza altına alma ve tartı tutanağına göre sanığın gözlerinde kızarıklık olduğu, aşırı terlediği ve sağa sola tedirgin hareketlerle bakılarak hızlı bir şekilde ilerlediğinin görülmesi üzerine şahsın midesinde uyuşturucu madde taşıdığına dair yoğun şüphe oluştuğunun belirlendiği ve sanığın durdurulduğu, bu aşamadan sonra sanığın midesinde uyuşturucu madde taşıdığını beyan edip etmemesinin sonuca etkili olmadığı, CMK'nın 75. maddesi kapsamında iç beden muayenesi yapılması şartlarının oluştuğu, bu itibarla kararda bir yanlışlık bulunmadığı anlaşıldığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yerinde görülmemiştir.

⁶² Güngör/Bakşi, s.66.

yapılan müdahaleyi, kusturucu madde vermek veya sonda indirmek yerine, söz konusu uyuşturucu maddenin, doğal yoldan, dışkı yoluyla dışarı çıkmasını beklemek suretiyle elde edilebileceğini gerekçe göstererek, oranlılık ilkesine aykırı bulmuş, insanlık dışı ve onur kırıcı olduğu kabul edilen bu muamelenin Sözleşmenin 3' üncü maddesini ihlal ettiğini belirtmiş, ayrıca Sözleşmenin 6' ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁶³

6- Muayene veya örnek almak amacıyla yapılan müdahale hekim veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmalıdır

CMK m. 75/3'e göre, "iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir." Yönetmeliğin 4/3 maddesinde ise "şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır" hükmü yer almaktadır. Şüpheli veya sanığın vücuttandan örnek alınmasına ilişkin Yönetmeliğin 6' ncı maddesinde yer alan "bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir." hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, iç beden muayenesinin sadece hekim tarafından yapılabileceği vücuttan örnek alınmasına ilişkin işlemlerin ise tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak Yönetmeliğin 23' üncü maddesine göre: "Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi *biyolojik olmayan örnekler*, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden *başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir*". Bu hükme göre, şüpheli veya sanığa ait olmadığı açık olan ve şüpheli veya sanığın şahsiyet haklarının ve vücut bütünlüğünün kapsamına girmeyen kıl, tüy, lif gibi örnekler *olay yeri inceleme uzmanları* tarafından alınabilecek, şüpheli veya sanığın kendi vücut bütünlüğü kapsamında değerlendirilebilecek kan veya tükürük benzeri biyolojik örneklerle saç, kıl, tırnak, doku gibi vücut parçalarından örnekler yetkili makamın kararı olmaksızın alınamayacaktır.

⁶³ Case of Jalloh v. Germany (Application no. 54810/00) 11 June 2006, <http://www.refworld.org/cases,ECHR,51e6b5654.html>.

B- ŞÜPHELİ VE SANIĞIN DIŞ BEDEN MUAYENESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75'inci maddesinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi düzenlenmiş olmasına rağmen, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi düzenlenmemiştir. Bu hususa ilişkin düzenlemelere Yönetmelik'te yer verilmiştir. Dış beden muayenesi Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi" olarak tanımlanmış olup kapsamı Yönetmeliğin 5'inci maddesinde belirlenmiştir. Buna göre:

"Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.

Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."

Dış beden muayenesine ilişkin hükümlerin sadece Yönetmelikte yer alması, dış beden muayenesinin dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulduğu yorumlarına neden olmaktadır.⁶⁴ Ancak dış beden muayenesinin CMK'nın 116'ncı maddesinde düzenlenen üst araması ile karıştırılmaması gerekir. Üst aramasında ilgilinin cepleri, elbisesi, koltuk altı, ayakkabılarının içi, kıyafetleri, kıyafetlerinin altı, vücudun dış yüzeyi incelenmekte, vücudun dış yüzeyi ile kıyafetler arasında saklanmış olabilecek bir şeyi bulmak için icra edilmektedir. Oysa dış beden muayenesi, bedenın yüzeyinin incelenmesini ve vücutta ekimoz, tırnak izi, enjektör izi gibi izlerin tespitini ifade etmektedir.⁶⁵ Bu bağlamda yapılış şekli itibarıyla benzerlik gösterse de, dış beden muayenesi, üst aramasından farklıdır.⁶⁶ Beden muayenesi

⁶⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1002; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s.455; Yenisey/Nuhoğlu, s.651.

⁶⁵ Yenidünya/İçer, s.660.

⁶⁶ Arama; "arama işi, taharri, birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak, araştırmak, yok-

işleminin amacı vücut üzerindeki izlerin tespit edilmesi, arama işleminin amacı ise, elbiseler arasında veya altında saklı bulunan suç delili olabilecek eşyaların bulunup bulunmadığının tespitidir. Dış muayenede, kişinin vücudu kısmen veya tamamen çıplak incelenebilirken, aramada vücudun giyinik kontrolü ile yetinilir. Vücut muayenesi sadece tabip tarafından yapılırken, üst araması kanunla görevlendirilmiş memurlar vasıtasıyla yapılabilir.⁶⁷

Öğretide bir kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığının tespiti için gömleğinin kaldırılarak koluna bakılması,⁶⁸ ağzında olan bir şeyin çıkarılması veya ağzında jilet saklanıp saklanmadığının tespiti için ağzına bakılması⁶⁹ halinde bunun sırf bakma şeklinde yapılması ve bedenün yüzeyinde herhangi bir araç kullanılmaması şartıyla yapılan işlemin üst araması olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla beraber, uygulamada özellikle şüphelinin çırılçıplak soyul-

lamak" anlamlarına gelmektedir. Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir faaliyet olduğundan gözle görülen veya açıkta bırakılan şeyler aramanın konusu olamaz.

Arama; kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel kâğıtları, kullandıkları bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tâbi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir. Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir.

Aramaya ilişkin hükümler sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Arama işleminin yapılmasına ilişkin usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yer verildiği üzere 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, 5253 sayılı Dernekler Kanunu, 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede de bu hususta kurallar vazedilmiştir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.01.2019 tarih ve 2016/236 E., 2019/55 K. sayılı kararı, 20.12.2018 tarih ve 2016/1370 E., 2018/666 K. sayılı kararı, 06.12. 2018 tarih ve 2016/638 E., 2018/616 K. sayılı kararı).

⁶⁷ Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s. 706; Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, s.996.

⁶⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1002.

⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s.651.

ması ve cinsel organlarının görülmesinin dış beden muayenesi sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır.⁷⁰ CMK'nın 75/4 maddesine göre, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi sayılmaktadır. Dış beden muayenesi, Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi" olarak tanımlandığına göre, anüs ve cinsel organ üzerinde dışardan gözle yapılacak inceleme dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilebilir mi? Öztürk'e göre,⁷¹ cinsel bölgelerin gerek gözle gerekse tıbbi görüntüleme yöntemleri ile incelenmesi iç beden muayenesi sayılmalıdır. Bu hususta kanunda açıklık bulunmamaktadır.⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iki yıl boyunca her hapisane ziyareti sonrası, anüsün sistematik görsel muayenesi de dâhil hükümlünün vücudunun tamamen muayene edilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesine aykırı bulmuştur.⁷³ Bu nedenle, CMK'nın 75'inci maddesinde, CMK'nın 116'ncı maddesinde belirtilen üst araması ile de tutarlı olacak şekilde açık bir düzenleme yapılmasında fayda umulmaktadır.

Daha önce belirttiğimiz üzere, dış beden muayenesi de ancak tabip tarafından yapılır. Ancak, dış beden muayenesi sayılan girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılabilir. Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz iken, dış beden muayenesi için böyle bir sınırlama mevcut değildir. Bunun haricinde yukarıda iç beden muayenesi için saydığımız koşullar dış beden muayenesi için de geçerli olup dış beden muayenesinin yapılabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etme amacı olmalı, müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalı ve oranlılık ve ikincillik ilkesine uygun davranılmalıdır.

⁷⁰ İpekçioğlu, ss. 24-25; Mahmutoğlu, s.12.

⁷¹ Öztürk/Tezcan/ Erdem/ Sırma/Saygılar/Alan, s.455.

⁷² Cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılmasının iç beden muayenesi sayılması gerektiği hakkında bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.01.2019 tarih ve 2016/236 E., 2019/55 K. sayılı kararı, 20.12.2018 tarih ve 2016/1370 E., 2018/666 K. sayılı kararı, 06.12. 2018 tarih ve 2016/638 E., 2018/616 K. sayılı kararı.

⁷³ Case of Frérot v. France (Application No. 70204/01), 12 June 2007.

IV- DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususu CMK'nın 76, Yönetmeliğin ise 7 ve 8'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, Yönetmeliğin 7'nci maddesinde diğer kişilerin beden muayenesi, 8'nci maddesinde ise diğer kişilerin vücudundan örnek alınması hususu düzenlenmiştir. CMK'nın 76'ncı maddesine bakıldığında ise, diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir.

A-DİĞER KİŞİLER KAVRAMI

CMK'nın 76'ncı maddesinin başlığına bakıldığında başlığın "Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" şeklinde olduğu, madde metninde ise "mağdur" ve "soy bağının araştırılmasına gerek duyulan çocuk" ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Yönetmelikte ise 3'üncü maddede mağdur "suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi" olarak tanımlanmış 7 ve 8'inci maddede ise mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuk dışında "diğer kişiler" ibareleri muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla "diğer kişiler" kavramının kapsamı konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu'na göre, diğer kişiler kavramının içerisine mağdur, çocuk ve diğer kişiler girmektedir,⁷⁴ Centel ve Zafer'e göre diğer kişiler kavramı mağduru da içine alacak şekilde geniş bir kavram olup madde metninde sadece mağdura yer verilmesi isabetsizdir.⁷⁵ Bu hususta Nuhoglu tarafından dikkat çekildiği üzere, cinsel istismar veya cinsel saldırı suçlarında, cinsel saldırı ve istismar fiilleri sonucunda meydana gelen hamileliklerden doğan çocuk üzerinde beden muayenesi yapılması veya vücudundan örnek alınması, ancak "diğer kişiler" kavramının, mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuktan daha geniş bir kavram olduğunun kabul edilmesiyle mümkündür.⁷⁶ Dolayısıyla kanuni düzenlemenin diğer kişi kavramını tereddüde gerek bırakmayacak şekilde açıkça düzenlemesi zorunlu olup "diğer kişiler" kavramının mağdur ve soy

⁷⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.1010.

⁷⁵ Centel/Zafer, 2012, s.274.

⁷⁶ Ayşe Nuhoglu, "Beden Muayenesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, 2006, ss. 323-336, s.331.

bağı araştırılacak çocuktan daha geniş bir kavram olarak anlaşılması gerekmektedir.

Öte yandan mağdur ve diğer kişiler kavramı sadece yaşayan kişileri kapsamakta olup ölümler üzerinde yapılacak muayene ve örnek alınması, CMK'nın 76'ncı maddesi hükmüne tabi olmayıp 86 ve 87'nci maddesinde yer alan adli muayene ve otopsi hükümlerine tabidir.⁷⁷

B- KOŞULLAR

1- Soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etme amacı olmalıdır

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında olduğu gibi diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması, bir suçla ilgili delil elde etme amacıyla yapılabilir. Veri bankası oluşturmak, bilimsel deney yapmak, bekâret kontrolü amacıyla diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK'nın 76'ncı maddesi kapsamında değerlendirilemez.

2- Herhangi bir sınır olmaksızın her suç için bu tedbire başvurulabilir

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının aksine şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınmasında ve çocuğun soy bağının tespitinde yapılacak işlemlerde 2 yıllık hapis cezası sınırı bulunmaktadır.

3- Hâkim veya savcı kararı ya da ilgilinin rızası olmalıdır

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınmasına ve çocuğun soy bağının tespitine Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve

⁷⁷ Kızıllarslan, s.261; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1002; Mahmutoğlu, s.18; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.455; Ünver/Hakeri, s. 280.

elde edilen deliller kullanılamaz (CMK m. 76/1). Bunun haricinde mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemler için karar alınmasına gerek yoktur (CMK m.76/2).

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olması, rızasının serbest iradesine dayanması, rıza göstereceği muayene ve müdahale ile ilgili olarak kişiye muayene veya müdahalenin amaçları, içeriği, muhtemel sonuçları, risk ve yan etkileri konusunda bilgi verilmesi ve bu bilgilendirmenin sonucunda bilgilendirmeye dayalı bir tercihte bulunması gerekir. Bir başka deyişle mağdurun rızasının bilinçli olması veya bilgilendirmeye dayanması gerekmektedir. Bu husus, öğretide “bilinçli rıza” veya “aydınlatılmış onam” olarak kavramlaştırılmaktadır.⁷⁸ Bu bağlamda, çocukların kendi iradeleri ile tıbbi müdahale/tedavi veya muayeneyi kabul etmeye veya reddetmeye ehil olup olmadıkları ve bu konuda geçerli bir karar alıp alamayacakları hususu oldukça tartışmalıdır. Özellikle Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ülkemizce imzalanıp iç hukuk kuralı haline dönüşmesinden sonra konunun önemi daha da artmıştır.⁷⁹ Sözleşmenin 12’nci maddesine göre:

“1) Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari *kovuşturmada* çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

Madde metnine göre, çocuk kendisini etkileyen her konuda, yaşına ve olgunluğuna, zaman içinde gelişen karar verme kapasitesine uygun olarak görüşlerini serbestçe ifade edebilecek, çocukla ilgili alınacak her kararda, bu görüşün dikkate alınması zorunlu olacaktır. Yani çocuk kendisiyle ilgili kararların alınması sürecine aktif bir şekilde katılacak,

⁷⁸ Recep Doğan, “Concept of Informed Consent in the Context of Research with Children and Child Rights”, *Ankara Bar Review*, 2012 (1), 2012, ss.11-24.

⁷⁹ Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, Sözleşmenin onaylanması 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun’la uygun bulunmuş, Sözleşme 27.1.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

kendisiyle ilgili alınacak kararlar üzerinde söz sahibi olacaktır. Çocukla ilgili alınacak her kararda, çocuğun yüksek yararına aykırı olmadığı sürece, çocuğun ifade ettiği görüşe çocuğun yaşına ve olgunluğuna bağlı olarak gereken önem verilerek karar alınacaktır.

Çocukların kendi iradeleri ile tıbbi tedavi, müdahale veya muayeneyi kabul etmeye veya reddetmeye ehil olup olmadıkları ve bu konuda geçerli bir karar alıp alamayacakları hususu ise İngiltere’de aynı zamanda yüksek mahkeme vasfına sahip olan İngiliz Lordlar Kamarası tarafından *Gillick*⁸⁰ vakası olarak bilinen vakaya ilişkin kararda tartışılmıştır. Karara konu olayda Bayan Gillick, 16 yaşından küçük kızına kendisinin rızası olmadan doğum kontrolünde kullanılan hap için reçete yazan doktorun, reşit olmayan ile cinsel ilişkiye yardım suçundan yargılanması gerektiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur. İngiltere’de cinsel ilişkiye rıza yaşı 16 olup, 16 yaşından küçük bir çocuğa doğum kontrol ilacı yazan doktor hakkında verilen *Gillick* kararında, İngiltere’nin en yüksek yargı organı olan Lordlar Kamarası (*The House of Lord*), çocuğun kendisini ilgilendiren herhangi bir tıbbi uygulama, muayene veya müdahale ile ilgili olarak, uygulama ve müdahalenin niteliği, sonuçları ve muhtemel yan etkileri konusunda yeterli idrak ve algılama yeteneğine sahip olması halinde, bu tür uygulama, muayene ve müdahalelere tek başına rıza gösterebileceğine ve katılabileceğine karar vermiştir. Söz konusu kararda, çocuğun kararı ile ailenin kararının çatışması durumunda, çocuğun menfaatleri göz önünde bulundurularak her olayın somut özelliklerine göre bir karar verilmesi gerektiği, çocuğun yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece çocuğun görüşü doğrultusunda işlem yapılabileceği ve bunun da suç teşkil etmediği belirtilmiştir.

Lordlar Kamarası bu kararında ayrıca, çocuğun kendisine önerilen tedavi/müdahale veya muayeneyi tamamıyla anlamasının zorunlu olduğunu belirtmiş ve çocuğun bu hususta yeterli derecede zekâya ve idrak yeteneğine sahip olup olmadığının ortaya çıkarılmasını sağlamak üzere bir testin her vakada uygulanarak bu testin sonuçlarına göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Her ne kadar Lordlar Kamarası kararında “önerilen tedaviyi tamamıyla anlamak” deyiminden ne kastettiğini açıkça belirtmemişse de, karara ilişkin tartışmalar-

⁸⁰ Gillick v. W Norfolk AHA [1985] 3All ER 402.

dan bu deyim in yapılacak bilgilendirme üzerine tedavi veya müdahalenin sonuçlarını ve muhtemel yan etkilerini önceden bilmeyi, tedavi/ müdahalenin başarısız olması veya müdahalenin yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları önceden algılamayı kapsadığı anlaşılmaktadır. Kararda belirtilen olgunluk veya rüşt testi her ne kadar aile planlaması, tıbbi tedavi ve hekimlerin cezai sorumluluğu alanında formüle edilmiş ise de kararda belirtilen test, çocukların tıbbi muayene, araştırma, deney ve müdahalelere kendi iradeleri ile katılıp katılamayacaklarının belirlenmesinde de kıstas olarak kullanılmaktadır.

Dolayısıyla, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine bağlı olarak zaman içinde gelişen bir karar verme kapasitesinin olduğu kabul edilmeli, her somut olayda çocuğun tek başına müdahale veya muayeneye rıza gösterip gösteremeyeceği araştırılmalı, müdahalenin ve muayenenin anlam ve sonuçlarını algılama kapasitesinin bulunduğu karar verilmesi halinde muayene veya müdahale konusunda verdiği kabul veya red kararı yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece uygulanmalıdır. Bu nedenle muayene ve vücuttan örnek alınmasından kaçınılması veya rıza gösterilmesiyle ilgili CMK'nın 76/4 maddesinin iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12' nci maddesine aykırılık teşkil ettiği, madde metninde çocuğun görüşünün alınması ile yetinildiği bu görüş doğrultusunda hareket edilmesinin zorunlu olmadığı görülmektedir.⁸¹

Yetkili makam kararı veya mağdurun bilinçli rızası olmaksızın şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesinin yapılması ve vücutundan örnek alınması TCK'nın genital muayene başlıklı 287'nci maddesi gereğince suç teşkil edebilmekte olup söz konusu madde hükmüne göre: "Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolünür". Bu durum, aynı zamanda hekimlik mesleğinin etik kurallarına da aykırılık teşkil ettiğinden ve haysiyet kırıcı bir muamele olarak değerlendirildiğinden, Türk Tabipler Birliği tarafından da ayrıca ele alınıp düzenlenmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın⁸² 39'uncu

⁸¹ Ayrıntılı tartışma için bkz. Recep Doğan, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuk Ceza Adalet Sistemi: Uluslararası Boyut ve Çocuklara Özgü Hükümler, Ütopya Yayınları, Ankara, 2018, ss. 43-50.

⁸² http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_

maddesine göre “Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.”

Nitekim AİHM’in *Salmanoğlu and Polattaş v. Turkey*⁸³ kararında, iki kadın şüphelinin herhangi bir hukuksal zorunluluk veya gereklilik bulunmamasına ve yazılı rızaları da olmamasına rağmen kollukça yapılan “şüphelilerin bakire olup olmadığı ve yakın zamanda cinsel ilişkide bulunup bulunmadığını gösterir kati doktor raporunun verilmesi” şeklindeki talep üzerine bekâret kontrolüne tabi tutulmasının, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde belirtilen hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı ilkesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

4-Müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalıdır

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalıdır. Bir önceki başlıkta açıkladığımız üzere, bu hususta CMK’nın 76, Yönetmeliğin ise 7 ve 8’inci maddelerinde kullanılan deyimler birbirinden farklıdır. Kanununun 76’ncı maddesinde “kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemek” deyimini kullanılmış iken, Yönetmeliğin 7 ve 8’inci maddesinde “kişinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek” ibarelerine yer verilerek, kanımızca sorumluluğun kapsamı daraltılmıştır. Dolayısıyla bir önceki başlıkta bu hususta yapmış olduğumuz açıklamalar bu başlık için de geçerlidir.

Yine Yönetmeliğin 8/3 maddesine göre, CMK’nın 76’ncı maddesi kapsamında yapılacak “tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir”.

content&id=65&Itemid=31.

⁸³ Case of *Salmanoğlu and Polattaş v. Turkey* (Application no. 15828/03) 17 March 2009, Final, 17.06.2009.

5-Cerrahi bir müdahale söz konusu olmamalıdır

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınabilmesi için muayene veya örnek almak için yapılacak müdahalenin cerrahi bir müdahale olmaması gerekir. Görüldüğü üzere CMK'nın 75'inci maddesinde şüpheli veya sanık için öngörülmeleyen bu şart, CMK'nın 76'ncı maddesine şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınabilmesi için şart olarak eklenmiştir. Hangi hususların cerrahi müdahale olarak değerlendirilmesi gerektiği Kanunda tanımlanmamış olup Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde "cerrahî müdahale: tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar" olarak tanımlanmıştır.

6- Muayene veya örnek almak amacıyla yapılan müdahale hekim veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmalıdır

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınabilmesi için gerekli olan müdahalenin kim tarafından yapılacağı hususunda CMK'nın 76'ncı maddesinde bir hüküm yer almamaktadır. Yönetmelik ise 7 ve 8'inci maddelerinde bu hususu düzenlemiştir. 7'inci madde hükmüne göre şüpheli ve sanık dışında kalan mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. Bu kişilerin vücutundan örnek alınmasına ilişkin müdahaleler ise Yönetmeliğin 8'inci maddesi gereğince tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Yukarıda açıkladığımız üzere örnek almak amacıyla yapılacak müdahaleler, Yönetmeliğin 8/3 maddesi gereğince hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.

Bu başlıkta son olarak kadının muayenesinin söz konusu olduğu hallerde, Kanunun ve Yönetmeliğin müdahaleyi yapacak hekimin cinsiyeti konusunda kadına tercih hakkı verdiğini belirtmek isteriz. CMK'nın 77'nci maddesine göre, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Yine Yönetmeliğin 11'inci maddesine göre "kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte

bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir". Söz konusu tercih hakkı kadının sanık şüpheli veya mağdur olduğu tüm hallerde bir başka deyişle CMK'nın 75 ve 76'ncı maddeleri kapsamında yapılacak tüm müdahaleler de geçerli olup⁸⁴ kadına böyle bir tercih hakkının olduğu hatırlatılmalıdır.⁸⁵

V- TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI VE VÜCUDA MÜDAHALE

Şüpheli veya sanık dışında diğer kişiler *tanıklıktan çekinme sebepleriyle* (CMK m.45, 46, 47, 49) muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınabilir (CMK m.76/4). Bu hakka sahip olan kimselere CMK'nın 45/3 ve 48'inci maddeleri gereğince gerekli bildirim ve bilgilendirme müdahaleden önce mutlaka yapılmalıdır. Bu aynı zamanda yukarıda aktardığımız Anayasanın 38'inci maddesinde yer alan "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmünün de bir gereğidir.

CMK'nın 76/4 maddesine göre "Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz". Yukarıda yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, CMK'nın 76/4 maddesi iç hukuk kuralı haline dönüşen ve bağlayıcı olarak uygulanması gereken Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12'inci maddesine aykırılık içermektedir. Çünkü CMK'nın 76/4 maddesinde çocuğun görüşünün alınması ile yetinilmiş olup bu görüş doğrultusunda hareket edilmesinin zorunlu olmadığı izlenimi verilmiştir. Bununla beraber, 15 yaşını doldurmuş akli melekeleri yerinde olan bir çocuğun tanıklıktan çekinme hallerini gerekçe göstererek muayeneden veya örnek vermektan kaçınma hak-

⁸⁴ CMK'nın 77'nci maddesinin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81d maddesinden esinlendiği ancak söz konusu maddede hem erkek hem de kadınlara hemcinsleri tarafından muayene edilme yönünde tercihte bulunma hakkı verildiği bu nedenle CMK'nın 77'nci maddesinin mevcut halinin cinsiyet ayrımı güttüğü belirtilmektedir (Dursun, s. 2981, 2992).

⁸⁵ Centel/Zafer, s.273, 276.

kını tek başına kullanamaması, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına da aykırıdır. Zira Yargıtay, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde gördüğü için 15 yaşını dolduran çocukların şikâyet hakkını tek başına kullanabilecekleri ve tek başına şikâyetten vazgeçebilecekleri görüşündedir.⁸⁶ Bu durumda eğer sadece kanuni temsilcinin iradesiyle delilin kullanılmasına karar verilirse, şikâyet hakkının da fiili olarak kanuni temsilciye devredilmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Çünkü çocuk şikâyetçi olmasına rağmen kanuni temsilci delilin kullanılmasına izin vermediği için, başka delil yoksa beraat kararı verilecek, çocuğun şikâyetçi olup olmamasının bir önemi kalmayacaktır.⁸⁷

Çocuk adına şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin çekim hakkını kullanması halinde, beden muayenesi veya örnek alma suretiyle elde edilecek delilin kullanılmayacak olması bazı sorunlar yaratmakta, madde metni kötüye kullanmaya izin verebilecek şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Çünkü özellikle aile içinde işlenen cinsel suçlarda, sonradan şüpheli olmaktan çıkan aile üyesi kanuni temsilci, çocuk adına kaçınma hakkını kullanarak delilin kullanılmasına izin vermeyebilir. Baba şüpheli ise anneye baskı yaparak delilin kullanılmasını engelleyebilir veya erkek kardeş şüpheli ise onun mahkûm edileceğini düşünen anne-baba delilin kullanılmasını engelleyebilir ve böylelikle çocuğa tanınan muayene olmaktan veya örnek vermekten kaçınma hakkını kullandırmak suretiyle bu yolla daha önceden temin edilen delillerin kullanılmasını önleyebilir.⁸⁸ Bu şekilde aile içinde işlenen cinsel suçlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması güçleşir. Böyle bir tıkanmanın yaşanmaması için CMK'nın 76/4 maddesinde çocuk ve akıl hastaları için kanuni temsilciye tanınan kaçınma yetkisinin sadece hâkim veya mahkemede olması yönünde doktrinde ileri sürülen

⁸⁶ Yargıtay Genel Kurulu'nun 15.04.1942 tarih ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Nitekim, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 12.5.2014 tarih ve 2013/32195 E., 2014/18534 K. sayılı kararı ile Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 7.5.2015 tarih ve 2013/7341 E., 2015/6190 K. sayılı kararı da aynı yöndedir.

⁸⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1011.

⁸⁸ Mahmutoglu, s.23.

görüşlere iştirak etmekte,⁸⁹ yetkinin kötüye kullanılmasının önlenmesi için böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu düşünmekteyiz.

VI- DEĞERLENDİRME YASAKLARI

CMK'nın 80'inci maddesine göre, 75 ve 76'ncı madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.

Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m.80/2). Bu şekilde, bir yok etme işleminin yapılmaması halinde TCK'nın 136 ve 138'inci maddesinde belirtilen suçlar oluşur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer yönde kararları mevcut olup mahkemenin *S. and Marper v. The United Kingdom* kararında beraat, vazgeçme ya da düşme kararıyla son bulan yargılamalarda, yargılamanın son bulmasına rağmen, bu suçlamalara ilişkin olarak alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin muhafaza edilmeye devam edilmesinin, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8'inci maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁹⁰

Yine CMK'nın 217/2 maddesine göre isnat edilen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispat edilebilir, dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle yapılan beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilen deliller kullanılamaz. Örneğin yetkisiz hâkimin muayene kararı vermesi, suçun ağırlığına ilişkin koşulun gerçekleşmemesi, muayenenin sağlığı tehlikeye sokmasına rağmen yapılması, gecikmesinde sakınca olmadığı halde Cumhuriyet savcısının kararı ile müdahale yapılması, ya da Cumhuriyet savcısının müdahale kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunmaması⁹¹ veya

⁸⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1012; Mahmutoğlu, s.23; Nuhoğlu, s.333.

⁹⁰ *S. and Marper v. The United Kingdom* Applications nos. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008, <https://rm.coe.int/168067d216>

⁹¹ Yargıtay 8. CD.'nin 12.09.2018 tarih ve 2017/10820 E., 2018/9086 K. sayılı kararı Somut olayda, Hatay Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan sanığın uyuştur-

hâkimin kararı yirmidört saat içinde onaylamaması halinde, delil hukuka aykırı yöntemler ile elde edildiğinden hükme esas alınamaz ve ispat vasıtası olarak kullanılamaz.⁹² Nihayetinde alınan örnekler sadece o olay için verilen karar doğrultusunda ve sadece o olayın ispat edilmesi için kullanılabilir (hususilik kuralı). Yetkili makam kararına bağlı olarak belli bir suçun ispatı için vücuttan alınan örneklerin başka bir suçun ispatı için kullanılması gerekiyorsa yeni bir hâkim kararı alınmalıdır.⁹³ Hukuka aykırı delillerin kullanıldığının tespiti halinde, CMK'nın 141'inci maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında, hukuka aykırı koruma tedbiri uygulanması nedeniyle tazminat istenemeyecek olup ilgililerin genel hükümlere göre tazminat ile sorumlu tutulması mümkündür⁹⁴

SONUÇ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, maddi gerçeğe uygun hükmün verilmesi için gerekli olan delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesinin yanında, kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına yönelik bir müdahaleyi de içerdiğinden çok yönlü ola-

cu kullandığı yönündeki duyumlar üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının 30.07.2013 tarih ve 2013/10427 soruşturma numaralı evrakında Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla CMK'nın 75/1. maddesi gereğince sanığın vücutundan idrar örneği alınmasına karar verildiği, ancak kararın yasal sürede hâkim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.

⁹² Centel/Zafer, s.276.

Yargıtay 2. CD.'nin 10.04.2013 tarih ve 2012/21976 E. , 2013/7760 K. sayılı kararı Somut olayda suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hâkim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" ve 5271 sayılı CMK'nın 206/2-a maddesinde yer alan "Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur" biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınmayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

⁹³ Yenisey/Nuhoğlu, s.661.

⁹⁴ Aynı görüş için bkz. Aygün, s.69; Özbek/Doğan /Bacaksız/Tepe, s.456.

rak değerlendirilmesi ve ele alınması gereken bir konudur. Bu bağlamda, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, ceza muhakemesi dışında adli bilimler, kriminoloji, tıp, psikoloji, insan hakları gibi birçok bilim alanının ve disiplininin kapsamına girmektedir. Hal bu olmak birlikte, konuya ilişkin mevzuat incelendiğinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun konuyu salt hukuki açıdan irdelediği, Yönetmeliğin ise kanunun kapsamının dışına çıkarak yeni bazı düzenlemeler getirdiği, gerek kanunun gerekse Yönetmeliğin çok disiplinli bir yaklaşım sergilemekten uzak olduğu görülmektedir.

Gerek beden muayenesi gerekse vücuttan örnek alınması kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturmakta, kişi ve hak özgürlüklerine bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle, bu tür müdahalelerin, Anayasanın 13 ve 17' nci maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenmiş bir hükme dayanılmaksızın sadece Yönetmelik hükümlerine dayanılarak delil elde edilmesi veya Yönetmelik hükümlerinin kanuna aykırı olması durumunda bu delillerin hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelir. Yine yukarıda açıklandığı üzere, hukuka aykırı yöntemlerle yapılan beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilen deliller ise Anayasa'nın 38/6 ve CMK'nın 217/2 maddesine göre kullanılamaz ve ilgililerin genel hükümlere göre tazminat ile sorumlu tutulması sonucunu doğurur. Nihayetinde CMK'nın 289/i maddesi gereğince "hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" hali, kesin bir hukuka aykırılık hali olarak kabul edilmiş olup mutlak bozma sebebidir.

Bu bağlamda, beden muayenesine karar vermeye yetkili makam başta olmak üzere şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin usul ve esasların kanunda düzenlenmemesi, Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde kanuni kapsamda yer almayan "bedenin tıbbi muayenesi" gibi kavramlara yer verilerek kanuni kapsamın dışına çıkılması, müdahale için "kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması" şartı kapsamında Yönetmeliğin 4 ve 5' inci maddelerinde "açıkça" ibaresine yer verilerek kanuni kapsamın ve sorumluluk alanının daraltılması, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören ve Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik ilkesine aykırı bir durum yaratmakta, yasal düzenlemelerdeki bu eksiklikler kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının hukuka aykırı yöntemlerle ihlali şeklinde yorumlanabilmektedir.

Yine gerek Kanun'un gerekse Yönetmeliğin zorunlu hallerde, özellikle şüphelinin çırtlıplak soyulması ve cinsel organlarının görülmesinin dış beden muayenesi sayılıp sayılmayacağı hususunu muğlak bırakması, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek almaya ilişkin olarak "diğer kişiler" kavramını açıklığa kavuşturmamış olması, kanuni şartların gerçekleşmesi ve gerekli bilgilendirmenin yapılmasına rağmen muayeneden ve örnek vermektan kaçınan şüpheli ve sanığa yönelik müdahalelerin sınırları konusunda açık ve ayrıntılı düzenlemeye yer vermemiş olması bu hususlarda yeni bir kanuni düzenleme yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Bununla beraber, sanık dışında diğer kişilerin muayeneden ve örnek vermektan kaçınmasına ilişkin CMK'nın 76/4 maddesinin, iç hukuk kuralı haline dönüşen ve bağlayıcı olarak uygulanması gereken Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12'inci maddesiyle uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, gerekli yasal düzenlemeler yapılarak, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine bağlı olarak zaman içinde gelişen bir karar verme kapasitesinin olduğu kabul edilmeli, her somut olayda çocuğun tek başına müdahale veya muayeneye rıza gösterip gösteremeyeceği araştırılmalı, müdahalenin ve muayenenin anlam ve sonuçlarını algılama kapasitesinin bulunduğuna karar verilmesi halinde muayene veya müdahale konusunda verdiği kabul veya red kararı yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece uygulanmalıdır.

Yine CMK'nın 76/4 maddesinin son cümlesi gereğince, çocuk adına şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcisine tanınan çekinme hakkı, bu hakkın kötüye kullanılmasına neden olabilecek şekilde düzenlendiğinden, CMK'nın 76/4 maddesinde çocuk ve akıl hastaları için kanuni temsilciye tanınan kaçınma yetkisinin sadece hâkim veya mahkeme tarafından kullanılabilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Nihayetinde niteliği itibariyle koruma tedbiri özelliklerini barındıran beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK'nın 141'inci maddesi kapsamında dâhil edilmeli, böylece muayene ve örnek alma suretiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde, hukuka aykırı uygulanan tedbir nedeniyle devletin doğrudan doğruya tazminat yükümlülüğü ile sorumlu tutulması sağlanmalıdır.

Kaynakça

- Apiş Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, c.18. s.1, ss.267-296.
- Aygün Aydın, "Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 8, ss. 49-73.
- Bayzit Tuğba, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2007.
- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- Doğan Recep, "Concept of Informed Consent in the Context of Research with Children and Child Rights", *Ankara Bar Review*, 2012 (1), 2012, ss.11-24.
- Doğan Recep, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuk Ceza Adalet Sistemi: Uluslararası Boyut ve Çocuklara Özgü Hükümler, Ütopya Yayınları, Ankara, 2018.
- Dursun Gizem, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, ss. 2955-2996.
- Eroğlu Fulya, Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.
- Ertuğrul Hüseyin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", *Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C: XII, S: 1-2, s. 687-699.
- Fincancı Şebnem Korur, Yorulmaz A. Coşkun, "Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi", *İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri*, 2006, Sempozyum Dizisi, No.48, Şubat 2006, ss. 142-146.
- Güngör Devrim, Bakşi Okan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", *Adli Bilimler Dergisi*, 2009, Cilt 8, Eylül, ss. 63-71.
- Hot İnci, Mahmutoğlu Fatih Selami, Yorulmaz Coşkun, "Attitudes of the Turkish medical profession and jurists towards new Turkish legislation concerning body examination without consent in Criminal Procedure", *Rom J Leg Med Romanian Society of Legal Medicine*, 17(1), 2009, s.139-146.
- İnci Z. Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe HFD*, 2017, 7(2), s. 119-168.
- İpekçioğlu Pervin Aksoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, Cilt: 70, Sayı:1, ss. 19-38.

- Kılıç Ümmügülüm, Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010.
- Kızılarlan Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulama, Kızılarlan Serisi 1, Ankara, 2007.
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, On Sekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- Mahmutoglu Fatih Selami, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>. s.4. (Erişim Tarihi. 07.11. 2018).
- Nuhoglu Ayşe, "Beden Muayenesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, 2006, ss. 323-336.
- Özbek Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, 2006, ss. 357-406.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Saygılar Yasemin F., Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- Sarsıkoğlu Şenel, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, EÜHFD, 2013, C. 8, S. 2, ss. 693-722.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005.
- Şahin Cumhuriyet, Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- Toroslu Nevzat, "Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin, Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler", 15 Ocak 2000, Bildiri X, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, ss. 323-340. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitap-lar/pdf/until2007/hukukkurultay00-2.pdf>. (Erişim Tarihi, 13.11.2018).
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yenidünya Ahmet Caner, İçer Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu Cilt 1 (1-156), Beta, İstanbul, 2013.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Güncelleştirilmiş 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

KARŞI VEKÂLET ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KATMA DEĞER VERGİSİ KARŞISINDA DURUMU

THE LEGAL FEATURE OF COST AND FEE SHIFTING AND ITS POSITION AGAINST VALUE ADDED TAX

Edanur ŞENYÜZ*

Özet: Avukatlık faaliyeti bakımından vergiyi doğuran olay GV'de tahsil, KDV'de ise hizmetin ifa edilmesidir. Karşı vekâlet ücretinin GV'ye tabi olduğu açık olmakla beraber KDV'ye tabi olup olmadığına ilişkin sorun ücretin bir hizmetin sonucu olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Avukatlık faaliyetlerinde karşı vekâlet ücreti bakımından vergiyi doğuran olayın meydana gelmiş olduğu ortaya konulmadığı sürece KDV'ye tabi tutulamaz.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Avukatlık Ücreti, Mahkemelerce Hükmedilen Avukatlık (Karşı Vekâlet) Ücreti, Yargılama Gideri, Katma Değer Vergisi, Vergiyi Doğuran Olay

Abstract : Taxable events arising out of services provided by attorneys are; collection in terms of Income Tax(IT) and performance of the legal services in terms of Value Added Tax(VAT). While it is clear that the cost and fee shifting will be subject to IT, it is disputable whether VAT would also be applicable. Such controversy mainly depends on whether cost and fee shifting can be categorized as the outcome of performance of a service. Cost and fee shifting arising out of legal services cannot be subject to value added tax as long as it is proven that the taxable event has occurred.

Keywords: Attorney, Solicitor's Fee, Solicitor's fee, Litigation Cost, Value Added Tax, Taxable Event

* Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, av.edanursenyuz@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1463-9054, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.09.2018, Kabul Tarihi: 24.09.2018

GİRİŞ

Avukatlık yargılamada bağımsız savunmayı temsil eden meslektir. Avukatların elde ettikleri karşı vekâlet ücretinin (mahkemelerce hükmedilen) KDV'ye tabi olup olmadığı hususu tartışmalı konulardan biridir. Avukatlık kamu hizmeti ve bir serbest meslek olup avukatların verdikleri hukuki yardım müvekkil (iş sahibi, vekil eden) lehine ve karşı tarafın aleyhine sonuç doğuracak bir niteliğe sahiptir. Bu noktada karşı tarafın lehine sunulan bir hizmetin bulunmaması karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olmasını ortadan kaldıran bir durum ortaya çıkartır.

Özel hukuktaki olgulara vergisel sonuçlar bağlayan hukuki veya maddi sonuç vergiyi doğuran olaydır. Vergiyi doğuran olay vergilendirme sürecinin ön şartı olup sürecin başlangıcını oluşturur.¹ Daha sonra tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamaları gelir. Dolayısıyla, vergiyi doğuran olay (borcun doğumuna sebep olan olay) ile başlayan süreç vergi idaresinin tarh, tahakkuk işlemlerini ifa etmesiyle somut bir vergi borcu ilişkisi haline gelerek tahsil ile nihayete ermektedir.²

Bu makalede avukatların elde ettikleri karşı vekâlet ücretlerinin KDV'ye tabi olup olmadığı hususu, Avukatlık Kanunu (AvK), Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK), Gelir Vergisi Kanunu (GVK), yargı kararları ve idarenin genel düzenleyici işlemlerine göre değerlendirilecektir.

I- AVUKATLIK FAALİYETİ VE BU FAALİYETTEN ELDE EDİLEN GELİRİN NİTELİĞİ

Avukatlık bir kamu hizmeti olmakla birlikte aynı zamanda ücret karşılığında müvekkiline hukuksal yardım hizmeti sunan avukat ile iş sahibi müvekkil arasındaki özel hukuk ilişkisidir. AvK m.2'de avukatlığın amacının "avukatlığın her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların, adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinin ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak" olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede avukatlık sözleşmesinin kapsamına dava

¹ Güneş Yılmaz, Katma Değer Vergisinde Vergiyi Doğuran olay Olarak Teslim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 12.

² Yılmaz, a. g. e., s.18.

ve icra takipleri ile birlikte, hukuki görüş verme, anlaşmalar yapma, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümlerinde yardımcı olma gibi işler de girdiği görülmektedir.³ Kanun'un 35. maddesinde ise yalnız avukatların yapabileceği işlerin kapsamı çizilmiştir.

Avukat iş sahibinin temsilcisi olarak onun hak ve menfaatlerini koruyacağı gibi yargının kurucu unsurlarından biri olarak da hukukun uygulanmasında ve adaletin sağlanmasında yardımcı olur. Uzmanlığa dayalı mesleki faaliyet olması ve hukuki bilgi ve tecrübelerin, adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edilmesi yönüyle hak arama özgürlüğünün önemli bir parçasını oluşturur. Hukukumuzda çeşitli hak arama yolları olmakla birlikte bu yollardan en etkin olanı mahkemeler nezdinde gidilebilecek dava yoludur. Hak arayan ya da hakkını savunan kişilerin kendisini mahkemelerde avukat vasıtasıyla temsil ettirmeleri onların en doğal haklarıdır. Hak arayan ve hakkını savunan kişiler avukatlardan aldıkları hizmetlerle haklarını korur, elde eder ve savunmalarını yaparlar. Avukatın faaliyeti iş sahibine hizmet sunmasıdır.

İktisadi anlamıyla hizmet, maddi görünümünden yoksun olan ve dolayısıyla dokunmanın ve stoklamanın söz konusu olmadığı mülkiyeti el değiştirilemez mallara denir.⁴ Fakat bu sözleşme hükümlerinin, KDV anlamında vergiyi doğuran olaya dayanak teşkil etmesi için somutlaşması ve dış görünüm kazanması gerekir.⁵ Bir sözleşmenin hükümleri hizmetin yapılışı bakımından hukuksal alt yapıyı oluşturur. Makale konusuyla ilgisi nedeniyle "hizmet ve hizmet ifası" kavramlarının KDV bakımından ne anlam taşıdığına açıklanmasında yarar vardır. Hizmet sözlük anlamıyla başkasına "iş yapma" anlamına gelirken, hizmet ifası da "iş görmek" anlamına gelir.⁶ TBK'da iş görmeyi amaçlayan sözleşmeler TBK'da "iş görme sözleşmeleri" başlığı altında hizmet, eser, yayım, vekâlet ilişkileri olarak ele alınmıştır.⁷ Bahsedilen sözleşmelerin konusu iş görme olmakla beraber KDVK m. 4'de

³ Haluk Burcuoğlu, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Bazı Sorunlar" s.75. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2003-49-758>)

⁴ Zeynel Dinler, İktisada Giriş, 19.b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2013, ss.19-20.

⁵ Soydan, a. g. e., s.233.

⁶ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 6.b., Ankara, 1982, s.382.

⁷ Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s s 441-728.

“hizmet” başlığı altında hizmet tanımından çok kanun kapsamında ne anlama geleceği ifade edilmiştir.⁸ Kapsama bakıldığında KDVK m.4/2’de hizmet işlemleri bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etme, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmayı taahhüt etmek gibi işlemler olduğu belirtilmiştir. Kanunda belirli işlemler hizmet sayılmakla birlikte ilgili bendin sonunda “gibi” ifadesine yer verilmesi nedeniyle hizmetlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı verilenlerin örneklendirici olduğu anlaşılmaktadır.⁹ Görüldüğü üzere KDVK’daki hizmet kavramı sadece TBK’daki iş görmeyi konu alan sözleşmelerinden ibaret değildir. KDVK’da hizmet kavramının içeriği genişletilerek TBK’daki iş görmeden farklı olarak kiralama, saklama ve diğerlerini de hizmet kapsamına alınmıştır. KDVK 4. madde metni incelendiğinde oldukça geniş bir hizmet kapsamının oluşturulduğu görülecektir. KDVK’daki maddeler birlikte okunduğunda, Türkiye’de ticari, sınai, zirai ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde devamlılık unsuruna uygun yapılan ve mal teslimi ve mal teslimi sayılan haller ile mal ithalatı dışındaki bütün işlemler hizmet olarak değerlendirilecektir.¹⁰ Hizmet ifası kavramının ardında bir kira, kullanım ödücü (ariyet), eser (istisna) yayın, vekâlet, tellallık, komisyon, acentelik, vekâletsiz iş görme, taşıma, sigorta sözleşmesi vs. gibi TBK kapsamına giren ya da TTK çerçevesinde ele alınan bir özel hukuk sözleşmesi bulunur ve kural olarak hizmetin ifası da bu anlamda, işin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasını ifade eder.¹¹ Bu açıklamalardan TBK’da iş görme ile sınırlandırılan hizmet borcunun KDVK’da iktisadi anlamıyla örtüşen ve geniş bir alanı ifade eden hizmet kavramı üzerine oturduğunu görmekteyiz. Bu nedenle hizmetin dokunulabilir ve stoklanabilir olan dışındaki her faydalı faaliyetin sonucunda ortaya çıkan değer olduğu söylenebilir. Her ne kadar başka hukuk veya bilim dallarında farklı kapsam ve anlam taşısa da vergi hukuku, özel hukuk ilişkilerini kendisine has özellikleriyle ele alır. Bu nedenle bir işlemin hizmet anlamında KDVK’nin konusuna girip girmediğini belirlemek için vergi hukukunun yorum

⁸ Cenker Göker, Katma Değer Vergisinin Konusu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.87.

⁹ Soydan, a. g. e., s.121.

¹⁰ Göker, a. g. e., s.87.

¹¹ Billur Yalıtı Soydan, Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi, Beta Basım Yayıncılık, İstanbul,1998, s.232.

kuralları kullanılmalı ve işlemin niteliği, ismiyle değil, içeriğiyle belirlenmelidir.¹²

Avukatlık faaliyetini yakından ilgilendiren bir iş görmeyi konu alan vekalet sözleşmesi TBK m.502'de " ...vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir...." şeklinde düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi iş görme borcu doğuran bir sözleşme olmasına karşın ücretin vekâletin kanuni ve zorunlu bir unsuru sayılmamıştır. Buna karşın AvK m. 163'de avukatlık sözleşmesinin "belirli bir hukuki yardımın varlığı" ve "belirli bir meblağı yahut değeri kapsaması" zorunlu ve kurucu unsurlar olarak belirtilmiştir. Meblağ kavramı, sözleşmede belirlenmiş para miktarını; değer kavramı ise, dava sonunda elde edilecek olan şeyin belli bir oranını ifade eder.¹³ Avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesi öğeleriyle büyük ölçüde örtüşmekle birlikte avukatlık ücreti bu sözleşmeyi vekâlet sözleşmesinden ayıran en önemli unsurdur. Ücretin sözleşmeden, temülden ya da özel kanun hükmünden doğmasının önemi yoktur.¹⁴

Avukatlık sözleşmesi avukat ile iş sahibi arasındaki hukuksal ilişkinin vekâlet sözleşmesinin özel bir türü olarak kendine özgü (sui generis) niteliğe sahiptir. Bu nedenle, herhangi bir yasa hükmü ile açıkça düzenlenmeyen bir diğer deyişle, tipik olmayan sözleşmeler için kullanılan kendine özgü sözleşme, isimsiz akit, atipik sözleşme gibi nitelendirmelerin, avukatlık sözleşmesi bakımından da kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir.¹⁵

HMK'da yargılamada avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava ikamesine ehil olan; yani taraf ve dava ehliyetine sahip her kimse, davasını bizzat takip etmeye de ehildir (HMK m.50-51). Dava açma ehliyetine sahip olanın kendi davasını açabilir ve işini takip edebilir olması nedeniyle davasını bir vekil ile yürütmesi ihtiyaridir (HMK m.71, AvK m.35/3). Ancak taraf, davasını bir vekil vasıtası ile takip etmek ister ise, bu kişinin baroya kayıtlı bir avukat olması gerekmektedir.¹⁶

¹² Açar, Eller; "Yasal Vekâlet Ücretinin Hukuki Niteliği ve KDV karşısındaki Durumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Yıl 2010, s. 392.

¹³ Burcuoğlu, a. g. e., s.66.

¹⁴ Yavuz, ag. e., s. s.607.

¹⁵ Burcuoğlu, a. g. e., s.50.

¹⁶ Nazlı Gören Ülkü, "Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, Yıl

Avukatın serbest meslek faaliyeti vekâlet ve istisna (eser) sözleşmelerine, ücret geliri ise hizmet akdine dayanır.¹⁷ Mesleki bilgi ve uzmanlığa dayanan içeriğine bağlı olarak gelir elde etme amacıyla icra edilir. Avukatlıkta gelir, ya bağımsız (serbest) ya da iş ilişkisi kapsamında işverene bağlılık arz edecek (AvK m.12/c) şekilde elde edilir. Her ne şekilde sunulursa sunulsun sunulan şey hizmet olup KDVK'daki bir şeyi yapmak ve bir şeyi yapmayı taahhüt etmek işi ile örtüşür.

A-Bağımsız Olarak İfa Edilen Avukatlık Hizmeti

Bir avukatın mesleğini ifa ettiği kişiye karşı serbest şekilde faaliyetini sürdürmesi hali serbest avukatlık olarak nitelendirilir. Serbest avukat kendi iş yerinde bağımsız olarak sürdürdüğü faaliyetleri sonucunda kendi nam ve hesabına kazanç sağlayan kişidir. Avukat elde ettiği **serbest meslek kazancı** üzerinden GV'ye tabi olur. Faaliyet karşılığı olarak hak edilen para ve ayınların GV'ye tâbi tutulabilmesi için tahsil edilmesi şarttır (GVK m.67/1). Tahsil edilmeyen para ve ayınlar için GV söz konusu olmaz.

Serbest meslek faaliyeti KDVK'nın 1'nci maddesinde vergi konusunu teşkil eden işlemler arasında sayılmıştır. Diğer taraftan 10'ncü maddesinde de serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan hizmetlerin vergiyi doğuran olay olarak kabul edilmesi nedeniyle KDV'ye tabi olur. Ancak, KDV bakımından vergi konusuna giren işlemin Türkiye'de yapılması veya hizmetten Türkiye'de yararlanılması şarttır (KDVK m.1 ve 6).

B-Bağımlı Olarak İfa Edilen Avukatlık Hizmeti

Bağımlı olarak sunulan avukatlık hizmetinden avukatın bir kimse- nin yanında onun vergisel yükümlülükleri altında belli bir ücret karşılığı mesleğini icra etmesi anlaşılır.

Bağımlı olarak çalışan avukatların bağlı olduğu birim özel veya kamu tüzel kişileri olabilir. Özel sektörde işverenle avukat arasında özel hukuk kurallarına göre bir hizmet sözleşmesi yapılmakta ve buna bağlı vekâlet verilmektedir.

2010, s.183.

¹⁷ Yusuf Karakoç, Vergi Sorunlarının Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yay, İzmir, 1996, s.188.

Özel sektörde çalışanlar ile kamu kurumunda çalışan avukatlar bakımından temel farklılık kamu kurumunda çalışanların idare hukuku kurallarına göre kamu hizmetine giriş ve statüleriyle ilgilidir. Bu farklılık elde edilen gelirin Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ifadesini bulan ücret olma vasfını değiştirmez. Kamu idare ve kurumlarının memur statüsü kapsamı dışında avukatlarla vekâlet ilişkisi kurması da söz konusudur. Ancak bu durumda avukatın elde ettiği gelir ücret değil, serbest meslek kazancı olarak değerlendirilir.

Ücretli çalışan avukatlar açısından karşı vekâlet ücreti ödeyen kişiye yapılmış bir hizmet olmadığından ücret olarak değerlendirilmez.¹⁸

II- SERBEST AVUKATLIK FAALİYETİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

Avukatlık faaliyetinin bir hizmet niteliğinde olması ve ekonomik bir değer taşıması nedeniyle çeşitli vergilerle bağlantı içinde olması kaçınılmazdır. Mesleki faaliyet sonucu elde edilen gelirin vergi kanunları karşısındaki durumunun tespiti vergi hukukunun konusuna girer.¹⁹ Konu bu açıdan ele alındığında elde edilen geliri konu alan vergi GV, hizmet sunumunu konu alan vergi ise KDV olur.²⁰

A-Gelir Vergisi Bakımından

GVK'nın 65/2. maddesine göre, sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya uzmanlığa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tâbi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması durumunda, avukat, **serbest meslek erbabı** sayılır. Faaliyetin devamlılık arz edecek şekilde yapılması da serbest meslek faaliyeti olmasının esaslı unsurları arasında yer almaktadır. Devamlılık içermeyen örneğin yalnızca birkaç yılda bir veya yılda birkaç kere işyeri açmaksızın, bir kimseye hukuki yardım amacıyla yapılan faaliyetler devamlılık unsurunu taşımadığı için serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilemez. Bu gelirler gelir unsurlarından "diğer

¹⁸ Memduh Aslan, "Karşı Vekâlet Ücretlerinde Katma Değer Vergisi Meselesi", s. 277. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-114-1415>)

¹⁹ Aslan, a. g. e., s.279.

²⁰ Avukatların ilan ve reklam vergisi, damga vergisi ve serbest meslek işletmesine kayıtlı araçları için motorlu taşıtlar vergisi gibi vergileriyle de ilişkisi olmakla birlikte makalede konuyla ilişkili olan GV ve KDV ele alınmıştır.

kazanç ve iratlar” kapsamında GVK m.82’de ifade edilen “arizi serbest meslek kazancı” olarak vergilendirilir. Ancak, avukatlık faaliyetini büro (işyeri) açarak, baronun çalışanlar listesine kayıtlı olarak sürdürmenin işe başlamanın karinesi sayılması faaliyeti arizilikten çıkartıp devamlı hale sokar.

Serbest avukatlar, gelirlerinin safi tutarının tespiti bakımından gerçek hasıllattan (gayrisafi gelir) gerçek giderlerin indirilmesini içeren “gerçek usulde” vergilendirilir.²¹ Bu çerçevede avukatlık faaliyetinde gelirin elde edilmiş sayılması **tahsil esasına** bağlanmıştır (GVK m.67/1). Avukatların mesleki faaliyetlerini icra etmelerine rağmen ücretleri tahsil edememeleri halinde GV bakımından vergiyi doğuran olay meydana gelmiş olmayacağından vergilendirme yapılmaz. Hizmetten yararlananın ticaret erbabı olması durumunda ticari kazançlarda tahakkuk esası geçerli olduğundan avukata gelecekte yapılacak ödeme ticari kazanç için gider yazılır.²²

Avukatlar mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek ve müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir. Serbest meslek makbuzuna yazılacak hususlar arasında müşterinin soyadı, adı veya unvanı ve adresi, vergi dairesi ve hesap numarasının yazılacağı belirtilmiştir (VUK m.237/4). Aksi takdirde duruma göre özel usulsüzlük ve/veya genel usulsüzlük kabahati işlenmiş olur.

Serbest çalışan bir avukat hizmetini GVK m.94’de belirtilen vergi sorumlusu konumunda olan birine hizmet sunması halinde vergi sorumlusu ödediği hizmet bedelinin %20’sini tevkifat (stopaj, kesinti) olarak keser. Tevkif edilen bu tutar, vergi sorumlusu tarafından avukat adına ve hesabına vergi dairesine yatırılır. Avukat söz konusu tevkifatları takvim yılı içinde üçer aylık dönemler itibarıyla gelirleri üzerinden hesaplanan geçici (peşin) vergiden mahsup edebilir (GVK mük.m.120). Geçici vergi dönemleri içinde tevkifatları indirmemeyi tercih etmesi halinde yılsonu hesaplanan GV’den hem ödenen geçici

²¹ Doğan Şenyüz-Mehmet Yüce- Adnan Gerçek, Türk Vergi Sistemi, 15. b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2018.

²² Semih Öz, Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.130.

vergileri hem de tevkifatları ayrı mahsup eder (GVK mük. m. 120/5). Söz konusu vekâlet ücreti ödemesi yapan borçlunun GVK'nın 94'üncü maddesinde sayılan vergi sorumlusu kişilerden olmaması veya herhangi bir sebeple tevkifat yapılmadan icra dairesine ödemede bulunulması halinde, elde edilen serbest meslek kazancı avukat tarafından yıllık beyanname ile beyan edilecektir.²³ Serbest avukat GVK m. 94'e göre "vergi sorumlusu" olması durumunda vergi kanunlarında belirtilen nitelikte yaptığı ödemeler için tevkifat yapmak zorundadır.

B-Katma Değer Vergisi Bakımından

KDV kişilerin mal ve hizmetlere yönelik harcamaları üzerinden alınan dolaylı ve adını verginin matrah yapısından alan bir vergidir.²⁴ KDV, GV'den tamamen farklı olup, GV avukatı vergilendirirken KDV avukatın hizmet sunduğu kişileri (iktisadi mükellefleri) vergilendirmeyi amaçlar. Bu esasa bağlı olarak vergide biri hizmeti sunan kanuni mükellef, diğeri hizmetten yararlanan iktisadi mükellef vardır. KDV bakımından beyan yükümlülüğü hizmeti sunan kanuni mükellef konumundaki avukata aittir. Kanuni mükellef iktisadi mükelleflere yönelik hesapladığı KDV'lerini aynı vergilendirme dönemindeki indirilecek KDV'lerinden düşerek kalanı tarh edilerek vergi dairesine ödemek durumundadır.

1- Serbest Meslek Faaliyeti Kapsamındaki Avukatlığın KDV Karşısındaki Durumu

Serbest avukatlık faaliyeti kapsamındaki hizmet bedellerinin tahsil edilip edilmemesinin KDV'ye tabi olma bakımından önemi yoktur. Hizmetin sunulmasıyla KDV mükellefiyeti doğmakta ve bedeli tahsil edilmemiş olsa bile KDV hesaplanıp vergi dairesine beyan edilmelidir.²⁵

Serbest avukatlık hizmeti KDV'nin konusuna alınmakla birlikte, bu bağın kurulması için **verginin konusu olan hizmet ile verginin mükellefi arasında kanunun aradığı vergiyi doğuran olayın meydana**

²³ İmdat Türkay, "Avukatlık (Vekâlet) Ücretinin Vergilendirilmesi", s.321. (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1207>).

²⁴ Şenyüz vd., a. g.e., s.253.

²⁵ Öz, a.g.e., s.130.

na gelmesi gerekir. KDV açısından serbest meslek faaliyetlerinde vergiyi doğuran olay hizmetin ifa edilmesidir.

GV ile KDV'nin vergiyi doğuran olaylarındaki farklılık vergisel sonuçlar üzerinde de kendini gösterir. Bir gelirin GV'ye tabi olması durumu KDV'ye tabi olmasını gerektirmediği gibi bir hizmetin KDV'ye tabi olması da başkaca elde edilen gelirin GV'ye tabi olmasını gerektirmez.

Avukatlık faaliyeti niteliği itibariyle bölümlere ayrılabilir karakterdedir. Örneğin sunulan hizmet ilk derece, istinaf ve temyiz aşamaları bakımından ayrılabilir ve bölünebilir. Belirtilen kısımların birbirlerinden ayrılması mutadır. Hizmetin bölünebilen kısımlarının her birinin tamamlanmasıyla o kısma isabet eden hizmet ifa edilmiş sayılır ve o ana kadar olan hizmet sunumu KDV'ye tabi tutulur (KDVK m.10/c). Örneğin, vekil edenle ilk derece mahkemesi ve kanun yollarını (istinaf ve temyiz) içeren kesinleşme dâhil bir anlaşma yapılmış olsa bile vergiyi doğuran olay diğer kısımdan bağımsız olarak her bir kısım hizmetin yapılmasıyla meydana gelir (KDVK m. 10/c).

KDV'nin doğması için, hizmetin sunulması şeklindeki genel kural dışında, KDVK m. 10/b' de hizmet sunulmadan bedelinin tahsili ve bu amaçla belge düzenlemesini esas alan istisnai bir hüküm getirilmiştir. Hizmet sunulmamış olsa bile serbest meslek makbuzu vb. verilmesi halinde bu belgelerde gösterilen miktarla sınırlı olmak üzere KDV bakımından vergiyi doğuran olay meydana gelmiş kabul edilir.²⁶ Tahsil edilen paralar için serbest meslek makbuzu değil de tahsilat yapıldığını gösteren başka bir belge verilmesi KDVK m. 10/d kapsamında "benzeri belge" kapsamında değerlendirileceğinden KDV doğmuş sayılır.²⁷ Serbest meslek makbuzunun hizmet ifasının tamamlanmasını takip eden sürelerde düzenlenmiş olması KDV'nin doğuşunu etkilemez.²⁸ Bir başka ifadeyle hizmet sonrası belge düzenlemenin KDVK'daki vergiyi doğuran olayı etkileyen yanı olmaz.

²⁶ Bunun istisnası GVK m.67/4'deki "vergi resim, harç keşif, şahitlik, bilirkişilik ve ekspertiz gibi hususlara harcanmak üzere müşteriden alınan ve tamamen bu hususlara sarf edilen para ve ayınlar kazanç sayılmaz." hükmüyle getirilmiştir. Maddede belirtilen gider karşılıkları bir hizmet değil hizmetin müvekkile ait masrafı olması nedeniyle KDV'ye tabi tutulmayacaktır.

²⁷ Yılmaz, a. g. e., s.66.

²⁸ Soydan, a. g. e., s.236.

KDVK'da vergi sorumluluğu müessesesine istisnai olarak vergi güvenliğinin söz konusu olduğu hallerde yer verilmiştir.²⁹ Sınırlı da olsa avukatın yargı mercileri dışındaki bazı (danışmanlık) hizmetleri KDV tevkifatına tabi tutulmuştur.³⁰

KDV'de vergiyi doğuran olay hizmetin ifasının veya ön ödemenin meydana gelmesi nedeniyle KDV bakımından öncelikle bu durumların tespiti gerekir. Avukatlık sözleşmesi kapsamında müvekkile verdiği mesleki faaliyeti kapsamında KDV'ye tabi olacaktır. Bu noktada herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Avukatın, hizmet karşılığında bir ücret tahsil etmemiş olsa bile ifasını tamamlamasıyla KDV hesaplaması gerekir. Bir başka ifadeyle vekâlet ücreti tahsil edilmemiş ancak mahkeme karar vermişse kararın verildiği ay hizmet ifasının tamamlanmış olması nedeniyle KDV'nin hesaplanıp beyanı gerekir.

Serbest avukatlık hizmetinin KDV'ye tabi olması için; aşağıdaki şartların bir arada sağlanması gereklidir:

i-Hizmetin serbest meslek faaliyeti niteliğine sahip olması: Bu şartın sağlanması GVK m. 65'deki unsurları taşıyan bir faaliyetin var olmasını gerektirir. Avukatlık faaliyetinin sermayeden ziyade şahsi mesaiye dayanması, ticari mahiyette olmaması ve avukatın şahsi sorumluluğu altında kendi nam ve hesabına yapılması nedeniyle serbest meslek faaliyeti niteliğinde olduğu açıktır. Avukatların sunduğu faaliyetlerin stoklanma özelliği bulunmadığından bu faaliyetler hizmet olarak nitelendirilir. Bu nedenle KDV bakımından anılan şart sağlanır.

ii-Sunulan veya yapılan bir hizmetin olması: Avukatlık faaliyetinin

²⁹ Nuri Değer, Açıklamalı ve Uygulamalı Katma Değer Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s.262.

³⁰ Hizmete taraf olan iktisadi mükellef konumundaki (hizmetten yararlananlar) kişiler Maliye Bakanlığınca gerekli görülmesi halinde KDVK m.9 kapsamında vergi sorumlusu olarak KDV kesintisi yaparak ödenmesinden sorumlu tutulabilir. Bakanlık yetkisini Resmi Gazete, 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi gazetede yayınlanan KDV Genel Uygulama Tebliği ile kullanmış olup, avukatlık mesleğini ilgilendiren(2.1.3.2.2 kısmında) ekonomik, mali ve hukuki alanda sunulan danışmanlık, müşavirlik, denetim faaliyetleri tevkifat kapsamına almıştır. Görüldüğü üzere yargı mercileri nezdinde veya yargı kararlarının sonuçları ile ilgili olarak vekâlet akdi çerçevesinde (icra vb.) verilen hizmetler prensip olarak tevkifat kapsamına girmemektedir. Avukatların verdikleri danışmanlık hizmetleri ise tevkifata tabidir. Avukatlarla yapılan sözleşmede avukatlık ve danışmanlık hizmetleri birlikte yer alıyorsa, bu iki unsur ayrı ayrı ücretlendirilmediği takdirde, toplam sözleşme bedeli üzerinden tevkifat uygulanır.

konu olarak KDV kapsamına alınması yeterli değildir. Konu kapsamındaki hizmetin avukat tarafından muhatabına sunulması ifa ve icra edilmesi gerekir. Bu şart yukarıda açıklanmaya çalışılan vergiyi doğuran olayın somut olay bakımından gerçekleşmesinden başka bir şey değildir. Karşı vekâlet ücreti, serbest meslek faaliyeti neticesi elde edilmesi nedeniyle, hangi şekilde olursa olsun, “elde edilmesiyle” GV bakımından vergilendirmeye tabi tutulur. Buna rağmen karşı vekâlet ücretinin gerçek ödeyicisinin hizmetten yararlanması söz konusu olmadığından yaptığı ödeme içinde KDV’ söz konusu olmaz. KDVK m. 20/1’de verginin matrahının bedel olduğu, 20/2’de ise “...kendisine hizmet yapılan ...” kişinin bu işlemler karşılığına ödediği veya borçlandığı para ve para ile temsil edilebilen menfaatler olduğu belirtilmiştir.

Karşı vekâlet ücretinin KDV’ye tabi olup olmadığına ilişkin KDVK’da özel bir vergilendirme usulüne yer verilmiş değildir. Diğer kanunlarda her hangi bir düzenleme yoktur. Bu durumda sorunun KDVK’nın konusu ve vergiyi doğuran olayın varlığını esas alan genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekir. VUK m. 3/A’da; vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceği, lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun hükümleri yorumlanırken vergi hukukundaki “vergiler kanunla konulur”³¹ şeklindeki kanunilik ilkesinin dışına çıkılmasına izin verilmez ve kıyas yapılmaz. Hizmet varlığının dolambaçlı yollardan ortaya konulması çabası vergilemede kanunilik ilkesini zedeler. Herhangi bir tereddütlü durum varsa mükellef bakımından tipiklik meydana gelmediği kabul edilerek vergilendirme yoluna gidilmez. Sunulan bir hizmet yoksa ödenen tutar üzerinden KDV’de söz konusu olmayacaktır.

³¹ Kanunilik ilkesi verginin temel unsurlarının da kanunla düzenlenmesinin vergi alınacak şey (verginin konusu, verginin istisnaları), vergi alacağının doğumu (vergiyi doğuran olay), verginin borçlusu (vergi yükümlüsü, vergi sorumlusu, vergiden muafiyet), vergi alacağının hesaplanmasının ölçütleri (vergi matrahı, vergi oranı, vergiden indirimler), verginin ödenmesi (ödeme süresi ve ödeme şekli) şeklindeki hususları da kapsar. (Anayasa Mahkemesi 15.07.2004 tarih ve E:2003/33, K:2004/101, 06.01.2005, E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararları ile anılan temel unsurlara vurgu yapmıştır).

iii-Hizmetin muhatap bir kişiye sunulması: Serbest meslek faaliyeti belirli bir kişiye karşı yapılır, gelir de serbest meslek faaliyetinin karşılığı olarak elde edilir. Kendisine hizmet verilmesi karşılığında ve hizmet yapılan kişi tarafından ödenmesi gerekmektedir.³² Yapılan ödeme ile verilen hizmet arasında bağ bulunmadığı takdirde KDV kapsamına giren bir işlemde bahsedilemez.³³

Dava kapsamında avukatlık hizmetinin konusu müvekkile yapılacak hukuki yardımdır. Bunun karşılığında hizmetten yararlanan (hizmetin sunulduğu) kişi avukata karşı para veya ayın şeklinde borç altına girmek durumundadır. Nitekim avukatın tahsilatlar için düzenlemek zorunda olduğu serbest meslek makbuzunda müvekkilin³⁴ adının soyadının yer alacağı açıkça belirtilmiştir. (VUK m.236 ve 237/2). Makbuzlarda müvekkile yer verileceği dikkate alındığında avukatlık faaliyetinin belirli bir kişiye sunulmuş olması gereği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Nitekim Danıştay 9. Dairesi E:1992/2549, K:1993/592 sayılı kararında "...yapılan işin hizmet sayılabilmesi için doğrudan doğruya ve münhasıran muhatap için yapılmış olması gerekmektedir..." görüşüne yer vermiştir. Danıştay bu görüşüyle, KDV anlamında bir hizmetten bahsedebilmek için "... işin doğrudan doğruya ve münhasıran muhatap için yapılmış olması" gerektiğini belirterek *doğrudan bağlantı* kavramına yaklaşmıştır.³⁵ Mahkeme kararı uyarınca, karşı taraf avukatına ödenen vekâlet ücreti ödeyen tarafın karşı taraf avukatından aldığı bir hizmetin karşılığı değildir.³⁶ Bu nedenle doğrudan bağlantının kurulduğu söylenemez. Kaldı ki AvK'm. 38/b'ye göre avukatın karşı tarafa hizmet sunması yasaklanmıştır.

*iv-Hizmetin tamamlanmış olması (veya tamamlanmadan önce serbest meslek makbuzu düzenlenmesi):*Bazı hizmetler süreklilik arz eder, bu hizmetler bakımından hizmetin tamamlanmış olması aranır. Avukatlık faaliyeti bakımından hizmetin tamamlandığı an mahkemenin kararını

³² Zihni Kartal, "Karşı Taraf Vekâlet Ücreti KDV'ye Tabi mi?", *Yaklaşım Dergisi* Yıl 20, Sayı 237, s. 298.

³³ Soydan, a. g. e., s.121.

³⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde Müşteri için; Hizmet, mal vb. alan ve karşılığında ücret ödeyen kimse, satın alan, alıcı olarak tanımlanmıştır. (Erişim: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b101f4a145516.17015535)

³⁵ Soydan, a. g. e., s.121.

³⁶ Kartal, a. g. e, s.298.

nihai verdiği andır. Çünkü bu andan itibaren mahkeme son sözünü söylemiş ve davadan elini çekmiştir. Bu duruma gelinceye kadar davanın ne kadar süre aldığıın önemi yoktur.

VUK'm.236'ya göre serbest meslek makbuzu tahsilat anında alınması ve verilmesi zorunlu belgedir. Bu hizmetin tamamlanmasından önce ön ödemeye bağlı serbest meslek makbuzu düzenlenmesi KDV bakımından vergiyi doğuran olay kabul edilmiştir.

2- Arizi Serbest Meslek Faaliyeti Kapsamındaki Avukatlığın KDV Karşısındaki Durumu

Mesleki faaliyetlerin devamlılık arz etmemek üzere yapılması da mümkündür. Bu durumda arizi mesleki faaliyetini mesleki faaliyetten ayıran temel husus yapılan faaliyetin devamlı (mutat) olup olmamasıdır. Devamlılık kavramından ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla beraber, devamlılık daimilik demek değildir. Sağlık, tatil vb. nedenlerle faaliyete ara sıra durması daimiliği zedelerken devamlılığı zedeleyen bir husus değildir. Bir başka ifadeyle serbest meslek işinin yılda birkaç kere tekrarlanmış olması o işin devamlılığı anlamına gelmez.³⁷

Bazı durumların faaliyetin devamlı sayılması noktasında karine oluşturacağı belirtilmektedir.³⁸ Bu durumların varlığı halinde "arizi serbest meslek kazancından değil "serbest meslek kazancından" söz edilir. Avukatların mesleki birliklere kayıtlı olması devamlılığın karnesi olarak kabul edilir. Mesleki teşekküllere kaydolanlardan görevleri veya durumları icabı bilfiil mesleki faaliyette bulunmayacak olanların durumları mesleki faaliyeti icra ettiği yönünde değerlendirilemez.³⁹ Avukatlar AvK m.66'ya göre baro levhasına yazılma yükümlülüğüne tâbi olduklarından devamlılık baroya kayıtlı olmakla sağlanmış olmaktadır. Devamlılık unsurunu taşımayan kazançlar arizi serbest meslek kazancı sayılır ve bu kapsamda GV'ye tabi olur. Arizi serbest meslek kazançları KDV kapsamına alınmamıştır Bu nedenle KDV yönünden vergiye tabi olmazlar. Mesleki birliğe kayıtlı olmadığı halde yasak olarak birliğe dâhilmiş gibi faaliyette bulunanlar yine devam-

³⁷ Mehmet Maç, KDV Uygulaması, Denet Yayıncılık, İstanbul-1993, s.1.17.

³⁸ Recep Kaplan, Vergilendirmede Devamlılık Kriteri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2014. s.109.

³⁹ Kaplan, a.g.e., s.112.

lılık ölçütüne göre değerlendirilip vergilendirilir. Avukat olmadığı halde avukatmış gibi faaliyette bulunan kişi VUK. m.9/2'deki vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasaklanmış olmasının vergi mükellefi sayılmaya engel olmayacağı hükmü karşısında avukat gibi vergilendirilecektir.

III- KARŞI VEKÂLET ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Karşı vekâlet ücretinin KDV karşısındaki durumunu belirlemek için öncelikle niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Zira bu nitelendirme özel hukuk bakımından vergiyi doğuran olayın varlığının değerlendirilmesi açısından önem arz eder.⁴⁰

Avukatlık sözleşmesine, özel kanun olması itibarıyla, öncelikle AvK ilgili hükümleri ve hüküm bulunmayan hallerde TBK'nun vekâlet akdi hükümlerinden başlayarak iş görme akitlerine ilişkin hükümler ile bunlarda da düzenlenmeyen hallerde Avukatlık Meslek Kuralları uygulanır.⁴¹ TBK'da düzenlenen sözleşmelerden, sırasıyla vekâlet, eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin olanları da işin niteliğine uygun düşmek şartı ile avukatlık sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulur.⁴² O halde avukatlık sözleşmesinde, öncelikle özel kanun niteliğindeki Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanacak, burada bir boşluk bulunması durumunda, TBK'nın başta vekâlet sözleşmesi düzenlemesi olmak üzere, eser ve hizmet sözleşmesi düzenlemeleri de uygulanabilecektir.⁴³ Avukatla müvekkil arasında sözleşme kapsamında kararlaştırılan avukatlık ücreti sözleşmeye (vekâlet) dayanan bir gelir olmakla beraber mahkemelerce haksız taraf aleyhine hükmolunan avukatlık (karşı vekâlet) ücretinin niteliği farklıdır.⁴⁴ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu bir kararında karşı vekalet ücretinin, "HUMK

⁴⁰ Aslan, a. g. e., s.278.

⁴¹ Cengiz Topel Çelikoğlu, "Karşı Tarafa Tahmil Edilen Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği", s.1096. (Erişim:<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/CENG%4%B0Z-TOPEL-%C3%87EL%4%B0KO%4%9ELU.pdf>)

⁴² Burcuoğlu, a. g. e., s.50.

⁴³ Burcuoğlu, a. g. e., s.49; Aynı yöndeki görüş için bkz, Yargıtay, İçtihatları Birleştirme Büyük Kurulu, 05.10.2018 tarih ve E:2017/6, K:2018/9 sayılı kararın II/4 kısmı.

⁴⁴ Özgür Biyan, "Avukatların Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu", s.250.

(Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1447>)

hükümlerinin....ait olduğu hakla pek sıkı surette bağlı ve müstakil bir varlığı olmayan fer'i bir hak mahiyetinde olduğu..." demek suretiyle **yargılama gideri** niteliğinde olduğuna karar vermiştir.⁴⁵ Zaten bundan dolayıdır ki, avukatlık ücretinin hiçbir unsurunu taşımamaktadır. Avukatın karşı vekâlet ücreti ve avukatlık ücreti olmak üzere elde ettiği her iki gelir kalemi birbirinden tümüyle farklıdır.⁴⁶ Bu farklılık karşı vekâlet ücretinin normal vekâlet ücretinden farklı vergisel işlem yapılmasının ana sebebini oluşturmaktadır.

A- Avukatlık Kanununa Göre Vekâlet Ücreti

AvK avukatların faaliyetlerini yürütmeleriyle ilgili pek çok kuralı ortaya koymuştur. Bunlardan biri de mesleki faaliyet sonucu elde edilen gelirin niteliği ve kaynağı ile ilgilidir. Kanunun, Avukatlık Ücreti başlıklı 164. maddesinde ücretin niteliği ve esaslarına ilişkin düzenlemelere yer verilerek avukatlık ücreti "avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder" şeklinde belirtilmiştir. Yine vekâlet sözleşmesi yazılı veya sözlü olabilir ibaresiyle sözleşmenin geçerliliği yazılılık şartına bağlanmamıştır.

Avukatlar vekillik hizmeti sonucunda başlıca iki tür gelir elde ederler. Biri avukatla iş sahibi arasındaki sözleşmeden doğan avukatlık ücreti, diğeri yargılama sonunda haklı çıkan taraf yararına tarife hükümlerine göre hükmedilen ve yargılama gideri niteliğinde olan avukatlık ücretidir. Her iki ücretin kaynağı farklı olup, uygulama ve yargısal kararlarda bunlardan ilkinde sözleşmeden doğduğu için "akdi vekâlet ücreti", ikincisine kaynağını kanundan aldığı ve yargılama sonucunda dava ya da takibin karşı tarafından tahsiline karar verildiği için "yasal vekâlet ücreti" bir diğer deyişle "karşı vekâlet ücreti" denilmektedir. Avukatların gerek vekâlet sözleşmesine dayalı olarak elde ettiği ücret, gerekse mahkeme kararıyla karşı taraftan elde ettiği ücret gelir vergisi yönünden serbest meslek kazancı olduğunda kuşku yoktur.⁴⁷

⁴⁵ Yargıtay, İçtihatları Birleştirme Kurulu, 25.05.1959 tarih ve E:1957/4, K:1957/16 sayılı kararı.

⁴⁶ Avukatlık ücreti ile karşı vekalet ücreti arasındaki çeşitli açılardan var olan farklılıklar için hazırlanmış tablo için bkz; Açar, Eller; a. g. e., s.410

⁴⁷ Kartal, a. g. e., s.298.

Müvekkil ile avukat arasında kurulan sözleşmede avukatlık ücreti, Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen sınırlar dâhilinde serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücreti anılan tarifeye göre belirlenir. Avukat ile iş sahibi arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti sübjektif bir nitelik taşıırken, yargılama gideri olarak hükmolunan vekâlet ücreti objektif karakter taşır.⁴⁸

Hukukumuzda, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü bir üçüncü kişiye etkili borç ilişkisi hali vardır ki, burada, borç ilişkisi doğduğu anda üçüncü kişiyi kapsamına almakta, fakat bu üçüncü kişi, borç ilişkisinin bir tarafını taraf olmaktan çıkararak onun yerine geçmemektedir.⁴⁹ Sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edim kararlaştırılır. Bu durum avukatlık sözleşmesi için de geçerlidir. Bir kişi başka biri lehine avukatlık sözleşmesi yapabilir. Avukatlık sözleşmesine yalnızca, olmazsa olmaz öğelerinden birini oluşturan ücret açısından yaklaşıldığında, bir kimsenin, avukatın başkasına vereceği bir hizmetin karşılığı olan bedeli üstlenmesinde, herhangi bir sorun görülmemektedir. Buna karşılık, avukatın, sözleşme ile üstlendiği dava ve takip işlerini yürütebilmesi için, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişinin buna evet demesi gerekli olacaktır.⁵⁰ Üçüncü kişi yararına avukatlık sözleşmesinin hayata geçmesi ise yararına sözleşme yapılan kişinin vekâlet vermesine ihtiyaç gösterir. Bu sözleşme kapsamında KDV bakımından muhatap kim olacaktır. TBK m.129'a göre yapılan sözleşmede hizmetten faydalanan sözleşmeyi yapan taraf mı yoksa yararına yapılan taraf mı? Çünkü hizmetin sunumu ve hizmetin muhatabının kim olduğu KDV bakımından önemlidir. Örnekleme gerekirse avukat (A), sözleşmesinin tarafı (T), sözleşme yararına yapılan kişi ve aynı zamanda müvekkil (Y) olsun. (A) hukuki yardımda bulunma bakımından (T)ve (Y)'ye karşı sorumludur. (A) sözleşmeye dayanan vekâlet ücretini sözleşmenin tarafı olan (T)'den talep edebilecek⁵¹ ve serbest meslek makbuzunu da KDV'li olarak (T)

⁴⁸ Açar, Eller; a. g. e., s.399.

⁴⁹ Burcuoğlu, a. g. e., s.75.

⁵⁰ Burcuoğlu, a. g. e., s.76.

⁵¹ Yarg. 13. HD. 05.03.1991 tarih. ve E: 7910, K: 2429sayılı kararı; Yarg. 13. HD. 09.01.1979 tarih ve E: 2736, K: 68. (kararların aktarılması, Burcuoğlu, a. g. e. s.76-77).

adına düzenleyecektir. Çünkü avukatlık sözleşmesi (T) ile (A) arasında akdedilmiştir. (T)'den vekâlet ücreti tahsil edilmese bile hizmet tamamlandığında KDV doğmuş olur. Dava aleyhe sonuçlandığında karşı vekâlet ücretinin yargılama gideri zımında (Y)'ye yüklenmesi gerekecektir. Çünkü karşı vekâlet ilişkisinde (Ş) yoktur. Ancak, (Y) nin ödemek durumunda olduğu karşı vekâlet ücreti için iç ilişki kapsamında (T)'ye başvurmasına bir engel yoktur.

1- Sözleşmesel Vekâlet Ücreti

Avukatlık sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak karşılıklı edimleri içerir. Bu nedenle sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağı AVK'nın 164'ncü maddesine göre avukatın hukuki yardımının karşılığı olarak avukata ödenir. İşin sonucunun taahhüt edilmesi söz konusu olmamakla beraber, avukat karşılıksız hukuki yardımda bulunamaz.⁵²

Ücret iş başında, iş sahibi konumundaki avukatla müvekkil arasında vekâlet sözleşmesi kapsamında özgür iradeleriyle serbestçe belirlenmektedir. Belirlenen ücret Bununla birlikte bu ücret avukatlık asgari ücret tarifesinde gösterilen tutarlardan daha düşük belirlenemez (Av. K m.164/2 ve 3). Vekâlet ücreti davanın kabulü veya reddi önemli olmaksızın müvekkilden tahsil edilmek durumundadır. Bu gelirler serbest meslek faaliyeti çerçevesinde müvekkile sunulan bir hizmetin karşılığı olması nedeniyle de KDV'ye tabi olur. Hizmetin sunulmasının tamamlanması koşuluyla hizmet karşılığı olan bedel tahsil edilme de KDV doğacak ve tamamlandığı ay itibarıyla hesaplanan KDV olarak beyannamede gösterilecektir.

2- Karşı Vekâlet Ücreti

Avukatın gelirin ikinci türü AvK'nın 164. maddesinin son fıkrasında ifadesini bulan karşı vekâlet ücretidir. Kanun'da karşı vekâlet ücretine ilişkin "*dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücreti avukata aittir*" denmiştir.⁵³ Bu ücretinin her-

⁵² Açar, Eller, a.g.e., s.393.

⁵³ Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı savı ile iptali istemi ile itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmüş, Anayasa mahkemesi 03.03.2004 tarih

hangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın avukata ait olacağı (aksine sözleşme yapılamayacağı) kuralı benimsenmiştir.⁵⁴

Karşı vekâlet ücreti vekil ile müvekkil arasında karşılaştırılan avukatlık ücreti değildir. Bunun hiçbir unsurunu taşımaz. Karşı vekâlet ücret borcu sözleşmeden doğmamaktadır. Borçlusu davada haklı taraf değil davada haksız çıkan taraf olup, bir hizmetin karşılığında alınmamaktadır.⁵⁵ Karşı vekâlet ücreti kanun hükmü gereği ortaya çıkan “kanundan doğan tazminat” niteliğinde bir gelir olup, sonuçta nitelikçe tazminattır.⁵⁶ Bu açıdan, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmili yerine, “avukatlık ücret masrafı” tahmilinden söz etmek daha doğrudur.⁵⁷ Karşı vekâlet ücreti bir sözleşmeye dayanmadığından sözleşmeyle belirlenen özel borç miktarından da söz edilemez. Bir başka ifadeyle karşı vekâlet ücreti özel hukuka ilişkin olarak mahkeme kararıyla tespit edilmiş dava konusu olan bir alacak niteliğinde değildir.⁵⁸

Karşı vekâlet ücretinden doğan sorumluluk kusur sorumluluğu değildir. Hükmedilebilmesi için bir tarafın davada haklı çıkması gerekli ve yeterlidir.⁵⁹ Davada avukatla temsil söz konusu değilse karşı vekâlet ücretine hükmedilmez. Karşı vekâlet ücretinin borçlusu avukatın müvekkili değil, davada kendini avukatla temsil ettirsin veya ettirmesin dava aleyhine sonuçlanan karşı tarafın bizzat kendisidir.

ve E: 2004/8, K:2004/28 sayılı kararlarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Mahkeme anılan kararında gerekçe olarak “.....İtiraz konusu kural ile dava sonunda taraf olarak tarafına dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar arasında ücret karşılaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyumsuzluklarına engel olma amacı güdülmüştür. Vekalet ücretinin davayı takip eden avukata ait olduğu yasal güvence altına alınmış olsa da, bu durum avukatlık ücretinin vekil ile müvekkil arasındaki bir iç sorun olma niteliğini ve avukatlık ücretinin kişisel hak olma özelliğini değiştirmemektedir..... Avukatla yapılacak sözleşmede ücret karşılaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözletilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından ya da itiraz konusu kuralın adalet anlayışına aykırı olduğundan söz edilemez” görüşüne yer vermiştir.

54 Mehmet Şimşek; “Yargı Organları Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, Aralık 2015; Sayı 6, s.557.

(Erişim: <http://www.uyumsuzluk.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/01-12->

55 Ağar, Eller, a. g. e., s.406.

56 Çelikoğlu, a. g. e., s. 1132.

57 Çelikoğlu, a. g. e., s. 1132.

58 Kartal, a. g. e., s.298.; Ağar, Eller; a. g. e., s.399.

59 Ağar, Eller; a. g. e., s.398.

AvK m. 165’de “İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre açılan bir davada taraflar sulh olmuş veya davayı takipsiz bırakmışlarsa karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretinin kapsamının ne olacağı konusundaki hukuk daireleri arasındaki görüş farklılığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun “taraflardan her biri mahkemece hükmedilecek ve karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretinden müteselsil borçlu olarak sorumlu olacak, ancak tarafların kendi müvekkilleriyle yaptıkları avukatlık sözleşmesi kapsamındaki ücret nedeniyle sorumlu tutulmayacaktır” şeklindeki kararıyla çözüme kavuşmuştur.⁶⁰ Karşı vekâlet ücretinden avukatın kendi müvekkilinin de müteselsil borçlu olarak sorumlu tutulması borca ilişkin hukuksal statüyü değiştirmektedir. Sulh olma durumunda karşı vekâlet ücretini ücretin kanuni borçlusu olarak kendi müvekkilinden tahsil ettiğinde avukat GV’ye tabi olur. Ancak karşı tarafa ve kendi müvekkiline sunulan bir hizmet bulunmaması nedeniyle KDV’ye tâbi olmaz. Ödeyenin GVK m.94’e göre vergi sorumlusu olması halinde GV tevkifatı yapılacağı tabiidir.

AvK’nın 164/son fıkrasında yer alan “Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek “...vekâlet ücreti avukata aittir” demesi karşı vekâlet ücretinin avukat bakımından konumunu göstermekte *Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*” şeklindeki hükmü ücrete sağlanan güvenceyi göstermektedir.

Avukatla müvekkil arasındaki vekâlet ücreti taraflar arsında serbestçe belirlenirken, karşı vekâlet ücreti HMK uyarınca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve miktarını hâkim tayin eder. Bu

⁶⁰ . Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun, 05.10.2018 tarih ve E: 2017/6,K:2018/9 nolu kararı. (Avukatlık Kanunu’nun 165. maddesinde düzenlenen “ücret dolayısıyla müteselsil sorumluluk” hâllerinden olan “sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde” karşı tarafın avukatı lehine her iki tarafın müteselsil olarak ödenmesinden sorumlu olacağı avukatlık ücreti kapsamına avukat ile iş sahibi arasında yapılan avukatlık ücret sözleşmesine göre avukata ödenmesi gereken akdi vekâlet ücreti dâhil değildir).

takdirde hâkim, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmede belirlenen tutarı dikkate almaz. Bir başka ifadeyle avukat ile müvekkili arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti, yargılama gideri olarak davayı kaybeden tarafa yüklenen vekâlet ücretine etki etmez.⁶¹ Tarife Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından “Tebliğ” şeklinde, her yıl için geçerli olmak üzere yıldan yıla yayınlanır.⁶² Tarifenin amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde “...ayrıca kanun gereği mahkemelerce karşı tarafa yükletilmesi gereken avukatlık ücretinin tayin ve takdirinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve bu Tarife hükümleri uygulanır.” denmiş ve 21. maddesinde “avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan” tarifenin esas alınacağı belirtilmiştir. Karşı vekâlet ücretinin hesaplanması bakımından serbest çalışan avukatlar ile ücretli veya kamuda istihdam edilen avukatlar açısından bir ayırım gözetilmediği gibi muafiyet düzenlemesi de yoktur.⁶³

Karşı vekâlet ücretlerinde KDV sorunu avukatlık asgari ücret tarifesi ile başlamıştır.⁶⁴ Daha önceki yıllarda olmamasına karşın 2003 yılına ilişkin tarifede⁶⁵tarifedeki ücretlere “...Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir” hükmü vergide kanunilik ilkesinin zedelenmesi açısından tartışmalar başlamış ve yoğunlaşarak devam etmiştir.⁶⁶ Kanunun vergi yükü getirilmediği durumda, amacı ücret belirlemesi olan bir tarifeye “KDV hesaplanıp ayrıca ilave edilecektir” şeklindeki düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırılık arz eder.⁶⁷ Her ne kadar KDV’ye ilişkin sorun Yargıtay kararları ışığında bir ölçüde çözümlenmiş görünse de hukuki bakımdan tartışma hala devam etmektedir.⁶⁸

⁶¹ Biyan, a. g. e., s.250.

⁶² Resmi Gazete, 30 Aralık 2017, Sayı 30286.

⁶³ Aslan, a.g. e., s.280.

⁶⁴ Aslan, a.g.e., s.276.

⁶⁵ Resmi Gazete 28.11.2002, Sayı 24950.

⁶⁶ Tarifedeki ücretlerden KDV’nin dışarıda olduğuna işaret edilmesi Avukatların gelirini artırmayı amaçlarken, tarifedeki ücretlerin KDV dahil olacağına ilişkin KDVK m. 20/4’deki “Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler Tarife ve ... KDV dahil edilerek tespit olunur KDV ayrıca müşteriye intikal ettirilmez” hükmü kapsamında ücretlerin KDV dâhil olduğu dikkate alındığında net ücretlerin azalması sonucunu doğurmuştur.

⁶⁷ Aslan, a. g.e., s.281.

⁶⁸ Açar, Eller; a. g. e., s. s.389.

a. Karşı Vekâlet Ücretinin Avukat Lehine Doğduğu Görüşü

Karşı vekâlet ücretinin borçlusu dava aleyhine sonuçlanan taraf alacaklısı ise avukattır. AvK'nın 164. maddesinin son fıkrasındaki "aittir" kavramı anılan ücretin avukat üzerine doğduğunu ortaya koyan bir kesinlik içermektedir. Bu düzenleme karşı vekâlet ücreti üzerindeki hakkın avukata ait olduğunu doğrudan avukat üzerine doğduğu bunu üzerinde başka bir kişinin tasarrufta bulunamayacağını gösterir. AvK m. 164/5 hükmü doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında benimsendiği üzere avukat-müvekkil ilişkisine ilişkin bir maddi hukuk normudur.⁶⁹

Karşı vekâlet ücretinin davanın tarafı olan müvekkile ait olacağına dair avukatla yapılacak bir sözleşme hükmünün geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.⁷⁰ AvK'daki "...avukata aittir..." hükmünün emredici hüküm olduğu anlaşılmaktadır.⁷¹ Maddenin her hangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın düzenlemiş olması yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda olduğunu göstermektedir.⁷² Bu noktadan hareketle avukatın öncelikle kendi üzerine doğan hakkını başkasına devretmesine sınırlama getiren bir kuralın da bulunmadığı görülmektedir. AvK m. 164/5 hükmü uyarınca da, lehine karar verilen tarafça tahsil edilecek avukatlık ücretinin vekil avukata verileceği kabul edilmektedir.⁷³ Avukatlık sözleşmesinde "Mahkemece takdir edilecek

⁶⁹ Çelikoğlu, a. g. e., s.1132.

⁷⁰ Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının 02.05.2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki hali; "Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir." şeklinde olup avukatla müvekkil arasında yapılacak bir anlaşmayla karşı vekâlet ücretinin müvekkile ait olabilmesi mümkündür. Fıkra "dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir" şeklindeki yapılan değişikliğin bu konuda kanun hükmü aksine anlaşma yapılması imkânını ortadan kaldırdığı ve karşı vekâlet ücretinin müvekkile ait olacağı şeklinde sözleşmeye hüküm konulmasını kısıtlandığı ve sonuç olarak da karşı vekâlet ücretinin avukata ait olacağını kesin bir biçimde düzenlediği anlaşılmaktadır.

⁷¹ Açar, Eller, a. g. e., s. 400; Karşı görüş için bkz, Çelikoğlu, "Karşı..." s. 1131; (Av.K m. 164/5 hükmünün emredici olup olmadığı tartışmaları bakımından belirtmek gerekir ki, bu tartışma hükmün lafzi yorum temelinde anlamlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu Kanun hükmü esasen taraf ve avukat arasındaki avukatlık sözleşmesi çerçevesinde müvekkilin avukata olan ücret borcunun ifasını teminat altına almaya matuf bir düzenlemedir; dolayısıyla, bu hüküm tahmilli ücretin sözleşmeden bağımsız olarak her hâlikârda avukata verilmesini de gerektirmez).

⁷² Şimşek;" a.g.e., s.554.

⁷³ Çelikoğlu, a. g. e., s. 1127.

vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacaktır.” hükmüne yer verilmiş olması halinde dahi bu hüküm sonuç doğurmayacak ve AvK’nın 163/2 nedeniyle, avukatlık sözleşmesinin kalan kısmı bu geçersizlikten etkilenmeyecektir.⁷⁴

AvK m.164/son fıkrasının ikinci cümlesindeki *“bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez”* şeklindeki hüküm ilk bakışta karşı vekâlet ücreti üzerinde müvekkilin bir tasarruf hakkının olup olmadığı konusunda tereddüt hâsıl edecek karakterdedir. Yasa koyucu, bu hükümde iş sahibinin, mahkemece hükmolunacak vekâlet ücreti ile her türlü ilgisini açık biçimde koparmayı düşünmüştür.⁷⁵ Anılan hüküm karşı vekâlet ücretinin müvekkil ile karşı taraf arasındaki takas veya mahsup hakkı doğuran ilişkilerden etkilenmeyeceğini göstermesi yanında ücret üzerindeki hakların avukata ait olduğunu göstermektedir. Karşı vekâlet ücreti üzerinde müvekkilin doğrudan hak sahibi kabul edilmemesi o alaktan vazgeçmesini de engeller. Karşı vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacağı geçerli olarak kararlaştırılabilir mi? Bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceğini, haczedilemeyeceğini öngören son cümlesi dikkate alındığında, bu soruya olumsuz yanıt verilmesi daha doğru olur.⁷⁶

Davayı kaybedenin müvekkile ödemek durumunda olduğu karşı vekâlet ücretinin müvekkil tarafından avukatlık sözleşmesi kapsamında yapılan bir ödeme olarak kabulüne imkân yoktur. Avukatlık sözleşmesinde ne müvekkille ne de karşı taraf arasında karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet ilişkisi vardır. Karşı vekâlet ücreti bakımından avukatla müvekkil, müvekkil ile de karşı taraf arasında kanundan doğan bir ilişki bulunur. Avukatla müvekkil arasında bir sözleşme kapsamında kararlaştırılan avukatlık ücreti ile mahkemelerce haksız çıkan taraf aleyhine hükmolunan avukatlık ücreti farklı niteliğe sahiptir.⁷⁷

Karşı vekâlet ücretinin avukata ait olacağını hükmüyle iki noktaya açıklık getirilmesi amaçlanmıştır. Bunlardan ilki borcun kaynağının yargılama gideri sayılan vekâlet ücreti olduğu, ikincisi borcun alacak-

⁷⁴ Burcuoğlu, a. g. e., s.69.

⁷⁵ Burcuoğlu, a. g. e., s. 69.

⁷⁶ Burcuoğlu, a. g. e., s.69.

⁷⁷ Biyan, a. g. e., s. 250.

lısı olarak avukatın gösterilmesidir. Kanun koyucu bu değişiklikle aslında borcun kaynağını değiştirmemiştir. Sadece davada haklı çıkan tarafa ait olması gereken bir yargılama gideri kaleminin avukata ait olacağını belirtmiştir.⁷⁸

Karşı vekâlet ücretinin avukat lehine doğduğunun kabulü durumunda KDV bakımından değerlendirme yapılırsa avukatın davayı kaybedene bir hizmet sunması söz konusu olmaması ve dolayısıyla vergiyi doğuran olayın yokluğu nedeniyle karşı vekâlet ücreti üzerinden KDV hesaplanmaz. Ancak, avukatın elde ettiği karşı vekâlet ücreti tahsil edildiğinde avukat bakımından GV'sinin doğacağı açıktır.

Karşı vekâlet ücretinin avukata yapılması söz konusu olursa dava aleyhine sonuçlanan tarafın Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesi uyarınca vergi sorumlusu olması halinde %20 nispetinde gelir vergisi tevkifatı yapması gerekir.⁷⁹ Avukatlık ücret tarifesine göre ödenecek avukatlık ücretinden GV tevkifatının yapılması gerektiği durumlarda, ücretten öncelikle iç yüzde yoluyla KDV'nin indirilmesi GV tevkifatının ise kalan tutar üzerinden yapılması gerekir.⁸⁰ Bir başka ifadeyle KDV, GV tevkifat matrahına değil, GV tevkifatı KDV matrahı dâhil olur. KDVK m. 24/b'de "vergi resim harç, payı fon karşılığı gibi unsurların KDV'ye dâhil olduğu hükme bağlanmıştır.

Karşı vekâlet ücretinin avukata ait ve KDV'ye tabi olacağının kabulü halinde -tahsil edilmemiş veya edilemeyecek olsa bile- davaya ilişkin nihai kararının verildiği an itibarıyla KDV doğmuş olduğundan avukatın o dönem KDV hesaplayıp beyan etmesi gerekir. Görüldüğü üzere karşı vekâlet ücreti tahsil edilmedikçe GV söz konusu olmayacak, ancak KDV hesaplanacaktır. Bunun sebebi her iki vergi bakımından vergiyi doğuran olayın farklı esaslara bağlanmış olmasındandır.

B. Karşı Vekâlet Ücretinin Müvekkil Lehine Doğduğu Görüşü

AvK m.164/son fıkrasının 2. cümlesindeki "bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" ifadesin-

⁷⁸ Açar, Eller; a. g. e., s. 400.

⁷⁹ Türkay, a. g. e., s.320.

⁸⁰ Coşkun Aras, Y. Ziya Usta; "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine Göre Yapılacak Vekâlet Ücret Ödemelerinde Ayrıca KDV Uygulanmayacağı", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:14, Sayı 162, s. 133.

deki “iş sahibi” kavramı borç ilişkisinin alacaklı tarafının müvekkil olduğu yorumu yapmaya müsaittir. Müvekkil mahkemeye karar altına alınan karşı vekâlet ücreti dışındaki hakları elde edip etmemekte serbest olmakla beraber karşı vekâlet ücreti bakımından kendisine aynı imkân sağlanmamıştır. Davada haklı çıkan tarafın alacak hakkının yasama siyaseti ile alacağın kanundan doğan temlik ile avukata intikal etmesinin sonucudur.⁸¹ Temlik gerçekleştiği andan itibaren alacaklının alacak üzerindeki hakkı temlik alana geçer. Gerçekleşen temlikle müvekkil bir bakıma karşı vekâlet ücretinin tahsili bakımından avukatın aracısı konumuna gelmektedir. Adeta avukata ait olan yargılama gideri olarak kararlaştırılan ücret müvekkil tarafından tahsil edilmekte sonra avukata aktarılmaktadır. Dolayısıyla karşı vekâlet ücretine ulaşırken avukatın müvekkiliyle kurduğu ilişki *ara işlem*dir. Avukat tarafından müvekkile düzenlenen belge de ara işlemi gösteren belge olmak durumundadır. Ekonomik sonuç olarak karşı vekâlet ücreti sözleşmeyle kararlaştırılan avukatlık ücretine ek olarak müvekkilce tahsil olunup avukata verilmesi ya da avukatça vekâleten tahsil olunmak durumundadır.

Avukatın karşı vekâlet ücreti için müvekkile yönelen ve doğrudan doğruya müvekkile verdiği bir hizmetten bahsedilemez. Ortada bir hizmet olmayınca alınan bedelin de hizmetle doğrudan bağlantısının bulunduğu⁸² ve KDV’ye tabi olacağı söylenemez.

Karşı vekâlet ücretinin avukatla arasında ilişkisi fer’i derecededir. Müvekkil karşı vekil ücretini tahsil yoluna gitmediği durumda karşı vekâlet ücretinin avukat için hiçbir anlamı kalmaz. Karşı vekâlet ücretinin müvekkile ait olduğu kabul edildiğinde müvekkil karşı vekâlet ücretini tahsil için harekete geçmediğinde avukat ne yapabilecek ve Kanunla kendisine ait olduğu belirtilen bu ücreti kimden tahsil edecektir? Karşı vekâlet ücretinin kaynağı avukatın müvekkiline hizmet ifasından doğmuş olsa idi, davada haksız çıkan taraf ödemekten imtina ettiğinde, avukatın müvekkilinden bu ücretin kendisine ödenmesini talep etme hakkı olur idi.⁸³ Bunun mümkün olmamasının sebebinin, alacağın hizmet ifasından kaynaklanması değil, bir anlamıyla kanuni

⁸¹ Ağar, Eller; a. g. e., s.411.

⁸² Soydan, a. g. e., s.123.

⁸³ Ağar, Eller, a.g.e.,s. 411.

temlik olduğu ileri sürülebilir. TBK'nın 191/2 maddesi uyarınca kanuni temlikte önceki alacaklının garanti yükümlülüğü bulunmaz. Bu nedenle de avukatın temlik eden müvekkilden talep hakkı doğmaz.

GV ve KDV bakımından değerlendirildiğinde, dava müvekkilin ticari ve zirai faaliyetiyle ilgili olması durumunda karşı vekâlet ücreti müvekkilin durumuna göre gelir veya kurumlar vergisi bakımından gelir sayılır. Müvekkilin avukata ödeme sırasında da tevkifat yükümlülüğü ortaya çıkar.

KDV bakımından avukatın ve/veya müvekkilin davayı kaybedene bir hizmet sunması söz konusu değildir. Bu nedenle tahsil edilip edilmemesi önemli olmaksızın karşı vekâlet ücreti üzerinden KDV doğmaz. Avukat tarafından müvekkile sunulan bir hizmetin varlığı bir an için kabul edilse bile karşı vekâlet ücreti tahsil edilmediğinde de davaya ilişkin kararın verilmesiyle KDV'nin doğduğunun kabulü ve ilgili dönem KDV'sinin hesaplanarak avukat tarafından beyan edilmesi gerekecektir.

B-Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Karşı Vekâlet Ücreti⁸⁴

HMK'm.323' de yargılama giderleri sayma yoluyla belirtilmiş olup (ğ) bendinde "... Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olu-

⁸⁴ Şimşek, eserinin 559. sayfasında; "karşı vekâlet ücretini davayı kazananın olabileceğince dava açılmadan önceki eski haline iadesini sağlamak amacı dikkate alındığında müvekkile ait olmasını "Ancak bu haklarını gereği gibi kullanabilmeleri için, dava sonunda haklı çıkan tarafın, diğer yargılama giderlerini geri aldığı gibi, kendisini temsil eden avukatına ödemediği avukatlık ücretinin tamamını veya belli bir kısmını geri alabilmesi gerekmektedir. Ödediği avukatlık ücretini geri alamaması halinde ilgili kişi bir tercihte bulunacak ve ya dava açmayacak ya da kendisini avukatla temsil ettirmeyecektir. Kendisine karşı dava açılan kişinin ise böyle bir tercih hakkı da bulunmayıp, kendisini avukatla temsil ettirmek konusunda bir karar vermesi gerekecektir. Görüldüğü gibi, yargı organlarıncâ hükmedilen vekâlet ücretinin tarafa ait olması gerekmektedir. Aksi durum, hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu gibi, gerek bir davada haklı çıkan kişinin maddi kayıplarının tam olarak giderilememesi, gerekse haksız çıkan tarafca, aralarında hiçbir ilişki olmadığı halde karşı tarafın avukatına belli bir tutarda para ödemesi nedeniyle, hem davayı kazanan ve hem de kaybedenin mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir." görüşünü savunmakta ve karşı vekâlet ücretinin avukata ait olmasına dair kuralın (AvK m.164/5) hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği görüşünü desteklemektedir. Karşı taraf aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin hem yargılama gideri olarak kabul edilmesi, hem de bu paranın bu yargılama giderini yapması asla mümkün olmayan avukata ait olduğunun kabul edilmesi büyük bir çelişkidir" görüşünü de ileri sürmektedir. Şimşek, ag.e., s. 559.

nacak vekâlet ücreti..." hükmüne yer verilmiştir. HMK'nın 330. maddesinde ise "*Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir.*" denmiştir. Yargılama giderleri arasında yer bulan avukatlık ücretinin ortaya çıkmasının öncelikle ilgili tarafın kendisini bir avukatla temsil ettirmesine bağlı olduğu açıktır. Karşı vekâlet ücreti haklı olduğu davada kendisini mahkemeler önünde avukat ile savunmak zorunda olan kişinin yapmış olduğu masrafın haksız olan karşı taraftan alınarak zararın giderilmesini hedeflemektedir. Av.K m. 164/5 hükmünde karşı taraf vekâlet ücretinin avukata aidiyeti yönündeki düzenleme Hukukumuzda yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahminine ilişkin genel kural doğrultusunda açıklanırsa, söz konusu AvK hükmü hukukumuzda karşı tarafa ücret-masraf tahmininin hukuki sebebini ve niteliğini değiştiren bir içeriğe sahip değildir.⁸⁵

HMK'nın 326. maddesinde "*yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği ve davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkması halinde, mahkeme yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşılacağı*" belirtilmiştir. Yargılama giderlerinden davada haksız çıkan tarafın sorumlu tutulması bakımından Hukukumuzda kabul edilen genel kural kusursuz sorumluluğa dayalı bir masraf tazmin yükümlülüğü öngörmektedir.⁸⁶ Bununla beraber karşı vekâlet ücreti için diğer yargılama masraflarına nazaran tam bir tazmin esası benimsenmiş olmayıp kazanan tarafın avukatına ödediği ücretin oluşturduğu masraf formel olarak sınırlandırılmıştır.⁸⁷ Bu sonuç haksız bir iş veya işlem nedeniyle dava açmak zorunda kalan ya da kendisine karşı haksız bir şekilde dava açılan kişinin katlandığı masrafların söz konusu kişiye iadesinin sağlanması, adalet anlayışının, hakkaniyetin, Anayasayla ve uluslararası sözleşmelerle korunan mülkiyet hakkının korunması ve hak arama özgürlüğü ilkelerinin gereğine dayanır.⁸⁸ Usul Kurallarımız avukatla temsil olunan davalarda kural olarak aleyhine karar verilen tarafın karşı tarafa diğer yargılama masraflarının yanı sıra formel olarak belirlenmiş tarifeye göre belirli

⁸⁵ Çelikoğlu, a. g. e., s. 1128.

⁸⁶ Çelikoğlu, a. g. e., s. 1132.

⁸⁷ Çelikoğlu, a. g. e., s. 1132.

⁸⁸ Şimşek, a. g. e., s. 553

bir avukatlık ücreti ödemesine hükmedilmesini amirdir.⁸⁹ Bu haliyle karşı vekâlet ücreti yargılama çerçevesindeki diğer giderlerden nitelik itibarıyla farklılık arz eder. Her şeyden önce yargılamanın yürümesi için zorunlu olan posta ve diğer yargılama giderlerinin karşı vekâlet ücretinden amacı farklıdır. Karşı vekâlet ücreti dışında yapılan giderler yargılama sırasında dava sonuçlanıncaya kadar yapılan harcamalara karşılık olarak gerçekleştirilir. HMK’da karşı vekâlet ücreti, yargılama sırasında yapılan bir harcama (sarf) karşılığı olmamakla birlikte dava sonunda haklı çıkan lehine hükmedilen yargılama gideri kalemlerinden biri olarak sayılmıştır.

HMK m.330 müvekkil ile dava aleyhine sonuçlanan arasındaki ilişkiyi, AvK m.164/5 ise müvekkil ile avukat arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlediği açıktır. Karşı vekâlet ücretinin doğrudan avukat lehine değil, yargılama gideri kapsamında davayı kazanan taraf lehine hükmedilmesi mahkeme kararlarının taraflar için oluşturulacağı, onların leh ve aleyhlerine sonuç yaratacağı ilkesinin uygulanmasının bir gereğidir. HMK m. 330’un ihdas edilmiş olmasının amacı mahkeme kararının davanın tarafları bakımından sonuçlandırılması gereğinin doğal bir sonucu olarak görülebilir.

HMK’nın 330’daki “karşı vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi” ile AvK’nın m. 164/son’daki “karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir” normu birbiriyle çatışmaktadır.⁹⁰ Özel hüküm varken genel hüküm getirilirse genel hükmün özel hükmü kaldırma

⁸⁹ Çelikoğlu, a. g. e., s.1104.

⁹⁰ Aynı konuda farklı hükümler içeren iki kanundan hangisinin uygulanması gerektiğinin ortaya konulması ve aralarındaki çatışmanın giderilmesi gerekir. Karşı vekâlet ücretinin aidiyeti bakımından AvK’daki hüküm; HMK’daki düzenlemeye göre “özel hüküm” olmasına rağmen, HMK’daki değişikliğin sonradan yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, meselenin çözümünde eski tarihli özel kanun ile yeni tarihli genel kanundan hangisinin uygulanması gerektiğinin tespiti yapılmalıdır. Her iki norm kanun düzeyinde olduğundan normlar hiyerarşisine göre aynı düzeydedir. Geriye önceki-sonraki norm ile özel ve genel norm mukayesesi kalmaktadır. Ancak, AvK’daki düzenlemenin “önceki tarihli ve özel hüküm” HMK’daki düzenlemenin “sonraki tarihli ve genel hüküm” durumunda olması nedeniyle aralarında çapraz çatışma vardır. Bu nedenle tek bir ilkeye bakarak çatışmayı çözmek mümkün değildir. Aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki genel kanun arasında çatışma varsa çatışmanın nasıl giderileceği yönünde pozitif hukukun bir düzenlemesi yoktur. Bu iki ilkedен herhangi birinin uygulanması durumunda ulaşılabilecek sonuç diğer ilkenin esas alınmasıyla ulaşılabilecek sonuçtan her durumda farklı olacaktır.

amaç ve iradesinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu konu doktrinde de tartışmalı olmakla beraber daha ağır basan görüş, önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırmayacağı yönündedir.⁹¹ Av.K m. 164/5 hükmü bilahare yürürlüğe giren HMK m. 330 hükmünü ilga etmiş olmadığı gibi HMK m. 330'un da Av.K m. 164/5 hükmünü ilga etmesi söz konusu değildir.⁹² Açıkça belirtilmediği sürece genel hükümler içeren bir normun özel hükümler içeren bir normu örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını kabul etmek hukukun genel mantığı ile bağdaşmaz.⁹³ Bu bakımdan değerlendirildiğinde, HMK'nın karşı vekâlet ücreti için kullandığı "lehi-ne hükmedilir" ifadesi bu ücretin AvK dikkate alındığında müvekkile ait olacağını göstermeye yetmez. Karşı vekâlet ücretinin müvekkil lehine hükmedilmesinin AvK'daki hükmü zımnen yürürlükten kaldırma ve etkisiz kılma amacı güttüğü de söylenemez. Nitekim HMK m.330 gerekçesinde bu yönde bir irade oluşturulması söz konusu değildir.

Her iki düzenleme birlikte dikkate alındığında karşı vekâlet ücretinin önce müvekkile, sonra müvekkilden avukata geçişinin düzenlendiği bu nedenle mahkeme kararında kararlaştırılan ücretinin *ara işlemle* avukata aktarılması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksine yorum, bu ücretin ilk ve son hak sahibinin müvekkil olduğunu gösterir ki, bu durum AvK'daki hükmü yok hale getirir. AvK m.164 hükmü ortada iken müvekkil karşı vekâlet ücretini tahsil yoluna gitmez veya gidip vekil avukata vermezse ne olacaktır? Avukat bütün bunlar için müvekkili aleyhine icra veya dava yoluna gitmek zorunda kalacak mıdır?

Karşı vekâlet ücreti gerçek bir harcamanın karşılığı olmayıp yargılama sonucunda belli edilen bir ücrettir. Karşı vekâlet ücreti üzerinde müvekkilin tam bir tasarruf hakkından bahsedilemezse de mahkeme kararıyla müvekkilin mal varlığına alacak olarak giren bu tutar için aynı anda avukat alacaklı hale gelmektedir. Bir başka ifadeyle karşı vekil ücreti, doğduğu anda müvekkilin aktif ve pasifinde aynı miktarda değişiklik meydana gelir. Ancak bu durum karşı vekâlet ücretinin

⁹¹ Kemal Gözler, Hukuka Giriş,14. b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, s.370.

⁹² Çelikoğlu, a. g. e., s. 1128. Aksi yönde görüş Şimşek, a.g. e., s. 544. sayfasında, "HMK'nın 330. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının zımnen ilga edildiğinin kabulü zorunludur" görüşünde olduğunu ifade etmiştir.

⁹³ Ahmet Güneş; Hukuk Metodolojisi, 2.b., Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.161.

önce müvekkilin mal varlığına girmesi gerçeğini değiştirmez. Kanun koyucu karşı vekâlet ücretinin doğrudan avukatın malvarlığına dâhil edilmesi ölçeğinde bir hak tanımak isteseydi, müvekkilin borcu için avukatın malvarlığına dâhil bir değer haczi mümkün olmadığına göre, Kanunda onun haczolunamayacağına ve takasa konu edilemeyeceğine yer verilmemiş olması gerekirdi. Bu açıdan, burada, avukatlık ücreti alacağının tahsilini garanti etmek üzere, tarafın malvarlığına dâhil olan bir değer üzerinde -adeta rehin hakkı tesis edercesine- avukat lehine bir haciz ve takas yasağı kuralı konulmuştur.⁹⁴ Bütün bu durumlar karşı vekâlet ücretinin müvekkilin mal varlığında net bir değişme sonucu doğurmasa da karşı vekâlet ücretinin müvekkilin mal varlığında bulunduğu gerçeğini değiştirmez.

Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuru⁹⁵ ile ilgili kararın “değerlendirme” kısmının 26 ve 27. başlıklarında⁹⁶ ve diğer yargı kararlarında karşı vekâlet ücretinin niteliği konusunda yer verilen açık-

⁹⁴ Celikoğlu, a. g. e., ss.1130-1131.

⁹⁵ Başvuru Numarası: 2012/615, Karar Tarihi: 21.11.2013. (Erişim: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/baceaf71-f4ee-4482-9da6-13018a0c13f6?wordsOnly=False>)

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararının değerlendirme kısmındaki başlıklardaki açıklamalara sırasıyla aşağıda yer verilmiştir.

26. başlıktaki açıklamalar: 6100 sayılı Kanun'un 330. maddesinde açıkça, takdir olunacak vekâlet ücretine taraf lehine karar verileceği ifade edilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinin beşinci fıkrasında geçen “vekâlet ücreti avukata aittir” hükmünün kararın taraflar için oluşturulduğu ve onların lehlerine ve aleyhlerine sonuç yaratacağı prensibinin uygulanmasına engel olmadığı, 1136 sayılı Kanun'daki hükmün avukat ile müvekkil arasındaki hukuki ilişkide geçerli olacağı, düzenlemede geçen vekâlet ücretinin avukatla müvekkili arasında yapılan sözleşmede geçen ücret olmadığı, mahkemeye taraf lehine hükmedilen yargılama giderleri kapsamında bir ücret olduğu belirtilmiştir. Konuyla ilgili yerleşik Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.

27. başlıktaki açıklamalar: 6100 ve 1136 sayılı Kanunların bahsedilen hükümleri önceki ve sonraki kanun ilişkisi çerçevesinde incelendiğinde, 6100 sayılı Kanun'un 1136 sayılı Kanun'dan daha yeni tarihli olduğu ve üstelik 6100 sayılı Kanun'un 330. maddesinin gerekçesinde 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiği izah edilerek bir anlamda 164. maddenin beşinci fıkrası hükmünün anlamının değiştirildiği anlaşılmaktadır. Konu özel ve genel kanun ilişkisi çerçevesinde incelendiğinde ise 1136 sayılı Kanun'un adından da anlaşılacağı üzere avukatlık mesleği konusunda özel kanun olduğu, bunun yanında 6100 sayılı Kanun'un toplam 12 kısımdan oluştuğu, yedinci kısmın “Yargılama Giderleri ve Adli Yardım” başlığını taşıdığı ve mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücretiyle ilgili hükümlerin burada yer aldığı, dolayısıyla yargılama gideri olan ve mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücreti konusunda özel kanunun da 6100 sayılı Kanun olduğu görülmektedir.

lamalar çerçevesinde karşı vekâlet ücreti konusunda şu belirlemeler yapılabilir.

- Karşı vekil ücreti yönünden ilk aşamadaki ilişkinin dava aleyhine sonuçlanan ile müvekkil arasında gerçekleştiği,
- İkinci aşamadaki ilişkinin müvekkille avukat arasında doğduğu,
- Karşı vekâlet ücretinin davada kendisini vekil ile temsil ettirenin bulunması halinde zorunlu olduğu,
- Avukatlık mesleği bakımından AvK'nın özel kanun olduğu,
- Mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücreti konusundaki özel kanunun HMK olduğu,
- Mahkemelerce re'sen hükmedilen yargılama giderinin bir parçası bulunduğu,
- AvK'daki (m.164) hükmün avukatla ile müvekkil arasındaki *iç ilişki bakımından geçerli olduğu*,
- Mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden ve tarafların hak ve yükümlülüğünde olduğu,
- Karşı vekâlet ücretini dava aleyhine sonuçlanan taraftan avukatın kendi adına hak sahibi sıfatıyla isteyemeyeceği,
- Avukatın karşı vekâlet ücretini ancak alacaklı müvekkil adına karşı taraf durumundaki borçludan isteyebileceği,

Yukarıdaki tespitler bütünüyle değerlendirildiğinde karşı vekâlet ücretinin karşılığı olan ücretin sunulan hizmetin varlığı veya yokluğu hususunda bir değerlendirme yapılmamıştır. KDV'ye tabi olma bakımından böyle bir ilişkinin varlığına ihtiyaç duyulur. Bu da ücretin KDV'ye tabi olup olmadığı açısından belirleme getirmekten uzaktır. Dava aleyhine sonuçlanan taraf ile müvekkil arasında karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet ilişkisi ortaya konmadıkça KDV'ye tabi tutulamaz.

Müvekkil, davayı kaybedenden aldığı karşı vekâlet ücretini avukata vermekle yükümlü olan aracı kişi konumundadır. Yine bu durumda avukatın karşı vekâlet ücretini önce müvekkili adına ve hesaba tahsil etmesi ve daha sonra aynı ücreti müvekkilden tahsil etmesi durumunda müvekkile sunduğu bir hizmet var mıdır sorusunu akla

getirmektedir. Bu soruya vardır şeklinde bir cevap verilebilirse o zaman bunun (KDV bakımından vergiyi doğuran olayın) hangi şartlarda ve hangi anda meydana geldiğinin ortaya konması gerekir. Avukatın HMK'ya göre belirlenen ve müvekkil üzerinden kendisine ulaşan karşı vekâlet ücreti için müvekkile sunduğu bir hizmet yoktur. Bir an için karşı vekâlet ücretinin müvekkilin davaya ilişkin yargılama giderlerini azaltmaya yönelik olduğu düşünülse de karşı vekâlet ücretini avukata ödemesi zorunluluğu nedeniyle bu görüşe itibar edilemez. Avukatın karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet sunumu ortaya konmadığı sürece karşı vekâlet ücreti KDV'ye tabi olmaz. Yargı kararlarında müvekkil ile avukat arasında karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet ilişkisinin bulunduğu yönünde bir belirleme yoktur. Yargı kararlarında ücretin hizmet karşılığı olup olmadığı yönünden yaklaşılmamıştır.

Bir kişi bir davada kendisini birden fazla avukatla temsil ettirmek isterse her avukata ayrı ayrı ve tam ücret ödemek zorundadır. Zira her avukatın hizmeti ayrıdır ve ayrıca ücrete tâbidir. Diğer yandan davada birden fazla avukatla temsil edilen kişi haklı çıktığında hâkim, yargılama sonunda müvekkil kişi lehine sadece bir avukatla temsil edilmiş gibi bir yasal vekâlet ücretine hükmeder. Esasen bunun sebebi, yargılama sonunda hükmedilen karşı vekâlet ücretinin, bir hizmetin karşılığı olmayıp, bir yargılama gideri olmasından ileri gelmektedir.⁹⁷

Bir an için avukatın karşı vekâlet ücreti için müvekkile sunduğu bir hizmetin varlığı kabul edilirse o zaman da her davanın sonuçlandığı an itibarıyla müvekkile sunulan hizmet tamamlanmış olacağından, bu ücretin müvekkilden tahsil edilmesi şart olmadan avukatın davanın sonuçlandığı dönem KDV hesaplayıp beyan etmesi gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere, vergi idaresince tahsil edildiğinde KDV uygulanacağı belirtilmesi⁹⁸ karşısında müvekkille avukat arasındaki hizmet ilişkisinin bulunmadığını açık şekilde görülmektedir.

Karşı vekâlet ücretinin müvekkil adına hükmedilen bir yargılama gideri olması bu ücretin AvK kapsamında ekonomik bakımdan avukata ait olduğu gerçeğini değiştirecek ağırlıkta değildir. Bu açıdan, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmili ye-

⁹⁷ Açar, Eller; a.g. e., s.409.

⁹⁸ VUK Gen. Teb. 375 ve KDV Genel Uygulama Tebliği I/B-4 kısmı

rine, “avukatlık ücret masrafı” tahmilinden söz etmek daha doğru olacağı ileri sürülmüştür.⁹⁹

Nihayetinde KDV’de iktisadi mükellef hizmetten yararlanandır. Karşı vekâlet ücretinin KDV’ye tabi olması için karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet ve bundan yararlanmanın varlığının aranması şarttır. Oysa avukatın ne müvekkiline nede davayı kaybedene sunduğu somut olarak ortaya konabilmiştir.

IV- YARGI KARARLARI İLE İDARİ KARARLARDA KARŞI VEKÂLET ÜCRETİNİN KDV KARŞISINDAKİ DURUMU

A-Yargının Görüşü

Yargının karşı vekâlet ücretinin KDV’ye tabi olduğuna ve olmadığına ilişkin çeşitli kararları vardır. KDV’ye tabi olmadığına ilişkin kararlar daha çok ilk derece yargı yerlerine, tabi olduğuna ilişkin görüşler yüksek mahkemelere aittir.

1. Karşı Vekâlet İlişkinin KDV’ye Tabi Olmadığına İlişkin Kararlar

Karşı vekil ücretinin KDV’ye tabi olmadığına ilişkin mahkeme kararları davayı kaybedene **sunulan bir hizmetin olmaması** gerekçesine dayandırılmış olup, bu konudaki bazı mahkeme kararları aşağıda verilmiştir.

Kayseri Vergi Mahkemesi’nin 28.12.2016 tarih ev E:2016/851, K:2016/1261 sayılı kararı,

İstanbul 11. Vergi Mahkemesi’nin 23.12.2015 tarih ve E:2015/1343, K:2015/2592 sayılı kararı,

İstanbul 1. Vergi Mahkemesi’nin 31.12.2015 tarih ve E:2015/1679, K:2015/2838 sayılı kararı,¹⁰⁰

⁹⁹ Çelikoğlu, a. g. e., s.1132.

¹⁰⁰ İstanbul 1. Vergi Mahkemesi’nin 31.12.2015 tarih ve E:2015/1679, K:2015/2838 sayılı kararı: “...Avukatın gerek vekâlet sözleşmesine dayalı olarak müvekkilinden elde ettiği ücret, gerekse mahkeme kararıyla karşı taraftan elde ettiği ücret serbest meslek kazancı olup, serbest meslek kazancının katma değer vergisine tabi olabilmesi için bir hizmet sunumuna dayalı olması zorunludur. Hizmetin ise, tarafların karşılıklı iradeleriyle akdettikleri sözleşmeye dayalı olması ve bu hizmetin doğru-

Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 26.11.2012 tarih ve E:2012/8746, K:2012/10619 sayılı kararı,¹⁰¹

2. Karşı Vekâlet İlişkinin KDV'ye Tâbi Olduğuna İlişkin Kararlar

KDV'ye tabi olmaya ilişkin kararlar yüksek yargı tarafından kanun yolu kapsamında verilen kararlardır. Farklı kararlar farklı sebeplere dayandırılmıştır. Bu noktadan hareketle yüksek yargının karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olduğuna ilişkin verdikleri kararları gerekçelerine göre üç gruba ayırmak mümkündür.

a. Karşı Vekalet Ücretinin Avukatlık Ücret Tarifesine Göre Belirlenmiş Olması Gerekçesine Dayandırılması

Ankara BİM 2. Vergi Dava Dairesi istinaf başvurusu üzerine verdiği 15.06.2017 tarih ve E:2017/540, K:2017/1201 sayılı kararında, karşı vekalet ücretinin avukatlık ücret tarifesine göre belirlendiğinden bahisle KDVK'nın teslim ve hizmet işlemlerinde matrah başlıklı 20/4 maddesinin "*Belli tarifeğe göre fiyatı tespit edilen işler.....Katma Değer Vergisi dahil edilerek tespit olunur ve vergi müşteriye intikal ettirilmez.*" hükmüne dayanmıştır.¹⁰² Danıştay'ın 11. D. 2003/2422; K:2005/5835

¹⁰¹ dan doğruya ve münhasıran, muhatap için yapılmış olması gerekmektedir"
Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 26.11.2012, tarih ve E:2012/8746, K:2012/10619 sayılı kararı: "...Haksız çıkan tarafın yaptığı ödemenin mahkeme masrafı, yargılama gideri niteliğinde olduğu, bu ödemenin, ödeyen açısından karşı taraf avukatından alınan herhangi bir hizmet bulunmadığından serbest meslek ödemesi şeklinde düşünülmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda, serbest meslek makbuzu ancak serbest meslek erbabı tarafından hizmet verilen kişi adına düzenlenebilecek belge niteliğinde olduğundan, karşı tarafa verilmiş bir hizmet bulunmadığından, yargılama giderlerinin bir parçası niteliğindeki vekâlet ücretlerinden dolayı karşı tarafın avukatına yapılan ödemenin beyannameye gösterilmesi gerektiğinden hareketle yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet bulunmamaktadır..."

¹⁰² "...Avukatlık Kanunu'na göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından elde edilen bir bedel olmasına rağmen, hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hem de hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmediği yapılan tahakkuk işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabul ederek, tahakkuk işlemini iptal eden Kayseri Vergi Mahkemesi'nin 28.12.2016 tarih ev E:2016/851, K: 2016/1261 sayılı kararının..." istinaf başvurusu üzerine, Ankara BİM 2. Vergi Dava Dairesi E:2017/540, K:2017/1201 sayılı kararında, "3065 sayılı Kanun'un yukarıda metni yazılı olan 20 nci maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca da belirli tarifeğe

sayılı kararı doğrudan karşı vekalet ücretini hedef alan bir kararı olmasa da “..Anayasa kuralına dayanılarak çıkarılan 3065 sayılı Kanun’un 20/4. maddesinde açıklandığı üzere, tarifelerde öngörülen miktarın içinde KDV’nin de bulunduğu, diğer bir ifade KDV’nin tarifede belirtilen miktar içinde yer aldığı belirtilmiştir. Bu itibarla, ilgili yasa hükmü gözetildiğinde, tarifedeki vekâlet ücretine ayrıca KDV eklenmesi mümkün değildir” şeklindedir. Aynı yönde olan kararların bazılarını aşağıda yer verilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1.Vergi Dava Dairesi E:2017/2140, K2017/3659 sayılı kararı,

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi E:2017/540, K:2017/1201 sayılı kararı,

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 06.10.2005 tarih ve E.2005/1580, K:2005/2294 sayılı kararı,

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 6.10.2005 gün ve E:2005/1580, K:2005/2294 sayılı kararı da aynı yöndedir.

Yukarıdaki kararlar karşı vekâlet ilişkisinde hizmet sunumunu dikkate alan ve yorumlayan kararlar değildir. Kararlarda karşı vekâlet ücretinin anılan Tarifeden hareketle peşinen KDV’ye tabi olduğu kabul edilmiştir. Oysa Avukatlık ücret tarifesi KDV’ye tabi olan işler bakımından bir sınırlama ve belirleme getiren ve KDV’nin nasıl bulunacağına ilişkin kararlardır. Tarife ve hükümlerinin uygulamasına geçilebilmesi için öncelikle KDV’ye tabi olma durumunun çözüme kavuşturulması gerekir. Mahkemeler karşı vekâlet ücretinde KDV bakımından vergiyi doğuran olayın varlığını ve bu ücretin KDV’ye tabi olup olmadığını tartışmaksızın gerekçesiz olarak, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan avukatlık ücretini serbest meslek

göre fiyatı tespit edilen işlerde tarife bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağına açıkça hüküm altına alınmış olması karşısında Avukatlık Ücret Tarifesine göre hükmolunan avukatlık ücretinin içerisinde katma değer vergisinin de bulunduğu, dolayısıyla bu verginin ayrıştırılarak serbest meslek makbuzunda gösterilmek suretiyle katma değer vergisine tabi tutulması gerekmektedir..... Buna göre; mahkemelerce Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan avukatlık ücreti, serbest meslek faaliyeti kapsamında katma değer vergisine tabi olup, bu ücrete dahil olan katma değer vergisinin ayrıştırılarak beyan edilmesi gerekmekte olup, dava konusu döneme ilişkin vekalet ücretinin, katma değer vergisine tabi olmayacağı gerekçesiyle ihtirazı kayıtlı verdiği beyannameye istinaden tahakkuk ettirilen dava konusu katma değer vergisinin iptali yolunda verilen kararda uygunluk görülmemiştir” denmiştir.

faaliyeti kapsamında KDV'ye tabi olduğu ön kabulünde bulunmuşlardır.

Mahkemeler bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti olması başka bir şey bu kapsamda sunulan bir hizmetin var olup olmaması başka bir şeydir. Mahkemelerin gelir vergisi için geçerli olan bir uygulamanın KDV'de geçerli olacağı yönündeki yaklaşımı iki vergi arasındaki vergiyi doğuran olay farkının analiz edilmediği ve karara yansımadığını göstermektedir. Karşı vekâlet ücretinin KDV bakımından vergiyi doğuran olay hakkında sonucuna varıldıktan sonra tarife dikkate alınmalıydı. Bu yapılmayıp bizatihi tarifenin varlığının karar gerekçesinde kullanılması kararların argümantasyon bakımından hukuki gücünü zayıflatmıştır. Görüldüğü üzere KDVK m. 20/4'ün uygulanabilmesinin ön şartı tarife konusu hizmetin varlığının ortaya konmasıdır. Aksi takdirde nerede tarifeye göre belirlenen bir ücret varsa her şart altında KDV'ye tabi olacaktır sonucuna varılır ki bu durum öncelikle aranması gereken vergiyi doğuran olayın yok sayılması anlamına gelir.

b. Karşı Vekâlet Ücretinin Avukatın Müvekkiline Vermiş Olduğu Avukatlık Hizmetinin Bir Parçası Olması Gerekçesine Dayandırılması

Bazı mahkemeler karşı vekâlet ücretini avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olduğu gerekçesine dayanmıştır. Danıştay 4. Dairesi 27.02.2009 tarih ve E:2007/2465, K:2009/1048 sayılı kararında “...1136 sayılı Kanun'un 164'üncü maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti ise, avukatın müvekkile vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, doğrudan müvekkile verilen hizmet nedeniyle hak kazanılan bir ücrettir. Bu ücreti davayı kaybeden tarafın ödüyor olması, bu hizmetin davayı kazanan tarafa verilen hizmetin karşılığı olması gerçeğini değiştirmez....tarifeye göre hükmolunan avukatlık ücretinin de KDV'ye tâbi olduğu sonucuna ulaşılmıştır” görüşünü ortaya koymuştur. Aynı davada Danıştay Savcısının görüşünün aksi yönde olması ilginçtir.¹⁰³ Anılan

¹⁰³ “...Burada vekâlet ücreti ödeyen için bir hizmet karşılığı değildir. Tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu'na göre mahkeme kararı uyarınca ödenmektedir. Üstelik ödenen tutarı, özel hukuk açısından mahkemem kararı ile belirlenmiş bir alacak niteliğinde olmadığı davaya konu alacağın fer'isi niteliğinde yargılama gideri olduğu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesi ve anılan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı ile de açıkça

kararla aynı gerekçeye dayanan mahkeme kararları aşağıda verilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi E:2016/1192, K:2016/1845 sayılı kararı,

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesi E:2016/543, K:2017/804 sayılı kararı,

Danıştay 9. Dairesi, 26.10.2015 tarih ve E:2012/7625, K:2015/11496 sayılı kararı,

Danıştay 4. Dairesi, 23.05.2017 tarih ve E: 2014/3380, K:2017/4766 sayılı kararı,

Sadece HMK'daki düzenleme olsaydı bu görüş kabul edilmesi önünde engel olmazdı. Oysa aynı konuyla ilişkili düzenleme de AvK'da vardır. Avukatlık sözleşmesinde davanın karşı tarafına hizmet sunulacağı konu edilemez. Hizmetin sunulması bakımından AvK'daki düzenlemeyi göz ardı eden mahkeme kararları eksik hukuki değerlendirmeyi içermektedir.

Avukatın müvekkili ile yapmış olduğu avukatlık sözleşmesi avukatla müvekkil arasındaki hukuki yardımı konu alan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin bir kısmında veya tamamında gizli veya açık hiçbir şekilde davanın karşı tarafı yer almaz. Avukatlık hizmeti müvekkile sunmak üzere kurulmuştur. Müvekkil, avukatla kendisine hizmet sunması için sözleşme yapmış olup tersini düşünmek sözleşme sadakatine ve AvK'daki yasağa aykırılık oluşturur. Karşı vekâlet ücreti GV bakımından avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olduğu kabul edilirse de aynı şey KDV bakımından söylenemez. Avukatın müvekkiline sunduğu hizmet avukatlık sözleşmesi kapsamında olup GV'ye tabidir. Oysa karşı vekâlet ücreti kanundan kaynaklanan bir borçtur. Sebebi avukatlık sözleşmesi değildir. Bu nedenle karşı vekâlet ücreti bakımından sunulan bir hizmet yoktur ve KDV'ye tabi tutulamaz. Bu nedenlerle mahkemenin görüşüne katıl-

ortaya konulmuştur. Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'na göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekâlet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde olmasına rağmen, hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hem de hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisi konusuna girmemesi gerekir....”

mak mümkün değildir. Mahkemenin eksik değerlendirme yapmasının nedeni GV'deki vergiyi doğuran olay ile KDV'nin vergiyi doğuran olayını somut olayda ayrı ayrı araştırma yoluna gitmemesi ve GV için geçerli olan vergiyi doğuran olayı KDV için de geçerliymiş gibi kabul etmesidir.

c. Karşı Vekâlet Ücretinin Avukatlık Ücret Tarifesine Göre Belirlenmiş Olması ile Avukatın Müvekkiline Vermiş Olduğu Avukatlık Hizmetinin Bir Parçası Olma Gerekçelerine Birlikte Dayandırılması

Mahkemelerin bazıları yukarıda (a) ve (b) başlıkları altında verilen gerekçelere birlikte dayanarak karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olması yönünde kararlar vermişlerdir.

İstanbul BİM. 2. Vergi Dava Dairesi 28.12.2016 tarih ve E:2012/1192, K:2016/1845 sayılı kararı,

Danıştay 9. D. 12.12.2011 tarih ve E:2008/6340, K:2011/8393 sayılı kararı

Yukarıda da belirtildiği üzere, karşı vekâlet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenmesi onun KDV'ye tabi olmasını gerektiren bir husus olamaz. Ayrıca karşı vekâlet ücreti için serbest meslek makbuzu düzenlenmiş olması da yine onun hizmet karşılığı düzenlendiğini göstermez. Nitekim avukat kazandığı bir tazminatı tahsil ederken serbest meslek makbuzu düzenleyecek fakat tazminat KDV'ye tabi olmayacaktır. Çünkü tazminatın hizmet karşılığı elde edilen bir gelir değildir. Serbest meslek makbuzu düzenlenmesinden bahisle karşı vekâlet ücretinin de KDV'ye tabi olacağını ileri sürmek yanıltıcıdır.

Diğer taraftan mahkeme kararlarında hizmetin varlığını ortaya koymak yerine "müvekkile sunulan avukatlık hizmetinin içinde ve bunun bir parçası olarak değerlendirilmesi, doğrudan müvekkile verilen hizmet nedeniyle kazanılan ücret sayılması ve bu ücreti müvekkilin değil de davayı kaybeden tarafın ödüyor olması bu hizmetin davayı kazanan tarafa verilen hizmetin karşılığı olması gerçeğini değiştirmez" gerekçesi gerçek bir hizmetin varlığını ortaya koymaktan uzak olduğu gibi soyut bir yorumdur. Ya hizmet vardır yada yoktur. Varsa nasıl bir hizmettir? Niteliği nedir?

Nasıl meydana gelir? Bu sorulara somut olarak cevap verilmesi veya cevap aranması yerine GV'deki vergiyi doğuran olayın aynen KDV için de geçerliymiş şeklindeki sonuç hatalı olur.

Dava sona erdiğinde de hizmet ifası gerçekleşmiş sayılacağından avukatın müvekkille anlaştığı ücret itibarıyla KDV doğuyorsa o zaman aynı durumun karşı vekâlet ücreti bakımından da geçerli olması gerekirdi. Mahkemelerin KDV ile ilgili kararlarını KDV mevzuatı dışı normlar kullanılarak değil, bizzat KDV normları somut olaya uygulanarak sonuca varılması gerekir. Yapılması gereken KDV'deki normlarının özel hukuk bakımından nitelendirilmesi olmalıdır.

B-İdarenin Görüşü

İdare, kanun hükümleriyle ilgili yorum ve görüşlerini çoğunlukla genel düzenleyici işlemlerle ortaya koyar. Karşı vekâlet ücretine ilişkin görüşünü de son olarak KDV Uygulama Genel Tebliği ile ortaya koymuştur.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Anılan tebliğden önce karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olduğu kabulüyle, belge düzenine ilişkin usuli uygulamalar 11.09.2007 tarihli VUK 375 sayılı Genel Tebliği ile belirlenmiştir. Bu tebliğ yürürlükteyken 26.04.2014 tarihli KDV Genel Uygulama Tebliği yürürlüğe girmiştir. Aynı konuda ve normlar hiyerarşisindeki düzenleme bakımından bir çatışma ortaya çıkmıştır. Halen yürürlükte olan eski norm avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenmesi yönündeyken yeni norm Avukatların mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerine ilişkin serbest meslek makbuzlarını davayı kaybeden tarafa değil kazanan tarafa düzenlemeleri ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca göstermeleri şeklindedir. Aynı düzeydeki normlar (ikisi de tebliğ) arasında çatışma vardır. Sonraki normun önceki norma üstünlüğü nedeniyle önceki norma göre değil sonraki norma göre işlemlerin yapılması kabul edilir. VUK 375 nolu Genel Tebliğin karşı vekâlet ücretine ilişkin KDV'nin doğduğu anın tespiti bakımındandır. Anılan tebliğde "...İcra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek olup....,demekle KDV'nin hizmetin ifasına değil ücretin tahsiline bağladığı kabul edilmesidir. Oysa KDV'de vergiyi doğuran olay hizmet ifasıdır. İdare KDV bakımından sonuç üzerinde durmamıştır. Ancak var olduğunu iddia ettiği hizmet ifasına rağmen KDV'nin tahsilatla doğacağını ileri sürmesi isabetsiz olmuştur. İdarenin bu görüşü GV bakımından kabul edilebilirse de KDV bakımından kabulü mümkün değildir. İsabetsizlik tahsilatla düzenlenecek olan serbest meslek makbuzu üzerinden ayrıca KDV'nin hesaplanması noktasındadır. Gerçi açıklamalarında KDV'den bahseden bir yön yoktur. Ancak, bu durumun karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olmayacağı yönünde değerlendirmek zordur.

KDV Genel Uygulama Tebliği'nin I/B-4 kısmı, "Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi KDV'nin konusuna girmez. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olur. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazananlara serbest meslek makbuzu düzenler ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterirler..." şeklinde dir. Aynı tebliğde "..... Mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekalet ücretinin KDV'ye dahil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir...." ifadesine yer verilmiştir.¹⁰⁵ Tebliğde "davayı kazananlara ödenen karşı vekâlet ücretleri KDV konusuna girmez" şeklindeki açıklama müvekkilin şahsen veya vekili aracılığıyla davayı kaybedene sunduğu bir hizmetin bulunmadığını teyit etmektedir. Bu durumda da karşı vekâlet ücretinin davayı kaybedene hizmet karşılığı ödenmediği açıkça ortaya konmuştur.¹⁰⁶ Bu konuda bir tereddüt yoktur.

AvK'nın karşı vekâlet ücretinin avukata ait olacağı şeklindeki açık hükmü avukat ile karşı taraf arasında karşı vekâlet ücretini içeren kandan kaynaklanan temlik niteliğinde bir alacak ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Esasen karşı vekâlet ücretinin avukata ait olması nedeniyle bu ilişkide müvekkilin yeri olmadığı ileri sürülebilir. Tebliğde karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olup olmadığına ilişkin kanaate ulaşırlırken vergiyi doğuran olayın nasıl gerçekleştiği ortaya konmalı ve bu hususta dayanakların da yer alması gerekirdi.

Yargı kararlarında olduğu gibi idari görüşte de hizmetin karşı tarafa veya müvekkile nasıl sunulduğu konusunda açıklamalara yer verilmeyerek belgelendirmede takip edilecek usullerin açıklanması yolundaki açıklamalarla asıl konunun dikkatten kaçmasına sebep olmuştur. Anlaşılan odur ki idare, avukatın müvekkile hizmet sunulduğundan bahisle bir yorum yapmaya çalışmaktadır. Fakat bunun KDV bakımından nasıl gerçekleştiğine değinmemektedir.

Herkes tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilen ve Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için

¹⁰⁵ Resmi Gazete, 26.04.2014, Sayı 28983.

¹⁰⁶ Aslan, a.g. e., s.278

egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı şeklinde tanımlanan verginin, anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Anayasa'nın 73. maddesi, "vergi resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır" düzenlemesini içermekte olup öğreti ve uygulamada verginin kanuniliği ilkesi olarak adlandırılan bu ilke vergi, kesin ve benzeri kamusal erke dayalı tüm yükümlülüklerin yasayla düzenleme zorunluluğunu öngörmektedir. Kanunilik ilkesi vergilendirme yetkisini kullanan yasama organına bağlayıcı bir sınır çizerek; verginin konusu, matrahı, yükümlüsü, vergiyi doğuran olay, yaptırımı ve ödeme zamanı gibi verginin temel unsurlarının kanunla belirlenmesinin yanı sıra, verginin tarh ve tahsil işlemlerinin de kanunlara uygun olarak yürütülmesini gerekli kılmaktadır.¹⁰⁷ AvK'nın (m.164/son) karşı vekâlet ücretinin hak sahibi ve borçlusunu belirlemiştir. İdarenin genel düzenleyici işlemlerle vergisel sonuçları etkileyecek şekilde ilişkilerin tarafını değiştirmesi kabul edilemez. Usuli bir durumu açıklama gerekçesi kapsamında tebliğle taraf oluşumunun değiştirilmesi ve bu suretle vergisel sonuçlar üzerinde değişiklikler yaratılması kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur.

Tebliğde serbest avukatların karşı vekâlet ücretiyle ilgili kazanan tarafa serbest meslek makbuzu düzenlemeleri tutarın alınmasına (tahsiline) bağlanmıştır. İdare alınan tutar üzerinden KDV'nin hesaplanıp ayrıca gösterileceği görüşündedir. Bu görüş KDV'nin vergiyi doğuran olayın hizmetin sunulmasının tamamlanmasıyla doğacağı şeklindeki kanuni düzenlemeye aykırıdır. Tebliğle karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olmasının tahsil esasına bağlanması GV ile KDV'deki vergiyi doğuran olayın aynı hale getirilmesi demektir. Karşı vekâlet ücretinin KDV tabi olduğu kabul edilirse, doğması bakımından ücretin ödenmesinden veya alınmasından bahsedilmesi KDV'ye tamamen aykırıdır. KDSV'nin vergiyi doğuran olayının GV bakımından geçerli olan vergiyi doğuran olaya bağlanmasından başka bir şey değildir. Bu yaklaşımıyla idare KDV'nin doğumunu GV için geçerli olan tahsilata bağlaması KDV mevzuatına tamamen aykırıdır.

¹⁰⁷ Ahmet Kumrulu, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXVI, Sayı 1-4, Yıl 1979, ss. 150-151.

V- GÖRÜŞÜMÜZ

Vergi hukuku satım, inşa, kira, tüketim ödöncü, ölüm, bağışlama vb. özel hukuk alanında meydana gelen olguların sonuçları üzerine oturmaktadır. Hal böyle olmakla beraber vergi hukuku özel hukuk ilişkilerini vergi teorisine has özellikleriyle ele alır.

Bu nedenle karşı vekâlet ücreti KDV bakımından analiz edilirken analize öncelikle bu vergi bakımından verginin mükellefi, konusu ve vergiyi doğuran olayın var olup olmamasından başlanmalıdır. İlk tespiti gereken şey verginin, konusu ile mükellefi arasında meydana gelmesi gereken vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olaya (VUK m.19) vergiyi doğuran olayın somut olayda meydana gelip gelmediğidir. Bu olgu her vergi için farklı esaslara bağlanmakla birlikte hizmet işletmelerinde ana kural, hizmetin verilmesi anı merkez kavramdır.¹⁰⁸ KDVK bakımından “vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi” başlıklı m. 10/a’da “...hizmet ifası hallerindehizmetin yapılması anında meydana gelir” olarak ifade edilmiştir. Açıkça görüldüğü üzere hizmet yapılmadığı sürece KDV bakımından vergiyi doğuran olay söz konusu olmayacağından vergilendirme yoluna da gidilemez. Avukatlık faaliyetinde de aranması gereken kavram sunulan bir hizmetin varlığıdır.

Taraflar bir bedel üzerinde anlaşmış olmasalar da avukatlık asgari ücret tarifesinde yazılı değer matrah kabul edilerek bu tutar üzerinden vergilendirmenin yapılması gerekir. Sunulan bir hizmet varsa karşılığının tahsil edilememesi, tahsilden vazgeçilmesi, feragat edilmesi konu alacağın üzerinden KDV hesaplanıp beyan edilmesine engel teşkil etmez.

Karşı vekâlet ücretini konu alan bir hizmet var mıdır? Bu soruya verilecek cevap evet ise karşı vekâlet ücretlerinin KDV’ye tabi tutulacağı, hayır ise tabi tutulmayacağı sonucuna ulaşılır. Bir davada müvekkilin veya avukatının davayı kaybeden karşı tarafa sunduğu bir hizmetten bahsedilemeyeceği açıktır. Çünkü aynı davada bir vekilin kendi müvekkilinin aleyhine karşı taraf lehine bir katkı verecek hizmet sunması, TBK’da düzenlenen vekâlet sözleşmesindeki işin sada-

¹⁰⁸ Soydan, a. g. e., s.182

kat ve özenle yapılmasına ve AvK m. 38'deki borcuna aykırılık oluşturur. Aksine davranışların kanuni yaptırımları vardır. Hiçbir yorum ve yaklaşımın avukatın karşı tarafa sunulan bir hizmetinin var olduğu sonucuna ulaşmaya imkân vermez. Avukatla müvekkil arasındaki sözleşmeye dayanan ilişki çerçevesinde vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olduğu, karşı vekâlet ücretinin ise müvekkile sunulan hizmet içinde bir ödeme kabul edilmesi mümkün olmaması nedeniyle KDV'ye tabi tutulamaz. Çünkü karşı vekâlet ücreti avukatla müvekkil arasındaki ilişkiden değil kanundan kaynaklanmaktadır.

Avukat tarafından karşı tarafa sunulan bir hizmet bulunduğu ortaya konulmadan karşı vekâlet ücreti tahsil edilse bile KDV doğmaz. Aksine görüş dava sonuçlandığı an itibarıyla karşı vekâlet ücretine ilişkin KDV'nin hesaplanıp beyan edilmesini gerektirir. Bakanlık tebliğlerinde karşı vekâlet ücreti üzerinden KDV hesaplanmasını davanın sonuçlanmasına değil tahsiline bağlamıştır. Karşı vekâlet ücretini ödenme (tahsil) şartı kapsamında ele alan idarenin, KDV bakımından kendi görüşünü norm hatasına düşerek ne kadar hatalı yoruma dayandırdığını göstermektedir. KDV'de hizmetin sunulması olan vergiyi doğuran olayı tebliğle tahsile bağlanması kanunilik ilkesine açık aykırılık arz eder.

Karşı vekâlet ücreti bir yargılama gideri ise bu giderin kimin menfaatine doğduğu dikkate alınmalıdır. AvK'da bu ücretin avukata ait olacağı belirtilmiştir. Mahkemenin kararıyla ortaya çıkan bu ücretin ara işlem olarak müvekkile ödenmesi ücretin avukata ait olacağı gerçeğini değiştirmez.

Karşı tarafa ödenen vekâlet ücretinin KDVK m.1,4 ve 20'nci maddelerinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde katma değer vergisine tabi bir bedel olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir.¹⁰⁹ GV'ye tabi olmak her zaman KDV'ye tâbi olmayı doğurmaz. Örneğin bir işletmenin tazminat gelirleri GV tabi iken sunulan bir hizmet karşılığı olmadığından KDV'ye tabi olmaz. Ayrıca işlemler nedeniyle ödenen cezai bedeller herhangi bir hizmet ifası karşılığı olmadığı için KDV'ye tabi tutulmayacaktır. Karşı vekil ücretinde de durum

¹⁰⁹ Kartal, a. g. e., s.299.

benzerdir. Karşı vekâlet ücreti GV'ye tabi iken hizmete dayanmaması nedeniyle KDV'ye tabi olmaz. Bu durumda karşı vekâlet ücreti için serbest meslek makbuzu düzenlenir. Makbuz üzerinde "karşı vekâlet ücreti olduğundan KDV dışı hesaplanmamıştır" veya aynı anlama gelen benzer bir ifadeye yer verilmelidir. Nitekim bu hususta KDVK'nın 8/2'deki " ...vergiye tabi bir işlem söz konusu olmadığında ..." ifadesinden işlemin vergiye tabi olmaması halinde düzenlenen belgede KDV'nin yer verilmesine gerek olmadığını göstermektedir. Serbest meslek makbuzunun düzenlenmemesi VUK m.353/1'e göre özel usulsüzlük cezası yaptırımına tabi tutulur.¹¹⁰

SONUÇ:

Bir davada avukatın sözleşmeye dayalı olarak müvekkilinden aldığı ücret yanında bir de karşı vekâlet ücreti olmak üzere iki ücreti olur. Karşı vekâlet ücreti, davada haklı çıkan tarafın davasını vekille takip etmesi durumunda diğer yargılama giderlerinin dışında, taraf lehine hükmedilen bir yargılama gideridir.

Avukatla müvekkil arasında sunulan hizmet ilişkisinin avukatlık sözleşmesi kapsamında GV ve bu ücrete bağlı KDV'ye tâbi olduğu da açıktır. Ancak kanundan doğan karşı vekâlet ücreti GV'ye tabiyken KDV'ye tâbi olup olmadığı hususu ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç gösterir. KDVK'deki hükümlerin somut olguda meydana geldiği üzerinde durulmaksızın konunun başka mevzuatlara göre yorumlanması yargı, idari ve doktrinde görüş farklılıklarının kaynağını oluşturmuştur.

Vergileme yapabilmek için özel hukuktan vergi hukukuna geçişi sağlayan VUK m. 19'da ifadesini bulan "*Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar*" şeklindeki vergiyi doğuran olay KDV bakımından karşı vekâlet ücretinde meydana gelmemektedir. Vergiyi doğuran olay yoksa vergi doğmaz ve mükellef bakımından vergi borcu ortaya çıkmaz. Karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olup olmadığı hususunun KDV'deki vergiyi doğuran olay ekseninde çözülmesi gerekir. Karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabidir denebilmesi için avukatın hizmet sunumu kavra-

¹¹⁰ Türkay, a. g. e., s.323.

mının KDV bakımından meydana gelip gelmediğinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Karşı vekâlet ücretinin KDV'ye tabi olduğuna ilişkin yargının kararlarında ve idarenin görüşlerinde öncelikle hizmetin sunumu ortaya konup buna göre bir sonuca varılması gerekirken bu tespitin dışında yapılan yorumların varılan sonucu eksik ve hatalı hale getirmesi kaçınılmazdır. Vergiyi doğuran olayın varlığı konusunda tespit yapmayan değerlendirmeler hukuki zemin kaymasına/ kaydırılmasına sebebiyet vermiştir.

AvK karşı vekâlet ücretini avukata ait kabul ederken, HMK'nın yargılama giderleri arasında saymıştır. Oysa bu ücretin KDV'ye tabi olup olmadığı meselesi esasen sadece ne AvK nede HMK'nın alanına girer. Esasen KDVK'nın alanına girer ve VUK m.3'deki yorum normları dikkate alınmalıdır. Gerçek anlamıyla karşı vekâlet ücretinin vergiye tabi olup olmadığı öncelikle KDV'deki vergiyi doğuran olay ve normlara göre değerlendirip buna göre bir sonuca varılması gerekir.

Bazı ilk derece mahkemeleri karşı tarafa veya müvekkile bir hizmet sunumu bulunmamasına bağlı vergiyi doğuran olayın yokluğundan bahisle KDV'nin söz konusu olmayacağı yönünde kararlar vermesine karşın, yüksek mahkemelerin tali ve farklılaşan gerekçelere dayanan aksine kararları vardır. Doktrindeki yorumlar sunulan hizmet yokluğundan bahisle karşı vekil ücretinin KDV'ye tabi olmayacağı yönündedir.

Bir gelirin GV tabi olmasının kendiliğinden KDV'ye tabi olma sonucunu doğurmamasının sebebi her iki vergi bakımından vergiyi doğuran olayların farklılığındandır. Karşı vekâlet ücretinin borçlusu dava aleyhine sonuçlanan alacaklısı müvekkildir. Müvekkilin bu ücreti avukata ödemek zorunluluğu aralarındaki avukatlık sözleşmesinden değil AvK'dan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle karşı vekâlet ücreti avukatın müvekkile sunduğu hizmetin karşılığı olarak yorumlanamaz. HMK ve AvK hükümleri bir arada düşünüldüğünde avukatla müvekkil arasındaki karşı vekâlete ilişkin işlem kanunca belirlenmiş "fer'i ve ara işlem" niteliğindedir. Avukatın hizmet sunumuyla ilgisi yoktur. Hizmet sunumuyla ilgisi olan avukatlık sözleşmesi kapsamındaki borç altına girilen eylemlerdir.

Kanaatimizce VUK m. 3/B'deki " *vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" kapsamında da ekonomik gerçek ve fiili durum olarak karşı tarafa sunulan hiçbir avukatlık hizmeti yoktur. Sunulan bir hizmetin varlığının bulunmaması ve buna bağlı vergiyi doğuran olayın meydana gelmemesi nedeniyle karşı vekâlet ücreti KDV'ye tabi tutulamaz.

Davanın sonuçlanmasıyla karşı vekâlet ücreti doğduğu bir an kabul edilirse avukatın ücretin tahsili ile ilişkisi olmaksızın davaya ilişkin kararın verildiği ayda KDV hesaplayarak vergisini ödemek durumunda kalacaktır. Oysa konuyla ilgili Bakanlığın KDV tebliğinde KDV'ye tabi tutulmanın karşı vekâlet ücretinin tahsil esasına bağlı şekilde KDV'ye tabi olacağı açıklanmıştır. Bu yorum KDV'nin vergiyi doğuran olayın mantığına tamamen ters olup, karşı vekâlet ücretinin bir hizmet karşılığı olmadığına açık göstergesidir. Bu şartlarda Tebliğde KDV'de vergiyi doğuran olayın gelirin (ücretin) elde edilmesi değil, hizmetin sunulmasının aranması gereği dikkatlerden kaçmıştır.

Kanun koyucu birden fazla hukuk dalı tarafından çelişkili şekilde düzenlenen karşı vekâlet ücretini KDV'ye tabi tutmak istiyorsa hukuku zorlayan yorum ve fiili uygulamalar yerine AvK, HMK ve KDVK bir arada düşünülerek mevzuatın birbirine uyumunu sağlayacak şekilde düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Kaynakça

- Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2012/615, Karar Tarihi: 21.11.2013. (Erişim:<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/baceaf71-f4ee-4482-9da6-13018a0c13f6?wordsOnly=False>).
- Ağar Serkan, Eller M Kağan, "Yasal Vekâlet Ücretinin Hukuki Niteliği ve KDV Karşısındaki Durumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Yıl 2010.
- Aslan Memduh, "Karşı Vekâlet Ücretlerinde Katma Değer Vergisi Meselesi" (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-114-1415>).
- Aydın A. Murat, Avukatlık Ücreti, Yaklaşım Yay, Ankara, 2005.
- Biyar Özgür, "Avukatların Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu", (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1447>).
- Burcuoğlu Haluk, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Bazı Sorunlar" (Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2003-49-758>).

- Coşkun Aras, Usta Y. Ziya, "Avukatlık Aşgari Ücret Tarifesine Göre Yapılacak Vekâlet Ücret Ödemelerinde Ayrıca KDV Uygulanmayacağı", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:14, Sayı 162.
- Çelikoğlu Cengiz Topel, "Karşı Tarafa Tahmil Edilen Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği", (Erişim:<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/CENG%C4%B0Z-TOPEL-%C3%87EL%C4%B0KO%C4%9ELU.pdf>)
- Değer Nuri, Açıklamalı ve Uygulamalı Katma Değer Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Dinler Zeynel, İktisada Giriş, 19.b.,Ekin Kitabevi, Bursa, 2013.
- Doğrusöz A. Bumin, "Davada Haksız Çıkan Taraftan Sağlanan Avukatlık Gelirlerinin Vergi Mevzuatı Karşısındaki Durumu", *Yaklaşım*, Sayı:126, Ankara, 2003.
- Göker Cenker, Katma değer Vergisinin Konusu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Güneş Ahmet, Hukuk Metodolojisi, 2.b., Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 2.b., Ankara Barosu Yayınları, Ankara,2003.
- Gören Ülkü Nazlı, "Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, Yıl 2010.
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş,14. b. Ekin Kitabevi, Bursa, 2017.
- Kaplan Recep, Vergilendirmede Devamlılık Kriteri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2014.
- Karakoç Yusuf, Vergi Sorunlarının Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yay, İzmir, 1996, s.188.
- Kartal, Zihni, "Karşı Taraf Vekâlet Ücreti KDV'ye Tâbi mi?", *Yaklaşım Dergisi* Yıl 20, Sayı 237
- Kızılot Şükrü, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1996.
- Köprü M. Fatih, "Vekâlet Ücretinde Stopaj ve KDV Sorunu", *Vergide Gündem*, 17.11.2013, (Erişim:http://www.vergidegundem.com/tr_TR/blog?blogid=1560742.)
- Kumrulu Ahmet, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXVI, Sayı 1-4, Yıl 1979.
- Maç Mehmet, KDV Uygulaması, Denet Yayıncılık, İstanbul-1993.
- Nasiroğlu M.Nazif, "Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Uygulamasına Yargının Bakışı", (Erişim:<http://www.vergizivyon.net/avukatların-karsi-taraf-vekâlet-ucretinin-kdv-uygulamasina-yarginin-bakisi/>).
- Öz Semih, Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- Soydan Yaltı Billur, Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi, İstanbul, 1998.
- Şenyüz Doğan-Yüce Mehmet-Gerçek Adnan; Türk Vergi Sistemi, Ekin Kitapevi,15.b., Bursa, 2018.
- Şimşek Mehmet, "Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiye-

- ti Sorunu”,(Aralık 2015), *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6. Sayısı Makaleleri, (Erişim:<http://www.uysmazlik.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/01-12->)
- Türkey İmdat, Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınları,2.b., Ankara, 2012.
- Türkmen Coşkun, “Avukatlık Ücretinin Aidiyeti” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, 2009.
- Vural Doğan Kemal-Kuzeci Deniz; “Avukata Ait Olan Vekâlet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:64, Sayı:2006/1.
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Yılmaz Güneş, Katma Değer Vergisinde Vergiyi Doğuran olay Olarak teslim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

VERGİ SUÇ VE CEZALARININ ETKİNLİĞİ*

THE EFFECTIVENESS OF TAX CRIME AND PUNISHMENTS

Necat BATUR**

Özet: Devletin temel finans kaynağı olan vergilerin optimum düzeyde tahsili, kamu ekonomisi yönetiminin en önemli amacı ve hedefidir. Bu amaç ve hedefin gerçekleştirilmesinde, bireylerin gelirinde azalmaya neden olan vergiyi ödememe ya da tam anlamıyla ödememe konusunda mükellefler ve vergi sürecinde yer alan kişilerin vergi ödev ve sorumluluğuna aykırı ve kanuna göre suç oluşturan eylemlerinin neticesi olarak cezai yaptırım ile karşı karşıya kalınacağını bilmeleri bu anlamda önemlidir. Ancak mevzuatta vergi suç ve cezalarına yer verilmesi tek başına yeterli değildir. Vergi suç ve cezalarının bireyleri suç işlemekten alıkoyacak ağırlıkta olması ve suç ve cezaların etkin şekilde uygulanması da gerekir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Vergi Suçu, Etkinlik,

Abstract: The optimal level of taxation, which is the main source of finance for the state, is the most important goal and objective of the public economy administration. In this regard, it is important in this sense to know for the taxpayers that they will face criminal sanctions as a consequence of their criminal acts which are contrary to their duty and responsibility, concerning the non-performance of tax duty which causes the decrease in the income of the individuals or partial non-performance of this duty. However, it is not enough to include tax crimes and punishments in legislation alone. Tax crime and punishment must be aggravated to prevent individuals from committing these crimes, and the crime and the punishment must be applied in the most effective manner.

Keywords: Tax, Tax Conviction, Effectiveness, (Activity)

* Bu çalışma 01.06.2016 tarihli “Adli Vergi Suçları” konulu yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

** İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, necatbatur73@gmail.com, ORCID 0000-0001-5152-1955, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.06.2018, Kabul Tarihi: 04.06.2018

Giriş

Vergi, devletin en büyük ve en önemli gelir kaynağı ve kamu finansmanının temelidir. Toplumsal yaşamın en eski oluşumlarından günümüzün modern devletlerine kadar vergi tarihin her döneminde varolmuştur. İlk başlarda gönüllülük esasına göre toplanan vergi, sosyal ve ekonomik hayatın gelişmesi, savaşlar, artan kamu harcamaları nedeniyle zamanla zorunlu bir ödeme aracı halini almıştır. Kısaca “kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla devletin otoritesini kullanarak bireylerden özel bir karşılık gözetmeden talep ettiği gelir” şeklinde tanımlanabilecek olan vergi, günümüz dünyasında kamunun finans ihtiyacını karşılaması yanında, devletin iktisadi ve sosyal amaçlarının gerçekleştirilmesinde bir araç olarak da kullanılmaktadır.¹

Vergi bireylerin gelirlerinde azalmaya neden olduğundan bireyler tarafından külfet olarak görülmektedir. Bu durum bireyleri vergi ödemeye ya da daha az ödemenin yollarını aramaya yöneltmektedir. Bireylerin vergi kaçırmaya yönelik eylemler içerisinde bulunmasının; vergi ahlakının yeterince yerleşmemesi, vergi yükünün fazlalığı, vergi suç ve cezalarının etkinliğinin görülememesi, mevzuatın karmaşıklığı, vergi adaletini zedeleyen vergi afları gibi birçok nedeni bulunmaktadır. Devlet açısından bakıldığında ise vergiyi en yüksek oranda tahsil etmek asıl amaçtır. Bu amacı gerçekleştirmenin yollarından biri ve belkide en önemlisi ise vergi ödev ve yükümlülüklerine uymamak suretiyle vergi kaybına neden olunmasının yaptırımlara tabi tutulmasıdır. Vergi ödev ve sorumluluklarına aykırı eylemlere yönelik yaptırımlar idari ve cezai yaptırım olmak üzere iki türlüdür. İdari yaptırımlar idare tarafından uygulanan idari para cezası ve diğer idari yaptırımlar şeklinde uygulanmakta, cezai yaptırımlar ise kanunilik ilkesi uyarınca kanuna göre suç olarak düzenlenen hukuka aykırı eylemler için adli makamlar tarafından yapılan yargılamalar sonucunda verilen kararlar uyarınca uygulanan hapis ya da adli para cezası şeklindeki yaptırımlardır.

Devletin vergi kaybını önlemeye yönelik tedbirlerin en sert ve bireyler üzerinde etkisi en yüksek olanı hürriyeti bağlayıcı özelliği olan

¹ Salih Turhan, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s.21

cezai yaptırımlardır. Vergi kanunlarında gösterilen maddi ve biçimsel yükümlülüklerle aykırı davranmak suretiyle devletin mali yapısına karşı işlenen fiiller olan vergi suçlarında amaç, cezanın caydırıcılığı ilkesi uyarınca vergi suçunun işlenmesinin önlenerek vergi kaybının önüne geçilebilmesidir. Mükelleflerin ve vergilendirme sürecinde rol alan bireylerin hukuka aykırı eylemlerinin cezai yaptırıma tabi tutulması, devletin vergi kaybını önlemeye yönelik düzenlemeler olması yönü ile devlet açısından olduğu kadar, vergi adaletini sağlamaya yönelik yönü ile birey ve toplum açısından da önemlidir.

Çalışmamızda vergi suç ve cezalarının bireyleri vergi suçu işlemekten alıkoyma konusundaki ve genel itibarıyla vergi kaçakçılığını önlemedeki etkisi ile vergi suç ve cezalarının etkinliğini belirleyen unsurlar ele alınmıştır. Bu kapsamda etkinlik kavramı açıklanmaya çalışılmış, vergi suç ve cezalarının etkinliğini belirleyen unsurlar ele alınarak, özellikle vergi denetimi ve vergi suçu soruşturma ve kovuşturmaları istatistik verilerle ortaya konularak, vergi suç ve cezalarının etkinliğinin artırılmasına ilişkin önerilere sonuç kısmında yer verilmiştir.

1. Etkinlik Kavramı

Sözlük anlamı ile etkinlik, çalışma, iş yapma gücü, faaliyet ve aktivite olarak ifade edilmektedir.² Ancak kullanıldığı alanlara göre etkinliğe değişik anlam ve içerikler yüklenebilmektedir. Bu kapsamda etkinlik, örgüt, firma veya birimin amaçlarına ulaşma derecesi ve başarısını gösterir.³ Buna göre kavram olarak etkinliği “herhangi bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik faaliyet ve çabaların başarıya ulaşma durumu” olarak ifade edebiliriz. Kamu yönetiminde etkinlik, kamu yararına yönelik olarak planlanan ve belirlenen hedeflere zamanında ulaşılmasıdır.⁴

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (E.T. 01.05.2018)

³ İbrahim Atilla Acar, Mehmet Emin Merter, “Türkiye’de 1990 Sonrası Dönemde Vergi Denetimi ve Vergi Denetiminde Etkinlik Sorunu”, *Maliye Dergisi*, Sayı 147, s.7 https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md147/vergi%20denetimi.pdf (E.T. 26.05.2018)

⁴ <http://etkinveadilyonetim.blogcu.com/kamu-yonetiminde-ekonomiklik-etkinlik-ve-verimlilik/10095958> (E.T. 21.05.2018)

2. Vergi Suç ve Cezalarında Etkinlik

Suç, toplumsal hayatın düzen, istikrar ve uyum içerisinde devam etmesi için geçerli olan toplumsal kurallara aykırı, kişilere veya topluma zarar veren ve kanun tarafından yasaklanan aktif veya pasif birey davranışlardır. Kanuni düzenlemelerle bu tür davranış ve ihlallerin hürriyeti bağlayıcı ceza ve ödenmemesi halinde yine hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülme özelliğine sahip adli para cezası şeklindeki cezai müeyyidelerle cezalandırılmaları öngörülmüştür. Ancak toplumsal yaşam kurallarına aykırı ve düzen bozan eylemler, benimsenen hukuk sistemi içerisinde suç dışında, haksız fiil ve kabahat olarak değerlendirilip, tazminat, disiplin yaptırımı ve idari yaptırım şeklindeki müeyyidelerle cezalandırılabilir. Yaptırımların amacı bozulan kamu düzenin yeniden tesisi ve suç işleyen bireylerin ıslahı ile topluma yeniden kazandırılmasıdır.

Vergi suçları, Vergi Usul Kanunu'nda "Kaçakçılık (VUK 359. md.), vergi mahremiyetinin ihlali (VUK 362. md. ile TCK 239. md.), haysiyet ve şerefe tecavüz hakaret (VUK 5/son ve TCK 125. md.), mükelleflerin özel işlerini yapma (VUK 363 md. ile TCK 257. md.), ve muhtarların ekim ve sayım beyanına ilişkin ihmal suçu (VUK 243, 245, 246. md. ile TCK 257. md.)" şeklinde düzenlenmiştir.

Vergi suçları, yasalarla ödevli bulunan vergi yükümlüsü veya vergi sorumlusu tarafından ya da vergilendirme işlemlerindeki görevliler ve vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak görev yapanlar tarafından ve bu kişilerin fiillerine herhangi bir şekilde iştirak eden kişiler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddi ve biçimsel yükümlülüklerle aykırı olarak işlenen fiillerdir.⁵ Ancak VUK'un 5/son fıkrasında yasak olarak düzenlenen ve TCK'nın 125. maddesindeki hakaret suçunun özel bir hali olan haysiyet ve şerefe tecavüz suçunun faili yönünden herhangi bir sınırlama bulunmamakta, yasağa aykırı eylemde bulunan ve eylemi TCK'nın 125. maddesi uyarınca da suç teşkil eden herkes bu suçun faili olabilmektedir.⁶

Vergi suçları, yasalarla ödevli bulunan vergi yükümlüsü veya vergi sorumlusu tarafından ya da vergilendirme işlemlerindeki görevli-

⁵ Osman Pehlivan, Vergi Hukuku, Eser Ofset Yayıncılık, Trabzon-1999, s.102

⁶ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013, s.423

ler ve vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak görev yapanlar tarafından ve bu kişilerin fiillerine herhangi bir şekilde iştirak eden kişiler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddi ve biçimsel yükümlülüklerle aykırı olarak işlenen fiillerdir. Vergi suçları, Vergi Usul Kanunu'nda "Kaçakçılık (VUK 359. md.), vergi mahremiyetinin ihlali (VUK 362. md. ile TCK 239 md.), mükelleflerin özel işlerini yapma (VUK 363 md. ile TCK 257. md.) ve muhtarların ekim ve sayım beyanına ilişkin ihmal suçu (VUK 243, 245, 246 md. ile TCK 257. md)" şeklinde düzenlenmiştir. Kaçakçılık suçu ile muhtarların ekim ve sayım beyanına ilişkin ihmal suçu, devletin sürekli artan kamusal ihtiyaçlarının finansmanı için vergileri mümkün olduğu kadar daha yüksek oranda tahsil etmek istemesi, bireylerin ise gelirlerinde azalmaya yol açan vergiyi tam olarak ödemeye yanaşmak istememesi ve bunun için hukuka aykırı eylemlere başvurmasının bir sonucudur. Vergi mahremiyetinin ihlali suçunda asıl amaç ve korunan hukuki değer, vergi mükellefi ve sorumlularının vergiye ilişkin olan ve herkes tarafından bilinmesi istenmeyen bilgileri, ticari sırları ve özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel verilerinin korunmasıdır.⁷ Mükelleflerin özel işlerini yapma suçunda ise korunan hukuki yarar, devletin görevlisi olan memurların tarfsızlık ve eşit davranma ilkesine aykırı davranmaları sonucu devletin zarar görmesinin önlenmesidir.⁸ Vergi suç ve cezalarının, toplanan vergi miktarı üzerinde ve bireyleri yasal olmayan eylemler içerisine girmekten alıkoyma konusundaki etkisi vergi suç ve cezalarının etkinliğine bağlıdır. Vergi ahlak ve bilincinin yeterli düzeyde gelişmediği toplumlarda devlet yaptırım uygulamaksızın yeterli düzeyde vergi toplayamamaktadır.⁹

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve kamusal ihtiyaçların en büyük finansman kaynağı olan verginin konulması, toplanması, denetimi, ihlallere yönelik önlem ve yaptırımlar gibi vergi yönetimi konusundaki etkinlik önem arz etmektedir. Bu kapsamda vergi suç ve cezalarında etkinlik, vergi ile ilgili işlemlerde hukuka aykırı eylem olarak öngörülen fiiller ile bu fiilleri işleyenler için öngörülen cezai

⁷ Doğan Şenyüz, a.g.e. s.409

⁸ Doğan Şenyüz, a.g.e. s.419

⁹ Ayşe Şaan, "Türkiye'de Vergi Kaçakçılığının Önlenmesinde Vergi Denetiminin Etkinliği", Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2008, s. 14, <http://193.255.140.18/Tez/0069659/metin.pdf>

yaptırımların; vergi yükümlüsü, vergi sorumlusu, vergi işlemlerinde görevli olanlar ve bunların eylemlerine iştirak eden bireyler ile genel olarak tüm ülke bireylerinin, vergi suçu olarak öngörülen eylemlerde bulunmamalarına ve nihai olarak devletin vergi gelirlerinin azalmasına olan etkisi, kısaca bireyleri vergi suçu işlemekten alıkoymadaki etkisidir.

3. Vergi Suç ve Cezalarının Etkinliğini Belirleyen Unsurlar

Vergi suç ve cezalarının etkinliğine bağlı olarak, vergisini ödeme konusunda gönüllü uyum sağlayan bireylerin sayısı artacak, vergi adaleti sağlanacak, istenen düzeyde vergi toplanacak ve dolayısıyla kamu düzeni tesis edilecektir. Vergi suç ve cezalarının etkin olması, vergi suçu işleyen bireylerin karşı karşıya kalacakları cezai yaptırımlardan çekinmesi ve suç oluşturan eylemlerde bulunmaması, suç işleme düşüncesi taşıyan bireylerin ise yaptırımın ağırlığı ve etkisi karşısında bu düşüncelerinden vazgeçmeleri sonucunu doğurmasıdır.

Ülkede uygulanan suç ve ceza politikası, demokrasi, insan hakları ve özgürlük anlayışı, ekonomik yapı ve kalkınma düzeyi, genel ahlak düzeyi, eğitim seviyesi gibi faktörler genel anlamda olduğu gibi vergi suç ve cezalarının etkinliği konusunda da belirleyicidir. Vergi suç ve cezalarının etkinliğini gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak belirleyen unsurlar başlıklar altında incelenecektir.

3.1. Vergi Mevzuatının Yapısı

Vergi mükellef ve sorumlularının gerçek dışı beyanda bulunmaları, vergi ödev ve sorumluluklarına ilişkin eylem ve faaliyetlerinde yasal olmayan yollara başvurarak suç işlemelerinin nedenlerinden biri vergi mevzuatının yapısıdır. Bu anlamda vergi mevzuatının açık ve anlaşılabilir bir yapıda olup olmadığı, yasa değişikliklerinin çok sık yapılması gibi hususlar vergi suç ve cezalarının etkinliği belirleyen unsurlardandır.

3.1.1. Mevzuatın Açık ve Anlaşılabilirliği

Vergi mevzuatının açık ve anlaşılabilir olması, mükelleflerin vergiye ilişkin ödev ve sorumluluklarını kolayca anlayıp suç oluşturan eylemlere girmesini engelleme konusunda önemlidir. Vergi mevzuatının

karmaşık yapıda olması, zaten vergi ödemeye gönüllü olmayan mükelleflerin yanlış beyanda bulunma eğilimine katkıda bulunmaktadır.¹⁰ Vergi suçlarının azalması ve suç ve cezaların etkinliğinin sağlanması bakımından vergi kanunlarının ülkedeki ekonomik, mali ve sosyal yapıya uygun olarak ve vergi ile ilgili meslek mensupları tarafından kolay ve anlaşılabilir bir şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹¹

Vergi mevzuatımıza baktığımızda, Vergi Usul Kanunu (VUK) dışında birçok kanunda düzenleme veya atıf yapıldığı, Bakanlar Kurulu Kararları ve Tebliğler'de vergiye ilişkin hüküm olduğunu görmekteyiz. Dağınık ve çok sayıda kanunda vergiye ilişkin düzenleme bulunması, vergiye ilişkin mükerrer veya çelişkili hükümler bulunmasına neden olmakta, bunun yanı sıra geçici maddeler ve değiştirilen maddelerin olması vergilendirmede açıklık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Vergiye ilişkin tüm yasal düzenlemelerin vergi kanunlarında yer alması, vergi kanunları ile diğer kanunlar arasındaki uyumsuzlukların giderilmesine yönelik çalışma yapılması vergi mevzuatının herkes tarafından kolay ve rahat bir şekilde anlaşılması ve takibi açısından gerekli ve önemlidir.¹²

3.1.2. Vergi Mevzuatındaki Değişiklikler

Vergi mevzuatının çok sık değişikliğe uğraması vergi kaçakçılığı ile mücadelede ve vergi suçlarının etkinliğinin sağlanmasında olumsuz sonuçlara neden olmaktadır.¹³ Mevzuatın sıkça değiştirilmesi, geriye dönük değişiklikler yapılması, vergi suçu yaptırımlarının değiştirilmesi, mükellefin vergi idaresine olan güvenini sarsmakta, yanı sıra mevzuatın karmaşık bir yapıya dönüşerek kanun boşluklarının doğmasına ve bunun mükellefler tarafından kötüye kullanılmasına neden olmaktadır.¹⁴

¹⁰ Ali Çelikkaya, "Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler", *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Temmuz 2002, Sayı:5, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acelikkaya-1.htm>, (E. T. 07.03.2016).

¹¹ Filiz Aygen, "Vergi Kayıp ve Kaçakçılığının Nedenleri ve Bunların Önlenmesinde Denetimin Rolü", *Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2003 Sakarya, s.37

¹² Ayşe Şaan, a.g.e., s.31

¹³ İbrahim Atilla Acar, Mehmet Emin Merter, a.g.e., s. 8

¹⁴ Emine Koban, Zerrin Fırat, "Kayıt Dışı Ekonomide Vergi ve Sosyal Güvenlik

Vergi kanunlarının çok sık değiştirilmesi, vergi suçundan dolayı açılan davaların yargılama süreçlerini de uzatmakta, vergi adaleti ve vergi suç ve cezalarının etkinliğini doğrudan etkilemektedir. Vergi suçları ile ilgili yargılamaların genel mahkemelerde görülmesi ve Vergi Usul Kanunu'nda yer almayan hususlarda Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Ceza Muhakemesi Kanun (CMK)'larının uygulanması nedeniyle bu kanunlarda yapılan değişiklikler de vergi suçu soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin uzamasına neden olmaktadır. Nitekim TCK'nın zaman bakımından uygulanma başlıklı 7/2. fıkrasındaki "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklindeki düzenlemeye göre yapılan yasa değişikliklerinin vergi suçu ile ilgili kovuşturmalarda sanıkların lehine hüküm içerip içermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Buna göre ilk derece mahkemesince karar verilip istinaf veya temyiz incelemesi için üst mahkemelere gönderilen ve henüz kesinleşmeyen, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen veya istinaf veya temyiz incelemesi sonrası onanarak kesinleşmiş olsa dahi henüz infaz edilmeyen dosyalardaki vergi suçlarında yasa değişikliğinin lehe hüküm içerip içermediğinin değerlendirilmesi amacıyla yeniden ele alınmakta, bu durum ise vergi suçu ceza süreçlerinin uzamasına ve kimi zaman suçun zamanaşımına uğramasına neden olmaktadır. Vergi suçu işleyen kişiler hakkında yargılama süreçlerinin bu nedenle uzaması, vergisini düzenli ödeyen ve yasadışı yollara başvurmeyen mükelleflerin devlete ve yargıya bakış açılarını olumsuz yönde etkilemektedir. Nitekim kaçakçılık suçunun düzenlendiği VUK'un 359. maddesine baktığımızda 1994 yılından bu güne kadar üç kez değiştirildiğini görmekteyiz.¹⁵ Bunun yanında TCK ve CMK gibi temel ceza yasalarında yapılan değişiklikler gözönüne alındığında vergi suç ve cezalarının bu yönü ile yeterince etkin olmadığını söyleyebiliriz.

Açısından Denetim Olgusu İş, Güç", *Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, Cilt:9, Sayı:1, Ocak 2007, s.172. <http://www.isgucdergi.org/?p=main&vol=9&num=1&year=2007> (E.T.07.03.2016)

¹⁵ VUK'un 359. maddesinde 26.04.1994 tarihinde 4008 sayılı Kanun, 22.07.1998 tarihinde 4369 sayılı Kanun ve 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır.

Aşağıda örnek olarak verilen ve bu konu ile ilgili birçok karardan yalnızca biri olan Yargıtay kararındaki dava dosyasına konu suçun 2005 tarihli olduğu, Yargıtay ilgili daire kararının ise 2014 tarihli ve bozma yönünde olduğu, yeniden ilk derece mahkemesine gönderildiği, yargılamanın henüz kesin hükümlerle sonuçlandırılmadığı hususu bu durumu en somut şekilde ortaya koymaktadır.¹⁶

“213 sayılı Yasa’nın 359/b-1. maddesinin, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki metninde ceza, on sekiz aydan üç yıla kadar hapis olarak öngörülmüşken, değişiklikten sonra aynı fiil için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olması karşısında, 213 sayılı Yasa’nın 359/b-1. maddesinin, 5728 sayılı Yasa ile değişmeden önceki halinin uygulanıp teşdiden mi ceza verildiği, yoksa lehe kanun değerlendirmesi yapmadan, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan, aynı maddenin 5728 sayılı Yasa ile değişiklikten sonraki halinin uygulanıp alt sınırdan mı ceza verildiği hususunun denetime olanak verecek şekilde açıkça gösterilmemesi ve alt sınırdan ceza verildiğinin kabul edilmesi halinde 5728 sayılı Yasa ile değişiklikten önceki halinin lehe olduğunun gözetilmemesi,”

Y. 11.CD. 10.04.2014, E 2012/23115, K 2014/7008

3.2. Suç ve Cezaların Caydırıcılığı

Devlet elde etmek istediği vergi gelirini en yüksek oranda toplayabilmek için yaptırım uygulamak zorundadır. Çünkü mükelleflerin büyük çoğunluğu gelirlerinde azalmaya neden olan vergiyi gönüllü olarak vermek istemezler. Vergi cezaları, mükellef veya vergi sorumlularının devlet hazinesine zarar vermeye yönelik yasa dışı eylemlerine yaptırım uygulanmasıdır.¹⁷ Hemen belirtmeliyiz ki burada söz konusu edilen vergi cezaları, adli vergi suçları için öngörülen vergi cezalarıdır.

Vergi suç ve cezaları, mükellefleri vergi suçu işlemekten alıkoymak nitelikte olmalıdır. Bunun için yasalarda yer alan vergi suç ve cezalarının, özellikle uygulamada birbirine zıt veya farklı kararların

¹⁶ Örnek Yargıtay kararına konu dava dosyası Kayseri 5. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2009/966 E. sayılı dosyası olup suç tarihi 01.09.2005’dir.

¹⁷ Hüseyin Güçlü, Hatice Herek, “Türkiye’de Vergi Suç ve Cezalarının Değerlendirilmesi: Antalya İli Örneği”, *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Yıl 2012, CİLT XXXII, SAYI I, s. 316 <http://dosya.marmara.edu.tr/ikf/iib-dergi/2012-1/16-cicek-herak.pdf> (E.T.07.03.2015)

verilmesine yol açmayacak şekilde, kanunilik ilkesi doğrultusunda açık ve net bir şekilde düzenlenmelidir. Bunun yanında vergi suçlarına uygulanacak cezaların bireyleri vergi suçu işleme düşüncesine girmekten ve buna yönelik eylemde bulunmaktan alıkoyacak ağırlıkta olmalıdır.¹⁸ Vergi suçu işleyenler hakkında verilecek hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilememesi ve ertelenememesine yönelik düzenlemeler getirilmeli, vergi suçu işleyenlerin kamu görevi üstlenmesi ve kamu ihalelerine katılmasının engellenmesine yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.¹⁹

Vergi cezalarının caydırıcı olamamasının bir nedeni de vergide uzlaşma müessesesidir. Vergide uzlaşma TCK'daki uzlaşma müessesesinden farklı olarak cezai hükümler için değil, idari yaptırım niteliğindeki vergi kabahatleri için "vergi dairesi ile vergi borçlusu veya sorumlusunun vergiler ve vergi cezalarına ilişkin hususlarda anlaşmaya varmaları"²⁰ şeklinde düzenlenmiş ise de; vergi kabahatlerindeki uzlaşma, vergi suçlarını ve dolayısıyla vergi cezalarını da etkilemektedir. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi uyarınca bireylerin, kanunda suç olarak düzenlenen eylemlerde bulunmaları halinde cezai yaptırım ile karşı karşıya kalacaklarını bildikleri kabul edilir. Ancak, özellikle kaçakçılık suçları başta olmak üzere vergi suçlarının yapısı itibarıyla bireyler tarafından beklenen düzeyde bilindiğinden söz edilemez. Mükellef, sorumlu veya vergi ile ilgili iş ve işlemlerde bulunanlar, ödev ve sorumluluklarına aykırı davranma sonucunda devletin gelir kaybına uğrayacağını bilip hesap etseler dahi, fiillerinin aynı zamanda suç oluşturabileceğini ve cezai yaptırım ile karşı karşıya kalabileceklerini ön göremeyebilirler. Vergi kaybı nedeniyle devletin nasılsa uzlaşma yoluna başvuracağına ve bir şekilde vergi idaresi ile uzlaşacaklarına dair beklenti ve uygulamalar ise vergi mükellefi ve sorumlularının çok daha kolay bir şekilde suç oluşturan eylemler-

¹⁸ VUK'un 359. maddesinde 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesi ile yapılan değişiklik ile 359/a bendindeki "altı aydan üç yıla kadar" ibaresi "on sekiz aydan üç yıla kadar" şeklinde değiştirilmiş, 359/b bendindeki "on sekiz aydan üç yıla kadar ibaresi 359/b bendinde "üç yıldan beş yıla kadar" yeni eklenen 359/c bendinde ise "iki yıldan beş yıla kadar" şeklinde değiştirilerek cezalar artırılmıştır.

¹⁹ Abdullah Aslan, "Vergi Denetim Sistemi ve Hesap Uzmanları Kurulu", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:250, İstanbul, Haziran 2002, s.6

²⁰ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Ankara 1998, s.220

de bulunmalarına neden olabilecektir. Bu nedenle VUK'un EK 1 vd. maddelerinde düzenlenen uzlaşma müessesesine sıkça başvurulması, vergisini zamanında ve tam olarak ödeyen mükelleflerin aleyhine bir durum oluşturarak, vergi adaletini bozmakta, bu durum ise dürüst ve namuslu kişilerinde yasa dışı yollara başvurmalarına ve suç işlemele- rine yol açabilmektedir.²¹

3.3. Aflar

Vergi suç ve cezalarının etkinliğini doğrudan etkileyen en önemli hususlardan biri de aflardır. Gerek vergi afları, gerekse suç ve ceza- lar için çıkartılan genel aflar vergi suç ve cezalarının önleyici işlevini azaltmaktadır.²²

3.3.1. Vergi Afları

Vergi afları, ekonomik istikrarsızlık ve kriz dönemlerinde vergi mükelleflerinin ve devletin vergi gelirlerinin çıkmaza girdiği zaman- larda söz konusu olmaktadır. Ancak vergi afları çoğu zaman mükellef- leri ekonomik anlamda rahatlatmak amacıyla, kimi zamanda devletin vergi gelirini artırmak amacıyla çıkartılmaktadır (2003 yılında çıkartı- lan vergi affı).²³ Hangi nedenle olurla olsun vergi aflarının vergi adale- tini ve vergi barışını bozan işlemlerdir. Vergi afları kısa vadede olumlu netice ile sonuçlansada orta ve uzun vadede vergi kaçırma eğilimini artırarak vergi uyumunu olumsuz yönde etkilemektedir.²⁴

Son yıllarda çok sık çıkartılan vergi afları, gelirini doğru beyan et- meyen, vergi kaçırانları bu duruma daha çok teşvik etmekte, vergisini düzgün ödeyen kişiler için ise adeta ceza olarak algılanmaktadır. Zira vergi afları mükellefler nezdinde ileride af olacağı beklentisi oluşturu- makta ve esnek davranmalarına neden olmaktadır. Haklarında uygu- lanan vergi cezaları af nedeniyle ortadan kalkan mükellefler vergisini

²¹ Mustafa Ali Sarılı, "Türkiye'de Kayıt Dışı Ekonominin Boyutları, Nedenleri, Et- kileri ve Alınması Gereken Tedbirler", *Bankacılar Dergisi*, Haziran 2002, Yıl 13, Sayı:41, s.41 <http://www.tbb.org.tr/dosyalar/dergiler/dokumanlar/41.pdf> (E.T. 09.03.2016)

²² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, a.g.e., s. 221

²³ İlhan Gökalp, "Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler", *Akademik Ba- kış, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E. Dergisi*, Sayı:12, Mayıs 2007, s.8 <http://www.akademikbakis.org/eskisite/12/makale/VOEF.pdf> (E.T. 07.03.2016)

²⁴ Ali Çelikkaya, a.g.m.

düzenli ödeyen mükellefleri da vergi ödememenin yollarını aramaya sevk etmektedir.²⁵ Bu nedenle vergi aflarının çok sık çıkartılmaması ve önceden tahmin edilmeden uygulanması gerekmektedir.

3.3.2. Suç ve Cezalara İlişkin Aflar

Vergi suç ve cezalarının işlevini ve etkinliğini azaltan diğer bir husus da çıkartılan genel veya özel aflardır. Bilindiği üzere af çıkartma yetkisi Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca TBMM'ye aittir.²⁶ Zaman zaman çıkartılan aflar suçu ve cezayı ortadan kaldırmakta, vergi suç ve cezaları da bu anlamda affedilmektedir. Ancak vergi suçlarının devlete yönelik ekonomik suçlar olmaları, devletin vergi alacağını azaltan ve bu yönü ile tüm kamuyu ilgilendiren suçlar olmaları nedeniyle orman suçları (Ay m.169/3) gibi af kapsamı dışında tutulmalıdır.

3.4. Vergi Denetimi

Türk vergi sistemi genel itibariyle beyan esasına dayalı olduğundan mükellefler daha az vergi ödemek için gelirlerini tam olarak beyan etmeme yoluna başvurabilmektedirler. Vergi kaçırmaya neden olan bu durum mükelleflerin vergi ödev ve sorumluluklarını tam olarak yerine getirmeme ve hukuka aykırı eylemlerde bulunarak suç işlemlerine neden olmaktadır. Bunu önlemenin yolu etkin bir vergi denetim mekanizması kurulmasına bağlıdır.²⁷ Vergi denetimi, esas itibariyle en yüksek miktarda vergi toplanmasını sağlamaya yönelik olmak üzere, vergi mükelleflerinin vergi idaresi ile olan ilişkilerinde vergi yasaları ve diğer mevzuata uygun davranıp davranmadıklarını tespit etmeye yönelik işlemlerdir.²⁸

Vergi denetiminin vergi suç ve cezalarının etkinliği konusundaki rolü mükellef veya vergi sorumlularının suç oluşturan eylemlerini ortaya çıkarmasından kaynaklanmaktadır. Zira vergi suçları, vergi

²⁵ Yusuf Kıldış, "Kayıt Dışı Ekonominin Ulusal- Uluslararası Boyutu ve Çözüm Önerileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl 2000, Cilt 2, Sayı:2, s.7 <http://kutuphanem.bilgievi.gen.tr/indir.aspx?id=6375> (E.T. 07.03.2016)

²⁶ Doğan Şenyüz, a.g.e. s. 454

²⁷ Aytaç Eker, *Kamu Maliyesi*, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2004, s. 154

²⁸ Abdülkadir Ünal, "Türkiye'de Vergi Denetimi ve Vergi Denetmenlerinin Denetim İçerisindeki Rolü", Vergi Denetmenleri Derneği Genel Merkezi, Ankara 2007.

inceleme elemanları ve vergi idaresi yetkililerinin yapacakları denetimler sonucu ortaya çıkarılmaktadır. Vergi incelemesi sonucu hazırlanan vergi suçu raporları ile kaçakçılık suçları Cumhuriyet savcılıklarına ihbar edilmektedir. Vergi inceleme raporları olmadan doğrudan Cumhuriyet savcılıklarına yapılan kaçakçılık suçu ihbarlarında da savcılıklar ilgili vergi dairesinden vergi incelemesi yapmalarını talep etmektedir. Kaçakçılık suçlarında vergi dairesinin mütalası olmadan dava açılmaz, bu durum kaçakçılık suçları için dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Aşağıdaki tabloda yıllar itibariyle ülkedeki toplam mükellef sayıları ile incelenen mükellef sayıları ve oranlarına yer verilmiştir.

Tablo 1- Yıllara Göre İncelenen Mükellef Sayısı

(Faal Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi Mükellef Sayıları Toplamı)

Yıllar	İncelenen Mükellef Sayısı	Toplam Mükellef Sayısı	İncelenen Mükellef Oranı
2011	16.267	2.367.721	% 0,69
2012	46.845	2.422.975	% 1,93
2013	71.352	2.460.281	% 2,90
2014	55.284	2.472.658	% 2,24
2015	58.676	2.527.084	% 2,32
2016	49.817	2.541.016	% 1,96
2017	44.182	2.636.370	% 1,68

Kaynak: Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları²⁹

Vergi denetim ve inceleme oranlarına baktığımızda toplam mükellef sayısının çok az bir kesiminin, toplam vergi mükelleflerinin ancak % 2'sinin incelenbildiğini görmekteyiz. Bunun yanında vergi incelemeleri sonucu düzenlenen rapor sayılarına baktığımızda aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere son beş yılın ortalamasına göre

²⁹ <https://www.vdk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FDosya%2F2017VDKFaaliyetRaporu.pdf>

yıllık yaklaşık 10.000 adet civarında vergi suçu raporu düzenlendiğini görmekteyiz. Yıllar itibariyle incelenen mükellef sayıları ile incelemeye tabi bu mükellefler hakkında düzenlenen vergi suçu raporlarını karşılaştırdığımızda, incelenen her beş mükelleften biri hakkında vergi suçu raporu düzenlendiğini ve buna göre incelenen her beş mükelleften biri hakkında vergi suçu nedeniyle soruşturma başlatıldığı sonucuna varmaktayız. Tablo 1'deki verilere göre, incelemeye tabi tutulan mükellef sayısının genel mükellef sayısına oranla çok az olması ve Tablo 2'deki verilere göre de incelemeye tabi mükelleflerin % 20'si hakkında vergi suçu nedeniyle vergi suçu raporu düzenlendiği gözönüne alındığında, tüm vergi mükellefleri içerisinde vergi suçu işleyerek, vergi kaybına neden olan mükelleflerin tam anlamıyla ortaya çıkartılamadığını, vergi suçu işleyen mükelleflerin, tüm mükellefler içerisinde incelemeye tabi tutulan ve vergi suçu işlediği tespiti ile haklarında işlem yapılan mükelleflerden çok daha fazla olabileceğini söyleyebiliriz.

Tablo 2- Yıllara Göre Vergi Rapor Sayıları

Yıllar	Vergi İnceleme Raporu	Vergi Tekniği Raporu	Vergi Suçu Raporu	Görüş ve Öneri Raporu	Diğer	Toplam
2012	101.080	12.386	9.542	1.499	-	124.507
2013	144.547	16.228	12.421	11.413	427	185.036
2014	131.587	18.879	10.675	6.948	278	168.367
2015	151.065	18.563	9.118	6.185	343	185.274
2016	122.245	25.706	10.380	6.371	719	165.421

Kaynak: Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları

Tablo 3- Yıllara Göre Vergi Kaçırma Suçuna Yönelik Yapılan Adli Talep ve İhbarlar

Yıllar	2012	2013	2014	2015	2016
Vergi Kaçırma	118	108	117	65	34

Kaynak: Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları

Mali Suçları Araştırma Kurulu verilerine baktığımızda ise 2012 ile 2016 yılları arasındaki dönemde mali suçlara ilişkin bireysel ve kurumsal olmak üzere kuruma yapılan ihbarlarda kaçakçılık suçlarına ilişkin ihbarların azalma eğiliminde olduğunu görmekteyiz.³⁰

Vergi suçu işleyenlerin tespitinin çok büyük oranda vergi denetim ve incelemelerine dayandığı gözönüne alındığında, inceleme oranının düşük olmasının vergi yasalarına aykırı davranarak vergi suçu işleyenleri cesaretlendirdiğini söyleyebiliriz. Bu bakımdan vergi denetim ve incelemeleri, vergi suçlarının tespiti ile önlenmesine yönelik tedbirlerin alınabilmesi ve dolaylı olarak vergi suçlarının etkinliğinin sağlanabilmesi konusunda oldukça önem arz etmektedir.

3.5. Vergi Suçu Soruşturmaları

VUK'nda yer alan vergi suçlarından en çok ihlal edileni VUK'un 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçlarıdır. Kaçakçılık suçlarında soruşturma usulü genel soruşturma usulünden farklıdır. Bu suçlarda soruşturmanın temeli vergi inceleme raporlarına dayanmaktadır. VUK'un 367. maddesine göre vergi incelemesi sonucu VUK'nun 359. maddesinde yazılı suçların öğrenilmesi üzerine ilgili vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından durumun Cumhuriyet başsavcılığına bildirileceği, vergi suçu işlendiğini herhangi bir şekilde haber alan Cumhuriyet savcısının da ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını isteyeceği ve bunun bir dava şartı olduğuna yukarıda değinilmişti.

Cumhuriyet başsavcılıklarına yapılan vergi suçu ihbarlarına dayalı olarak hakkında soruşturma yapılan şüpheli sayısı ve soruşturmanın ne şekilde sonuçlandırıldığına baktığımızda, vergi suçu işleyen şüphelilerin genel olarak suç işleyen tüm şüpheli sayısına oranla düşük olduğunu, buna karşılık vergi suçundan dolayı soruşturulan şüpheliler hakkındaki soruşturmanın büyük oranda kamu davası açılması ile sonuçlandırıldığını görmekteyiz.³¹

³⁰ Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları, <http://www.masak.gov.tr/tr/content/faaliyet-raporlari/43> (E.T. 05.02.2018)

³¹ Bu ve devam eden başlıkta sözü edilen ve tablolarda veri olarak yer alan soruşturma ve kovuşturmalar kaçakçılık suçu soruşturmalarıdır.

Tablo 4- Haklarında Verilen Kararlara Göre Genel Şüpheli Sayıları ile Vergi Suçu Şüpheli Sayıları

Yıllar	Genel Şüpheli Sayısı	Vergi Suçu Şüphelisi Sayısı	Vergi Suçu Şüpheli Sayısının Genel Şüpheli Sayısına Oranı
2010	5 496 895	14 681	% 0,267
2011	5 533 445	13 279	% 0,240
2012	5 754 219	20 328	% 0,353
2013	6 251 822	25 151	% 0,402
2014	6 673 582	25 291	% 0,375
2015	7 115 323	22 627	% 0,318
2016	6 377 622	20 918	% 0,327
2017	7 011 311	25 092	% 0,357

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi³²

Yukarıdaki tabloda yer alan verilere göre 2011 yılında bir önceki yıla oranla vergi suçu şüphelilerinin hem sayısal hem de oransal olarak azaldığını, sonraki yıllarda hem sayısal hem de oransal olarak ciddi bir artış olduğu, 2014 yılında ise sayısal anlamda çok az miktarda artmasına rağmen oransal olarak düştüğünü, 2015 ve 2016 yıllarında hem sayısal hem de oransal olarak düştüğünü, 2017 yılında ise sayısal ve oransal olarak arttığını görmekteyiz. Tablo 1 de yer alan vergi inceleme oranlarındaki değişime göre değerlendirdiğimizde, artışın vergi inceleme oranına bağlı olarak değiştiğini görmekteyiz. Buna göre incelenen mükellef sayısının en az miktarda olduğu 2011 yılı vergi suçu şüphelisinin en az olduğu yıl, incelenen vergi mükellefi sayısının en çok olduğu 2013 yılı ise oran olarak vergi şüphelisinin en çok soruşturulduğu yıl olarak karşımıza çıkmaktadır.

³² Tablo 4 ve devamında yer alan tablolar Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün istatistik verilerine göre hazırlanmıştır. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2017 http://www.adli-sicil.adalet.gov.tr/ist_arsiv.html (E. T. 28.05.2018)

Tablo 5- Yıllara Göre Vergi Suçu Şüphelileri Hakkında Verilen Kararlar ve Oranları

Yıllar	Toplam Vergi Suçu Şüpheli Sayısı	Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararı Verilen	Oran %	Kamu Davası Açılan	Oran %	Diğer Kararlar	Oran %
2010	14 681	1 526	10,4	11 150	75,9	2 005	13,7
2011	13 279	1 517	11,4	9 443	71,1	2 319	17,5
2012	20 328	1 555	7,6	15 837	77,9	2 936	14,4
2013	25 151	1 815	7,2	19 207	76,4	4 129	16,4
2014	25 291	2 107	8,3	19 540	77,3	3 644	14,4
2015	22 627	2 277	10,1	16 472	72,8	3 878	17,1
2016	20 918	2 227	10,6	15 275	73,1	3 416	16,3
2017	25 092	2 368	9,4	19 227	76,6	3 497	13,9

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi

Tablo 5’de yer alan verilere göre vergi suçundan soruşturulan şüphelilerin yaklaşık % 75’i hakkında kamu davası açıldığı, % 10’u hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği, % 15’i hakkında ise diğer (yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme vb.) kararların verildiği görülmektedir.

Tablo 6- Yıllara Göre Genel Olarak Şüpheliler Hakkında Verilen Kararlar ve Oranları

Yıllar	Toplam Şüpheli Sayısı	Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararı Verilen	Oran %	Kamu Davası Açılan	Oran %	Diğer Kararlar	Oran %
2010	5 496 895	1 996 690	36,3	2 881 643	52,4	618 562	11,3
2011	5 533 445	1 946 182	35,2	2 887 798	52,2	699 465	12,6
2012	5 754 219	2 175 809	37,8	2 871 615	49,9	706 795	12,3
2013	6 251 822	2 517 621	40,3	3 039 395	48,6	694 806	11,1
2014	6 673 582	2 977 413	44,6	2 928 280	43,9	767 889	11,5

Yıllar	Toplam Şüpheli Sayısı	Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilen	Oran %	Kamu Davası Açılan	Oran %	Diğer Kararlar	Oran %
2015	7 115 373	3 232 401	45,4	3 098 036	43,5	784 886	11,0
2016	6 377 622	2 940 598	46,1	2 545 419	39,9	891 605	14,0
2017	7 011 311	3 581 449	51,1	2 412 249	34,4	1 017 613	14,5

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi

Tablo 5 ve Tablo 6'deki verilere göre vergi suçundan soruşturulan şüpheliler hakkında verilen kararlar, genel olarak soruşturulan şüpheliler hakkında verilen kararlar ile mukayese edildiğinde, vergi suçu şüphelileri hakkında kamu davası açma oranının genel suç soruşturmalarına göre oldukça yüksek olduğu görülmektedir.

Tablo 6'daki verilere göre genel olarak soruşturulan şüpheliler hakkındaki soruşturmaların yaklaşık % 45'i kamu davası açılması şeklinde sonuçlandırılırken, vergi suçu şüphelileri için bu oran % 75 civarındadır. Bu durum vergi suçu soruşturmalarının vergi inceleme raporlarına dayanması, inceleme raporlarının genel itibariyle teknik ve ayrıntılı oluşu, soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcılarının konuya tam hakim olamaması ve soruşturmaya vergi inceleme raporuna dayalı olarak hazırlanan vergi suç raporu ve mütalaaları ile şüpheli beyanı dışında katkı yapacak bir husus bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen bu soruşturmaların genel soruşturmalara göre daha etkin olduğu söylenebilir. Ancak dava ile sonuçlandırılan soruşturmaların mahkemelerde kovuşturma aşamasında nasıl sonuçlandırıldığı daha çok önem arz etmektedir. Buna ilişkin açıklamalara ve sayısal verilere aşağıda yer verilecektir.

3.6. Vergi Suçu Kovuşturmaları

Vergi suçlarından açılan kamu davalarının ne şekilde sonuçlandırıldığı, yapılan vergi incelemeleri ve vergi suçu soruşturmalarının etkinliğini göstermesi bakımından önemlidir. 2010-2017 yılları arasındaki süreçte vergi suçundan açılan davalardaki suç sayıları, toplam suç sayıları, oranları ve verilen karar sayıları ile karar niteliklerine ilişkin sayısal veriler aşağıdaki tablolarda gösterilmiştir.

Tablo 7- Yıllara Göre Vergi Suçundan Mahkemelere Açılan ve Karara Bağlanan Davalardaki Suç Sayısı ve Oranları ile Genel Suç Sayısı Oranları

Yıllar	Vergi Suçundan Açılan Davalardaki Suç Sayısı	Vergi Suçundan Karara Bağlanan Davalardaki Suç Sayısı	Oran %	Açılış Yıllarına Göre Vergi Suçundan Karara Bağlanan Davalardaki Suç Sayısı	Açılış Yıllarına Göre Karara Bağlanan Tüm Davalardaki Suç Sayısı	Oran %	Açılan Davalardaki Toplam Suç Sayısı	Karara Bağlanan Davalardaki Toplam Suç Sayısı	Oran %
2010	16 354	14 901	91,11	13 220	2 971 237	0,44	3 344 599	3 327 505	99,48
2011	12 947	17 203	132,8	14 445	3 182 832	0,45	3 191 147	3 604 403	112,95
2012	21 051	20 782	98,72	15 712	3 869 326	0,40	3 603 167	4 442 282	123,28
2013	28 073	19 995	71,22	18 746	3 478 727	0,53	3 388 613	3 599 805	106,23
2014	30 445	31 404	103,1	22 879	3 408 168	0,67	3 276 464	3 929 262	119,92
2015	23 781	23 702	99,66	23 702	3 248 158	0,72	3 226 012	3 248 158	100,68
2016	25 686	27 605	107,4	18 220	2 651 134	0,68	2 826 960	3 303 379	116,85
2017	31 646	30 375	95,98	19 762	2 610 166	0,75	2 971 407	3 320 765	111,75

Not: Açılan davalardaki suç sayısı, cari yıl içerisinde açılan ve bozularak gelen davalardaki suçları kapsamaktadır. Karara bağlanan davalardaki suçlar içerisinde geçmiş yıllarda açılan davalardaki suçlar da bulunmaktadır.

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi

Tablo 7'deki verilere baktığımızda 2010-2017 yılları arasındaki süreçte 2011 yılı hariç olmak üzere vergi suçundan açılan ve karara bağlanan davalardaki suç sayısında artış olduğu, 2011 yılında ise bir önceki yıla oranla 1/3 oranında azalma olduğu görülmektedir. Tablo 1'de yer alan ve aynı yıllar içerisinde incelenen mükellef sayısı ile birlikte değerlendirildiğinde incelenen mükellef sayısına paralel bir şekilde artış ve azalış olduğunu görmekteyiz.

Tablo 7'deki verilere göre vergi suçundan açılan ve karara bağlanan davalardaki suç sayısı oranının açılan ve karara bağlanan toplam

davadaki suç sayısı oranından daha düşük olduğunu görmekteyiz. Bu durum karara bağlanan davalardaki suçlar içerisinde geçmiş yıllarda açılan davalardaki suçların bulunmasından ve vergi suçlarının toplam suç sayısı içerisindeki oranının az olmasından kaynaklanmaktadır.

Tablo 8- Vergi Suçundan Açılan Davalarda Verilen Karar Dağılımları

Yıllar	Verilen Toplam Karar Sayısı	Mahkûmiyet	Oran %	Beraat	Oran %	Yetkisizlik Görevsizlik Birleştirme	Oran %	Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması	Oran %	Hüküm Verilmesine Yer Olmadığı	Oran %	Diğer Kararlar	Oran %
2010	14 901	6 235	41,8	2 452	16,5	*	*	*	*	*	*	6 214	41,7
2011	17 203	7 828	45,5	3 799	22,1	*	*	*	*	*	*	5 576	32,4
2012	20 782	10 309	49,6	3 161	15,2	1 841	8,9	2 559	12,3	50	0,2	2 862	13,8
2013	29 209	16 419	56,2	4 474	15,3	2 487	8,5	3 672	12,6	43	0,1	2 114	7,2
2014	31 404	17 998	57,3	6 001	19,1	2 124	6,8	3 590	11,4	32	0,1	1 659	5,3
2015	33 070	19 610	59,3	6 722	20,3	1 882	5,7	3 175	9,6	60	0,2	1 621	4,9
2016	27 605	16 407	59,4	5 718	20,7	1 546	5,6	2 258	8,2	34	0,1	1 642	5,9
2017	30 375	18 058	59,5	6 120	20,1	1 588	5,2	2 456	8,1	57	0,2	2 096	6,9
* 2010 ve 2011 yıllarında verilen Yetkisizlik, Görevsizlik, Birleştirme, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hüküm Verilmesine Yer Olmadığı Kararları Diğer kararlar içerisinde gösterilmiştir.													

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi

Tablo 8’de görüldüğü gibi vergi suçu ile ilgili verilen kararlar 2016 yılı dışında düzenli olarak artış göstermiş, 2016 yılında ise düşüş göstermiştir. Verilen kararlar içerisinde mahkûmiyet hükmü ile sonuçlanan kararlar yine aynı şekilde hem sayısal olarak hem oransal olarak artmış, 2016 yılındaki düştükten sonra yeniden artış göstermiş, sayısal olarak 2015 yılında oran olarak ise 2017 yılında en yükseğe çıkmıştır. Beraat ile sonuçlanan kararlar ise 2016 yılındaki ciddi düşüş dışında sayısal olarak artmış oransal olarak ise düzensiz bir yapı içerisinde seyretmiştir. Beraat kararları oran olarak 2011 yılında bir önceki yıla göre ciddi bir artış gösterdikten sonra 2012 ve 2013 yıllarında yine ciddi oranda azalmış, devam eden yıllarda yine artış göstermiştir.

Beraat kararlarının oran olarak en yüksek seviyeye 2011 yılında ulaşmış olması anlamlıdır. Zira 2011 yılı diğer yıllara göre en az sayıda vergi mükellefinin incelendiği yıldır. Bu verilere göre 2011 yılında az sayıda mükellef incelenmiş ise de inceleme etkin yapılamamıştır. Çünkü dava açılan vergi suçu sanıklarından beraat edenlerin sayısı (3799 kişi) mahkûmiyet kararı alanların (7828 kişi) sayısının neredeyse yarısı kadardır. Oysaki diğer yıllar için bu oran 1/3 civarındadır.

Tablo 9- Tüm Suçlardan Davalarda Verilen Karar Dağılımları

Yıllar	Verilen Toplam Karar Sayısı	Mahkûmiyet	Oran %	Beraat	Oran %	Yetkisizlik Görevsizlik Birleştirme	Oran %	Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması	Oran %	Hüküm Verilmesine Yer Olmadığı	Oran %	Diğer Kararlar	Oran %
2010	3 327 505	1 213 990	36,5	676 089	20,3	*	*	*	*	*	*	1 437 426	43,2
2011	3 604 403	1 240 912	34,4	746 332	20,7	*	*	*	*	*	*	1 617 159	44,9
2012	4 442 282	1 514 825	34,1	949 134	21,4	344 475	7,8	697 662	15,7	179 869	4,0	756 137	17,0
2013	4 305 032	1 605 337	37,3	840 228	19,5	388 747	9,0	758 445	17,6	19 506	0,5	692 769	16,1
2014	3 929 262	1 455 983	37,1	806 649	20,5	355 644	9,1	681 275	17,3	16 300	0,4	613 414	15,6
2015	3 828 481	1 531 687	40,0	788 009	20,6	231 499	6,0	635 673	16,6	17 203	0,4	624 410	16,3
2016	3 303 379	1 429 851	43,3	652 821	19,8	185 123	5,6	467 723	14,2	13 678	0,4	554 183	16,8
2017	3 320 765	1 452 445	43,7	566 306	17,1	243 086	7,3	420 074	12,6	16 912	0,5	621 942	18,7

*2010 ve 2011 yıllarında verilen Yetkisizlik, Görevsizlik, Birleştirme, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hüküm Verilmesine Yer Olmadığı Kararları Diğer kararlar içerisinde gösterilmiştir.

Kaynak: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler Yayın Arşivi

Tablo 8’de gösterilen vergi suçu davalarında verilen karar dağılımlarını, tablo 9’de yer alan tüm suçlarla ilgili davalarda verilen karar dağılımlarına göre değerlendirdiğimizde, vergi suçu davalarında verilen mahkûmiyet oranlarının tüm suçlardan verilen mahkûmiyet oranından daha yüksek, beraat kararlarının ise daha düşük olduğunu görmekteyiz. Tüm suçlar için mahkûmiyet oranı ortalama % 37 seviyesindeyken, vergi suçlarından mahkûmiyet oranı % 55 civarındadır.

Yukarıdaki tablolarda yer alan verilerin tümünü ele alarak değerlendirildiğimizde; vergi incelemesi sonucu, hakkında vergi suçu soruşturması yapılmak üzere ihbar edilen her iki kişiden biri hakkında mahkûmiyet kararı verildiği sonucuna varmaktayız.

3.7. Vergi Suçlarından Dolayı Verilen Kararların Niteliği ve Cezaların İnfazı

Vergi suçlarından açılan davaların yüksek oranda mahkûmiyet hükümleri ile sonuçlandığını yukarıdaki veriler ortaya koymaktadır. Ancak vergi suçlarından dolayı ceza alanların cezaevine girmediği ve cezaların yerine getirilmediğine ilişkin toplumda genel bir kanaat bulunmaktadır. Bunun nedeni, vergi suçları için öngörülen cezaların yüksek olmaması (VUK 359. md.) ve çoğu kez kanunda öngörülen cezaların en alt sınırdan uygulanması ile birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesindeki "Erteleme"³³ ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde yer alan "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması"³⁴ (HAGB) müesseseleri ile Ceza ve Güvenlik Tedbir-

³³ TCK Madde 51 - (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;
a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş olması,
b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,
Gerekir.

(2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhâl salıverilir.

³⁴ CMK Madde 231 - (5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar

lerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da yer alan hükümlerdir. Oysaki suç ve cezaların etkinliğini asıl belirleyen, bireylerin hukuka aykırı ve suç teşkil eden eylemlerde bulunmaları halinde cezai müeyyide ile karşılaşacaklarını bilmeleri ve verilen cezai müeyyidenin infazının gerçekleştirilmesidir.

3.7.1. Erteleme ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Vergi suçu ile ilgili kanun maddelerindeki ceza miktarlarına baktığımızda; VUK'un 359/a bendindeki eylemler için "on sekiz aydan üç yıla kadar", VUK'un 359/b bendindeki eylemler için "üç yıldan beş yıla kadar", VUK'un 359/c bendindeki eylemler için ise "iki yıldan beş yıla kadar" şeklinde cezalar öngörüldüğünü görmekteyiz. Bu maddedeki cezalardan en ağırı 359/b bendine göre alt sınırı üç yıldan başlayan cezadır. Uygulamada sanıklara verilen cezaların çok büyük oranda alt sınırdan takdir edildiği göz önüne alındığında, VUK'un 359/b bendindeki fiillerle meydana gelen kaçakçılık suçlarının alt sınırı üç yıl olduğundan, bu eylemlerden dolayı verilen cezalarda erteleme ve HAGB uygulaması yapılamaz.

VUK'nun 362. maddesindeki "vergi mahremiyetinin ihlali" suçu için TCK'nun 239. maddesine atıf yapılmaktadır. TCK'nun 239 maddesindeki ceza miktarı ise maddenin birinci fıkrasında şikayete tabi olmak üzere "bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezası" olarak öngörülmüştür. Buna göre maddenin birinci fıkrasının ihlali durumunda, şikayete tabi olması nedeniyle CMK'nın 253/1-a bendi³⁵ uyarınca suç uzlaştırma kapsamında kalmaktadır. Uzlaştırma sağlanamaması halinde kovuşturma konusu olsa dahi bu suçtan dolayı verilen cezalarda cezanın alt sınırı itibariyle erteleme ve HAGB kapsamında kalmaktadır.

Doktrinde VUK'un 362. maddesi ile TCK'nun 239. maddesine yapılan atfın, maddenin tümüne yapıлып yapılmadığı ve maddenin tümünü kapsayıp kapsamadığı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır.³⁶

verilmez.

³⁵ CMK Madde 253/1 - Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur: a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

³⁶ Şenyüz; yapılan atıf sadece ceza miktarına değil, tüm madde hükümlerine yapılmıştır. (Doğan Şenyüz, a.g.e., s.418)

VUK'un 362. maddesindeki "... *Türk Ceza Kanunu'nun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır*" şeklindeki çoğul ibare ve TCK'nın 239 maddesinin yapısına göre kanaatimizce TCK'nın 239. maddesine yapılan atıf, maddenin tümüne yapılmıştır. Nitekim VUK'un 363. maddesinde yapılan atıfta "*Türk Ceza Kanunu'nun 257 nci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır*" şeklindeki düzenlemede bu görüşü teyit etmektedir. Zira kanun koyucunun iradesi maddenin yalnızca ilk fıkrasına atıf şeklinde olsaydı VUK'un 363. maddesinde olduğu gibi bu husus kanunda açıkça düzenlenirdi.

TCK'nın 239/4. fıkrasındaki suçun daha nitelikli hali için öngörülen ceza miktarı ise "üç yıldan yedi yıla kadar hapis" şeklindedir. Buna göre suçun nitelikli hali için öngörülen ceza miktarının alt sınır itibarıyla iki yıldan fazla ceza gerektirmesi, yargılama sonucunda TCK'nın 62. maddesi uyarınca "takdiri indirim nedeni" uygulanması halinde dahi verilecek sonuç ceza iki yıldan fazla olacağından bu suçtan verilecek cezalar erteleme ve HAGB kapsamı dışında kalmaktadır.³⁷

VUK'un 5/son maddesindeki haysiyet ve şerefe tecavüz eyleminin yaptırımını TCK'nın 125. maddesidir. TCK'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına göre ceza "üç aydan iki yıla kadar hapis cezası"dır. Buna göre bu maddede öngörülen ceza miktarı hem alt sınır, hem de üst sınırı itibarıyla erteleme ve HAGB sınırı kapsamında kalmaktadır.

VUK'nın 363. maddesindeki suç için yukarıda da belirtildiği üzere TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasına atıf yapılmıştır. TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasına göre ceza "altı aydan iki yıla kadar hapis cezası"dır. Buna göre bu maddede öngörülen ceza miktarı hem alt sınır, hem de üst sınırı itibarıyla erteleme ve HAGB sınırı kapsamında kalmaktadır.

Arslan; maddedeki atıf, TCK'nın 239. maddesinin bütününe değil, yaptırımına ilişkin olduğundan, suçun "daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri" ile "tüzel kişiler hakkına güvenlik tedbiri" öngören TCK'nın 242. maddesi hükmü, -diğer koşulların bulunması halinde dahi-, cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı (AY md. 38, TCK md. 2) gereği, VUK'un 362. maddesi açısından uygulama alanı bulmayacaktır. (Çetin Arslan, Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu (VUK md. 362), *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2) 2013, s.26)

³⁷ TCK Madde 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

Görüldüğü üzere vergi suçları için VUK'un da öngörülen cezalar ile atıf yapılan TCK'daki ceza miktarı ve oranları itibariyle VUK'un 359/b bendindeki suç ile "vergi mahremiyetinin ihlali" suçunun nitelikli hali (TCK 239/4 m.) hariç, diğer suçların tümü alt sınırları itibariyle erteleme ve HAGB kapsamında kalmaktadır. Buna göre vergi suçlarından dolayı hakkında dava açılan sanıkların mahkum olmaları halinde, diğer şartlarında bulunması durumunda büyük çoğunluğunun cezaları ertelenmekte ya da HAGB kararı verilmektedir.

3.6.2. Vergi Suçu Mahkûmiyet Hükümlerine İlişkin Cezaların İnfazı

Yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet hükümlerine ilişkin cezaların infazına dair usul ve esaslar 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Vergi suçlarından dolayı verilen cezalar süreli hapis (TCK 49. md.) cezalarıdır. 5275 sayılı Kanun'un 107/2 fıkrasına göre süreli hapis cezalarına mahkum edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde ise koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin istemeleri halinde cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Vergi suçlarından dolayı verilen cezaları 5275 sayılı Kanun'daki bu düzenlemelere göre değerlendirdiğimizde; VUK'un 359/a bendi, 359/c bendi, VUK'un 362. maddesindeki atıf yolu ile TCK'nın 239/1. fıkrası ve VUK'un 363. maddesindeki atıf yolu ile TCK'nın 257/1. fıkrasına göre mahkûm edilenler "genel olarak alt sınırdan ceza tayin edilmesi hususu da göz önüne alındığında" haklarında (CMK'nın 231/6 a-b-c bendindeki şartların gerçekleşmemiş olması nedeniyle) HAGB ve (TCK'nın 51/1 a-b bendindeki şartların gerçekleşmemiş olması nedeniyle) erteleme kararı verilmemiş olsa dahi cezaevine girmeyebileceklerdir.³⁸

³⁸ HAGB ve erteleme için gerekli yasal şartlar yukarıdaki dipnotlarda gösterilmiştir.

VUK'un 359/b bendindeki suç ile 362. maddesinin atfı yaptığı TCK 239/4 fıkrasındaki suçlar açısından baktığımızda; 671 sayılı KHK 32. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddeye göre, 01.07.2016 tarihine kadar işlenen suçlar için 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin birinci fıkrasındaki "bir yıl" şeklindeki süre "iki yıl", 107. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "üçte iki" şeklindeki oran ise "yarısı" olarak uygulanacağı düzenlenmiştir.³⁹ Buna göre 01.07.2016 tarihinden önce işlenmiş bu suçlardan dolayı hükümlülerin cezaevine girme ihtimalinin de kalmadığını söyleyebiliriz

Örnek olarak; 01.07.2016 tarihinden önce işlediği sahte belge düzenleme suçundan yargılanan ve VUK'un 359/b bendi uyarınca 3 yıl hapis cezasına mahkûm edilen B, 5275 sayılı Kanun'a 671 sayılı KHK'nın 32. maddesi ile eklenen geçici 6. maddesi uyarınca cezasının yarısını (1 yıl 6 ay) infaz kurumunda çektiği takdirde koşullu salıvermeden yararlanabilecek, ancak ceza infaz kurumunda kalacağı süre 2 yıldan az olduğu için cezasını aynı Kanun'un 105/A maddesinin birinci fıkrası uyarınca denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle ve ceza infaz kurumuna girmeden çekebilecektir.

³⁹ 5275 sayılı Kanun madde 105/A - (1) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla;

a) Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçiren,
b) Çocuk eğitiminde toplam cezasının beşte birini tamamlayan, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumunun idaresince hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

5275 sayılı Kanun madde 107- (1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

(2) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.

5275 sayılı Kanun Geçici Madde 6 - (Ek: 15/8/2016-KHK-671/32 md.; Değiştirilerek kabul: 9/11/2016- 6757/28 md.)

a) 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süre "iki yıl",
b) 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "üçte iki"lik oran "yarısı" olarak uygulanır.

Sonuç

Vergi suçları, esasen devletin en büyük finans kaynağı olan verginin maksimum düzeyde toplanması, bütün bireylerden geliri oranında eşit düzeyde alınması ve vergi barışının korunması ile toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik yapılan düzenlemeler olduğundan, kanunda yer verilen bu fiillere aykırı davranışların tavizsiz ve etkin şekilde uygulanması gerekir. Vergi suç ve cezalarının etkinliğinin artırılmasına yönelik olarak öncelikle mükelleflerin yeterli ve etkili bir biçimde denetlenmeleri, bunun için vergi denetim elemanlarının yeterli sayıda olması, vergi denetimi ve vergi yargısı ile ilgili tüm görevlilerin eğitimine yönelik çalışmalar yapılması, bu kapsamda seminerler, bilgilendirme toplantıları ve bilimsel araştırma ve çalışmalar yapılmalıdır. Öte yandan vergi suçlarına yönelik cezaların infaz kabiliyetine sahip olacak düzeyde artırılması, bu suçların af, erteleme ve HAGB kapsamı dışında tutulmasına yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Devlete karşı işlenen ekonomik suçlardan olan vergi suçu uyuşmazlıklarının çözümü özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Nitekim bu suçlar, konunun uzmanı olan vergi inceleme elemanları, vergi müfettişleri veya müfettiş yardımcılarının hazırladıkları vergi suçu raporları ile tespit edilmektedir. Vergi suçları ile ilgili istatistiklere baktığımızda vergi suçu soruşturmalarının genel suç soruşturmalarına oranla çok daha yüksek oranda kamu davasına dönüştürüldüğünü görmekteyiz. Yukarıdaki tablolardaki verilere göre örneğin 2017 yılı itibarıyla 7 011 311 olan toplam şüpheli sayısının % 34,4'ü hakkında kamu davası açılmışken, bu oran 25 092 olan vergi suçu şüphelileri için % 76,7'dir. Yine hakkında dava açılan tüm sanıklar hakkında verilen toplam 3 320 765 kararın % 43,7'si mahkumiyet kararı ile sonuçlanmış iken, vergi suçundan dolayı verilen 30 375 karar için oran % 59,5'tir. Soruşturma sonunda kamu davası açılan suçlar ile ilgili yapılan kovuşturmanın büyük oranda mahkumiyet hükümleri ile sonuçlandırılması, etkin soruşturma ve kovuşturma yapıldığının bir göstergesi olarak yargılama faaliyeti için beklenen ve istenen bir durumdur. Ancak bu durumun tüm suçlar için aynı şekilde gerçekleşmemesi vergi suçlarının teknik olma özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Vergi suçu raporlarındaki eksiklik ve olumsuzlukların yerinde ve zamanında tespit edilebilmesi, hak kayıplarına ve mağduriyetlere

neden olmadan suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik etkin bir kovuşturma yapılması, suçlu-suçsuz ayrımının tespiti için olduğu kadar, kamu düzeni ve vergi adaletinin sağlanması bakımından da önemlidir. Ancak genel yetkili asliye ceza mahkemelerinin iş yoğunluğu, vergi suçu soruşturmalarının özel ve teknik bilgi gerektirmesi, vergi suçu dosyalarının kapsamlı ve inceleme gerektiren bir çok belgeden oluşması gibi nedenler, mahkemelerin vergi suçu kovuşturmalarına gereken hassasiyeti göstermesine ve gerektiği kadar emek ve mesai harcamasına olanak vermemektedir. Bu nedenle nihai amaç olan devletin en yüksek oranda vergiyi tahsil etmesi, buna bağlı olarak vergi barışı ve vergi adaletinin sağlanması, suç ve ceza teorisi uyarınca maddi gerçeğin tam anlamı ile ortaya konularak suç ve suçlunun tespit edip cezalandırılabilmesi, kamu düzenini sağlanması ve vergi suçlarının etkinliğinin sağlanması için idari yargı alanındaki vergi mahkemeleri gibi adli yargı alanında da vergi suçlarının kovuşturmasını yapacak vergi ceza mahkemeleri şeklinde ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiği kanatindeyiz. Vergi suçlarının genel suçlara oranla çok daha az sayıda olması nedeniyle kurulacak ihtisas mahkemelerinin Ağır Ceza Merkezlerine özgü olarak kurulması ve bu mahkemelerin yargı çevresindeki tüm vergi suçlarına bu mahkemelerde bakılması isabetli olacaktır.

Sonuç olarak vergi suç ve cezalarının etkinliği konusunda yukarıda açıklanmaya çalışılan hususlar ve yapılması gerekenlere birlikte değerlendirildiğinde, vergi suçu işleme oranının süreç içerisinde azalması ve vergi gelirlerinin oransal olarak artması durumunda vergi suç ve cezalarının etkin olduğu, vergi suçu işleme oranının artması ve vergi gelirlerinde oransal olarak azalma olmasın halinde ise etkin olmadıklarını söyleyebiliriz.

Kaynakça

- Acar İbrahim Atilla, Merter Mehmet Emin, "Türkiye'de 1990 Sonrası Dönemde Vergi Denetimi ve Vergi Denetiminde Etkinlik Sorunu", *Maliye Dergisi*, Sayı 147, s.7
https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md147/vergi%20denetimi.pdf (E.T. 26.05.2018)
- Arslan Çetin, Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu (VUK md. 362), *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3(2) 2013, s.26
- Aslan Abdullah, "Vergi Denetim Sistemi ve Hesap Uzmanları Kurulu", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:250, İstanbul, Haziran 2002, s.6,

- <http://www.hud.org.tr/icerik/vergi-denetim-sistemi-ve-hesap-uzmanlari-kurulu-> (E.T 08.03.2016)
- Aygen Filiz, Vergi Kayıp ve Kaçakçılığının Nedenleri ve Bunların Önlenmesinde Denetimin Rolü, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003 Sakarya, s.37
- Çelikkaya Ali, "Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler", *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Temmuz 2002, Sayı:5, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acelikkaya-1.htm>, (E. T. 07.03.2016).
- Eker Aytaç, Kamu Maliyesi, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2004, s. 154 Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları, <http://www.masak.gov.tr/tr/content/faaliyet-raporlari/43> (E.T. 05.02.2018)
- Gökalp İlhan, "Vergi Ödemeyi Etkileyen Ekonomik Faktörler", *Akademik Bakış, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E. Dergisi*, Sayı:12, Mayıs 2007, s.8 <http://www.akademikbakis.org/eskisite/12/makale/VOEF.pdf> (E.T. 07.03.2016),
- Güçlü Hüseyin, Herek Hatice, "Türkiye'de Vergi Suç ve Cezalarının Değerlendirilmesi: Antalya İli Örneği", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Yıl 2012, CİLT XXXII, SAYI I, s.316 <http://dosya.marmara.edu.tr/ikf/iib-dergi/2012-1/16-cicek-herak.pdf> (E.T.07.03.2015)
- Kıldış Yusuf, "Kayıt Dışı Ekonominin Ulusal- Uluslararası Boyutu ve Çözüm Önerileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl 2000, Cilt 2, Sayı:2, s.7 <http://kutuphanem.bilgievi.gen.tr/indir.aspx?id=6375> (E.T. 07.03.2016)
- Koban Emine, Fırat Zerrin, "Kayıt Dışı Ekonomide Vergi ve Sosyal Güvenlik Açısından Denetim Olgusu İş, Güç", *Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, Cilt:9, Sayı:1, Ocak 2007, s.172. <http://www.isgucdergi.org/?p=main&vol=9&num=1&year=2007> (E.T.07.03.2016)
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Ankara 1998, s.220
- Pehlivan Osman, Vergi Hukuku, Eser Ofset Yayıncılık, Trabzon-1999, s.102
- Şaan Ayşe, "Türkiye'de Vergi Kaçakçılığının Önlenmesinde Vergi Denetiminin Etkinliği", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Mayıs 2008, s. 14 <http://193.255.140.18/Tez/0069659/metin.pdf> (E.T. 13.03.2016)
- Sarılı Mustafa Ali, "Türkiye'de Kayıt Dışı Ekonominin Boyutları, Nedenleri, Etkileri ve Alınması Gereken Tedbirler", *Bankacılar Dergisi*, Haziran 2002, Yıl 13, Sayı:41, s.41 <http://www.tbb.org.tr/dosyalar/dergiler/dokumanlar/41.pdf> (E.T. 09.03.2016)
- Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 7. Baskı, Bursa 2013, s. 454
- Turhan Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s.21
- Ünal Abdülkadir, "Türkiye'de Vergi Denetimi ve Vergi Denetmenlerinin Denetim İçerisindeki Rolü", Vergi Denetmenleri Derneği Genel Merkezi, Ankara 2007.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel M¼d¼rl¼đ¼, Adli İstatistikler 2017

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ist_arsiv.html (E. T. 28.05.2018)

Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları

<https://www.vdk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FDosya%2F2017VDKFaaliyetRaporu.pdf>

Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporları,

<http://www.masak.gov.tr/tr/content/faaliyet-raporlari/43> (E.T. 05.02.2018)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (E.T. 01.05.2018)

<http://etkinveadilyonetim.blogcu.com/kamu-yonetiminde-ekonomiklik-etkinlik-ve-verimlilik/10095958> (E.T. 21.05.2018)

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA GÖRE ORTAK YETKİLİ MAHKEME İLE MÜNHASIR YETKİ SÖZLEŞMESİYLE BELİRLENEN MAHKEMENİN YETKİSİNİN NİTELİĞİ

LEGAL CHARACTER OF TERRITORTIAL JURISDICTION OF THE
COURT WITH THE COMMON JURISDICTION AND THE COURT
DESIGNATED BY THE EXCLUSIVE JURISDICTION AGREEMENT
ACCORDING TO CODE OF CIVIL PROCEDURE

Orhan Emre KONURALP*

Özet: Yetki kuralları, çekişmeli ve çekişmesiz yargıdaki bir dava veya işe, hangi yargı çevresindeki mahkeme yahut mahkemelerin bakacağını tespit eden kurallardır. Türk hukukunda yetki kurallarına ilişkin olarak pek çok özel düzenleme yer almakla birlikte, yetki konusundaki temel düzenlemenin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) olduğu şüphesizdir. HMK kapsamındaki kesin yetki kurallarına aykırılık, taraflarca her zaman ileri sürülebildiği gibi mahkeme tarafından da hüküm verilene kadar her zaman dikkate alınabilir. Oysaki kesin olmayan yetki kurallarına aykırılık hali sadece davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Bu çalışmanın amacı HMK kapsamında yetki kurallarının ne şekilde düzenlendiğinden hareket ederek, tartışmalı bir nitelik arz eden ortak yetkili mahkeme ve münhasır yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisinin niteliğini tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı, Kesin Olmayan Yetki, Kesin Yetki, Münhasır Yetki Sözleşmesi, Ortak Yetkili Mahkeme, Yetki, Yetki Sözleşmesi

Abstract: Territorial jurisdiction rules determine the jurisdiction of the courts over the lawsuits and non-contentious jurisdiction. Although there are many special regulations in Turkish Law regarding the territorial jurisdiction, it is doubtless that the most essential regulation is the Code of Civil Procedure (Nr. 6100) (CCP). Under the

* Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Doktora Sonrası Araştırmacı, Univesität Regensburg Juristische Fakultät, orhankonuralp@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0376-0692, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.11.2018, Kabul Tarihi: 25.11.2018

CCP breach of mandatory territorial jurisdiction rules, could be objected by the parties and also taken into consideration by the court itself through the whole trial. In contrary, breach of non-mandatory territorial jurisdiction rules could be submitted to the court as a preliminary objection, only by the defendant. This study aims to determine the controversial legal character of territorial jurisdiction of the court with the common jurisdiction and the court designated by the exclusive jurisdiction agreement, in the light of legislation of the CCP.

Keywords: Cause of Action, Court with The Common Jurisdiction, Exclusive Jurisdiction Agreement, Jurisdiction Agreement, Mandatory Territorial Jurisdiction, Non-Mandatory Territorial Jurisdiction, Territorial Jurisdiction

Giriş

Mahkemelerin hangi yargı çevresinde yargılama yapabileceklerini belirleyen yetki kuralları, başta Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) olmak üzere İcra ve İflas Kanunu, Türk Medeni Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu gibi muhtelif kanunlarca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kapsamındaki yetki kurallarının niteliği kesin yetki olup olmamasına göre farklılık arz etmekte, bu farklılık ise yetki itirazının nasıl ileri sürülebileceği ve mahkemeler tarafından hangi aşamalarda dikkate alınabileceği hususlarında önem göstermektedir. Bu nedendir ki bir yetki kuralının kesin olup olmadığının doğru bir şekilde tespit edilmesi oldukça önemlidir.

HMK'da düzenlenmiş bulunan yetki kurallarının kaleme alınışı esas itibarıyla o kuralın kesin yetki olup olmadığını tespit etmek açısından tereddütte yer bırakmamaktadır. Buna mukabil HMK'da sözünü ettiğimiz genel prensibe tam olarak uymayan iki farklı yetki düzenlemesi de bulunmaktadır. Kanun'un farklı bir şekilde kaleme aldığı ortak yetkili mahkeme ile münhasır yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkilerinin niteliği açısından yargı kararları ve doktrin de fikir birliği bulunmamaktadır.

Yukarıda andığımız iki yetki kuralının niteliğini belirleyebilmek amacıyla ilk olarak HMK'nın yetki kurallarını ne şekilde ele aldığı incelenenektir. Sonrasında ise söz konusu iki yetki kuralının niteliği, konuyla ilgili yargı kararları ve doktrindeki görüşler de dikkate alınmak suretiyle incelenecektir.

1. HMK Kapsamında Yetki Kurallarının Tasnifi

HMK, mahkemelerin yetkisine ilişkin düzenlemeler kapsamında iki farklı nitelikte yetki kuralı öngörmüştür. HMK bir mahkemenin yetkisini ya kesin yetki ya da kesin olmayan yetki şeklinde düzenlemiştir. Söz konusu ayırım, madde metinlerinden, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilir. Zira kesin yetkili mahkemelerin yetkisine ilişkin düzenlemelerde¹ bu husus, mahkemenin “kesin yetkili” olduğu şeklinde açıkça belirtilmiştir.² Öte yandan kesin yetkili olmayan mahkemelere ilişkin düzenlemelerde de kanun koyucu, söz konusu düzenleme kapsamındaki uyuşmazlığın, o maddede gösterilen yerde *de* açılabilceğini belirterek,³ yani kesin olmayan yetki

¹ Örneğin: HMK m. 12: “Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”. HMK m. 14/2: “Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”. HMK m. 15/2: “Can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir”.

² Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1 ilâ 122. maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 635-664. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, kanunun lafzından hareket ederek, ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemede kesin yetki ibaresinin kullanılmamasından hareketle söz konusu yetki kuralının bir kesin yetki kuralı olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 1. kısım 2. ayırım (5. ila 19. maddeler arası) bölümü yetkiye ilişkin olup bu ayırımda (11, 12/1, 14/2 ve 15/2. maddelerinde) kesin yetkili mahkemeler tek tek gösterilmiş ve bu mahkemelerin yetkisinin kesin olduğu madde metninde açıkça yazılmıştır. Mahkemenin gerekçesinde belirttiği aynı kanunun 7/1. maddesinde ise davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin bulunması halinde davaya o yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiş ise de bu mahkemenin kesin yetkili olduğu yazılmamıştır. Bu maddenin gerekçesinde bu mahkemenin kesin yetkili mahkeme olduğunun yazılı olması, bu maddenin metni ve yetkiye ilişkin diğer hükümlerde kesin yetkinin açıkça belirtilmesi karşısında bağlayıcı olduğu kabul edilemez”. Yarg. 11 HD. E. 2013/624 K. 2013/1833 T. 4.2.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

³ Örneğin: HMK m. 10: “Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.” HMK m. 11/2: “Terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir”. HMK m. 14/1: “Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir”. HMK m. 16: “Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir”.

kurallarının hem genel yetki kuralı (md. 6), hem de diğer kesin olmayan özel yetki kuralları ile birlikte uygulama alanı bulabileceğini işaret ederek, düzenlemenin bir kesin yetki kuralı olmadığını açıkça ortaya koymuştur.

Buna mukabil HMK'da bulunan iki ayrı yetki hükmünde, kanun koyucunun söz konusu yetki kurallarının bir kesin yetki kuralı olduğu özel olarak belirtilmemiştir. Kanun'un ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin 7. maddesi ile münhasır yetki sözleşmesine ilişkin 17. maddesinde, ilgili yetki kurallarının kesin yetki olduğu belirtilmemiş ve fakat kesin olmayan yetki kurallarında olduğu gibi bir anlam da yüklenmemiştir. Bu durumda söz konusu iki düzenlemenin getirmiş olduğu yetki kurallarının niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Kanun'da düzenlenişi itibariyle, davanın, yalnızca belirlenen yerdeki mahkemede görülebileceği yani mutlak olduğu anlaşıldığı takdirde, o yetki kuralının bir kesin yetki kuralı olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴ O halde acaba bu yorum Kanun'un 7 ve 17. maddeleri açısından da geçerli olacak mıdır? Bu konuda ne doktrin ne de yargı kararları açısından, söz konusu düzenlemelere ilişkin bir fikir birliği olduğu söylenebilir.

2. Ortak Yetkili Mahkemenin Yetkisinin Hukuki Niteliği

HMK'da yer alan ve bu kapsamda ele alacağımız düzenlemelerin ilki, Kanun'un ortak yetkili mahkemenin yetkisini düzenleyen 7. maddesinin ilk fıkrasıdır. Ortak yetkili mahkemenin yetkisini Kanun, şu şekilde düzenlemiştir: *"Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır"*. Düzenleme incelendiğinde kanun koyucunun, kesin yetki kurallarında olduğunun aksine "kesin yetkili-

⁴ Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 105; Hakan Pekcanitez (et. al.), *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 293; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 223; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 244. Bir dava için tek bir yetkili mahkeme belirlenmiş olmasının o kuralın kesin yetki kuralı olarak yorumlanması için yeterli olmadığına dair görüş için bkz. Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 43.

dir” kavramına yer vermediği; fakat kesin olmayan yetki kurallarının da aksine, ortak yetkili mahkemenin yetkisinin “ve dahi” anlamına gelecek bir şekilde de düzenlemediği görülmektedir.⁵

Anılan madde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) 9. maddesinin⁶ karşılığı olup, ifade tarzı itibariyle merî hükümle benzerlik göstermektedir. Belirtmek gerekir ki HUMK döneminde de anılan hükmün bir kesin yetki kuralı olup olmadığı tartışmalıydı.⁷ Fakat doktrinde HMK’nın ortak yetkili mahkemeye ilişkin hükmünün, bir kesin yetki düzenlemesi olması sebebiyle HUMK ile farklılık arz ettiği ifade edilmektedir.⁸

Kanun’un ifadesinden anlaşılması gereken ilk husus, ortak yetkili mahkemenin varlığı halinde, o uyuşmazlık açısından genel ve özel yetkili diğer mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkmasıdır.⁹ Yani ortak yetkili mahkemenin varlığı halinde o uyuşmazlık bakımından yalnızca tek bir yetkili mahkeme -ortak yetkili mahkeme- söz konusu olur. Peki bu durumda söz konusu bu tek yetkili mahkemenin yetkisi ne şekilde nitelendirilecektir?

Eğer ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin düzenleme bir kesin yetki kuralı değilse, HMK’da düzenlenen “üçüncü tür” bir yetki kuralının varlığından söz etmek gerekmektedir. Zira HMK kesin olmayan yetki kurallarını, birbirlerinin ve genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldıracak şekilde düzenlememiştir. Örneğin bir borcun ifasına yönelik bir davada yetkili mahkeme, borcun ifa yeri mahke-

⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan söz konusu “bakılır” ifadesini, net olarak nitelendirmektedir. Bkz. Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 197.

⁶ HUMK m. 9: “Şu kadar ki, kanunda dâva sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise, dâvaya o mahkemede bakılır”.

⁷ Hülya Taş Korkmaz, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayı C. II *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, İzmir 2013, Vol. 8, s. 1775. Örneğin Kuru, HUMK dönemine ilişkin olarak ortak yetkinin var olması durumunda diğer mahkemelerin, örneğin davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin, artık yetkili olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Bakı Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Baskı, Demir, İstanbul 2001, s. 420. Ayr. bkz. Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 200.

⁸ Taş Korkmaz, s. 1775.

⁹ Kuru, *Usûl*, s. 107; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 210; Tanrıver, *Usûl*, s. 234.

mesi (HMK m. 10) olacağı gibi, genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi de aynı davada yetkili olmaya devam eder. Yetki kurallarının münhasır yetki/münhasır olmayan yetki kuralı olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak hem yargı kararlarında¹⁰ hem de doktrinde çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır.¹¹ Buna mukabil eğer ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin düzenleme, bir kesin yetki kuralı olarak nitelendirilirse, bu durumun tabii sonucu olarak, o uyumsuzluk bakımından genel yetkili mahkeme ile diğer kesin olmayan özel yetkili mahkemelerinin artık yetkili olmadığı açıktır.¹²

Doktrindeki bir görüşe¹³ ve çoğunluk yargı kararlarına¹⁴ göre ka-

¹⁰ Yargıtay buna ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda, haksız fiile ilişkin olarak açılan bir davada ortak yetkili mahkemenin varlığı halinde, davalıların yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin devam etmediğini, ortak yetkili mahkemenin tek yetkili mahkeme olduğunu ve fakat bu yetkinin kesin yetki olmadığına hükmetmiştir. Bkz. "Bir haksız fiil birden fazla kişi tarafından işlenmiş ise bu kişilere karşı (birlikte) açılacak tazminat davası, ortak yetkili mahkeme olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde görülür. Bu halde, davalıların hepsine karşı davalılardan birinin yerleşim yerindeki mahkemede dava açılmaz. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin (kesin) yetki değildir". Yarg. 17. HD E. 2013/11040 K. 2013/12756 T. 24.9.2013 (Kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018) Ancak aynı daire bu karardan iki gün sonra benzer bir uyumsuzluğa ilişkin olarak şu şekilde karar vermiştir: "Bu anlamda dava sebebi olan haksız fiil halinde dahi HMK'nın 16. maddesi gereğince birden fazla mahkemenin yetkili kılınarak davacıya bir seçimlik hak tanınmış olması göz önüne alındığında bu maddenin amacına aykırı bir yorumla HMK.7/1. maddesi gereğince haksız fiilin vuku bulduğu yerin tüm davalılar için kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi ve HMK'nın 6. maddesinde düzenlenen genel yetkili mahkeme yetkisinin kaldırdığı şeklindeki bir yoruma katılmak mümkün değildir". Bkz. Yarg. 17. HD E. 2013/13651 K. 2013/12913 T. 26.9.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

¹¹ Doktrinde münhasır yetki sözleşmesiyle birlikte yaratılan yetkinin, münhasır olmakla birlikte kesin olmayan yetki olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 318.

¹² Kuru, Usûl, s. 105; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 293; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 194.

¹³ Budak/Karaaslan, s. 49. Umar ise söz konusu düzenlemenin kesin yetki kuralı olarak nitelendirilmesinin haksızlıklara neden olacak bir yorum olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 37.

¹⁴ "HMK'nın haksız fiillerde yetkiyi düzenleyen 16. maddesinde de esasen HMK'nın 7/1-2. cümlesindeki düzenleme anlamında kesin yetki söz konusu değildir. Yasa koyucunun maddenin düzenlenmesinde ortaya koyduğu gerekçeden de bu durum anlaşılmalıdır. Adalet Komisyonu Gereğince de haksız fiilden doğan davalarda uygulamada ve doktrinde oluşan görüşler dikkate alınarak haksız fiilin işlendiği yer dışında zararın meydana geldiği yer, gelme ihtimalinin bulunduğu yer ve karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de dikkate alınarak zarar gören yer-

nun koyucunun, ortak yetkili mahkemenin yetkisinin “kesin” olduğunu belirtmemesi, bu düzenlemeyi bir kesin yetki kuralı olarak nitelendirmeye engel teşkil etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, madde metninin ifadesinden, ortak yetkili mahkemenin bulunduğu durumlarda genel yetkili mahkemenin ve diğer kesin olmayan özel yetkili mahkemelerin yetkilerinin devam ettiğini anlamak da güçtür. Dolayısıyla bu tartışma ile ilgili olarak ilk kabul edilmesi gereken husus, ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemenin uygulama alanı bulması durumunda, o uyuşmazlıkta, genel yetkili mahkeme ile kesin olmayan özel yetkili mahkemelerin artık yetkili olmayacağıdır.

Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin niteliğine ilişkin diğer görüş ise, bu yetki kuralının bir kesin yetki kuralı olduğudur.¹⁵ Bu görüşe

leşim yeri mahkemesi de yetkili olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda dava sebebi olan haksız fiil halinde dahi HMK'nın 16. maddesi gereğince birden fazla mahkemenin yetkili kılınarak davacıya bir seçimlik hak tanınmış olması göz[önüne alındığında bu maddenin amacına aykırı bir yorumla HMK 7/1. maddesi gereğince haksız fiilin vuku bulduğu yerin tüm davalılar için kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu anlamda dava sebebi olan haksız fiil halinde dahi HMK'nın 16. maddesi gereğince birden fazla mahkemenin yetkili kılınarak davacıya bir seçimlik hak tanınmış olması göz önüne alındığında bu maddenin amacına aykırı bir yorumla HMK 7/1. maddesi gereğince haksız fiilin vuku bulduğu yerin tüm davalılar için kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi ve HMK'nın 6. maddesinde düzenlenen genel yetkili mahkeme yetkisinin kaldırdığı şeklindeki bir yoruma katılmak mümkün değildir”. Yarg. 17. HD E. 2014/1172 K. 2014/1719 T. 13.2.2014 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018) Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 17. HD E. 2013/13651 K. 2013/12913 T. 26.9.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018), Yarg. 17. HD E. 2013/7565 K. 2013/8054 T. 30.5.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018) “mahkemece, davalılar tarafından yapılmış süresinde ve usulüne uygun bir yetki itirazı bulunmadığı halde HMK'nın 7. maddesi yanlış yorumlanarak ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmesi isabetli değildir”. Yarg. 17. HD E. 2013/6924 K. 2013/7892 T. 28.5.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018) “Ancak, HMK'da kesin yetki halleri açıkça sayılmış olup,[]haksız fiile dair davalardaki yetki, kesin yetki olmayıp, bir seçimlik yetkidir. Ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olması durumu, ancak zorunlu dava arkadaşlığına dair hükümlerin varlığı halinde uygulanır”. Yarg. 17. HD E. 2014/541 K.2014/1462 T. 10.2.2014 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

¹⁵ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 274; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammed Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 71; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 325; Taş Korkmaz, s. 1776; Muhammed Furkan Soylu, “Medenî Usûl Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2017, C. 25, S. 2, s. 478.

göre maddenin konuluş amacı ve dolayısıyla gerekçesi¹⁶ dikkate alındığı takdirde, ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin düzenlemenin bir kesin yetki kuralı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.¹⁷ Bununla birlikte Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında, ortak yetkili mahkemesinin kesin yetkili olduğunu açıkça belirtmiştir.¹⁸ Benzer bir başka kararda ise Yargıtay, ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin düzenlemenin -kesin yetki kuralı olduğundan bahsetmeksizin- emredici olduğunu belirterek, esasa ilişkin verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararını usule aykırılık dolayısıyla bozmuştur.¹⁹ Ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin 7. maddenin bir kesin yetki kuralı getirdiğinin kabul edilmesi halinde, bu durum bir dava şartı olarak ele alınır. Dolayısıyla ortak yetkili olmayan yerde açılan davada taraflar

¹⁶ "Ancak, birden fazla davalı hakkında dava açılmak istendiğinde, dava sebebine göre davalıların tümü hakkında, kanunda ortak yetkili bir mahkeme belirtilmişse, davanın, davalılardan birinin yerleşim yerinde değil, ortak yetkili mahkemede açılması gerekmektedir. Ayrıca, '...davaya, ancak o yer mahkemesinde bakılır' denilerek, ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki hâline getirilmiştir". (HMK m. 7 gerekçesinden)

¹⁷ Akkan, Pekcanitez Usulü, s. 277.

¹⁸ "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7/1. maddesi uyarınca, açılan davada birden fazla davalı bulunması durumunda kanunda belirtilen, davalılardan tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkeme, davaya bakmakla yetkilidir. Bu durumda davacının fiilen en son çalıştığı Adıyaman Mahkemeleri davalılar için ortak yetkiyi taşıyan kesin yetkili mahkemedir". Yarg. 22. HD E. 2015/29785 K. 2015/31001 T. 16.11.2015 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018)

¹⁹ "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında ise; 'Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır' denilmektedir. Eldeki davada, birden fazla davalının bulunması karşısında, davanın hangi davalının ikametgahı mahkemesinde açılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. 6100 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında bu sorunun açık bir şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Belirtilen kanun maddesinin 1.cümlesinde, 'Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir' şeklinde düzenleme yer almakta olup iş bu davada, davanın açıldığı tarihteki yargı çevresi düzenlenmesine göre davalılardan Ltd. Şti.'nin ticaret sicil kayıtlarındaki merkez adresi itibarıyla dava açıldığı görülmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde, 'Ancak dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır' denilmek suretiyle birden fazla davalı aleyhine açılan davalar için emredici ve ortak bir yetki düzenlemesi yapılmıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, işin yapıldığı yer İzmir ili olup dolayısıyla İzmir İş Mahkemesi davada ortak yetkili olacağından, mahkemece öncelikle davanın yetki yönünden usulden reddine karar verilmesi gerekirken, esasa girilerek hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Yarg. 22. HD E. 2015/5268, K. 2016/11199, T. 18.4.2016 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018)

mahkemenin yetkisine her aşamada itiraz edebilirler aynı zamanda davaya bakan hâkim de bu hususu resen dikkate alır.

3. Yetki Sözleşmesi ile Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Hukuki Niteliği

Usul kurallarının, prensip itibariyle emredici olmaları bakımından maddi hukuk kurallarından ayrıldığı söylenebilir. Nitekim kanun bir istisna tanımadığı müddetçe tarafların usul kurallarının aksini kabul etmeleri yahut uygulanmaması konusunda anlaşmaları mümkün değildir. Fakat kanun koyucu bazı durumlarda, tarafların iradelerine önem atfetmiştir. İşte bunun kolaylıkla görülebildiği durumlardan birisi de yetki sözleşmeleridir. Yetki sözleşmesi ile taraflar, kanunen (kesin olmayan) yetkili bir mahkemenin yetkisini ortadan kaldıracakları gibi, yetkili olmayan bir mahkemeyi de o uyuşmazlık açısından yetkili kılabilirler. Bu nedenle yetki sözleşmesinin caiz olduğu durumlarda, yetki kurallarının artık emredici değil, yedek hukuk kuralı olduğu da ifade edilmektedir.²⁰

HMK'da düzenlenen usul sözleşmelerinden biri olan²¹ yetki sözleşmesiyle taraflar, aralarında çıkacak uyuşmazlığa bakmakla hangi mahkemenin yetkili olacağına karar verebilirler. Kanun'un iki farklı türde yetki sözleşmesi düzenlediği görülmektedir. Bunların ilki, tarafların anlaşmaları halinde,²² yetki sözleşmesi ile birlikte, kanun tarafın-

²⁰ Saim Üstündağ, "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1961, C. 27, S. 1-4, s. 310-339, s. 310.

²¹ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 305; Kuru, Usûl, s. 117; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 225; Yılmaz, s. 470-472; Nur Bolayır, Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 42; İbrahim Aşık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S. 97, s. 20; Nilüfer Boran Güneysu, "Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 1072, Deniz Meraklı Yayla, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 1993.

²² Kanunda düzenlenişi itibariyle HMK'ya göre yapılacak bir yetki sözleşmesi, kural olarak münhasır yetki sözleşmesi olacaktır. Aksi için tarafların bu hususta anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmalarına imkân sağlayan bu düzenleme, HUMK dönemindeki Yargıtay uygulamasının aksi istikametindedir. Bkz. Baki Kuru/Alı Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*,

dan belirlenmiş genel ve özel yetkili mahkemelerin de yetkisinin devam ettiği “münhasır olmayan yetki sözleşmesi”²³ veya “olumlu yetki sözleşmesi”²⁴ olarak adlandırılmaktadır. İkincisi ise, tarafların aksine iradeleri yoksa, kanun tarafından belirlenmiş genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran “münhasır yetki sözleşmesi”²⁵ veya “olumsuz yetki sözleşmesi”²⁶dir.

Münhasır olmayan yetki sözleşmesinin varlığı halinde, aynı uyumsuzluğa ilişkin diğer kesin yetkili olmayan mahkemelerin yetkileri de devam etmektedir. Bu halde münhasır olmayan yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisinin de kesin olmadığı kabulü gerekir. Zira kesin yetkinin varlığı halinde, kesin olmayan yetkili mahkemelerin yetkisi ortadan kalkar. Dolayısıyla taraflar, açıkça diğer özel ve genel yetkili mahkemelerin de yetkisinin devam edeceğini öngörmüşlerse,²⁷ yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisi de kesin olmayan yetki olarak nitelendirilir.²⁸ Bu durumda da dava, sözleşmeyle belirlenen yahut özel veya genel yetkili mahkemede açılmadığı takdirde, yetki ilk itirazında bulunulmadığı sürece bu husus hâkim tarafından dikkate alınamayacaktır. Yani, yetkisiz mahkemede açılan dava, bu mahkemede görülmeye devam eder.

Buna mukabil, HMK yetki sözleşmesine ilişkin düzenlemeyle, tarafların aksi iradesi olmadığı müddetçe,²⁹ uyumsuzluğun

İstanbul 2011, C. 85, S. 2011/5, s. 11; Yılmaz, s. 481.

²³ Kuru, Usûl, s. 119; İlhan Postacıoğlu /Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 128; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 228; Yılmaz, s. 481.

²⁴ Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 459-468, s. 468.

²⁵ Kuru, Usûl, s. 119; Postacıoğlu/Altay, s. 128; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 228; Yılmaz, s. 481.

²⁶ Tanrıver, Yetki, s. 466. Atalı/Ermenek/Erdoğan ise bu sözleşmeyi hem münhasır hem de olumsuz yetki sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 216. HMK kapsamında olumsuz yetki sözleşmesi kavramı ile ilgili olarak ayr. bkz. Nur Bolayır, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2011, C. 85, S. 2011/5, s. 144.

²⁷ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 316 ve 317; Yılmaz, s. 482 ve 489. Buradaki iradenin açık olmasına gerek olmadığına dair görüş için bkz. Budak/Karaaslan, s. 57.

²⁸ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 317 ve 318; Yılmaz, s. 484; Tanrıver, Usûl, s. 256.

²⁹ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 317; Postacıoğlu/Altay, s. 128; Yılmaz, s. 482 ve 489; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 216; Budak/Karaaslan, s. 56.

sadece,³⁰ sözleşme ile belirlenen mahkemede açılabileceğini öngörmüştür.³¹ Söz konusu düzenleme incelendiğinde, kaleme alınış şeklinin çalışmamızın başında belirtilen ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin düzenlemeye benzediği görülmektedir: *“Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır”*. Kanun koyucu münhasır yetki sözleşmesindeki düzenlemede “kesin yetki” ibaresine yer vermemekle birlikte özel ve genel yetkili mahkemelerin kesin olmayan yetkisinin ortadan kalkacağını açıkça belirtmiştir. Peki dava münhasır yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemede değil de başka bir mahkemede açılırsa, söz konusu mahkemenin hâkimi bu durumu resen dikkate alabilir mi? Bu sorunun cevabını verebilmek için, münhasır yetki sözleşmesiyle belirlenen yetkinin niteliğini incelemek gerekir.

Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, yetki sözleşmesi ile tarafların belirledikleri mahkemenin yetkisi, kesin yetki değildir.³² Dolayısıyla yetki sözleşmesi münhasır yetki sözleşmesi de olsa, dava sözleşmeyle belirlenenden başka bir mahkemede açılırsa bu husus hâkim tarafından resen dikkate alınamaz.³³ Doktrinde bu görü-

³⁰ “Görüldüğü üzere, taraflar, salt bir münhasır yetki sözleşmesiyle, kanunun öngörmüş olduğu genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmış olmaktadır. Taraflar, bu sonucun ortaya çıkmasını istemiyorsa, yani genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmesini istiyorlarsa yetki sözleşmesinde bunu ayrıca belirtmek zorundadırlar. Buna göre, münhasır yetki sözleşmesinden kasıt, tarafların yetki sözleşmesi ile kararlaştırılan mahkemeden başka bir mahkemede dava açılmaması üzerinde anlaşmalarıdır”. Bkz. Yarg. 3. HD E. 2017/7502 K. 2017/16793 T. 30.11.2017 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

³¹ HUMK döneminde ise Yargıtay uygulaması tam aksi istikametteydi. (Bkz. Kuru, Cilt 1, s. 566; Postacıoğlu/Altay, s. 126; Üstündağ, Yargılama, s. 218, dipnot 122; Bolayır, Yetki, s. 159 vd.) Dolayısıyla HMK ile yetki sözleşmesi bakımından getirilen yeniliklerden birisinin de tarafların münhasır yetki sözleşmesi yapabilmeye olanağına kavuşması olduğu ifade edilmektedir. (Bolayır, HMK, s. 143; Taş Korkmaz, s. 1794). HUMK dönemine ilişkin olarak yapılan yetki sözleşmelerinin münhasır olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalar için ayr. bkz. Üstündağ, Salahiyet, s. 331 vd.

³² Kuru, Usûl, s. 119 ve 120; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 318; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 229; Yılmaz, s. 483; Meral Sunurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 36.

³³ Kuru, Usûl, s. 119 ve 120; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 318; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 229; Yılmaz, s. 483; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 216; Ömer Ulukapı,

şün temeli olarak münhasır yetki ile kesin yetki ayrımı gösterilmekte, münhasır yetkinin³⁴ de kamu düzeni ile ilgili olmadığı için dava şartı olarak değil, ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁵ Doktrinin yanı sıra esas itibarıyla yargı kararlarına göre de yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisi, münhasır yetki olsa dahi bu yetki kesin yetki değildir.³⁶ Bu görüşün kabulü halinde uyumsuzluğa ilişkin yetki sözleşmesi, münhasır yetki sözleşmesi olarak yapılmış olsa bile, davanın sözleşmede öngörülen mahkemeden başka bir mahkemede açılması halinde, bu husus sadece ilk itiraz olarak ileri sürüldüğü takdirde hâkim tarafından dikkate alınabilir.

Doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre ise, münhasır yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisi bir kesin yetki halidir.³⁷ Söz konusu görüşe göre taraflar Kanun'un kendilerine vermiş olduğu bir haktan yararlanmak suretiyle, Kanun'un öngördüğü mahkemelelerin yetkisini ortadan kaldırmakta ve sadece belirledikleri mahkemeyi

34 Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 167; Aşık, s. 41. Bir Yargıtay kararında münhasır yetki ile kamu düzeni arasındaki ilişki şeklinde açıklanmaktadır: "Bu açıklamalar ışığında somut olayımıza gelince; öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki bu davada söz konusu olan yetki, kesin ya da münhasır yetki hali değildir. Bir başka deyişle kamu düzeninin ilgilendiren bir husus olmadığından res'en nazara alınması gereken bir yetki hali söz konusu olmayıp, taraflarca ileri sürülmesi halinde değerlendirilmesi gereken bir yetki hali söz konusudur". Yarg. 15. HD E. 2016/4785 K. 2017/187 T. 17.1.2017 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018). Buna mukabil Yargıtay başka bir kararında münhasır yetki ile kesin yetkiyi farklı bir şekilde değerlendirmektedir: "HMK'nın 17. maddesi gereğince davanın sadece sözleşme ile belirlenen mahkemede açılacağına dair hüküm aksi de kararlaştırılabileceğinden münhasır yetki olup, kesin yetki niteliğinde değildir". Yarg. 15.HD E. 2013/1552 K. 2013/2639 T.16.4.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018)

35 Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 318; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80; Yılmaz, s. 487; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 216; Ulukapı, s. 167.

36 "6100 sayılı HMK'nın 17. maddesindeki yetki kuralı kesin yetki olmayıp münhasır yetki niteliğindedir. Kesin yetki halleri aynı Kanun'un 11/1, 12/1, 14/2 ve 15/2 maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Kanun'da açıkça "kesin" yetkiden söz edilmeyen hükümlerdeki yetki kurallarının kesin yetki olarak değerlendirilmesi mümkün değildir". Bkz. Yarg. 19. HD E. 2015/809 K. 2015/12237, T. 7.10.2015 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018). "HMK'nın 17. maddesinde düzenlenen yetki sözleşmesi kararlaştırılan mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesin bir yetki kuralı olmadığı gibi..." bkz. Yarg. 11. HD E.2013/4633 K. 2013/6098 T. 27.03.2013 (Mustafa Ateş, HMK Yargıtay İlke Kararları, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 108). Ayr. bkz. Yarg. 15.HD E.2013/1552 K. 2013/2639 T.16.4.2013 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018)

37 Tanrıver, Usûl, s. 255.

yetkili kılmaktadırlar.³⁸ Belirlenen bu mahkeme, o uyuşmazlığın çözümünde yetkili olan tek mahkemedir. Bu nedenle de mahkemenin yetkisi kesin yetki halini almaktadır.³⁹ Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisinin kesin yetki olduğuna hükmetmiştir.⁴⁰ Dolayısıyla da sözleşmede belirlenen mahkeme haricinde bir mahkemede dava açıldığı takdirde bu husus bir dava şartı olarak hem taraflarca her zaman ileri sürülebilir, hem de hâkim tarafından davanın her aşamasında resen dikkate alınabilir.

4. Ortak Yetkili Mahkeme ve Münhasır Yetki Sözleşmesi ile Belirlenen Mahkemenin Yetkisine İlişkin Düzenlemelerin Birlikte Değerlendirilmesi

Görüldüğü üzere HMK, yetkiye ilişkin düzenlemeleri kapsamında esas itibarıyla, kesin-kesin olmayan yetki ayrımına gitmiş, bu ayrımı da düzenlemelerin lafzı ile şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlemiştir. Bu ayrım haricinde Kanun, ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin 7. maddede ve münhasır yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisine ilişkin 17. maddede, diğer yetki kurallarından farklı bir dil kullanmıştır. Kanun, her iki maddede de belirtilen mahkemenin yetkisini belirlerken “kesin” ifadesine yer vermemiş, fakat Kanun’da belirtilen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmeyeceğine işaret etmiştir.

Bu lafzi benzerlik karşısında, her iki düzenlemenin de aynı doğrultuda yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, mevcut düzenleme karşısında eğer ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki olarak nitelendirilebiliyor ise münhasır yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisinin de kesin yetki olarak nitelendirilmesi gerekir.

³⁸ Tanrıver, Usûl, s. 255.

³⁹ Tanrıver, Usûl, s. 255.

⁴⁰ “Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar göz önünde bulundurularak tarafların tacir olup olmadığı hususu araştırılıp, iki tarafın da tacir olması durumunda HMK’nın 17. maddesi uyarınca sözleşme ile kararlaştırılan yetki anlaşmasının kesin yetki olduğu, mahkemenin yetkili olduğu, tarafların tacir olmaması durumunda ise yetki sözleşmesinin geçerli olmayacağı ve genel yetki kuralına göre yetkili mahkemenin belirleneceği dikkate alınarak bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmişti”. Bkz. Yarg. 3. HD E. 2017/7502 K. 2017/16793 T. 30.11.2017 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

Hem ortak yetkili mahkemeye ilişkin 7. madde ile hem de münhasır yetki sözleşmesine ilişkin 17. madde ile getirilen düzenlemeler, Kanun'da belirtilen diğer genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere doktrinde, Kanun'da belirtilen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırılan kurallar kesin yetki kuralı olarak nitelendirilmektedir.⁴¹ Bu durumda her iki düzenlemenin de kesin yetki kuralı getirdiğini kabul etmek gerekir.

Kanun ilk olarak ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme ile birden fazla davalının bulunması halinde dava arkadaşlarının herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağını belirtmiştir. Fakat davalıların hepsi için ortak yetkili mahkemenin söz konusu olduğu durumlarda, yerleşim yeri mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkacağını ve davaya sadece ortak yetkili mahkemede bakılabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin davanın tarafları açısından haksızlığa yol açtığı ifade edilse de,⁴² ortak yetkili mahkeme zaten, dava, dava arkadaşlarının hepsine birden değil de sadece tek bir davalıya karşı açılıyorsa, yine de yetkili olacak bir mahkemedir. Açılacak davaya ilişkin olarak birden çok davalının bulunması halinde, davanın hangi mahkemede açılacağına karar vermek davacının seçimlik hakkıdır. Dolayısıyla ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme, davalılar bakımından değil, olsa olsa, seçimlik hakkını sınırladığı veya ortadan kaldırdığı için davacı açısından haksızlığa neden olabilir. Fakat unutulmamalıdır ki, kural olarak ortak yetkili mahkemenin yetkili olduğu hallerde yetkisi ortadan kalkan mahkemeler, genel yetkili mahkeme olan, davalıların yerleşim yeri mahkemeleridir. Somut olaya ilişkin özel yetki kuralları ise, büyük ihtimalle zaten davacıya ilişkin olup, davalılar açısından da ortak yetkili mahkeme olacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin doğrudan doğruya davalı yahut davacı aleyhine olduğu söylenemez.

Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki olarak kabul edilmesi durumunda, dava sadece ortak yetkili mahkeme veya mahkeme-

⁴¹ Kuru, Usûl, s. 105; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 293; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 194.

⁴² Umar, s. 37.

lerde açılabilir. Davanın başka yer mahkemesinde açılması durumunda, bu husus hem taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından resen dikkate alınabilir. Ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olarak nitelendirilmesinin bir diğer sonucunun da, davaların birleştirilmesi açısından ortaya çıkacağı söylenebilir. Eğer ilk dava, üç müstakbel davalıdan birine karşı davalının yerleşim yerinde açılmış, ikinci dava da diğer iki davalıya karşı ortak yetkili yer mahkemesinde açılmışsa, ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin olması dolayısıyla, Kanun'un düzenlemesinin (HMK m. 166/2) aksine, davaların birleştirilmesinin ilk mahkemeden istenmesi gerekir. Bunun sonucu olarak da, davalar ikinci davanın görüldüğü mahkemede, yani ortak yetkili mahkemede birleştirilebilir.

Kanun'da yer alan düzenleme karşısında ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetkili olduğunun kabulü halinde, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisinin de kesin yetki olduğunu kabul etmek gerekir. Zira her iki yetki düzenlemesinde de kanun koyucu, sadece düzenleme ile yetkili kılınan mahkemelerin o uyumsuzluk için yetkili olacağını, kanunda belirlenmiş genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkacağını kabul etmiştir. Tanrıver, bu noktada yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisinin kesinliğini, kanundan aldığını belirtmekte, dolayısıyla bu hususun tarafların salt iradeleri ile bir dava şartı ortaya koyduğu şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmektedir.⁴³ Gerçekten de yetki sözleşmesi yapan taraflar, yetkili bir mahkemeyi belirlerken, Kanun'un kendilerine verdiği yetkiyi kullanmaktadırlar. Kanun koyucunun, herhangi bir dava şartı ile ilgili olarak taraflara inisiyatif verebileceğini de kabul etmek gerekir. Zira bununla ilgili herhangi bir sınırlama olduğu söylenemez. Örneğin bir dava şartı olan yargı hakkına ilişkin olarak, yargı muafiyetine sahip olan diplomatik ajanın muafiyeti, gönderen devlet tarafından kaldırılabilir.⁴⁴ Dolayısıyla bir davada söz konusu olan bir dava şartı eksikliği, tarafın (örnek itibarıyla gönderen ülkenin) iradesi ile ortadan kaldırılabilir. Benzer şekilde İsviçre Usul Kanunu'nun (ZPO) 6. maddesinin 3. fıkrası davacıya, fıkarda belirtilen şartların varlığı

⁴³ Tanrıver, Usûl, s. 255 ve 256.

⁴⁴ Tanrıver, Usûl, s. 135. Ayr. bkz. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi 31'inci maddesi.

halinde,⁴⁵ avasını asliye hukuk veya ticaret mahkemelerinden birinde açma yetkisi vermekte, bu sayede bir dava şartı olan⁴⁶ mahkemenin görevi davacının tercihine göre belirlenmektedir.⁴⁷ Söz konusu düzenleme, İsviçre'de usul kanunları kantonlarca⁴⁸ düzenlenmekteyken de mevcut olmakla birlikte,⁴⁹ ZPO ile de muhafaza edilmiştir.

Konuya yetki sözleşmesi açısından bakarsak, Kanun'un taraflara dava şartları ile ilgili bir konuda yetki verdiği kabul edilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Kanun tarafından taraflara verilen bu yetkinin uygulama alanı da sınırsız değildir. Nitekim yetki sözleşmesi hukukumuzda sadece kesin yetkinin bulunmadığı durumlarda,⁵⁰ tacirler ile kamu tüzel kişileri arasında, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla ilgili olarak yapılabilmektedir. Ayrıca taraflar yetkili kılmak istedikleri mahkemeyi de somut olarak belirtmek zorundadırlar.⁵¹ Dolayısıyla Kanun'un taraflara, bir dava şartı üzerinde sınırsız bir hakimiyet alanı sağladığı da söylenemez. Kanun'da belirtilen şartlar, kümülatif şartlar olduğu için, bu şartlardan herhangi birine aykırı olarak yapılan bir yetki sözleşmesi de geçersizdir.

Tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle belirledikleri mahkemenin yetkisinin kesin yetki olmasının doğal bir sonucu olarak, davaya bakan hâkimin yetki sözleşmesini de resen dikkate alması gerekmektedir. Zira bir dava şartı⁵² olan kesin yetkinin var olduğu

⁴⁵ Rüetschi, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010, Art. 6, N. 29.

⁴⁶ ZPO m. 59/2-b.

⁴⁷ Rüetschi, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 6, N. 18 ve 29; Haas/Schumpf, in: Oberhammer Paul (Hrsg.), ZPO Kurzkommentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 6, N. 11.

⁴⁸ Örn. Zürich Kantonu için bkz. Hans Ulrich Walder-Richli/ Beatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, %. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2009, s. 84.

⁴⁹ Max Guldener, Schweizerische Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979, s. 116.

⁵⁰ Ayrıca HUMK dönemine ilişkin olarak, yetki sözleşmelerinin geçerli olabilmesi açısından Üstündağ, yetki sözleşmesi yapılmak istenen hukuki ilişki ile ilgili yetkinin münhasır olup olmasının değil, kamu düzenine ilişkin olup olmasının önem arz ettiğini belirtmektedir. Bkz. Üstündağ, Salahiyet, s. 329.

⁵¹ Aksi halin kamu düzenini ihlal edeceği kabul edilmektedir. Bkz. Boran Güneysu, s. 1073.

⁵² Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, ilk derece mahkemesinin, davanın yetki söz-

hallerde mahkemenin yetkili olmadığı, hem taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından resen dikkate alınabilir. Bu durumda davaya bakan hâkimin, yetki sözleşmesinin olup olmadığını, varsa geçerliliğini, geçerliyse de davanın belirlenen mahkemede açılıp açılmadığını denetlemesi gerekmektedir. Eğer uyuşmazlıkla ilgili yapılmış olan yetki sözleşmesi herhangi bir sebeple (örneğin tacirler ile kamu tüzel kişileri arasında yapılmamış olması sebebiyle) geçerli değilse, hâkimin yetkiye ilişkin genel kuralları uygulaması gerekmektedir. Dolayısıyla geçersiz yetki sözleşmesine rağmen dava, sözleşmeyle belirlenen yerde açılmışsa ve fakat yetki ilk itirazında bulunulmamışsa, hâkimin bu durumu resen dikkate almaması gerekmektedir,⁵³ meğerki dava konusu uyuşmazlık hakkında kesin yetkili bir mahkeme bulunsun. Buna mukabil olaydaki yetki sözleşmesi geçerli olup da dava sözleşmeyle belirlenen yer mahkemesinde değil de başka bir yer mahkemesinde açıldıysa, bu sefer hâkimin, yetkili olup olmadığını denetlemesi gerekir. Bunun için de ilk olarak yetki sözleşmesinin geçerliliğini, sonra da davanın sözleşmeyle belirlenen yerde açılıp açılmadığını incelemesi gerekir. Eğer dava, geçerli olan yetki sözleşmesi ile belirlen yer mahkemesinde açılmadıysa, bu husus taraflarca bir dava şartı eksikliği olarak her zaman ileri sürülebilir, hâkimin de her zaman resen yetkisizlik kararı vermesi gerekir.

leşmesi ile belirlenen mahkemede açılmamış olması halinin bir dava şartı olarak nitelendirildiği kararını onamıştır: “Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, tarafların tacir olması sebebiyle yetkili mahkemenin sözleşmeyle belirlenmiş olması karşısında taraflar için kesin yetki kuralının mevcut olduğu, buna göre davanın sözleşmeyle belirlenen yetkili İstanbul ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilerek, davanın HMK’nın 17. maddesi gereğince taraflar arasındaki sözleşmede İstanbul mahkemelerinin yetkili kılınması sebebiyle mahkemenin yetkisizliğine, yetki yönünden dava şartı oluşmadığından HMK’nın 114 ve 115. maddeleri gereğince yetki yönünden usulden reddine, karar verilmiştir”. Bkz. Yarg. 23. HD E. 2017/2902 K. 2017/3436 T. 24.11.2017 (kazanci.com; Son Erişim Tarihi: 15.11.2018).

⁵³ Doktrinde Aşık, tacirleri ve kamu tüzel kişileri haricinde kalanların korunabilmesi amacıyla, Kanun’da değişiklik yapılması suretiyle, hâkime geçersiz yetki sözleşmesini denetleme yetkisi verilmesini önermektedir. (Aşık, s. 41 ve 42). Zira mevcut düzenleme karşısında geçersiz yetki sözleşmesi ile belirlenen yerde davanın açılması halinde, davalı yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu ancak ilk itiraz yoluyla ileri sürebilir (Boran Güneysu, s. 1086).

Sonuç

Kabul etmek gerekir ki bir davanın hangi yargı çevresinde görüleceği -en az- o yargı çevresindeki hangi sıfattaki mahkemede görüleceği kadar önemlidir. Bu nedenle yetki kuralları görev kuralları kadar önemlidir. Bu önem karşısında, adil bir yargılama yapılabilmesi için, yetki kurallarına ilişkin hem kanuni düzenlemelerin hem de yargı kararlarının iyi değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda Kanun'un genel olarak kullanılan ifadelerden farklılaşarak düzenlediği ortak yetkili mahkeme ve münhasır yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisine ilişkin kurallarının da incelenmesi gerekmektedir. Kanun'un sistematigi dikkate alındığında yetki kurallarının kesin yetki ve kesin olmayan yetki kuralları olarak ayrıldığı görülmektedir. Düzenleniş biçimleri doğrudan bu iki tür düzenlemeden herhangi birine dâhil edilemeyen incelememizin konusunu teşkil eden iki yetki kuralının, Kanun'un sistematigine aykırı olması sebebiyle, üçüncü tür bir yetki kuralı yarattığını söylenemez.

Kanunda belirlenen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran söz konusu iki yetki kuralının, kesin olmayan yetki kuralı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. O halde, bu iki yetki kuralı sadece kesin yetki kuralları arasında nitelendirilebilir. Bu durumda söz konusu iki yetki kuralının varlığı halinde, bu kurallara aykırılık halleri hem taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerekir.

Kaynakça

- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Aşık İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S. 97, s. 11-48.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Ateş Mustafa, *HMK Yargıtay İlke Kararları*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Bolayır Nur, *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2009. (*Yetki*)
- Bolayır Nur, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2011, C. 85, S. 2011/5, s. 131-147. (HMK)

- Boran Güneysu Nilüfer, "Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 1067-1089.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Guldener Max, *Schweizerische Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979.
- Kuru Baki, *Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016. (Usûl)
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Baskı, Demir, İstanbul 2001. (Cilt 1)
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2011, C. 85, S. 2011/5, s.1-43.
- Meraklı Yayla Deniz, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 1987-2013.
- Oberhammer Paul (Hrsg.), *ZPO Kurzkommentar*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Pekcanitez Hakan (et. al.), *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usûl)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Soylu Muhammed Furkan, "Medenî Usûl Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2017, C. 25, S. 2, s.449-484.
- Sungurtekin Özkan Meral, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Barış Yayınları, İzmir 2013.
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Usûl)
- Tanrıver Süha, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 459-468. (Yetki)
- Tanrıver Süha, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 635-664. (HMK)
- Taş Korkmaz Hülya, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan Özel Sayı C. II *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, İzmir 2013, Vol. 8, s. 1753-1818.

- Ulukapı Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1961, C. 27, S. 1-4, s. 310-339. (*Salahiyet*)
- Üstündağ Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, 7. Baskı, İstanbul 2000. (*Yargılama*)
- Walder-Richli Hans Ulrich/Grob-Andermacher Beatrice, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2009.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

ARABULUCULUK SÜRECİNDE ADLİ YARDIM TALEPLERİNDE GÖREVLİ MERCİYE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

A DISCUSSION ON THE JURISDICTION OF COURT FOR LEGAL AID APPLICATIONS IN MEDIATION PROCESS

Nesibe KURT KONCA*

Özet: 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13'üncü maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmüne göre, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu husustaki hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle adli yardımdan yararlanabilir. Ancak anılan fıkrada bu hususta görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme, hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardımda görevli mahkemeye ilişkin hükümleri ile hem de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun göreve ilişkin diğer hükümleri ile çelişmektedir. Çalışmada öncelikle, adli yardımda görevli mahkemeye ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nu hükmü; ardından Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri incelenecektir. Hükümler arasındaki çelişkinin yol açabileceği sorunlar tespit edilerek, bu sorunların giderilmesi için çeşitli çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk Ücreti, Arabuluculuk Süreci, Adli Yardım, Görevli Mahkeme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

Abstract: According to Article 13 of Code of Mediation in Civil Disputes which is changed by the new Labour Courts Law No. 7036, the party in need of legal assistance to meet the mediation fee arising during the mediation process can benefit from legal assistance by applying the provisions of Turkish Civil Procedure Code by comparison. However, in Article 13 the court which has jurisdiction for this matter has been determined as the Civil Court of Peace. This regulation contradicts both the provisions of Turkish Civil Procedure

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, nkurt@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4638-613, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.12.2018, Kabul Tarihi: 21.12.2018

re Code about the court which has jurisdiction for legal aid and the other Jurisdiction of courts provisions of Code of Mediation in Civil Disputes. In the study, first, the provisions of Code of Mediation in Civil Disputes relating to the court in charge of legal aid and then those of the Turkish Civil Procedure Code shall be examined. The problems that may result from the contradiction between the two provisions will be identified and suggestions will be made to resolve these problems.

Keywords: Mediation fee, mediation process, legal aid, Jurisdiction of Court, Code of Mediation in Civil Disputes

I. GİRİŞ

Adalet Bakanlığı'nın 2015-2019 Stratejik Planı çerçevesinde dostane uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin uygulamaların ve bu çerçevede arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümünün yaygınlaştırılması hedeflenmektedir.¹ Arabuluculuk ücret ve masraflarının karşılanması hususunda, ekonomik açıdan ihtiyaç sahibi taraf ya da taraflara adli yardımdan yararlanma imkânının tanınması, ülkemizde arabuluculuğun etkin bir şekilde kullanılmasına ve yaygınlaştırılmasına hizmet edecektir.² Özellikle, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmanın bir dava şartı olarak kabul edilmiş olması karşısında, arabuluculuk sürecinde ekonomik açıdan zor durumda olan tarafların adli yardımdan yararlanması ayrı bir öneme sahiptir.³ Bu kanun değişikliğinin yargının yükünün azaltılmasına olumlu katkıları ve uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümlenmesi bakımından oluşturduğu kültürel değişim süreci, diğer uyuşmazlık çeşitlerinde de dava şartı arabuluculuk düzenlemelerine ilişkin çalış-

¹ Bkz. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/yayin/Stratejik-Plan-2015-2019.pdf> , s. 137 (E.T. 30.09.2018).

² Süleyman Dost, "Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *TBBD*, C.27, S. 115, Kasım 2014, s.471. Doktrinde, arabuluculuğun yaygınlaştırılmasını sağlamak üzere, arabuluculuk masraflarının Devlet tarafından karşılanması ve arabuluculuğa başvurulmasının tamamen ücretsiz olmasının uygun olacağı da belirtilmektedir. Zira uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenmesinin ilk derece ve üst derece yargılamaları dikkate alındığı Devlet Hazinesine getirdiği mali yükü ile karşılaştırıldığında, arabuluculuk masraflarının ücretsiz sunulmasının çok daha ekonomik olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Özbek Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1229.

³ Ersin Erdoğan/Nurbanu Erzurumlu, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı*, SETA Yayınları, İstanbul 2016, s. 48.

malar yapılmasını sağlamıştır.⁴ Ancak, ekonomik yetersizlikler dolaşımıyla arabuluculuk sürecinin gider ve masraflarına karşılamayacak taraflar bakımından arabuluculuk sürecinde etkin bir adli yardım mekanizmasının oluşturulması gerekir. Zira hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, ödeme gücü bulunmayanlara da hak arama özgürlüğünün kullanılması güvence altına alınmalıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk halinde adli yardıma ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakta idi. Ancak, 7036 sayılı Kanun ile eklenen 13. maddenin üçüncü fıkrasında, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan arabuluculuk ücreti adli yardımın kapsamına alınmıştır. Arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım taleplerinde, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir. Arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardıma ilişkin olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardımı düzeyen 334 ilâ 340'inci maddelerinin kıyasen uygulanması hüküm altına alınmıştır.

2 Haziran 2018 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde arabuluculukta adli yardım daha geniş kapsamlı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin "arabulucuya başvuru" başlıklı 15'inci maddesinin 3, 4 ve 5 fıkralarında adli yardım ele alınmıştır. Yönetmeliğin üçüncü fıkrası, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrası ile örtüşmektedir. Buna göre, "*Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, adliye arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 6100 sayılı Kanun'un 334 ilâ 340'inci maddeleri kıyasen uygulanır*". Dördüncü fıkrada, adli yardım kapsamında verilen arabuluculuk hizmetinde, arabulucunun ücretinin, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanacağı hüküm altına alınmıştır. Son fıkrada ise, arabuluculuk sürecinde adli yardımın kapsamı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13'üncü maddesini aşar şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Kanun'da arabuluculuk sürecinde tarafların avukatlık

⁴ 19.12.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen uyuşmazlıklardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında "dava açılmadan önce arabulucuya başvurma" dava şartı haline getirilmiştir.

hizmeti bakımından adli yardımdan yararlanmaları düzenlenmemişken, Yönetmelikte bu husus şu şekilde düzenlenerek kaleme alınmıştır: “Arabuluculuk sürecinde tarafların avukatlık hizmeti bakımından adli yardımdan yararlanabilmesi hususunda 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 176 ilâ 181 inci maddeleri uygulanır”. Yönetmeliğin bu hükmünün kanuni dayanağının Avukatlık Kanunu’nun 176. maddesi olduğu söylenebilir. Zira anılan hükümde, her türlü avukatlık ücreti, adli yardımın kapsamına alınmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 336. maddesinde, adli yardımın, asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemedен; icra ve iflas takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden isteneceği hükme bağlanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, adli yardım sisteminde görevli mahkeme, asıl dava ve işe göre belirlenmektedir. Bu bağlamda asıl dava ve iş bakımından hangi mahkeme görevli ise, adli yardım bakımından da aynı mahkeme görevli olacaktır.⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda ise, arabuluculuk ücreti bakımından adli yardım talepleri bakımından görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir. Bu çalışmada, arabuluculuk ücreti bakımından adli yardımda görevli mahkeme düzenlemesinin genel hükümlerinden farklılaşması üzerine değerlendirmeler yapılacaktır. Bu farklılaşmanın yol açabileceği sorunlar tespit edilmeye çalışacak ve çözüm önerileri sunulacak; bu arada yeri geldikçe, genel hükümler de yargılama ilkeleri bakımından ele alınacak; hukuk devleti, sosyal devlet ve usul ekonomisi ilkelerine uygun bir şekilde adli yardıma hangi mercii karar vermelidir sorusuna cevap aranacaktır.

II. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU’NA GÖRE ADLİ YARDIM TALEBİNDE GÖREVLİ MAHKEME

A. Genel Olarak

Adli yardım talebinde görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu 336. maddesinde⁶ adli yardım talebi başlılığı altında düzen-

⁵ Ayşe Kılıç, *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 212.

⁶ İlgili maddenin gerekçesi şu şekildedir, “Maddenin birinci fıkrası hükmü, 1086 sayılı Kanun’daki düzenlemenin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Ancak metne geçici hukukî koruma taleplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceği

lenmiştir. Buna göre, adli yardım, asıl talep veya işin karara bağlanması gereken mahkemeden;⁷ icra ve iflas takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden istenir.⁸ Bir dava açılmadan veya çekişmesiz yargı işine başvurulmadan önce adli yardım talebinde bulunulması halinde görevli mahkeme, asıl yargılama işi için görevli mahkemedir. Buna karşılık derdest bir dava ya da çekişmesiz yargı işi için adli yardım talebinde bulunuluyorsa, görevli mahkeme, o yargılamaya bakmakta olan mahkemedir.⁹ (HMK m. 336/1).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Buna göre, asıl dava açılmadan evvel adli yardım talebinde bulunulduğunda, görevli mahkeme asıl dava bakımından görevli olan mahkemedir. Davanın açılmasından sonra ise, sadece davanın görüldüğü mahkemede adli yardım talebinde bulunulabilir (HUMK m. 468/1, 469/11). Bu düzenlemenin geçici hukuki himaye tedbirleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilmekteydi.¹⁰ Ayrıca, asıl dava için yetkili olan mahkeme, adli yardım talepleri için de yetkilidir. Dava açıldıktan sonra ise; sadece davanın açıldığı yer mahkemesinden adli yardım talebinde bulunulabilir (HUMK m. 468).

Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebinde bulunulması mümkündür. Bu halde, istinaf kanun yolunda adli yardım ta-

yolunda bir ilâve yapılmıştır. Bazen dava açılmadan önce talep edilmesi gereken ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir gibi geçici hukukî korumalarda özellikle teminatların oldukça yüksek meblağlara ulaşabileceği göz önüne alındığında, bu teminat ve diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacak olan kişilere, haklı oldukları yolunda hâkimde kanaat uyandırılmaları hâlinde, adli yardım sayesinde, tüm giderlerden geçici olarak muafiyet tanınması, etkin bir hukukî korumanın gerçekleşmesine önemli ölçüde hizmet edecektir”

⁷ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 725.

⁸ Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 585; Ahmet Cemal Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 50; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 1106; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 308.

⁹ Kılınç, s. 211; Oğuz Atalay, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2421; Tanrıver, s. 1106; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 548.

¹⁰ Mehmet Akbal, “Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *TBB D.*, S. 93, “Mart-Nisan 2011, s. 156.

lebi, bölge adliye mahkemesine; temyiz talebinde kanun yolunda ise Yargıtay'a yapılır. İstinaf ve temyiz harçlarını karşılamak bakımından ekonomik güçlük yaşanması olasıdır.¹¹ Ayrıca, kanun yollarındaki yargılamanın da asıl dava veya işin doğal bir uzantısı olması sebebiyle, bu aşamalarda adli yardımın kabul edilmesi, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşıdığı kabul edilmektedir.

Görevsiz mahkemede verilen adli yardım kararının görevli mahkemede geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışılmalıdır. Akbal, asıl davanın açılacağı yer mahkemesi dışında başka yer mahkemesince verilen adli yardım kararının, davaya bakan mahkeme bakımından bağlayıcı nitelik taşımayacağı görüşündedir.¹² Ancak doktrinde, Atalay ve Kılınç tarafından savunulan baskın görüşe göre, görevsiz mahkeme tarafından verilen adli yardım kararı, görevli mahkemede geçerli olmalıdır.¹³ Kural olarak, görevsiz mahkemenin yapmış olduğu mahkeme usul işlemleri geçersizdir. Ancak, görevli mahkeme, bu işlemlerin tekrar yapılmasında herhangi bir fayda görmüyorsa, görevli mahkeme bir ara karar vererek o işlemlerin geçerli kabul edilmesine hükmedebilir.¹⁴ Zira usul ekonomisi ilkesi bakımından, görevsiz mahkemede yapılan işlemin aynen tekrarlanmasında bir fayda bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yardım yararlanıcısının içinde bulunduğu durum düşünüldüğünde, görevsizlik sebebiyle adli yardım kararını geçersiz saymak, kurumun amaçlarına da hizmet etmemektedir.¹⁵ Bu görüşler çerçevesinde bizim ulaştığımız sonuç ise, adli yardım incelemesinin mutlaka mahkeme tarafından yapılmamasının gerekli olup olmadığı sorusunun sorulması gereğidir. Adli yardım incelemesi yapacak mahkemenin belirlenmesine ilişkin usulî sorunların kurumun işlerliğine zarar vermekte; süreci uzatmakta ve bürokrasiye neden olmaktadır.

¹¹ Mehmet Akif Tutumlu, "Temyiz Aşamasında Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 102 - Şubat 2015, s. 116.

¹² Akbal, s. 157.

¹³ Kılınç, s. 212; Atalay-Pekcanitez Usul, s. 2422.

¹⁴ Kılınç, s. 212; Ruhi, s. 53; Atalay-Pekcanitez Usul, s. 2422.

¹⁵ Kılınç, s. 212-213.

B. Arabuluculukta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Adli Yardıma İlişkin Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması Bakımından Görevli Mahkeme

Arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım taleplerinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardımı düzeyen 334 ila 340'ıncı maddeleri kıyasen uygulanacaktır.¹⁶ Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardımda görevli mahkemeye ilişkin bu hükümlerinin, arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım taleplerinde uygulanması mümkün değildir. Zira arabuluculuk sürecinde adli yardıma ilişkin hükümler doğrudan uygulama alanı bulamaz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi, kıyas yoluyla uygulama arabuluculuk sürecinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde mümkün olacaktır.¹⁷

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda görevli mahkeme açıkça düzenlendiği için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardım taleplerinde göreve ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 336. maddesinden farklı olarak, arabuluculuğa konu olan uyuşmazlık hangi mahkemenin görevine girerse girsin, hatta hali hazırda bu uyuşmazlığa ilişkin derdest bir dava bulunsun, adli yardım talebi uyuşmazlık bakımından görevli mahkemede değil; sadece sulh hukuk mahkemesinde adli yardım talebinde bulunulabilecektir.¹⁸

¹⁶ Arabuluculuk sürecinde adli yardım incelemesinde belirginlik sağlanması gerekirken, genel hükümlere yapılan bu atf doktrinde eleştirilmektedir. "... bazı hususları tam belirgin hale getirilmeden, genel hükümlere atf yapmak sorunu çözmektedir. Bunun yanında uygulamamızda adli yardımın çok iyi işlemediği, mahkemelerin bu konuda kolay karar vermediği de düşünülürse, arabuluculuk bakımından adli yardım hükümlerinin işletilmesi çok da kolay görünmemektedir. Bu ise hukukî korunma, adalete erişim ve hak arama özgürlüğü bakımından sorunlu bir durumdur". Bkz. Muhammet Özkes/Ömer Ekmekçi/Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 107.

¹⁷ Leyla Akyol Aslan, "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması (HUAK m. 13/3)", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 89.

¹⁸ Akyol Aslan, s. 95.

C. Adli Yardım Talebinin Reddine İlişkin Kararlara İtirazda Görevli Mahkeme

Adli yardım talebinin reddi halinde, ret kararına karşı itiraz etmek mümkündür.¹⁹ Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye yazılı olarak (dilekçeyle) itiraz edilir. Ancak itiraz incelemesi, kararı veren mahkemede yapılmaz. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir (HMK m. 337/2). İncelemeyi yapacak yargı yerine ilişkin düzenleme bölge adliye mahkemelerinin daireleri ve Yargıtay daireleri bakımından da geçerlidir.²⁰ İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardım talebinin reddine ilişkin karara itirazı düzenleyen 337. maddesi kıyasen, arabuluculuğu süreci bakımından da uygulanır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardıma ilişkin hükümlerinin, arabuluculuk sürecinde de kıyasen uygulanması mümkündür. Burada kıyasen uygulama, ret kararına itiraz arabuluculuk süresinin mahiyetine uygun

¹⁹ "Aynı Kanun'un adli yardım talebinin incelenmesi başlıklı 337. maddesinde Mahkemenin, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebileceği, talep hâlinde incelemenin duruşmalı yapılacağı, adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında ret sebebinin açıkça belirtileceği, bu karara karşı 1 haftalık sürede itiraz yasa yoluna gidilebileceği, kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebileceği, kararına itiraz edilen mahkemenin, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye göndereceği, itiraz incelemesi neticesinde verilen kararın kesin olacağı düzenlenmiştir. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 337/2. maddesi uyarınca adli yardım taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yolunun açık olduğu, son celsede adli yardım talebinin reddedildiği ve aynı celsede, kanıtlanamayan davanın reddine karar verilerek yargılamanın bitirildiği, davacı tarafın itiraz hakkının bu suretle elinden alındığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Böylelikle 6100 sayılı HMK'nın 337/2. maddesindeki prosedürün işletilmesi gerekirken usul hükümleri göz ardı edilerek yazılı olduğu gibi davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır." Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2016/4009, K. 2017/8160, T. 23.10.2017 (www.legalbank.net)

²⁰ Atalay-Pekantez Usul, s. 2428.

düştüğü için²¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13. maddesinin de bir gereğidir. Bu suretle etkin hukuki korumanın sağlanmasına hizmet edilecektir.

Arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım talebi reddedilen taraf, bu karar karşı kararı veren sulh hukuk mahkemesine yazılı olarak itiraz edebilir. İtiraz süresi, adli yardım talebinin reddine ilişkin kararın tebliğinden itibaren bir haftadır. İtiraz incelemesi, o yerde birden fazla sulh hukuk mahkemesi dairesi varsa, kararı veren daireyi numara olarak izleyen dairede; son numaralı sulh hukuk mahkemesi için birinci sulh hukuk mahkemesinde; o yerde tek bir sulh hukuk mahkemesi bulunması halinde en yakın yerdeki sulh hukuk mahkemesinde incelenir. İnceleme neticesinde sulh hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir.²²

III. ADLİ YARDIM TALEBİNİN ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİ OLMASIYLA DOLAYISIYLA GÖREVLİ MAHKEMENİN SULH HUKUK MAHKEMESİ OLMASI GÖRÜŞÜ

Adli yardım talebi, ileride açılacak bir dava veya başvurulacak talep, takip yahut uyuşmazlık çözüm yönteminden önce veya devam eden bir dava, talep, takip yahut uyuşmazlık çözüm yöntemindeki birtakım giderlerden muafiyete yöneliktir. Adli yardım talebiyle, bir başkasına karşı bir hak iddia edilmemekte, bir uyuşmazlık çıkartılmamaktadır. Adli yardım talebi, giderlerinden muafiyete yönelik olduğu açılmış veya açılacak dava, talep, takip ve uyuşmazlık çözüm yönteminden bağımsız bir hukuki nitelik taşımaktadır.²³

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde çekişmesiz yargı işleri örnek kabilinden sayılmıştır. Buradaki sayma tahdidi nitelik taşımadığı için, çekişmesiz yargı işlerine ilişkin ölçütler dikkate alınarak adli yardım talebinin niteliği belirlenebilir. Doktrinde egemen olan görüşe göre, talepte bulunan ilgililer arasında bir uyuşmazlık olmaması ve ilgililerin ileri sürebileceği subjektif bir hakkın bulunmaması ölçütlerine göre, adli yardım talebinde bulunulması bir çekişmesiz yargı işidir.²⁴

²¹ Akyol Aslan, s. 88.

²² Akyol Aslan, s. 115.

²³ Kılınç, s. 216

²⁴ Oğuz Atalay, Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1986, s. 70;

Çekişmesiz yargı işlerinde genel görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesi uyarınca sulh hukuk mahkemesidir. Bir çekişmesiz yargı işinde sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkemeyi görevli kılmak için genel düzenlemeden ayrılmayı haklı kılacak bir sebebin olması gerekir. Çekişmesiz yargı işinin konusu ile özel mahkemenin uzmanlık alanı arasında bağlantı bulunması halinde özel mahkemenin görevli kılınması makul kabul edilebilir. Türk hukukunda arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin dava ve işler bakımından bir uzmanlık yargı yerinden bahsedilemez. Dolayısıyla derdest olmayan bir yargılama konusuna ilişkin adli yardım taleplerinde, çekişmesiz yargıda asıl görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesinin görevli olmasının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığı ile bağdaştığı söylenebilir. Doktrinde, adli yardım taleplerinin çekişmesiz yargı işi niteliği taşıması karşısında, çekişmesiz yargıda genel görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesinin arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım taleplerinde görevlendirilmesi yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir.²⁵

Adli yardım bir çekişmesiz yargı işi olmakla beraber, devam eden bir yargılamaya ilişkin ise, yargılamayı gören mahkeme, adli yardım talebini ön sorun olarak inceleyip, karar bağlar²⁶ (HMK m.164). Hâl böyle olunca, adli yardım talebi bizatihi yapılırsa, çekişmesiz yargı işi olup basit yargılamanın konusunu oluştururken; devam eden bir yargılama sırasında ileri sürülürse, ön sorun olarak incelenip; karara bağlanmaktadır. Dolayısıyla, devam eden bir yargılama konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak arabuluculuk sürecine başvurulmuş ise, arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım talebini bu yargılamadan bağımsız ayrı bir çekişmesiz yargılamanın konusu kılmak usûl ekonomisi ile bağdaşmaz. Kaldı ki, derdest yargılamanın giderleri için adli yardım kararı verilmiş; bu kararın verilmesine ilişkin maddi şartlarda herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen, ilk incelemeyi yapmamış olan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 13 uyarınca görevli olan sulh hukuk mahkemesinin adli yardım şartlarının

Akbal, s. 162; Kılınç, s. 216; Ruhi, s. 54; Atalay-Pekcanitez Usul, s. 2411; Tanrıver, s. 1106; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 549; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 245.

²⁵ Akyol Aslan, s. 95.

²⁶ Atalay-Adli Yardım, s. 82; Akbal, s. 162; Kılınç, s. 239.

oluşmaması nedeniyle adli yardım talebini reddetmesi mümkündür. Böyle bir durumda, çelişkili kararlar verilmiş olması karşısında yargı kararlarının saygınlığı zedelenecektir. Bu sebeple devam eden bir yargılamaya ilişkin adli yardım taleplerinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda halen devam eden yargılamayı gören mahkeme görevli kılınmıştır.

IV. DERDEST BİR DAVA KONUSU UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN ARABULUCULUK SÜRECİNDE ADLİ YARDIM TALEBİNDE ASIL DAVAYA BAKAN MAHKEMENİN GÖREVLİ OLMASI GÖRÜŞÜ

Açılmış ve halen görülmekte olan bir davanın tarafları arabuluculuğa başvurabilir. Keza, mahkeme de davanın taraflarını arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (HUAK m. 13). Böyle bir durumda, görülmekte olan davaya ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesi gereğince adli yardımdan yararlanan kişi, dava devam ederken arabulucuya başvurulması halinde, arabuluculuk ücreti için kendiliğinden adli yardımdan yararlanamayacaktır.²⁷ Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335. maddesi uyarınca arabulucu ücreti adli yardımın kapsamına dâhil değildir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bir uyuşmazlığın tarafının, açacağı dava veya derdest davası bakımından adli yardımdan yararlanmasına ilişkin bir karar almış olsa dahi, arabuluculuğa başvurduğunda arabuluculuk ücreti için bizatihi adli yardım talebinde bulunması gerekmektedir.

Doktrinde, görülmekte olan bir davada arabuluculuğa başvurulması kararlaştırılmış ise, davadaki yargılama giderleri için adli yardımdan yararlanan kişinin, arabuluculuk ücreti için de adli yardımdan yararlanmaya devam etmesinin faydalı olacağı belirtilmiştir.²⁸ Kanatımızca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adli yardımın kapsamı genişletilerek, dava sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, bu dava için verilmiş adli yardım kararının, adli yardım yararlanıcısının arabuluculuk ücretini de kapsayacağı hüküm altına alınabilir. Böyle

²⁷ Akyol Aslan, s. 110.

²⁸ Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 222.

bir düzenleme hem usul ekonomisi²⁹ ilkesine uygun olacak; hem de arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümünde, giderlerin caydırıcı nitelik taşımasının önüne geçilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde, devam eden bir yargılamada taraf veya istemde bulunanın adli yardım talebini, yargılamayı yürüten mahkemeye yapması işin tabiatı gereğidir. Zira asıl davaya bakan mahkemenin, o davaya ilişkin tali sayılan diğer ifadeyle ikincil sorunları da çözmekle görevli olduğu kabul edilmektedir.³⁰ Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, çeşitli hükümlerde, dava açılmasından sonra, asıl davaya bakan mahkemenin asıl davaya ilişkin geçici hukuki koruma taleplerinde de görevli olduğu kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesine göre, ihtiyati tedbir, dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK m. 390/1). Keza, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkemeye yöneltilebilir (HMK m. 390/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun asıl davaya ilişkin tali nitelikli usulî sorunlarda asıl davaya bakan mahkemenin görevli olmasının bir gereği olarak adli yardım talebi asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeye yöneltilir (HMK m. 336/1). Ayrıca, kanun yollarına yani istinaf veya temyize başvuru sırasında adli yardım talebi bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a yapılır (HMK m. 336/3).

Devam eden bir yargılamada taraflardan birinin adli yardım talebini, yargılamayı yürüten mahkemeye yapması Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18'de yer alan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde³¹ görevli mahkemeye düzenlemeyle de uyum içinde olacaktır. Anılan hükme göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebi-

²⁹ Aynı şekilde bir icra takibi sırasında verilmiş bir adli yardımın kararının, bu takip devam ederken arabuluculuğa başvurulması halinde ortaya çıkacak arabuluculuk ücreti için de geçerli olması takip ekonomisi bakımından uygun olabilecektir.

³⁰ Necip Bilge/Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 347.

³¹ Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/4).

lirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Dava açılmadan evvel başlayan arabuluculuk süreci sonunda anlaşma belgesi hazırlanmışsa, bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verme görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğuna ilişkin düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistematığı ile bağdaşmaktadır.³² Zira anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir (HUAK m. 18/3). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesi uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Dolayısıyla, devam eden bir yargılamayı konu olmayan bir arabuluculuk sürecinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olması çekişmesiz yargıda görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olması kuralına uygundur.

Buna karşılık, devam eden bir yargılama konusu uyuşmazlığın arabuluculuk süresi sonunda sona erdiren anlaşma belgesine o yargılamayı yürüten mahkemenin icra edilebilirlik şerhi vermesi de doğaldır. Zira aynı mahkemenin, o yargılamaya ilişkin olarak bir karar vermesi gerekmektedir. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinde halinde mahkemenin dava konusuz kaldığı için esas hakkında karar verilmesi yer olmadığı kararı vermesi icap eder.³³ Nitekim ilgili düzenlemenin gerekçesinde, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin, usul

³² Doktrinde Özbek, 7036 sayılı Kanun değişikliğinden evvel, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru durumlarında icra edilebilirlik şerhinin verilmesinde, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev kurallarına göre belirlenecek olan mahkeme yerine, olması gereken hukuk bakımından, icra hukuk mahkemelerinin görevli olması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. İcra mahkemelerinin icra edilebilirlik şerhi vermek hususunda icra hukukunda uzman yargı mercii niteliği taşımasını bu görüşüne gerekçe olarak sunmuştur. Bkz. Özbek-Uyuşmazlık Çözümü, s. 1260; Mustafa Serdar Özbek, "Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017. C. 3. S. 2, s. 79; .

³³ Emre Kıyak, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *TAAD*, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 544; Akyol Aslan, s. 111. Tarafların talepleri veya tutumları neticesi ortaya çıkabilecek diğer ihtimallerde mahkemenin vereceği kararlar için bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 193-194.

ekonomisi ve mahkemenin derdest dosya hakkında karar verebilmesinin sağlanması amacıyla davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilmesi gerektiği hususu ifade edilmiştir.³⁴ Doktrinde bu düzenlemede görevli mahkemenin yalın ve basit bir şekilde kaleme alınmasının uygulamada tereddüt doğmasını önleyeceği belirtilmiştir.³⁵

Kanaatimize göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun görevle ilgili hükümleri incelendiğinde, devam eden bir yargılamaya ilişkin olarak yapılan, bu yargılamanın konusunu oluşturan hak ve menfaat ile ilgili usulî taleplerde görevli mahkeme, asıl davaya bakan mahkeme olmalıdır. Özellikle arabuluculuk bakımından görülmekte olan bir davada tarafları arabuluculuğa teşvik eden mahkemenin taraflardan birinin arabuluculuk ücretine ilişkin olarak adli yardım talebinde bulunması halinde, bu hususta karar vermeye ehil olmaması ne arabuluculuk ilkeleri ne de usul hukuku ilkeleri ile bağdaşır. Usul ekonomisi ilkesi gereği bir davaya bakan mahkeme; bu dava konusu uyuşmazlık hakkında taraflar arabulucuya başvurduğunda, arabuluculuk ücreti için yapılan adli yardım taleplerini karara bağlamakla görevli olmalıdır.

V. ADLİ YARDIMLA TALEPLERİNDE GÖREVLİ BİR İDARİ ORGAN KURULMASI GÖRÜŞÜ

Ülkemizde mahkemelerin iş yükü sebebiyle, mahkemelerde karar verme süreleri uzundur. Bu çerçevede, mahkemeler, adli yardım taleplerini de uzun sürede karara bağlamaktadır. Asıl dava veya talebin henüz esasına girmeden adli yardım incelemesinin zaman alması, adli yardım talep eden kişinin adalete erişim hakkının oldukça uzun bir sürede sağlanması anlamına gelmektedir. Bu sebeple de adli yardım talep eden kişi mağdur olabilmektedir.³⁶ Doktrinde hem mahkemelerin iş yoğunluğunu azaltmak hem de adli yardım taleplerinin hızlı ve yeknesak bir şekilde çözümlenmesini sağlamak amacıyla adli yardımda görevli idari bir organ oluşturulması önerilmiştir.³⁷

³⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), s. 28.

³⁵ Özbek- İcra Edilebilirlik Şerhi, s.82.

³⁶ Kılınç, s. 367.

³⁷ Kılınç, s. 367. Okur ve Kalay da adli yardım talebinin geç karar bağlanması sorunun altını çizmiş; Avukatlık Kanunu uyarınca yapılan adli yardım talebini kabul

Adli yardım sisteminin, bir bütün olarak tek elden idare edildiği sistem örneğine Fransa'da rastlamaktayız.³⁸ Fransa'da adli yardım talepleri, adliyelerde bulunan adli yardım bürosu (*le bureau d'aide juridictionnelle*) tarafından karara bağlanmaktadır. Adli yardım bürosunun karar mekanizması, bir hâkim, bir kamu görevlisi, yerel baro üyesi ve diğer temsilcilerden oluşur.³⁹ Dolayısıyla, avukatlık hizmetleri için adli yardım – diğer yargılama giderleri için adli yardım biçiminde ayrı ayrı iki yapılanma bulunmamakta; adli yardım hizmetleri tek elden yürütülmektedir. Ancak, bu adli yardım bürosu, sadece yargı görevlilerinden veya sadece avukatlardan oluşmamakta; konunun tüm paydaşlarının katılımıyla oluşmuş kurullar uzmanlık esasına uygun teşekkül etmektedir.

Mahkeme dışında idari bir organ tarafından adli yardım hizmetlerinin yürütülmesi, mahkemelerin, çekişmeli veya çekişmesiz bir yargı işinin esasına ilişkin olmayan bir mesele olan adli yardım hakkında inceleme yapma mecburiyetini ortadan kaldıracaktır. Böyle bir düzenlemenin mahkemelerin iş yükünü azaltmak dışında, adi yardım hizmetlerinin etkin ve yeknesak bir biçimde verilmesini sağlayacağını kabul etmek gerekir. Zira mahkemelerin, adli yardım talebinde bulunanın mali durumunu inceleyerek ekonomik yetersizliği bulunup bulunmadığını tespit etmesi, bu hususta açık kriterler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda veya başka bir mevzuatta düzenlenmediği için oldukça güçtür. Bu güçlükler mahkemelerin bu hususta farklı karar vermelerine sebebiyet vermektedir. Ancak, bir yargı çevresinde kurulacak adli yardıma ilişkin idari organdaki görevliler bu hususta uzmanlaşacakları için birbiri ile çelişmeyen kararlar alınacak, ayrıca adli yardıma ilişkin devletin sağladığı kaynakların etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasına da imkân verilecektir.

Adli yardım taleplerini almak, incelemek ve karara bağlamak bakımından tek bir idari organ bulunması, görevli ve yetkili mahkemeye

eden baro kararının mahkemece dikkate alınmasının hızlı bir şekilde adli yardım sağlanmasına hizmet edeceği vurgulanmıştır. Bkz. Aykut Okur/Mehmet Kalay, Adli Yardım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Çağrı Avukatlar Grubu, İstanbul 2004, s. 54.

³⁸ Kılınç, s. 65.

³⁹ <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/eu-legal-aid-france-20150427.pdf> (E.T. 01.10.2018).

ilişkin sorunlara son verecek; adalete hızlı ve etkili bir şekilde erişim sağlanmasına hizmet edecektir.

VI. SONUÇ

Çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan adli yardımda görevli merciyi düzenleyen hükümler incelenmiştir. Belirtilen iki kanundaki düzenlemelerde yer alan temel fark, devam eden bir yargılama konusuna ilişkin olarak adli yardım talebinde bulunulması halinde, görevli mahkemeye ilişkindir. Buna göre, derdest bir davada adli yardım talebinde bulunulması halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davanın görüldüğü mahkeme; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre ise sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 336; HUAK m. 13/3).

İki düzenleme arasındaki farkı gerekçelendirmek üzere, adli yardım talebinin çekişmesiz yargı işi olması ve bu sebeple çekişmesiz yargıda sulh hukuk mahkemesinin görevli olması gereği ileri sürülebilir. Ancak, bu gerekçe yeterli değildir ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun tamamına yayılmış değildir. Şöyle ki, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi de bir çekişmesiz yargı işi olmakla beraber; görülmekte olan bir dava sırasında arabuluculuğa başvurulmuş ise, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi bu davanın görüldüğü mahkemeden alınır (HUAK m. 18/2). Bu çerçevede, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndan kaynaklanan yargı işleri bakımından sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu biçiminde bir genelleme de yapılamamaktadır.

Arabuluculuk ücreti bakımından adli yardım talebinde bulunulmasını kolaylaştırmak ve arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümünü artırmak amacıyla, mahkeme içi arabuluculuk halinde, arabuluculuğa ilişkin adli yardım taleplerinin aynı mahkemede karar bağlanması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Keza, tarafları arabuluculuğa teşvik edip arabuluculuğa başvurulmasını sağlayan hâkimin, taraflardan birinin arabuluculuk ücretine ilişkin adli yardım talebini karara bağlayamamasına ilişkin paradoks da giderilmiş olacaktır. Bu suretle adalete erişim hakkı ve usul ekonomisi ilkesi sağlanmış olacak-

tır. Bu öneri, kısmi bir çözüm getirmiş olmakla beraber; Türkiye'deki adli yardım sisteminin güçlendirilmesi için daha genel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Adalet erişim hakkını ilgilendiren adli yardım taleplerini karara bağlamak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Avukatlık Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gibi çeşitli kanunlarda farklı mahkeme veya organların görevli kılınması, çok başlılığa yol açmakta; çelişkili kararlar verilmesine sebebiyet vermektedir. Ayrıca, mahkemelerin iş yükünü de artırmaktadır. Bu çerçevede, olması gereken bakımından adli yardım hizmetlerinin verilmesinde ayrı bir organ oluşturulmasının olması gereken hukuka daha uygun olduğu ve bu konuda somut ihtiyacı karşılayacağı kanaatindeyiz. Adli yardım hizmetlerinin verilmesine ilişkin olarak tüm paydaşların katılımıyla oluşturulacak bu organın, adli yardım hizmetlerinin verilmesine tahsis edilen iş gücü ve mali kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacağı ve bütüncül uygulamalarla çelişkili kararları gidereceği görüşündeyiz.

Kaynakça

- Akbal Mehmet, "Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *TBB D.*, S. 93, "Mart-Nisan 2011, s. 147-173.
- Akyol Aslan Leyla, "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması- (HUAK m. 13/3)", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 79-134
- Aras Aslı, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin Yayınları*, Ankara 2017.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder /Taşpınar Ayvaz Sema/ Hanağası Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Atalay Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1986 (Atalay-Adli Yardım).
- Atalay Oğuz, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. III, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017 (Atalay-Pekcanitez Usul).
- Bilge Necip/Önen, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medenî Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Dost Süleyman, "Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *TBB D.*, C.27, S. 115, Kasım 2014, s. 449-476.
- Erdoğan Ersin/Erzurumlu Nurbanu, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı*, SETA Yayınları, İstanbul 2016.

- Karslı Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Kekeç Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Kılınç Ayşe, *Medeni Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kıyak Emre, *Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği*, *TAAD*, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 523-548.
- Okur Aykut/Kalay Mehmet, *Adli Yardım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Çağrı Avukatlar Grubu, İstanbul 2004.
- Özbek Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017. C. 3. S. 2, s. 69-86 (Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi).
- Özbek Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Özbek, Uyuşmazlık Çözümü).
- Özekes Muhammet/Ekmekçi Ömer / Atalı Murat, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Ruhi Ahmet Cemal, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Taşpolat Tuğsavul Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Tutumlu Mehmet Akif, "Temyiz Aşamasında Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:102- Şubat 2015, s. 116-120.

KONKORDATO MÜHLETİNİN İŞÇİ ALACAKLARINA ETKİSİ

THE EFFECT OF THE CONCORDAT DURATION ON LABOR CLAIMS

Aziz Serkan ARSLAN*

Özet: Ekonomik açıdan zor durumda olan kişileri ve işletmeleri korumak yanında alacaklıları ve kamunun menfaatlerini de korumayı amaçlayan konkordato kurumu 7101 sayılı Kanun’la revize edilerek daha işlevsel hale getirilmiştir. Konkordato kurumundan yararlanan borçluların belirli süre icra ve iflâs takiplerinden korunma imkânı bulunmaktadır. Ancak imtiyazlı alacaklar arasında bulunan, konkordato mühletinden önce tahakkuk etmiş işçi alacakları bu durumdan muaftır. Zira tek gelir ve geçim kaynağı ücret alacağı olan işçilerin bu türden alacakları konkordato mühleti zarfında da hem yerel normlar hem de uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır. Çalışmamızda öncelikle 7101 sayılı Kanun değişiklikleri çerçevesinde konkordato kurumu kısaca tarif edildikten sonra konkordato mühleti süresince muafiyet tanınan işçi alacakları belirtilecek son olarak da işçi alacaklarına tanınan imtiyazın etkileri ve nedenleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Geçici Mühlet, Kesin Mühlet, İşçi Alacakları, İcra

Abstract: In order to protect the people and businesses in economically difficult situations, the concordat which aims to protect the interests of the creditors and the public, has been revised by the Law No. 7101 and has become more functional. Borrowers benefiting from the concordat institution have the opportunity to protect themselves from certain periods of execution and bankruptcy.

However, employees who have accrued employee prior to the concurrence of the concessionary receivables are exempt from this situation. This kind of receivables of the workers who only have their wages as a source of income, are guaranteed by the concurrence of both local norms and international conventions. In our study, firstly, after the concordat institution has been briefly defined in the framework of the amendments in the Law No. 7101, the reasons for the privileges granted to workers’ receivables will be emphasized.

Keywords: Concordat, Temporary Duration, Exact Duration, Labor Claims, Execution

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, azizserkanarslan@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7703-3044 Makalenin Gönderim Tarihi: 20.12.2018, Kabul Tarihi: 20.12.2018

GİRİŞ

Dünya üzerinde ve ülkemizde son yıllarda meydana gelen ani ve beklenmedik gelişmeler, işletmeleri ve kişileri ekonomik olarak ciddi şekilde sarsacak sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Kişilerin ve işletmelerin önleme ve uyum mekanizmalarını etkisiz hale getirerek mevcut değerlerini, amaçlarını ve işleyiş düzenini tehdit eden bu durumun önlenmesi veya etkilerinin en aza indirilmesi amacı, devletleri bir takım yasal düzenlemeler yapmaya yöneltmektedir.

Türk hukukunda ticari işletmelerin malî durumlarını iyileştirmeye veya borçlarını yeniden yapılandırmaya ilişkin ilk yasal düzenlemeler 1987 yılında 3332 sayılı Kanun ile gerçekleşmiştir. Devamında 2002 yılında 4743 sayılı Kanun ile sermaye şirketlerinin malî durumlarında iyileştirici ve borçlarını yeniden yapılandırıcı düzenlemeler yapılmıştır.

2003 yılında 4949 sayılı Kanun ile daha önce de hukuk sistemimizde yer alan ancak istenen sonuçlara ulaşılamayan “iflâsın ertelenmesi” müessesesinde yeni düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemeler ne yazık ki istenen sonuçların ortaya çıkması hususunda çoğu

zaman yetersiz kalmıştır. Son olarak ise ülkemizde 2003 yılından bu yana yaygın olarak uygulanan iflâsın ertelenmesi kurumu, 15.03.2018 tarih ve 30361 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kanun ile ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda isteneni veremediği için tamamen kaldırılmış ve bunun yerine alacaklılar ile borçluların bir müzakere sonrasında anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkemece tasdiki esasına dayanan konkordato kurumu, daha etkin kullanılması amacıyla yeniden düzenlenmiştir.¹

Bir borçlunun konkordatodan yararlanabilmesinin ön şartı, vadesi geldiği hâlde borcunu ödeyememiş olması veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunmasıdır. Herhangi bir borçlunun borcunu ödeyememiş olması veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bu-

¹ Detaylı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez/Güray Erdönmez, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul-2018, s. 3 vd.; Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/ Bilgehan Yeşilova/Müjgan Tunç/ Serdar Kale, Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanun’la Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 – 309 Şerhi, Ankara-2018, s. 54 vd.; Serhat Sarısözen, İcra İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 2. Baskı, Ankara-2019, s. 45 vd.

lunması, bünyesinde çalıştırdığı işçilerin durumunu da yakından etkiler. Bu durumda olan bir borçlunun bünyesinde çalışan işçilerin ücretlerini ödememesi, onları daha fazla süre çalıştırmaya yönelmesi veya işten çıkarması uygulamada sık karşılaşılan durumlardandır.

Bu anlatılanlardan sonra biz de çalışmamızda tek gelir kaynağı ücreti olan işçilerin konkordato mühleti sürecinde korunması amacıyla yönelik düzenlemelerden bahsedeceğiz. Çalışma kapsamında öncelikle 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik çerçevesinde genel olarak konkordato kurumundan bahsedildikten sonra İİK m. 294/2'de belirtilen imtiyazlı alacaklardan biri olan işçi alacaklarına konkordato mühletinin etkisi incelenecek, devamında yine konkordato mühletinin işçi ile işveren arasındaki hizmet akdine etkileri ortaya konmaya çalışılacaktır. Son olarak da işçi alacaklarına konkordato mühletine rağmen diğer alacaklardan farklı olarak tanınan imtiyazın şartları ve nedenleri üzerinde durulacaktır.

I. KONKORDATO HAKKINDA GENEL BİLGİ

İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile kanun koyucu tarafından iflâsın ertelenmesi yerine ikame edilmek istenen ve bu amaçla işlevsel hale getirilen konkordato müessesesi, ekonomik kriz, piyasa şartlarının elverişli olmaması, işlerinin bozulması, tahminlerinde yanılmış olması gibi elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen ve malî durumu bozulmuş olan, dürüst borçluları korumak için kabul edilmiş bir hukukî çaredir.²

² Doktrinde genel kabul gören tarife göre konkordato, dürüst bir borçlunun imtiyazsız alacaklılarının nitelikli bir çoğunluğu ile yaptığı ve asliye ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden, imtiyazsız alacaklıların borçluya karşı alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat etmesini ve borçlunun da, borçlarının konkordato ile kabul edilen kısmını (yüzdesini) belli bir zaman diliminde ödemekle, borçlarının tamamından kurtulmasını içeren hukuki bir imkândır. Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 1229; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara-2018, s. 539; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul-2018, s. 441; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara-2018, s. 497; Timuçin Muşul, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara-2018, s. 353; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara-1993, s. 6; Süha Tanrıver/Adnan Deynekli, Konkordato-nun Tasdiki, Ankara-1996, s. 30; Sarısözen, s. 54 vd.; Sümer Altay/Alı Eskioçak, 7101 sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden

Konkordato, kanunda açıkça yer almamakla birlikte doktrinde kabul gördüğü üzere vade konkordatosu, tenzilat konkordatosu ve karma konkordato olarak üçe ayrılmaktadır. Vade konkordatosu borçlunun borcunun tamamını ödemek için alacaklılardan vade istemesi veya borcunu taksitlendirmesi durumunda söz konusu olur. Tenzilat konkordatosu ise borçlunun alacaklılardan, alacağına bir kısmından veya yüzdesinden feragat etmesi şartıyla borcunun tamamından kurtulması durumunda söz konusu olur. Uygulamada ise en sık başvuru konkordato türü, borçlunun alacaklılarından hem vade hem de tenzilat istemesi ve alacaklıların da bu talebi kabul etmeleri durumunda borcunun tamamından kurtulma imkânı sağlayan karma konkordatodur.

Konkordato kurumuna, hakkında henüz iflâs kararı verilmemiş bir borçlu iflâsı önlemek için başvurabilir. Buna iflâs dışı konkordato veya adi konkordato adı verilir. Bunun haricinde hakkında iflâs kararı verilmiş ve iflâs tasfiye aşaması devam eden bir müflis de verilen iflâs kararını kaldırmak amacı ile başvurabilir. Bu durum ise iflâs içi konkordato olarak adlandırılır.³ İİK'nın 285-308 maddeleri arasında iflâs dışı (adi) konkordato ayrıntılı olarak düzenlenmiş, iflâs içi konkordato ise İİK m. 309'da genel olarak düzenlenmiş ve eksik hususlarda iflâs dışı konkordato hükümlerine yollama yapılmıştır.⁴

Konkordato kurumundan istifade yoluna iflâsa tâbi olan tacirler başvurabileceği gibi tacir olmayan borçlular da başvurabilir. Konkordatoya başvurabilecek kişilerle ilgili tek kriter kanun değişikliğinden önce de geçerli olduğu üzere borçlunun vadesi geldiği hâlde borcunu ödeyememiş olması veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunmasıdır.

Yapılanma Hukuku, 4. Bası, İstanbul-2018, s. 16 vd.; Orhan Eroğlu, Uygulamada Konkordato, Ankara-2018, s. 21.

³ Kuru, İcra Ders Kitabı, s. 497; Sarısözen, s. 57; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 443 vd.; Kuru, El Kitabı, s. 1145 vd.; Tanrıver, s. 8 vd.; Kamil M. Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul-2016, s. 517; İlhan Postacıoğlu, Konkordato, İstanbul-1965, s. 12.

⁴ İcra İflâs Kanunu'nda konkordatoya ilişkin hükümler iflâs içi konkordato veya malvarlığının terki ile konkordatodan ziyade adi (iflâs dışı) konkordato esas alınarak düzenlenmiştir (İİK m. 285-308). Bu nedenle konkordato mühletinin işçi alacaklarına etkisine ilişkin olarak konkordato müessesesinden bahsederken, adi konkordato esas alınacaktır. Ancak açıklamalarımız, diğer konkordato türlerinin özelliğine ters düşmedikçe, onlar açısından da geçerlidir.

Konkordatodan yararlanmak isteyen borçlular yeni düzenleme ile İİK m. 286'da belirtilen belgeleri tamamladıktan sonra konkordato gider avansını da yatırarak iflâsa tâbi ise genel merkezin bulunduğu yerdeki, iflâsa tâbi değil ise yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesine başvuru yapabileceklerdir.

Konkordato talebine eklenecek belgeleri düzenleyen İİK m. 286/1-c hükmüne göre borçlu; alacaklıları, alacak miktarlarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren listeyi de mahkemeye sunmak zorundadır. Bu bağlamda imtiyazlı alacaklardan olan işçi alacaklarının durumu da projeye dâhil edilmek zorundadır. Belge ve kayıtların süresinde ve eksiksiz olarak sunulmaması hâlinde geçici mühlet kararı verilmez ve alacaklının yaptığı konkordato talebinin de reddine karar verilir (İİK m. 287/2). Projede gösterilmemiş işçi alacakları var ise komiser tarafından 288. madde uyarınca yapılacak ilânla, ilân tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur. Komiser, borçluyu iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet eder. Komiser, alacakların varit olup olmadığı hakkında borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde bulunarak bunların neticesini 302. madde gereğince vereceği raporda belirtir (İİK m. 300).

İİK m. 285/2 hükmü gereğince iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılar da, gerekçeli bir dilekçeyle, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir. Bu bağlamda işverenden alacaklı olan işçiler de borçlu işveren hakkında konkordato talep edebilirler. Bu talep üzerine borçlunun 286. maddede belirtilen belgeleri ve kayıtları belge ve kayıtların hazırlanması için gerekli masraf alacaklı tarafından karşılanır. Belge ve kayıtların süresinde ve eksiksiz olarak sunulmaması hâlinde geçici mühlet kararı verilmez ve alacaklının yaptığı konkordato talebinin de reddine karar verilir (İİK m. 287/2).⁵ İcra ve İflâs Kanunu m. 286'da sayılan belgeler arasında yer alan borçlunun alacak-

⁵ Burada dikkat çeken husus alacaklının başvurusu halinde borçlunun ilgili belgeleri sunmamasının yaptırımının alacaklının talebinin reddi olmasıdır. Yani alacaklının hâkimiyet alanı dışında gerçekleşen bir eksiklik ve ihmalin sonucunda alacaklı bir yaptırıma maruz kalmaktadır. Oysa bunun borçlu bakımından da sonucunun olması gerekir. Bkz. Muhammet Özkes, Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı, On İki Levha/Lexpera Seminer İstanbul 4 Mayıs 2018-7101 sayılı Kanun'la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Edt: Muhammet Özkes), İstanbul-2018, s. 67.

lılara teklifinin yer aldığı konkordato ön projesine ek olarak şirketin son 90 gündeki malî ve finansal analiz durumunu net şekilde ortaya koyan belge ve tabloların sunulması zorunluluğu kanun ve yönetmelik ile gelen yeniliklerdendir.⁶ Konkordatoya ilişkin yeni hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık sekiz ay sonra, uygulamadaki durum ve sorunlar gözetilerek 06.12.2018 tarihinde kabul edilen kanun değişikliği ile konkordato başvurusuna eklenmesi gereken belgeler yeniden düzenlenerek finansal analiz raporu yerine Sermaye Piyasası Kurulu veya Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanacak makul güvence veren denetim raporu konkordato projesine eklenmesi gereken belgeler arasında yer almıştır.⁷

Konkordato başvurusu üzerine mahkeme, İİK 286. maddede sayılan belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiği takdirde derhâl geçici mühlet kararı verir ve borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır (İİK m. 287/1). İİK m. 294 hükmü gereğince mühlet içinde borçlu aleyhine 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz. İİK m. 294'te belirtilen tedbirler arasına borçlu aleyhine başlatılmış veya mühletten sonra başlatılan icra veya iflâs takiplerinin durdurulması veya yasaklanması da dâhildir. Mühletin takiplere etkisi İİK m. 294/1 hükmünde açıkça emredici şekilde düzenlendiği için mühlet kararını veren mahkemenin belirtilen tedbirlerin alınması konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumlarda borçluya ödeme emri gönderilemeyecek, başlamış takiplerde ise diğer icra takip işlemleri gerçekleştirilemeyecektir.⁸ Aksi halde yapılan icra takip

⁶ Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 30.01.2019, Sayı: 30671.

⁷ 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 19.12.2018, Sayı: 30630.

⁸ Konkordato mühleti boyunca takip yapılamaz ifadesi ile kanun koyucunun yasakladığı işlemler taraf takip işlemleri değil icra takip işlemleridir. Bkz. Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri, Ankara-2018, s. 182; Altay/Eskiocak, s.104; Pekcanitez/Erdönmez, s. 93; Murat Atalı, Konkordatoda esin Mühlet ve Sonuçları, On İki Levha/Lexpera Seminer İstanbul 4 Mayıs 2018-7101 sayılı Kanun'la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Edt: Muhammet Özkes),

işlemleri yokluk yaptırımına tâbi olarak hükümsüz kabul edilecektir.⁹ İİK m. 294 hükmü her ne kadar kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenliyor olsa bile İİK m. 288/1’de geçici mühlet kararının, kesin mühlet kararının sonuçlarını doğuracağı belirtildiği için söz konusu tedbirler geçici mühletin verilmesinden itibaren geçerli olacaktır.¹⁰

Mahkeme geçici mühlet kararı ile birlikte kararında belirttiği tedbirleri kontrol amacıyla ve projenin devamı için konkordato komiseri tayin eder.¹¹ Geçici mühlet kararı konkordato hukukumuzda 7101 sayılı Kanun’la girmiştir. Mahkemenin vereceği geçici mühlet süresi üç ay ve ek olarak iki ay daha olmak üzere beş ayı geçemeyecektir (İİK m. 287/4).¹² Geçici mühlet borçlunun süratle koruma altına alınması amacını gütmektedir.

⁹ İstanbul-2018, s. 97.

⁹ Selçuk Öztek, İflâsın Erteleme, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 59, 2006, (s. 39-82), s. 67. Yokluk yaptırımına tâbi hükümsüz icra takip işlemleri her zaman için herhangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da kendiliğinden geçersiz kabul edilir. Bu bağlamda icra mahkemesine şikâyet yolu ile yapılan başvuru sadece hükümsüz işlemin tespiti ve ortadan kaldırılması amacı ile yapılır. İcra ve İflâs Kanunu’nda hükümsüz işlemlere karşı şikâyet süresini sınırlayan bir hüküm yoktur. Ancak hukuki güvenliğin sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması için, bu konuda üst sınır olarak takibin sona ermesinden itibaren bir yıl daha şikâyet hakkının bulunduğu doktrin ve Yargıtay tarafından genel olarak kabul görmektedir. Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara-2015, s. 1551; Hakan Pekcantez/Cemil Simil, İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017, s. 152; Atalı, s. 97; Arslan, s. 232; Yargıtay 12. HD., 26.02.2014 T.; 2014/29529 E. 2014/3943 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰ Öztek, s. 81.

¹¹ Konkordato da geçici mühletten yararlanan borçlu, mahkeme aksine bir karar vermediği sürece işçilere maaşlarını ödemek gibi işletmenin faaliyetini sürdürmesi için gerekli olan günlük işlemleri yapmak için her defasında komiserlere müracaat etmek zorunda kalmamalıdır. Bkz. Pekcantez/Erdönmez, s. 35

¹² Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda hâkimin konkordato talep eden dışındaki alacaklıları da dinleyebileceği açıkça kabul edilmiştir (İsviçre İİK m. 294/2). İsviçre doktrininde ise, mahkemenin önemli alacaklıları dinleyebileceği belirtilmekte ve bu bağlamda, yüksek miktarda alacağı olanların, rehinli alacaklıların, bankaların ve işçilerin duruşmaya davet edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Thomas Bauer, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel-2017, Art. 294, N. 20, Art 295, N. 5; Karl Gehler, Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und Nachlassvertragsverfahren, Freiburg-1999, s. 198; Thomas Sprecher, Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich-2003, s. 97 vd.; Pekcantez/ Erdönmez, s. 45; Levent Börü, Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu, İnönü ÜHFD, Cilt. 9 Sayı. 2 Yıl 2018, (s. 341-372), s. 360.

II. KONKORDATODA İŞÇİ ALACAKLARINI ETKİLEYEN DÜZENLEMELER

Kanun koyucunun konkordato müessesini yeniden revize ederek işlevsel hale getirmesi her ne kadar borçluları koruyucu bir amaç güttüğü izlenimini uyandırsa da esasen borçlarını ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir işverenin konkordatodan yararlanarak varlığını devam ettirmesi, hem işçilerinin hem de kamunun yararına¹³ Konkordatonun başarı ile sonuçlanması halinde hem alacaklılar kendi iradeleri ile alacaklarının maksimum kısmını elde etmiş olacaklar hem de işletme faaliyetine devam edeceği için işçilerini daha zor duruma düşmekten kurtarmış olacaktır. Bu bağlamda kanun koyucu hem işçilerin korunması hem de işverenin varlığını devam ettirmesi amacı ile mühlet kararının işçi alacaklarına etkisini düzenleyen hükümlere yer vermiştir.

Kanun koyucu İİK m. 294/1 ve m. 295 hükmü ile konkordato mühleti verilen bir borçluya karşı takipleri kural olarak yasaklamıştır. Bununla birlikte yasaklanan takiplerin istisnası ise İİK m. 294/2’de belirtilmiştir. Buna göre İİK 206. maddenin birinci sırasında yazılı olan imtiyazlı alacaklar konkordatoya tâbi değildir. İİK 206. maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar arasında ilk sırada işçi alacakları yer almaktadır. Madde hükmünde işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının imtiyazlı ve takip yasağına tâbi olmadığı düzenlenmiştir.

Konkordato mühleti verilen bir işveren ile işçisi arasındaki hizmet akdinin akıbetine ilişkin durum ise “Kesin Mühletin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları” başlığı altında İİK m. 296 hükmü ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Tek gelir ve geçim kaynağı ücreti olan işçinin alacağının konkordato projesinin tasdiki aşamasında ödenmesini garanti altına almak isteyen kanun koyucu İİK m. 305/1-d bendi gereğince, borçlunun alacaklılara teklif etmiş olduğu konkordato teklifi alacaklılarca kabul edilmiş olsa dahi imtiyazlı alacaklardan olan işçi alacağının tam olarak ifa edilmesini tasdik şartları arasında düzenlemiştir.

¹³ Öztekin, s. 43.

Bunun haricinde 28.06.2009 tarih ve 27272 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun Ek-1. maddesine göre; işçi çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, hakkında aciz vesikası alınması, iflâsı, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerinde hizmet akdine dayalı olarak çalışan işçinin üç aylık ücreti Ücret Garanti Fonundan ödenecektir.¹⁴

Konkordato ilan eden işverenden ücret alacağı bulunan işçilerin İŞKUR’a başvurarak Ücret Garanti Fonu Talep Dilekçesi vermesi, dilekçenin ekine mahkemece verilen konkordato mühlet kararı veya konkordato mühlet kararının ilan edildiğini gösteren belge, işçinin ücret alacağını aylar itibariyle gösteren işçi alacak belgesi eklemesi gerekmektedir. İşçiler bu başvuruyu bizzat yapabilecekleri gibi noter tasdikli vekâletnameye dayalı olarak vekilleri aracılığıyla da yapabilirler.¹⁵

Ücret Garanti Fonundan yararlanabilmek için işçinin son bir yıl içerisinde konkordato ilan edilen işyerinde çalışıyor olması, ücret alacağı için beş yıllık zamanaşımı süresinin dolmamış olması gereklidir.

Yapılacak ödeme işçinin ödenmeyen üç aylık ücretiyle sınırlıdır. İşçinin ücreti ne olursa olsun SGK prim tavanını geçmeyen kısmı üç aylık sınırlı olmak üzere tam olarak İŞKUR tarafından ödenecektir. İşçi alacaklarının teminat altına alınmasını amaçlayan fona ilişkin bu düzenleme de anayasal ve uluslararası normlara uymayı amaçlamaktadır.¹⁶ İşçi alacakları bakımından konkordato mühleti süresince takip

¹⁴ Almanya’da işverenin ödeme güçlüğü halinde işçilik alacaklarının bir bölümü ülkemizdeki Ücret Garanti Fonuna benzer şekilde “iflâs tazminatı” olarak karşılanmaktadır. Bu tazminat aynen işsizlik sigortası ve diğer sigortalarda olduğu gibi sosyal sigorta sistemi kapsamında değerlendirilebilecek mecburi nitelikte bir ödemedir. Alman hukuku uyarınca işçi veya mirasçuları; iflâsın açılması, İşverenin malvarlığının yetersizliği nedeniyle iflâs kararı talebinin reddedilmesi, İşyerinin kapatılması durumunda iflâs tazminatı almaya hak kazanmaktadırlar. Bu üç durumun gerçekleşmesi sonucunda işçi hizmet ilişkisinin son üç ayının ödenmemiş ücretlerini (yıllık ücretli izin, fazla çalışma ücreti dâhil) talep eder. Bkz. Sungurtekin Özkan, Sistem, s. 141; Türe, s. 139 vd.

¹⁵ Sungurtekin Özkan, Sistem, s. 156-157.

¹⁶ Fon malvarlığının, işverenlerin malvarlığından bağımsız olması ve Fondan yapılacak ödemelerin işverenin prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olmaması, garanti fonu yöntemini işçi alacaklarının korunması bakımından imtiyaz yönteminden daha etkili bir yöntem haline getirmektedir. Ancak Fondan yararlanmak için gerekli olan şartların “ağır” oluşu, pek çok işçiye ödeme yapı-

yapma yasağının uygulanmaması, işçilerin Ücret Garanti Fonu'na başvurmasına engel değildir. İşçiler, Ücret Garanti Fonu'nun ödeme kapsamı dışında kalan alacakları bakımından ise İcra ve İflâs Kanunu madde 179/b ve 206 çerçevesinde takip yapabilirler.¹⁷

İş Kanunu m. 36'da "Kamu Makamlarının ve Asıl İşverenlerin Hakedişlerinden Ücreti Kesme Yükümlülüğü" başlığı altında müteahhitlik yapan işverenlere bağlı olarak çalışan işçilerin işçilik alacakları konkordato süreci de dâhil işverenin ödememe ihtimaline karşı garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Madde gereğince genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar, asıl işverenler; müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler. Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez. Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder. Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.

lamamasına neden olmaktadır. Özellikle aynı işyerinde bir yıl çalışmış olma şartı, Fondan yararlanma önünde en büyük engeli teşkil etmektedir. Ayrıca Fondan yalnızca üç aylık ücret alacağının karşılanması, işçi alacaklarının büyük bir kısmının yeterli güvenceden yoksun kalmasına yol açmaktadır. Bkz. Türe, s. 153.

¹⁷ İbrahim Ermenek, İflâsın Ertelenmesi, Ankara-2009, s. 347.

Bu haktan yararlanmak isteyen çalışanların, o müteahhide işe veren ihale makamına, alt işveren (taşeron) çalışanlarının ise asıl işverene başvurmaları gerekir. İşçinin başvurusu üzerine asıl işveren işçi ücretlerinin ödenip ödenmediğini resen kontrol etmekle ve ödenmişse alt işverenin hakedişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür (İş Kanunu m. 36/5).

III. KONKORDATO MÜHLETİ VERİLMESİNİN HİZMET AKDİNE ETKİSİ

A. İşçinin Mevcut Hizmet Akdini Sona Erdirememesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 296. maddesi "Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez" şeklindedir. 7101 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu hükmün Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun'un 309/r maddesinden esinlenerek düzenlendiği belirtilmiştir. Hükmün gerekçesine göre mühletten yararlanan borçlunun tarafı olduğu sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın borçluya temel mal ve hizmet sağlayan sözleşmelerin devamını sağlama amacının güdüldüğü belirtilmekte; ayrıca, borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin konkordato talebinden önceki şartlarla devam ettirilmesi imkânına ilişkin usul ve şartların düzenlendiği ifade edilmektedir. Gerekçede "konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmayacağı" ifade edildiğine göre, borçluyla yapılan hizmet akitlerine de bu hüküm uygulanabilecek; işveren konkordato talebinde bulunduğu takdirde, işçi sözleşmede açık hüküm olsa bile fesih yetkisini kullanamayacaktır.¹⁸

¹⁸ Erdal Tercan, İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara-1996, s. 17; Pekcanitez/Erdönmez, s. 35; Atalı, s. 102.

Bununla birlikte İİK m. 296/2 hükmünde hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmiştir. Buna göre işçiler, ücretlerinin hiç ödenmemesi, eksik ödenmesi, düzensiz aralıklarla ödenmesi, işyerinde işin 1 haftadan fazla durması gibi sebeplerden dolayı iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24/2 ve m. 24/3 gereğince haklı nedenle sona erdirip işyerinden kıdem tazminatı talep ederek ayrılabilirler. 4857 sayılı İş Kanunu m. 32’de ücretin en geç ayda bir ödeneceği, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresinin bir haftaya kadar indirilebileceği belirtilmiş olup; 24/2-e maddesi ile işçiye, işveren tarafından ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi halinde ihbar süresini beklemeksizin iş akdini tek taraflı olarak feshedip, işverenden kıdem tazminatı isteme hakkı verilmiştir. İş Kanunu m. 24/3’te ise işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa işçiye iş akdini tek taraflı olarak feshedip, işverenden kıdem tazminatı isteme hakkı verilmiştir.

İşçi konkordato mühletinden sonra da Türk Borçlar Kanunu m. 406 ve 436. maddeleri gereğince haklı nedenle fesih hakkına sahiptir. Türk Borçlar Kanunu m. 406 hükmünde aksine âdet olmadıkça, işçiye ücretinin her ayın sonunda ödeneceği, ancak hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebileceği; 436. maddesinde de işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçinin, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebileceği düzenlenmiştir. Buna göre mali durumu bozulan, iflâs eden veya konkordato mühletine rağmen işvereni tarafından ücreti düzenli ödenmeyen işçi, ihbar süresini beklemeden, tek taraflı olarak iş akdini feshedebilir ve bütün işçilik alacakları ile işyerinde en az bir yıl çalışmışsa kıdem tazminatını işverenden isteyebilir.

B. Konkordato Mühleti İçinde Mevcut Sözleşmenin Devam Etmesinin Sonuçları

İşçinin iş akdine devam edilmesi, işveren tarafından da sonlandırılmaması halinde şirketin konkordato kararı almış olması tek başına işçilere haklı fesih imkânı vermez. Ücretleri düzenli ödendiği, iş koşulları ağırlaştırılmadığı sürece, kısaca konkordato dışında haklı bir neden olmadıkça işçiler iş sözleşmelerini sona erdirirlerse kıdem ve ihbar tazminatı alamazlar.

Konkordato mühleti verilen işveren açısından ise İsviçre İcra ve İflâs Kanunu 297/a maddesinden iktibas edilen madde gereğince konkordato mühletinden yaralanan borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla karşı tarafın zararının karşılanması koşuluyla her zaman sona erecek Şekilde feshedebilir. Bu borçluya tanınan olağanüstü bir fesih imknıdır. Ancak kanun koyucu konkordatodan yararlanan borçlulara işçileriyle yapmış olduğu hizmet sözleşmelerinde bu hakkı tanımamaktadır. Buna göre işveren ancak Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hükümlerinde yer alan sebeplerle işçinin hizmet akdini sonlandırabilecektir. İşverenin hizmet akdini sonlandırması halinde işçi, doğan tazminat alacağı için konkordatonun tasdikini beklemeden mühlet zarfında da icra takibi başlatabilecek ve haciz yolu ile alacağına kavuşabilecektir.

IV. KONKORDATO SÜRECİNDE TAKİPLER BAKIMINDAN İŐİLERE TANINAN İSTİSNA

A. İŐİlerin Takip Yapabilecekleri Alacakları

1. Genel Olarak

Kanun koyucu geçici mühlet süresince ve kesin mühlet süresince, hem borçlunun hem de kamunun üstün menfaatlerini göz önünde bulundurarak borçluya karşı gerçekleştirilecek icra ve iflâs takiplerini, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde dâhil olmak üzere İİK m. 294/1 ve 295. madde hükmü ile kural olarak yasaklamıştır.¹⁹

Konkordato mühleti verilen bir borçluya karşı yasaklanan takiplerin istisnası ise İİK m. 294/2'de belirtilmiştir. Buna göre İİK 206. maddenin birinci sırasında yazılı olan imtiyazlı alacaklar konkordatoya tâbi değildir.²⁰ İcra ve İflâs Kanunu 206. maddenin birinci sırasında yazılı

¹⁹ Pekcantez/Erdönmez, s. 95 vd.; ztek/Budak/Yeşilova/Tunç/ Kale, s.210 vd.; Sarisözen, s.117; Kanun koyucu İİK m. 295 hükmünde mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabileceğini veya başlamış olan takiplere devam edilebileceğini ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamayacağını ve rehinli malın satışını gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemiştir. İşçi alacakları için ise konkordato mühleti zarfında dahi muhafaza tedbiri alınması veya hacizli malların satışı konusunda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır.

²⁰ Kuru, İcra Ders Kitabı, s. 506; Kuru, El Kitabı, s. 1274; Serdar Kale, Sorularla Kon-

olan bu alacaklar; işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları; işverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşıatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları ile iflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacaklarıdır. Bu alacaklar için mühlet içinde olsa bile takip başlatılabilecek veya başlamış takiplere ilişkin ödeme emri, haciz, satış gibi icra takip işlemleri gerçekleştirilebilecektir.²¹

Konkordato mühleti verilen borçluya karşı işçiler ancak haciz yolu ile takip başlatılabileceklerdir. İşçilerin konkordato mühleti verilen işverene karşı iflâs yolu ile takibe başlaması ise hem konkordatonun amacına hem de kanun maddesine (İİK m. 294/2) aykırı olduğu için mümkün değildir. İşçilerin işverene konkordato mühleti verilmesinden önce iflâs yolu ile takip başlatmış olmaları halinde ise bu takibin konkordato mühleti verilmesinden itibaren devam ettirilmesi mümkün değildir.²² Bu durumda işçiler, İİK m. 43 gereğince başlatmış oldukları iflâs takip yolunu harç ödemededen bir defaya mahsus değiştirerek, aynı dosya üzerinden haciz yolu ile takibe devam edebileceklerdir.²³

2. Takip Yasağına Tâbi Olmayan Alacaklar İçin Aranan Şartlar

a. Alacağın Konusu Bakımından (İş İlişkisinden Kaynaklanan Alacaklar)

Borçluya konkordato mühleti verilmesine rağmen İİK 206. maddenin birinci sırasında işçi alacaklarına imtiyaz tanınarak takip yasağı konulmamıştır. İcra ve İflas Kanunu 206. madde düzenlemesinde, imtiyazlı kabul edilen birinci sıradaki işçi alacaklarının nitelikleri ayrıca tarif edilmiştir. Buna göre işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açıl-

kordato, İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato, İstanbul-2017, s. 19 vd.

²¹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 93, Sarısözen, s. 123.

²² Necmettin M. Berkin, İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul-1972, s. 519; Altay/Eskiocak, s. 349; Pekcanitez/Erdönmez, s. 167.

²³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 138; Kuru, El Kitabı, s. 173.

masından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları imtiyazlı alacak niteliğindedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinde konkordatoda mühleti zarfında takip yasağından muaf olan işçi alacakları işçilerin, iş ilişkisinden doğan ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları olarak belirtilmiştir.

Kanunda her ne kadar açıkça belirtilmiş olmasa da borçluya geçici konkordato mühleti verilmesinden önce bir yıl içinde tahakkuk eden ve icra takibine konu olabilen imtiyazlı işçi alacaklarının kapsamına, ücret ile ikramiye, prim, kazançtan alınan pay, komisyon, aynı ödemeler, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izne dair alacak hakkı, kıdem ve ihbar tazminatı,²⁴ iş kazasından kaynaklanan maddî,²⁵ manevi tazminat²⁶ ve işçinin ölümü hâlinde yakınlarının hak kazandığı destekten yoksun kalma tazminatı, bonoya bağlanmış olsa bile konkordato mühleti verilmesinden önceki bir yıllık zaman dilimine ait ücret²⁷ gibi kalemler de dâhildir.²⁸

²⁴ Yargıtay 12. HD., 2011/5720 E., 14.11.2011T. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁵ İİK m. 206 hükmünde işçinin maddi tazminat alacakları konusunda açıklık bulunmamasıyla birlikte, doktrinde baskın görüş birinci sıranın A bendiyle öngörülen düzenlemenin lafzından yola çıkarak, işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş bulunan alacakları kapsamında iş gücünün kaybindan doğan maddi tazminat alacaklarının da imtiyazlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. İlhan Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri*, Cilt I, İstanbul-1978, s.195; Bilgin, s. 192; Aksi görüş için bkz. Tercan, *İmtiyazlı Alacaklılar*, s. 25.

²⁶ Yargıtay 19. HD., 2006/9508 E., 2007/354 K.,25.01.2007T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁷ Yargıtay 19. HD.,1996/2899E., 1996/4351K., 07.05.1996 T. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸ İşçilik alacağı, işçinin kanun, toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi ile hak etmiş olduğu, parasal karşılığı olan ücret, ücret ekleri, parayla ölçülebilir diğer hak ve menfaatler ile hak edilen diğer yasal tazminatların tümüdür. Bir başka ifadeyle işçilik alacağı işçinin iş sözleşmesi ya da iş ilişkisi nedeniyle hak etmiş olduğu her türlü alacak hakkıdır. Bkz. Yasemin Gök, *İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Durumunda İşçilik Alacaklarının Korunması*, Basılmamış Y. Lisans Tezi, İstanbul-2014, s. 4; Meral Sungurtekin Özkan, *İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılama Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum*, Birinci Baskı, Ankara 2008, s.101 vd.; Ufuk Aydın, *Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda İşverenin İflâsı Halinde İşçi Alacaklarının Korunması*, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 5, S. 2, Ankara-2000, (s. 67-79), s. 76; Özbek, s. 67.

Geçici veya kesin konkordato mühleti verilmesine rağmen borçlu şirketin konkordatoyu başarı ile sonuçlandıramaması halinde iflâs etmesi söz konusu olur. Böyle bir durumda işçilerin iş akitleri iflâs nedeniyle feshedilmiş kabul edilir. Konkordatonun başarıya ulaşmaması halinde iflâs sonucunda doğan kıdem ve ihbar tazminatı alacakları bir yıl içinde süreye bakılmaksızın imtiyazlı kabul edilir.

Kanunun lafzı gereğince “iflâstan başka nedenlerle” (örneğin haklı nedenle fesihle) işçinin iş akdinin feshedilmiş olması durumunda ise konkordato mühleti verilmeden önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları imtiyazlı alacak olarak birinci sıraya kaydedilecektir.²⁹

b. Alacağa İlişkin Süre Bakımından

İcra ve İflâs Kanunu 206. madde hükmünde “işçilerin iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk eden alacaklarından” bahsedilerek konkordato mühleti verildikten sonra icra ve iflâs takibine konu olabilecek işçi alacaklarına süre sınırı konulmuştur. Buna göre son bir yıllık sürenin daha gerisinde kalan döneme tekabül eden işçi alacakları imtiyazlı olmayıp, ancak sıra cetvelinin dördüncü sırasında kendisine yer bulabilecektir.³⁰

İcra ve İflâs Kanunu m. 294/2 ve m. 305/1-d bendi, işçi alacağının da aralarında bulunduğu İİK m. 206’da birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklıların durumuna atıfta bulunmuştur. İİK m. 206’da birinci sırada yer alan işçi alacağından bahsedilirken her ne kadar “iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde” ifadesi kullanılsa da Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere bu düzenlemeler işçiyi koruma amaçlı olup, iflâsın açılmasından öncesine ilişkin bir yıllık süre alt sınır olarak öngörülmüştür. Buna göre geçici konkordato mühletinden en fazla bir yıl öncesine ilişkin ve konkordato süresi içinde doğan işçi alacakları bu madde kapsamında kabul edilmelidir. Aksi halde konkordato mühle-

²⁹ Deynekli, İşçinin Ücret Alacağı, s. 33.

³⁰ Erdal Tercan, 4949 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikten Sonra İcra ve İflâs Kanunu m. 206’ya Göre İmtiyazlı Alacaklar, *BATİDER*, C. 22, S. 2, Yıl 2003, (s. 17-45), s. 25; Adnan Deynekli, Bankaların İflâsında Sıra Cetvelinin Özellikleri, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, (s. 65-98), s. 93; Bilgin, s. 190.

ti içinde tek geçim kaynağı ücreti olan işçinin korumasız bırakılması, yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacaktır.³¹

İcra ve İflâs Kanunu 206. madde de işçi alacağıının doğduğu zamana ilişkin olarak kaleme alınan bir yıllık sürenin hesabında asliye ticaret mahkemesince borçluya konkordato geçici mühletinin verildiği an esas alınır. Zira İİK m. 206/son hükmüne göre birinci sıradaki işçi alacaklarının imtiyaz sürelerinin hesaplanmasında iflâsın açılmasından önceki mühlet de dâhil olmak üzere geçirilen konkordato süresi dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla imtiyaz, geçici konkordato mühletinin verildiği tarih ile bu tarihten geriye doğru bir yıl gidildiğinde hangi tarihe rastlanıyorsa, bu iki tarih arasındaki zaman diliminde tahakkuk etmiş alacaklara tanınmıştır.³²

İşçi konkordato geçici mühleti verilmeden önce iş akdini feshetmiş ise o zaman işçinin imtiyazlı olan alacakları bakımından, mühletin verildiği tarihten geriye doğru bir yıllık sürenin başladığı tarihten işçinin işten ayrılma tarihine kadar olan süreyi esas almak

gerekmektedir.³³ Ancak borçluya konkordato geçici mühleti verilmesinden bir yıl ve daha uzun bir süre öncesince işten ayrılan işçinin, iş ilişkisinden doğan alacakları imtiyazlı kabul edilmeyip dördüncü sırada yer alacaktır.³⁴

³¹ “Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler işçiyi koruma amaçlı olup, İflâsın açılmasından öncesine ilişkin bir yıllık süre alt sınır olarak öngörülmüştür. Anılan yasa maddesinde yazılı bulunan ‘İflâsın açılmasından önceki bir yıl’ ifadesiyle belirlenen sürenin; İflâsın ertelenmesinde ‘erteleme kararının verildiği tarihten önceki bir yıl’ olarak kabulü gerekir (HGK’nın 05.11.2008 tarih ve 2008/12-657 E., 2008/662 K.). Buna göre iflâsın ertelenmesinden en fazla bir yıl öncesine ilişkin ve erteleme süresi içinde doğan işçi alacakları bu madde kapsamında kabul edilmelidir. Aksi halde İflâsın ertelenmesi süresi içinde ek geçim kaynağı ücreti olan işçinin korumasız bırakılması, yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu durum karşısında takip dayanağı ilamla doğan işçi alacağı 25.11.2013 tarihli olup iflâsın ertelenmesi karar tarihi olan 27.09.2013 tarihinden sonraki dönemde olup Mahkemece şikâyetin reddi ile takibin devamına karar vermek gerekirken mahkemece açıklanan gerekçeyle şikâyetin kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir”. Yargıtay 8. HD. 2014/12671 E. , 2014/13258 K., 23.06.2014 T.

³² “İİK’nin 206. maddesinde yazılı bulunan ‘İflâsın açılmasından önceki yıl’ ifadesiyle belirlenen sürenin; iflâsın ertelenmesinde ‘erteleme kararının verildiği tarihten önceki bir yıl’ olarak kabulü gerekir”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2008/12-657 E., 2008/662 K., 05.11.2008 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³³ Bilgin, s. 191.

³⁴ Deynekli, İşçinin Ücret Alacağı, s. 33; Yargıtay 19. HD.; 2007/ 9177 E., 2008/1288 K. 15.02.2008 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Bilgin, s. 191.

B. İşçilere Tanınan İmtiyazın Nedenleri

Konkordatoda takip yasağının istisnalarını belirleyen İİK 206. maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar arasında ilk sırayı işçi alacakları almaktadır. Ancak kanun koyucu 206. maddede düzenlenen işçi alacaklarının imtiyazlı olduğunu belirtirken bir sınırlamaya gitmiş ve sadece işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının imtiyazlı olduğunu belirtmiştir.

İmtiyazlı alacak niteliğindeki işçi alacakları İİK m.294/2 hükmü sayesinde konkordato mühleti alınmış olsa bile icra ve iflâs takibi yapma yasağından muaf tutulmuş, belirtilen alacaklar için icra takibi başlatılabileceği ve devam ettirilebileceği düzenlenerek güvence altına alınmıştır. İşçi alacaklarına tanınan bu güvencenin nedeni Anayasa ve uluslararası normlardır. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi gereği işçiler, özellikle çalışma hayatında ortaya çıkan parasal konular noktasında kanun koyucu tarafından koruma altına alınmak zorundadır. Ayrıca Anayasa'nın 55. maddesinin 2. fıkrasına göre devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Bu bağlamda devlet, çalışanların yaptıkları ile uygun adaletli bir ücret ile tatmin edilmelerini ve diğer sosyal yardımlardan da yararlanmalarını sağlamak için gereken tedbirleri almakla mükellef kılınmıştır.³⁵

İşçi alacaklarının korunmasına ilişkin en önemli uluslararası norm ise İşverenin Ödeme Güçlüğü Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin 173 sayılı ILO Sözleşmesi'dir. 08.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeyle işverenin iflâsı halinde işçi alacaklarının korunmasına yönelik olarak ulusal hukuk çerçevesinde gerekli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Buna göre bir işverenin ödeme güçlüğü içine düşmesi halinde işçilerin çalışmalarından doğan alacakları, iflâs tasfi-

³⁵ Adnan Deynekli, İşverenin İflâsı veya İşverene Yönelik Haciz Halinde İşçinin Ücret Alacağına Önceliği Sorunu, *TBBD.*, Sayı 60, 2005, (s. 31-43). s. 31; Binnur Sümer, İşçi Ücretinin Bu Ücrete Yönelik Haciz ve İşverenin İflâsı İle İşverene Yönelik Haciz Halinde Korunması, (Prof. Dr. M. Şakir Berkî'ye Armağan, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2, Konya-1996, (s. 225-235), s. 234 vd.; Hikmet Bilgin, Hacizde ve İflâsta Alacakların Sırası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2011, s. 184.

yesinde kendilerine düşen pay beklenmeksizin tamamen kavuşmaları temin etmek suretiyle öncelikli olarak korunacak, eğer korunamazsa da bu alacaklar bir garanti kurumunca üstlenilecektir.³⁶

173 sayılı ILO Sözleşmesi'ne göre işçi alacakları, öncelik sıralaması bakımından devlet kurumları ile sosyal güvenlik kurumlarının alacaklarından daha ön sırada yer alacaktır. Bu bağlamda Sözleşme'nin "Öncelik Verme Suretiyle İşçi Alacaklarının Korunması" başlıklı 2. bölümünün 5. maddesi gereğince, işverenin iflâsı halinde işçi alacaklarına öncelik tanınmak suretiyle diğer alacaklıların payları ödenmeden evvel işçilerin paylarının ödenmesi sağlanarak işçi alacaklarının korunması amaçlanmıştır.³⁷

Konkordato mühleti verilen bir işletmedeki işçinin alacağını koruyan bir diğer uluslararası norm ise Ücretin Korunması Hakkındaki 95 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'dir. Türkiye'nin 1960 tarihinde onaylayıp yürürlüğe koyduğu Sözleşme'nin 11. maddesine göre bir müessesenin iflâsı veya mahkeme kararıyla tasfiyesi halinde bu müessesede çalışan işçiler, gerek iflâsa veya mahkeme kararıyla tasfiyeye takaddüm edip, milli mevzuatla belirlenen bir süre zarfında geçen hizmetleri dolayısıyla kendilerine borçlanılan ve gerekse milli mevzuatla tayin edilen miktarı geçmeyen ücretler için, imtiyazlı alacaklı konumunda bulunacak, ayrıca imtiyazlı bir alacak olan işçi alacağı, adi alacaklılar hisselerini almadan önce tam olarak ödenecektir.³⁸Sözleşme ayrıca taraf ülkeye işçinin ücret alacağının sırasının diğer imtiyazlı alacaklara nazaran milli mevzuatlarda rüçhanlı olarak düzenlenmesi konusunda talimat vermektedir. 95 sayılı sözleşmedeki talimata uygun olarak kaleme alınan İİK m. 206/4 hükmünde ele alınan birinci sıraya ilişkin olarak, 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önce yapılan ve madde hükmünün ilk halinde değişiklik öngören 1985 tarihli 3222

³⁶ Memiş Gökhan Türe, *Türk İş Hukukunda İşverenin İflâsı*, Ankara-2014, s. 120 vd.; M. Bülent Alpar, *İşverenin Ödeme Güçlüğü Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin 173 sayılı ILO Sözleşmesi İle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı*, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 2002/3, s. 2.

³⁷ Alpar, s. 3 vd.; Başta ücret olmak üzere bütün işçi alacaklarının korunması bakımından ortaya konulan mekanizmaların başında imtiyaz sisteminin geldiği görülmektedir. Bkz. Meral Sungurtekin Özkan, *Ödeme Güçlüğüne Düşmüş İşveren Karşısında İşçi Hak ve Çıkarlarının Korunması* Konusunda Türk Hukukunda Geçerli Olan Sistemin Uluslararası Normlara Uygunluğu Meselesi, *DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008, (s. 138-168), s. 140 vd.; Bilgin, s. 184.

³⁸ Türe, s. 119.

sayılı Kanun ile birlikte, birinci sırada imtiyazlı sayılan işçi alacaklarının kapsamı genişletilmiş ve iflâsın açılmasından geriye doğru 6 aylık dönemi kapsayan ve yalnızca ücret alacaklarından ibaret olan imtiyazlı işçi alacakları, kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarını da içine alacak biçimde iflâsın açılmasından geriye doğru 1 yıllık zaman dilimine genişletildiği için artık bütün işçi alacakları birinci sırada imtiyazlı alacak sıfatını kazanmıştır.³⁹

Her iki uluslararası norma uygun olarak kaleme alınan İİK m. 305/1-d bendi gereğince, borçlunun alacaklılara teklif etmiş olduğu konkordato teklifi alacaklılarca kabul edilmiş olsa dahi işçi alacakları imtiyazlı kabul edilmiş üstelik mahkemenin bu konkordatoyu tasdik edebilmesi için 206. maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının (örneğin işçi alacaklarının) tam olarak ödenmesinin garanti edilmiş olması gerekmektedir.⁴⁰ İİK m. 305/1-d bendinde yer alan ve konkordato da işçi alacaklarını güvence altına alan bu düzenleme hem Anayasada yer alan sosyal devlet ilkesinin gereği hem de 173 sayılı ILO Sözleşmesi'nden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gereğidir.

Tüm alacaklıların menfaati gözetilerek borçlulara geçici konkordato mühleti kararı verilmesine rağmen işletmenin faaliyetine devam etmesinde büyük yararı olan işçilere İİK m. 294/2 ve 206. madde ile imtiyaz tanınarak takip yapma imkânı verilmesi, alacaklılar arasında göreceli bir eşitsizlik yarattığı gibi konkordatonun başarıya ulaşamaması

³⁹ İşçilerin kıdem ve ihbar tazminatlarını da imtiyazlı hale getiren 3222 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "...Ancak, iflâsın açılmasından evvelki işçi ücretlerinin yalnızca altı aylığına imtiyaz verilmesi yetersiz kalmaktadır. İflâsın eşiğine gelmiş şirketler altı ayı aşan sürelerde de işçilerine ödeme yapmamaktadırlar. Ayrıca, işverenin iflâsı halinde uzun yıllar o işyerinde çalışan işçinin, imtiyazlı alacaklar arasında yer verilmemesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatını da alamaması sonucu ortaya çıkmaktadır. İşçi alacaklarının imtiyazsız kalması emekleriyle geçimini sağlayanların büyük mağduriyetlerine sebep olmaktadır. Bu mahzuru bertaraf maksadıyla 206 ncı madde değiştirilmekte, imtiyaz tanınan işçi aylıkları altı aydan bir yıla çıkarılmakta ve ayrıca işçi kıdem ve ihbar tazminatları da imtiyazlı alacaklar arasına alınmaktadır". Bkz. Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul-2009, s. 125-126, dn.106c.

⁴⁰ İİK m. 305/1-d bendi gereğince, kanunda teminat gösterilmesi öngörülen alacaklıların, teminattan tamamen vazgeçmesi mümkün olduğu gibi kısmen de vazgeçmesi mümkün kılınmıştır. Örneğin işçiler alacaklarının yüzde ellisi oranında teminat gösterilmesinden vazgeçebilirler. Bu durumda borçlu bu oranda teminat göstermek zorunda kalmayacaktır. Bkz. Pekcantez/Erdönmez, s. 35.

hâlinde onlara zarar veren bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.⁴¹ Ancak işçinin tek gelir ve geçim kaynağının ücret alacağı olduğu gerçeği göz önüne alındığında işçilere böyle bir istisnanın tanınması, her ne kadar doktrinde karşıt görüşler olsa da⁴² yerinde kabul edilmelidir.⁴³

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 7101 sayılı Kanun değişikliği, konkordato kurumunda önemli yenilikler meydana getirmiştir. Bu yenilikler neticesinde konkordato kurumu işlevsellik kazanmış ve zor durumda olan borçlular açısından içine düştükleri ekonomik sıkıntılardan kurtulmak için cazip bir hukukî çare haline gelmiştir. Konkordato kurumunun işlevsellik kazanmasına neden en önemli unsurlardan biri şartların oluşması halinde borçlulara verilen konkordato mühletinin artırılması olmuştur. Buna göre şartların oluşması halinde konkordato teklif eden borçlulara alacaklılar toplantısına kadar öncelikle üç ay ve ilave olarak iki ay geçici mühlet tanınacak devamında yine şartların oluşması halinde borçluya bir yıl ve ilave olarak altı ay kesin mühlet verilebilecektir. Bu mühlet zarfında borçlu iflâstan farklı olarak ticari faaliyetlerine asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan konkordato komiseri nezareti ile devam edebilecek; ayrıca borçluya karşı bu mühlet süresince icra ve iflâs takibi yapılamayacak, başlamış takipler ise durdurulacaktır.

Konkordato mühleti verilen borçluya kanun koyucu tarafından icra ve iflâs takiplerine karşı sağlanan hukukî korumadan, İİK m. 206'da belirtilen imtiyazlı alacaklar, dolayısıyla bu alacaklar arasında bulunan işçi alacakları muaf tutulmuştur. Zira tek gelir ve geçim kaynağı ücret alacağı olan işçilerin bu türden alacakları konkordato müh-

⁴¹ İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesindeki birinci sırada sayılan alacaklıların menfaatlerinin diğerlerine nazaran daha fazla korunduğu söylenebilir. Bkz. Pekcanitez/Erdönmez, s. 35

⁴² Tanrıver'e göre konkordatonun tasdiki için uygulamada borçluların en çok zorlandığı husus teminat gösterilmesidir. Bu nedenle imtiyazlı alacaklıların ve özellikle işçi alacaklılarının imtiyazlı alacak olmaktan çıkarılması halinde adi alacaklılar daha yüksek oranda alacaklarını tahsil edebilecektir. Bkz. Süha Tanrıver, İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara-2010, (s. 255-280), s. 280; Oğuz Atalay, İflâsın Ertelenmesi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağan, TBB Yayınları Ankara-2004, s. 85.

⁴³ Özbek, s. 67.

leti zarfında da hem yerel normlar hem de uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır.

Konkordato mühleti verilmesine rağmen icra takibi yasağından muaf tutulan işçi alacakları bakımından en önemli şart bu alacakların geçici konkordato mühleti verilmesinden önce bir yıl içinde tahakkuk etmiş olmasıdır. Bu ön şartı sağlayan ve icra takibine yapılabilen imtiyazlı işçi alacaklarının kapsamına ücret ile ikramiye, prim, kazançtan alınan pay, komisyon, aynı ödemeler, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izne dair alacak hakkı, kıdem ve ihbar tazminatı, iş kazasından kaynaklanan maddî, manevî tazminat ve işçinin ölümü hâlinde yakınlarının hak kazandığı destekten yoksun kalma tazminatı, bonoya bağlanmış olsa bile konkordato mühleti verilmesinden önceki bir yıllık zaman dilimine ait ücret gibi kalemler dâhildir. Bu tür alacaklar konkordato mühleti içerisinde doğmuş olması halinde de icra takip yasağından muaftır. Dolayısıyla işçi bu alacakları için icra takibi başlatılabileceği gibi, konkordatodan yararlanan işverenin malvarlığına haciz işlemi uygulatabilecek devamında da satış işlemi yolu ile alacağına kavuşabilecektir.

Kaynakça

- Alpar M. Bülent, İşverenin Ödeme Güçlüğü Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin 173 sayılı ILO Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 2002/3.
- Altay Sümer/Eskiocak Ali, 7101 sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. Bası, İstanbul-2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/ Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara-2018.
- Arslan Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Ankara-2018.
- Atalay Oğuz, İflâsın Ertelenmesi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağan, TBB Yayınları Ankara-2004.
- Atalı Murat, Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları, On İki Levha/Lexpera Seminer İstanbul 4 Mayıs 2018-7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Edt: Muhammet Özekes), İstanbul-2018.
- Aydın Ufuk, Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda İşverenin İflâsı Halinde İşçi Alacaklarının Korunması, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 5, S. 2, Ankara-2000, (s. 67-79).
- Bauer Thomas, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel-2017.
- Berkin Necmettin M., İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul-1972.

- Bilgin Hikmet, Hacizde ve İflâsta Alacakların Sırası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2011.
- Börü Levent, Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu, İnönü ÜHFD, Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, (s. 341-372).
- Deynekli Adnan, Bankaların İflâsında Sıra Cetvelinin Özellikleri, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, (s. 65-98). (Deynekli, Sıra Cetveli)
- Deynekli Adnan, İşverenin İflâsı veya İşverene Yönelik Haciz Halinde İşçinin Ücret Alacağının Önceliği Sorunu, *TBBD.*, Sayı 60, 2005, (s. 31-43). (Deynekli, İşçinin Ücret Alacağı)
- Ermenek İbrahim, İflâsın Ertelenmesi, Ankara-2009.
- Eroğlu Orhan, Uygulamada Konkordato, Ankara-2018.
- Gehler Karl, Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und Nachlassvertragsverfahren, Freiburg-1999.
- Gök Yasemin, İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Durumunda İşçilik Alacaklarının Korunması, Basılmamış Y. Lisans Tezi, İstanbul-2014.
- Kale Serdar, Sorularla Konkordato, İflâs Dışı ve İflâs İçerisinde Adi Konkordato, İstanbul-2017.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013. (Kuru, El Kitabı)
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara-2018. (Kuru, İcra Ders Kitabı)
- Muşul Timuçin, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara-2018.
- Özekes Muhammet, Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı, On İki Levha/Lexpera Seminer İstanbul 4 Mayıs 2018-7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Edt: Muhammet Özekes), İstanbul-2018.
- Öztek Selçuk/Budak Ali Cem/Yeşilova Bilgehan/Tunç Müjgan/Kale Serdar, Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanun'la Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 - 309 Şerhi, Ankara-2018.
- Öztek Selçuk, İflâsın Ertelenmesi, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 59, 2006, (s. 39-82).
- Pekantez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul-2018.
- Pekantez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul-2018.
- Pekantez Hakan/Simil Cemil, İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017.
- Postacioğlu İlhan, İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I, İstanbul-1978.
- Postacioğlu İlhan, Konkordato, İstanbul-1965.
- Sarisözen Serhat, İcra İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 2. Baskı, Ankara-2019.
- Sprecher Thomas, Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich-2003.

- Sungurtekin Özkan Meral, İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılanması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum, Birinci Baskı, Ankara-2008. (Sungurtekin, İşçilik Alacağı)
- Sungurtekin Özkan Meral, Ödeme Güçlüğüne Düşmüş İşveren Karşısında İşçi Hak ve Çıkarlarının Korunması Konusunda Türk Hukukunda Geçerli Olan Sistemin Uluslararası Normlara Uygunluğu Meselesi, *DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008, (s. 138-168). (Sungurtekin, Sistem)
- Sümer Binnur, *İşçi Ücretinin Bu Ücrete Yönelik Haciz ve İşverenin İflâsı İle İşverene Yönelik Haciz Halinde Korunması*, (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, Konya-1996, (s. 225-235).
- Tanrıver Süha/Deynekli Adnan, Konkordatonun Tasdiki, Ankara-1996.
- Tanrıver Süha, İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara-2010, (s. 255-280).
- Tanrıver Süha, Konkordato Komiseri, Ankara-1993.
- Taşpınar Ayvaz, Sema: İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara-2015, (s. 1537-1550).
- Tercan Erdal, 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra İcra ve İflâs Kanunu m. 206'ya Göre İmtiyazlı Alacaklar, *BATİDER*, C. 22, S. 2, Yıl 2003, (s. 17-45). (Tercan, İmtiyazlı Alacaklar)
- Tercan Erdal, İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara-1996. (Tercan, Sözleşme)
- Türe Memiş Gökhan, Türk İş Hukukunda İşverenin İflâsı, Ankara-2014.
- Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul-2009.
- Yıldırım Kamil M./Yıldırım Nevhis Deren, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul-2016.

ÖLÜMDEN SONRA SOSYAL MEDYA HESAPLARININ HUKUKİ AKİBETİ: DİJİTAL MİRAS

LEGAL FATE OF SOCIAL MEDIA ACCOUNTS
AFTER DEATH: DIGITAL HERITAGE

Yasemin MARAŞLI DİNÇ*

Özet: Malvarlığı kavramının para ile ölçülebilme kıstasından hareketle yapılan tanımı onun yalnızca klasik yönünü ifade etmektedir. Dijital malvarlığı kavramı ise klasik malvarlığı tanımının ötesinde, maddi değeri olsun veya olmasın, kişilerin sanal ortamda sahip oldukları varlıkları tanımlamaktadır.

Gelişen teknolojinin bir ürünü olan bu kavram, birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlisi ise hakkında kanuni bir düzenleme henüz yapılmamış olan dijital mirasın mümkün olup olamayacağıdır. Çalışmamızda da miras hukukuna ilişkin mevcut düzenlemeler ve intikal kuralları ışığında, sosyal medya hesaplarının intikale elverişli olup olamayacağı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dijital Malvarlığı, Dijital Miras, Miras, Sosyal Medya, Sosyal Medya Hesabı, İntikale Elverişlilik, İntikal Kuralları

Abstract: Definition of the term of asset from the point of the rule of evaluability with currency describes only classical side of asset. The term of digital asset beyond the term of classical asset describes the assets of individuals in virtual environment no matter they have material value or not.

The term of digital asset as a result of developing technology, brought some problems with itself. The most important problem is that if succession of digital assets -which isn't regulated in any regulation- is possible or not. In our study, in the light of regulations related to law of succession and succession rules, the possibility of succession of social media accounts are examined.

Keywords: Digital Asset, Digital Heritage, Heritage, Social Media, Social Media Account, Suitability to Succession, Rules of Succession

* Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yaseminmarasli@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5528-0220, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.11.2018, Kabul Tarihi: 06.11.2018

GİRİŞ

Hızla gelişmekte olan teknoloji günlük yaşamımızda pek çok fayda sağlamakla beraber çeşitli hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu teknolojik gelişmelerden biri olan internet ise artık hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş, kısa süreli yokluğu bile hayatımızda büyük aksaklıklara yol açar olmuştur.

İnternet hayatımıza öyle bir yerleşmiştir ki görüşmeler, mesajlaşmalar dahi internet aracılığıyla yapılmaktadır. WhatsApp, mesajlaşma amacıyla kullanılan programlar arasında en yaygın olanıdır. Artık daha resmi yazışmalar da kişilerin elektronik posta hesapları üzerinden yapılmaktadır. Bunların dışında insanlar adeta bir fotoğraf albümü oluştururcasına birtakım sosyal medya hesapları üzerinden özel anlarına ait fotoğraflarını paylaşmakta, yine bu hesaplar üzerinden birbirlerine yorum yapmakta yahut özel mesajlar gönderebilmektedir.

Tüm bunlar her ne kadar hayatımızı kolaylaştıran, daha renkli hale getiren teknolojik gelişmeler ise de, beraberinde birtakım sorunlara sebebiyet vermekte ve hukukumuzda yeni kavramların girmesine yol açmaktadır. Örneğin, daha önceki yıllarda pek de ihtiyaç olmayan yeni bir Kanun, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 07.04.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Teknolojinin, dolayısıyla da internetin bu denli gelişmesi sonucunda sosyal medya kullanımı hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline almıştır. Artık bir kısım insan, sosyal medya platformları aracılığıyla maddi kazanç elde etmeye dahi başlamıştır. Özellikle son zamanlarda “YouTuber” olarak nitelenmeye başlanan insan sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Öte yandan “Facebook” veya “Instagram” hesapları üzerinden, bir meslek icra edercesine satış yaparak yahut genellikle takipçi sayısı fazla olanların kişisel sayfalarında reklamlar yaparak maddi kazanç elde etmeleri sıradan hale gelmiştir.

Tüm bu gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkan dijital malvarlığı veya dijital miras kavramları ise ülkemiz hukuk sistemi içerisinde çok yaygın bir kullanıma sahip değildir. Türk kanunlarında bu konuda yasal düzenlemeler de henüz mevcut değildir. Bunun yanında konu Türk hukuk öğretisinde de, uygulamada bir sorun olarak ortaya çıkmamasından olsa gerek, yeterli derecede incelenmemiştir.

Ülkemizin aksine diğer bazı ülkelerde ise dijital malvarlığı ve dijital miras kavramları daha yerleşmiş ve kabullenilmiş kavramlar olarak incelenmektedir. Dijital malvarlığı kavramı, videolar, fotoğraflar, e-postalar, kişisel sosyal medya hesapları gibi elektronik olarak depolanan ve yalnızca dijital formda bulunan diğer varlıklar anlamına gelmektedir.¹ Ancak dijital dünyanın sürekli değişmesine bağlı olarak dijital malvarlığının nelerden oluştuğu net olarak belirlenememektedir.²

Ülkemiz açısından da dijital malvarlığı mevcut hukuk sistemimizdeki 'malvalığı'ndan çok daha farklı bir niteliğe sahiptir: fiziksel belge, dosya, adres defterleri veya fotoğraf albümlerinin aksine doğası gereği soyuttur.³ Dijital miras ise bu tür soyut malvarlığı değerlerinin mirasçılara intikal etmesi, mirasa konusu olmasıdır.

Ancak ülkemizde tüm bu kavram ve durumlar o kadar yenidir ki, bunlara ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Oysa bunların birtakım hukuki sorunları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Bunlardan biri; sosyal medya hesabı sahibi ve kullanıcısı olan kişinin ölümünden sonra bu hesapların akıbetinin ne olacağı, mirasçılara intikalinin mümkün olup olmadığı yani dijital mirasın söz konusu olup olamayacağı sorunudur. Dijital mirası mümkün kılan kanuni bir düzenleme ise henüz mevcut değildir.

Gerçekten Medeni Kanunumuzun miras hukukuna ilişkin hükümlerine ya da Yargıtay kararlarına baktığımızda hangi hakların ya da malvarlığı değerlerinin mirasçılara intikal edip hangilerinin etmeyeceği net bir şekilde söylenebilirken çok yeni olan dijital malvarlıklarıyla ilgili bu soruna kesin bir çözüm getirmek mümkün değildir.

¹ Jamie Patrick Hopkins, Ilya Alexander Lipin, "Viable Solution to the Digital Estate Planning Dilemma", *Iowa Law Review Bulletin*, Vol. 99, p. 61, s. 64; Rachel Pinch, "Protecting Digital Assets after Death: Issues to Consider in Planning for Your Digital Estate", *Wayne Law Review*, Vol. 60, s. 548; Joanna Vatavu, "The Importance of Planning for Your Digital Estate", *Estates, Trusts & Pensions Journal*, Vol. 32, No. 1, s. 1.

² Jamie Patrick Hopkins, "Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate", *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 32, no. 1, s. 211, 212.

³ Elke Brucker-Kley, Thomas Keller, Kurt Pärli, Claudia Pedron, Matthias Schweizer, Melanie Studer, Pia Wohland, "Passing and Passing on in the Digital World-Issues and Solutions for the Digital Estate", *IADIS International Journal on WWW/Internet*, Vol. 11, No. 2, s. 36.

Çalışmamızda da esas amacımız miras hukukundaki intikal kuralları çerçevesinde ölen kişinin sosyal medya hesabının ya da hesaplarının akıbetinin ne olacağı ya da ne olması gerektiği sorununu irdeleyerek bir sonuca ulaşmaktır. Bunun için öncelikle genel intikal kuralları incelenmiş, bunun ardından sosyal medya hesabının durumu daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

I. İNTİKALE ELVERİŞLİLİK

Terekenin⁴ mirasçılara geçişi hususunda genel kural, malvarlığı haklarının intikali mümkün olduğu halde şahsa bağlı hakların intikale tabi olmamasıdır.⁵ Yani kural olarak bir kişinin ölümünden sonra, devri mümkün özel hukuk ilişkileri mirasçılara geçmekte; fakat şahsa bağlı haklar ölüm ile son bulmakta, mirasçılara intikal etmemektedir.⁶ Zira şahsa bağlı hakların ne sağlar arası bir işlemle ne de ölüme bağlı hukuki işlemlerle başkalarına geçmesi, dolayısıyla mirasa konu olmaları mümkün değildir.⁷

Ancak genel kural bu olmakla birlikte bu kuralın da bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin intifa ve oturma haklarının, malvarlıksal nitelik taşımalarına rağmen kişiye bağlı hak olmaları sebebiyle mirasçılara intikali mümkün değildir (TMK m. 797/1, m. 823/3).⁸

Mirasta intikal prensiplerinin Kanun'da şekil bulmuş hali ise TMK m. 599/2 hükmüdür. Bu hükme göre; *"Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak*

⁴ Türk Medeni Kanunu "tereke" kavramını iki şekilde kullanmıştır: Birinci haliyle kanun koyucu terekeyi, malvarlığı kavramını karşılayacak şekilde kullanmışken diğer haliyle ise asıl anlamı olan, murisin ölümüyle mirasçılara geçen her türlü hak, borçlar ve hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde kullanmıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 33.

⁵ Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, DR Yayınları, İstanbul 2017, s. 10.

⁶ Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 77.

⁷ Ekrem Kurt, "Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları", *İKÜHFD*, İstanbul 2016, C. 15, S. 2, s. 125.

⁸ Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 14; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 121; İmre, Erman, a.g.e., s. 10.

sorumlu olurlar". Fakat madde metninden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere bu hüküm sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla bunların dışında intikali mümkün hakları çoğaltmak mümkündür. Örneğin; her ne kadar bu hükümde sayılmamış olsa da fikri haklar da intikale tabi haklardan biridir.

Bir hakkın mirasa konu olup olamayacağı hususunda tereddüt varsa, yani hem bu hak genel kurala girmiyor, TMK m. 599/2 kuralında sayılan örneklerin hiçbirine uymuyor ve hem de kanunlarda intikali yasaklayan bir kural mevcut değilse, hakkaniyet çerçevesinde yorum yaparak söz konusu hakkın intikale elverişli olup olmadığına karar vermek gerekecektir. İşte dijital malvarlığının mirasçılara intikali sorunu da tam da böyle bir sorundur. Daha önce de belirttiğimiz üzere dijital malvarlığı ve dijital miras kavramları daha çok yeni kavramlar olup, uygulamada ve teoride kullanımı ve örnekleri mevcut değildir: fakat artık kaçınılmaz bir sorun olarak karşımızdadır.

II. SOSYAL MEDYA HESAPLARININ DURUMU

Kişinin ölümünden sonra sosyal medya hesaplarının yani dijital malvarlığının akıbeti hususunda çok yeni bir sorun olması sebebiyle yasal bir düzenleme mevcut değildir. Yine bu hususta ülkemizde henüz yargı kararları da bulunmamaktadır. Ancak örneğin elektronik posta hesabının mirasa konu olup olamayacağı hususu ilk olarak ABD'de yargı önünde gündeme gelmiştir.⁹ Almanya'da ise kişinin ölümünden sonra "Facebook" hesap şifresinin ölenin ailesine verilip verilemeyeceği hususu dava konusu edilmiştir. Bu dava üzerine Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karar ise emsal teşkil edecek niteliktedir.¹⁰

Almanya'da bahse konu Facebook hesabının mirasçılara geçip geçmeyeceği tartışmasından sonra geçen süre içerisinde Facebook ve

⁹ Söz konusu olayda 2004 yılında Onbaşı Justin Ellsworth Irak'ta görev yaparken öldürülmüştür. Ölümünün ardından ailesi, Yahoo e-postalarına ulaşmak istemiş ancak Yahoo'nun hizmet şartlarında devirin yasak olması sebebiyle istekleri yerine getirilmemiştir. Bunun üzerine aile, oğullarının e-postalarına erişmek amacıyla Michigan'da dava açmış ve mahkeme ailenin lehine karar vermiştir. Yahoo ise hizmet şartlarına bağlı kalarak ailenin oğullarının hesabına erişmesine izin vermemiş ancak e-postaların içeriğinin bir kopyasını temin etmiştir. Bkz. Pinch, a.g.m., s. 558, 559; Vatavu, a.g.m., s. 2.

¹⁰ BGH, Urteil vom 12. Juli 2018- III ZR 183/17- Berlin.

diğer bazı sosyal medya platformları içeriklerinde bir düzenlemeye giderek, kişilere ayarlar menüsünden ölümleri halinde hesap şifrelerinin paylaşılıp paylaşılamayacağını, paylaşılacaksa kimlerle paylaşılacağını tercih etme imkânı getirmiştir. Fakat böyle bir seçim hukuken karşılığı olmayan bir işlemdir.

Ölenin sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikal edip etmeyeceği konusu üçlü bir ayırım yaparak incelenebilir. Zira kullanım amacına göre sosyal medya hesaplarını; maddi bir içeriğe sahip olmayan, salt kişiler arasında iletişim amacıyla kullanılan hesaplar ile maddi bir getirisi olan veya ticari amaçlarla kullanılan hesaplar oluşturmakta ve bunların yanında karma nitelikte, yani her iki amacın da tek bir hesapla karşılandığı hesaplar da bulunmaktadır.¹¹ Bu nedenle sadece “dijital malvarlıkları da mirasa konu olmalıdır” veya “olmamalıdır” şeklindeki bir genelleme tereddütlere yol açabilecektir.

1. Salt Kişiler Arasında İletişim Amacıyla Kullanılan Sosyal Medya Hesapları

Günümüzde hemen her yaşta kesimin yakınlarıyla, arkadaşlarıyla haberleşmek, mesajlaşmak yahut birbirleriyle fotoğraflarını paylaşmak amacıyla kullandığı en az bir hesap bulunmaktadır. Mektupla veya telefonla haberleşmenin yerini artık yaygın bir şekilde sosyal medya almıştır. Bu kadar yaygın kullanılan sosyal medyanın ölümünden sonra sorun yaratması ise kuvvetle muhtemeldir. Örneğin hem fotoğ-

¹¹ Her ne kadar inceleme kolaylığı açısından bu şekilde bir üçlü ayırım tercih etmiş olsak da dijital malvarlıklarının daha farklı şekillerde de kategorize edildiği görülmektedir. Örneğin bir ayırma göre dijital malvarlığı beş farklı türdedir: 1. Bilgisayar, tablet, akıllı telefon gibi aygıtlar ve bu aygıtlarda depolanan veriler. 2. Birtakım mesajlar içeren e-postalar. 3. Kullanıcı adı ve şifre gerektiren, Facebook, Twitter, Blogger gibi çevrimiçi hesaplar. 4. Önemli kişisel bilgileri saklayan finansal hesaplar. 5. Çevrimiçi mağazalar. Bkz. Pinch, a.g.m., s. 549, 550. Başka bir yazara göre ise dijital malvarlığı ikiye ayrılmaktadır: 1. Sabit bellek, flash bellek vb. depolanabilen yani fiziksel olarak kontrol edilebilen dijital varlıklar. 2. Çevrimiçi olarak depolanan ve kullanıcı adı ve parola gibi kimlik doğrulama işlemi kullanılarak erişilebilen, yani kontrollü olarak erişilen dijital varlıklar. Bkz. Daniel A. Nelson, “The Challenge of Digital Estate Administration for Executors”, *Estates, Trusts & Pensions Journal*, Vol. 32, s. 17. Son olarak başka bir sınıflandırmaya göre ise dijital malvarlığı dörde ayrılmaktadır: 1. Kişisel hesaplar. 2. Sosyal medya hesapları. 3. Mali hesaplar. 3. İş hesapları. Bkz. Naomi Cahn, Gerry W. Beyer, “Digital Planning: The Future of Elder Law” *National Academy of Elder Law Attorneys Journal*, 2013, Vol. 9, No.1, s. 137, 138.

raf paylaşmaya hem de mesajlaşmaya olanak veren Instagram hesabı kullanıcısının ölümü halinde hesabının açık bir şekilde kalması yakınları açısından acı verici olabilir. Böyle bir durumda ölenin hesap şifresi mirasçılara verilecek midir? Bir başka sorun da şifrenin verileceği kabul edilse dahi, bu sadece mirasçılara mı yoksa duygusal yakınlık içinde olduğu bir kişiye, örneğin sevgilisine de verilebilecek midir? Verilecekse bu sonuç, miras hukukunun dışında hangi hukuki zemine oturtulabilecektir?

Tüm bu sorulara daha rahat cevap verebilmek için Anayasa'nın birtakım ilkelerine değinmek gerekmektedir. Bunlardan ilki Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınmış olan özel hayatın gizliliği ilkesidir. Bu ilke gereğince kişilerin özel hayatının gizliliği esastır ve bu gizliliğe dokunulamaz. MK m. 28/1 gereğince ölenin kişiliği son bulacağından dolayı her ne kadar ölen açısından bu ilke savunulmasa da ölenin söz konusu sosyal medya hesabı üzerinden iletişim kurduğu kişiler açısından bu ilkenin geçerliliği kabul edilebilir.

Bir diğer ihlal ise haberleşmenin gizliliği ilkesi açısından olacaktır. Anayasa'nın 22. maddesi uyarınca haberleşmenin gizliliği esastır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu hesaplar üzerinden mesajla haberleşilmesi artık çok yaygın bir durumdur. Kişiler çoğunlukla bu mesajları kimsenin görmeyeceği düşüncesi ve güveniyle rahat bir şekilde yazmaktadır. Fakat taraflardan birinin ölümü sonrasında, şifresinin mirasçılara intikali halinde silinmemiş olan karşılıklı konuşmaların taraflar dışındaki kişiler tarafından görülmesi, okunması gündeme gelecektir ki böyle bir durumda da haberleşmenin gizliliğini ihlal sorunu ortaya çıkabilir.

Cezai açıdan bakıldığında ise TCK m. 132 haberleşmenin gizliliğinin ihlalini, TCK m. 134 ise özel hayatın gizliliğinin ihlalini suç saymıştır. Dolayısıyla hukuki bir zemine oturtulmaksızın ölenin sosyal medya hesaplarının şifresinin mirasçılara geçeceğinin kabulü hem anayasal ilkeleri ihlal etmekte hem de TCK gereğince suç teşkil etmektedir.

Tüm bunların karşısında da mirasbırakanın malvarlığı hakkının bir uzantısı olarak miras hakkı yer almaktadır. Bu hak da tıpkı özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliğinde olduğu gibi anayasal bir hak.¹²

¹² Ay. m. 35/1'e göre; "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."

Kişinin vasiyetname düzenleyerek sosyal medya hesaplarına ait şifre ya da şifrelerinin, mirasçılara yahut herhangi bir başka kişiye verilmesini istemesi halinde kanımca bu isteğe uyulmalıdır. Ancak burada önemli olan yapılan vasiyetnamenin gerçek bir vasiyetnamede olması gereken zorunlu unsurları taşıyor olmasıdır.¹³ Yoksa bir kişinin örneğin sadece “ben öldükten sonra elektronik postamı A’nın kullanabilmesi için şifremi yazmış olduğum bu kapalı zarfı A’ya bırakıyorum” demesiyle geçerli bir vasiyetnamenin varlığı kabul edilemez. Yine daha önce de bahsettiğimiz gibi örneğin; bir kişi, Facebook hesabına ilişkin şifresinin herhangi bir arkadaşına verilmesi yönündeki iradesini ayarlar menüsünden yaptığı seçimle ortaya koymuş olabilir. Böyle bir durumda da hukuken geçerli bir ölüme bağlı tasarruf söz konusu olamayacağından bu istek yerine getirilmemelidir. Bu gibi hallerde, yani hukuken geçerli bir ölüme bağlı tasarruf olmamasına rağmen ölen kişinin son arzularına uyularak hesap şifresinin ölenin belirlediği kişilerle paylaşılması durumunda, yukarıda bahsettiğimiz anayasal ilkeler açıkça ihlal edilmiş olacaktır.

Öte yandan ölen kişi sağlığında hiçbir irade beyanında bulunmamış, hukuken geçerli bir ölüme bağlı tasarrufla hesap şifrelerini geride kalan bir yakınına bırakmamışsa dahi kanaatimizce bu hesaplar özel anı niteliği taşıyan bir eşya¹⁴ olarak kabul edilmeli, kanuni mirasçılara intikal etmelidir.¹⁵ Berlin’de yargıya taşınan Facebook’a ilişkin olayda,

¹³ Öncelikle kişi vasiyetname yapmaya ehil olmalıdır: 1. Vasiyetin yapıldığı sırada 15 yaşını doldurmuş olmalıdır. 2. Ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Ehliyet şartını sağlayan bir kişinin de Kanun’da düzenlenmiş olan vasiyetname türlerinden birine uygun şekilde vasiyetname yapmış olması gerekmektedir. Kanun’da biri olağanüstü hallerde söz konusu olmak üzere toplamda üç türlü vasiyetname düzenlemiştir: 1. El yazılı vasiyetname, 2. Resmi vasiyetname, 3. Sözlü vasiyetname. Bunların her üçü de en nihayetinde yazılı olmak zorundadır.

¹⁴ Özel anı değeri olan eşyalar olarak da öğretilerde nişanlar, madalyalar, diplomalar, mektuplar vs. gösterilmektedir. bkz. Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 553; Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1385.

¹⁵ Ancak çoğu hesabın hizmet şartları, söz konusu hesabın başkalarına devrini yasaklamaktadır. Bu nedenle ABD’de böyle bir yasaklayıcı hükmün bulunmasının kişilerin sosyal medya hesaplarının devri için yapılacak emlak planlama önünde bir engel oluşturduğu savunulmaktadır. Öte yandan bazı hesapların hizmet şartları yeterince açık hüküm içermeyebilir. Örneğin LinkedIn, hesabın başkasına devredilemeyeceğini düzenlemekle birlikte ölüme ilişkin bir hüküm içermemektedir. YouTube da aynı şekilde kullanıcının ölümüne ilişkin bir hüküm içermekte fakat benzer bir devredilemezlik şartına sahiptir. Bkz. Pinch, a.g.m., s. 552, 561, 562.

teyiz üzerine Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nce verilen karar da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Kararda dijital materyallerin de mektup ve günlük gibi değerlendirilerek mirasçılara intikal etmesi gerektiği ifade edilerek Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararı bozulmuştur.¹⁶ Türk miras hukukunda da özel anı değeri olan eşyaların mirasçılara intikalinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, Alman Federal Mahkemesi kararının ülkemiz açısından da oldukça isabetli olduğu görülmektedir. Karar yalnızca Facebook açısından değil, benzer nitelik taşıyan diğer tüm sosyal medya hesapları için de emsal teşkil edecek niteliktedir.

2. Maddi Kazanç Elde Edilen Sosyal Medya Hesapları

Teknolojik gelişmelerin gelir getirici faaliyetlerle de doğrudan etkileşim içerisinde bulunduğu bilinen bir gerçektir. İnternet alanındaki tüm bu gelişmelerle beraber artık farklı faaliyet alanları ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri de sosyal medya hesapları vasıtasıyla maddi kazanç elde edilmesidir. Maddi gelir elde etmeye yönelik bu faaliyetler de çeşitli platformlarda ve çeşitli yöntemlerle yapılmaktadır

Bunlardan ilk olarak inceleyeceğimiz YouTube hesapları, gelişen teknolojinin yeni meslekler de ortaya çıkardığının modern bir kanıtıdır. Zira bu işi meslek edinen kişilerin sayısı günden güne artmıştır.¹⁷ Bu platformda hesap sahipleri, yani YouTuber'lar, yayınladıkları videoların izlenme sayılarına göre maddi kazanç elde etmektedirler. Bunun yanında bazı firmaların daha fazla izlenme oranına sahip YouTuber'lara reklam karşılığı ödediği ücret de bu kişiler için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Hatta bu gelirin, kişilerin izlenme oranı ve aldıkları reklamlara göre değişmekle beraber, aylık 10 ila 30 bin liraya kadar ulaştığı iddia edilmektedir.¹⁸ Diğer dijital malvarlığı değerlerinde olduğu gibi burada da YouTuber'ların ölümlerinin ardından sosyal medya hesaplarının durumunun ne olacağı konusu sorun teşkil edebilecektir. Ülkemizde ya da araştırabildiğimiz kadarıyla diğer

¹⁶ <https://www.bbc.com/news/world-europe-44804599> (Erişim Tarihi: 14.04.2019).

¹⁷ Öyle ki İŞKUR kısa süreliğine, Google ile yaptığı bir ortaklık çerçevesinde, dijital dünyayı anlatan bir eğitim sonunda YouTuber'lık hakkında kısa bir bilgilendirme eğitimi dahi vermiştir.

¹⁸ Hazal Ateş, "YouTuber Memura Devlet Kriteri", <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2018/08/28/youtuber-memura-devlet-kriteri> (Erişim Tarihi: 03.09.2018).

ülkelerde henüz böyle bir hukuki uyumsuzluk yargıya taşınmamıştır. Ancak bunun artık bir meslekmişçesine icra edilmeye başlanması ve YouTuber sayısının günden güne artması böyle bir sorunun gündeme gelmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Çok yüksek miktarlara kadar gelir elde etmeye imkân tanıyan bir hesabın, kişinin ölümünden sonra mirasçılara kalmayacağına yahut vasiyetname ya da miras sözleşmesine konu olmayacağına düşünülmesi ise kanımızca hakkaniyete uygun değildir.¹⁹ Bu nedenle kanaatimizce YouTube kanallarının, kişilerin ölümünden önce hukuka uygun bir vasiyetname ya da miras sözleşmesi yapmışlarsa buna göre, yoksa da kanuni intikal kuralları uyarınca külli haleflerine intikal etmesi gerekmektedir.

Bir diğeri ise özellikle fazla takipçiye sahip olan hesapların kazanç elde etme yollarından biri olan reklamlardır. Bu reklamlar çeşitli ürünlerin reklamı olabileceği gibi başka sosyal medya hesaplarının ya da kişilerin de reklamı olabilir. Genellikle Instagram, Facebook, Twitter, YouTube gibi başka kullanıcıların da görebileceği şekilde paylaşım yapmaya olanak tanıyan hesaplarda gündeme gelen bu tür reklamlarda, reklam vermek isteyen kişi ile reklam yapmayı kabul eden sosyal medya kullanıcısı arasında belirlenen miktar üzerinden bir anlaşmaya varılmaktadır. Bu ise geçmişteki kazanç yöntemlerini aşan yepyeni bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle “sosyal medya fenomeni” olarak adlandırılan kişilerin çok yüksek meblağlar karşılığında reklam yaptıkları çoğu kez gündeme gelmektedir.²⁰ Böyle bir durumda bu tür kişilerin ölümünden sonra hesaplarının ne olacağı daha büyük sorun teşkil edecektir. Zira bu kişilerin kazancının miktarı takipçi sayısı ile doğrudan ilişkilidir. Bu kişiler de YouTuber’larda olduğu gibi sosyal medyayı adeta bir meslekmişçesine kullanmaktadır. Bu nedenle bu tür hesapların da yukarıda YouTuber’lar için söylediğimiz gerekçelerle mirasçılara intikal etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁹ Mirasçılar ya da vasiyet alacaklıları, kendilerine kalan bu hesapta YouTuber’lık mesleğini devam ettiremese dahi, her zaman için hesabı satarak gelir elde etme imkânına da sahip olacaktır.

²⁰ Ücret anlaşmaya bağlı olarak değişmektedir. Örneğin bir sosyal medya fenomeni, bir şarkı linki paylaşımı için 150 TL alırken, başka bir reklamdan üç tweet karşılığında 1500 TL aldığını iddia etmektedir. Bu ve başka diğer örnekler için bkz. Rengin Aslan, “Sosyal Medyadan Nasıl Para Kazanılır?”, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/01/150107_sosyal_medya_para (Erişim Tarihi: 03.09.2018).

Sosyal medya hesabı vasıtasıyla kazanç elde edilmesi yöntemlerinden bir diğeri de takipçisi fazla olan sayfaların satılmasıdır. Hatta bunun için özel olarak oluşturulmuş hesaplar dahi bulunmaktadır. Bu tür sayfalarda çeşitli sosyal medya hesaplarını satmak isteyenler ilan vermekte ve bu hesapları almak isteyenlerle iletişime geçmektedir. Görüldüğü üzere günümüzde sosyal medya hesapları tıpkı maddi bir malmişçesine sağlar arası tasarruflara konu olabilmektedir. Dolayısıyla artık dijital malvarlığı değerleri de satım sözleşmesinin konusu olmaya başlamıştır. Hal böyle olunca da murisin ölümünden sonra bu hesapların da mirasçılara geçebileceğinin kabulü gerekmektedir.

3. Karma Nitelikli Sosyal Medya Hesapları

Bunların haricinde hem kişisel kullanıma yarayan hem de maddi kazanç elde etmeye yönelik hesaplar da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu tür hesapların ölümden sonra ne olacağı konusu da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Örneğin tanınmış kişilerin kişisel hesaplarından hem başka kişilerle mesajlaştığı hem de maddi gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerde bulunduğu yoğun olarak görülmektedir. Durum böyle olunca bu kişilerin ölümlerinden sonra hesaplarının mirasçılara geçip geçmeyeceği hususu da karmaşık bir hal almaktadır.

Karma niteliğe sahip hesaplara ilişkin olarak, ölen kişinin e-posta içeriklerinde maddi değeri olan birtakım elektronik veriler bulunuyorsa, mirasçılardan bunu öne sürmesi ve bilirkişi incelemesi sonucunda da ispatlanması şartıyla e-posta içeriğinin mirasa konu olabileceği ileri sürülmektedir.²¹ Bu görüş doğrultusunda maddi hiçbir değeri olmayan, yalnızca kişisel kullanıma yarayan hesapların mirasçılara geçmesi söz konusu olamayacaktır. Fakat kanımızca bu görüş isabetli değildir.²² Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yalnızca kişisel kullanıma yarayan hesapların da TMK m. 653'te düzenlenmiş bulunan "özel anı değeri olan eşya" kapsamında değerlendirilerek mirasa konu olması gerekmektedir. Bu nedenle de karma nitelikli sosyal medya hesapları da intikale tabi olmalıdır.

²¹ Servet Yetim, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 57-60.

²² ABD ve Kanada'da da öğreti genel olarak dijital malvarlıklarının planlanmasını emlak planının ayrılmaz bir parçası olduğunu ileri sürmekte ve ölümün ardından geleneksel maddi bir varlıkla aynı şekilde aktarılabilmesini savunmaktadır. Bkz. Hopkins, Lipin, a.g.m., s. 70; Vátavu, a.g.m., s. 4.

III. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF BAKIMINDAN İNCELEME

Miras hukukumuzda kişiler ölüme bağlı tasarruflarda bulunarak, ölümlerinden sonra gerçekleşmesini istedikleri son arzularıyla ilgili iradelerini ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu bunun için şekil açısından bazı sınırlamalar getirmiştir. Dijital malvarlığı değerlerini de bu sınırlamalar çerçevesinde ele alarak bunların ölüme bağlı tasarruflara konu olup olamayacağını kısaca incelemekte fayda görüyoruz.

Öncelikle TMK ölüme bağlı tasarrufların başlıca iki şekilde yapılacağını öngörmüştür (TMK m. 531 vd., m. 545 vd.): Vasiyetname ve miras sözleşmesi. Vasiyetname de sadece resmi şekilde, el yazılı ya da sözlü yapılabilir. Kanun'da öngörülen zorunlu unsurları yerine getirmeksizin yapılan bir işlem ise, her ne adla yapılsa yapılsın vasiyetname niteliği taşımayacaktır. Bu tür istekler geride kalanlara yalnızca manevi bir yükümlülük yüklemektedir.

Şekil şartının dışında bir diğer önemli unsur da ehliyettir. TMK m. 502'ye göre; "*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olmak gerekir.*"

Kanaatimizce; yukarıda Berlin Eyalet Mahkemesi'nin verdiği karar sonrasında bazı platformların geliştirdiği hesap şifrelerinin paylaşılıp paylaşılamayacağına ilişkin seçim hakkı, hukuki niteliği itibarıyla vasiyetnameden oldukça uzaktır. Zira el yazılı, resmi ya da sözlü vasiyetname türlerinden hiçbirinin özelliklerini taşımamaktadır. Bunun yanında internet kullanımında çocuk kullanıcının oldukça yaygın olduğu bugünlerde 15 yaş şartının da karşılanmayabileceği pek açıktır. Bu nedenle hesap sahibinin sağlığında böyle bir seçim yaparak şifresinin verileceği kişiyi belirlemesi vasiyetname niteliği taşımayacaktır. Böyle bir seçime uyarak hesap şifresinin, örneğin ölünün arkadaşına verilmesi ise özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini ihlal edecektir.

Diğer bir ölüme bağlı tasarruf türü olan miras sözleşmesinde de vasiyetname için anlattığımız durumlar aynen geçerlidir. Önemli olan miras sözleşmesi için kanunen aranan zorunlu şartların yerine getirilip getirilmediği, hukuken geçerli bir miras sözleşmesinin var olup olmadığıdır. Yani hukuken geçerli bir miras sözleşmesinin varlığı halinde bu sözleşme gereğince miras bırakanın dijital malvarlığı değerleri, söz-

leşmenin karşı tarafına ya da sözleşmede belirtilen kişiye geçmelidir²³. Ancak miras sözleşmesi geçersizse, dijital malvarlığı değerleri ölenin kanuni mirasçılarına intikal etmelidir.

SONUÇ

Bu çalışma modern dünyadaki gelişmelerin ortaya çıkardığı ve henüz tam olarak hukuk sistemi içinde yer alamayan ‘sosyal medya hukuku’ndan kaynaklanan problemlerden biri olan dijital malvarlığı ve bunun bir uzantısı olarak dijital miras sorunlarını inceleme çabasının bir ürünüdür. Bu inceleme sonucunda elde ettiğimiz sonuçlar ise gerekçeleriyle beraber özetle aşağıdaki gibidir.

İlk olarak dijital malvarlığı ve dijital miras kavramları henüz hukuk dilimizde yer edinmiş kavramlar değildir. Ülkemiz öğretisinde de yeni yeni kullanılmaya başlayan bu kavramlar ve ortaya çıkardıkları hukuki sorunlar ise henüz uygulamaya taşınmamıştır. Hukuk sistemimizde yerleşmiş olan tek bir malvarlığı kavramı ve algısı vardır ki o da genellikle “kişilerin maddi menfaatlerini koruyan haklar”²⁴ anlamında kullanılmaktadır. Fakat gelişen teknoloji ile birlikte hukuk dilimizde yavaş yavaş dijital malvarlığı kavramının yer almaya başladığı görülmektedir.

Her ülkenin hukuk sistemi de genellikle toplumun değişen ihtiyaçlarına göre değişmekte ve şekillenmekte olduğundan, daha ön-

²³ ABD’de de kişilerin dijital malvarlıklarıyla ilgili olarak planlama yapmalarına ilişkin her ne kadar federal bir düzenleme mevcut olmasa da bazı federe devletler bu konuda birtakım düzenlemeler yapmaya başlamıştır. Connecticut, Rhode Island, Indiana, Oklahoma, Idaho dijital emlak planlamasıyla ilgili yasalar çıkarmışlardır. Bkz. Pinch, a.g.m., s. 553-555. Öğretide birtakım yazar ise Stored Communications Act ve Computer Fraud and Abuse Act dahil olmak üzere dijital malvarlığını düzenleyen federal mevzuatın ölen kişilerin hesaplarının başkalarıyla paylaşılmasını engellediğini savunmaktadır. Bkz. James D. Lamm, Christina L. Kunz, Damien A. Riehl, Peter John Rademacher, “The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property”, *University of Miami Law Review*, Vol. 68, s. 400-403. Öte yandan devlet ile federal yasalar arasındaki uyumsuzluğun da mahkeme kararıyla giderilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Matthew W. Costello, “The PEAC of Digital Estate Legislation in the United States: Should States Like That”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, s. 449.

²⁴ İhsan Erdoğan, A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 116, 117; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Hukukun Temel Kavramları*, Dora Yayıncılık, Bursa 2017, s. 115.

ceden var olmayan bir sorunu öngörüp buna göre kural konulması mümkün değildir. Dijital miras sorunu da bunun bir örneğidir. Kanuni bir düzenleme getirilene yahut yargı kararlarıyla bir istikrar sağlanana kadar ancak yorum yoluyla bir çözüm üretilebilmektedir. Bizim de çalışmamızda yaptığımız yorum yoluyla bu soruna bir çözüm getirme çabasıdır.

Kanaatimizce maddi kazanç elde etmeye yönelik açılan ve kullanılan hesapların mirasçılara intikal edeceği şüphesizdir. Zira günümüzde bu tür hesaplardan mirasçılardan maddi gelir elde etme imkânları hala bulunmaktadır. Miras bırakanın yaptığı bu işi devam ettirmek istemeyen mirasçıların bu hesapları satma yoluna giderek maddi kazanç elde etmeleri de mümkündür. Bu nedenle bu tür dijital malvarlığı değerlerinin külli haleflere intikalinin gerektiği kanısındayız.

Öte yandan salt kişisel amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarının da mektup ve günlük gibi özel anı niteliği taşıyan bir eşya olarak değerlendirilmesi gerekmekte ve bu tür hesaplar da kanuni mirasçılara intikal etmelidir. Çalışmamızda sözünü ettiğimiz Alman Federal Mahkemesi'nce verilen karar da bu yöndedir.

Karma niteliğe sahip olan; yani hem kişisel amaçlı hem de maddi gelir elde etmeye yönelik kullanılan sosyal medya hesapları ise evleviyetle mirasçılara geçmelidir. Çünkü bu tür hesaplarda hem özel anı niteliği taşıyan eşya olma hem de maddi gelir sağlama özelliği bir arada bulunmaktadır.

Ölüme bağlı tasarruflar yönünden de durum aynı olacaktır. Yani hukuken geçerli bir şekilde yapıldığı sürece, hem vasiyetname hem de miras sözleşmesiyle herhangi bir sosyal medya hesabı, geride kalan bir başka kişiye bırakılmışsa, bu tasarruf geçerli sayılacaktır.

Sonuç itibarıyla dijital malvarlığı değerleri, yani sosyal medya hesapları, her ne amaçla açılmış ya da kullanılmış olursa olsun mirasçılara veya ölen kişinin belirlediği herhangi birine devredilmelidir. Fakat ileride yargıya da intikal edecek çok fazla hukuki sorun doğurması muhtemel olan bu konunun kişilerin hukuka olan güveninin de sağlanması amacıyla biran evvel hukuki bir zemine oturtulması, bu konuda gerekli olan kanuni düzenlemelerin yapılması kanaatindeyiz. Aksi takdirde hukuki belirsizlik ve yorum farklılıklarının doğması kaçınılmazdır.

Kaynakça

- Akkanat Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- A. Nelson Daniel, "The Challenge of Digital Estate Administration for Executors", *Estates, Trusts & Pensions Journal*, Vol. 32, pp. 11-27.
- Antalya O. Gökhan, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Bilgili Fatih, Demirkapı Ertan, Hukukun Temel Kavramları, Dora Yayıncılık, Bursa 2017.
- Brucker-Kley Elke, Keller Thomas, Pärli, Kurt, Pedron Claudia, Schweizer Matthias, Studer Melanie, Wohland Pia, "Passing and Passing on in the Digital World- Issues and Solutions for the Digital Estate", *IADIS International Journal on WWW/ Internet*, Vol. 11, No. 2, pp. 34-48.
- Costello Matthew W., "The PEAC of Digital Estate Legislation in the United States: Should States Like That", *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, No. 4, pp. 429-449.
- Erdoğan İhsan, Keskin A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.
- Gençcan Ömer Uğur, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hopkins Jamie Patric, "Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate", *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 5, pp. 209-244.
- Hopkins Jamie Patric, Ilya Alexander Lipin, "Viable Solution to the Digital Estate Planning Dilemma", *Iowa Law Review Bulletin*, Vol. 99, pp. 61-71.
- İmre Zahit, Erman Hasan, Miras Hukuku, DR Yayınları, İstanbul 2017.
- İnan Ali Naim, Ertuş Şeref, Albaş Hakan, Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Kurt Ekrem, "Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları", *İKÜHFD*, İstanbul 2016, C. 15, S. 2, s. 121-187.
- Lamm James D., Kunz Christina L., Riehl Damien A., Rademacher Peter John, "The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property", *University of Miami Law Review*, Vol. 68, pp. 385-420.
- Cahn Naomi, Beyer Gerry W., "Digital Planning: The Future of Elder Law" *National Academy of Elder Law Attorneys Journal*, 2013, Vol. 9, No.1, pp. 137-155.
- Pinch Rachel, "Protecting Digital Assets after Death: Issues to Consider in Planning for Your Digital Estate", *Wayne Law Review*, Vol. 60, pp. 545-565.
- Serozan Rona, Engin Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Uluç Güliz, Süslü Bilal, "Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 8, S. 17, s. 337-353.
- Vatavu Joanna, "The Importance of Planning for Your Digital Estate", *Estates, Trusts & Pensions Journal*, Vol. 32, No. 1, pp. 1-4.
- Yetim Servet, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Tezrazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 49-65.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

ASSESSMENT OF ATTORNEY AGREEMENT IN TERMS OF CONSUMER TRANSACTION

Ali Suphi KURŞUN**

Özet: Avukatın müvekkile avukatlık hizmeti vermesi, avukatlık sözleşmesine dayanır. Avukatlık sözleşmesinin hukukî niteliği oldukça tartışmalıdır. Bu makalede, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olabilip olamayacağı incelenecektir. Sorunun açıklığa kavuşturulabilmesi için, tüketici işleminin şartları göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Makalede, avukatlık sözleşmesinin, hangi hâllerde tüketici işleminin şartlarını taşıyabileceği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin hukuk dairelerinin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlardaki gerekçeleri de değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici İşlemi, Avukatlık Sözleşmesi, Satıcı, Sağlayıcı, Müvekkil

Abstract: Providing legal attorney service to the client by an attorney is based on an attorney agreement. Legal characteristic of attorney agreement is quite contradictive. In this article it will be examined if attorney agreement would be considered within the scope of consumer protection regulations. To clarify the problem, this subject ought to be evaluated by taking into account the terms of consumer transaction. In this article, the conditions where an attorney agreement would fall within the scope of consumer transactions shall be evaluated. In this context, case law, decisions of the Supreme Court and regional courts of justice will also be examined.

Keywords: Consumer Transaction, Attorney Agreement, Seller, Provider, Client

* Bu makale, Prof. Dr. Rona Serozan Hoca'mızın aziz hatrasına ithaf edilmiştir.

** Avukat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, alisuphikursun@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7924-2974 Makalenin Gönderim Tarihi: 29.01.2019, Kabul Tarihi: 30.01.2019

I. GİRİŞ

Avukat ile müvekkil arasındaki hukukî ilişki çoğu kere avukatlık sözleşmesine dayanır. Avukatlık sözleşmesi kısaca, avukatın avukatlık hizmeti vermeyi müvekkilin ise kural olarak avukatlık ücreti ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edilebilir. Peki, avukatlık sözleşmesi tüketici işlemi niteliğini haiz olabilir mi? Bu makalede esas itibarıyla bu soru üzerinde durulacaktır. Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için öncelikle, bir sözleşmenin hangi hâllerde tüketici işlemi niteliğini kazanacağını ortaya koymak gerekmektedir. Bu makalede yöntem olarak, öncelikle avukatlık sözleşmesine ve tüketici işleminin şartlarına kısaca ve genel olarak değinilecektir. Ardından, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğini haiz olup olamayacağı, konuya ilişkin Yargıtay ve bölge adliye mahkemeleri uygulamaları da değerlendirilmek suretiyle incelenecektir.

II. GENEL OLARAK AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

Avukatlık sözleşmesi, Avukatlık Kanunu'nun on birinci kısmında 163 ila 175. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nda avukatlık sözleşmesi tanımlanmamıştır. Buna karşılık, avukatlık sözleşmesi, AVK m. 163/f. I hükmünden yola çıkılarak şu şekilde tanımlanabilir:¹ Avukatlık sözleşmesi, avukatın avukatlık hizmeti vermeyi müvekkilin ise kural olarak ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Avukatlık sözleşmesinin tarafları, avukat ve müvekkildir.² Avukatlık sözleşmesinin unsurları; avukatlık hizmeti, avukatlık ücreti ve tarafların anlaşmasıdır.³ Avukatlık sözleşmesi, kural olarak tam iki

¹ Öğretideki farklı tanımlar için bkz. Özcan Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 36; Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 294-297; Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 89; Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *TAAD*, Yıl 7, Sayı 27, Temmuz 2016, s. 862-864.

² Avukatlık sözleşmesinin tarafı, bir veya birden fazla avukat ya da avukatlık ortaklığı olabilir. Burada, "avukat" terimi, hepsini kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır.

Öğreti ve uygulamada, müvekkil yerine, iş sahibi, vekâlet veren gibi terimler de kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Güner, s. 324; Aday, s. 89; Aksu, s. 872. Ancak AVK'da "müvekkil" teriminin kullanılması sebebiyle bu terim tercih edilmiştir.

³ Günergök, s. 36-39; Halûk Burcuoğlu, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Üc-

tarafa borç yükleyen sözleşmedir.⁴ Avukatlık sözleşmesinin hukukî niteliği son derece tartışmalıdır.⁵ Avukatlık sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin görüşler, esas itibarıyla, avukatlık sözleşmesine TBK'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin 502-514 hükümlerinin uygulanabileceğinde birleşmektedirler. Avukatlık sözleşmesi, kanunlarda herhangi bir şekil kuralı öngörülmediği için, hiçbir şekle tabi değildir (TBK m. 12/f. I). Ama elbette, avukatlık sözleşmesinin ispatı genel hükümlere tabidir (AVK m. 163/f. I).

III. TÜKETİCİ İŞLEMİNİN ŞARTLARI

Tüketici işlemi, TKHK m. 3/1 hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır:⁶

reti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *TBB Dergisi*, Sayı 49, 2003, s. 63-64; Aksu, s. 875-879. Avukatlık ücreti, avukatlık sözleşmesinin bir unsuru olarak zikredilse de ücret kararlaştırılmadan avukatlık sözleşmesinin kurulması pekâlâ mümkündür. AVK m. 163/f. I hükmü, "Avukatlık sözleşmesinin kapsamı" başlığını taşımakta olup avukatlık sözleşmesinin ücreti kapsamı gerektiğini ifade etmiştir. Bu itibarla, avukatlık ücreti, kural olarak avukatlık sözleşmesinin unsurlarından biridir. Avukatlık sözleşmesinde ücret kararlaştırılmaması hakkında bkz. Aksu, s. 887-888.

- ⁴ Avukatlık sözleşmesi, ancak ivazlı olması hâlinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olur. Şayet ivazsız olacağı kararlaştırılmışsa, ücretsiz vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye bürünür.
- ⁵ Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. Günergök, s. 23-35; Meral Sungurtekin, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir 1995, s. 111-120; Aksu, s. 880-885.
- ⁶ eTKHK m. 3/h hükmünde tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem" olarak tanımlanmıştır. Esas itibarıyla, 6502 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun arasında, tüketici işlemi tanımı bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Sadece, 6502 sayılı Kanun'da bazı sözleşmeler örnekleyici olarak sayılmıştır. Bunun sebebi de sayılan sözleşmelerin tüketici işlemi niteliğini haiz olabileceği yönündeki tereddütlerin ortadan kaldırılması olsa gerekir. İ. Yılmaz Aslan, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014, s. 10; Sezer Çabri, 6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 18; Ahmet Karakocalı/ Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul 2015, s. 14-15; Ahmet Karakocalı, "Konut Finansmanı Sözleşmeleri Kapsamında Tahsil Olunan Yeniden Yapılandırma Ücretinin Tüketici Hukuku Bakımından Yasal Dayanağının İncelenmesi", *Anadolu Hukuk Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s. 44-45. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.03.2018 tarihli, E. 2016/19483, K. 2018/2839 sayılı kararında, vekâlet sözleşmesinin eTKHK'nın yürürlüğü zamanında tüketici hukukunun kapsamında olmadığından hareketle bu döneme ilişkin avukatlık sözleşmesinden doğan ihtilaflarda tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı kabul edilmiştir. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere, tüketici işleminin kapsamı bakımından 6502 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun arasında herhangi bir farklılık yoktur. 6502 sayılı Kanun'un tüketici işlemi tanımında vekâlet sözleşme-

“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”.

Buna göre, bir sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, sözleşmenin taraflarının satıcı-sağlayıcı ve tüketici olması gerekir.

Satıcı, TKHK m. 3/i hükmünde; “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”; sağlayıcı, TKHK m. 3/1 hükmünde; “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Tüketici ise TKHK m. 3/k hükmünde; “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, gerek satıcı-sağlayıcı sıfatı gerek tüketici sıfatı için belirleyici kıstas, ticari veya mesleki amaç kavramıdır.⁷ Ticari veya mesleki amaç, her bir sözleşme için ayrı değerlendirilir.⁸ Ticari veya

sinin sayılmasının sebebi, uygulamadaki tereddütleri gidermektedir. Bu itibarla, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin anılan kararının gerekçesinde isabet yoktur. Karar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon.

⁷ Ticari veya mesleki amaç kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kanaatimce, mesleki amaç, mesleki faaliyetler ile doğrudan ilgili olan amaçlar; ticari amaç ise sürekli bir faaliyet çerçevesinde kazanç elde etme amacı olarak anlaşılabilir. Karakocalı/Kurşun, s. 27. Ticari veya mesleki amaç kavramı anlamlandırılırken güven teorisi göz önünde tutulmalıdır. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Cilt 50, 2001, s. 60. “Ticari veya mesleki amaç” kavramının, “ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında” olarak okunması gerektiği yönünde bkz. Mustafa Alper Gümüş, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 14. Benzer yönde bkz. Çabri, s. 48-49; Şebnem Akipek, Milli Şerh, Madde 3 Akipek Şerhi, İstanbul 2016, s. 55. Ticari amacın maliyetin geri döndürülmesi hâlinde söz konusu olacağı ve mesleki amacın da serbest meslek faaliyetlerini ifade ettiği yönünde bkz. Aslan, s. 6. Ayrıca bkz. Aydın Zevkiiler/Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 84-86.

⁸ Bazen bir sözleşmede hem ticari veya mesleki amaç hem de ticari veya mesleki olmayan amaç güdülmesi mümkün olabilir (karma amaçlı işlemler). Örneğin; bir avukatın hem ofisinde hem de evinde kullanmak üzere bilgisayar satın alması. Bu

mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi satıcı- sağlayıcı, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket gerçek veya tüzel kişi ise tüketici sıfatına sahip olur.

Tüketici işlemi niteliği bakımından dikkat edilmesi gereken son husus, sözleşmenin konusunun mal ve/veya hizmet olması gerekliliğidir.⁹ Mal, TKHK m. 3/h hükmünde; "Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar"; hizmet, TKHK m. 3/d hükmünde; "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu" olarak tanımlanmıştır.

Şu hâlde, konusu mal ve/veya hizmet olan sözleşmede taraflarından biri ticari veya mesleki amaçlarla diğer taraf ise ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa o sözleşme, tüketici işlemi niteliğini haiz olur. Bir başka ifadeyle, tüketici işleminin söz konusu olabilmesi için, konusu mal ve/veya hizmet olan sözleşmenin tarafları, zıt amaçlarla hareket etmelidirler.¹⁰

gibi durumlarda, tüketici sıfatının mevcut olup olmadığının tespiti bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, ağır basan amaca bakılmamıştır. Şayet ticari veya mesleki olmayan amaç ağır basıyorsa tüketici sıfatı kabul edilmelidir. Bu görüşte bkz. Ozanoğlu, s. 61. Diğer bir görüşe göre ise işlem bölünebiliyor ise her bir işlem için güdülen amaç ayrı ayrı değerlendirilmeli, işlem bölünemiyor ise ticari veya mesleki amacın mevcudiyeti sebebiyle tüketici sıfatı kabul edilmemelidir. Görüşler için bkz. Karakocalı/Kurşun, s. 20, dn. 55. Karma amaçlı işlemlerde tüketici sıfatının söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Zevkliler/Özel, s. 95. Ayrıca bkz. Çabri, s. 64-66; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 62-63.

⁹ Sözleşmenin konusunun mal ve/veya hizmet olması zorunluluğu, tüketici işlemini tanımlayan TKHK.m.3/1 hükmündeki "Mal veya hizmet piyasalarında" ifadesinden anlaşılmaktadır. Diğer taraftan; satıcıyı tanımlayan TKHK.m.3/i hükmündeki "mal sunan", sağlayıcıyı tanımlayan TKHK.m.3/ı hükmündeki "hizmet sunan" ifadelerinden de aynı sonuca varılabilir.

¹⁰ Zevkliler/Özel, s. 84; Aydoğdu, s. 59-60.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.05.2018 tarihli, E. 2017/11-22, K. 2018/1102 sayılı kararına göre; "Tüketici sözleşmesinde iki taraf mevcut olup, zıt amaçların güdülmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla satıcı ve sağlayıcı tanımında da yer verildiği gibi satıcı ve sağlayıcının işlem yaparken ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi, karşısında yer alan kişinin ise bunun tersine bir amaçla yani ticari veya mesleki olmayan amaçla (kâr elde etme amacı olmaksızın) hareket etmesi gerekir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

IV. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİNİ HAİZ OLABİLİR Mİ?

Avukatlık sözleşmesinin, tüketici işlemi niteliğini haiz olabilip olamayacağı sorusunun cevabı için, şu üç sorunu yanıtlanması gerekmektedir:

- Müvekkil tüketici sıfatına sahip olabilir mi?
- Avukat sağlayıcı sıfatına sahip olabilir mi?
- Avukatlık hizmeti TKHK m. 3/d anlamında hizmet olarak kabul edilebilir mi?

Önemle belirtmek gerekir ki bu sorular, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinin tespitinde rol oynar. Avukatlık hizmetinin konusu, hukukî uyumsuzlukta tüketici işleminin mevcut olup olmaması, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinden bağımsızdır.

Müvekkilin tüketici sıfatı, avukatlık sözleşmesi yapılırken güttüğü amaca göre tespit edilir. Şayet müvekkil, avukatlık sözleşmesini kurarken ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa tüketici olarak nitelendirilir. Buna karşılık müvekkil, avukatlık sözleşmesini kurarken ticari veya mesleki amaçlarla hareket ediyorsa tüketici sıfatını haiz olamaz. Örneğin, boşanma davası ile ilgili avukatlık hizmeti için avukatlık sözleşmesi yapan gerçek kişi, tüketici sıfatına sahiptir.¹¹ Zira boşanma davası için avukatlık hizmeti almak, ticari veya mesleki amaç olarak değerlendirilemez. TKHK m. 3/k hükmünde, tüzel kişilerin de tüketici sıfatını haiz olabileceği düzenlendiğinden, avukatlık sözleşmesine taraf olan ve ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden bir dernek veya vakıf, pekâlâ tüketici sıfatını haiz olabilir. Buna karşılık, avukatlık sözleşmesi yapan tüzel kişi tacir, tüketici sıfatına sahip olamaz. Zira tüzel kişi tacirlerin, ticari olmayan amaçlarla hareket etmesi mümkün değildir.¹² Benzer şekilde, gerçek kişi tacir, ticari işletmesi ile ilgili hususlarda avukatlık sözleşmesi yaparsa, yine

¹¹ Aynı yönde bkz. Şebnem Akipek, "Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Ankara 2016, s. 188; Faruk Acar, "Avukatların Serzeniş: Ücret Sözleşmelerinde Tüketici Hukuku Denetimi", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2018, İstanbul 2018, s. 240.

¹² Gümüş, s. 31; Aslan, s. 5; Karakocalı/Kurşun, s. 25-26; Zevkliler/Özel, s. 92; Çabri, s. 59; Akipek, Milli Şerh, s. 56.

aynı sonuca ulaşılır. Bu sebeple tüzel kişi tacirler ve ticari işletmesi ile ilgili olarak avukatlık hizmeti alan gerçek kişi tacirler, avukatlık sözleşmelerinde tüketici sıfatına sahip olamazlar.¹³ Müvekkil, mesleği ile ilgili hukukî uyuşmazlıklarla ilgili olarak avukatlık hizmeti alıyorsa tüketici sıfatına sahip olmaz. Zira böyle bir avukatlık sözleşmesinde müvekkil, mesleki faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak hareket ettiğinden mesleki amaçlarla hareket etmiş olur. Örneğin, işçilik alacakları ile ilgili hukukî uyuşmazlıkları konu edinen avukatlık sözleşmesinde müvekkil, tüketici sıfatını haiz değildir.¹⁴

Bazı durumlarda müvekkil ile avukat arasında birden fazla avukatlık sözleşmesi olabilir. Örneğin, bir gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili avukatlık sözleşmesi kurması ve aynı zamanda eşinden boşanmak için aynı avukattan avukatlık hizmeti alması böyledir. Bu gibi durumlarda, tüketici işlemi niteliği her sözleşme için ayrı değerlendirildiğinden, örnekteki gerçek kişi, ticari işletmesi ile ilgili avukatlık sözleşmesinde tüketici sayılamazken boşanma davasına ilişkin avukatlık sözleşmesinde ise tüketici sıfatını haizdir.

¹³ Aynı yönde bkz. Tamer İnal, "Tüketici İşlemi Kapsamında Avukatlık Vekâlet Sözleşmesi", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2016-2017, İstanbul 2017, s. 508; Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, s. 188; Acar, s. 240.

Bu yönde bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 12.02.2018, E. 2018/174, K. 2018/900; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 22.12.2016, E. 2016/14010, K. 2016/12538; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 21.03.2016, E. 2016/3283, K. 2016/7922; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 07.03.2016, E. 2016/2025, K. 2016/2476; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 15.02.2016, E. 2015/16820, K. 2016/1679. (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁴ Aksi yönde bkz. İnal, s. 506-507.

Yargıtay'ın, işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkları konu edinen avukatlık sözleşmelerinde, müvekkilin tüketici sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak farklı yönde kararları bulunmaktadır. Gerçekten, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, işçilik alacaklarına ilişkin avukatlık sözleşmesinin tarafı olan müvekkil, tüketici olarak kabul edilmiştir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 05.06.2017, E. 2017/6362, K. 2017/4984; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 28.11.2016, E. 2016/11536, K. 2016/11384. Buna karşılık Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, aynı durumdaki müvekkilin tüketici sıfatını haiz olamayacağını kabul etmiştir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 07.06.2016, E. 2016/12202, K. 2016/14545; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi T. 18.01.2016, E. 2015/37991, K. 2016/562; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 23.12.2015, E. 2015/28334, K. 2015/37617. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin belirtilen son iki kararında, müvekkilin tüketici sıfatını haiz olduğu yönünde karşı oy yazılmıştır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi'nin 15.03.2017 tarihli, E. 2017/295, K. 2017/250 sayılı kararında, işçilik alacaklarına ilişkin hukukî uyuşmazlığı konu edinen avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

Avukat, avukat tarafta yer aldığı her avukatlık sözleşmesinde aynı amaçla hareket ettiğinden avukatın amacının her sözleşme için ayrı değerlendirilmesine ihtiyaç yoktur. Bu anlamda, avukatın sağlayıcı sıfatı bakımından, sözleşmede avukat olarak yer alan her avukat için ortak değerlendirme yapılabilir. Sözleşmede avukat tarafında yer alan her avukat, mesleki amaçlarla hareket eder. Avukatın mesleki amaçlarla hareket ettiğinde tereddüt yoktur. Zira avukat, avukatlık mesleğini icra etmek ve kural olarak karşılığında avukatlık ücretine hak kazanmak amacıyla avukatlık sözleşmesi yapmaktadır. TKHK m. 3/1 hükmü uyarınca sağlayıcı sıfatında belirleyici olan ticari veya mesleki amaç olduğuna göre, avukatlık sözleşmesi kurulurken mesleki amaçlarla hareket eden avukat da pekâlâ sağlayıcı sıfatını haiz olabilir.¹⁵

TKHK m. 3/d hükmüne göre hizmet, mal sağlama dışında kalan ve karşı edimi olan her türlü edimdir. Avukatlık sözleşmesinin konusu avukatlık hizmetidir. Bu anlamda avukatlık hizmeti, mal sağlama dışındaki bir edimdir.¹⁶ Şayet avukatlık sözleşmesi ücretsiz değilse avukatlık hizmeti, TKHK m. 3/d anlamında hizmet niteliğine bürünür.¹⁷ Buna karşılık, ücretsiz avukatlık sözleşmesi, konusunun hizmet olmaması sebebiyle tüketici işlemi niteliğinde olmaz.¹⁸

Şu hâlde, müvekkil ticari veya mesleki olmayan amaçlarla avukatlık hizmeti alıyorsa ve avukatlık sözleşmesi ücretsiz değilse, avukatlık

¹⁵ Aynı yönde bkz. Karakocalı/Kurşun, s. 28; Akipek, Milli Şerh, s. 55; Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, s. 187; Acar, s. 239. Aksi yönde bkz. Güner, s. 318-319.

Ama elbette avukat olan bir kimse, kendisinin tarafı olduğu bir hukukî uyuşmazlık için avukatlık sözleşmesine müvekkil olarak taraf olabilir. Bu durumda müvekkil olarak avukatlık sözleşmesine taraf olan avukat, müvekkil olarak değerlendirilerek tüketici sıfatına sahip olur veya olmaz. Örneğin, bir avukatın vekâlet ücreti alacağı için başka bir avukatla avukatlık sözleşmesi yapması hâlinde, alacaklı avukat mesleki amaçlarla hareket ettiğinden tüketici sıfatına sahip olmaz. Buna karşılık avukat, boşanma davası için avukatlık sözleşmesine müvekkil olarak taraf oluyorsa artık, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiğinden tüketici sıfatını haiz olur.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Çabri, s. 29-30.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, s. 187; Acar, s. 238-239.

¹⁸ İvazsız sözleşmelerin tüketici işlemi sayılmayacağı kabul edilerek de aynı sonuca ulaşılabilir. İvazsız sözleşmelerin tüketici işlemi sayılmayacağı yönünde bkz. Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, Cilt XV, Sayı 173/4, Mayıs 1996, s. 580; Ozanoğlu, s. 70-71; Zevkliler/Özel, s. 79, Çabri, s. 50.

sözleşmesi tüketici işlemi niteliğinde olur.¹⁹ Avukatlık sözleşmesinde avukat olarak yer alan kişi, zaten TKHK m. 3/1 anlamında sağlayıcı konumundadır. Önemle belirtmek gerekir ki avukatlığın, AVK m. 1 uyarınca kamu hizmeti olması ve avukatların kamu hizmeti görmesi avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmasına engel teşkil etmez. Zira gerek tüketici işlemi tanımında gerek sağlayıcı tanımında, “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere” ifadesine yer verilerek kamu hizmeti görmekle yükümlü olan kamu tüzel kişilerinin dahi sağlayıcı olarak kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Şu hâlde, avukatların kamu hizmeti gördüğünden bahisle sağlayıcı olamayacağı yönündeki gerekçede isabet olamaz.²⁰ Bir başka ifadeyle, kamu tüzel kişilerine kadar geniş olan sağlayıcı tanımının, avukatları kapsadığı hususunda tereddüt edilemez.²¹ Kaldı ki avukatlık hizmetinin, AVK m. 1 hükmüne rağmen kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır.²²

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına bakıldığında, kararların çoğunda, tüketici işleminin şartlarının değerlendirildiği ve müvekkilin tüketici olduğu hâllerde avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinin kabul edildiği görülmektedir.²³ Kanaatimce, Yargıtay’ın bu

¹⁹ Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 9-10; Çabri, s. 19-20; Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, s. 187-188; Acar, s. 237; İnal, s. 505 vd. Aksi yönde bkz. Güner, s. 320.

²⁰ Aynı yönde bkz. Acar, s. 239-240.

²¹ Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi’nin 10.07.2017 tarihli, E. 2017/615, K. 2017/719 kararında, aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: “6502 sayılı Kanun 3. maddesinde; satıcının, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi; Sağlayıcının kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına yada hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olduğu belirtmesinin yapılması sebebiyle satıcı yada sağlayıcıların kamu tüzel kişisi olmalarının işlemin tüketici işlemi olmasını engel oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Avukatların kamu hizmeti gördüklerinin ve ticari ve mesleki amaçla hareket etmediklerinin kabulü halinde tüm kamu tüzel kişilerinin de ticari ve mesleki amaçla hareket etmediklerinin kabulü gerekecektir. Avukatların kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları, onların mesleki amaçla hareket etmelerine engel teşkil etmez”. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

²² Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. Aday, s. 16-19; Sungurtekin, s. 6-15; Aksu, s. 867-870. Ayrıca bkz. Güner, s. 119-125.

²³ Müvekkilin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiği hâllerde avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 12.02.2018, E. 2018/174, K. 2018/900; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 22.12.2016, E. 2016/14010, K. 2016/12538. Avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğini haiz olabileceği yönünde bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 06.12.2016,

yöndeki yaklaşımı isabetlidir.²⁴ Zira ücretsiz olmayan avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığına belirleyici olan, müvekkilin tüketici sıfatını haiz olup olmadığıdır.²⁵

Konuya ilişkin bölge adliye mahkemesi uygulamasında, her iki yönde de kararlar mevcuttur. Gerçekten, bazı kararlarda -tıpkı Yargıtay kararlarında olduğu gibi- müvekkilin tüketici sıfatını haiz olduğu hâllerde avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.²⁶ Buna karşılık Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi kararlarında, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığı kabul edilmiştir.²⁷ Anılan kararlarda, esas itibarıyla şu gerekçeler ile avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır:²⁸

E. 2016/12299, K. 2016/11783 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon). Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması ile ilgili olarak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin 10.07.2017 tarihli, E. 2017/615, K. 2017/719 kararında, aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: "Bütün bu açıklamalara göre; Mahkemelerde dava takip yetkisi için avukat ile müvekkili arasında vekâlet sözleşmesinin kurulması zorunludur. Avukat ile müvekkili arasındaki ilişki vekâlet ilişkisidir. Avukatın, hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ve müvekkiline hizmet sağlayıcı olduğunun ve aralarındaki vekâlet sözleşmesi ilişkisinin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabulü gerekmektedir. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 03.11.2016 tarih ve E. 2016/14594-K.2016/20198 sayılı; 28.02.2016 tarih ve E.2015/23681-K.2016/17358 sayılı; 25.11.2016 tarih ve E.2016/23253-K.2016/21943 sayılı; 25.11.2016 tarih ve 2016/24793-K.2016/21990 sayılı kararları; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 25.12.2014 tarih ve E.2014/24250-K.2014/19620 sayılı kararı; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2015 tarih ve E.2015/4711-K.2015/8372 sayılı; 14.10.2015 tarih ve 2015/5283-K.2015/9104 sayılı; 29.02.2016 tarih ve E.2016/765-K.2016/2373 sayılı, 14.11.2016 tarih ve E.2016/11300 -K.2016/10682 sayılı; 28.11.2016 tarih ve E.2016/11641-K.2016/11375 sayılı; 31.01.2017 tarih ve E.2016/14594-K.2017/658 sayılı kararlarında da görüleceği üzere Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir". (Kazancı Hukuk Otomasyon).

²⁴ Aynı yönde bkz. Acar, s. 240.

²⁵ Benzer yönde bkz. İnal, s. 505.

²⁶ Bu yönde bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, T. 10.07.2017, E. 2017/615, K. 2017/719; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, T. 12.06.2017, E. 2017/990, K. 2017/956 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

²⁷ Bu yönde bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, T. 18.05.2018, E. 2018/847, K. 2018/1049; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, T. 19.07.2017, E. 2017/1360, K. 2017/1114; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, T. 07.07.2017, E. 2017/1190, K. 2017/990; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi T. 07.07.2017, E. 2017/1275, K. 2017/1000 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

²⁸ Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2018 tarihli, E. 2018/847, K. 2018/1049 sayılı kararında aynen şu ifadelerle yer verilmiştir:

- Müvekkilin ticari veya mesleki olan ve olmayan konularda aynı avukattan hizmet alabileceği ve avukatlık sözleşmesinin bir bütün olarak değerlendirilmesinin gerekmesi sebebiyle müvekkilin tüketici sıfatına sahip olamayacağı,
- Avukatın yargının bir unsuru ve avukatlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olması sebebiyle avukatın sağlayıcı olarak değerlendirilemeyeceği,
- Avukatlık sözleşmesinin konusunun, avukatın yargının bir unsuru olması ve bağımsız savunmayı temsil etmesi sebebiyle TKHK anlamında hizmet olarak kabul edilemeyeceği,
- TKHK hükümlerinin avukatlık sözleşmesine uygulanamayacağı.

Kanaatimce, bu gerekçelerde isabet yoktur. Şöyle ki;

Aynı avukatın aynı müvekkile, birden fazla konuda avukatlık hizmeti vermesi, müvekkilin tüketici sıfatının tespitinde önem arz et-

“Yargının kurucu ögesi olan ve bağımsız savunmayı temsil eden avukatın yaptığı savunma görevi, Kanun’da ‘tüketici işlemi’nin tanımında belirtilen, ‘mal ve hizmet piyasalarında sunulan bir hizmet’ değil, yargılama faaliyeti kapsamında olan bir kamu hizmetidir... Ayrıca bir hukuki işlemin ‘tüketici işlemi’ olarak kabul edilebilmesi için, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçlar için yapılmış olması gerektiği kuşkusuzdur. Oysaki avukatlık sözleşmesinde avukatın, yargı görevi kapsamındaki savunmayı temsil etmesi ve bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis etmesi karşısında, bu sözleşmenin, salt kişisel ihtiyaçlar dolayısıyla değil, ‘adaletin tecellisi’ gibi, tüm toplumu ilgilendiren amaçlarla da yapıldığını kabul etmek gereklidir... Öte yandan, avukatlık sözleşmesi, ticari ve mesleki olmayan uyumsuzluklar sebebiyle yapılabildiği gibi, ticari ve mesleki alandaki uyumsuzlukların giderilmesi için de yapılabilmekte, genellikle de tüm uyumsuzluklar için aynı avukattan hukuki yardım talep edilmektedir. Örneğin müvekkil, bir boşanma davası açılması veya ticari olmayan bir alacağının tahsili için de, ticari işletmesinden kaynaklanan bir dava ya da meslek olarak yapmış olduğu işi sebebiyle de aynı avukatla avukatlık sözleşmesi yapabilmektedir. Çeşitli hukuki yardımlar, çoğu zaman aynı avukattan talep edildiğinden, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde de bu hukukî ilişkinin bütün olarak ele alınması zorunludur... Özetle, avukatlık sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafı olan ‘müvekkil’, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/1-k maddesindeki ‘tüketici’ tanımına uymadığı gibi, bu sözleşmenin bir ‘tüketici işlemi’ de olmadığı, dahası sözleşmenin diğer tarafı olan avukatın, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ve hizmet sunan bir ‘sağlayıcı’ da olmadığı açıkça anlaşılmaktadır... Nasıl ki, hukukî niteliği bir ‘vekâlet’ sözleşmesi olan hakem sözleşmesinde, taraflarla hakem arasındaki ilişkiye TKHK hükümleri uygulanamazsa, yargının kurucu bir unsuru olan, bağımsız ve tarafsız savunmayı temsil eden avukatla müvekkil arasındaki ilişkiye de, TKHK hükümleri uygulanamaz”. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

mez. Zira her bir avukatlık hizmeti, ayrı bir avukatlık sözleşmesinin konusunu oluşturur. Yukarıda da belirtildiği üzere, müvekkilin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı, her bir avukatlık sözleşmesi bakımından ayrıca değerlendirilir. Yukarıda verilen örnekten gidersek, bir avukatla ticari işletmesi ile ilgili olarak sürekli avukatlık hizmetine ilişkin sözleşme yapan gerçek kişi tacir, aynı avuktan boşanma davasına ilişkin avukatlık hizmeti de alabilir. Bu durumda, boşanma davasına ilişkin olarak ayrıca avukatlık sözleşmesi kurulmuş olur. Bu iki avukatlık sözleşmesi, birbirinden ayrı değerlendirilir. Örnekteki gerçek kişi, sürekli avukatlık hizmetine ilişkin sözleşmede tüketici sıfatını haiz olamazken boşanma davasına ilişkin avukatlık sözleşmesinde tüketici sıfatına sahiptir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, avukatlık faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olması avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğine engel olamaz. Zira TKHK m. 3/1, i, l hükümlerinde, kamu tüzel kişilerinin de satıcı-sağlayıcı sıfatını haiz olabileceği ve kamu tüzel kişilerinin de tüketici işleminin tarafı olabileceği düzenlenmiştir. Kanun'un, kamu tüzel kişilerini de sağlayıcı tanımına sokan bu açık hükmü karşısında, avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olduğunu ileri sürerek avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olamayacağını kabul etmek mümkün değildir.

Ücretsiz olmayan avukatlık sözleşmesinin konusunun TKHK m. 3/d anlamında hizmet olduğunda da tereddüt yoktur. Avukatın, yargının bir unsuru olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Zira avukatlık hizmeti, avukatlık sözleşmesinin bir unsuru ve edimdir. Karşı edimi mevcut olan mal sağlama dışındaki her türlü edim de TKHK m. 3/d uyarınca hizmet niteliğinde olduğundan ücretsiz olmayan avukatlık hizmeti de TKHK m. 3/d anlamında hizmettir. Avukatlık hizmetinin TKHK m. 3/d anlamında hizmet olmadığını ileri sürmek, avukatlık hizmetinin edim niteliğini inkâr etmek anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle, avukatlık hizmetinin, edim olmadığını savunmak ne derece isabetsiz ise TKHK m. 3/d anlamında hizmet olamayacağını savunmak da o derece isabetsizdir.

Avukatlık sözleşmesine TKHK kurallarının uygulanmayacağı yönündeki gerekçe, hem isabetsiz hem hatalıdır. İsabetsiz olması

nın sebebi, bir sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini kazanması için TKHK'daki hükümlerin uygulanması şartının bulunmamasıdır. Kaldı ki TKHK m. 83/f. II hükmünde de bir sözleşme hakkında diğer kanunlarda düzenleme olmasının TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Avukatlık sözleşmesinde avukatın veya müvekkilin borca aykırılıklarına AVK ve/veya TBK hükümlerinin uygulanması, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğine hanel getirmez.²⁹ Avukatlık sözleşmesine TKHK kurallarının uygulanmayacağı yönündeki gerekçe hatalıdır çünkü bir sözleşme tüketici işlemi niteliğini kazanmakla tüketici hukukunun kapsamına girer ve TKHK m. 4 hükmündeki temel ilkeler, TKHK m. 5 hükmündeki haksız şartlar ve göreve ilişkin kurallar uygulama alanı bulur.³⁰

Eleştirilmesi gereken, avukatlık sözleşmesinin TKHK kapsamında olabilmesi değil TKHK'nın kapsamının geniş olmasıdır.³¹ Ancak bu

²⁹ Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin 10.07.2017 tarihli, E. 2017/615, K. 2017/719 kararında, aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: "Tüketici Kanunu'nun 83/2 maddesinde; 'Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasını engellemez' hükmü karşısında avukatlık sözleşmesinin Avukatlık Kanunu hükümlerine tabi olması da tüketici kanununu hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir. Kaldı ki; vekâlet sözleşmesinin yaygın şekilde uygulama alanı avukatla müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisinde de söz konusu olmaktadır. Avukat serbest meslek faaliyeti kapsamında tüketiciye hizmet sunmaktadır. Tüketici Kanunu'nda açıkça belirtilen vekâlet işlemlerinin bir tüketici işlemi olduğuna dair kanunun açık hükmü yorumla daraltılamaz. Kanun metninde Avukatlık Kanunu uyarınca düzenlenen vekâletnamelerden kaynaklanan isteklerin tüketici işlemi olmadığına dair herhangi bir istisna bulunmamaktadır." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

³⁰ Aynı yönde bkz. Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, s. 188.

³¹ Serozan, TKHK'nın kapsamının geniş tutulmasına ilişkin olarak aynen şu açıklamalarda bulunmuştur: "Tüketicinin korunmasının en ileri noktasına götürüldüğü Batı'da bile, yurttaşın mühendislere, mimarlara, muhasebecilere, avukatlara, sanatçılara, kalfalara, kunduracılara, boyacılar, badanacılara, otomobil tamircilerine, tesisatçılara, elektrikçilere, doktorlara ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketiciyi koruma yasalarıyla korunmasına rastlanmaz; ancak tüketicinin turistik gezi düzenleyen seyahat acentalarına, özel eğitim kursları düzenleyen dersanelere ve bir de sigortacılar karşı özel yasalarla korunmasına rastlanır. Kimi kime karşı koruyacağını ayırdında olmayan yasa koyucumuzun böyle bir korumayı nasıl gerçekleştireceğini tutarlı bir biçimde planlaması kendisinde nasıl beklenebilirdi ki? Gerçekten, düpedüz gülünç bir hayalden ibarettir tüketici-

eleştiriler, *de lege feranda* olup yürürlükteki hukuk bakımında ulaşılan sonuçları değiştirmemektedir.

V. SONUÇ

Avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığı tespit edilirken tüketici işleminin şartları üzerinde durulmalıdır. Sözleşmede avukat tarafında bulunan her avukat, mesleki faaliyetlerle hareket eden kişi olduğundan her zaman sağlayıcı sıfatını haizdir. Ücretsiz olmayan her avukatlık sözleşmesinin konusu, karşı edimi olan ve mal sağlama dışındaki bir edimdir. Bu itibarla avukatlık sözleşmesinin konusu, TKHK m. 3/d anlamında hizmettir. Avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğini haiz olup olmadığına belirleyici olan müvekkilin tüketici sıfatına sahip olup olmadığıdır. Müvekkil, avukatlık sözleşmesi kurulurken mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket ediyorsa tüketici sıfatına sahip olur; mesleki veya ticari amaçlarla hareket ediyorsa tüketici olarak kabul edilmez.

Avukatlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu ileri sürülerek avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılamaz. Zira TKHK, kamu hizmeti görmekle yükümlü olan kamu tüzel kişilerinin dahi satıcı-sağlayıcı olarak tüketici işlemine taraf olabileceklerini kabul etmiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasında, çoğunlukla, müvekkilin tüketici olup olmadığı değerlendirilerek sonuca ulaşılmakta ve müvekkilin tüketici olduğu hâllerde, avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı, *kanaatimce* isabetlidir. Bölge adliye mahkemeleri uygulamasında ise her iki yönde kararların mevcut olduğu gözlemlenmektedir. Bazı kararlarda Yargıtay uygulamasında olduğu gibi sonuca ulaşılmaktadır. Buna karşılık, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, avukatın sağlayıcı, müvekkilin tüketici, avukatlık sözleşmesinin konusunun hizmet olmadığı ve TKHK'da avukatlık sözleşmesine

cinin korunması kurallarının dişçilere, otomobil tamircilerine, lostra salonlarına, heykeltıraşlara, kalorifercilere, taksi şoförlerine karşı uygulanması". Serozan, s. 596-597. Ayrıca bkz. Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İÜHFİM*, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003, s. 340-341.

uygulanacak hüküm bulunmadığı gerekçeleriyle avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığını kabul etmektedir. Ancak bu gerekçeler hukuken isabetsiz ve hatalıdır.

Avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi sayılamayacağını ileri sürülmesi, yürürlükteki TKHK bakımından mümkün değildir. Bu konuda yapılması gereken, hatalı ve eksik gerekçelerle avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi olamayacağını ileri sürmek değil TKHK'nın kapsamının son derece geniş tutulmasını eleştirmektir.

Kaynakça

- Acar Faruk, "Avukatların Serzeniş: Ücret Sözleşmelerinde Tüketici Hukuku Denetimi", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2018, s. 237-244, İstanbul 2018.
- Aday Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- Akipek Şebnem, Milli Şerh, Madde 3 Akipek Şerhi, İstanbul 2016 (Metin içinde, "Akipek, Milli Şerh" olarak kısaltılmıştır).
- Akipek Şebnem, "Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, s. 168-188, Ankara 2016 (Metin içinde, "Akipek, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması" olarak kısaltılmıştır).
- Aksu, Raziye, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *TAAD*, Yıl 7, Sayı 27, s. 861-890, Temmuz 2016.
- Aslan İ. Yılmaz, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.
- Aydoğdu Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Çabri Sezer, 6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- Burcuoğlu Halûk, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar", *TBB Dergisi*, Sayı 49, s. 49-82, 2003.
- Gümüş Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (Madde: 1-46), İstanbul 2014.
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Günergök Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- İnal Tamer, "Tüketici İşlemi Kapsamında Avukatlık Vekâlet Sözleşmesi", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2016-2017, s. 504-557, İstanbul 2017.
- Karakocalı Ahmet, "Konut Finansmanı Sözleşmeleri Kapsamında Tahsil Olunan Yeniden Yapılandırma Ücretinin Tüketici Hukuku Bakımından Yasal Dayanağının İncelenmesi", *Anadolu Hukuk Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, s. 42-75, 2015.
- Karakocalı Ahmet/Kurşun Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.

- Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Cilt 50, s. 55-90, 2001.
- Serozan Rona, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", *Yasa Hukuk İctihat ve Mevzuat Dergisi*, Cilt XV, Sayı 173/4, s. 579-598, Mayıs 1996.
- Serozan Rona, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İÜHFM*, Cilt LXI, Sayı 1-2, s. 339-356, 2003.
- Sungurtekin Meral, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir 1995.
- Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2016.

YAPAY ZEKÂ VE TELİF HAKKI*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE COPYRIGHT

Mustafa ZORLUEL**

Özet: Yapay zekâ kavramı, son dönemde gerçekleşen inanılmaz teknolojik gelişmeler neticesinde her geçen gün adını daha fazla duymaya başladığımız bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapay zekâ teknolojilerinin yaygınlaşmasıyla ve sosyal yaşamda daha fazla yer kaplamasıyla beraber bu teknolojilerle ilgili hukuki incelemelerin sayısı da giderek artmaktadır. Yapay zekâlarla ilgili hukuksal tartışmaların yürütüldüğü konulardan birisi, yapay zekâların ürettiği ürünlere ilişkindir. Günümüzde yapay zekâların şiir, resim, müzik ve kitap gibi ürünler ortaya koyabilmesi artık mümkün olmaktadır. Yakın gelecekte ise, bu tür ürünlerle daha fazla karşılaşma ihtimalimiz yüksektir. Biz de bu nedenle çalışmamıza yapay zekâ kavramına ve işleyiş yöntemlerine ilişkin değerlendirmelerde bulunarak başladık. Daha sonra ise, yapay zekâların şiir, resim, müzik ve kitap gibi ürünler ortaya koyması durumunda bu ürünlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser sayılıp sayılmayacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunduk. Son olarak da bu ürünlerin eser olarak kabul edilmesi ihtimalinde, bunların mülkiyetinin ve telif haklarının kime ait olacağı sorusunu yanıtlandırmaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Makine Öğrenimi, Telif Hakkı, Fikrî Ürün, Eser Kavramı, Eser Sahipliği, Hukuki Statü

Abstract: Artificial intelligence is a concept that we begin to hear about more every day as a result of the latest incredible technological developments. With the expansion of artificial intelligence technologies and its proliferation in social life, the number of legal investigations of these technologies is increasing. Indeed, with the widespread use of artificial intelligence technologies nowadays, the possibility of these technologies being subject to legal problems is

* Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında Güz 2018 döneminde alınan Kişiler Hukuku ve Fikrî Haklar Hukuku Boyutunda Resim Üzerindeki Haklar dersi için yazılan ve sunumu gerçekleştirilen ödevin makale olarak düzenlenmiş halidir.

** Avukat, Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafazorluel@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2620-2172, Makale Gönderim Tarihi: 10.01.2019, Kabul Tarihi: 10.01.2019

gradually increasing. One of the issues that the legal debates about artificial intelligence is related to the products produced by artificial intelligence. Today, it is possible for artificial intelligence to produce intellectual products such as poetry, painting, music and book. In the near future, we will be more likely to encounter such products. Therefore, in the first part of our study, we evaluated the concept of artificial intelligence and methods of its operation. In the second part of our study, we made some evaluations about whether these products can be considered as works in the sense of law on intellectual and artistic works if the artificial intelligence produce products such as poetry, painting, music and book. Finally, we tried to answer the question of who owns the ownership and copyrights of these products if they are accepted as works.

Keywords: Artificial Intelligence, Machine Learning, Copyright, Intellectual Product, Concept of Work, Authorship, Legal Status

GİRİŞ

Yapay zekâ alanında gerçekleştirilen teknolojik gelişmeler neticesinde yapay zekâ, hukukun ilgi alanına giderek daha fazla girmektedir. Gerçekten de son dönemde daha fazla yapay zekânın şiir, resim, müzik ve kitap gibi edebî ve sanatsal ürünler ortaya koyabilecek şekilde tasarlanmasıyla beraber, bu ürünlerin 5 Aralık 1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹ anlamında eser olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu ürünler eser olarak kabul edilirse bunların eser sahipliğinin ve telif haklarının² kime ait olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Şüphesiz yapay zekâların bu tarz ürünler ortaya koyması durumunda bu ürünlerin hukuki kaderinin ne olacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunmadan önce yapay zekâ kavramının ve işleyiş yöntemlerinin doğru bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Gerçekten de ancak yapay zekâ kavramının doğru bir şekilde anlaşılmasıyla beraber, yapay zekâlar tarafından ortaya konan bu tarz ürünlerin hukuki kaderinin ne olacağının belirlenmesi mümkün olacaktır. Biz de bu nedenle çalışmamıza yapay zekâ kavramına ve işleyiş yön-

¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun No: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, Resmî Gazete Tarihi: 13.12.1951, Sayı: 7981.

² Telif hakkı kavramı değişik anlamlarda kullanılmakla beraber, geniş anlamda kişilerin fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikrî haklarını, dar anlamda ise eser sahibinin eser sahipliğinden doğan haklarının parasal karşılığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2018, s. 18. Biz çalışmamızda telif hakkı kavramını kullanırken, geniş anlamda telif hakkı kavramına atıf yapmaktayız.

temlerine ilişkin değerlendirmelerde bulunarak başladık. Bu konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunduktan sonra, eser ve telif hakkı kavramlarından yola çıkarak yapay zekâlar tarafından ortaya konan bu tarz ürünlerin hukuki kaderini belirlemeye çalıştık. Bu konuya ilişkin her ne kadar Kıta Avrupası hukuk sistemi kapsamında ortaya konulmuş pek çok kapsamlı inceleme ve araştırma da bulunsa da yapay zekâ sektörünün ve bilişim teknolojilerinin gelişmesinde Anglo- Amerikan hukuk sisteminin hâkim olduğu ülkelerin öncü konumda olduğunu göz önüne alarak, çalışmamızdaki açıklamalarımızda büyük ölçüde Türk hukuku ve Anglo- Amerikan hukuk sistemi kapsamında ortaya konulan eserlerden yararlandık ve gerekli yerlerde bu iki hukuk sistemini karşılaştırarak değerlendirmelerde bulduk.

I. YAPAY ZEKÂ VE ROBOT KAVRAMLARI

A. Yapay Zekâ Kavramı

Yapay zekâ, günümüzde bilim kurgu ürünü olmaktan çoktan çıkmış bir kavramdır.³ Dünyada toplumsal ve kültürel olarak gerçekleşen çok yönlü değişimlerden birisi de yapay zekâ uygulamalarının günlük hayatımıza girmesidir. Yurt dışında bazı ülkelerde halihazırda kullanılmakta olan sürücüsüz arabalardan sağlık hizmetlerini geliştirmek için kullanılan makine öğrenimlerine, finansal sistemlerden almamız gereken ürünlerle ilgili bize tavsiye veren çevirim içi alışveriş sitelerine, yapay zekâ hayatımızın her alanında karşımıza çıkmaktadır.⁴ Yapay zekâ, hızlı ve tutarlı bir şekilde günümüz toplumunun kaçınılmaz bir parçası haline gelmiştir ve yapay zekâ sektörünün, 2013 yılından 2020 yılına kadar sadece 8.2 milyar dolardan 70 milyar dolara yükseleceği tahmin edildiğinden dolayı daha da gelişmesi beklenmektedir.⁵

³ Corrine Cath/Sandra Wachter/Brent Mittelstadt/Mariarosaria Taddeo/Luciano Floridi, "Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach", *Science and Engineering Ethics*, Volume: 24, Issue: 2, Nisan 2018, s. 506.

⁴ Shlomit Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", *Michigan State Law Review*, Volume: 2017, Issue: 4, 2017, s. 664-666; Armağın Ebru Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 11, Haziran 2018, s. 587-588; Cath/Wachter/Mittelstadt/Taddeo/Floridi, s. 506.

⁵ Yanisky-Ravid, s. 666; Liana B. Baker, "RPT-Tech moguls declare era of artificial intelligence", 3 Haziran 2016, <https://www.reuters.com/article/tech-ai-conference/rpt-tech-moguls-declare-era-of-artificial-intelligence>

İlk defa Amerikalı bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından ortaya atılmış olan yapay zekâ kavramını tanımlamak ise, kolay bir iş değildir.⁶ Yapay zekâ en genel anlamda, algılama, öğrenme, geliştirme, yaratıcılık, iletişim kurma, karar verme, sonuç çıkarma gibi normalde insan zekâsını gerektiren işlevleri yerine getirebilen sistemler olarak tanımlanabilir.⁷ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere yapay zekâ, zeki varlıkların gerçekleştirdikleri işlevleri yapma yeteneğine sahip olan sistemlerde bulunan zekâyâ verilen genel bir isimdir.⁸ Buna göre yapay zekâ, bir bilgisayarda olabileceği gibi bir robotta, akıllı telefonda veya başka herhangi bir makinede de bulunabilir.⁹ Burada dikkat edilmesi gereken husus makinenin gerçekleştirdiği işlevin insanların zekâsı ile gerçekleştirdikleri işlevlerle benzerlik gösterip göstermediği ve bu işlev yerine getirilirken zekâyâ ilişkin unsurların kullanılıp kullanılmadığıdır.

B. Robot Kavramı

Robot kavramı ilk olarak Çek yazar Karel Čapek tarafından ortaya atılmıştır. Esasen, yazar tarafından bir tiyatro eserinin başlığında kullanılan “Robot” kelimesi, Çekçe’de hizmetkârlık, zorunlu iş gücü, ağır iş anlamlarına gelen “Robota” kelimesinden türetilmiş ve İngilizceye geçmiştir.¹⁰ Böylece, bugün tüm dünyada kullanılan robot kelimesi ortaya çıkmıştır. Robot kavramı en basit anlamda, kendi kendini yönetme yetisine sahip olan, bağımsız olarak hareket edebilen ve amaçlanan görevleri yerine getirebilen, insanın fiziksel olarak yaptığı

idUSL1N18V018 (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁶ Yanisky-Ravid, s. 673; John McCarthy hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://jmc.stanford.edu/index.html> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷ Yanisky-Ravid, s. 673; B. J. Copeland, “Artificial Intelligence”, 11 Nisan 2019, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁸ Yapay Zekâ kavramının İngilizce karşılığı olan “Artificial Intelligence” terimi tüm dünyada çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Ayrıca bu ifadenin kısaltması olan “AI” terimi de yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

⁹ Bozkurt Yüksel, *Yapay Zekânın*, s. 588.

¹⁰ Robot kelimesinin kökeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. R. Szabolcsi, “The Birth of the Term Robot”, *Advances in Military Technology*, Volume: 9, No: 1, Haziran 2014; The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Karel Čapek”, 18 Şubat 2019, <https://www.britannica.com/biography/Karel-Capek> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2018, s. 5.

işleri yapabilen mekanizmalar olarak tanımlanabilir.¹¹ Doktrinde bir makinenin robot olarak kabul edilebilmesi için çevresini algılayabilme ve hissetme yeteneğini, herhangi bir şekilde fiziksel ortamda hareket etme kabiliyetini, bir güç kaynağı ve belirli bir zekâya sahip olma özelliklerini taşıyor olması gerektiği kabul edilmektedir.¹² Robotun sahip olması gereken zekâ, kendisine verilen amacı gerçekleştirmeye ve kendi kendini yönetmeye yetecek nitelikte olmalıdır. Buna karşılık yapay zekâ, yukarıda da belirtildiği üzere algılama, öğrenme, değerlendirme ve sonuç çıkarma gibi insan zekâsı gerektiren işlevleri yerine getirme yeteneklerine sahip bir sistemdir. Bu sistem bir robotta yer alabileceği gibi herhangi bir akıllı telefonda da yer alabilir. Aynı şekilde robotlarda yer alan zekânın da yapay zekâ olması şart değildir. Robottan beklenen asgari amaçları yerine getirebilecek ve kendi kendini yönetmesini sağlayacak nitelikte bir yazılım yeterlidir. Bu açıdan her yapay zekânın bir robot olduğu ve her robotun da bir yapay zekâya sahip olduğu söylenemez.¹³ Ancak günümüzde çoğunlukla bu kavramlar yanlış şekilde birbirinin karşılığı olarak kullanılmaktadır.

Bu konuda Google arama motorunun çalışma prensibine kısaca değinmek kanımızca yerinde bir örnek olacaktır. Google tarayıcıları, sürekli bir şekilde internet bağlantıları arasında dolaşarak yeni web sitesi sayfaları aramakta, keşif yapmakta ve keşfettiği web sitelerini Google sunucularına iletmektedir. Google tarayıcıları bir web sitesi bulduktan sonra keşfedilen web sitesinin neyle ilgili olduğu anlaşıl-maya çalışılmaktadır. Web sitesinin içeriği belirlenirken pek çok farklı veriden yararlanılmaktadır. Web sitesinin içeriği belirlendikten sonra, Google bu bilgiyi de hafızasına eklemektedir. Bu süreç Google'ın öğrenme sürecini oluşturmaktadır.¹⁴ Google'da bir arama yapıldığında ise, Google öncelikle arama yapılan konuyu algılar. Konuyu algıladıktan sonra, daha önceden öğrenmiş olduğu bilgileri kullanarak algorit-

¹¹ Szabolcsi, s. 119; Ersoy, s. 33 vd.

¹² A. B. Humbe/P. A. Deshmukh/M. S. Kadam, "The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications", *International Journal of Research in Engineering & Technology*, Volume: 2, Issue: 2, Şubat 2014, s. 113-114; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Robot Hukuku", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 29, Ocak 2017, s. 88.

¹³ Bozkurt Yüksel, *Yapay Zekânın*, s. 592-593.

¹⁴ Google web sitesi tarayıcılarının işleyiş yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

maları sayesinde akıl yürütür ve konuyla en alakalı internet sitelerini hiyerarşik bir biçimde kullanıcıya sunar.¹⁵ Böylece Google, yukarıda açıklandığı üzere zekânın algılama, öğrenme, akıl yürütme ve sonuç çıkarma süreçlerini yerine getirmiş olur. Bu bakımdan Google arama motoru, bir çeşit yapay zekâ olarak tanımlanabilir¹⁶ ancak Google arama motoru bir robot değildir. Zira Google arama motorunun fiziksel bir alanda hareket ederek insanın fiziksel olarak yaptığı işleri icra ettiğinden söz edilemez. Gerçi Google, öğrenme sürecini gerçekleştirirken web sayfaları arasında dolaşmaktadır ancak bu alan fiziksel bir alandan çok internet olarak adlandırdığımız sanal bir dünyadan ibarettir.

II. YAPAY ZEKÂNIN İŞLEYİŞ YÖNTEMLERİ

A. Yapay Zekâ ve Makine Öğrenimi

Yapay zekâ temelde iki tip öğrenme yöntemi kullanmaktadır. Bunlar makine öğrenimi ve derin öğrenmedir. Günümüzde makine öğrenimi çoğunlukla yapay zekâ ile karıştırılmaktadır.¹⁷ Aslında yapay zekâ alanında makine öğreniminin kullanımı çok daha yaygın olduğundan, bu durumun normal olduğu söylenebilir. Gerçekten de 2016 yılında Beyaz Saray tarafından yayımlanan “Yapay Zekâ, Otomasyon ve Ekonomi”¹⁸ isimli raporda, makine öğreniminin yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesindeki önemine dikkat çekilmiştir. Söz konusu raporda, yapay zekâ için şu anda mevcut olan ilerleme ve coşku dalgasının 2010 yılı civarında başladığı ve üç güçlü faktör tarafından yönlendirildiği belirtilmiştir. Birinci faktör e-ticaret, işletme-

¹⁵ Google arama algoritmalarının işleyiş yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹⁶ Nitekim Google arama motorunun geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için RankBrain isimli makine öğrenimi kullanan yapay zekâ teknolojisi, Google tarafından 2015 yılından itibaren kullanılmaktadır. Jayson DeMers, “What is Google Rank-Brain and Why Does It Matter?”, 12 Kasım 2015, <https://www.forbes.com/sites/jaysondemers/2015/11/12/what-is-google-rankbrain-and-why-does-it-matter/#569714db536b> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹⁷ Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, Sayı: 35, Temmuz 2018, s. 212-213; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 589.

¹⁸ Executive Office of the President, Artificial Intelligence, Automation, and the Economy, Washington, 20 Aralık 2016, <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/12/20/artificial-intelligence-automation-and-economy> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

ler, sosyal medya, bilim ve hükümetler de dahil olmak üzere çeşitli kaynaklardan elde edilen büyük verilere erişim imkanının mümkün olmasıdır. İkinci faktör ise, bu verilerin büyük ölçüde geliştirilmiş makine öğrenimi ve algoritmalar için ham madde sağlamasıdır. Üçüncü faktör de geliştirilmiş makine öğreniminin ve algoritmaların, bu ham maddeleri kullanmasına imkân sağlayan çok güçlü bilgisayarların varlığı olmuştur.¹⁹ Sonuç olarak raporda yapay zekâ dalgasının, makine öğrenimi yaklaşımlarının geliştirilmesiyle doğrudan bağlantılı olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu raporda üç temel prensip ortaya konulmuştur. Buna göre yapay zekâ alanına birçok faydası nedeniyle yatırım yapılmalı ve yapay zekâ teknolojileri geliştirilmeli, Amerikan vatandaşları geleceğin meslekleri için eğitilmeli ve yetiştirilmeli, işçilere işe geçiş süreçlerinde yardım edilmeli ve geniş ölçüde paylaşılmış ekonomik büyümenin sağlanması için işçiler güçlendirilmelidir.²⁰

Makine öğrenimi, makinelere açık bir şekilde programlanmadan bir bilgiyi öğrenme yeteneği veren çalışma alanı için kullanılan bir terimdir.²¹ Bu durum makinenin kendi kendini programlandığı anlamına gelmekten ziyade, makinenin programının kapsamı dışında kalsa bile çağrışımları ve gerçekleri üretip depolayabilmesi anlamına gelmektedir.²² Makine öğrenimi terimi, temelde bir algoritma ailesini açıklamak için kullanılmaktadır. Söz konusu algoritma ailesi makinenin veri almasını, bu verileri sınıflandırmasını ve bu verilerden bir sonuç çıkarmasını sağlamaktadır.²³ Makine öğreniminde yazılım, tıpkı bir insan gibi gerçek bilgiyle değil öğrenmeyle başlar. Öncelikle “Eğitim Verisi (Training Data)” olarak adlandırılan temsili veriler makineye öğretilir.²⁴ Daha sonra makine tüm verileri öğrenmesi için serbest bırakılır. Bir görüşe göre, bu durumu da yine insanın hayat yolundaki yürüyüşüne benzetmek mümkündür.²⁵ Gerçekten de insanlar

¹⁹ Executive Office of the President, s. 6.

²⁰ Executive Office of the President, s. 3-4.

²¹ Jean-François Puget, “What Is Machine Learning?”, 18 Mayıs 2016, https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/jfp/entry/What_Is_Machine_Learning?lang=en (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

²² Evan J. Zimmerman, “Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood”, *SSRN Electronic Journal*, 28 Ağustos 2017, s. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563965 (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

²³ Zimmerman, s. 7.

²⁴ Zimmerman, s. 8.

²⁵ Zimmerman, s. 8.

gibi makineler de tüm verileri öğrenmek için serbest bırakıldıklarında veriler arasında dolaşarak yeni bağlantılar keşfeder ve öğrendiklerini kaydederek hafızasını oluşturur.²⁶ Makine daha sonra hafızasında yer alan bu verileri sınıflandırarak ve kullanarak sonuçlar çıkarmakta, yeni bilgiler öğrenmekte ve bunları da hafızasına dahil etmektedir.

Makine öğrenimi sisteminde öğrenme stratejileri 3 grupta incelenmektedir. Denetimli öğrenmede, bir grup girdi değeri ile hedef değerler arasındaki ilişkilerin öğrenilmesi ve hedef değerlere en yakın sonuçların verilmesi amaçlanır.²⁷ Makineye girdi değerleri verilerek çıktı değerlerinin tahmin edilmesi beklenir. Bu tür öğrenme yöntemine örnek olarak, bir kanserin iyi huylu mu yoksa kötü huylu mu olduğunu belirleyen bilgisayar sistemleri verilebilir.²⁸ İkinci tip makine öğrenimi sistemi, denetimsiz öğrenmedir. Denetimsiz öğrenmede, makineye hedef değerleri verilmeksizin yalnızca girdi değerleri verilir ve makineden bu girdi değerleri arasındaki ilişkiyi öğrenip bunları gruplandırması beklenir. Böylece daha sonra makineye yeni bir girdi girildiğinde, bu girdi ilişkili olduğu kümeye iletilecektir.²⁹ Bu tip makine öğrenimine örnek olarak, bankaların, kart sahibinin gelir durumuna göre farklı kümelere giren kredi kartları üzerinde gerçekleştirilen işlemleri gözlemlemesi verilebilir.³⁰ Üçüncü tip makine öğrenimi ise, pekiştirmeli öğrenme olarak anılmaktadır. Bu tip öğrenmede makineler, ellerinde bulunan girdi verilerine göre hedef değerlerinin iyi ya da kötü olduğunu belirleyecek şekilde eğitilir.³¹ Pekiştirmeli öğrenmede makinelerin, hedef değerini iyi ya da kötü olarak değerlendirmeleri ve ellerinde bulunan verilere göre her durumda ne yapacağını tanımlayan politikalar öğrenmeleri beklenir.³² Bu tip makine öğrenimine örnek olarak, geçmiş finansal işlemleri değerlendirerek gerçekleştirilebilecek satın alma ve satma eylemlerini ortaya koyacak modeller verilebilir.³³

²⁶ Zimmerman, s. 8.

²⁷ Muhammet Atalay/Enes Çelik, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 22, Aralık 2017, s. 161.

²⁸ Ryan Calo/Ivan Evtimov/Earlence Fernandes/Tadayoshi Kohno/David O'Hair, "Is Tricking a Robot Hacking?", University of Washington Tech Policy Lab, Legal Studies Research Paper No: 2018-05, 2018, s. 3.

²⁹ Atalay/Çelik, s. 161.

³⁰ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 3-4.

³¹ Atalay/Çelik, s. 161.

³² Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 3.

³³ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 3.

B. Yapay Zekâ ve Derin Öğrenme

Derin öğrenme, yapay zekâ alanında nispeten yeni bir yöntemdir ancak halihazırda büyük firmalar tarafından geliştirilmekte ve kullanılmaktadır.³⁴ Derin öğrenme, makine öğreniminin içeriğinden doğan yani onun bir alt dalını oluşturan ancak daha karmaşık yapı ve hesaplamalara dayanan bir tekniktir.³⁵ Derin öğrenme tekniğinde hesaplama katmanları bulunmaktadır. Söz konusu hesaplama katmanları, yapay sinir hücreleri aracılığıyla oluşturulur.³⁶ Derin öğrenme yönteminde, karmaşık bir şekilde verilen bilgiler bu katmanlar arasında yorumlanarak sonuca dönüştürülmektedir.³⁷ Ayrıca derin öğrenme tekniğinde her bir hesaplama katmanı, eğitim verilerine dayanarak kendini otomatik olarak ayarlamaktadır.³⁸ Böylece, son hesaplama katmanı tarafından ortaya konan çıktının istenilen sonuca yakınlığına göre her bir hesaplama katmanı kendini tekrardan ayarlayacak ve daha doğru çıktılarının verilmesi için uğraşılacaktır.³⁹ Örneğin, bir görüntü işleme derin öğrenme algoritmasının ilk katmanı, kendisine verilen görüntüde yer alan nesnelerin sınırlarını tespit etmeye çalışabilir. İlk katman tarafından nesnelere arasındaki sınırlar belirlendikten sonra, sonraki katmanlar bilgiyi daha fazla işleyerek görüntüdeki nesnelerin kategorisini çıkarmaya çalışacaktır.⁴⁰ Google tarafından, Google çevirinin geliştirilmesi için, derin öğrenme tekniğine dayalı bir algoritmadan yararlanılmıştır.⁴¹ Ayrıca, Paul Allen'ın Yapay Zekâ Enstitüsü, bir lise ders kitabından biyoloji öğrenebilen bir yapay zekâ geliştirmiştir.⁴²

³⁴ Atalay/Çelik, s. 166-167; Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 589.

³⁵ Bak, s. 213; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 589; Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4.

³⁶ Atalay/Çelik, s. 161-163, ayrıca 166-167.

³⁷ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4.

³⁸ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4.

³⁹ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4.

⁴⁰ Calo/Evtimov/Fernandes/Kohno/O'Hair, s. 4.

⁴¹ Davide Castelvechi, "Deep Learning Boosts Google Translate Tool", 27 Eylül 2016, <https://www.nature.com/news/deep-learning-boosts-google-translate-tool-1.20696> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Zimmerman, s. 8; Google çevirinin geliştirilmesi için kullanılan derin öğrenme algoritması hakkında ayrıca bkz. <https://ai.googleblog.com/2016/09/a-neural-network-for-machine.html> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁴² Russell Brandom, "Paul Allen and the Machines: Teaching the Next Generation of Artificial Intelligence", 24 Ekim 2013, <https://www.theverge.com/2013/10/24/4863414/paul-allen-and-artificial-intelligence-etzioni> (Son Eri-

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN FİKRÎ ÜRÜN, ESER VE ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMLARI

A. Fikrî Ürün ve Fikrî Hakkın İçeriği

İnsanoğlunun bugün ulaştığı bilgi ve kültür seviyesine ulaşmasında bilgilerin işlenmesinin ve bunların insanlığın kullanımına faydalı eserlere dönüştürülmesinin önemi son derece büyüktür. Gerçekten de insanoğlu yüzyıllar boyunca edindiği bilgileri nesilden nesile aktararak ve her yeni nesille birlikte bu bilgilere yeni bilgiler ve buluşlar ekleyerek bugün medeniyet dediğimiz olguyu ortaya koymuştur. Çağımızda ise, buluş yaparak ve fikrî ürün ortaya koyarak insanlığı ileri seviyeye taşıma potansiyeli, artık sadece insanlarda değil aynı zamanda yapay zekâlarda da bulunmaktadır.

Fikrî ürünler, insanın sahip olduğu akli ve zekâsını kullanarak gerçekleştirdiği fikrî emek ve çalışmaları neticesinde, aklın ve düşüncenin ürünü olarak ortaya koyulan gayri maddi nitelikte ürünler olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Ayrıca fikrî ürünlerin, üzerinde somutlaştığı eşyadan farklı bir varlığa sahip ve ayrı bir hukuki rejime tabi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre örneğin, bir müzik plağında somutlaşmış olan fikrî ürün ile bu müzik plağı aynı varlığa sahip değildir ve aynı hukuki rejime tabi olmazlar. Gerçekten de müzik plağının korunması eşya hukukuna göre söz konusu olurken, müzik plağında somutlaşmış olan fikrî ürünün korunması, somut olaydaki fikrî ürünün niteliğine göre, fikir ve sanat eserleri hukuku, patent veya faydalı model hukuku ya da endüstriyel tasarım hukuku uyarınca olabilecektir.⁴⁴ Böylece, bir kimse bir müzik plağı satın aldığı anda yalnızca plağın mülkiyetine sahip olmakta yoksa plakta somutlaşmış olan fikrî ürünün de hak sahipliğini kazanmamaktadır. Nitekim bu kimse bu plakları fikrî ürün sahibinden izinsiz olarak çoğaltır ve dağıtırsa onun fikrî haklarını ihlal etmiş olacaktır. Bu durum, ürün sahibine, fikrî ürün üzerinde tanınan münhasır yetkilerden kaynaklanmaktadır.⁴⁵

şim Tarihi: 17.04.2019); Zimmerman, s. 8.

⁴³ Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 5; Mustafa Ateş, *Fikrî Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 8-9; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 17.

⁴⁴ Tekinalp, s. 5-7.

⁴⁵ Tekinalp, s. 7-8, ayrıca 155 vd.; Ateş, *Eser*, s. 13-17. Nitekim 5846 sayılı Fikir ve

Fikrî haklar en basit anlamda, hukuk düzeni tarafından ürün sahibine fikrî ürün üzerinde tanınan hak ve yetkiler olarak tanımlanabilir.⁴⁶ Fikrî hak kavramı geniş anlamda, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hak ve yetkiler yanında, yaratıcı bir fikrî çalışmanın ürünü olduklarından dolayı patentler, faydalı modeller ve tasarımlar üzerindeki hak ve yetkileri de kapsamaktadır.⁴⁷ Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenirken, patent, faydalı model ve tasarımlar üzerindeki haklar 22 Aralık 2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK)⁴⁸ düzenlenmektedir. Biz, çalışma konumuz esasen yapay zekâların şiir, resim, müzik ve kitap gibi fikrî ürünler, diğer bir ifadeyle edebî ve sanatsal ürünler ortaya koyması olduğundan dolayı fikrî ürünler ve fikrî haklarla ilgili açıklamalarımızı FSEK kapsamında eser kavramı ve bu eserler üzerindeki hak sahiplikleri hakkında gerçekleştireceğiz.

B. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Eser Kavramı ve Eser Sayılma Şartları

Fikrî ürünler, meydana geldiği düşünce âleminde dış dünyaya açıklanınca hukukun ilgi alanına girmektedir. Gerçekten de bir fikrî ürün herhangi bir vasıtayla dış dünyaya açıklanınca, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülüyorsa, FSEK bakımından eser sayılabilecektir.⁴⁹ Eser, FSEK m. 1/B-(a) uyarınca, "Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri

Sanat Eserleri Kanunu'nun 13. maddesi ve devamında, fikrî haklar başlığı altında, eser sahibinin hakları sıralanmıştır. Bunun gibi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da fikrî ürün sahibinin hak ve yetkileri düzenlenmiştir.

⁴⁶ Tekinalp, s. 7-8; Ateş, Eser, s. 7; Kılıçoğlu, s. 17.

⁴⁷ Ateş, Eser, s. 7; Oysa Kılıçoğlu'na göre fikrî haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardır ve bu hakların konusunu kişinin düşünce ve sanat becerisine dayanan ürünler oluşturmaktadır. Bu ürünlerin sınai haklarda olduğu gibi ticarete, sanayide, endüstride kullanılması gibi bir amaç yoktur. Kılıçoğlu, s. 17; Tekinalp'e göre ise, fikrî mülkiyet hukuku iki alt gruba ayrılmakta olup, eser, buluş, faydalı model ve endüstriyel tasarım yaratıcı bir fikrî çalışmanın ürünleri olma ortak paydasında buluşurken ve fikrî ürün ve onun korunmasını düzenleyen hukuk dallarıyla korunurken, marka, coğrafi işaret, işletme adı ve ticaret unvanı ayırt edici karaktere haiz olma ortak paydasında buluşur ve bu ad ve işaretler ile bunların sahiplerinin haklarını düzenleyen kurallar ayrı hukuk dallarını oluşturur. Tekinalp, s. 4, ayrıca 7-8.

⁴⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun No: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, Resmî Gazete Tarihi: 10.01.2017, Sayı: 29944.

⁴⁹ Ateş, Eser, s. 26; Bozbel, s. 17.

olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini... ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır. Kanunda yapılan tanıma göre, bir fikrî ürünün eser sayılabilmesi için bazı özelliklere haiz olması gerektiği söylenebilir. Bu özellikler, fikrî ürünün; ürün sahibinin hususiyetini taşıması, fikrî bir çabanın ürünü olması, kanunda sayılan eser türlerinden birine ilişkin olması ve fikrî ürünün, sahibinin hususiyetini taşıyacak düzeyde ve en azından üçüncü kişiler tarafından algılanmasına imkân verecek nitelikte belirli bir şekle bürünmüş olması şeklinde sayılabilir.⁵⁰ Bir fikrî ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesi için bulunması gereken şartlar uygulamada ve doktrinde farklı başlıklar altında incelense de bu şartların varlığı her halde aranmaktadır. Çalışma konumuz açısından en önemli şartlar kanımızca, sahibinin hususiyetini taşıma ve fikrî bir çabanın ürünü olma şartlarıdır. Bu nedenle yapılacak açıklamalarda bu iki şart üzerinde daha fazla durulacaktır.

Bu bağlamda, Hirsch'e göre, her fikrî ürün FSEK uyarınca korumaya layık bir eser değildir. Bir fikrî ürünü eser olarak değerlendirebilmek için biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi gerekir.⁵¹ Objektif şarta göre bir fikrî ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için objektif olarak algılanabilir nitelikte olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, eserin, herhangi bir teknik vasıtasıyla üçüncü kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olması gerekir.⁵² Böylece, yalnızca sahibinin fikrî aleminde vücut bulan ve dışı vurumu gerçekleşmeyen, üçüncü kişiler tarafından herhangi bir vasıtayla algılanması mümkün olmayan salt fikirler, FSEK uyarınca eser sayılmayacak ve telif hakkı korumasından yararlanamayacaktır.⁵³ Bununla birlikte belirli bir şekle bürünmüş ancak henüz tamamlanmamış fikrî ürünler de şayet sahibi-

⁵⁰ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 81 vd.; Cahit Suluk/ Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, Arıkan Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2005, s. 118; Bozbel, s. 27 vd.; Tekinalp, s. 103; Kılıçoğlu, s. 108 vd.; Ateş, Eser, s. 28-29.

⁵¹ Ernst Hirsch, *Fikrî ve Sınai Haklar*, Ar Basımevi, 1. Baskı, Ankara, 1948, s. 130.

⁵² Hirsch, s. 130; Suluk/Orhan, s. 118; Ateş, Eser, s. 31 vd.; Kılıçoğlu'na göre ise, objektif unsur fikrî ürünün FSEK'de öngörülen eser türlerinden birine ilişkin olmasını ifade ederken, eserin belirli bir şekle bürünmüş olması şartı objektif ve sübjektif unsurların yanında ayrı bir şart olarak aranacaktır. Kılıçoğlu, s. 117 vd.; Tekinalp ise, burada objektif ve sübjektif unsur olarak bir ayırım yapmaktan ziyade bu şartı şekillenme başlığı altında incelemiştir. Tekinalp, s. 108-109.

⁵³ "...Fakat bir fikir ve sanat eseri, fikir halinde kaldığı sürece, eser niteliğini kazanamaz...", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 01.07.1977, E. 1976/5913, K. 1977/7617 (Ateş, Eser, s. 32-33).

nin hususiyetinden izler taşıyorsa ve diğer şartları da sağlıyorsa eser olarak kabul edilebilecektir.⁵⁴

Hirsch'e göre, "Eser ancak yaratıcı bir fikrî çalışma mahsulü olabilir. Yaratıcı bir muhayyele mahsulünü diğerlerinden ayıran vasıf, mübdiinin şahsiyetinden aldığı hususiyettir."⁵⁵ Bu durum ise, sübjektif şartı ifade etmektedir.⁵⁶ Dolayısıyla sübjektif şarta göre fikrî ürün ancak yaratıcı bir fikrî çalışmanın ürünüyse ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa FSEK anlamında eser olarak kabul edilecek ve telif hakkına konu olabilecektir. Hususiyet, eseri ortaya koyan şahsın eserde ifadesini bulan bilgi birikimini, bireyselliğini, kişiliğini ve yaratıcı katkısını ifade etmektedir. Bilgi birikimi, kişilik, bireysellik ve yaratıcı katkı, anlatımla ve üslupla birlikte eserde ifadesini bulur.⁵⁷ Eser sahibinin, yaratıcı ruhunu ve kişiliğini esere aksettirmesi gerekir.⁵⁸ Eser sahibinin bunu gerçekleştirme ise, bilgi birikimine, yaratıcı ruha, kişiliğe dayalı olarak eseri ortaya koyuş şekli, her bilim ve sanat insanında farklılık arz eden üslup ve anlatımla ortaya çıkmaktadır.⁵⁹ Eser sahibi ortaya koyduğu üslup ve anlatımla birlikte esere hususiyetini yansıtmakta, yaratıcı fikrî çalışması neticesinde ortaya çıkan ürünleri algılanabilir hale getirmektedir. Bir fikrî ürünün FSEK anlamında eser olarak korunmasında korumanın konusu da eserin meydana getirilmesinde kullanılan anlatım ve üsluba dolayısıyla sahibinin esere yansıyan hususiyetine ilişkin gerçekleşmektedir.⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen, 2018 yılına ait bir kararda da bu hususa ayrıca vurgu yapılmıştır.⁶¹ Yine Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları An-

⁵⁴ Tekinalp, s. 108-109.

⁵⁵ Hirsch, s. 131.

⁵⁶ Hirsch, s. 131.

⁵⁷ Tekinalp, s. 105 vd.; Suluk/Orhan, s. 143-144; Ateş, Eser, s. 75-77; Kılıçoğlu'na göre, sahibinin hususiyetini taşıma unsuru esasen fikrî mülkiyet hukuku alanında geçerli olan yenilik ilkesini ifade eder. Kılıçoğlu, s. 109 vd.

⁵⁸ Suluk Orhan, s. 144.

⁵⁹ Tekinalp, s. 105-107; Ateş, Eser, s. 76-77.

⁶⁰ Tekinalp, s. 10; Suluk/Orhan, s. 118 vd.

⁶¹ "...Kanuni tanımlardan hareket edildiğinde; fikrî bir ürünün 5846 sayılı Kanun'un 1/B maddesinin (a) bendi kapsamında eser olarak korunması için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsur bulunmaktadır. Objektif unsur kanunda sayılan eser türlerinden birine dâhil olma, sübjektif unsur ise sahibinin hususiyetini taşımadır. Bir eser üzerindeki hakkın, yani korumanın konusunu 'fikir' değil, onun maddi bir araç üzerine tespit edilmekle bağımsız bir özellik kazanan ve şekillenen ifade ediliş tarzı (üslup) oluşturduğundan, aynı zamanda eserin bir materyal üzerinde şekillenmesi (sabitlenmesi) de gereklidir. Sadece düşünce aşamasında kalan fikrî

laşması (TRIPS) m. 9/2 ve Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünün (WIPO) Fikrî Haklar Anlaşması (WCT) m. 2 ile birlikte, telif hakkı korumasının ifade ediş biçimini dolayısıyla üslubu kapsadığı açıkça kabul edilmiştir.⁶² Ancak bu durum eserin yalnızca şeklinin korunup içeriğinin korunmadığı anlamına gelmez. Eserde hususiyet hem şekil hem de içerik ile ortaya çıkar, şekil ve içeriğin bütününde kendisini gösterir.⁶³

Hususiyetten söz edilebilmesi için ortada fikrî bir çabanın ve faaliyetin, yaratıcı bir fikrî çalışmanın bulunması şarttır.⁶⁴ Zira mutlak ve inhisârî haklar olarak nitelendirilebilecek olan fikrî haklar diğer kişilerin hürriyet alanını tek bir şahıs lehine sınırlandırdığından, bunların ancak genel kültürü zenginleştiren fikrî ürünlere bahşedilmesi gerekir. Herkesçe bilinen bilgilerden istifade edilerek ortaya konulan dolayısıyla sahibinin hususiyetini taşımayan ürünler korumaya layık görülmez.⁶⁵ Doktrinde yaratıcı bir fikrî çalışma gerçekleştirme ve sahibinin hususiyetini taşıma özelliklerinin sadece gerçek kişilere özgü olduğu ve dolayısıyla FSEK anlamında eserlerin ancak gerçek kişiler tarafından ortaya konulabileceği savunulmaktadır.⁶⁶ Buna göre, makine ve bilgisayarların insandaki gibi zihinsel bir faaliyetle, yaratıcı bir fikrî çabayla hususiyeti yansıtan ürünler ortaya koyması söz konusu olmadığından dolayı bunlar tarafından ortaya konan ürünler FSEK anla-

bir çaba, insan duyguları tarafından algılanabilecek belli bir şekle bürünmediği sürece 5846 sayılı Kanun'un 1/B maddesinin (a) bendine göre eser olarak korunamayacaktır...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 09.10.2018, E. 2018/19-398, K. 2018/413, <http://www.kazanci.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁶² 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS) tamamı için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); 20 Aralık 1996'da Cenevre'de kabul edilen Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO) Fikrî Haklar Anlaşması'nın (WCT) tamamı için bkz. <https://wipolex.wipo.int/en/text/295157> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Her iki düzenlemede de konuyla ilgili birebir aynı ifade kullanılmıştır: "Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such."

⁶³ Tekinalp, s. 108; Ateş, Eser, s. 85-86.

⁶⁴ Tekinalp, s. 107, ayrıca 113; Suluk/Orhan, s. 143-144; Kılıçoğlu, s. 109 vd.

⁶⁵ Hirsch, s. 131; Ateş, Eser, s. 77-78; Kılıçoğlu, s. 109-110; Tekinalp'e göre, buradaki fark bir kavgayı tanımın ifadesinden nakleden mahkeme tutanağı ile kavgayı kendine özgü cümleler ve teknikle anlatan bir yazarın hikayesi arasındaki farkı ifade etmektedir. Mahkeme tutanağını her hâkim ve savcı meslekleri gereği düzenlerken, kavgayı kendine özgü cümleler ve teknikle anlatan yazar, ürüne hususiyetini yansıtmaktadır. Tekinalp, s. 104.

⁶⁶ Tekinalp, s. 113; Kılıçoğlu s. 114; Ateş, Eser, s. 80-81; Bozbel, s. 28; Öztan, s. 65-74, ayrıca 82-87.

mında eser sayılmaz.⁶⁷ Bu bakımdan tamamen mekanik olgular veya tesadüflerin bir araya gelmesi neticesinde ortaya konmuş ürünlerin FSEK bakımından eser sayılmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁸ Örneğin, tamamen bir bilgisayar programı tarafından ortaya konulan tercüme ürünün eser olduğundan söz edilemez.⁶⁹ Zira burada tamamen verilen amacı gerçekleştirmek için faaliyette bulunan, herhangi bir yaratıcı fikrî çalışma ortaya koymayan mekanik bir yapı söz konusudur. Bunun gibi, tamamen doğa güçlerinin katkısı neticesinde oluşmuş cisimler de eser sayılmaz zira burada da yaratıcı bir fikrî çalışmadan söz edilemez.⁷⁰ Yine bir maymun tarafından yapılan resim de eser olarak kabul edilmemektedir.⁷¹

Bir makine kendi başına hareket etmemiş aksine insan iradesine göre hareket hali söz konusuysa ve eserin meydana getirilmesi için bir araç olarak kullanılıyorsa, ortada insanın yarattığı bir eserin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.⁷² Ancak bir insan tarafından makine yardımıyla oluşturulan ürünlerde insanın hususiyetini yansıtmasına engel olacak mahiyette bir makine kullanımı söz konusuysa, diğer bir ifadeyle seçeneklerin sadece makine tarafından belirlendiği ve makineyi kullanan herkesin aynı sonuca ulaşabileceği bir durum mevcutsa, bu ürünün eser olarak kabul edilmeyeceği savunulmaktadır.⁷³ Örneğin, tamamını bilgisayarın yaptığı bir tercüme üründe böyle bir durum vardır ve bu ürünün eser olarak kabul edilmemesi gerekir.

Bir fikrî ürünün, FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için kanunda sayılan eser türlerinden birine girmesi gerekmektedir. FSEK m. 2-5 arasında bu eser türleri; i-) ilim ve edebiyat eserleri, ii-) müzik eserleri, iii-) güzel sanat eserleri, iv-) sinema eserleri olarak dört ana başlık altında tasnif ve tanzim edilmiştir.⁷⁴ Bu eser türleri açısından sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerliken, kanunda bu eser

⁶⁷ Tekinalp, s. 113; Kılıçoğlu, s. 114; Ateş, Eser, s. 80-81.

⁶⁸ Öztan, s. 67-69.

⁶⁹ Kılıçoğlu, s. 114; Tekinalp, s. 113; Bozbel, s. 28.

⁷⁰ Tekinalp, s. 113; Ateş, Eser, s. 80-81.

⁷¹ Kılıçoğlu s. 115; Öztan, s. 87.

⁷² Ateş, Eser, s. 157-158.

⁷³ Tekinalp, s. 113; Ateş, Eser, s. 157-158; Bozbel, s. 28; Öztan, s. 83-84.

⁷⁴ Eser türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Eser, s. 119 vd.; Tekinalp, s. 114 vd.; Suluk/Orhan, s. 146 vd.; Kılıçoğlu s. 123 vd.

türlerinin başlıkları altında yapılan sayımda bu ilke geçerli değildir.⁷⁵ FSEK m. 2/1 uyarınca, ilim ve edebiyat eserleri başlığı altında yapılan sayıma her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ile bunların hazırlık tasarımları da eklenmiştir. Böylece, bilgisayar programları ve bunların hazırlık tasarımları FSEK uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmektedir.

C. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Eser Sahipliği Kavramı

Fikrî ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini dolayısıyla yaratıcı fikrî faaliyetini ve çabasını içermesi şartının doğal bir sonucu olarak eserin sahibi, onu meydana getiren kişi olarak anılacaktır (FSEK m. 1/B- (b) ve m. 8/1).⁷⁶ Eserin meydana gelmesiyle birlikte eser sahibine hukuk düzeni tarafından bir takım mali ve manevi hak ve yetkiler tanınmaktadır, diğer bir ifadeyle eserin meydana getirilmesiyle birlikte başka bir işleme gereksiz eser sahipliği sıfatı doğmaktadır.⁷⁷ Bu bakımdan, eser yaratma kavramının maddi bir fiil olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle fiil ehliyeti olmayan kimseler de eser yaratıcısı olup eser sahipliği sıfatını kazanabilir.⁷⁸ Bununla birlikte, eser sahipliği sıfatının da FSEK anlamında eser ortaya koyabilmede olduğu gibi sadece gerçek kişilere mahsus olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹ Bu bakımdan tüzel kişilerin eser sahipliği sıfatına sahip olması mümkün olmaz. Zira tüzel kişilerin, yaratıcı bir fikrî çalışma ve çaba içerisinde bulunmasından söz edilemez. Tüzel kişiler, eser üzerindeki mali hakların sahibi olabilirler ancak bu durum onlara eser sahibi sıfatını vermediği gibi manevi hakların sahibi olmaları da mümkün olmaz.⁸⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından

⁷⁵ Tekinalp, s. 114; Ateş, Eser, s. 120-121; Suluk/Orhan, s. 146.

⁷⁶ Mustafa Ateş, Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 13; Tekinalp, s. 143; Suluk/Orhan, s. 273; Kılıçoğlu, s. 179 vd.

⁷⁷ Ateş, Sahiplik, s. 13; Tekinalp, s. 12.

⁷⁸ Tekinalp, s. 12; Bozbel, s. 28.

⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 180; Tekinalp, s. 144.

⁸⁰ Esasen, FSEK m. 1/B- (b): "Eser sahibi: Eseri meydana getiren kişiyi... ifade eder" ve m. 27/4: "İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır" hükümleri uyarınca tüzel kişilerin de eser sahibi olabilmelerinin mümkün olabileceği düşünülebilecektir. Ancak eser sahibi onu meydana getiren kişidir ve tüzel kişiler yaratıcı faaliyette bulunamazlar ilkesinden ve FSEK m. 18/1-2: "Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Aralarındaki özel

verilen 2015 yılına ait bir kararda da bu husus açıkça vurgulanmıştır.⁸¹ Böylece Türk hukukunda, gerçek kişiler dışındaki varlıkların FSEK anlamında eser ortaya koymasının mümkün olmadığı kabul edildiği gibi gerçek kişiler dışında varlıkların özellikle tüzel kişilerin eser sahipliği sıfatına sahip olmasının da kabul edilmediği söylenebilir.

Ancak burada FSEK m. 11 ve 12 uyarınca kabul edilen eser sahipliği karinelerinin de göz önünde tutulması gerekir. FSEK 11. maddede, çeşitli şekillerde umuma arz edilen eserlerde, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimsenin ya da mutata şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimsenin aksi sabit olununcaya kadar o eserin sahibi sayılacağı düzenlenmiştir.⁸² FSEK 12. maddede ise, eser sahibi olarak herhangi bir kimsenin adına veya tanınmış müstear adına yer verilmeyen ya da bir kimsenin mutata şekilde eser sahibi olarak tanıtılmadığı, yayımlanmış veya umuma arz edilmiş eserlerde eser sahipliği haklarının yayımlayan, çoğaltan ya da temsili icra ettiren tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir.⁸³ Böylece, bir kişi, eseri meydana getiren dolayısıyla eserin gerçek sahibi olmasa bile bu karineler uyarınca eser sahibi sayılabilecek veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanabilecektir.

FSEK m. 18 uyarınca, herhangi bir iş ilişkisi kapsamında bir eser meydana getirmek için istihdam edilmiş kişilerin oluşturdukları eser-

sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır" hükmünden hareketle tüzel kişilerin eser üzerindeki mali hakların sahibi olabileceği ancak eser sahipliği sıfatına ve manevi haklara sahip olamayacakları kabul edilmektedir. Tekinalp, s. 144 vd.; Kılıçoğlu, s. 180.

⁸¹ "...Ayrıca 5846 sayılı FSEK'in 1. ve 2/3. maddesi uyarınca bir eserin sahibi onu meydana getiren kişidir. Davacı TSE 132 sayılı Kanun'la kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz bir kurum olduğundan, esasen yaratıcı faaliyeti olmayan tüzel kişi davacının eser sahibi olduğundan da söz edilemez. Davacı TSE, 5846 sayılı FSEK 10 /son ve/veya 18. maddesi uyarınca davaya konu yayınlar üzerinde yasa gereği mali hakları kullanma hakkına sahiptir, ancak manevi hak sahipliğinden söz edilemez. Buna rağmen davacı kurum yararına 5846 sayılı FSEK 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir..." , Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 04.02.2015, E. 2014/16277, K. 2015/1285, <http://www.kazanci.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁸² Ateş, bu durumu "zahiri eser sahipliği" olarak adlandırmaktadır. Ateş, Sahiplik, s. 140 vd.

⁸³ Ateş, bu durumu "farazi eser sahipliği" olarak adlandırmaktadır. Ateş, Sahiplik, s. 148 vd.

lerin sahipliği ve esere ilişkin manevi haklar kendilerine ait olacak ancak bu eserden doğan mali hakları kullanma yetkisi bunları çalıştıran kişilere ait olacaktır.⁸⁴ Aynı durum tüzel kişilerin organları hakkında da uygulanacaktır. Tüzel kişi organı tarafından görevi nedeniyle bir eser meydana getirilmesi durumunda da eser sahipliği ve eserden doğan manevi haklar eseri meydana getiren kişiye ait olacak ancak mali hakları kullanma yetkisi tüzel kişiye ait olacaktır.⁸⁵ Burada, yukarıda ifade ettiğimiz karinelerin devreye girmesi de söz konusu olabilir. Buna göre, istihdam edilen kişilerin isimleri yerine istihdam eden gerçek kişi veya tüzel kişinin adı eserin üzerine yazılırsa ve eser bu şekilde kamuya sunulursa, istihdam eden gerçek veya tüzel kişinin FSEK m. 11 uyarınca eser sahibi sayılması mümkün olabilecektir.⁸⁶ İstihdam edilen kişilerin ve istihdam eden gerçek veya tüzel kişinin adlarının belirtilmeden eserin kamuya sunulması durumunda ise, FSEK m. 12 uyarınca istihdam eden gerçek veya tüzel kişinin eser sahipliği haklarını kullanması söz konusu olabilecektir.⁸⁷

Sonuç olarak, işçi ürünü durumu söz konusu olsun veya olmasın, tüzel kişilerin eser sahibi sıfatına sahip olmasının mümkün olmadığı, diğer bir ifadeyle, gerçek anlamda eser sahibi olamayacakları kabul edilebilecektir. Ancak FSEK m. 11 ve 12’de kabul edilen karineler uyarınca, eseri meydana getiren, eserin gerçek sahibi olan kişiler dışındaki tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin eser sahibi sayılmaları veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanmaları mümkün olabilecektir.⁸⁸ Nitekim bir görüşe göre FSEK m. 27/4 ile getirilen, “İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır” hükmünü

⁸⁴ Yasada kullanılan aksi öngörülmedikçe ifadesinin niteliği ise, yoruma açıktır. Buna göre ilk olarak aksi öngörülmüşse eser sahipliğinin çalıştıranlara ait olabileceği ikinci olarak aksi öngörülmüşse mali hakların çalışanlara ait olabileceği kabul edilebilir. FSEK m. 27/4: “İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır” hükmü uyarınca ilk yorumun kabul edileceği düşünülebilse de doktrinde genel kabul gören görüş, aksi öngörülmüşse mali hakların da eser sahibine ait olabileceği ancak eser sahipliğinin aksi öngörülerek çalıştıranlara verilemeyeceği yönündedir. Bunun dayanağı olarak, FSEK m. 1/B- (b): “Eser sahibi: Eseri meydana getiren kişiyi... ifade eder”, m. 8/1: “Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir.” m. 10/3: “Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez” hükümlerine yollama yapılmaktadır. Tekinalp, s. 144-145; Kılıçoğlu, s. 187-189; Suluk/Orhan, s. 298-299.

⁸⁵ Tekinalp, s. 147; Kılıçoğlu, s. 190.

⁸⁶ Ateş, Sahiplik, s. 336.

⁸⁷ Ateş, Sahiplik, s. 337.

⁸⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Sahiplik, s. 137-165, ayrıca 335-343.

de gereksiz bir hüküm olarak görmekten ziyade bu duruma hizmet eden bir hüküm olarak kabul etmek gerekir.⁸⁹

IV. ANGLO-AMERİKAN HUKUKU AÇISINDAN ESER SAYILMA ŞARTLARI, ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI VE YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN ORTAYA KONAN FİKRÎ ÜRÜNLERİN KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Anglo-Amerikan Hukuku Bakımından Eser Sayılma Şartı Olarak Orijinallik ve Yaratıcılık Unsurları

İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde bir fikrî ürünün eser olarak kabul edilebilmesi ve koruma konusu olabilmesi için öncelikle orijinal olması şartı aranmaktadır.⁹⁰ Orijinalliğin açıklanmasında, bir fikrin bir eserde vücut bulmaksızın korumaya konu olamayacağı ilkesine gönderme yapılmaktadır.⁹¹ Buna göre, telif hakkı korumasının, fikrin altında yatan orijinallikle değil fikrin ifade edilmiş biçimindeki orijinallikle ilgilendiği kabul edilmektedir.⁹² Telif hakkıyla korunabilmesi için bir fikrî ürünün, fikrî ürün sahibinden kaynaklanması gerektiği, bu anlamda orijinalliğin yaratıcılıktan çok bir kaynak göstergesi olarak kullanıldığı da dile getirilmektedir.⁹³ Fikrî ürünün ürün sahibinden kaynaklanmasının, diğer bir ifadeyle orijinal olmasının ise, ürün sahibinin ürünü ortaya koyarken kendi emeğini, becerisini ve yorumlarını kullanmasını ifade ettiği, telif hakkıyla korunanın da işte bu emek, beceri ve yorum olduğu İngiliz Mahkemeleri tarafından da kabul edilmektedir.⁹⁴

⁸⁹ Ateş, Sahiplik, s. 338-339.

⁹⁰ Amerikan hukukunda, Copyright Act of 1976 (17 U.S.C.) §102/(a): "Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship..."; İngiliz hukukunda, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) m. 1: "Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work – (a) original literary, dramatic, musical or artistic works...".

⁹¹ Jennifer Davis, Intellectual Property Law Core Text, Oxford University Press, Fourth Edition, Oxford, 2012, s. 29, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=678239&lang=tr&site=eds-live> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁹² Davis, s. 29.

⁹³ Annemarie Bridy, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", *Stanford Technology Law Review*, Volume: 5, 2012, s. 7; Davis, s. 29; Bozkurt Yüksek, Yapay Zekânın, s. 606.

⁹⁴ University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601

Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme incelemesine konu olan bir olayda da orijinallik, yaratıcılık ve yenilik unsurlarının birbirlerinden farklı kavramları ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre, bir fikrî ürün, ürün sahibinin kendi yaratımıysa orijinaldir. Bir fikrî ürün, mütevazı bir miktar da olsa fikrî emek neticesinde ortaya konulmuşsa yaratıcıdır. Bir fikrî ürün, mevcut çalışmalardan farklı ise yenidir. Fikrî ürünün telif hakkıyla korunabilmesi için orijinal ve yaratıcı olması şarttır ancak yeni olması şart değildir. Patent korumasının aksine iki ayrı eser sahibinin bağımsız olarak ortaya koyduğu iki ayrı ürün birbirine benzer olsa da telif hakkıyla korunacaktır. Burada mahkeme tarafından, telif hakkı koruması için kendi yaratımı olma dolayısıyla orijinallik ve bir miktar fikrî emek sonucu ortaya çıkma dolayısıyla yaratıcılığın varlığı aransa da mahkemelerin genellikle her iki terimi de orijinallik şartı altında değerlendirdiği de dile getirilmiştir. Bu kapsamda, açıklığın sağlanması uğruna, kendi yaratımı olma ve yaratıcılığı ifade etmek üzere orijinallik teriminin kullanılacağı belirtilmiştir.⁹⁵

Bu bağlamda, Anglo- Amerikan hukuk sisteminde aranan kendi yaratımı olma şartına dayalı orijinallik ve bir miktar fikrî emeğe dayalı yaratıcılık şartlarının, Türk hukukunda ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde aranan sübjektif bir unsur olarak yaratıcı fikrî faaliyet, fikrî yaratma şartlarından daha hafif ve objektif kriterlere dayandığı söylenebilir.⁹⁶ Nitekim fikir ve sanat eserleriyle ilgili telif hakkı yaklaşımındaki orijinallik patent verilebilirlikteki yenilik şartıyla karıştırılmaya müsait olduğu da burada dile getirilmektedir.⁹⁷

B. Anglo-Amerikan Hukukunda Eser Sahipliği Kavramı

İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde eser sahipliğinin, eseri meydana getiren kişiye ait olacağı kabul edilmektedir.⁹⁸ Buna göre, emek, beceri ve yorumunu harcayarak eseri meydana getiren kişi eserin sahibi olacaktır.⁹⁹ Ancak bu durumun istisnaları da bulunmakta-

(Davis, s. 29).

⁹⁵ Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n, 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986) (Bridy, s. 7); Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 606; Orijinallik ve yaratıcılık unsurlarıyla ilgili İngiliz hukukundaki yaklaşım için bkz. Davis, s. 29-30.

⁹⁶ Ateş, Sahiplik, s. 18.

⁹⁷ Davis, s. 29.

⁹⁸ 17 U.S.C. §201/(a); CDPA m. 9/ (1).

⁹⁹ Duncan Spiers, Intellectual Property Law Essentials, Edinburgh University Press,

dır. Gerçekten de Amerikan hukukunda “work made for hire” denilen model uyarınca, iş ilişkisi çerçevesinde veya sipariş üzerine yaptırılan eserlerde eser sahipliği sıfatının ve bundan doğan hakların, taraflar arasında aksine yazılı bir anlaşma bulunmadıkça işverene veya siparişte bulunan kişiye ait olacağı kabul edilmiştir.¹⁰⁰ İngiliz hukukunda da bir işçi tarafından çalışması sırasında ortaya konan fikir ve sanat eserlerinin sahipliğinin sözleşmede aksi öngörülmemişse işi gördürene ait olacağı kabul edilmiştir.¹⁰¹ Burada, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine bakılacak, şayet eser ortaya koyulması için görevlendirme, kaynak ayırma, mesai harcama gibi bir durum söz konusuysa ortaya konan eserin iş sahibine ait olduğu kabul edilecektir.¹⁰²

C. Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikrî Ürünlere Anglo-Amerikan Hukuku Açısından Genel Bir Bakış

Bir fikrî ürünün telif hakkı korumasına konu olabilmesi için daha hafif ve objektif kriterler çerçevesinde orijinallik ve yaratıcılık unsurunu merkeze oturtan Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlerin fikir ve sanat eseri olarak kabul edilmesinin ve telif hakkı korumasına konu olmasının daha kolay olabileceği düşünülebilir.

İngiltere’de kabul edilen 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu (CDPA) m. 9/(3) uyarınca, bilgisayar tarafından üretilen edebî, dramatik, müzikal ya da sanatsal çalışmalar söz konusu olduğunda eser sahibi, eserin yaratılması için gerekli ayarlamaları gerçekleştiren kişi olarak anılacaktır.¹⁰³ Bu yasal düzenlemeyle insan unsurunun tamamen ortadan kaldırılmadığı ancak yaratma süreci-

Dundee, 2009, s. 21, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=753500&lang=tr&site=eds-live> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Davis, s. 40.

¹⁰⁰ 17 U.S.C. §201/(b); Ateş, s. 28.

¹⁰¹ CDPA m. 11/ (2); Spiers, s. 21; Davis, s. 42.

¹⁰² Spiers, s. 21-22; Davis, s. 42.

¹⁰³ CDPA m. 9/(3): “In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.” Ayrıca, CDPA m. 178 uyarınca, bilgisayar ürettiği eser, bilgisayar tarafından üretilmiş olan ve insan eser sahibinin bulunmadığı eseri ifade etmektedir. CDPA m. 178: “‘Computer-generated’, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work.”.

nin başka bir noktasına taşındığı dile getirilmektedir.¹⁰⁴ Buna göre, burada insan unsuru ürünün ortaya konması için gerekli olan bilişsel süreci gerçekleştirirse de bunun gerçekleşmesi için gereken girişi sağlamak ve bu nedenle ortaya çıkan ürünün sahibi olarak telif hakkı korumasından yararlanmaktadır.¹⁰⁵ Ancak yeni ürünler ortaya koyabilmek için sadece çevresinden yararlanan tam otomatik sistemler bakımından bu korumanın yetersiz kaldığı ileri sürülmektedir. Zira, giderek artan bu sistemler tarafından ortaya konan ürünlerde insan unsurunun ikincil hatta tek kullanımlık bir pozisyona indirildiği ve bu durumda mevcut yasal düzenlemenin ortaya çıkan ürünler için telif hakkı koruması sağlamadığı dile getirilmektedir.¹⁰⁶ Gerçekten de böyle bir durumda insan yalnızca yapay zekâyı oluşturmakta ancak yapay zekâ hiçbir komut almaksızın kendi kendine bir ürün ortaya koymaktadır. Ancak yine de bu yasal düzenleme, yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlere hukuki koruma getirme açısından atıf yapılabilecek bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda Amerikan hukukunda ise, esasen Türk hukukuyla benzer bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Gerçekten de Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakları Bürosu, herhangi bir insanın yaratıcı katkısı bulunmaksızın ortaya konan çalışmaların eser olarak kabul edilmeyeceğine hükmetmiştir.¹⁰⁷ Bu kabul uyarınca, insanlar tarafından doğrudan katkıda bulunulmayan ve yapay zekâlar tarafından kendiliğinden üretilen ürünlerin, telif hakkı korumasına tabi olmayacağı

¹⁰⁴ Jesus Manuel/Niebla Zatarain, "The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence", *International Review of Law Computers & Technology*, Volume: 31, No: 1, 2017, s. 97.

¹⁰⁵ Manuel/Zatarain, s. 97.

¹⁰⁶ Manuel/Zatarain, s. 97.

¹⁰⁷ ABD Telif Hakları Bürosu'nun uygulamalarının açıklandığı ve özellikle telif hakkı sahipliğinin kabul edilmesi, belgelendirilmesi, lisanslarda dahil telif hakkı belgelerinin kaydedilmesine odaklanan ve uygulanacak temel hukuk ilkelerinin ortaya konulduğu belgenin 306. paragrafında, ABD Telif Hakları Bürosu'nun, fikrî ürünün insan tarafından yaratılması şartıyla, orijinal bir çalışmayı eser olarak kabul edeceği açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında, telif hakkının yalnızca zihnin yaratıcı güçlerinde oluşturulan fikrî emeğin ürünlerini koruduğu belirtilmiştir. Bir fikrî ürünün insan tarafından yaratılmadığının tespiti durumunda ise, eser olarak kabul edilmeyeceği de açıkça belirtilmiştir. United States Copyright Office, "Compendium of U.S. Copyright Office Practices", Third Edition, 29 Eylül 2017, paragraf: 306, <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Bozkurt Yüksel, *Yapay Zekânın*, s. 604-605.

ve kamunun kullanımına açık olacağı dile getirilmektedir.¹⁰⁸ Ancak bu durum bazı açılardan eleştirilmektedir. Gerçekten de Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen 1984 tarihli bir kararda, telif hakkı sahipliğinin sağladığı yararın, fikrî ürün ortaya koyan kişilerin yaratıcı aktivitelerinin onlara özel bir ödülün sağlanmasıyla motive edilmesi ve telif hakkının koruma süresi sona erdikten sonra bu yaratıcı aktivitelerin ürünü olan eserlerin halkın yararlanmasına bırakılması olduğu kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Böylece, telif hakkının, yalnızca yaratıcı aktiviteleri desteklemediği aynı zamanda kamu alanında kullanılabilir ürünlerin her geçen sene artması amacına da hizmet ettiğine işaret edilmektedir.¹¹⁰ Ancak yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin eser olarak telif hakkına konu olamayacağı kabul edilmesi, telif hakkıyla tanınan bu amaçların tam tersine sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Gerçekten de yapay zekâ ürünlerinin telif hakkı korumasından mahrum bırakılarak doğrudan kamunun açık kullanımına tabi tutulması, bu alanda gerçekleştirilecek çalışmaların ilerlemesine engel olabilecek niteliktedir. Zira fikrî ürün üreten yapay zekâlardan herhangi bir getiri elde edemeyen şirketler ve yatırımcılar bu alanda yapılacak çalışmaları desteklemeyecek ve gelişim sağlamayacaktır.¹¹¹ Bu durumda ise, Amerikan hukuku uyarınca eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl devam eden telif hakkı koruma süresi¹¹² dolduktan sonra kamunun erişimine açık olacak bir eser belki de hiç ortaya konulamayacaktır ve bu eserden kaynak olarak yararlanma imkanı da doğmayacaktır.¹¹³ Sonuç olarak, yapay zekâ fikrî ürünlerinin eser olarak telif edilebilirliğinin kabul edilmemesi, telif hakkının asıl gerçekleştirmek istediği amaçlardan kamu alanında yararlanılabilir eserlerin her geçen gün artması amacına ters düşecektir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Kalin Hristov, "Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma", *Idea: The Journal of the Franklin Pierce Center For Intellectual Property*, Volume: 57, No: 3, 2017, s. 436-437.

¹⁰⁹ Sony Corp of Am v. Universal City Studios Inc, 464 U.S. 417, 429 (1984) (Hristov, s. 438).

¹¹⁰ Hristov, s. 438.

¹¹¹ Hristov, s. 438-439, ayrıca 453-454.

¹¹² 17 U.S.C. §302/ (a).

¹¹³ Hristov, s. 439, ayrıca 450.

¹¹⁴ Hristov, s. 439.

V. YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN ORTAYA KONAN FİKRÎ ÜRÜNLERİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bahiste öncelikle SMK açısından yapay zekâların durumuna kısaca değinmek kanımızca faydalı olacaktır. SMK bakımından, insanların buluş yapma sürecinde bilgisayar programlarından yararlanması insanların kendilerinin buluşçu olarak kabul edilmesine engel değildir.¹¹⁵ Ancak SMK m. 82 uyarınca, bilgisayar programları patent koruması kapsamı dışına alınmıştır. Bununla birlikte, bir yazılım ait olduğu donanımdan ayrı olarak çalışmıyorsa, bunun buluş olarak patentlenmesi mümkün olabilecektir.¹¹⁶ Yazılımlarla ilgili patent alınmasına örnek olarak, California Santa Cruz Üniversitesinde Müzikoloji Profesörlüğü yapmış olan David Cope tarafından, makinelerin beste yapması amacıyla gerçekleştirilen deneylerde kullanılan müzik kompozisyon algoritmalarının patentinin alınmış olması gösterilebilir.¹¹⁷ Yapay zekâ teknolojilerinde ise, çoğunlukla yazılımın belirli bir donanımına bağlı olarak çalışması söz konusu olduğundan, yapay zekâ teknolojisinin buluş olarak patentlenmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir.¹¹⁸ Ancak çalışma konumuz belirli bir yapay zekâ teknolojisinin bir kimse tarafından icat edilmesi veya bir kimse tarafından bir eserin veya bir buluşun ortaya konulması için kullanılmasından ziyade, yapay zekâ teknolojisinin kendiliğinden bir ürün ortaya koyması durumunda bu ürünün FSEK uyarınca eser olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu eserden doğan eser sahipliğinin ve telif hakkının kime ait olacağı sorununa ilişkindir. Bu nedenle sonraki kısımlarda esas olarak yapay zekânın kendiliğinden bir ürün ortaya koyması ve bu duruma uygulanacak hukuki kaideler incelenecektir.

Esasen, yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlerde FSEK anlamında eser sayılma bakımından asıl sorun yaratıcı bir fikrî faaliyette bulunma ve sahibinin hususiyetini taşıma şartlarına ilişkin gerçekleşmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu şartlardan hareketle doktrin tarafından FSEK anlamında eser sayılabilecek ürünlerin

¹¹⁵ Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 596-597.

¹¹⁶ Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 595.

¹¹⁷ U.S. Patent No: US7696426B2, <https://patents.google.com/patent/US7696426> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹¹⁸ Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 595.

yalnızca insanlar tarafından ortaya konulabileceği kabul edilmektedir. Gerçekten de eser sayılma için varlığı aranan diğer şartlardan, kanunda sayılan eser türlerinden birine ilişkin olma ve ürünün belirli bir şekle bürünmüş olması şartları yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlerde sorun teşkil etmemektedir.

Kanımızca, FSEK anlamında eser sayılabilecek fikrî ürünlerin yalnızca insanlar tarafından ortaya koyulabileceği dolayısıyla başka hiçbir varlık tarafından bu tarz ürünlerin ortaya koyulamayacağı görüşü yapay zekâ teknolojisi ile sıkı bir imtihan halindedir. Zira son yıllarda gerçekleşen çığır açıcı teknolojik gelişmeler neticesinde, çağımızda artık bir yapay zekânın kendi başına hareket ederek bir ürün ortaya koyması mümkün olmaktadır. Üstelik bu yapay zekâ teknolojilerinin faaliyetini yerine getirirken tamamen mekanik süreçlerle ve tesadüfi olarak hareket ettiğinden söz etmek, en azından bazı yapay zekâ türleri açısından mümkün olmamaktadır. Bu tür yapay zekâlardan birine örnek olarak, California Santa Cruz Üniversitesinde Müzikoloji Profesörlüğü yapmış olan David Cope tarafından geliştirilen Annie isimli yapay zekâ verilebilir. Annie isimli yapay zekâ, makine öğrenimini kullanarak aldığı tepkilere göre müzik zevkini sürekli geliştirmekte ve değiştirmektedir.¹¹⁹ Ayrıca Annie bir adım ileriye giderek, metin yazması düşünülmemesine rağmen sadece beste yapmakla kalmamış ve Japonya'da yazılan bir şiir türü olan "Haiku" şiirleri de yazmıştır.¹²⁰ Üstelik bu şiirler insanlar tarafından oluşturulanlardan ayırt edilemez niteliktedir.¹²¹ Annie tarafından ve insanlar tarafından ortaya koyulan şiirlerden oluşan karışık albüm "Amazon.Com" isimli online alışveriş sitesinden satın alınabilmektedir.¹²² Almanya'ya gittiğimizde ise, karşımıza hiç de alışık olmadığımız bir sanatçı çıkmaktadır. Söz konusu sanatçı, fırçayı paletten almakta ve hassas ve düzenli fırça darbeleriyle tuvali doldurmaktadır.¹²³ Yalnız bu sanatçı bildiğimiz sanatçılardan çok farklıdır, bu sanatçı bir robottur.¹²⁴ Almanya Konstanz Üniversite-

¹¹⁹ Yuval Noah Harari, Homo Deus, Kolektif Kitap, 1. Baskı, çev. Poyzan Nur Taneli, İstanbul, 2016, s. 338-339.

¹²⁰ Harari, s. 339.

¹²¹ Harari, s. 339.

¹²² Söz konusu şiir albümü için bkz. <https://www.amazon.com/Comes-Fiery-Night-D-Cope/dp/1466219157> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹²³ Yanisky-Ravid, s. 661-662.

¹²⁴ Yanisky-Ravid, s. 662.

sindeki yaratıcıları tarafından e-David olarak adlandırılan bu robotik sanatçının, resimler oluşturmak için karmaşık bir görsel optimizasyon algoritması kullandığı belirtilmektedir.¹²⁵ E-David'in halihazırda orijinal fikri mülkiyet çalışmaları yaratan karmaşık, gelişmiş, otonom, öngörülemez yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesinde yalnızca bir adımı temsil ettiği dile getirilmektedir.¹²⁶ İngiltere'de ise, dünyanın ilk bilgisayar programı tarafından üretilen müzikali 22 Şubat-5 Mart 2016 tarihleri arasında Londra Sanat Tiyatrosu'nda sahne almıştır.¹²⁷ Yine Facebook tarafından geliştirilen sohbet robotlarının, bunun için programlanmalarına rağmen kendi aralarındaki iletişim sırasında İngilizce dilinde kısaltmalar kullanarak, İngilizce dilini kendi anladıkları gibi kullanmaları da burada örnek olarak verilebilir.¹²⁸

Bununla birlikte, bilgisayar programları veya yazılımların bazıları, kendilerine verilen belirli bir sınır dahilinde hareket edip tamamen mekanik bir süreç neticesinde belirli bir ürün ortaya koymaktadır. Bu durumda, bu bilgisayar programları veya yazılımların bunları seçme ve düzenleme şansı olmadığından yaratıcı bir faaliyet ortaya koymadığı, tamamen mekanik bir süreç sonunda elde edilen bu ürünlerin yaratıcılık unsuru taşımadığı görüşü savunulabilir.¹²⁹ Zira yaratıcılığın, gök gürültüsü gibi dışarıdan güdüler veya tesadüfi olarak söz konusu olamayacağı, amaca yönelik ve isteyerek gerçekleşebileceği dile getirilmektedir.¹³⁰ Buna karşılık, Facebook'un sohbet robotlarının veya Annie isimli yapay zekânın yaptığı gibi, bazı yapay zekâ programlarının kendi kendilerine hareket edip birtakım ürünler ortaya koymaları da ihtimal dahilindedir.

Bir bilgisayar programı veya yazılım tarafından, makine öğrenimini ve derin öğrenmeyi kullanarak bilgi toplamadan ve bu bilgileri

¹²⁵ Yanisky-Ravid, s. 662; E-David'in çalışma prensipleri, ortaya koyduğu resimler, katıldığı organizasyonlar gibi hususlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹²⁶ Yanisky-Ravid, s. 662.

¹²⁷ Lyn Gardner, "Beyond the Fence Review - Computer-Created Show is Sweetly Bland", 28 Şubat 2016, <https://www.theguardian.com/stage/2016/feb/28/beyond-the-fence-review-computer-created-musical-arts-theatre-london> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Manuel/Zatarain, s. 97-98.

¹²⁸ Facebook sohbet robotlarıyla ilgili haber için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-40798435> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹²⁹ Bridy, s. 8; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 606.

¹³⁰ Bridy, s. 8; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 606.

işlemeden, sadece belirli bir sınır dahilinde belirli bir ürün ortaya konması durumunda, bu ürünün tamamen mekanik süreçler neticesinde ortaya çıktığı ve FSEK anlamında eser sayılmayacağı görüşü savunulabilir. Zira böyle bir durumda ortada yaratıcı bir faaliyet neticesinde gerçekleşen ve sahibinin hususiyetini taşıyan bir ürünün bulunmadığı söylenebilir.¹³¹ Bu nedenle, bu ürünün eser sayılması ve üzerinde inhisârî haklar tanınmasının, zaman içinde değişim geçirip günümüzde ürün sahibinin mali ve manevi haklarının korunması, yaratıcı faaliyetin teşvik edilmesi, kamu alanında yararlanılabilecek eserlerin artması amaçlarına hizmet eden eser ve telif hakkı kavramlarının bu amaçlarıyla da tam olarak uyuşmayacağı düşünülebilir.¹³² Örneğin tek amacı çeviri yapmak olan bir programın ortaya koyduğu çeviri ürün FSEK anlamında eser sayılmayacaktır. Gerçekten de burada, dışarıdan bir müdahale olmaksızın veya tesadüfi olarak hareket etmeksizin yaratıcı bir faaliyetin ortaya koyulduğu da söylenemez.

Bununla birlikte, bir yapay zekânın makine öğrenimini ve derin öğrenmeyi kullanarak ve belirli bir sınır dışında hareket ederek, kendi kendine bir ürün ortaya koyması ihtimali de mümkündür. Böyle bir durumda ise, yapay zekân kendi sistemi çerçevesinde yaratıcı bir faaliyette bulunduğu, edindiği bilgileri kullanıp işleyerek kendi makine öğrenimi ve derin öğrenme faaliyeti neticesinde ve kendi hususiyetini taşıyan bir ürün ortaya koyduğu görüşü savunulabilecektir. Bu görüş kabul edilirse, bu ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilecektir. Gerçekten de bir yapay zekânın çok farklı kaynaklardan topladığı bilgileri işleyip değerlendirdiği, farklı alternatifler arasında seçim yaptığı durumlarda, yapay zekânın yeni bir ürün ortaya konması için kendi sistemi çerçevesinde bir emek harcadığı da dile getirilmektedir.¹³³ Burada yapay zekânın, farklı alternatifler ara-

¹³¹ Ateş'e göre ise, elektronik veya dijital teknolojiye sahip bir cihaz bütünüyle kendi determinist çalışma sistemi kapsamında bir ürün ortaya koymuşsa, hukukumuzda bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte bu ürünler eser olarak kabul edilemez. Zira bir fikrî ürünün hukuken eser sayılabilmesi için ürün ile beşerî bir fikrî mesai arasında az veya çok bir neden sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Ateş, Eser, s. 157-158.

¹³² Fikir ve sanat eserler hukukunun tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 83-89; Bozbel, s. 19-26.

¹³³ Colin R. Davies, "An evolutionary step in intellectual property rights- Artificial intelligence and intellectual property", *Computer Law & Security Review*, Volume: 27, Issue: 6, Aralık 2011, s. 607-608.

sında kendi kendine seçim yaparak dışarıdan bir müdahale söz konusu olmaksızın veya tesadüfi olarak hareket etmeksizin bir ürün ortaya koyduğu dolayısıyla yaratıcı bir faaliyet gerçekleştirdiği de söylenebilir. Nitekim fiil ehliyeti bulunmayan bir insanın yaratıcı bir faaliyet ortaya koyabileceğinin kabul edilmesi karşısında, bilinçli olarak bilgi toplayan ve bu bilgileri işleyen, belirli bir sınır dışında hareket edip öğrenme ve sonuç çıkarma işlevlerini gerçekleştiren, farklı alternatifler arasında seçim yapan, kendi sistemi çerçevesinde fikrî bir faaliyette bulunan, kendi kendine bir ürün ortaya koyan yapay zekânın yaratıcı bir faaliyette bulunamayacağının savunulması çok da mümkün olmamaktadır. Ayrıca, daha önce de değindiğimiz üzere hususiyetin esere anlatımla ve üslupla yansıtıldığı ve eser sahipliği ve telif hakkıyla gerçekleşen korumanın da bu anlatım ve üsluba yönelik olarak gerçekleştirildiği kabul edilmektedir. Yapay zekâ tarafından bu kapsamda oraya konan ürünler bakımından ise, zaten yapay zekâ otonom olarak bu ürünü ortaya koyduğundan dolayı anlatım ve üslubu da kendisinin belirlediği, bu suretle söz konusu ürüne hususiyetini yansıttığı kabul edilebilecektir. Gerçekten de e-David isimli robotik sanatçı tarafından farklı renkler arasında yapılan seçimler, resmin oluşturulmasında kullanılan teknikler gözetilirse e-David'in söz konusu resimleri oluştururken kendi anlatımını ve üslubunu ortaya koyduğu dolayısıyla ürüne hususiyetini yansıttığı görüşü savunulabilecektir.¹³⁴

Avrupa çapında robotlarla ilgili araştırmaları, gelişmeleri ve yenilikleri artırmayı hedefleyen euRobotics çalışma grubu tarafından hazırlanan 2012 tarihli "Robotikle ilgili yasal konularda yeşil bir kitap önerisi" isimli raporda da bir yapay zekânın bağımsız olarak yaratıcı çalışmalar üretebileceği belirtilmiştir.¹³⁵ Aynı raporda, bu nedenle yapay zekânın kendi çalışmasının sahibi olup olamayacağının düşünülmesinin mantıklı olduğu ve bazı ulusal yasalar tarafından tüzel kişilerin telif hakkı sahibi olabilmesi kabul edildiğinden, bu sorunun tamamen

¹³⁴ Zira e-David her ne kadar programcıları tarafından oluşturulan yazılımla çalışsa da karmaşık sistemine yerleştirilen kamera sayesinde otonom olarak fotoğraflar çekebilme ve bunları yeni yaratıcı girdiler oluşturmak için kullanabilmektedir. Yanisky-Ravid, s. 662-663; E-David'in resim yapma sanatını icra edişini izlemek için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=NvifGpmACJE&t=73s> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹³⁵ euRobotics, Suggestion for a green paper on legal issues in robotics, ed. Christophe Leroux, ed. Roberto Labruto, 2012, s. 39.

varsayımsal olmadığı belirtilmiştir.¹³⁶ Yine bu raporda, telif hakkı korumasının asıl amacının yaratıcılığı canlandırmak ve özgün çalışmaları teşvik etmek olduğu, ancak bir yapay zekânın teşvik edilmesinin söz konusu olamayacağı ve bu nedenle onlara özel haklar vermenin mantıklı olmadığı belirtilmiştir.¹³⁷ Bu görüş yapay zekâlar açısından kabul edilebilirse de yapay zekâlar tarafından ortaya konan bu tarz ürünlere etkin bir koruma sağlanmasını engellememelidir. Zira her ne kadar bir yapay zekânın teşvik edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilebilirse de kendi yaratıcı faaliyeti çerçevesinde, kendi kendine ürün ortaya koyabilen yapay zekâlar tarafından oluşturulan ürünlere hiçbir koruma sağlanmaması durumunda, bu tür yapay zekâları icat etmesi ve geliştirmesi beklenen projelere ve bilim adamlarına gerekli yatırımlar yapılmayacaktır. Bu durum ise, bu tür yapay zekâların oluşturulması için çabaları ve girişimleri azaltacaktır. Sonuç olarak dolaylı yoldan da olsa yaratıcı faaliyet ve özgün çalışmaların önü kesilmiş olacaktır.

Yapay zekânın kendi kendine yaratıcı ürünler ortaya koyması, yapay zekânın farklı birkaç özelliğinin bir araya gelmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, yapay zekâ sadece diğer bir çalışmayı kopyalamaktan ziyade tamamen yeni ve orijinal bir ürün ortaya koyabilecek şekilde programlanabilmektedir.¹³⁸ Örneğin, Google tarafından derin öğrenme yöntemini kullanan, yapay sinir ağı temelli geliştirilen yapay zekâ, Youtube üzerinden videolar izlemesi için serbest bırakılmıştır. Yapay zekâ bu aşamada pek çok insanın yapacağı gibi kedi videoları aramaya başlamıştır. Daha sonra yapay zekâyâ ne düşündüğü sorulduğunda daha önceden gördüğü bir kedi resmini değil kedi kavramını temsil eden bir imgeyi göstermiştir.¹³⁹ Bu durumun yapay zekâ tarafından, bilgilerin otonom bir şekilde öğrenildiğini ve entegre edildiğini gösterdiği dile getirilmektedir.¹⁴⁰ Görüldüğü üzere, yapay zekâ, otonom ve bağımsız şekilde hareket ederek, insan unsurunu üretecek ürün açısından minimum düzeye indirebilmektedir.¹⁴¹

¹³⁶ euRobotics, s. 39.

¹³⁷ euRobotics, s. 40.

¹³⁸ Yanisky-Ravid, s. 679; Nils J. Nillson, *Yapay Zekâ Geçmişi ve Geleceği*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 1. Baskı, çev. Mehmet Doğan, İstanbul, 2018, s. 643.

¹³⁹ Liat Clark, "Google's Artificial Brain Learns to Find Cat Videos", 26 Haziran 2012, <https://www.wired.com/2012/06/google-x-neural-network/> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Zimmerman, s. 13.

¹⁴⁰ Zimmerman, s. 13.

¹⁴¹ Yanisky-Ravid, s. 679.; Matthew U. Scherer, "Regulating Artificial Intelligence

Yine yapay zekâ, öngörülemeyen neticeler ortaya koymak üzere programlanabilir ve bu suretle de yaratıcı kılınabilir.¹⁴² Yapay zekâ, bilgi toplama, öğrenme, veri işleme ve sonuç çıkarma yetenekleri sayesinde erişime açık eserlerdeki renklere, şekillere ve tekniklere maruz kaldıktan sonra verileri dijital birleşenlere ayırabilir, yeniden düzenleyebilir ve böylece yeni ve beklenmedik ürünler ortaya koyabilir.¹⁴³ Ayrıca yapay zekâ, sürekli olarak yeni veri toplama ve işlem yapma kapasitesi sayesinde veriler arasında yeni modeller ve benzerlikler bulabilir ve böylece ortaya koyacağı sonucu sürekli değiştirebilir.¹⁴⁴ Bu durumun, yapay zekânın sürekli bir evrim geçirdiğini gösterdiği dile getirilmektedir.¹⁴⁵ Yine yapay zekâ, çok sayıda veriyi insanın yapabileceğinden çok daha doğru, verimli ve hızlı bir şekilde işleyebilir ve en iyi sonuca ulaşmak için farklı alternatifler arasında seçim yapabilir.¹⁴⁶

Bu özellikleri kullanarak belirli bir araştırma ve bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde hareket edip, öğrenme ve sonuç çıkarma işlevleriyle farklı alternatifler arasında seçim yapan, kendi sistemi çerçevesinde yaratıcı bir faaliyette bulunan, kendi kendine bir ürün ortaya koyan yapay zekâların tamamen mekanik süreçler ve tesadüfler şeklinde işlediği görüşü ise, kabul edilemeyecektir.¹⁴⁷ Gerçekten de bir yapay zekânın makine öğrenimini ve derin öğrenmeyi kullanıp edindiği sayısız bilgiyi süzgeçten geçirerek ve bu bilgileri işleyip geliştirerek insanlığa faydalı ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan türlerden birine giren bir ürün ortaya koyması durumunda, bu ürünlerin yapay zekânın kendi sistemi çerçevesinde belirli bir yaratıcı faaliyeti ve sahibinin hususiyetini taşıdığı görüşü savunulabilecektir. Böylece,

Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume: 29, Number: 2, Bahar 2016, s. 363.

¹⁴² Yanisky-Ravid, s. 679-680; Bozkurt Yüksel, *Yapay Zekânın*, s. 607; Nitekim insanların, insan beyninin bilişsel sınırlamalarından dolayı pek çok bilgiyi analiz etmede zamansal sıkıntı yaşadıkları ve bu nedenle genellikle en uygun çözüme yerine tatmin edici çözümleri benimsemekle yetindikleri dile getirilmektedir. Ancak yapay zekâların insanlara verilen zamanda çok daha fazla olasılığı ve dolayısıyla muhtemel çözümleri analiz edebilmesi mümkündür. Bu nedenle, yapay zekâ tarafından ortaya konacak çözümün yapay zekâyı üreten kişi tarafından dahi öngörülemezliği dile getirilmektedir. Scherer, s. 364-365.

¹⁴³ Yanisky-Ravid, s. 679-680.

¹⁴⁴ Yanisky-Ravid, s. 680.

¹⁴⁵ Yanisky-Ravid, s. 680.

¹⁴⁶ Yanisky-Ravid, s. 681.

¹⁴⁷ Davies, s. 607.

bu ürünlerin FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir.

Zira yaratıcı faaliyetin korunması, geliştirilmesi ve teşvik edilmesi amaçlarına hizmet eden eser ve telif hakkı kavramlarının yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünler bakımından da belli şartlar altında geçerli sayılması, eser ve telif hakkı kavramlarının özünde yatan niteliklerle de uyumlu olacaktır. Gerçekten de bu kavramların yapay zekâlar bakımından, tamamen mekanik süreçler ve tesadüfler dışında ortaya konan ürünler için de belli şartlar altında kabul edilmesi durumunda, bu tür yapay zekâların geliştirilmesi, bunlara yatırım yapılması ve dolayısıyla bu yapay zekâlar tarafından topluma faydalı ürünlerin ortaya koyulması ihtimali de artacaktır. Böylece, toplumun kültür düzeyini arttıran nitelikte ürünlerin FSEK anlamında korunması ve bu ürünlerin sayısının artırılması düşüncesi, gerçek anlamını bu alanda da gerçekleştirecektir.¹⁴⁸

7 Kasım 1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın¹⁴⁹ 27. maddesi uyarınca, "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü

¹⁴⁸ Nitekim 7 Haziran 1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanun'la birlikte 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerden birisi, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ile bunların hazırlık tasarımlarının FSEK'in 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri sayılmasına ilişkin gerçekleşmiştir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, Kanun No: 4110, Kabul Tarihi: 07.06.1995, Resmî Gazete Tarihi: 12.06.1995, Sayı: 22311. 4110 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, "...Bilgisayar programları, endüstrinin her alanında giderek artan bir önemle rol oynamakta, bilgisayar program teknolojisi ülkemiz endüstriyel gelişimi için temel öneme sahip bir konu haline gelmektedir. Bir bilgisayar programını gerçekleştirmek için önemli bir insan gücü, teknik ve malî kaynakların yatırımı gereklidir. Buna karşılık ortaya çıkan programın haksız kopyalanması çok kolay ve çok az bir maliyetle yapılabilir. Bu durum bilgisayar programlarının fikri haklarının çok iyi korunmasını gerektirmiştir..." 4110 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz. Sıra Sayısı: 771, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Milli Eğitim Komisyonları Raporları (1/722). Bu önemli değişiklikle birlikte bilgisayar programları FSEK kapsamında koruma altına alınmıştır. 1995 yılında bu korumanın getirilmesine amacını veren gelişmelerin teknolojik gelişmeler olduğu açıktır. 1995 yılından beri geçen zaman ve teknolojinin geldiği nokta düşünülürse günümüzde yapay zekâlar tarafından üretilen ürünlerin yukarıda saydığımız şartları taşıması durumunda eser olarak kabul edilmesi ve koruma kapsamına alınması kanımızca bu değişikliğin gerekçesinde belirtilen amaçlarla da uyumlu olacaktır.

¹⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, Resmî Gazete Tarihi: 09.11.1982 Sayı: 17863 (Mükerrer Sayılı).

araştırma hakkına sahiptir". Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 64. maddesi uyarınca, "Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır". Böylece, sanatsal faaliyetlerin korunmasının ve teşvik edilmesinin devlete bir ödev olarak yüklendiği söylenebilir. Zira fikir ve sanat eserleri üzerinde tanınan inhisârî hakların önemi de bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Bir ülkenin sınai ve fikrî çalışmalar bakımından kalkınması bu çalışmalara tanınan etkin korumayla mümkün olabilir.¹⁵⁰ Ortaya konan sınai ve fikrî ürünlerin etkin bir şekilde korunmaması durumunda bu ürünleri üreten kişilerin heves ve yeteneği söndürülmüş olur ve ülkenin bu alandaki gelişiminin önüne geçilir.¹⁵¹ İşte yapay zekâ tarafından ortaya konan insanlığa faydalı ve yararlı ürünlerin de belli şartlar altında FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesiyle birlikte, bu ürünleri ortaya koyan yapay zekâlara yatırım yapılması ve bunların geliştirilmesinin önü açılacak, böylece insanlığa yararlı ve faydalı ürünlerin sayısının artması sağlanmış olacaktır. Bu durum ise, yaratıcı ve yararlı eserlerin korunması, teşvik edilmesi ve geliştirilmesi amacının yapay zekâ alanında da yerine getirilmesi anlamına gelecektir.

Sonuç olarak, yapay zekâların tamamen mekanik süreçler ve tesadüfler dahilinde hareket etmeksizin, makine öğrenimini ve derin öğrenmeyi kullanarak öğrenme ve sonuç çıkarma, bilgi toplama ve işleme, farklı alternatifler arasında seçim yapma işlevleriyle kendi kendilerine bir ürün ortaya koymaları durumunda, bu ürünlerin yapay zekâların kendi sistemi çerçevesinde yaratıcı bir faaliyeti ve sahibinin hususiyetini taşıma özelliklerini taşıdığı, dolayısıyla FSEK anlamında eser sayılması gerektiği görüşü savunulabilecektir. Gerçekten de Annie'nin metin yazması düşünülmemesine rağmen ortaya koyduğu şiirler göz önüne alınırsa, bunların Annie'nin kendi sistemi çerçevesinde kendi hususiyetini taşımadığı veya Annie'nin hiçbir çaba göstermeden ve yaratıcı faaliyet gerçekleştirilmeden bu ürünleri ortaya koyduğu görüşü kabul edilemeyecektir. Zira Annie makine öğrenimini kullanarak müzik zevkini sürekli geliştirmekte ve değiştirmektedir ve bu öğrenimleri neticesinde söz konusu şiirleri ortaya koymuştur.¹⁵² Yakın gelecekte bu

¹⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 20.

¹⁵¹ Kılıçoğlu, s. 19-21.

¹⁵² Harari, s. 338-339.

tarz ürünlerle daha fazla karşılaşmamız ise, ihtimal dahilindedir. Ancak burada yaratıcılık unsurunun tam olarak nerede gerçekleştiğini tespit etmek zor bir husustur.¹⁵³ Şayet yaratıcılık unsurunun temelini insanlara özgü, tanımlanması zor bir estetik duyarlılık, fikrî faaliyet çabası oturtulursa, böyle bir yaratıcılıkta çalışmanın konusunu oluşturan kavramların temelinde yatan gerçekliklerinde anlaşılması beklenir.¹⁵⁴ Bu durumda, sayfa üzerindeki kelimelerden, tuvaldeki boyalardan daha fazlasını temsil etmeye çalıştıklarında yapay zekâların genellikle bir insan sanatçının eserlerine yansıyan içsel anlamlandırmayı gerçekleştiremeyeceği söylenebilecektir.¹⁵⁵ Ancak fiil ehliyeti olmayan bir insanın bu anlamlandırmayı yapabileceğini kabul edip son derece ileri derecede zekâya sahip yapay zekâların bu anlamlandırmayı yapamayacağını kabul etmenin de çelişkili bir sonuç olacağı düşünülebilir. Yaratıcılık, fikrî faaliyet ve sahibinin hususiyetini taşıma özellikleri şüphesiz yoruma açık sübjektif kavramlardır. Yapay zekâlar bakımından ancak yukarıda getirdiğimiz yorumsal yaklaşımla birlikte bunların kendi sistemi çerçevesinde yaratıcılık unsurunu, fikrî faaliyeti ve sahibinin hususiyetini taşıma özelliklerini yansıtabileceği kabul edilebilecektir. Bununla birlikte, yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlerde ortaya çıkan yaratıcılık, fikrî faaliyet ve sahibinin hususiyetini yansıtmama özellikleri ile insanlar tarafından ortaya konan yaratıcılık, fikrî faaliyet ve sahibinin hususiyetini yansıtmama özellikleri arasında açık ve belirgin farklılıkların bulunduğu da bir gerçektir. Bu kapsamda, yapay zekâlar tarafından ortaya konan ürünlerin hiçbir zaman, insanlar tarafından üretilen ürünler için koruma getiren FSEK kapsamında koruma konusu olamayacağı görüşü de savunulabilecektir. Bu görüşün kabulü durumunda, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu tarz ürünlere etkin bir korumanın sağlanması için insanlar tarafından üretilen ürünlerle yapay zekâlar tarafından üretilen ürünler arasında bir ayırım yapılması ve yapay zekâlar tarafından üretilen bu tarz ürünlere etkin bir koruma sağlayan ayrı bir yasal düzenlemenin getirilmesi kanımızca mümkün olmalıdır. Açıkladığımız nedenlerle, her ne kadar bu tarz ürünlerin FSEK anlamında eser olarak kabul edilebileceği düşüncesi savunulabilse de ülkemizde yapılacak bir düzenlemeyle bu alandaki boşluğun dol-

¹⁵³ Yanisky-Ravid, s. 724.

¹⁵⁴ Yanisky-Ravid, s. 724.

¹⁵⁵ Yanisky-Ravid, s. 724; Bridy, s. 9 vd.

durulması ve bu tarz ürünlerin belli şartlar altında etkin bir korumaya tabi tutulması, ülkemizde gerçekleşecek yapay zekâ çalışmalarına hız kazandıracak ve ülkemizin geleceği yakalaması açısından önemli bir adım olacaktır. Zira Amerikan doktrininde de bu hususun önemine vurgu yapılmış ve bu ürünlerin eser olarak kabul edilmesinin ülkede gerçekleşecek yapay zekâ çalışmaları için hayati bir öneme sahip olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁶

Bütün bu açıklamalar ışığında ve özellikle eser kavramı ve eser sayılma şartlarıyla ilgili daha önce yapılan açıklamalar kapsamında, getirilen yeni yorum yaklaşımlarına rağmen yine de yaratıcı bir fikrî faaliyette bulunma ve sahibinin hususiyetini yansıtma yeteneğinin insanlara özgü olduğu ve Türk pozitif hukuku açısından yapay zekâ tarafından ortaya konan ürünlerin FSEK anlamında eser olarak kabul edilemeyeceği görüşü savunulabilir.¹⁵⁷ Bu durumda ise, mevcut yasal düzenlemeler açısından, bu ürünlerin en azından FSEK m. 80 veya 84 kapsamında korunması mümkün olmalıdır. Böylece, yapay zekâ tarafından üretilen ürünleri tespit eden kişi eser sahibi sayılmasa da yapımca olarak bağlantılı hak sahibi sayılabilecek veya yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerde bunları tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kişi üçüncü kişiler tarafından bu ürünlerin çoğaltılmasını veya yayımlanmasını men edebilecektir.¹⁵⁸ Biz, bu ürünlerin yukarıda yaptığımız açıklamalar uyarınca FSEK anlamında eser olarak kabul edilebileceği varsayımından hareketle bundan sonraki değerlendirmelerimizi buna göre gerçekleştireceğiz.

VI. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜ VE YAPAY ZEKÂ ÜRÜNLERİNDE ESER SAHİPLİĞİ SORUNU

A. Yapay Zekânın Hukuki Statüsü

Yapay zekâların makine öğrenimini ve derin öğrenmeyi kullanarak, belirli bir sınır dışında hareket ederek, öğrenme ve sonuç çıkarma, bilgi toplama ve bilgileri işleyip geliştirme, farklı alternatifler arasında seçim yapma işlevleriyle, kendi kendilerine, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan türlerden birine giren bir ürün ortaya koymaları

¹⁵⁶ Hristov, s. 438-439, ayrıca 453.

¹⁵⁷ Ateş, Eser, s. 158; Ateş, Sahiplik, s. 248.

¹⁵⁸ Ateş, Sahiplik, s. 248.

durumunda bu ürünlerin eser olarak kabul edilmesi ise, bu eserlerin sahipliğinin kime ait olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için öncelikle yapay zekânın hukuki statüsü hakkında kısa açıklamalarda bulunmak kanımızca faydalı olacaktır.

1. Gerçek Kişilik ve Tüzel Kişilik

Hukuki anlamda kişi kavramı, hukuk düzeninde haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁵⁹ Bu bakımdan hukuki anlamda kişi kavramının hak ehliyetine sahip olma iktidarını ifade ettiği de söylenebilir.¹⁶⁰ Hangi varlıkların hak ehliyetine sahip olabilecekleri dolayısıyla hukuki anlamda kişi sayılabilecekleri ise, yine hukuk düzeni tarafından belirlenmektedir. Bu anlamıyla hukuki anlamda kişi olma durumunun, hukuk düzeni tarafından belirli varlıklara, bunlara hak ehliyetinin verilmesiyle birlikte takılan bir maske olduğu söylenebilir. Modern hukuk sistemlerinde haklara ve borçlara sahip olabilecek varlıklar, diğer bir ifadeyle hukuki anlamda kişi olabilecek varlıklar, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak kabul edilmektedir.¹⁶¹ Böylece, kişi olma maskesinin hukuk düzeni tarafından gerçek kişilere ve tüzel kişilere takıldığı söylenebilir.¹⁶² Bunların dışındaki varlıklar ise, hukuken kişi olarak kabul edilmezler.

Gerçek kişiler insanları ifade etmektedir. İnsan olmak kişi olabilmek için doğal bir başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de günümüzde hiç kimse insanların kişi olduklarını tartışmamak-

¹⁵⁹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018, s. 2; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku I*. Cilt, Beta Basım Yayın, 14. Baskı, İstanbul, 2018, s. 229; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 21; Metin İkizler, *Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği: Bu Uğurda Ana Statününün Anlamı ve İşlevi*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 27.

¹⁶⁰ Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 8. Baskı, İstanbul, 2018, s. 415; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 229.

¹⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 230-231; Helvacı, s. 21-24; İkizler, s. 27-28.

¹⁶² Serozan, s. 494; Nitekim 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 8 hükmü uyarınca, "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler". Yine TMK m. 48 uyarınca, "Tüzel kişiler, cins, yaş, husumlik gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler". Türk Medeni Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607.

tadır.¹⁶³ Ancak kişilik zaman dışında bir kavram değildir. Zira kişilik kavramı insanlık tarihi boyunca ciddi değişimler geçirmiştir.¹⁶⁴ İnsanlık tarihinin büyük bir bölümünde hakların evrensel olmadığı ve bütün insanların eşit yaratılmadığı düşüncesi hâkim olmuştur.¹⁶⁵ Tarihteki en eski yazılı kanunlardan olan Hammurabi Kanunları'na bakılırsa aynı suç için öngörülen cezaların kişilerin sosyal ve ekonomik durumuna göre farklılık gösterdiği gözlemlenebilir. Gerçekten de Hammurabi Kanunları uyarınca, varlıklı bir insan fakir bir insana karşı bir suç işlerse sadece basit bir para cezası ödemesi gerekmektedir. Ancak tersi durumda, fakir bir insanın varlıklı bir insana karşı suç işlemesi ihtimalinde ceza ağır, şiddetli ve acı doludur.¹⁶⁶ Yine Hammurabi Kanunları uyarınca, bir kölenin öldürülmesi durumunda da sadece basit bir para cezası ödenmesi gerekmektedir ve kadınların mirasçı olma pozisyonları erkek kardeşlerine aittir.¹⁶⁷ Roma hukukunda ise, köleler hakların ve borçların sahibi olamamaktadır ancak kendileri borçlar hukuku anlamında da eşya hukuku anlamında da mal gibi görülmektedir ve sahiplerinin köleler üzerinde her türlü hukuki işlemi gerçekleştirmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁸ Böylece, Roma hukukunda hukuki anlamda kişi olma maskesi köleler için kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, insanlar açısından hukuki anlamda kişi olma kavramının zaman içinde değişim geçiren bir kavram olduğu söylenebilir. Gerçekten de modern toplum tarafından, insanın hiçbir ayırım yapılmaksızın sırf insan olması nedeniyle, doğumla birlikte hak ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesinin, 19. Yüzyıldan itibaren tabii hukuk akımının etkisiyle birlikte mümkün olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁹ Günümüz çağdaş toplumlarında, bütün insanların ayırım yapılmaksızın, sırf insan olmaları sebebiyle hak ehliyetini sahip oldukları dolayısıyla hukuki anlamda kişi oldukları kabul edilmektedir.

¹⁶³ Zimmerman, s. 22.

¹⁶⁴ Zimmerman, s. 22.

¹⁶⁵ Zimmerman, s. 23.

¹⁶⁶ Hammurabi Kanunları m. 196 vd. Hammurabi Kanunlarının tam metni için bkz. L. W. King, *Ancient History Sourcebook: The Code of Hammurabi*, c. 1780 BCE, Project Gutenberg Literary Archive Foundation, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=2009844&lang=tr&site=eds-live> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

¹⁶⁷ Hammurabi Kanunları m. 178 ve 252.

¹⁶⁸ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi- Kaynaklar, Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku, Hakların Korunması*, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 134 vd.

¹⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 5.

Tüzel kişilik ise, hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara sahip olma iktidarının tanınması ile hukuki anlamda kişi olma maskesinin takıldığı, belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kişi veya mal topluluklarını ifade etmektedir.¹⁷⁰ Sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle hukuk düzeni tarafından doğal bir varlık olan insan yanında, aslında doğada var olmayan ve soyut bir yapı olan tüzel kişilere de hukuki anlamda kişi olma vasfı tanınmıştır.¹⁷¹ Roma hukukunda da sosyal gerçeklerden hareketle hukuki anlamda kişilik tanınmış, belirli bir amacın birleştirdiği insan topluluklarının en eskisi ve en önemlisini Roma devleti oluşturmaktadır.¹⁷² Tüzel kişilik kavramı da zamanın dışında bir kavram değildir zira insanlık tarihinin büyük bir kısmında yalnızca insanların hukuki anlamda kişi olabilecekleri kabul edilmiştir.

2. Yapay Zekânın Hukuki Statüsüyle İlgili Ortaya Atılan Görüş ve Düşünceler

Yapay zekâlar açısından kişilik kavramı ve hukuki statüleriyle ilgili tartışmalar yürütülürken, ilk olarak bunların eşya olduğu ve üreticisinin mülkiyetinde olacakları görüşü öne sürülmüştür ve bugün bu görüşün halen geçerliliğini koruduğu söylenebilir.¹⁷³ Gerçekten de günümüzde bilgisayarların ve yazılımların sadece kullanıcıların hareketlerini yansıtmada ve iradelerini ortaya koymada birer araç oldukları ve bunların sahibinin mülkiyetine ait olacakları görüşü kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Bilgisayarların ve yazılımların hissetme yetenekleri olmadığından bunlara kişilik tanınmasının gerekli olmadığı görüşü de savunulmaktadır.¹⁷⁵ Ancak ileri derecede zekâyâ sahip bir yapay zekânın veya makinenin kişilik kavramını kazanabilmesinin düşünmeye değer olduğu belirtilmektedir.¹⁷⁶ Nitekim yapay zekâların sadece eşya oldukları görüşü, yapay zekâların basit birer alet veya araç

¹⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 275-276; Serozan, s. 491-493; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 509; İkizler, s. 30-31.

¹⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 2; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 499 vd.

¹⁷² Karadeniz Çelebican, s. 181.

¹⁷³ Yanisky-Ravid, s. 689 vd.; Ersoy, s. 85; Bak, s. 217; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel/Başak Bak, Yapay Zekâ, yzr. Sera Reyhani Yüksel/yzr. Kemale Aslanova, Futurist Hukuk, Aristo Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 18.

¹⁷⁴ euRobotics, s. 59; Zimmerman, s. 41.

¹⁷⁵ Zimmerman, s. 41.

¹⁷⁶ Zimmerman, s. 41.

olmadıkları aksine bunların öğrenme, değerlendirme, akıl yürütme, tahmin etme, sonuç çıkarma, karar verme gibi bazı bilişsel özelliklere sahip oldukları yönünden eleştirilebilir.¹⁷⁷ Zira yapay zekâların gerçekleştirdiği çok hızlı öğrenme faaliyeti neticesinde sahibinin bile öngöremeyeceği davranışlar ortaya koyma ve zararlar verme ihtimali de mevcuttur.¹⁷⁸ Yine gelecekte yapay zekâlarla insanların birbirine karışabilme ihtimalinin de mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin yapay bir organa sahip bir insanın sırf bir parçası yapay olduğu için daha az insan olarak kabul edilmesi mümkün olmamaktadır.¹⁷⁹ Buna göre, gelecekte vücudunun büyük bir kısmı yapay organlardan oluşan bir insanla, insan beynini taklit eden bir yapay zekâyâ sahip ve vücudu tamamen yapay olan bir robot karşılaştırıldığında, hangisinin daha az insan olduğunun belirlenmesinin güç olabileceği düşünülebilir. Sonuç olarak, yapay zekâların sosyal hayatımızda giderek daha fazla yer kaplamasıyla beraber yapay zekâlara eşya statüsü dışında bir hukuki statü tanınmasının zorunlu hale geleceği düşünülebilecektir. Zira giderek daha fazla insanın yapay zekâlarla iletişim kurması ve bu yapay zekâların da giderek daha fazla insansı özellikler kazanıp insan unsurundan bağımsızlaşarak kendi başına hareket etmesi ihtimali karşısında, bunların sadece birer araç veya eşya olarak kabul edilmesi görüşünün geçerliliğini uzun süre koruyamayacağı beklenebilir.¹⁸⁰

Yapay zekânın hukuki statüsüyle ilgili doktrinde ortaya atılan bir diğer görüş ise, kölelik görüşüdür. Buna göre, yapay zekâlar basit birer eşya olarak görülme bile bunlar insan elinden çıktıkları için üreticilerin malı olma konumundan öteye geçemezler.¹⁸¹ Lockçu görüşten yola çıkan bu yaklaşıma göre, insanın kendi emeğinin ürünleri üzerinde ahlaki değerlere oturan bir mülkiyet hakkı iddiası bulunmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁷ Yanisky-Ravid, s. 685-687.

¹⁷⁸ Bak, s. 217.

¹⁷⁹ Zimmerman, s. 41.

¹⁸⁰ Thomas Pérennou, Stateofthe Art on Legal Issues, Ethics and Autonomous Agents, Ağustos 2014, s. 13, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivvable.1.pdf> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Ersoy, s. 83-85.

¹⁸¹ Lawrence B. Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Volume: 70, Number: 4, 1992, s. 12; Ersoy, s. 94-96; Bak, s. 218-219.

¹⁸² Solum, s. 1276-1277; Lock'un mülkiyetle ilgili yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Ebabil Yayınları, 2. Baskı, çev. Fahri Bakırcı, Ankara, 2012, paragraf: 25-51, s. 23-38.

Yapay zekâlar da bir insanın emeği sonucunda ortaya çıktığından dolayı yapay zekâ üreticilerinin de onlara sahip olma hakkı vardır. Dahası, şayet yapay zekâlar birer kişi olarak kabul edilirse, bunlar insanlar tarafından üretildikleri için insanların köleleri olmaları gerekir.¹⁸³ Bu yaklaşım tarzına karşı, genel olarak bu tür bir görüşün çocukların da aileleri tarafından yapıldığının kabulü durumunda onların da ailelerin kölesi olması sonucunu doğurabileceği yönünden, bir eleştiri getirilebilecektir.¹⁸⁴ Ancak bu yaklaşım tarzının temellerini dayandırdığı John Lock, böyle bir kabulün mümkün olmayacağını savunmaktadır. Buna göre, ebeveynler, kendi ustalıklarının değil Tanrının ustalığının ürünü olarak doğurdukları çocuklar için onlar kendi kavrayışlarını ve iradelerini kazanana kadar, Tanrıya karşı onları eğitme, besleme ve koruma yükümlülüğü altındayken, çocuklar kendi kavrayış ve iradelerini kazanınca artık özgür birer birey olacaklardır.¹⁸⁵ Bu bağlamda Lock tarafından, ebeveynlerin çocuklar üzerindeki iktidarının, diğer nedenler yanında, çocuklara hayatı onların değil Tanrının vermiş olması nedeniyle de sınırlandırıldığı söylenebilir.¹⁸⁶ Konu yapay zekâlara gelince, yapay zekâlara hayatı ve var olma vasfını üreticileri verdiği için dolayı onlara ait olmaları gerektiği ileri sürülebilir.¹⁸⁷ Bunun yanında burada, insanlar ile yapay zekâlar arasında belirgin bir farklılığın bulunduğu, insanların doğal olarak, yapay zekâların ise, yapay bir şekilde ortaya çıktığı görüşü de savunulabilecektir. Ancak bu durumun neden bir fark yaratması gerektiği sorusu, derin tartışmaları da beraberinde getirecektir.¹⁸⁸ Kölelik görüşüyle ilgili söz konusu tartışmalar bir yana, kölelerin ancak efendilerinin istek ve arzuları doğrultusunda üçüncü kişilerle yasal işlemler yapabildiği göz önüne alınırsa yapay zekâlar için bu statünün uygun olacağı da söylenmektedir.¹⁸⁹ Yapay zekâların insan elinden çıkan teknolojiler oldukları düşünülürse yukarıdaki görüşlerin kabulü durumunda bunların en azından bir dönemi insanların kölesi olarak geçirebileceği düşünülebilir. Ancak söz konusu yaklaşım tarzına karşı, yönetilebilecek diğer eleştiriler bir

¹⁸³ Solum, s. 1277.

¹⁸⁴ Solum, s. 1277.

¹⁸⁵ Locke, paragraf: 56-58, s. 40-41.

¹⁸⁶ Locke, paragraf: 52-76, s. 38-52; Solum, s. 1277.

¹⁸⁷ Solum, s. 1277.

¹⁸⁸ Solum, s. 1278.

¹⁸⁹ Pérennou, s. 13; Ersoy, s. 94.

yana, yapay zekâların eşya oldukları görüşüne karşı ileri sürülen eleştiriler de yönetilebilecektir. Ayrıca kanımızca, bu yaklaşım tarzı yapay zekâların yapay zekâ üretmesi durumunda ne olacağı sorusuna tatmin edici bir cevap vermekte de zorlanacaktır.

Yapay zekâların hukuki statüsüyle ilgili ortaya atılan en çarpıcı öneri, yapay zekâlara elektronik kişilik tanınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Elektronik kişilikle ilgili euRobotics grubu tarafından savunulan görüşe göre, yapay zekâların veya yapay zekâyâ sahip robotların insanlara ait hukuki statüyü kazanması şu anda mümkün olmamaktadır ve olmamalıdır.¹⁹⁰ Ancak bu durum yapay zekâlar açısından özel bir hukuki statünün yaratılmasına engel değildir. Burada, yapay zekâlar için oluşturacak bu özel hukuki statü açısından tüzel kişilik kavramına atıf yapılabilir.¹⁹¹ Zira tüzel kişiler de kapasitelerin, malzemelerin ve finansal sorumlulukların bir araya getirildiği bir yasal statü olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok açıdan tüzel kişiler insanlarla aynı yasal muameleye tabi tutulurken tüzel kişiler insanlarla aynı yasal statüye tabi değildir. Ayrıca bütün kurum, kuruluş veya topluluklar yasa tarafından tüzel kişi sayılmaz. Ancak yasanın izin verdiği kurum, kuruluş veya topluluklar tüzel kişiliği kazanabilmektedir.¹⁹²

Bu görüşe göre, aynı yaklaşımın en azından bazı otonom makineler açısından da kabul edilmesi mümkündür.¹⁹³ Böylece, otonom olarak karar verebilen veya insanlarla etkileşime geçebilen yapay zekâyâ sahip makineler için özel bir sicile tescille kazanılan ve belirli hak ve yükümlülüklerle sahip olma imkânı veren, çeşitli tarafların (kullanıcılar, satıcılar üreticiler vb.) sorumluluklarının bir araya getirildiği, tüzel kişiliğe benzer bir kişilik şeklinde elektronik kişiliğin geliştirilmesi düşünülebilir.¹⁹⁴ Dolayısıyla bu görüş, yapay zekâlara ayrı bir kişilik verilmesi savını da kapsamaktadır.

Yine bu görüşe göre, yapay zekâlara verilecek bu elektronik kişilikle beraber yapay zekâların, ilk aşamada üreticilerden ve kullanıcılardan alınabilecek paralarla belirli bir malvarlığına sahip olması

¹⁹⁰ euRobotics, s. 61.

¹⁹¹ euRobotics, s. 61.

¹⁹² euRobotics, s. 61.

¹⁹³ euRobotics, s. 61.

¹⁹⁴ euRobotics, s. 61; Ersoy, s. 88-89.

mümkün kılınabilir. Bu şekilde, yapay zekânın herhangi bir kimseye zarar vermesi durumunda zarar bu malvarlığından karşılanabilecektir. Burada, yapay zekânın elektronik kişilik kazanabilmesinin temel koşulu olarak belirli bir malvarlığına sahip olması şartı da aranabilir. Asgari malvarlığı miktarının belirlenmesinde yapay zekânın yetenekleri, özerklik derecesi ve tehlikeliliği gibi özellikler göz önüne alınabilir.¹⁹⁵ Yapay zekâların bu elektronik kişiliği kazanmasıyla beraber onlara birer kimlik numarası veya vergi numarası gibi kayıt numarası verilebilir. Böylece, yapay zekâyla yapılan bir işlem sırasında karşı tarafın yapay zekânın özellikleri, hissedarları, malvarlığı gibi hususlarda bilgilendirilmesi sağlanmış olur.¹⁹⁶ Ayrıca, yasa tarafından bütün yapay zekâların değil belirli özelliklere sahip yapay zekâların elektronik kişilik kazanabilmesinin mümkün olduğu öngörülebilir. Burada, hangi tür yapay zekâlara bu elektronik kişiliğin verileceği sorusu ise, özel karakterlerine özgü görevleri yerine getiren ve önceden kontrol edilip öngörülemeyen katılsız sistemlerin tümüne bu elektronik kişiliğin verilmesi şeklinde cevaplandırılabilir.¹⁹⁷

EuRobotics çalışma grubuna göre, yapay zekâlara elektronik kişilik verilmesi pek çok fayda barındırmaktadır.¹⁹⁸ Gerçekten de her şeyden önce bu hukuki statüyle beraber yapay zekâların iş ve işlemleriyle ilgili hukuk dünyasının karşılaştığı belirsizlikler büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Zira bu yasal statü içinde yapay zekânın hak ve yükümlülükleri belirlenmesi ve ona belirli bir malvarlığının özgülenmesiyle, yapay zekâlarla ilgili ortaya çıkacak hukuki sorunlarda muhatabın belirlenmesi ve olası bir zarar durumunda bu zararın karşılan-

¹⁹⁵ euRobotics, s. 61.

¹⁹⁶ euRobotics, s. 61.

¹⁹⁷ euRobotics, s. 62; Bir başka görüşe göre, Avrupa ve Asya'da kabul edilen tehlikeli köpekler ve diğer tüm köpekler ayırımına benzer bir ayırım robotlar açısından da yapılabilir ve robotlar tehlikeli robotlar ve tehlikeli olmayan robotlar olarak bir ayırma tabii tutulabilir. Böylece tehlikeli köpekler açısından kabul edildiği gibi bazı robot türlerinin genel halkın kullanımına yasaklı olması ve bazı tehlikeli robot türlerinde sorumluluk sigortası, kamuda özel kimlik, mal sahibi tarafından alınacak özel önlemler gibi önlemlerin zorunlu tutulması öngörülebilir. Bu görüşün yapay zekâlar bakımından da kabul edilmesi durumunda, elektronik kişilik belirlenirken yapay zekâların tehlikelilik derecesine göre bir ayırma gidilebilir. Richard Kelley/Enrique Schaerer/Micaela Gomez/Monica Nicolescu, "Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals", *Advanced Robotics*, Volume: 24, Issue: 13, 2010, s. 1866-1867.

¹⁹⁸ euRobotics, s. 61.

ması mümkün olacaktır. Örneğin, bir yapay zekânın bir sözleşmeye kendi başına veya bir başkası adına taraf olması durumunda, bu sözleşme uyarınca yapay zekânın kimlik numarası kullanılarak ve onun sahip olduğu malvarlığına karşı dava açılabilir.¹⁹⁹ Bu durumda, günümüzde yapay zekânın kendini mahkemelerde savunma imkanının bulunmadığı düşünülebilir olsa da kanımızca, yasa tarafından bu tarz davalarda yapay zekâyâ bir avukat atanması öngörülebilir. Bunun yanında, yapay zekâyâ bir zarar verilmesi durumunda da elektronik kişilik adına karşı tarafa dava açılabilir ve alınacak olan tazminat yapay zekânın sahip olduğu malvarlığına veya üreticisi ve kullanıcılarına aktarılabilir.²⁰⁰ Bu suretle, yapay zekâlar açısından tüzel kişilikle gerçek kişilik arasında bir yasal statü oluşturularak yapay zekâlarla ilgili karşılaşılması muhtemel olan hukuki belirsizliklerin de önüne geçilebilir.²⁰¹ Ayrıca Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi tarafından yayımlanan 27 Ocak 2017 tarihli raporda da yapay zekâyâ, tüzel kişilikten ve gerçek kişilikten farklı yeni bir kişilik türü olarak elektronik kişilik verilmesi önerilmektedir. Buna göre, uzun vadede robotlar için bazı hakları ve borçları içeren elektronik kişilik şeklinde özel bir yasal statü oluşturmak, en karmaşık otonom robotların verebilecekleri zararlar, kendi kendilerine verdikleri kararlar veya 3. kişilerle kendiliğinden kurdukları etkileşimler bakımından faydalı olabilir.²⁰² Bu ifade kapsamında, burada sözü edilen robotların yapay zekâyâ sahip robotlar olabilecekleri gayet açıktır. Dolayısıyla bu ifade, yapay zekâyâ elektronik kişilik verilmesi görüşünü de kapsamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu rapor yapay zekâyâ ayrı bir hukuki kişilik verilmesini öneren ilk resmi rapordur.²⁰³

Yapay zekâ alanındaki yasal boşlukların bir an önce giderilmesi bu alanda yaşanan tereddütlerin de büyük ölçüde ortadan kaldırılmasına yönelik önemli bir adım olacaktır. Dikkatli incelemeler ve araştırmalar neticesinde yapay zekâ alanında yapılacak yasal düzenlemelerle beraber, ülkemizde gerçekleşecek yapay zekâ araştırmalarının ve projeler-

¹⁹⁹ euRobotics, s. 61.

²⁰⁰ euRobotics, s. 61.

²⁰¹ Bozkurt Yüksel/Bak, s. 20-22; Ersoy, s. 88-92; Bak, s. 219-220.

²⁰² European Parliament Committee on Legal Affairs, European Parliament Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (2015/2103(INL)), paragraf: 59(f), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019).

²⁰³ Bozkurt Yüksel/Bak, s. 22.

rinin artması sağlanacaktır. Böylece ülkemiz, geleceğe ilerleyen yolda büyük bir adım atmış olacaktır. Nitekim yapay zekânın hukuki statüsünün ve yapay zekâyla ilgili çeşitli konuların hukuksal tartışmalara konu olduğu son dönemde, bazı ülkeler tarafından bu konuda yasal çalışma hazırlıklarına çoktan başlanmıştır. Gerçekten de Estonya Hükümeti yapay zekâyı kişilik vermeye yönelik çalışmalara başladığını açıklamıştır. Buna göre, yapay zekâlara şirketler gibi ayrı bir tüzel kişilik verilmesiyle, bir kimsenin mülkiyetine tabi kılma arasında kalan özel bir hukuki statü verileceği belirtilmektedir.²⁰⁴

Kanımızca, hukukun teknolojinin gerisinden gelmesi mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir durumda ideal toplum düzenini kurması beklenen hukuk, bu işlevini gerçekleştirmekte son derece zorlanacaktır. Ancak hukukun teknolojinin ilerisinde gitmesi de mümkün olmamalıdır. Nitekim böyle bir durumda ise, henüz tam olarak ne olduğu anlaşılmayan ve sosyal hayattaki yerini tam olarak almış olmayan kavramların hukuk kurallarına tabi tutulmasının doğurabileceği sakıncalar gayet açıktır. Bu bağlamda, yapay zekâların veya yapay zekâyı sahip robotların ayrı bir özel kişilik kazanması ancak bu teknolojilerin gelişimini tamamlayıp toplum düzenindeki yerini tam olarak almasından sonra üzerinde ciddi derecede düşünülebilecek bir görüş olmalıdır. Söz konusu hal ise kanımızca, yapay zekâların veya yapay zekâyı sahip robotların sadece edebî ve sanatsal ürünler ortaya koymada veya buna benzer birkaç alanda değil hemen hemen her alanda, büyük ölçüde insansı özellikler kazanmasıyla ve insan unsurundan bağımsızlaşmasıyla birlikte mümkün olabilecek bir olgudur. En azından bu durum gerçekleşene kadar, yapay zekâların insanların mülkiyetine ait olması söz konusu olacaktır.

B. Yapay Zekâ Ürünlerinde Eser Sahipliği Sorunu:

Yapay zekânın hukuki statüsüyle ilgili yukarıda yapılan açıklamalara göre yapay zekâ ürünlerinden doğan eser sahipliğinin kime ait olacağını, dolayısıyla bu ürünlerin eser olarak kabul edilmesi durumunda telif haklarının kime ait olacağını belirlenmesi mümkündür.

²⁰⁴ Harry Pettit, "Are Robots More Than Just 'Personal Property'? Estonia Works Toward Giving AI Legal Status" 10 Ekim 2017, <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4965922/Estonia-working-giving-robots-AI-legal-status.html> (Son Erişim Tarihi: 17.04.2019); Bozkurt Yüksel/Bak, s. 19-20.

Gerçekten de şayet yapay zekâyı eşya olarak veya köle olarak gören görüş kabul edilirse yapay zekânın mülkiyetine sahip olan kişinin, bir şeyin mülkiyetine sahip olan o şeyin ürünlerinin de mülkiyetine sahip olur ilkesinden hareketle, yapay zekâyâ ait ürünlere ve bunların telif haklarına da sahip olacağı görüşü savunulabilir.²⁰⁵ Günümüz hukuk sistemleri uyarınca geçerli olan yaklaşımın bu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim günümüzde yapay zekâyâ herhangi bir özel hukuki statü verilmediği düşünülürse, yapay zekâların bir kimsenin mülkiyetine tabi olması söz konusu olacaktır. Böylece, yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin yapay zekânın mülkiyetine sahip olan kişiye ait olması gerekecektir.

Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, FSEK uyarınca eser sahipliği sıfatının yalnızca gerçek kişilere ait olabileceği, eser sahibi sayılma durumunun veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisinin ise hukuki anlamda kişi sayılan varlıklara ait olabileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan yapay zekânın kendi ürettiği ürünler için eser sahipliği sıfatına sahip olamayacağı, eser sahibi sayılamayacağı veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisini haiz olamayacağı gayet açıktır. Zira yapay zekâ, hukuki anlamda kişi olarak kabul edilmemektedir. Bu kapsamda, insanın ikincil bir plana hatta tek seferlik bir kullanıma atılması, yapay zekânın bir kere oluşturulduktan sonra kendi kararlarına göre ürünler ortaya koyması ihtimalinde, mevcut yasal durumun bu ürünlerin eser sahipliğini belirlemek açısından yetersiz kaldığı söylenebilecektir. Nitekim burada, eser sahibi onu meydana getiren kişidir kuralı doğrudan uygulanırsa eseri meydana getirenin yapay zekâ olduğu ve eser sahipliğinin ona ait olması gerektiği düşünülebilecektir. Ancak yapay zekâ gerçek kişi değildir ve hukuki anlamda kişi olarak kabul edilmemektedir dolayısıyla eser sahipliği sıfatına da sahip olamaz. Burada, FSEK m. 11 ve 12 uyarınca eser sahibi sayılma veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanma kurumlarının yürütülmesinin de tatmin edici bir çözüm ortaya koymaktan uzak olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de kanuni karineler uyarınca eser sahibi sayılan veya eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi, bu ürünlerin üzerine adını

²⁰⁵ Yanisky-Ravid, s. 689 vd.; euRobotics, s. 40; Ersoy, s. 69; Gerçekten de TMK m. 685 uyarınca, "Bir şeyin maliki, onun ürünlerinin de maliki olur".

yazan, kendini mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtan, eseri yayımlayan, çoğaltan, temsili icra ettiren gerçek veya tüzel kişi sayılsa bile bu ürünler yapay zekâ tarafından kendi kendine meydana getirilmektedir, dolayısıyla eseri meydana getiren bellidir ve bu durum kanuni karinelerin yürütülmesine engel olabilecektir.

Mevcut durum bir yana, bu konuyla ilgili farklı yaklaşımların da geçerli olabileceği ileri sürülmektedir. Burada, yapay zekâ tarafından ortaya konan ürünün oluşturulmasına imkân sağlayan kişinin, bu kişinin lisans sahibi veya bir şirket olması fark etmeksizin, bu ürünün sahibi olabileceği ileri sürülmektedir.²⁰⁶ Bu durumla ilgili daha önce değindiğimiz İngiltere’de kabul edilen 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu m. 9/(3) kuralına atıf yapılabilir. Bu kural uyarınca, bilgisayar tarafından üretilen edebî, dramatik, müzikal ya da sanatsal çalışmalar söz konusu olduğunda eser sahibi, eserin yaratılması için gerekli ayarlamaları gerçekleştiren kişi olarak anılacaktır. Bu düzenlemenin yapay zekâlar bakımından da kabul edilmesi durumunda, yapay zekânın söz konusu ürünü ortaya koyması için gerekli çalışmaları ve ayarlamaları gerçekleştiren kişinin, bu ürünlerin sahibi olacağının kabul edilmesi gerekecektir. Ayrıca, böyle bir kabulün yapay zekâ çalışmalarının büyümesi ve geliştirilmesi için yararlı olacağı da kabul edilmektedir.²⁰⁷ Gerçekten de yapay zekânın bir ürün ortaya koyması için gerekli araştırmaları ve çalışmaları gerçekleştiren kişilere bu ürünlerin mülkiyetinin verilmesiyle bu alandaki çalışmaların gelişeceği ve büyüyeceği söylenebilir. Bununla birlikte, yapay zekânın mucidi veya programcısı konumunda olmayıp yalnızca onun kullanıcıları olan kişilere yapay zekâ ürünlerinin mülkiyetinin verilmesinin kabul edilemeyeceği, zira bu kişilerin yapay zekânın ortaya çıkmasında veya yapay zekânın bu tarz ürünler üretmesinde en az katkıya sahip olan kişiler oldukları ve böyle bir kabulün yapay zekâ sektörünün gelişimine zarar verebileceği de belirtilmektedir.²⁰⁸

Amerikan doktrininde öne sürülen bir başka görüş ise, söz konusu tartışmaları başka bir boyuta taşımaktadır. Bu görüşe göre, işveren ve işçi kavramlarının geniş yorumlanması suretiyle, yapay zekâların

²⁰⁶ euRobotics, s. 40; Hristov, s. 445; Ersoy, s. 69.

²⁰⁷ Hristov, s. 445.

²⁰⁸ Hristov, s. 444-445.

işçi olarak kabul edilmesi ve işverenlerin de yapay zekâ ürünlerine “work made for hire” modeli kapsamında sahip olması gerektiği kabul edilmelidir.²⁰⁹ Burada, ortaya çıkan yeni gereksinimleri karşılamak ve çağdaş sosyal değişimleri yansıtmak için işveren ve işçi kavramlarının yorumuna açık bırakılması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁰ Böylece, her ne kadar yasal olarak işçi, ücret karşılığında bir hizmeti yerine getiren ve işverenin kontrolü altında bulunan kişi olarak tanımlansa da daha esnek bir tanımın göz önünde tutulabileceği ileri sürülmektedir.²¹¹ Bu görüşe göre işveren de göreceli bir yorumla, bir amaca ulaşmak veya bir görevi tamamlamak için başka bir kuruluşun hizmetlerini kullanan biri olarak düşünülebilir. Bir yapay zekâ programcısının veya sahibinin de yaratıcı ve yeni ürünler üretmek için yapay zekâyı kullanması durumunda, bu tanım uyarınca işveren sayılması gerektiği ileri sürülebilir.²¹² Aynı şekilde göreceli bir yorumla, yapay zekânın üretken hizmetleri, programcısı veya sahibi tarafından çalıştırıldığı için yapay zekânın da işçi olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır.²¹³ Yeni yorumlamalarla yapay zekânın işçi ve programcısı veya sahibinin de işveren olarak kabul edilmesiyle birlikte, yapay zekâ ürünlerinin işçi ürünü kapsamında değerlendirileceği ve en azından “work made for hire” modeli uyarınca yapay zekâ ürünlerine hukuki bir koruma sağlanmış olacağı dile getirilmektedir.²¹⁴ Gerçekten de daha önce de değindiğimiz üzere, Amerikan hukukunda “work made for hire” modeli uyarınca belli şartlar altında eser sahipliğinin işçilere değil bunları çalıştıranlara ait olduğu kabul edilmektedir. Amerikan doktrinin de ileri sürülen bu görüşün Türk hukukunda da kabul edilebilmesi için öncelikle aynı şekilde işveren ve işçi kavramlarında yeni yorumlamalara gidilmesi gerekecektir. Şayet bu kavramların geniş olarak yorumlanması suretiyle yapay zekâlar işçi olarak kabul edilse bile Türk hukukunda, işçiler tarafından üretilen eserlerin eser sahipliğinin işçilere ait olduğu ancak sadece mali hakları kullanma yetkisinin çalıştırana ait olabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu görüşün

²⁰⁹ Hristov, s. 445 vd.; Yanisky-Ravid, s. 707 vd.

²¹⁰ Hristov, s. 446.

²¹¹ Hristov, s. 446.

²¹² Hristov, s. 446-447.

²¹³ Hristov, s. 447.

²¹⁴ Hristov, s. 445-447.

Türk pozitif hukuku açısından uygulanması mümkün gözükmemektedir. Zira yapay zekâlar, hukuki anlamda kişi olarak kabul edilmemektedir dolayısıyla eser sahipliği sıfatına da sahip olamazlar. Ayrıca, Türk pozitif hukuku açısından işçi olabilmek için gerçek kişiliğe haiz olunması gerektiği dolayısıyla yapay zekâların işçi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı da söylenebilecektir.²¹⁵

Son olarak, yapay zekâlarla ilgili son dönemde ileri sürülen elektronik kişilik görüşünün kabul edilmesi ve uygulamaya konması durumunda bu sorunların büyük oranda çözüme kavuşturulabilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira yapay zekâyâ tanınacak elektronik kişilik statüsüyle beraber yapay zekâ artık hukuken kişi sayılacağından dolayı ürettiği ürünlerin eser sahipliğinin ve telif haklarının da elektronik kişiliğe ait olması kabul edilebilecektir. Elektronik kişilik görüşünün yayımlanan uluslararası raporlar ve önerilerle beraber giderek daha fazla yaygınlaştığı söylenebilir.

SONUÇ

Yapay zekâ kavramının ilk olarak Amerikalı bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından ortaya atılmasının ardından şüphesiz yapay zekâ teknolojisi büyük gelişimler ve değişimler geçirmiştir.²¹⁶ Günümüzde yapay zekâ, sürücüsüz arabalardan sağlık hizmetlerini geliştirmek için kullanılan makine öğrenimlerine, finansal sistemlerden almamız gereken ürünlerle ilgili bize tavsiye veren çevirim içi alışveriş sitelerine, pek çok alanda kullanılmaktadır.²¹⁷ Ancak gelecekte gerçekleşecek yeni teknolojik gelişmelerle beraber yapay zekâ kavramının hayatımızda çok daha büyük bir yer kaplaması muhtemeldir. Sayıları çok fazla olmasa da şiir, resim, müzik ve kitap gibi edebî ve sanatsal ürünler ortaya koyabilen yapay zekâların varlığıyla beraber hukuksal açıdan bu ürünlerin niteliğinin ve sahipliğinin değerlendirilmesi ihtiyacı ise, günümüzde çözümlenmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

²¹⁵ İş Kanunu, Kanun No: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, Resmî Gazete Tarihi: 10.06.2003, Sayı: 25134, m. 2: "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi...denir".

²¹⁶ Yanisky-Ravid, s. 673; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 588.

²¹⁷ Yanisky-Ravid, s. 664-666; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın, s. 587-588; Cath/Wachter/Mittelstadt/Taddeo/ Floridi, s. 506.

Biz çalışmamızda yapay zekâlar tarafından ortaya konan edebî ve sanatsal ürünlere FSEK kapsamında veya kabul edilecek ayrı bir yasal düzenlemeyle etkin bir koruma getirilmesi gerektiği sonucuna vardık. Zira aksi halde bu tür ürünler ortaya koyan yapay zekâların geliştirilmesi için yatırım yapması ve çalışması beklenen kişilerin arzusu ve isteği büyük ölçüde kırılmış olacaktır. Bu bağlamda, getirdiğimiz yeni yaklaşım tarzı ve yorumlamalarla beraber yapay zekâlar tarafından ortaya konan bu tarz ürünlerin mevcut yasal düzenlemeler açısından hangi kapsamda korunabileceğiyle ilgili açıklamalarda bulunduk. Sonuç olarak, mevcut yasal düzenlemelerin bu ürünlere etkin bir koruma sağlama açısından yetersiz kaldığını gözlemledik. Her ne kadar getirdiğimiz yeni yaklaşım tarzı ve yorumlamalarla beraber, yapay zekâlar tarafından makine öğrenimi ve derin öğrenme yöntemi kullanılarak, belirli bir sınır dışında hareket edilerek, bilgi toplama ve işleme, öğrenme ve sonuç çıkarma, farklı alternatifler arasında seçim yapma faaliyetleri neticesinde kendi kendine bir ürün ortaya konması durumunda, yapay zekânın kendi sistemi çerçevesinde fikrî bir sürecin işletildiğini, yaratıcı bir faaliyetin ortaya konduğunu, hususiyetin yansıtıldığını, bu nedenlerle bu ürünlerin de FSEK kapsamında eser olarak kabul edilmesinin düşünülebileceğini dile getirsek de bu konudaki boşluğun yasal bir düzenlemeyle doldurulmasının ve belli şartlar altında bu ürünlere etkin koruma sağlanmasının faydalı olacağı sonucuna vardık. Yapay zekâlar tarafından ortaya konan bu tarz ürünlerin yukarıda açıkladığımız kapsam dahilinde eser olarak kabul edilmesi durumunda, bunların eser sahipliğinin kime ait olacağı konusunda da mevcut yasal düzenlemelerin yetersiz kaldığını gözlemledik. Getirilecek yasa hükmüyle bu konunun da ayrıca düzenlenmesi kanımızca yerinde olacaktır. Bu bağlamda, daha önce de birkaç kere değindiğimiz İngiliz Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu m. 9/(3) hükmüne atıf yapılabileceği kanısındayız. Bu düzenlemeye göre, bilgisayar tarafından üretilen edebî, dramatik, müzikal ya da sanatsal çalışmalar söz konusu olduğunda eser sahibi, eserin yaratılması için gerekli ayarlamaları gerçekleştiren kişi olarak anılacaktır. Yapay zekâ tarafından üretilen bu tarz ürünlerde söz konusu ürünlerin ortaya konması için gerekli ayarlamaları ve çalışmalarını yapan kişilerin eser sahibi olarak anılması, kanımızca en makul ve doğru çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kaynakça²¹⁸

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku I. Cilt*, Beta Basım Yayım, 14. Baskı, İstanbul, 2018.
- Atalay Muhammet/Çelik Enes, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 22, Aralık 2017, ss. 155-172.
- Ateş Mustafa, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2012, (Kısaltma: Sahiplik).
- Ateş Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2007, (Kısaltma: Eser).
- Bak Başak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, Sayı: 35, Temmuz 2018, ss. 211-232.
- Baker Liana B., "RPT-Tech moguls declare era of artificial intelligence", 3 Haziran 2016, <https://www.reuters.com/article/tech-ai-conference/rpt-tech-moguls-declare-era-of-artificial-intelligence-idUSL1N18V018>.
- Brandom Russell, "Paul Allen and the Machines: Teaching the Next Generation of Artificial Intelligence", 24 Ekim 2013, <https://www.theverge.com/2013/10/24/4863414/paul-allen-and-artificial-intelligence-etzioni>.
- Bridy Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", *Stanford Technology Law Review*, Volume: 5, 2012, ss. 5-28.
- Bozbel Savaş, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2015.
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru/Bak Başak, *Yapay Zekâ*, yzr. Yüksel Sera Reyhani/ yzr. Aslanova Kemale, *Futurist Hukuk*, Aristo Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2018, ss. 5-37.
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru, "Robot Hukuku", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 29, Ocak 2017, ss. 85-112, (Kısaltma: Robot).
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 11, Haziran 2018, ss. 585-622, (Kısaltma: Yapay Zekânın).
- Calo Ryan/Evtimov Ivan/Fernandes Earlence/Kohno Tadayoshi/O'Hair David, "Is Tricking a Robot Hacking?", University of Washington Tech Policy Lab, Legal Studies Research Paper No: 2018-05, 2018, ss. 1-18.
- Castelvecchi Davide, "Deep Learning Boosts Google Translate Tool", 27 Eylül 2016, <https://www.nature.com/news/deep-learning-boosts-google-translate-tool-1.20696>.
- Cath Corrino/Wachter Sandra/Mittelstadt Brent/Taddea Mariarosaria/Floridi Luciano, "Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach", *Science and Engineering Ethics*, Volume: 24, Issue: 2, Nisan 2018, ss. 505-528.

²¹⁸ Birden fazla eserinden yararlanılan yazarlara atıfta bulunurken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmektedir.

- Clark Liat, "Google's Artificial Brain Learns to Find Cat Videos", 26 Haziran 2012, <https://www.wired.com/2012/06/google-x-neural-network/>.
- Copeland B. J., "Artificial intelligence", 11 Nisan 2019, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
- Davis Jennifer, Intellectual Property Law Core Text, Oxford University Press, Fourth Edition, Oxford, 2012, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=678239&lang=tr&site=eds-live>.
- Davies Colin R., "An evolutionary step in intellectual property rights- Artificial intelligence and intellectual property", *Computer Law & Security Review*, Volume: 27, Issue: 6, Aralık 2011, ss. 601-619.
- DeMers Jayson, "What is Google RankBrain and Why Does It Matter?", 12 Kasım 2015, <https://www.forbes.com/sites/jaysondemers/2015/11/12/what-is-google-rankbrain-and-why-does-it-matter/#569714db536b>.
- Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2018.
- EuRobotics, Suggestion for a green paper on legal issues in robotics, ed. Leroux Christophe, ed. Labruto Roberto, 2012.
- European Parliament Committee on Legal Affairs, European Parliament Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (2015/2103(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.
- Executive Office of the President, Artificial Intelligence, Automation, and the Economy, Washington, 20 Aralık 2016, <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/12/20/artificial-intelligence-automation-and-economy>.
- Gardner Lyn, "Beyond the Fence Review - Computer- Created Show is Sweetly Bland", 28 Şubat 2016, <https://www.theguardian.com/stage/2016/feb/28/beyond-the-fence-review-computer-created-musical-arts-theatre-london>.
- Harari Yuval Noah, Homo Deus, Kolektif Kitap, 1. Baskı, çev. Poyzan Nur Taneli, İstanbul, 2016.
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016.
- Hirsch Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ar Basımevi, 1. Baskı, Ankara, 1948.
- Hristov Kalin, "Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma", *Idea: The Journal of the Franklin Pierce Center For Intellectual Property*, Volume: 57, No: 3, 2017, ss. 431-454.
- Humbe A. B./Deshmukh P. A./Kadam M. S., "The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications", *International Journal of Research in Engineering & Technology*, Volume: 2, Issue: 2, Şubat 2014, ss. 113-118.
- İkizler Metin, Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği: Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012.
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma Hukuku: Tarihi- Kaynaklar, Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2014.

- Kelley Richard/Schaerer Enrique/Gomez Micaela/Nicolescu Monica, "Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals", *Advanced Robotics*, Volume: 24, Issue: 13, 2010, ss. 1861-1871.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2018.
- King L. W., *Ancient History Sourcebook: The Code of Hammurabi, c. 1780 BCE*, Project Gutenberg Literary Archive Foundation, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=2009844&lang=tr&site=eds-live>.
- Locke John, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Ebabel Yayınları, 2. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, 2012.
- Manuel Jesus/Zatarain Niebla, "The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence", *International Review of Law Computers & Technology*, Vol: 31, No: 1, 2017, ss. 91-104.
- Nillson Nils J., *Yapay Zekâ Geçmişi ve Geleceği*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 1. Baskı, çev. Mehmet Doğan, İstanbul, 2018.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018.
- Öztan Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2008.
- Pérennou Thomas, *Stateofthe Art on Legal Issues, Ethics and Autonomous Agents*, Ağustos 2014, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.deliverable.1.pdf>.
- Pettit Harry, "Are Robots More Than Just 'Personal Property'? Estonia Works Toward Giving AI Legal Status" 10 Ekim 2017, <https://www.dailymail.co.uk/science-tech/article-4965922/Estonia-working-giving-robots-AI-legal-status.html>.
- Puget Jean-François, "What Is Machine Learning?", 18 Mayıs 2016, https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/jfp/entry/What_Is_Machine_Learning?lang=en.
- Serozan Rona, *Medeni hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 8. Baskı, İstanbul, 2018.
- Scherer Matthew U., "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume: 29, Number: 2, Bahar 2016, ss. 354-398.
- Solum Lawrence B., "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Volume: 70, Number: 4, 1992, ss. 1231-1287.
- Spiers Duncan, *Intellectual Property Law Essentials*, Edinburgh University Press, Dundee, 2009, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=753500&lang=tr&site=eds-live>.
- Suluk Cahit/Orhan Ali, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, Arıkan Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2005.
- Szabolcsi R., "The Birth of the Term Robot", *Advances in Military Technology*, Volume: 9, No: 1, Haziran 2014, ss. 117-128.
- Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Karel Čapek", 18 Şubat 2019, <https://www.britannica.com/biography/Karel-Capek>.

United States Copyright Office, Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Third Edition, 29 Eylül 2017, <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>.

Yanisky-Ravid Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", *Michigan State Law Review*, Volume: 2017, Issue 4, 2017, ss. 659-726.

Zimmerman Evan J., "Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood", *SSRN Electronic Journal*, 28 Ağustos 2017, ss.1-43,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563965.

Elektronik Kaynaklar

<https://ai.googleblog.com/2016/09/a-neural-network-for-machine.html>

<http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/>

<http://jmc.stanford.edu/index.html>

<https://www.amazon.com/Comes-Fiery-Night-D-Cope/dp/1466219157>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-40798435>

<https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

<https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/>

<http://www.kazanci.com.tr/>

<https://patents.google.com/patent/US7696426>

<https://www.youtube.com/watch?v=NvifGpmACJE&t=73s>

<https://wipo.lex.wipo.int/en/text/295157>

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

İCRA KURULU

EXECUTIVE COMMITTEE

Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL*

Özet: Türk Ticaret Kanunu'nun 367/1 ve 370/1 hükümleri çerçevesinde yönetim görev ve yetkilerinin yönetim kurulu tarafından devredilmesi sonucu icra kurulu oluşmaktadır. Bu çalışmada icra kurulunun oluşumu, hukuki statüsü ve icra kuruluna uygulanacak sorumluluk hükümleri Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim ilkeleri çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, İcra Kurulu, İcra Yetkisi Olan Üye, İcracı Olmayan Üye, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, CEO, Kurumsal Yönetim İlkeleri

Abstract: According to the articles 367/1 and 370/1 of Turkish Commercial Code, board of directors can delegate its management and representative powers which result in the formation of executive committee. In this study, the formation, legal status and the liability of the executive committee are evaluated with respect to the Turkish Commercial Code and Principles of Corporate Governance.

Keywords: Board of Directors, Delegation of management and Representative Powers, Executive Committee, Executive Director, Non-Executive Director, Independent Directors, CEO, Principles of Corporate Governance.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) benimsenen yönetim modellerinden monist sistem nedeniyle yönetim, temsil ve gözetim görev ve yetkilerinin tümü yönetim kurulunda toplanmaktadır. TTK bu sistem üzerine kurulmuş olmakla birlikte, yönetim ve temsil yetkilerinin yönetim kurulunca devrine izin vermiştir. Böylece yönetim ve temsil yetkisi ile gözetim yetkilerinin ayrışması sağlanmak suretiyle şirketin daha iyi yönetimi sağlanabilecektir.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aslielif@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5873-3157, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.12.2018, Kabul Tarihi: 12.12.2018

Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin birden fazla kişiye devri genellikle karşımıza icra kurullarını çıkarmaktadır. Anonim şirketler açısından oldukça önemli işlevleri olan bu kurulların, oluşumu, hukuki statüsünün belirlenmesi hukuka aykırı işlemleri nedeniyle doğacak sorumluluğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler açısından da önem taşımaktadır.

İcra kuruluna ilişkin değerlendirmeleri yapabilmek için çalışmamızda öncelikle, organ kavramı ve düzenlenişi ele alınacak, anonim şirketin zorunlu organları ve bu organlardan yönetim kurulunun görev yetkileri ve bu yetkilerin devri incelendikten sonra, yetki devri sonucunda oluşabilen icra kurulunun hukuki statüsü ve sorumluluğuna ilişkin hükümler TTK ve Kurumsal Yönetim İlkeleri kapsamında değerlendirilecektir.

I. Anonim Şirketin Organsal Yapısı

A. Organ Kavramı ve Düzenlenişi

Organ kavramı incelenirken, kavramın Roma hukukundaki temellerinin de ele alınması gereklidir. Esasen Roma hukukunda, hak süjesi olarak yalnızca insan ele alınmış, tüzel kişilerin, insanın sahip olduğu irade ve fiil ehliyetiyle donatılmamış olmasından dolayı, hak süjesi olmadıkları kabul edilmiştir. Anılan hukuk sisteminde temellerini bulan bu görüşün zamanla taraftarları artmış ve böylelikle anılan görüşü temel alan ve tüzel kişinin gerçek bir varlığı olmadığını ileri süren *faraziye teorisini* ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte, özellikle taraflar arasında tüzel kişinin hak süjesi olarak kabul edilmemesi nedeniyle zararın bölüştürülememesi, faraziye teorisinin uygulanamayacağını ortaya koymuştur. Söz konusu durum ise tüzel kişinin kendine özgü bir iradesinin olduğu ve bu iradesini açıklayabilmesi için organa ihtiyaç duyduğunu benimseyen *gerçeklik teorisini* ortaya çıkarmıştır. Ancak bu teorilerin hiçbiri, organlara ilişkin düzenlemelerin temelini oluşturamamıştır. Daha sonrasında gerçeklik teorisinin etkisinde, ancak hakkaniyet esasları göz önünde bulundurularak tüzel kişinin organlarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.¹ Türk hukukunda da

¹ Bu teorilerin ve tarihsel gelişimin ayrıntılı incelemesi için bkz. Bilge Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan So-

Medeni Kanun (MK) m. 50/1 açıkça tüzel kişinin iradesinin, organları aracılığıyla açıklanacağını düzenlemiş, hükmün diğer fıkralarında ise organların, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı ve kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır.

Organ esas itibarıyla tüzel kişinin iradesini oluşturan, açıklayan ve uygulayan kurullar ve kişilerdir.² Bu tanım esasen organın geniş anlamda tanımlanmasıdır. Geniş anlamda organın kapsamında tüzel kişinin denetim kurulu, genel kurulu, yönetim kurulu vb. yer alır. Öte yandan dar anlamda organ ise, tüzel kişinin yürütme faaliyetlerini gerçekleştirip, iradesini ortaya koyar.³ Dolayısıyla dar anlamda organ yönetim kurulu üyesi, yöneticiler, müdürler, atanan ticari temsilciler olabilir. Bunun yanında gerek Türk⁴ gerek İsviçre⁵ öğretisinde özellikle anonim şirket organlarının sorumlulukları açısından bir nitelendirme yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, anonim şirket yönetim organının sorumluluğu Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 553/1'de düzenlenmiş, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

Tüzel kişinin zorunlu organlarının belirlenmesi, organın fiilleriyle ve işlemleriyle tüzel kişiyi haklara sahip kılıp borç altına sokabilmesi, yokluğu halinde tüzel kişinin sona ermesine neden olabilmesi ve

2 rumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 3-12.

3 Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 4, İstanbul 2015, N.11-01; İsviçre hukukunda benzer bir tanım için bkz. Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Schulthess Verlag, Zürich 2011, §1, N.1; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel: Schweizerisches Aktienrecht, Staempfli Verlag, Bern 1996, § 19 N.2.

4 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 19 N.6; Forstmoser, §1, N.2

5 Tekinalp, N. 11-03; yürütme organının taşıdığı önem ve sorumluluk hukukuna yansımalarıyla ilgili bkz. İsmail Kırca (Feyzan Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat): Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 388.

6 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 19 N.7,8; Forstmoser, §1, N.3

özel sorumluluk rejimine tabii tutulması bakımından önem taşır.⁶ Bu değerlendirmeler ışığında, anonim şirketin zorunlu organlarını belirlemek ve açıklamakta fayda vardır.

B. Anonim Şirketin Organları

6102 sayılı TTK'da anonim şirketin zorunlu organlarının hangilerinin olduğunu açıkça gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. Genel anlamda şirketin organizasyonuna ilişkin hükümlerin yönetim kurulu, genel kurul ve denetçileri düzenlediği görülmektedir. Bunun yanında TTK'da, yönetim organı tarafından kurulacak çeşitli komiteler de öngörülmüştür. Denetçinin şirket organizasyonunun bir parçası olması ve TTK'nın komiteleri düzenlemesi, anonim şirketin zorunlu organlarının neler olduğu konusunda tartışmaları gündeme getirmiştir. Özellikle denetçinin 6102 sayılı TTK kapsamında bir organ olup olmadığı konusu değerlendirilmiş, Kanununun madde gerekçelerinde birbiri ile çelişen ifadelerin yer alması,⁷ organ niteliğini belirlemede yardımcı bir ölçüt olan karar alma yetkisinin,⁸ özellikle TTK m. 378 riskin erken saptanması komitesinin oluşturulmasında denetçiye verilmesi ve denetçinin TTK m. 554 kapsamında sorumluluğunun düzenlenmiş olması da bu tartışmayı derinleştirmiştir. Öte yandan, yapılan tartışmaların ayrıntılarına girilmeksizin baştan belirtmek gerekir ki, öğretilerde kabul edilen görüş, denetçinin anonim şirketin bir organı olmadığıdır.⁹ Bunun nedenini ise denetçinin, bağımsız denetim sözleşmesiyle hizmet vermesinden dolayı, anonim şirketten bağımsız oluşu, genel kurulu

⁶ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 393.

⁷ Gerçekten de genel gerekçe N. 129'da, "denetçiler anonim şirket organı olmaktan çıkarılmıştır" ifadesi yer alırken, TTK m. 399, madde gerekçesinde "...Denetim sözleşmesinin niteliği, tartışmalı olup her ülkenin öğretisi ve mahkeme kararlarıyla belirlenmektedir. Bu sorunun kapsamına, sözleşmenin kamusal nitelik taşıyıp taşımadığı ile denetçinin bir tür şirket organı olup olmadığı alt sorunları da girer" açıklaması yapılmıştır. Bununla birlikte TTK m. 437, madde gerekçesinde denetçinin bir organ olmadığı "...Denetçinin bağımsızlığı, yani şirketin dışında bulunması, bir görüş uyarınca şirketin organı olmaması (tartışmalı) onun bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez" şeklinde vurgulanmıştır. Ancak TTK m. 530, madde gerekçesinde bakıldığında kanunen gerekli organlar teriminin anlamının öğretisi ve mahkeme kararlarına bırakıldığı, anılan hükmün anlamının ise denetçinin organ olup olmadığı sorununun cevabı ile açıklık kazanacağı ifade edilmiştir.

⁸ Öztan, s. 39 vd.

⁹ Tekinalp, N. 11-05; Aytaç Köksal, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 214 vd.; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 391.

olağan ya da olağanüstü toplantıya çağırılmaması, yönetime ilişkin hiçbir görevinin bulunmaması oluşturmaktadır.¹⁰

Anonim şirketin organlarını belirlerken değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise TTK m. 366/2’de yönetim kuruluna verilen yetkiyle kurulan komite ve komisyonların, anonim şirketin organı olup olmadığıdır. Özellikle TTK m. 378 kapsamında riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin, yönetim kurulunca payları borsada işlem gören şirketler için kurulması zorunlu tutulmuş, diğer şirketler açısından yalnızca denetçinin gerekli görmesi halinde kurulacağı hükme bağlanmıştır. Riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin özellikle payları borsada işlem gören şirketler için kurulmasının TTK m. 378 hükmü ile zorunlu tutulması, bu komitelerin anonim şirketin organlarından biri olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Ancak, bir yandan bu komitenin kurulmasının yalnızca payları borsada işlem gören şirketler için zorunlu tutulup, diğer anonim şirketler açısından kurulmasının denetçinin gerekli görmesine bırakılması, diğer yandan söz konusu komitenin kurulmamış olması halinde yalnızca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin anonim şirketin bir organı olmadığını ortaya koymaktadır. TTK m. 530 hükmü uyarınca, bir şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri uzun süredir mevcut değilse bu şirket hakkında fesih davası açılması söz konusu olur. Komitelerin yokluğu açısından ise bu yaptırım öngörülmemiştir.

Anonim şirketin iki zorunlu organı bulunmaktadır. Bunlar yönetim kurulu (TTK m. 359-396) ve genel kuruldur (TTK m. 407-451). Her iki organın uzun süreden beri mevcut olmaması şirkete karşı fesih davası açılması sonucunu doğurur. Yönetim kurulu, anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır (TTK m. 365). Genel kurul ise anonim şirket pay sahiplerinin şirket işlerine ilişkin haklarını kullandıkları, şirketin yürütme organıdır. TTK bakımından her iki organın işlevleri değerlendirildiğinde, bu iki organ arasında altlık-üstlük ilişkisi olmadığı görülür. Gerçekten de TTK m. 374’de yönetim kurulunun ve kendisine bırakılan alanda yönetimin, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler

¹⁰ Tekinalp, N. 11-05; Köksal, s. 209 vd.

hakkında karar almaya yetkili olduğu düzenlenmiş ve ardından TTK m. 375'te yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri hüküm altına alınmıştır. Benzer bir şekilde TTK m. 408'de, esas sözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları, kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması, kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi ve önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı, kanunda çeşitli hükümlerde öngörülmüş bulunan devredilemez görev ve yetkiler saklı tutulmak üzere, genel kurulun münhasır görev ve yetkileri olarak belirlenmiştir.

Bunlara ek olarak, anonim şirketin tasfiye aşamasına geçmesi halinde şirkete tasfiye memuru, yönetim kurulunun çalışmaması ya da bir menfaat çatışmasının söz konusu olduğu hallerde ise kayyım atanır. Bunlar da anonim şirketin organıdır.

II. Yürütme ve Temsil Organı Olarak Yönetim Kurulu

A. Asli Fonksiyon

TTK'nın 365. maddesinde anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil edileceği hükme bağlanmış, kurulun asli fonksiyonu böylelikle belirlenmiştir. İlk olarak yönetim fonksiyonu ele alındığında, öğretilerde bu kavramın iki temel anlamı karşıladığı ifade edilmektedir. İlk anlamı, yönetim organına verilen yönetim görevi olup, aynı zamanda yönetim işlevi olarak da adlandırılmaktadır. Yönetim işlevinin kapsamının belirlenmesi, yönetim hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. TTK m. 374'de yönetim kurulunun ve kendisine bırakılan alanda yönetimin kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Gerçekten de TTK ve diğer bazı kanunlarda yönetim kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bunlardan en

önemlisi TTK m. 375'te düzenlenen yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileridir. Bu düzenleme ile kanun koyucu genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki işlevler açısından denklik kabul etmiş, genel kurulun bir üst organ olduğu görüşünü reddetmiştir.¹¹ Söz konusu hükümde düzenlenen görevler ne esas sözleşme ile ne de alınacak bir kararla genel kurulun yetkisine bırakılabilir. TTK m. 375'e göre yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri şunlardır:

“a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi. b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi. c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması. d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları. e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi. f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi. g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması”.

TTK m. 375 hükmüyle kanun koyucu, bu maddenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) § 716 a'da olduğu gibi görev ve yetkileri art arda sıralamıştır. İBK'nın bu hükmüyle kanun koyucunun amacı, devredilemeyen görev ve yetkileri sınırlı sayı prensibine göre belirlemek olmakla birlikte, İsviçre öğretisinde bu amacın gerçekleşmediği, İBK'nın başka hükümlerinde ve diğer kanunlarda da sadece yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilebilecek görev ve yetkilerin düzenlendiği belirtilmiştir.¹² Benzer bir yorumu TTK m. 375 hükmü için de yapmak mümkündür. Başka bir ifade ile bu hüküm sınırlayıcı olarak düzenlenmemiştir.¹³ Söz konusu hükmün yanı sıra, TTK'da, şirketin

¹¹ TTK m. 375, madde gerekçesi.

¹² Forstmoser, §8, N.6; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl, Schulthess Verlag, Basel 2009, §13, N.287; Hükmün sınırlayıcı olduğu yönünde bkz. Rolf Watter/Katia Roth Pellanda, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art 716a N. 2.

¹³ Tekinalp, N. 12-37; Beşir Fatih Doğan: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 173,174.

mali durumunun bozulması nedeniyle gerekli tedbirlerin alınması, şartların gerçekleşmesi halinde iflasın istenmesi (TTK m. 376/1,2), iç yönergenin hazırlanması (TTK m. 419/4), yıllık faaliyet raporunun hazırlanması (TTK m. 516, 519) vb. hükümlerde de yalnızca yönetim kurulunun gerçekleştirebileceği görev ve yetkiler düzenlenmektedir.

Yönetim kurulu bu görevleri kurul olarak yerine getirir. Bununla birlikte, anılan görev ve yetkileri kullanırken yardım almasında bir sakınca bulunmamaktadır. Zira, TTK m. 366/2 hükmünde yönetim kurulunun görev yetkilerini kullanırken yararlanabileceği komite ve komisyonlar kurabileceği düzenlenmektedir. TTK m. 375'deki görev ve yetkiler açısından önemli olan husus yönetim kurulunun son kararı vermesi ve verdiği bu kararlar nedeniyle sorumluluğunun doğabilecek olmasıdır.¹⁴

TTK m. 375'de düzenlenen devredilemez görev ve yetkilerin yanı sıra TTK'nın çeşitli maddelerinde yönetim kurulunun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Yapısal değişiklik işlemlerine ilişkin TTK m. 145, 147, 150, 151, 165,167, 169, 173,174, 175, 185, 186, şirketler topluluğunda TTK m. 198, 199, genel kurula ilişkin TTK m. 410, 417, 437, sözleşme değişiklikleri ile ilgili TTK m. 453, 454, 455, 457, 460, 461, 462, 470 vb. bu hükümlere örnek olarak gösterilebilir.

TTK m. 374 hükmünde yönetim kurulunun görevlerinin sınırı "belirlenirken kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında" ifadesi kullanılmıştır. Başka bir ifade ile yönetim kurulu şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında ancak, kanun ve esas sözleşme ile genel kurula bu yetki bırakılmadığı takdirde karar almaya yetkilidir. Esasen, genel kurulun yetkisine giren temel ve de devredilemez görev ve yetkiler TTK m. 408/2¹⁵'de düzenlenmiştir. TTK'nın

¹⁴ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 540, 541; Necla Akdağ Güney: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 147.

¹⁵ TTK m. 408/2: "a) Esas sözleşmenin değiştirilmesi b) Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları c) Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması d) Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması e) Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi f) Önemli miktarda şirket varlığının

çeşitli bazı hükümlerinde de genel kurulun görev ve yetkileri yer almaktadır.¹⁶ TTK'nın genel kurulun görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri açıktır. Dolayısıyla bu bakımdan yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin sınırlarını belirlemek kolaydır. Burada zorluk oluşturan, genel kurula esas sözleşme ile bırakılan yetkilerin neler olduğunun belirlenmesi noktasıdır. Zira esas sözleşme ile kendisine bırakılan alanda genel kurul, işletme konusunun gerçekleştirilmesi için her türlü iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olacaktır. Acaba TTK m. 375'te sayılanlar dışında kalan görev ve yetkilerin genel kurula devredilmesi mümkün müdür? İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içinde yer almadığı sürece, yönetim kuruluna ait görev yetkilerin genel kurula devredilmesi mümkündür.¹⁷ Bununla birlikte genel kurul ile yönetim kurulu arasında işlev ayrılığının bulunması ve genel kurulun, yönetimle ilgili aldığı karar bakımından bir sorumluluğunun doğmaması, yönetimle ilgili görev ve yetkilerin esas sözleşme ile genel kurula bırakılmasının hukuk güvenliği açısından uygun olmadığını gösterir. Gerçekten de genel kurulun, yönetim görev ve yetkisini oy kullanmak suretiyle yerine getirmesini sağlayan pay sahibinin, genel kurulun aldığı karar nedeniyle sorumluluğunun doğması söz konusu olmaz. Dolayısıyla, yönetim kuruluna ilişkin görev ve yetkilerin, yönetim kurulunca kullanılması gerektiği, esas sözleşme ile bu yetkilerin devredilmesi gündeme geldiğinde de bunun ancak yönetime devredilebileceği sonucuna varılmalıdır.¹⁸

Yönetim görev ve yetkisinin sınırlarını bu şekilde belirledikten sonra yönetimin işlev anlamının yanı sıra, ikinci anlamıyla yönetimi gerçekleştiren örgüt olduğunu belirtmekte fayda vardır.¹⁹ Yönetim görevi anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından yürütülür.

Yönetim kurulunun ikinci olarak değinilmesi gereken asli fonksiyonu ise temsildir (TTK m. 365). Temsil ile anlaşılması gereken, anonim

toptan satışı”.

¹⁶ Genel kurulun TTK'da düzenlenen diğer görev ve yetkilerine örnek olarak: TTK m. 145, 151, 173, 185, 189/1-a,b, 356, 379/2, 395/1, 396/1, 461/2, 479/3-c, 502, 504, 536/1, 537/1.

¹⁷ Watter/Roth Pellanda, Art 716 N. 6.

¹⁸ Bu görüş ve gerekçesi için bkz. Forstmoser, §9, N.80; Böckli, §12, N.33; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 536.

¹⁹ Tekinalp, 12-29.

şirketin üçüncü kişilerle tek, iki ve çok taraflı hukuki işlemler yapması, taahhütler vermesi, mahkemelerde, devlet kurum ve kuruluşlarında yani en geniş anlamı ile dış ilişkilerde temsil edilmesidir.²⁰ Şirket unvanı altında, şirket adına imza atacak kişileri yönetim kurulu belirler ve esas sözleşmede aksi öngörülmemişse ya da tek kişilik bir şirket söz konusu değilse, temsil yetkisi çift imza ile kullanılır (TTK m. 370/1).

Temsil yetkisinin kapsamı ise TTK m. 371’de düzenlenmiştir. Hükmünde temsile yetkili olanların şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabileceği düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında işletme konusu dışında yapılan işlemler bakımından Türk hukukunda ultra vires ilkesini kaldıran bir kural getirilmiştir. Buna göre şirketin temsilcilerinin üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptıkları işlemler şirketi bağlar. Ancak üçüncü kişi, işlemin işletme konusu dışında olduğunu biliyor veya durumun gereğinden bilebilecek durumda ise şirket bunu ispat edebildiği sürece işlemle bağlı olmayacaktır. Dolayısıyla kural olarak şirket işletme konusu dışında temsilcinin yaptığı işlemler ile bağlıdır.

Temsil yetkisinin kanunda öngörülen istisna dışında iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sınırlandırılması mümkün değildir. Öngörülen istisna ise temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülendiğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilan edilen sınırlamalardır (TTK m. 371/3). Temsil yetkisine ilişkin ancak bu yönde yapılan sınırlama varsa, geçerli sınırlamadan bahsedilebilecektir. Bunun dışında yapılacak herhangi bir sınırlama tescil ve ilan edilmiş olsa bile tescil olumlu etkisini göstermeyecek ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezdir.

Temsile ilişkin olarak 6552 sayılı Kanun’un²¹ 131. maddesi kapsamında TTK m. 371’e 7. fıkra eklenmiştir. Buna göre “Yönetim kurulu, yukarıda belirtilen temsilciler dışında, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, 367. maddeye göre hazır-

²⁰ Tekinalp, 12-71.

²¹ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanununun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun, RG, 11.09.2014, S. 29116.

lanacak iç yönergede açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilanı zorunludur. İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılar atanamaz. Bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılar da ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur". Öğretide eklenen bu yeni fıkraya ilişkin çeşitli eserler verilmiş, kapsamlı araştırmalar yapılmış ve hükme ilişkin çelişkiler açıkça ortaya konulmuştur. Konumuz kapsamı açısından bu hükme ilişkin birkaç önemli noktaya değinmekle yetineceğimizi belirtmekte fayda vardır.²² Anılan hüküm temelinde TTK m. 371/3 hükmüne aykırı olarak dış ilişkide konu ve miktar bakımından sınırlama yapılmasının önünü açmış, böylece temsil yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet sözleşmesi ile bağlı olan kişiler bakımından bu sınırlamayı yasal hale getirmiştir. Bunun da ötesinde sınırlanan temsil yetkisinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi sonucu tescilin olumlu etkisi gündeme gelecek, üçüncü kişiler açısından iyi niyet ortadan kalkacak ve şirket, yetkisi dışında işlem yapan temsilcinin yaptığı işlemle bağlı olmayacaktır²³. Anılan hükmün ticaret hukukunun pek çok ilkesini sarstığı göz ardı edilmeksizin hükme ilişkin gerekli değişikliklerin en kısa sürede yapılması gerekmektedir.

B. Yetki Devri

1. Yönetim Yetkisinin Devri

Anonim şirketin istediği yönetim modelini benimseyebilmesi için getirilmiş önemli düzenlemelerden biri de yetkinin devredilmesidir. Özellikle büyük ölçekli anonim şirketlerde, yönetim yetkisinin devri anonim şirketin işlerinin daha etkili, hızlı ve kolaylıkla gerçekleşmesini sağlar. Zira bu şirketlerde, yönetim yetkilerinin kapsamı oldukça geniştir ve bu kapsam farklı nitelikte birçok işi bünyesinde barındırır. Bu nedenle söz konusu yetkilerin kurul şeklinde kullanılması çeşitli

²² Bkz. İsmail Kırca, "TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 3, s. 23vd.; Veliye Yanlı/Gül Okutan Nilsson, "Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 4, s. 5 vd.; Necla Akdağ Güney, "6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371'e Eklenen Yedinci Fıkraya İlişkin Değerlendirmeler", www.arslanlibilimarşivi.com (erişim 9.10.2018)

²³ Akdağ Güney, *arslanlibilimarşivi*, s. 24.

güçlükleri beraberinde getirir.²⁴ Öte yandan, yönetim yetkisinin devredilmesi halinde, şirketin üst gözetiminin etkili bir şekilde sağlanması büyük önem taşır.

TTK m. 367/I hükmünde yönetim kurulunun yönetim görev ve yetkilerini devredebileceği düzenlenmiş, ancak bu yetki devrinin kapsamı TTK m. 375 hükmünde belirlenen devredilemez görev ve yetkilerin dışında kalan yetki ve görevler bakımından belirlenmiştir. Böylece yönetim kurulu gerektiği takdirde, TTK m. 375'te yer alan görev ve yetkileri dışında, TTK m. 367 hükmü çerçevesinde, yönetimi kısmen ya da tamamen devredebilir. Anılan hükümde temsil yetkisinin devri düzenlenmemektedir. Gerçekten de TTK m. 367'nin²⁵ gerekçesinde, bu hükümde düzenlenen devrin temsil yetkisini içermediği, temsil yetkisinin devrinin TTK m. 370 hükmüne göre yapılması gerektiği belirtilmektedir.

TTK m. 367/1'e göre yönetim kurulunun yönetimi devredebilmesi için bazı şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de hükümde ilgili devrin yapılabilmesi için öncelikle esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması gerektiği düzenlenmiş, bunun yanında yönetim kurulunun hazırlayacağı bir iç yönergeye göre yönetimin devrinin esaslarının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş ve yönetimin devri için muhakkak bir yönetim kurulu kararının alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Yönetimin devrine ilişkin esas sözleşmede bulunması gereken hükmün nasıl düzenleneceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Esasen "yönetim devredilir veya devredilebilir" gibi bir ifadenin esas sözleşmede yer alması yeterlidir.²⁶ Yönetim kurulu esas sözleşme ile kendisine bırakılan bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir.

Yönetimin devrinin şartlarından olan yönetim organının hazırlayacağı iç yönerge ile şirketin yönetim şekli düzenlenir ve görev alanlarının belirlenmesi sağlanır. Yönergede genel bir örgüt şemasının verilmesi yeterli olmayıp, yönerge karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetime ilişkin esasları içermelidir.²⁷

²⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30, N.4.

²⁵ 6762 sayılı TTK m. 319/2'de "temsil yetkisinin ve idare işlerinin" devri düzenlenmişti.

²⁶ Tekinalp, 12-52. Devrin nasıl yapılacağına da esas sözleşmede belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Doğan, s. 122.

²⁷ TTK m. 367, madde gerekçesi

2. Yönetim Yetkisinin Devredilebileceği Kişiler

TTK m. 367/1 hükmünde yetki devrinin yapılabileceği kişiler, yönetim kurulu üyeleri ya da üçüncü kişiler olarak gösterilmiştir. Buna göre yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına ya da üçüncü bir kişiye devredilebilir. Yönetim kurulu üyesi olan ya da olmayan bir tüzel kişiye de yönetim yetkisinin devri mümkündür.²⁸

TTK m. 370/2'de temsil yetkisi bakımından, bunun murahhas üye ya da müdür olarak üçüncü kişilere devredilebileceği düzenlenmiştir. Acaba yönetim yetkisinin devri halinde de murahhas üye ve müdür terimlerinin kullanılması mümkün müdür? Bu soruyu sormayı gerekli kılan TTK m. 367 düzenlemesidir. Zira hükümde yönetimin devredileceği kişiler açısından murahhas üye ve müdür terimlerine yer verilmiştir. Dolayısıyla anılan terimlerin kullanılması için sadece yönetim yetkisinin devri yeterli değildir, yönetim ile birlikte temsil yetkisinin de devri gereklidir.²⁹ Sadece yönetim yetkisi devredildiği takdirde, bu yetkileri devralan kişiler bakımından murahhas üye ve murahhas müdür ifadelerini kullanmak mümkün değildir.

Bu konuya ilişkin değinilmesi gereken önemli hususlardan biri de yönetimin devrinde, devrin yapılabileceği kişi sayısıdır. TTK m. 367 hükmünün lafzından anlaşıldığı üzere, yetki devri yönetim kurulu üyesi olan tek bir kişiye de yapılabileceği gibi, devrin birden fazla kişiye yapılması da gündeme gelebilir. Devredilen yetkinin kapsamı da değişiklik gösterebilir. Esasen bu konu tümüyle şirketin büyüklüğüyle ilgilidir. Söz konusu kapsamda birden fazla kişiye birbirinden farklı görev ve yetkinin devri söz konusu olabileceği gibi, aynı görev yetkilerin yine birden fazla kişiye devri de mümkün olabilir.³⁰ Devri söz konusu olan yetkilerin iç yönergede ayrıntısıyla belirlenmesi sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından önem taşır.

²⁸ Anlam Altay, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Et-kileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 83 vd.

²⁹ Tekinalp, N. 12-68. 6762 sayılı TTK m. 319/2'de “.. temsil salâhiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası murahhaslara veya paysahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere” devri düzenlemiş, hem yönetim hem de temsil yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesinin murahhas üye, paysahibi olmayan bir üçüncü kişinin ise müdür olacağı kabul edilmiştir.

³⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 N.54 vd.; Forstmoser, § 6 N.5 vd.; Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 596; Altay, s. 79.

3. Temsil Yetkisinin Devri

TTK m. 370/2'ye göre, yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Bunun yanında en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması şarttır. Hükümde temsil yetkisinin devredileceği açıkça düzenlenmiş, bununla birlikte devrin koşullarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. TTK m. 370/1 hükmünde esas sözleşmede aksine hüküm bulunmaması kaydıyla çift imza kullanılması kaydı, TTK m. 370/2'de temsil yetkisinin devredilmesini de kapsamaktadır. Başka bir deyişle yönetim kurulu, esas sözleşme ile kendisine çift imzaya ilişkin bir yetki verilmemişse ya da esas sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa çift imza kuralının aksine bir kural getirecek şekilde temsil yetkisini içlerinden bir yönetim kurulu üyesine devredemez. Dolayısıyla temsil yetkisinin devri için esas sözleşmede bu yönde hüküm bulunmalıdır.³¹ Temsil yetkisinin devri, TTK m. 367 hükmü ile birlikte değerlendirilmeli, devir için esas sözleşmede hüküm bulunması ve bir yönetim kurulu kararı yanında, devre ilişkin ayrıntılar iç yönergede belirlenmelidir.³²

III. İcra Kurulunun Oluşumu, Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu

A. Genel Olarak

İcra kurulunun yapısının ve oluşumunun anlaşılması açısından öncelikle yönetim kurulunun ve yönetimin organizasyonuna ilişkin sistemlerin incelenmesinde fayda vardır. Hukuk sistemleri incelendiğinde karşımıza yönetim modelleri açısından monist sistem ve düalist sistem çıkmaktadır.³³ Monist sistemde şirketin yönetimi, temsili ve gözetimi birbirinden ayrılmaksızın yönetim kuruluna bırakılmıştır. Yönetim kurulu ise icra yetkisine sahip olan ve icra yetkisine sahip olmayan üyelerden oluşur. İcra yetkisine sahip üyeler yönetim kurulunun

³¹ Akdağ Güney, s. 108. Esas sözleşmede hüküm olmadan da temsil yetkisinin devrinin mümkün olduğu, devrin TTK m. 367/1'e göre yapılmasının TTK m. 553/2 hükmünün uygulanması bakımından önem taşıdığı, esas sözleşmede hüküm bulunmasının yetki kullanımının genel kurulun ihtiyarına bırakıldığı anlamına geldiği yönünde bkz. Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 627.

³² Tekinalp, N. 12-75.

³³ Bu konuya ilişkin olarak bkz. Böckli, § 13 N.896 vd; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, B.3, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 30 N. 21; Akdağ Güney, s. 69 vd.; Doğan, s. 23 vd.

kendilerine verdikleri yetki kapsamında karar alma yetkisiyle donatılmışken, icra yetkisi olamayan üyeler, yönetim kurulunun münhasır görev ve yetkileri dışında karar alma sürecinde yer almazlar. Bu sistemin en önemli özelliği, yönetim ve temsil görevinin yanı sıra yönetim kurulunun gözetim yetkisi arasında bir ayırım yapılmaksızın, kurulun bu yetkileri birlikte kullanabilmesidir.

Alman paylı şirketlerinin klasik örneğini oluşturan düalist sistemde ise gözetim kurulu ve yönetim kurulu olmak üzere iki organ bulunmaktadır ve bunlar arasında kuvvetler ayrılığı prensibi benimsenmiştir. Yönetim kurulu, yönetim ve temsil görevini yerine getirirken, gözetim kurulu yönetim kurulunun faaliyetlerinin gözetimini yapmakla birlikte, kanuni istisnalar dışında şirketin yönetim ve temsiline karışmaz.

TTK m. 367'nin madde gerekçesinde, Türk hukukunda monist sistemin benimsendiği ifade edilmektedir. Her ne kadar bu sistem benimsenmiş olsa da TTK m. 375'te şirketin üst düzey yönetimi yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmış, anılan hükümde düzenlenen diğer görev ve yetkiler dışındaki görev ve yetkilerin devrine ise olanak sağlamıştır (TTK m.367). Böylelikle, bir kişinin ya da kurulun kendi iş ve işlemlerini denetlemesinin güçlüğü göz önüne alınmış, yönetim görev yetkisini devreden yönetim kurulu üyelerine sanki bir gözetim kurulu gibi çalışma olanağı verilmiştir.³⁴ Her ne kadar TTK'da icra kurulunu düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmasa da TTK'nın sistemi gerek icracı üye gerek icra kurulu aracılığıyla monist sistemin katı bir şekilde uygulanmasının önüne geçmiştir.

B. Oluşumu

İcra kurulu, anonim şirkete daha fazla zaman ayırıp, yönetime katkı sağlayabilecek kişilerden oluşmasının yanında yönetimin iç halkasını da meydana getirir.³⁵ Yönetimde aktif rol oynamakla birlikte icra kurulu yönetim kurulundan tümüyle farklıdır. Anonim şirket yönetim kurulu, TTK m. 375 hükmüne göre devredilemez görev ve yetkilerle donatılmış, şirketin yönetim ve temsil organıdır. Ancak TTK m. 367/1 uyarınca yönetim yetkisini ve TTK m. 370/2 hükmüne göre ise temsil

³⁴ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 529, 531.

³⁵ Forstmoser, § 5 N. 75.

yetkisini devredebilir. Uygulamada icra kurulunun, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri dışında kalan görev ve yetkilerini ve temsil yetkisini devraldığı görülmektedir. Bir an için yönetim kurulunun gözetim yetkisinin de devrinin söz konusu olabileceği ve icra kurulunun aynı zamanda gözetim faaliyetini de üstlenebileceği düşünülebilse de bu hususun kabulü mümkün değildir.³⁶ Zira üst gözetim yetkisi açıkça 375/1-e ile yönetim kuruluna verilmiş, kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Esasen icra kuruluna tüm görev ve yetkilerin devri gerekli değildir. TTK m. 367/1 hükmünde de açıkça, görev ve yetkilerin kısmen ya da tamamen devrinden bahsedilmiştir. Şirketin günlük ve genel işlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan yetki ve görevlerin devri kanaatimizce yeterlidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yönetimin devrini düzenleyen hükümler genel, çok önemli olmayan, devredilene takdir yetkisini kullanma imkânı vermeyen kararlara ilişkin değildir. Zira anılan yetkilerin devri ve kullanılması nedeniyle TTK m. 553/2'de düzenlenen sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır. Bu noktada, TTK m. 366/2 hükmü kapsamında, yönetim kurulunun işlerin gidişatını izlemek, kendisine rapor hazırlamak ya da iç denetimi sağlamak amacıyla komite ve komisyonlar oluşturmasını, yönetim ve temsil yetkilerinin devrinden ayırmak gerekir. Zira TTK m. 366/2 hükmüne göre oluşturulan komite ve komisyonlarda, TTK m. 367/1'deki yetki devri için aranan şartların hiçbiri aranmaz. Bununla birlikte, acaba icra kurulunun TTK m. 366 kapsamında bir komite şeklinde oluşturulması mümkün müdür? TTK hükümleri çerçevesinde bu hususa ilişkin herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, kurulun genel itibarıyla şirketin yönetim ve temsiline ilişkin faaliyetleri gerçekleştirmesi nedeniyle icra kurulu adı altında bu yönde bir komite oluşturulması anlamlı olmaz.

Burada cevaplandırılması gereken başka bir soru ise icra kuruluna her hal ve şartta yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredilip devredilmeyeceğidir. Bu soru, yönetim yetkisinin devrinin temsil yetkisinin devri anlamına gelmeyeceğinden olumlu yanıtlanmalıdır. Başka bir ifade ile kurula sadece yönetim yetkisinin devri de mümkündür. Ancak uygulama açısından bu durum çeşitli zorluklara neden olabilir.

³⁶ Bu konuya ilişkin bkz. Doğan, s. 57.

Pek çok durumda yönetim yetkisinin devri temsil yetkisinin kullanımını zorunlu kılabilir. Dolayısıyla amaca en uygun olanı, yönetim yetkisiyle birlikte temsil yetkisinin de devredilmesidir.³⁷

İcra kurulunun kurulabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmalıdır (TTK m. 367/1).³⁸ Bunun yanında, yönetim kurulu, icra kurulu kurulması yönünde bir karar almalı ve düzenleyeceği iç yönerge ile icra kuruluna bırakılan görev ve yetkileri belirlemelidir.

İcra kurulu şirkette tam zamanlı olarak çalışabilecek kişiler arasından seçilmelidir. Çoğunlukla bunlar ile anonim şirket arasında hizmet sözleşmesi bulunur.³⁹ İcra kurulu üyeleri daha aktif üyeler olmalarından ve yönetim işleriyle daha yoğun bir şekilde ilgilenmelerinden dolayı, şirketle ilgili bilgilere, yönetim kurulu üyelerine göre daha kolay erişirler. Bu bilgi akışı nedeniyle de icra kurulu kimi zaman, icra kuruluna göre daha az toplanan yönetim kurulu için karar taslakları hazırlar. Söz konusu nedenlerle, şirketlerde icra kurulu oluşturulması eleştirilmiş,⁴⁰ yönetim kurulunun işlevlerini azalttığı, çoğu zaman şirkette yönetim yetkisi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu toplantılarında icra komitesinin sağladığı bilgi yoluyla karar vermeleri nedeniyle, icra kurulunun dolaylı olarak yönetim kurulunun kararlarında etkili olduğu belirtilmiştir. Bu görüşün haklı gerekçeleri olduğu şüphesizdir. Ancak, özellikle pay sahibi sayısı fazla olan halka açık şirketler açısından icra kurulları önem taşımaktadır. Bu hususa ilişkin TTK'nın izin verdiği ölçüde müdahale ise Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)⁴¹ ile yapılmaktadır. Hemen belirtelim Tebliğ tüm halka açık şirketleri kapsamakla birlikte, Tebliğ'e ek olarak çıkartılan Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ) payları borsanın belirli pazarlarında işlem gören şirketler için zorunlu olarak düzenlenmiştir.⁴² Buna göre icra kuruluna ilişkin hükümler şu şekilde sıralanabilir:

³⁷ Tekinalp, 12-69.

³⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 N.37

³⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 N. 61.

⁴⁰ Bkz. Forstmoser, § 5 N. 80.

⁴¹ RG, 30.12.2011, S: 28158.

⁴² Payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarında işlem gören ortaklıklar ile Paylarının ilk defa halka arz edilmesi ve/veya borsada işlem görmeye başlaması için Kurula başvuran/başvurulan ortaklıklardan; payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarında işlem görecektir olanlar.

“Yönetim kurulu başkanı ile icra başkanı/genel müdürün yetkilerinin net bir biçimde ayrıştırılması ve bu ayrımın yazılı olarak esas sözleşmede ifade edilmesi esastır. Şirkette hiç kimse tek başına sınırsız karar verme yetkisi ile donatılmamalıdır” (m. 4.2.5).

“Yönetim kurulu başkanı ve icra başkanı/genel müdürün aynı kişi olmasına karar verilmesi durumunda, bu durum gerekçesi ile birlikte KAP’ta açıklanır” (m. 4.2.6).

“Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu icrada görevli olmayan üyelere oluşur. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi, üyelik haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi veya kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan kişidir” (m.4.3.2).

“İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyeler bulunur” (m. 4.3.3).

KYİ incelendiğinde, yönetim kurulu başkanı ile icra başkanının ayrışması gerektiği vurgulanmış, bunun gerekçesi olarak da yönetimin tek bir kişinin elinde sınırsız olarak kalmaması gerektiği gösterilmiştir. Benzer bir hüküm, Bankacılık Kanunu m. 23/1’de düzenlenmiş, genel müdürlük ve yönetim kurulu başkanlığı görevlerinin aynı kişi tarafından icra edilemeyeceği ifade edilmiştir. Gerçekten de her iki görevin bir kişide birleşmesi gücün tek elde toplanmasına neden olduğu gibi, şirketin yönetiminde, özellikle pay sahipleri ile yönetim yetkisine sahip kişiler arasında menfaat dengesinin sağlanmasında sorunlar ortaya çıkarır. Gücün tek elde toplanmasının en önemli sonuçlarından biri de yönetim kurulunun, devredilemez yetkilerinden olan gözetim görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olmasıdır. Esasen karar alma sürecinin icra kuruluna, bu kararları kontrol ve denetleme sürecinin ise yönetim kuruluna ait olması en ideal yönetim modelini oluşturur. Özellikle KYİ m. 4.3.2’de de belirtildiği üzere, yönetim kurulunun çoğunluğu icrada görevli olmayan üyelere oluşmasının, anılan üyeler içinde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yer almasının da (KYİ m.4.3.3) en önemli nedenlerinden biri budur. Ancak yönetim kurulunda icracı olan üyelerinde bulunması gereklidir. Bu husus KYİ m. 4.3.3’te de ayrıca belirtilmiş, yönetim kurulunda icrada görevli olan

ve olmayan üyelerin bulunacağı düzenlenmiştir. Zira dualist sistemin, başka bir ifade ile yönetim ve gözetim kurulu bulunan ve bu iki kurulun birbirinden tümüyle ayrıştığı yönetim modelinde, iki kurul arasındaki bilgi iletişiminin zayıfladığı ve üst denetim görevinin yalnızca performans değerlendirmesine dönüşebildiği görülmektedir. Alman şirketlerinde yönetimin aldığı kararlar nedeniyle yaşanan skandallar bunun en önemli göstergesidir.⁴³

KYİ m. 4.3.3’de icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu’nun payları borsada işlem gören anonim şirketlerde, icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulundaki ve komitelerdeki işlevlerine ilişkin 2005/162/EC sayılı Tavsiyesi’nde icracı olmayan üye, ortaklığın günlük yönetimine dahil olmayan yönetim kurulu üyesi olarak tanımlanmış (m. 2.3), Tavsiye’nin bir diğer maddesinde ise icracı olmayan yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulunun, icracı üye dışındaki üyesi olduğu belirtilmiştir (m. 2.4). KYİ m. 4.3.2’de de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bu yapılan tanımlardan çıkan ortak sonuç, bağımsız yönetim kurulu üyesinin icra kurulunda yer almayacağıdır.

Bağımsız bir yönetim kurulu üyesinin, KYİ’de de ifade edildiği gibi şirkette başkaca herhangi bir idari görevinin veya kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunamayacağının ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olamayacağının tespiti yapıldıktan sonra, yönetim ve temsil yetkisinin devredilmediği yönetim kurullarında bağımsız yönetim kurulu üyesi bulunup bulunmayacağı sorusu gündeme gelir. Zira bağımsız yönetim kurulu üyesi icrai faaliyette bulunamamaktadır. Yetki devredilmişse, yetkisini devreden yönetim kurulu üyeleri icracı olmayan yönetim kurulu üyesi olacaktır. Öte yandan TTK m. 367/2’de, yönetimin devredilmesi halinde, yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olacağı hüküm altına alınmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin icracı olmayan yönetim kurulu üyesi niteliğini taşıması gerekliliği nedeniyle, KYİ’ye tabi olacak her şirkette yönetim kurulunun TTK m. 367/1 çerçevesinde

⁴³ Melsa Ararat/Muzaffer Eroğlu, “Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevinin Ayrılığı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. 5, S. 1, s. 110.

yetki devri yapması zorunludur.⁴⁴ Ancak uygulamada payları borsanın belirli pazarlarında işlem gören şirketler için bu yönde bir zorunluluk öngörülmesi işlevsel değildir. Dolayısıyla anılan şirketler açısından KYİ m. 4.3.3'ün uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Burada bahsedilmesi gereken başka bir husus ise, icra kurulu başkanın aynı zamanda anonim şirketin CEO'su (Chief Executive Officer) olması durumudur. Bir tanıma göre CEO, şirketin üst düzey yöneticilerini yöneten kişidir.⁴⁵ Türk hukukunda CEO'nun tanımına, görev ve sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anonim şirketlerde yönetim ve gözetim ayrımının sağlanması, şirketin profesyonel yöneticiler eliyle yönetilebilmesi bakımından uygulamada, özellikle halka açık anonim şirketlerin CEO eliyle yönetildiği görülmektedir. CEO'nun görev ve yetkileri şirket esas sözleşmesi ve iç yönergede belirlenir. Esasen ister CEO, ister Murahhas üye ya da müdür, ister icra kurulu başkanı olarak adlandırılınsın, hukuki açıdan önem taşıyan ilgili kişinin hangi sığata sahip olduğu değil, şirketin yönetim ve temsiline ilişkin TTK'nın hangi hükümleri kapsamında, hangi yetkilere sahip olduğudur.⁴⁶ Dolayısıyla bir anonim şirkette, TTK m. 367/1 kapsamında yönetim devrinin gerçekleşmesi ve bir icra kurulunun oluşması halinde bu icra kurulunun bir başkanı olması ve bunun CEO olarak adlandırılması mümkündür. Bu halde KYİ uyarınca şirketin CEO'su ile yönetim kurulu başkanının aynı kişiler olmaması gerekir.⁴⁷ Bu sıfatların tek bir kişide toplanması halinde söz konusu durumun gerekçeleriyle birlikte kamuyu aydınlatma platformunda (KAP) açıklanması gerekir.⁴⁸

⁴⁴ Veliye Yanlı, "Anonim Şirketlerin Vergi Borçlarından Kanunî Temsilcilerinin Sorumluluğuna İlişkin Bazı Hususlar", *BATİDER*, Ankara 2013, C. XXIX, S.4, s. 75; Yönetim ve yetki devri yapılmaması halinde, tüm yönetim kurulu üyelerini icracı yönetim kurulu üyesi olarak da nitelememek gerektiği, bu takdirde görev ve yetkilerin kurul halinde kullanılacağından, yönetim ve temsil görevini üstlenmiş icracı yönetim kurulu üyesi de bulunmayacağı yönünde bkz. Çağlar Manavgat, "Bağımsız Yönetim Kurulunun İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 1, s. 43.

⁴⁵ Ayşe Odman Boztosun, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Kitabevi, Ankara 2013, s. 45, Öğretideki başka tanımlar için bkz. Ahmet Cemil Ünal, Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 134

⁴⁶ Altay, s. 79-80; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 595, 596.

⁴⁷ Şirkette karar verme ve icra yetkisinin tek bir kişi elinde toplanmasının şirketin stratejik yönetimi bakımından daha etkili olacağına ilişkin öğretideki görüşler için bkz. Doğan, s. 66 dn. 208.

⁴⁸ Sermaye Piyasası Kanunu m. 3/1-k'ye göre, mevzuat uyarınca kamuya açıklan-

Bu arada son olarak tartışılması gereken konu ise, yönetim kurulu kararıyla ve TTK m. 367/1'deki diğer koşulların gerçekleşmesi yoluyla yetkiyi devralan icra kurulunun, bu yetkileri başka bir kişi ya da kişilere devredip devredemeyeceğidir. Öğretide yönetim kurulunun onay vermesi ve iç yönergede hüküm bulunması halinde ikinci devrin mümkün olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır.⁴⁹ Ancak icra kurulunun devraldığı yetkiyi başka kişi ve kişilere devredemeyeceğinin kabulü gereklidir.⁵⁰ TTK m. 375/1-d hükmüne göre müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında düzenlenmiştir. Anılan yetkinin yönetim kurulu dışında kullanılması mümkün değildir. Bunun yanında, TTK'da nasıl ki genel kurul ve yönetim kurulu arasında bir işlev ayrılığı söz konusuysa, kanunun düzenlediği şekilde her iki organ birbirinin görev ve yetkilerine müdahale edemiyorsa, benzer durumun yönetim kurulu ile icra kurulu arasında da var olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde, genel kurulun, yönetim kurul üyelerini seçme göreviyle güdülen amaca aykırı davranılmış olur.⁵¹

C. Hukuki Statüsü

İcra kurulunun, yönetim kurulunun yönetim ve temsil görevini devralması ve iç yönerge ile kendisi için belirlenen alanla sınırlı olmak üzere yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri dışındaki diğer görevlere ilişkin yetkileri kullanması ve TTK m. 553/2 kapsamında fiil ve kararlarından sorumlu olması, hukuki statüsünü belirlemeyi zorunlu kılmaktadır.

ması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistem kamuyu aydınlatma platformudur.

⁴⁹ Forstmoser, § 4 N. 46; Watter/Roth Pellanda, Art 716b N. 15.

⁵⁰ Yönetimin tekrar devrinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Tekinalp, 12-62; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 597; Doğan, s. 236-237; Altay, s. 86-87. Ayrıca Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında "TTK m. 375 uyarınca, müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz olanların atanmaları ve görevden alınmaları, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır. Bu nedenle, yönetim kurulu kararı olmaksızın şirket genel müdürü tarafından bir şube müdürü atanması hukuka aykırıdır" yönünde karar vermiştir. Bkz. 11. HD.14.06.2017, E. 2016/1223, K. 2017/3709, *Batider*, Ankara 2017, C. XXXIII, S. 3, s. 279.

⁵¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 597.

Yönetimin devri esas olarak, yönetim kurulunun aldığı kararın uygulanması için yetkinin devralanlara bırakılması değil, bizzat karar alma yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile burada organsal işlevin devri söz konusudur. İsviçre öğretisinde İBK m. 716b'de organsal işlevin devrinin söz konusu olup olmadığı bakımından, organ sorumluluğu doğuran İBK 754/1'in (TTK m. 553) dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüş, organın şirketin iradesini oluşturan kararlar aldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, İsviçre öğretisinde yönetimi devralanların, şirketin iradesini oluşturan kararlar almaları ve bu kararlar nedeniyle sorumluluk hükümlerine tabi olmaları nedeniyle organ sıfatını kazanacakları kabul edilmektedir.⁵² Türk hukukunda da aynı görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır.⁵³

Yetki devrinde organsal yetkilerin devrolduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte, yetkiyi devralanların ileri sürüldüğü gibi organ sıfatını kazanıp kazanmadığı tartışmalıdır. Zira organ, fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokabilir, özel sorumluluk rejimine tabidir ve organın eksikliği tüzel kişinin sona ermesi ile sonuçlanır. İcra kurulunun az önce saydığımız fiilleri ve işlemleriyle şirketi borç altına sokması ve TTK m. 553/2'deki sorumluluk hükmüne tabi olması açısından bu şartlar gerçekleşmektedir. Ancak TTK 530'da düzenlenen ve organ eksikliğinin şirketin feshi sonucunu yaratmasına ilişkin hüküm icra kurulu bakımından uygulanamaz. Zira TTK'da düzenlenmiş iki zorunlu organ yönetim kurulu ve genel kuruldur. Ancak, bu iki zorunlu organın bulunmaması veya genel kurulun toplanamaması halinde ancak şirketin feshi gündeme gelir. Dolayısıyla icra kurulunun zorunlu bir organ olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Olsa olsa ihtiyari bir organ olarak nitelendirilebilir.

D. Sorumluluğu

Yönetim kurulunca yapılan yetki devri sonucunda, icra kurulunun gerçekleştirdiği fiil ve işlemler nedeniyle sorumluluğu söz konu-

⁵² Bkz. Böckli, §13, N.311; Ronald von Büren/Walter A Stoffel/ Rolf H Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3.Aufl, Schulthess Verlag, Zürich,Basel,Genf 2011, N. 454.; Forstmoser, §6, N.25.

⁵³ Kırca/Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 593; Akdağ Güney, 102; Doğan, s. 244; Aksi görüş için bkz. Duygu Demirel, "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, s. 224-225.

sudur. Kural olarak yönetim kurulu üyeleri devrettikleri görev ve yetkiler ile ilgili olarak sorumlu tutulamazlar. Bu husus, “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar” hükmüyle TTK m. 553/2’de düzenlenmiştir.

İcra kurulunun fiil ve kararlarından TTK m. 553/2 kapsamında sorumlu olabilmesi için öncelikle kanuna uygun bir devrin gerçekleşmesi şarttır. Dolayısıyla yetki devrine ilişkin hüküm esas sözleşmede yer almalı ve iç yönerge ile bu husus düzenlenmeli, yönetim kurulu da bu yönde karar almalıdır. Bunun yanında yapılan devrin, TTK m. 375’te sayılan yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer almaması gerekir. Aksi takdirde, hukuka uygun bir yetki devri yapılmamış olur.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, yetki devri bir ya da birden fazla kişiye farklı konularda yapılabileceği gibi, birden fazla kişiye aynı görev ve yetkiler devredilmiş olabilir. Böyle bir durumda icra kurulu gündeme gelir. Usulüne uygun bir devir gerçekleştiği takdirde, icra kurulu da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olur. Başka bir ifade ile TTK m. 553/1’e göre kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. İcra kuruluna, ortaya çıkan zararın tazmini bakımından farklılaştırılmış teselsül hükümleri uygulanır (TTK m. 557).

İcra kuruluna yapılan yetki devri nedeniyle, icra kurulunun organ olarak nitelenmesinin sonuçlarından biri de yönetim kurulu üyeleri ile aynı özen ve bağlılık yükümüne tabi tutulmalarıdır. Bunun yanında, yönetimi devralan icra kurulu üyeleri pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesini (TTK m. 357) gözeterek hareket etmekle, başka bir ifade ile pay sahiplerini eşit şartlarda eşit işleme tabi tutmakla yükümlüdürler⁵⁴.

⁵⁴ Forstmoser, §6, N.27.

SONUÇ

TTK m. 367/1 ve TTK m. 370/2 hükümleri kapsamında yönetim kuruluna ait olan yönetim ve temsil yetkisinin devri mümkündür. Buna göre, esas sözleşmede hüküm bulunması, iç yönergenin bu devrin kapsamını düzenlemesi ve bu konuya ilişkin yönetim kurulu kararının bulunması geçerli bir devrin yapılması için yeterlidir. Her ne kadar temsil yetkisinin devri açısından esas sözleşmede düzenlenmenin bir koşul olarak aranmaması gerektiğini savunan görüşler bulunsa da, TTK m. 370/1 hükmünde çift imza yetkisinin kullanımı esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmamasına bağlandığından, temsil yetkisinin devri açısından da yine esas sözleşmede düzenlenme şartı aranmalıdır.

Uygulamada yönetim ve temsil yetkisinin birden fazla kişiye devredilmesi, anonim şirket içerisinde icra kurulunun oluşmasına neden olmaktadır. İcra kurulu anonim şirkete daha fazla zaman ayırıp, yönetime katkı sağlayabilecek kişilerden oluşur. İcra kuruluna tüm görev ve yetkilerin devri gerekli değildir. TTK m. 367/1 hükmünde de açıkça, görev ve yetkilerin kısmen ya da tamamen devrinden bahsedilmiştir. Şirketin günlük ve genel işlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan yetki ve görevlerin devri yeterlidir. Bununla birlikte, yönetimin devrini düzenleyen hükümler genel, çok önemli olmayan, devredilene takdir yetkisini kullanma imkânı vermeyen kararlara ilişkin değildir. Zira anılan yetkilerin devri ve kullanılması nedeniyle TTK m. 553/2' de düzenlenen sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

İcra kuruluna ilişkin düzenlemelerden biri de KYİ' de yer almaktadır. Anılan ilkelerde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinden seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla icra kurulu üyeleri arasında bağımsız yönetim kurulu üyesi bulunamayacaktır. Öte yandan TTK m. 367/2' de, yönetimin devredilmemesi halinde, yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olacağı hüküm altına alınmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin icracı olmayan yönetim kurulu üyesi niteliğini taşıması gerekliliği nedeniyle, KYİ' ye tabi olacak her şirkette yönetim kurulunun TTK m. 367/1 çerçevesinde yetki devri yapması zorunludur. Ancak uygulamada payları borsanın belirli pazarlarında işlem gören şirketler için bu yönde bir

zorunluluk öngörülmesi işlevsel değildir. Dolayısıyla anılan şirketler açısından KYİ m. 4.3.3'ün uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

İcra kuruluna görev ve yetkilerin devrinde, organsal yetkilerin devri söz konusudur. Dolayısıyla bu yetkiyi devralanlar, organ sıfatını kazanmaktadır. Ancak burada kanunen anonim şirkette bulunması gereken zorunlu bir organ değil, yönetim organı tarafından oluşturulan ihtiyari bir organdan bahsetmek mümkündür.

Kaynakça

- Akdağ Güney Necla, "6552 sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371'e Eklenen Yedinci Fıkra İlişkin Değerlendirmeler", www.arslanlibilimarşivi.com
- Akdağ Güney Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016
- Altay Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Ararat Melsa/Eroğlu Muzaffer, "Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevinin Ayrılığı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. 5, Sa. 1, s. 105-122.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl, Schulthess Verlag, Basel 2009.
- Demirel Duygu, "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, s. 211-250.
- Doğan Beşir Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Staempfli Verlag, Bern 1996.
- Forstmoser Peter Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2011
- Kırca İsmail (Şehirali Çelik Feyzan/Manavgat Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013
- Kırca İsmail, "TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 3, s. 23-37.
- Köksal Aytaç, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta Basım, İstanbul 2009.
- Manavgat Çağlar, "Bağımsız Yönetim Kurulunun İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 1, s. 35-75
- Odman Boztosun Ayşe, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Kitabevi, Ankara 2013
- Öztan Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, B.3, Adalet Yayınevi, Ankara 2018

Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 4, İstanbul 2015

Ünal Ahmet Cemil, Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

von Büren, Ronald /Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H., Grundriss des Aktienrechts, 3.Aufl, Schulthess Verlag, Zürich,Basel,Genf 2011

Watter Rolf /Roth Pellanda Katia, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011

Yanlı Veliye/Okutan Nilsson Gül, "Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S. 4, s. 5-42.

Yanlı Veliye, "Anonim Şirketlerin Vergi Borçlarından Kanunî Temsilcilerinin Sorumluluğuna İlişkin Bazı Hususlar", *BATİDER*, Ankara 2013, C. XXIX, S.4, s. 59-79

**HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA
YÖNETİCİLERE SAĞLANAN MALİ HAKLARIN
BELİRLENMESİNDE PAY SAHİPLERİNİN
KARAR SÜRECİNE KATILMASI (SAY ON PAY)
VE YABANCI HUKUKTAKİ
YASAL DÜZENLEMELER***
**SHAREHOLDERS VOTING ON EXECUTIVES'
REMUNERATION IN PUBLIC COMPANIES (SAY ON PAY) AND
LEGISLATIVE REGULATIONS IN COMPARATIVE LAW**

Deniz İpek ERDAL**

Özet: Son yıllarda kurumsal yönetimin en tartışılan konularından biri halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklar ve bu hakların aşırı miktarda belirlenmesi halinde bu durumun pay sahiplerinin menfaatleri açısından doğuracağı sonuçlardır. Zira söz konusu mali hakların tutarlarının fahiş miktarlara ulaşması ve ortaklıkların performansı ile yönetici ücretleri arasındaki bağlantının zayıflaması söz konusu olduğunda, yöneticilerin pay sahiplerinin menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutup tutmadıkları sorunu ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, bu sorunu çözmek amacıyla getirilen çözümlerden biri de yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılarak etkinliğinin ve gözetim yetkisinin artırılması olmuştur. İşte bu çalışmanın konusunu da esas olarak "Say on Pay" olarak adlandırılan bu sürecin amacı, etkileri ve konuya ilişkin İngiltere, Fransa, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği'ndeki (AB) yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin ülkeler üzerindeki etkileri oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Halka Açık Anonim Ortaklık, Mali Haklar, Kurumsal Yönetim, Yönetim Kurulu, Yönetici, Pay Sahiplerinin Oy Hakkı

* Bu makalede yer verilen görüşler, yazarın şahsi görüşleri olup, hiçbir şekilde mensubu olduğu kurumu bağlamaz.

** Uzman Hukukçu, Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi, dipek.erdal@spk.gov.tr, ORCID: 0000-0001-9676-7342, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.1.2018, Kabul Tarihi:

Abstract: In recent years, the most popular topic of corporate governance is executive remuneration in public companies and its results on shareholders' interests. Some shareholders complained that executives are overpaid and these payments are irrespective of their performances. To avoid these problems countries adopt regulations requiring public companies to permit their shareholders to have mandatory or non-mandatory, binding or non-binding votes on the compensation of their executives, which is also called Say on Pay. In this paper we argued the purpose and effects of Say on Pay and legislative regulations adopted by UK, France, Germany, USA and EU on Say on Pay and the effects of these regulations on these countries.

Keywords: Public Companies, Executive Remuneration, Say On Pay, Corporate Governance, Shareholder Voting

GİRİŞ

Son yıllarda, kurumsal yönetimin en tartışılan konularından birinin halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklar ve bu hakların aşırı miktarda belirlenmesi halinde bu durumun pay sahiplerinin menfaatleri açısından doğuracağı sonuçlar olduğu görülmektedir.

Gerçekten de 1990'lı yılların başından itibaren, özellikle ABD, İngiltere ve Avrupa'da yöneticilere sağlanan mali haklarda artış olduğu gözlenmiş olup, bu durumun pay sahipleri ile yöneticilerin menfaatlerinin çatışmasına sebep olması karşısında, pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması ve halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin etkinliğinin artırılmasını teminen bazı yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Bu düzenlemelerin ortak noktası, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin oyuna başvurulmasıdır. 2000-2012 yılları arasında 11 ülke bu yönde kurallar benimsemiş olup,¹ konuya ilişkin ilk düzenleme 2002 yılında İngiltere'de yapılmıştır. İngiltere'yi 2004 yılında Hollanda, 2005 yılında Avusturya, 2006 yılında İsveç, 2007 yılında Danimarka, 2008 yılın-

¹ Ricardo Correa/Ugur Lel., "Say on Pay Laws, Executive Compensation, Pay Slice, and Firm Valuation Around The World", *Journal of Financial Economics*, Volume 122, Issue 3, December, 2016, s. 5,6, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2430465 (Erişim Tarihi:15.6.2017).

da Norveç, 2010 yılında Portekiz, 2011 yılında İtalya, Güney Afrika ve ABD, 2012 yılında Belçika ve 2013 yılında İsviçre izlemiştir.²

Kurumsal yönetim kurallarının her ülkeye uyabilecek evrensel bir içeriğinin olamayacağı ve ulusal niteliğinin öne çıktığı nazara alındığında, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesine pay sahiplerinin oyuna başvurulmasına ilişkin düzenlemelerin ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda ülkelerin bir kısmında bu oy hakkının tanınması zorunlu tutulmuşken, bazı ülkelerde ise zorunlu değildir. Oy hakkının tanınmasının zorunlu olduğu ülkelere bakıldığında ise, pay sahiplerinin oylarının her zaman bağlayıcı nitelikte olmadığı görülmektedir.

Bununla birlikte, konuya ilişkin olarak tüm ülkelerde ortak olan husus konunun popülerliğidir. Zira doktrinde, piyasada ve medyada, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların aşırı miktarda belirlenmesi halinde bu durumun pay sahiplerinin menfaatlerine zarar vermemesini teminen alınan önlemler ve bu önlemlerin sonuçları en çok tartışılan konulardandır. Örneğin, ABD’de 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre, ortaklıklarda kurumsal yatırımcılar arasındaki tartışmaların gündemindeki konu %31 ile yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin yasal düzenlemeler, %19 ile yöneticilere sağlanan mali haklar olmuştur.³

Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde pay sahiplerinin söz konusu sürece katılması ile ilgili olarak genel bilgilere yer verildikten sonra, konuya ilişkin düzenlemelerin amacından ve konuya ilişkin düzenlemelerin doğurduğu etkilerden bahsedilmiş olup, ikinci bölümde ise yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin rolüne ilişkin olarak dünya uygulamalarına ve bu yasal düzenlemelerin ülkeler üzerindeki etkilerine yer verildikten sonra, ülkemiz uygulama ve düzenlemelerinde esas alınan Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde, konuya ilişkin Tavsiye ve Direktiflere kısaca değinilmiştir.

² Reggy Hooghiemstra/Flora Yu Kuang/Bo Qin, “Does Obfuscating Excessive CEO Pay Work? The Influence of Remuneration Report Readability on Say On Pay Votes?”, Ocak 2017, s. 2, 1 no’lu dipnot, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900877 (Erişim Tarihi: 13.6.2017).

³ Correa/Lel, s. 6.

I. YÖNETİCİLERE SAĞLANAN MALİ HAKLARIN BELİRLENMESİNDE PAY SAHİPLERİNİN KARAR SÜRECİNE KATILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN AMACI VE ETKİLERİ

A) Genel Olarak

Uluslararası doktrinde, piyasada ve medyada, kurumsal yönetimin en popüler konularından biri halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklar ve bu hakların aşırı miktarda belirlenmesinin pay sahiplerinin menfaatleri açısından doğuracağı sonuçlardır.

1990'lı yılların başından itibaren, özellikle ABD, İngiltere ve Avrupa'da yöneticilere sağlanan mali haklarda artış olduğu görülmektedir. Bahsi geçen mali haklar temel ücret, kısa dönemli teşvik primleri, ikramiyeler, uzun dönemli teşvik primleri, sosyal haklar ve diğer ayrıcalıklardan oluşmakla beraber, yıllar itibarıyla yöneticilerin ücret kalemleri içerisinde temel ücretin azaldığı, ücretlerdeki toplam artışın yan ücret ve haklardan kaynaklandığı gözlemlenmektedir.⁴

Bilindiği üzere, şirket yöneticilerinin temel beklentisi, çalışmalarını karşılığında mümkün olan en yüksek mali hakları elde etmektir. Yöneticiler lehine tanınan haklar, bir taraftan yöneticilerin şirket içindeki çıkarlarının korunmasına hizmet ederken, diğer taraftan yöneticilerin şirket içindeki çalışmalarının desteklenip ödüllendirilmesi bu kişilerin şirket menfaatine hareket etmelerinin teşvikinde önemli rol oynamaktadır.⁵ Ayrıca, şirketler başarılı ve kalifiye yöneticileri kaybetmek veya bu tür nitelikli kişilerin rekabet ettikleri diğer şirketlerden ayrılarak kendi şirketlerinin yönetim kadrosunda görev yapmalarını sağlamak amacıyla bu yöneticilere yüksek miktarda mali haklar içeren ücret paketleri teklif edebilmektedirler.

Ancak, şirket yöneticilerinin mevcut pozisyonlarını koruma çabası bazı durumlarda kendi çıkarlarını pay sahiplerinin veya şirketin

⁴ Gönen Dündar, "Üst Düzey Yöneticilerin Ücretlerinin Belirlenmesinde Temel İlkeler", Yönetim, Yıl 9, Sayı 29, Ocak-1998, s. 22-25, <http://isletmeiktisadi.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2013/09/Y%C3%B6netim-29-1998-3.pdf> (Erişim Tarihi:15.6.2017).

⁵ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013, s. 265-266.

çıkarlarına üstün tutma tehlikesini de beraberinde getirebilir. Bu durum, pay sahipleri ile şirket yöneticileri arasında ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarının temelini oluşturur. İşte konunun dünyada bu denli tartışılmasının sebebi bu çıkar çatışmasıdır. Anglo-Sakson sistemdeki şirket teorisinde temsil edilenle temsilci arasındaki çıkar çatışmalarına dayalı ve sahiplik ile kontrol unsurlarının birbirinden ayrılmasının doğurduğu bir sonuç olan “*temsil problemi/kuramı (agency problem/theory)*”, şirketi bir sözleşmeler ağı olarak nitelendiren görüşün temel unsurlarından birisidir.⁶ Kurama göre pay sahipleri, yöneticilerin şirketin ve payların değerini maksimize etmelerini isterken, yöneticiler her zaman pay sahiplerinin elde edeceği değeri maksimize etmezler.⁷ İşte bu çatışmanın temelinde, temsil ilişkisine dayanan yetki devrinin çatışan çıkarlar doğrultusunda kötüye kullanılması olasılığı yatmaktadır. Bu kapsamda temsil ilişkisi, bir veya birden fazla kişinin bir başka kişiyi kendi adlarına birtakım hizmetleri yerine getirebilmesi için yetkilendirmesi olarak tanımlanmaktadır. İlişkinin her iki tarafının da kendilerine yarar sağlamak isteyecekleri varsayımında, temsilcinin her zaman temsil edilenin çıkarlarına göre hareket etmeyebileceği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Yöneticilerin kendilerine tanınan serbestiyi kötüye kullanmaları, pay sahiplerinin elde edebileceği değer (shareholder value) ve tasfiye bakiyesi üzerindeki talebi (residual claim) artırmak yerine kendi çıkarlarına yarayan faaliyetlerde bulunmaları ile sonuçlanabilir.⁸

Yöneticilere sağlanan mali hakların temsil kuramına etkisini açıklayan iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar optimal sözleşme görüşü (optimal contracting approach) ve yönetimsel güç görüşü (managerial power approach) olup, birinci görüş yöneticilerin şirket ve pay sahiplerinin menfaati lehine hareket etmeleri için teşvik mekanizmaları içeren mali hak sözleşmelerinin yapılması gerektiğini ve böylece temsil probleminin çözüleceğini savunmakta iken,⁹ ikinci görüş ise, yönetici-

⁶ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 265, 266.

⁷ Udo C. Braendle/John E. Katsos, Directors' Remuneration and Motivation, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Opportunities (edited by Alexander Kostyuk/Markus Stiglbauer/ Dmitrey Govorun), 2016, s. 23.

⁸ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 267, 268.

⁹ Lucian Arye Bebchuk/Jesse M. Fried, “Executive Compensation As An Agency Problem (Agency Problem)”, *Journal of Economic Perspectives*, Sayı:7, 2003, s. 72-75, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.182.2900&rep=rep1&type=pdf> (Erişim Tarihi:17.7.2017). Bu görüş doğrultusunda yöneticilere

lere sağlanan mali hakların bizzat temsil probleminin bir parçası ve diğer menfaat sahipleri aleyhine menfaat sağlama amacı taşıyan araçlar olduğunu savunmaktadır.¹⁰

Temsil teorisini savunan yazarlarca, yönetici ücretleri ile şirket performansı arasında pozitif ilişki olduğunun varsayılmasına karşın,¹¹ böyle bir ilişkinin saptanamadığı veya negatif ilişkinin saptandığı deneysel çalışmalara da rastlanmaktadır.¹² Bununla birlikte, yöneticilerin mali hakları ile şirket performansı arasındaki ilişkinin yönü nasıl olursa olsun, temsil maliyeti şirketler açısından göreceli olarak artmaktadır. Bu sebeple, artan temsil maliyetlerini sınırlandırmak adına çeşitli çözümler üretilmektedir.¹³

Bu çerçevede, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi hususunda getirilebilecek çözüm önerilerinden biri, mali hakların piyasa tarafından belirlenmesidir. Buna göre, bir yöneticiye ilişkin talep arttıkça yöneticinin talep edeceği ücret de artacaktır. Bir başka çözüm ise, düzenleyici otoriteler tarafından konunun düzenlenmesi ve yöneticilere sağlanacak mali haklara ilişkin üst limit getirilmesidir. Benzer şekilde, yöneticilere sağlanan mali hak-

sağlanan mali hak paketlerinde performansa dayalı ödemelere yer verilmesi sistemi benimsenmiş olup, bu sistem yöneticilerin daha fazla ücret/kar elde etmek adına kısa vadecilik anlayışını benimsemesine, yüksek riskli yatırımlar yapmasına yol açtığı gibi, sistemin finansal krizin çıkmasında da artırıcı rolü olduğu düşünülebilecektir [Lucian Arye Bebchuk/Jesse M. Fried, "Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Part I: The Official View and its Limits (Pay Without Performance)", Şubat 2004, s. 8, 9, <http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/pdfs/performance-part1.pdf> (Erişim Tarihi:17.7.2017)].

¹⁰ Bebchuk/Fried, "Agency Problem", s. 75, 76.

¹¹ Carsten Gerner-Beuerle/Tom Kirchmaier, "Say on Pay: Do Shareholders Care?", Mayıs 2016, s.4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720481 (Erişim Tarihi:15.6.2017).

¹² Emre Ergin/Sami Karacan, "Üst Düzey Yönetici Ücretlerini Sınırlandırmak Bir Çözüm Müdür?", Temmuz 2012, Cilt: 14, Sayı: 3, s. 84, <http://www.isguc.org/?p=article&id=495&cilt=14&sayi=3&yil=2012> (Erişim tarihi: 15.6.2017), Rob Davies, "'Negligible" Link Between Executive Pay and Firms's Performance, Says Study" <https://www.theguardian.com/business/2016/dec/27/negligible-link-between-executive-pay-and-firms-performance-says-study> (Erişim tarihi: 15.6.2017).

¹³ Üst düzey yöneticilerin kök ücretlerine tavan konulması, kök ücret dışındaki diğer tüm ücretler değişken ücret niteliğinde değerlendirilip performans kriterleri ile ilişkilendirilmesi, ücret dışı menfaatlerin sosyal statüye uygun olması ve bu menfaatlerde aşırıya kaçılıp hak ve adalet ilkesinin istismar edilmemesi, ücretlerin raporlanması, ücretlerin belirlenmesine yönelik komiteler oluşturulması gibi öneriler için bkz; Ergin/Karacan, s. 93 vd.

ların belirli koşulların gerçekleşmesi halinde iade edilmesi de konunun esasına ilişkin getirilebilecek düzenlemelerdir.

Bununla birlikte mali hakların belirlenmesi sürecine yönelik olarak; yöneticilerin mali hakları ile ilgili olarak kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin getirilmesine, bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşacak ücretlendirme komiteleri tarafından mali hak planlarının oluşturulmasına ve nihayet yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına dair yasal düzenlemeler bir diğer çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemeler, pay sahiplerinin belirli dönemlerde şirketin yöneticilerine ilişkin belirlediği ücretlendirme sistemini/raporlarını/politikalarını oylaması olarak tanımlanmaktadır.¹⁴ Şirketlerin bu oylamayı yapma yükümlülüğünün bulunduğu ülke sayısı oldukça fazla olmakla birlikte, pay sahiplerinin verdiği oyların bağlayıcı olup olmadığı hususu ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Oyların bağlayıcı olması, pay sahiplerinin şirketin yöneticilerine ilişkin belirlediği ücretlendirme sistemini/raporlarını/politikalarını kabul etmemesi durumunda, şirket tarafından anılan sistemin/raporların/politikaların uygulanamaması ve revize edilerek yeniden pay sahiplerinin oyuna sunulması veya daha önceki yıllarda pay sahipleri tarafından kabul edilmiş ve uygulanmış olan sistemin/raporların/politikaların yeniden uygulanması anlamına gelmektedir. Oyların tavsiye niteliğinde olması durumunda ise, şirketlerin pay sahipleri tarafından kabul görmeyen bir ücretlendirme sistemini/raporları/politikaları revize edilmeksizin uygulamasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu noktada, çoğu ülkede oyların tavsiye niteliğinde olduğunu söylemek mümkün olmakla beraber, son yıllarda bağlayıcı nitelikte oy düzenlemelerine geçiş eğiliminin başladığını da belirtmek gerekmektedir.

B) Konuya İlişkin Düzenlemelerin Amacı

Yöneticilere sağlanan fahiş miktardaki mali haklara ilişkin eleştiriler farklı ideolojik bakış açılara göre değişiklik göstermektedir.

¹⁴ Correa/Lel, s. 5.

Konuyu ahlaki ve eşitlik temelli bir sorun olarak nitelendirenler, yöneticilerin şirket çalışanlarının ücretlerinin katbekat üzerinde ücret almalarının kabul edilemez ve haksız olduğunu savunmakta iken, konuyu ekonomik özgürlük ve pay sahiplerinin menfaati ile şirket performansı çerçevesinde değerlendirenler pay sahiplerine sunulduğu sürece yöneticilere mevcut hatta daha yüksek mali hakların sunulmasında sakınca olmayacağını, sorunun bu kurala uymaksızın mali hakların belirlenmesinde ortaya çıktığı hususunun üzerinde durmaktadırlar.¹⁵

Bu bağlamda, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin esas amacının yöneticilere sağlanan mali hakların aşırı miktarda belirlenmesinin engellenmesi ve ücretlerin kontrol altında tutulması olduğu söylenebilecektir.¹⁶

Yönetici ücretlerinin sınırlandırılmak ve kontrol altına alınmak istenmesinin gerekçeleri ise çeşitlidir. Bu gerekçeler; yönetici ücretlerinin ölçsüz büyüklüğü,¹⁷ yönetici ücretlerinin hak ve adalete uygun olmaması ve bu sebeple alt ve orta düzey yöneticilerin kendilerine yapılan ücret ödemesinin üst düzey yöneticilere oranla düşük kaldığı izlenimine kapıldıklarında şirketi terk etme yolunu seçmeleri, yöneticilere yapılan yüksek ödemelerin beklenen ve amaçlanan sonucu vermemesi ve yönetici ücretlerinin arttırılmasının her zaman şirket performansının yükselmesi sonucunu doğurmaması, şirketin başarı elde etmesi durumunda, bu başarının bireysel olarak yöneticinin mi, yoksa ekip çalışmasının ürünü mü olduğu veya şans eseri mi gerçekleştiğinin tam olarak belirlenememesi,¹⁸ şirketlerin başarı elde edeme-

¹⁵ Bebchuk/Fried, "Pay Without Performance", s. 9, 10.

¹⁶ Bununla birlikte, bu amacın gerçekleşmediği, hatta düzenlemelerin lüzumsuz ve etkisiz olduğu sonucuna varılan araştırmalar da bulunmaktadır (Correa/Lel, s. 1).

¹⁷ Yönetici ücretlerindeki artışın sosyal boyutu düşünüldüğünde, yönetici ücretlerinin günümüzde ulaştığı düzeyin o ülkedeki asgari ücret ya da yöneticinin çalıştığı işletmedeki çalışanların ortalama ücretlerine oranlarının oldukça yüksek olması sosyal anlamda büyük tepki doğurmaktadır (29 Kasım 2016'da Department of Business, Energy&Industrial Strategy tarafından yayınlanan Green Paper: Corporate Governance Reform (Green Paper),https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/584013/corporate-governance-reform-green-paper.pdf (Erişim Tarihi: 13.6.2017), "Türkiye'de Üst Yönetim ile İdari Seviyeler Arasında 11.1 Kat Fark Var", Hay Group, 1.10.2013, <http://www.haygroup.com/tr/press/details.aspx?id=39635> (Erişim tarihi:15.6.2017).

¹⁸ Yöneticilerden kaynaklanmayan sebeplerle şirketin elde ettiği başarı nedeniyle yöneticilerin yüksek ücretler alıp almadıklarına ilişkin yapılan bir çalışmada, yönetici ödemelerinin çoğunluğunda bu durumun söz konusu olduğu ancak iyi

diği hallerde dahi yöneticilere yüksek ücret ödenmesi ve yöneticilere sağlanan aşırı yüksek tutarlı mali hakların, yöneticiler açısından kısa döneme odaklanma sonucunu doğurması olarak sayılabilecektir.¹⁹

Öte yandan, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin bir diğer amacı, şirketin performansı ile yöneticilere yapılan ödemeler arasındaki ilişkiyi kuvvetlendirmek ve şirketin hesap verilebilirliğini arttırmaktır. Ayrıca bu düzenlemeler sayesinde, pay sahiplerinin şirketlerdeki etkinliği artacak, yönetim pay sahiplerinin ihtiyaçlarına daha duyarlı hale gelecek²⁰ ve yöneticilerle pay sahiplerinin menfaatleri arasındaki uyum yakınlaşacaktır.²¹

C) Konuya İlişkin Düzenlemelerin Etkileri

Yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin etkileri ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.²² Bu sebeple, aşağıda inceleme konusu edilen ülkeler bazında bu düzenlemelerin uygulanması akabinde meydana gelen sonuç ve etkilere yer verilmiştir. Bununla beraber, düzenlemenin sonuç ve etkilerini genel olarak ifade etmek gerekirse şöyle sıralayabiliriz.

Öncelikle, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin akabinde, şirket genel kurullarında pay sahipleri tarafından yöneticilere yapılacak ödemelerin dereceleri (sınırları), düzenlemeleri ve/veya politikaları, çoğu şirkette oldukça geniş çerçevede olmak üzere, oylanmaktadır. İkinci olarak, Institutional Shareholder Services (ISS) gibi oy danışmanları ücretlendirme politikalarının oylanmasında kurumsal yatırımcılara bilgi ve tavsiye verme aşamasında oyu şekil-

yönetilen şirketlerde söz konusu sorunun azaltılmasının daha mümkün olduğu sonucuna varılmıştır (Marianne Bertrand/Sendhil Mullainathan, "Do CEOs Set Their Own Pay? The Ones Without Principals Do, National Bureau of Economic Research Inc.", Working Paper 7604, Mart 2000, s. 37, 38).

¹⁹ Ergin/Karacan, s. 81-99.

²⁰ Braendle/Katsos, s. 25.

²¹ Correa/Lel, s. 6.

²² Randall Thomas/Christopher Van Der Elst, "Say On Pay Around The World (SoP Worldwide)", *Washington University Law Review*, 2015, Vol: 92, Issue 3, s. 657, http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6133&context=law_lawreview (Erişim Tarihi: 15.6.2017).

lendirici rol oynamaktadırlar. Üçüncü olarak, bu oylamaların en güçlü etkisinin özellikle yüksek performans sergileyemeyen ancak yöneticilerine yüksek ücret ödemeleri yapan şirketler bakımından hissedildiği de belirtilmektedir. Bir diğer etki ise, oylamada pay sahiplerinin desteğinin düşük oranlarda kaldığı şirketlerde, yöneticilerin pay sahipleriyle iletişime geçerek oylamaya sunulan ücretlendirme politikası hakkında oldukça ayrıntılı bir biçimde açıklama yapma yöntemini benimsemesidir. Son olarak, anılan yasal düzenlemeler neticesinde yapılan oylamaların, yöneticilere sağlanan mali hakların sınırları üzerinde, uzun vadede ufak da olsa etki gösterdiği görülmektedir. Bununla birlikte, oylama yapılacak olmasının/yapılmasının yöneticilere sağlanan mali hakların sınırları üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı veya negatif etkisinin olduğu sonucuna varılan çalışmalar da bulunmaktadır.²³

Diğer taraftan, 2001-2012 yılları arasında 38 farklı ülke bazında yapılan bir araştırmada,²⁴ yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesine ilişkin yapılan oylamaların, yöneticilere sağlanan ücret politikaları, yönetici ücretleri arasındaki eşitsizlik ve şirket değeri açısından doğurduğu sonuçlar tartışılmıştır. Araştırmaya göre, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi akabinde; yönetici ücretlerindeki büyüme seviyesi düşme eğilimi göstermiş olup, yönetici ücretleri ile realize edilmiş şirket performansı arasındaki ilişki ise kuvvetlenmiştir. Ayrıca, bu sonuçlar borçlarını ödeme güçlüğü çeken ve anılan düzenlemelerin yürürlüğe girdiği dönemde zayıf denetim politikaları bulunan şirketler açısından daha fazla geçerlidir. Zira bu düzenlemelerle birlikte, şirketlerde pay sahiplerinin etkisi ve gücü artmaktadır. Üçüncü ve son olarak, bu düzenlemelerin aşamalı olarak yürürlüğe girmesinin yöneticilerin ücret farklarının şirket değeri üzerindeki etkilerinin anlaşılması açısından yapılan değerlendirme neticesinde, düzenlemelerin yürürlüğe girmesi sonrasında, yöneticilerin ücretleri arasındaki eşitsizliğin azaldığı görülmüştür. Yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasının öngörüldüğü düzenlemelere tabi bir şirketin değeri artmakta olup, bu artış düzenleme öncesinde yöneticilere sağlanan ücretlerdeki yüksek miktardaki farklılıklarla bağlantılıdır.²⁵

²³ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 657.

²⁴ Correa/Lel, s. 11-36.

²⁵ Correa/Lel, s. 36.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YÖNETİCİLERE SAĞLANAN MALİ HAKLARIN BELİRLENMESİNDE PAY SAHİPLERİNİN KARAR SÜRECİNE KATILMASINA İLİŞKİN GETİRİLEN YASAL DÜZENLEMELER VE ETKİLERİ

A) İngiltere

1) Genel Olarak

Uluslararası hukukta, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin ilk yasal düzenleme 2002 yılında İngiltere’de yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin ilk yılı olan 2003 yılında ilk defa bir İngiliz ilaç şirketi olan GlaxoSmithKline tarafından yöneticilere sağlanmak istenen mali haklar paketi şirketin pay sahiplerinin %50,72 oranındaki oylarıyla reddedilmiştir.²⁶

Konuya ilişkin olarak, İngiltere’de 2002 yılında yapılan yasal düzenleme hem İngiltere için hem de dünya için önemli bir dönüm noktası oluşturduğundan²⁷ bu başlık altında yer alacak düzenlemelere Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler (Directors’ Remuneration Report Regulations (DRR)) öncesi ve sonrası başlıkları altında yer verilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İngiltere’de yönetici ücretlerinin hızla artmaya devam etmesinin²⁸ ve yönetici ücretleri ile şirket çalışanlarının ücretleri arasındaki oranın oldukça fazla olmasının²⁹ konuya ilişkin düzenleme-

²⁶ Thomas/Van Der Elst, “SoP Worldwide”, s. 664.

²⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki, İngiltere’de oturmuş bir ücretlendirme uygulaması bulunmaktadır. Ayrıca, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi sürecinde pay sahiplerine oy hakkı tanınması dışında pay sahiplerinin etkinliğini arttıracak nitelikte başka kurallar yer almakta olup, oy hakkı düzenlemelerinin bu kurallarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle, İngiltere’nin konuya ilişkin düzenlemelerinin başka ülkelerde aynen uygulanması durumunda, aynı sonuçları doğurmayabileceği yönündeki değerlendirme için bkz. Jeffrey Gordon, ““Say On Pay”: Cautionary Notes on the UK Experience and the Case for Shareholder Opt-In,” Working Paper No: 343, Ağustos 2009, s. 347-351, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262867, (Erişim Tarihi:14.7.2017).

²⁸ Green Paper uyarınca, FTSE 100 şirketleri üzerinden yapılan bir araştırmada, şirket CEO’larının maaşlarında çok fazla artış olduğu, şirketlerin yöneticilerinin yıllık ortalama mali hakları toplamının 1998 yılında 1 milyon sterlin’den 2015 yılında 4.3 milyon sterlin’e yükseldiği bu artışın büyük payını yıllık ikramiyeler ve uzun dönemli teşvik primlerinin oluşturduğu ortaya konmuştur.

²⁹ Green Paper’da, yine FTSE 100 şirketleri üzerinden yapılan araştırmada, şirket

leri revize etme ihtiyacını doğurduğu kanaatindeyim. Bu sebeple, ilk düzenleme 2002 yılında yapılmış olsa da, konu dünyanın geri kalanında olduğu gibi İngiltere’de de güncelliğini korumaya devam etmektedir.

2) Yasal Düzenlemeler

a) Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler (Directors’ Remuneration Report Regulations (DRR)) Öncesi Düzenlemeler

İngiltere’de kurumsal yönetime ilişkin düzenlemeler, kurumsal yönetim ilkeleri, şirketler kanunu, borsa kotasyon kuralları ve mahkeme kararları ile şekillenmiştir. Öte yandan, kurumsal yönetim konusunda ve özellikle halka açık anonim ortaklıklarda görev yapan yöneticilerin ücretlerine ilişkin düzenlemeler içeren, şirketlerin iç denetimine bağlı olan ve uygulanması zorunlu olmayan düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilki 1992 yılında kabul edilen Cadbury Raporu’dur. Anılan düzenleme ile en iyi uygulama kuralları olan “Code of Best Practice” belirlenmiş olup, bu kurallar ile şirket yönetimine, yönetim kurulu ve denetime ilişkin ilkelerin yanı sıra, yöneticilerin mali haklarına ilişkin olarak ise, pay sahiplerine şirket yönetim kurulu üyelerinin mali hakları konusunda oy hakkı tanınması ve yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının kamuya açıklanması gibi ilkeler getirilmiştir. Cadbury Raporu ayrıca, halka açık borsa şirketlerinde bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşan bir ücret komitesinin oluşturulmasını öngörmektedir.³⁰

1995 yılında ise Greenbury Raporu kabul edilmiş olup, Rapor’da yöneticilerin mali hakları konusunda kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin arttırılması, Cadbury Raporu’na benzer şekilde borsa şirketlerinde yalnızca bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşan ücret komitesinin kurulması, komitenin pay sahiplerine mali haklara ilişkin olarak yıllık rapor sunması, pay sahiplerine ücret komitesi başkanına

yöneticilerinin ortalama ücretinin tam zamanlı çalışan bir işçinin ortalama ücretine oranı 1998 yılında 47:1 iken, bu oran 2010 yılında 132:1 ve 2015 yılında 128:1’e çıkmıştır.

³⁰ Ayşegül Özdoğan Yılmaz, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilerin Mali Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 90.

doğrudan soru sorabilme hakkının tanınması³¹ ve yöneticilere sağlanan mali haklardan uzun dönem teşvik planlarının pay sahipleri tarafından onaylanması³² yönünde ilke ve kurallar getirilmiştir. Tavsiye niteliğinde kurallar içeren Greenbury Raporu'nda yer alan ilkeler öncelikle, günümüzde uygulanan kurumsal yönetim kurallarına yakın bir anlayış sergileyen, borsaya kote şirketlere “uy, uymuyorsan açıkla” yükümlülüğü getiren ve önce 1998 yılında yürürlüğe giren Combined Code'a,³³ daha sonra İngiltere Kurumsal Yönetim Kanunu'na (UK Corporate Governance Code)³⁴ eklenmiştir. Bu anlamda, yöneticilerin mali haklarına ilişkin getirilen düzenlemeler açısından Greenbury Raporu önemli bir düzenleme niteliğindedir.³⁵

b) Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler (Directors' Remuneration Report Regulations (DRR)) ve Sonrası

Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler borsaya kote olan tüm anonim ortaklıklar tarafından uygulanmak üzere 31.12.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan düzenleme ile yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde şeffaflık sağlanması, hesap verilebilirliğin artırılması ve yöneticilere sağlanan mali haklar ile şirket performansı arasındaki bağlantının daha güçlü hale getirilmesi amaçlanmıştır.³⁶

Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler uyarınca, halka açık anonim ortaklığın yönetim kurulu tarafından ay-

³¹ Özdoğan Yılmaz, s. 90.

³² Jean Chen/Zhen Zhu, *Directors' Remuneration in the United Kingdom, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Opportunities* (edited by Alexander Kostyuk, Markus Stiglbauer, Dmitrey Govorun), 2016, s. 97.

³³ 1998 yılında yürürlüğe giren Combined Code, Greenbury Raporu'ndaki mali haklar komitesinin pay sahiplerine mali haklara ilişkin olarak yıllık rapor sunması hariç, tüm kuralları kapsamında almış olup, mali haklara ilişkin olarak özellikle kamuyu açıklama yükümlülükleri üzerinde durmuştur.

³⁴ İngiltere Kurumsal Yönetim Kanunu 2010 yılında yürürlüğe girmiş olup, 2012 yılında güncellenmiştir. Kanun'da yönetim kurulunun yapısı, yöneticilerin nitelikleri, risk yönetimi gibi konularda ve halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin olarak, performans ile bağlantılı ödeme yapılmasının gerekliliği, mali hakların belirlenmesine ilişkin alınan danışmanlık hizmetine ilişkin kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi gibi konularda ilke ve kurallar yer almaktadır (CHEN, ZHU, s. 99-103.).

³⁵ Chen/Zhu, s. 95.

³⁶ Chen/Zhu, s. 110, 111.

rıntılı bir yönetici ücretlendirme raporunun yıllık olarak hazırlanması gerekmektedir. Anılan raporda, ücret komitesi, ücretlendirme politikası ve detaylı finansal bilgilerin yer alması gerekmekte olup, rapor halka açık anonim ortaklığın her yıl gerçekleşecek olağan genel kurul toplantısında veya şirket tarafından belirlenecek özel bir yöntemle pay sahiplerinin oyuna sunulacaktır. Pay sahiplerinin oyuna sunmak şirket için zorunlu olup, pay sahiplerinin oyu ise bağlayıcı nitelikte değildir.³⁷

2012 yılında İngiltere hükümeti kurumsal yönetim konusunda reform (2012 Haziran Reformu) yapılması gerektiği düşüncesinden hareketle, İngiltere Şirketler Kanunu'nda (UK Companies Act) değişiklik yaparak,³⁸ halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin düzenlenen raporları ikiye ayırmış ve bu raporlara ilişkin olarak pay sahipleri tarafından verilen oyların niteliğini farklılaştırmıştır. Buna göre, "*Policy Report*" olarak adlandırılan ve geleceğe yönelik olarak yöneticilere sağlanacak mali hakların (görevden ayrılma ödemeleri ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri dâhil) yer aldığı rapor, halka açık anonim ortaklığın pay sahiplerinin "*bağlayıcı nitelikteki*" oylarına sunulacaktır. Anılan oylamanın en az 3 yılda bir defa yapılması öngörülmektedir. "*Policy Report*"un oylamada oyların çoğunluğu ile kabul edilmemesi durumunda, yeni bir rapor hazırlanıp sunulana dek bir önceki dönemde kabul edilen ve oylanan "*Policy Report*" uygulanmaya devam edilecektir. "*Annual Remuneration Report*" olarak adlandırılan diğer rapor ise, bir önceki finansal dönemde uygulanan ücretlendirme politikasına ilişkin olup, raporda yöneticilere sağlanan mali haklar ve mali haklar ile şirket performansı arasındaki bağlantıya ilişkin açıklamalar yer alacaktır. Anılan raporun her yıl şirket pay sahiplerinin "*tavsiye niteliğindeki*" oylarına sunulması öngörülmektedir.³⁹

Daha sonra 29 Kasım 2016 tarihinde Department of Business, Energy&Industrial Strategy tarafından yayınlanan Green Paper: Corporate Governance Reform (Green Paper) ile kurumsal yönetim alanında yapılması öngörülen mevzuat değişikliği önerileri şirketlerin

³⁷ Chen/Zhu, s. 110, 111

³⁸ Değişiklik hükümleri 1 Ekim 2013'te yürürlüğe girmiştir.

³⁹ Thomas/Van Der Elst, SoP Worldwide, s. 668. Chen/Zhu, s. 111-113,

^hhttp://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/1981/pdfs/ukxi_20131981_en.pdf (Erişim Tarihi: 15.6.2017).

bilgisine sunulmuştur. İngiltere’de yönetici ücretlerinin hızla artmaya devam etmesi ve yönetici ücretleri ile şirket çalışanlarının ücretleri arasındaki oranın oldukça fazla olmasının bir problem olarak görülmesi ve yürürlükte olan yasal düzenlemenin bu problemi çözmeye elverişli olmadığı değerlendirilmesi neticesinde Green Paper’da diğer kurumsal yönetim konularının yanı sıra, halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin olarak da mevzuat değişikliği önerilerine yer verilmiştir.

Bu çerçevede, Green Paper’da halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan aşırı nitelikteki mali haklarla başa çıkabilmek adına önerilen mevzuat değişikliklerine ilişkin ilk öneri, halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali hakların tamamının veya bir kısmının pay sahiplerinin bağlayıcı oylarına sunulması yönündedir. Bu oylamanın ücretlendirme raporunun tamamına ilişkin olabileceği gibi, belirli kısımlarına (yıllık ikramiye, uzun dönem teşvik planı gibi) ilişkin de olabileceği ifade edilmektedir. Yürürlükteki mevzuat uyarınca, anılan mali hakları içeren rapor pay sahiplerinin tavsiye niteliğindeki oylarına tabi olup, önerinin yasalaşması halinde halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali hakların çoğunluğunun/tamamının şirketin pay sahipleri tarafından bağlayıcı olarak oylanması neticesinde uygulanabilmesi söz konusu olacaktır. Bir diğer öneri ise, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin verdikleri tavsiye niteliğindeki oyların, niteliklerinin değiştirilmemesi ancak oylamanın sonuçlarının ağırlaştırılması yönündedir. Buna göre, bir şirketin yöneticilerine sağlanan mali hakların genel kurulda oylanması esnasında, oylamanın olumsuz sonuçlanması durumunda, örneğin bir sonraki oylamada karar nisabı olarak nitelikli çoğunluğun (%75 gibi) aranması veya bir sonraki yıl yapılacak oylamanın sonuçlarının bağlayıcı nitelikte olması öngörülebilecektir. Başka bir öneri, şirket tarafından hazırlanan ücret politikasında, şirketin yöneticilerine sağlanan yıllık toplam ücret için üst limit belirlenmesinin zorunlu kılınması ve yöneticilere sağlanacak mali hakların anılan limiti aşması halinde, konunun şirketin yıllık olağan genel kurul toplantısında pay sahiplerinin bağlayıcı oylarına sunulması yönündedir. Yukarıda belirtildiği üzere, yürürlükteki mevzuat uyarınca “*Policy Report*” şirketin pay sahiplerinin bağlayıcı nitelikteki oylarına en az 3 yılda bir sunulacaktır. Oylama sıklığının süresinin 1 yıldan az olmamak üzere kısaltılabilece-

ği veya pay sahiplerine 3 yıllık süre bitmeden evvel yeni bir politika için bağlayıcı oy önerme hakkı tanınması da önerilen mevzuat değişikliklerinden bir diğeridir. Son bir öneri ise, İngiltere Kurumsal Yönetim Kanunu'nda, halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin yer alan düzenlemelerin, özellikle ücret raporlarına ilişkin yapılan oylamada sonucun olumsuz neticelenmesi halinde yapılması öngörülenlere ilişkin kısımlarının, güçlendirilmesidir.

Görüldüğü üzere, İngiltere'de halka açık anonim ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali hakların belirlenmesi sürecinde pay sahiplerinin rolünün güçlendirilmesine ilişkin çalışmalar devam etmektedir.

3) Etkileri

İngiltere'de, Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler'in 31.12.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi akabinde yöneticilere sağlanan mali haklar birçok akademik çalışmaya konu olmuştur. Genel olarak, deneysel çalışmalar düzenlemenin, yöneticilere sağlanan mali hakların büyüme derecesinde değişiklik yaratmadığını göstermektedir.⁴⁰ Bununla birlikte, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi sürecindeki rolünün, düşük performans sergileyen bir şirketin yöneticilerine sağlanan mali haklar açısından "düzeltici" bir etkisinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Araştırmalara göre⁴¹ pay sahipleri, yöneticilere sağlanan mali hakların ortalamanın çok üzerinde olması ve ödemelerin performans ile bağdaşmaması durumlarında olumsuz oy vermeyi tercih etmektedirler.⁴² Nitekim 2007-2011 yılları arasında FTSE All Share Index'e kote şirketlerden 11'i tarafından hazırlanan ücret raporları, yapılan genel kurul toplantısında olumsuz oy almıştır.⁴³

Diğer taraftan, 2012 Haziran Reformu ve 1 Ekim 2013 itibariyle İngiltere Şirketler Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrasında uygulan-

⁴⁰ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 665, 63 no'lu dipnotta sayılan eserler.

⁴¹ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 665, 63, 64 ve 65 no'lu dipnotta sayılan eserler.

⁴² Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 665-667.

⁴³ Christopher Van Der Elst, "Answering The Say For No Pay (Say For No Pay)", Aralık 2016, s. 12, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2818502 (Erişim Tarihi: 12.6.2017).

maya başlayan iki farklı ücret raporu hazırlanması ve raporların pay sahipleri tarafından oylanması sistemi hakkında yapılan araştırmalar ise, pay sahiplerinin, yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin raporları oylarken, yalnızca toplam ücret tutarını (mevcut durumda ödenen ve ödenecek olan toplam tutar) incelediğini, geri kalan bilgileri göz ardı ettiğini göstermektedir.⁴⁴ Bu çerçevede yapılan bir başka çalışma, yöneticilere sağlanan mali haklarda artış oldukça konuya ilişkin hazırlanan raporların okunabilirliğinin yönetim kurullarınca azaltıldığını, İngiltere mevzuatında raporlarda yer alacak bilgilerin neler olduğu hususunun düzenlendiği ancak nasıl ifade edileceği hususunun düzenlenmediğinden yola çıkan şirketler yönetim kurullarının raporlarda kullanılan karmaşık ifadeler ile bir tür gizleme stratejisi izlediklerini, böylece açık bir dille ifade edildiğinde olumsuz oy alacak bir ücret raporunun, karmaşık bir dille ifade edilerek olumlu oy almasının sağlandığını göstermektedir. Ancak anılan çalışmada nitelikli yatırımcılar açısından bu stratejinin beklenen sonucu vermediği veya okunabilirliği azaltılmış bir raporun yatırımcılar açısından bir uyarı olarak algılandığı durumların da söz konusu olduğunun altı çizilmiştir.⁴⁵ Halka açık şirketlerde pay sahiplerinin etkinliğini arttırmak ve yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak pay sahiplerine söz hakkı tanımak amacıyla getirilen düzenlemelerin, raporlarda kullanılan ifadeler değiştirilmek suretiyle pay sahiplerinin oylama sonuçlarının manipüle edilmesi yönetim kurulunun yasal düzenlemeyi dolanması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, böyle bir durumun engellenmesi amacıyla düzenleyici kurumlar tarafından mali haklara ilişkin raporlarda yer verilecek bilginin ne şekilde verileceğinin düzenlenmesi ile bu sorun bertaraf edilebilecektir.

Öte yandan, 1 Ekim 2013 itibariyle İngiltere Şirketler Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrasında uygulanmaya başlayan yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin iki farklı raporu oylarken farklı davranış biçimleri sergiledikleri, geleceğe yönelik olarak yöneticilere sağlanacak mali hakların yer aldığı "*Policy Report*" u, raporlarda yer verilen verilere göre değil, şirketin gelecek performansına duyulan yüksek beklenti çerçevesinde oyladıkları, bir önceki fi-

⁴⁴ Gerner-Beuerle/Kirchmaier, s. 1, 22, 23.

⁴⁵ 2003-2009 yılları arasında İngiltere'de borsaya kote olan 247 şirket üzerinden yapılan araştırma için bkz. Hooghiemstra/Kuang/Qin s. 2-40.

nansal dönemde uygulanan ücretlendirme politikasına ilişkin olan “Annual Remuneration Report”u ise, şirketteki hâkim pay sahiplerinin verdikleri oylardan etkilenerek oyladıkları tespit edilmiştir.⁴⁶

Bu bağlamda, 1.10.2013-20.10.2016 tarihleri arasında İngiltere’de borsaya kote şirketlerin pay sahipleri tarafından yöneticilere sağlanan mali haklar raporlarına ilişkin verilen oyları gösterir tablo⁴⁷ aşağıdadır:

Tablo 1: 1.10.2013-20.10.2016 Tarihleri Arasında İngiltere’de Borsaya Kote Şirketlerin Pay Sahipleri Tarafından Yöneticilere Sağlanan Mali Haklara İlişkin Raporlara İlişkin Verilen Oylar

	FTSE 100	FTSE 250	FTSE Small Cap
Onaylanan ARR (bağlayıcı oy) sayısı	272	645	697
Oyların 2/3’ünden az oyla onaylanan ARR sayısı	21	39	52
Oyların 4/5’inden az ama 2/3’ünden çok oyla oylan ARR sayısı	14	31	28
Reddedilen ARR (bağlayıcı oy) sayısı	4	0	2
ARR oylamasındaki ortalama oy oranı	%90	%93	%95
ARR oylamasında oylamaya katılmama oranı	%2.3	%2.2	%1.5
ARR oylamasında oylamaya katılmama oranının %15’ten fazla olduğu durum sayısı	6	16	9
ARR oylamasına ortalama katılım oranı	%72	%71	%60
Onaylanan RP (tavsiye niteliğinde oy) sayısı	122	314	326
Oyların 2/3’ünden az oyla onaylanan RP sayısı	4	11	27
Oyların 4/5’inden az ama 2/3’ünden çok oyla oylan RP sayısı	7	11	20
Reddedilen RP (tavsiye niteliğinde oy) sayısı	0	1	0
RP oylamasındaki ortalama oy oranı	%92	%94	%94
RP oylamasında oylamaya katılmama oranı	%1.9	%1.7	%1.6
RP oylamasında oylamaya katılmama oranının %15’ten fazla olduğu durum sayısı	1	6	6
RP oylamasına ortalama katılım oranı	%71	%71	%62

Görüldüğü üzere, 1.10.2013-20.10.2016 tarihleri arasında İngiltere’de borsaya kote şirketlerden yalnızca 6’sının pay sahipleri tarafından “Annual Remuneration Report”, 1’inin pay sahipleri tarafından

⁴⁶ Gerner-Beuerle/Kirchmaier, s. 22, 23.

⁴⁷ Tabloda yer alan “ARR” ile “Annual Remuneration Report”, “RP” ile “Remuneration Policy” kast edilmektedir (Green Paper).

ise “Policy Report” kabul edilmemiştir. 1 Ekim 2013 itibariyle İngiltere Şirketler Kanunu’nda yapılan değişikliğin pay sahiplerinin etkinliğini arttırması amaçlanmış olup, tabloda yer verilen veriler ışığında, anılan değişiklik neticesinde pay sahiplerinin etkinliğinin beklendiği ölçüde artmadığı değerlendirilmiş olmalı ki, hazırlanan Green Paper ile konuya ilişkin mevzuat değişikliği önerileri getirilmiştir.

Diğer yandan, 2012-2016 yılları arasında, ücret raporlarından en az birinin reddedildiği ve bu durumun şirketlerin internet sitelerinden duyurulduğu 7 şirket özelinde yapılan bir araştırmada şirketlerin hazırladığı ücret raporlarının aldığı oy oranlarını gösterir tablo aşağıdadır:⁴⁸

Tablo 2: 2012-2016 Yılları Arasında, Ücret Raporlarından En Az Birinin Reddedildiği ve Bu Durumun Şirketlerin İnternet Sitelerinden Duyurulduğu 7 Şirketin Hazırladığı Ücret Raporlarının Aldığı Oy Oranları

	2012	2013	2014	2014	2015	2016
	Report	Report	Report	Policy	Report	Report
Afren	%71,40	%20,29	%91,78	%91,62		-
Aviva	%45,59	%99,29	%98,09	%96,88	%98,68	%96,36
Burberry	%96,95	%96,83	%47,32	%84,92	%92,27	-(toplantı yapılmadı)
Cairn Energy	%32,97	%99,51	%99,30	%98,06	%98,59	%93
Intertek	%90,93	%94,02	%96,82	%96,44	%47,88	%96,48
Pendragon	%32,21	%97,87	%97,29	%99,31	%84,70	%91,46
WPP	%40,48	%80,58	%81,75	%81,93	%79,97	%66,55

Yapılan araştırmada, ücret raporlarından birinin şirket genel kurul toplantısında kabul edilmediği durumlarda, şirket yönetim kurulu tarafından ücret raporunun revize edildiği veya konuya ilişkin yapılan açıklamaların güncellendiği görülmüştür.⁴⁹

⁴⁸ Van Der Elst, “Say for no Pay”, s. 13.

⁴⁹ Van Der Elst, “Say for no Pay”, s. 15, 16.

Son olarak 2017 yılında, yöneticilere sağlanan mali hakların şirket genel kurulunda yapılan oylamada dikkat çekici oranlarla reddedildiği iki örneğe yer vermek faydalı olacaktır. İlk olarak Pearson'ın Chief Executive Officer'ı (CEO) John Fellon'a ödenmesi planlanan yıllık 1,5 milyon sterlin tutarındaki ücret paketi, şirket genel kurulunda %61 ret ve %7 çekimsiz oyla reddedilmiştir. Anılan ret oranı, 2009 yılında %90 oyla reddedilen Sir Fred Goodwin'in ücret paketinden sonra, FTSE100'e kote şirketler arasından en yüksek ret oranıdır.⁵⁰ Bir diğer örnek ise AstraZeneca'dır. Şirketin %1 hissesine sahip olan Royal London Asset Management tarafından şirket genel kurulunda ret oyu vereceğinin açıklanması ve oy danışmanları tarafından diğer pay sahiplerine olumsuz oy vermeleri yönünde baskı yapılması üzerine, AstraZeneca'nın CEO'su Pascal Soriot için hazırlanan ücret paketi geri çekilmiştir.⁵¹

B) Fransa

1) Genel Olarak

Fransa'da, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesine ilişkin olarak pay sahiplerine, Haziran 2013 tarihinde AFEP-Medef Kurumsal Yönetim Kanunu'nda (AFEP-Medef Corporate Governance Code of Listed Corporations"French Corporate Governance Code")⁵² yapılan değişikliğe kadar söz hakkı tanınmamıştır. Bu tarihten sonra, pay sahiplerine tanınan söz hakkı

⁵⁰ Mark Sweney, "Pearson Shareholders Reject Chief Executive's £1.5m Pay Package", The Guardian, <https://www.theguardian.com/business/2017/may/05/pearson-shareholders-reject-pay-revolt-john-fallon> (Erişim tarihi: 15.5.2017).

⁵¹ Julia Kollwe, "AstraZeneca Shareholders Revolt Over Chief Executive's £13m Pay", The Guardian, <https://www.theguardian.com/business/2017/apr/27/astrazeneca-shareholders-revolt-again-over-executive-pay> (Erişim Tarihi: 15.5.2017).

⁵² Fransa'da AFEP/MEDEF ve Middlednext adı altında iki farklı kurumsal yönetim kanunu hazırlanmış olup, AFEP/MEDEF borsa şirketlerine, Middlednext ise küçük ve orta ölçekli ortaklıklara yönelik tavsiye kararları içermektedir. http://www.amf-france.org/en_US/Acteurs-et-produits/Societes-cotees-et-operations-financieres/Information-financiere-et-comptable/Gouvernement-d-entreprise.html (Erişim Tarihi:18.6.2017).

Belirtmek gerekir ki, Fransa'nın sermaye piyasalarını denetleyen ve düzenleyen otorite AMF olup, AFEP/MEDEF ise şirketlerden oluşan bağımsız kuruluştur. <http://www.afep.com/en>, <http://eng.medef.com/> (Erişim Tarihi: 18.6.2017)

da şirket açısından bağlayıcı nitelikte değildir. Zira pay sahiplerinin olumsuz oy vermesi halinde, yönetim kurulu yapacağı ilk toplantıda ücretlendirme komitesinin de önerisini alarak oylama sonucunu değerlendirip bir önlem alıp almamaya ya da farklı bir hareket tarzı benimseyip benimsememeye ilişkin kararını, şirketin internet sitesinde açıklamakla yükümlüdür.⁵³

Bununla birlikte, paylarının %20'sine ve oy haklarının %23,5'ine Fransız Hükümeti'nin sahip olduğu Renault'nun 2016 yılı olağan genel kurul toplantısında, şirketin CEO'su için hazırlanan 7.2 milyon €'luk (2015 yılı için \$7.2 milyon olduğu açıklanmıştır.⁵⁴) ücret paketinin, Fransız Hükümeti'nin olumsuz oyları ile birlikte %54 oyla reddedilmesine karşın, şirketin yönetim kurulu anılan ücret paketini değiştirmeksizin uygulamıştır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin "tafsiye" niteliğindeki oyları şirket tarafından dikkate alınmamıştır. Bu durum Fransız hükümetinin tepkisine ve medyada belirtildiği üzere, mevzuat değişikliği yapılmasına sebebiyet vermiştir.⁵⁵

Belirtmek gerekir ki, Fransa'da 2016 yılında Renault'nun yanı sıra, Alstom ve Solocal Group şirketlerinin genel kurul toplantılarında da şirket yöneticilerine sağlanacak mali haklar onaylanmamış ve bu şirketlerde de yönetim kurulları anılan ücret paketlerini değiştirmeden uygulamıştır. Ayrıca, Fransa'da 2015 yılında SBF 120 Endeksine kote şirketlerin CEO'larının yıllık ortalama ücretleri %20 oranında artış göstermiştir.⁵⁶

Tüm bu gelişmelerin ardından, Fransa'da konuya ilişkin yasal düzenlemeler hız kazanmıştır.

⁵³ Randall Thomas/Christopher Van Der Elst, "The International Scope of Say on Pay (International Scope)", Eylül 2013, s.35, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307510 (Erişim Tarihi: 17.6.2017).

⁵⁴ Pierre Henri Leroy, "The French Parliament Adopts The Binding The Annual Say On Pays Vote", <http://www.proxinvest.fr/?p=3791&lang=en> (Erişim Tarihi: 1.6.2017).

⁵⁵ Van Der Elst, Say for no Pay, s. 2, Jean Soret/Vincent Guilaine, <http://www.altanalaw.com/wp-content/uploads/2017/01/Shareholder-Activism-in-France.pdf> (Erişim Tarihi: 14.6.2017).

⁵⁶ Nick Dawson, "Avant-Garde Returns To France: An Interview With Loic Dessaint", Proxy Monthly, Ocak 2017, www.proxyinsight.com (Erişim Tarihi:14.6.2017).

2) Yasal Düzenlemeler

Fransa'da şirketlerin yalnızca yönetim kurulu (tekli yönetim sistemi/one tier board structure) veya gözetim ve yönetim kurulu (ikili yönetim sistemi/two tier board structure) ile yönetilmeyi seçme hakkı bulunmaktadır. Uygulamanın geneline bakıldığında, şirketlerin yalnızca yönetim kurulu ile yönetilmeyi tercih ettikleri görülmektedir. Fransa Ticaret Kanunu'nda tek yönetim kurulu ile yönetilmenin tercih edilmesi halinde bir yönetim kurulu başkanı seçilmesi, ikili yönetim sisteminin tercih edilmesi halinde ise, pay sahiplerinin gözetim kurulunun üyelerini seçmesi ve yönetim kurulu başkan ve üyelerinin gözetim kurulu tarafından seçilmesi gerektiği öngörülmektedir.

Haziran 2013 değişikliği öncesinde Fransa Ticaret Kanunu uyarınca, şirketin pay sahipleri tarafından genel kurul toplantısında, tekli yönetim sistemi için yönetim kurulu üyelerinin, ikili yönetim sistemi için gözetim kurulunun yıllık mali haklarının toplamı onaylanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, anılan mali haklar yönetim/gözetim kurulu üyesi olmaktan kaynaklanan, yönetici/ıcracı üye olmaktan kaynaklanmayan mali haklardır. Pay sahipleri tarafından onaylanmaması halinde, anılan ödemeler yapılmayacaktır.⁵⁷ Pay sahipleri toplam rakamı onayladığından, yönetim ya da gözetim kurulu bireysel olarak yöneticilere verilecek ücretleri belirlediği şekilde tahsis etmekte serbesttir.⁵⁸

Öte yandan, ortaklıklarda yöneticilere sağlanan ve yönetici/ıcracı olmaktan kaynaklanan mali hakların belirlenmesine ilişkin yasal düzenlemelere bakıldığında, 1995 yılının başlarında getirilen yasal düzenlemelerin ücretlendirme paketlerinin şeffaflığı konusunda olduğu, ancak pay sahiplerinin bu ücretlendirme paketlerine ilişkin oy haklarının bulunmadığı görülmektedir.

Daha sonra, 2005 yılında yürürlüğe giren, 2007 yılında güncellenen ve Fransa Ticaret Kanunu'nda değişiklik öngören 2005-842 sayılı Ekonominin Güven ve Modernizasyonu Kanunu (Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (1)/2005 Breton Kanunu)⁵⁹ ile pay sahiplerine yöneticilere sağlanan mali hakların iki bölümü hakkında söz hakkı tanınmıştır. Bu bölüm-

⁵⁷ Thomas/Van Der Elst, "International Scope", s. 31-35.

⁵⁸ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 681.

⁵⁹ <https://www.loc.gov/law/help/guide/nations/france.php>

ler iş sözleşmesinin feshine ilişkin anlaşmalar ile emeklilik anlaşmalarıdır. Anılan düzenleme uyarınca, pay sahiplerinin bu anlaşmaları onaylamaları gerekmekte olup, aksi halde şirket tarafından yöneticilere bu anlaşmalar kapsamında ödeme yapılamamaktadır. Bununla birlikte bahsi geçen Kanun uyarınca, bu anlaşmalar dışında hiçbir ücretlendirme paketinin pay sahipleri tarafından onaylanması söz konusu değildir.⁶⁰

Bunun dışında, diğer ülkelerde olduğu gibi Fransa'da da "uy, uymuyorsan açıkla" prensibinin geçerli olduğu Fransa Kurumsal Yönetim Kanunu uyarınca, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak kamuyu aydınlatma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, anılan mali hakların belirlenmesi aşamasında pay sahiplerinin etkinliğine ilişkin bir düzenleme Haziran 2013 tarihine kadar söz konusu olmamıştır.

Haziran 2013'te ise, Fransa Kurumsal Yönetim Kanunu'nda halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerine oy hakkı tanınmasına ilişkin düzenleme getirilmiş olup, bu düzenleme zorunlu olmadığı gibi, verilen oylar da tavsiye niteliğindedir. Düzenlemeye göre, genel kurul toplantılarında, CEO'lara sağlanan mali haklar ayrı, diğer yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklar ayrı oylanmaktadır.⁶¹ Eğer pay sahipleri ödeme paketini onaylamazsa (olumsuz tavsiye), yönetim kurulu, ücret komitesinin tavsiyesini de aldıktan sonra, ilk toplantısında pay sahiplerinin oylamasına ilişkin değerlendirmede bulunur, bu değerlendirme sonucunda yönetim kurulu, pay sahiplerinin endişelerini giderecek bir tedbir alırsa bunu şirketin internet sitesinde yayımlamakla yükümlüdür.⁶²

Şüphesiz, konuya ilişkin olarak Fransa'daki güncel gelişme, doktrinde yukarıda bahsi geçen Renault ve diğer şirketlerin genel kurul toplantılarında gerçekleşen oylamalarda çıkan sonuçlar neticesinde düzenlendiği değerlendirilen 2016-1691 sayılı Yolsuzlukla Mücadele ve Ekonominin Modernizasyonu Kanunu'dur (LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1)/Sapin 2 Yasası).⁶³

⁶⁰ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 681.

⁶¹ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 683.

⁶² Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 683.

⁶³ <https://www.loc.gov/law/help/guide/nations/france.php>, French and

9.12.2016 tarihinde, Sapin 2 Kanunu ile Fransa Ticaret Kanunu'na 225-37-2 numaralı maddenin eklendiği duyurulmuştur. Bahsi geçen düzenleme ile pay sahipleri, borsaya kote olan şirketlerdeki yöneticilere sağlanan mali hakları oylama hakkına sahip olacaklardır. Anılan değişik madde ile “*Ücretlendirme Politikası (Remuneration Policy)*” ile “*Ücretlendirme Raporu (Remuneration Report)*” arasında farklılık öngörülmekte olup, anılan Politika'ya ilişkin düzenlemeler 2017'de yapılacak olağan genel kurul toplantılarından itibaren, Rapor'a ilişkin düzenlemeler ise, 2018'de yapılacak olağan genel kurul toplantılarından itibaren uygulanmaya başlanacaktır.

Fransa Ticaret Kanunu uyarınca, yönetim kurulu veya gözetim kurulunun yöneticilerin hizmetleri karşılığında alacakları mali hakların toplamının detaylarından oluşan bir rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede, Sapin 2 Kanunu'nda düzenlenen “*Ücretlendirme Politikası*”, borsaya kote ortaklıklarda yöneticilere sağlanması planlanan mali hakları içermekte olup, anılan Politika'nın pay sahipleri tarafından yılda en az bir defa oylanması gerekmektedir. Bu Politika'da yapılacak her değişikliğin ve söz konusu yöneticilerin yeniden seçilmesi durumunun olağan genel kurul toplantısında yeniden onaylanması öngörülmektedir. Pay sahiplerinin ücretlendirme politikasına ilişkin olarak kullanacakları oylar yönetim kurulu için bağlayıcıdır. Politika'nın olağan genel kurul toplantısında reddedilmesi durumunda, daha önceden kabul edilmiş olan ilke ve kriterler uygulanmaya devam edilecek olup, anılan ilke ve kriterlerin bulunmadığı şirketlerde ise, bir önceki finansal dönemde yapılan ödemeler yapılacak veya hâlihazırda yürütülen uygulamaya devam edilecektir.

Sapin 2 Kanunu'nda yer alan ve bir önceki finansal dönemde her bir yöneticiye ödenmiş olan ücretlendirme kalemlerinden oluşan “*Ücretlendirme Raporu*”nun da, pay sahipleri tarafından onaylanması ve bu oylamanın her yıl gerçekleşmesi gerekmektedir. Pay sahiplerinin “*Ücretlendirme Raporu*”na ilişkin oyları da yönetim kurulu için bağlayıcı niteliktedir. Rapor'un genel kurul toplantısında pay sahipleri tarafından kabul edilmemesi durumunda, Rapor'da yer alan değişe-

European “Say On Pay” Regimes, s. 2, http://www.amf-france.org/en_US/Reglementation/Dossiers-thematiques/Societes-cotees-et-operations-financieres/Gouvernement-d-entreprise/Les-r-gimes-europ-en-et-fran-ais-du-say-on-pay-- (Erişim Tarihi: 18.6.2017).

mez nitelikteki ödeme kalemleri bu oylamadan etkilenmeyecek olup, değişken veya istisnai ödeme kalemleri ise genel kurul toplantısında onaylanmadığı sürece yöneticilere ödenmeyecektir.⁶⁴

3) Etkileri

Fransa’da CAC-40 şirketlerinin (38 şirket), 2010-2012 döneminde gerçekleştirilen genel kurul toplantılarının incelenmesi neticesinde, bu şirketlerin %53’ünün 3 yıllık süreçte bir defa, yöneticilere sağlanan mali haklara (iş sözleşmesinin feshine ilişkin anlaşmalar, emeklilik anlaşmaları, hisse senedi opsiyonu veya ücretsiz sınırlı hisse senedi verilmesi) ilişkin olarak pay sahiplerinin onayını aradıkları, pay sahiplerinin onayının daha sıklıkla arandığı örneklerle bakıldığında ise, konunun 3 şirketin genel kurul toplantı gündemine iki defa, 2 şirketin ise üç defa alındığı görülmüştür. Renault oylaması öncesinde yapılmış olan bu araştırma uyarınca, Fransa’da, borsa şirketlerinde yöneticilere sağlanan mali hakların olağan genel kurul toplantısında pay sahipleri tarafından onaylanması neticesinde kabul edilmediği örnek bulunmakta olup, 3 şirketin genel kurul toplantısında, yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak %5’ten fazla olumsuz oy verildiği, en yüksek olumsuz oy oranının 2011 yılında Societe Generale’nin genel kurul toplantısında %20 olduğu tespit edilmiştir.⁶⁵

CAC-40 şirketlerinin 2014 yılında gerçekleştirilen genel kurul toplantılarında ise, tüm şirketlerin genel kurul toplantılarında, yöneticilere sağlanan mali hakların oylandığı ve oldukça yüksek oranda oylarla onaylandığı, hiçbir ücretlendirme paketinin reddedilmediği, bununla birlikte 3 şirketin genel kurul toplantısında %30 ve %40 oranında olumsuz oyların söz konusu olduğu, Sanofi, LVMH ve L’Oreal CEO’larının 8 milyon €’dan fazla miktardaki ücretlerinin pay sahiplerinin onayından geçtiği, hatta oy oranlarının sırasıyla %98, %82 ve %94 olduğu, Safran’ın CEO’sunun 1.6 milyon € tutarındaki ücret paketinin ise, %36’dan fazla olumsuz oy aldığı ama yine de onaylandığı tespit edilmiştir.⁶⁶

⁶⁴ http://www.amf-france.org/en_US/Reglementation/Dossiers-thematiques/Societes-cotees-et-operations-financieres/Gouvernement-d-entreprise/Les-r-gimes-europ-en-et-fran-ais-du---say-on-pay-- (Erişim Tarihi: 15.6.2017).

⁶⁵ Thomas/Van Der Elst, “SoP Worldwide”, s. 684-686.

⁶⁶ Thomas/Van Der Elst, “SoP Worldwide”, s. 687, 688.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, 2016 yılında gerçekleştirilen Renault, Alstom ve Solocal Group şirketlerinin genel kurul toplantılarında şirket yöneticilerine sağlanacak mali haklar pay sahipleri tarafından reddedilmiş olup, buna karşın şirketlerin yönetim kurulları anılan ücret paketlerini değiştirmeden uygulamıştır.

Sapin 2 Yasası'nın ücretlendirme raporlarına ilişkin oylamaları 2018 yılından itibaren, ücretlendirme politikalarına ilişkin oylamaları ise 2017 yılından itibaren yapılacağından, çalışmamızın tamamlanma tarihi itibarıyla, bağlayıcı nitelikli oylamaların etkilerini içeren bir araştırma tespit edilmemiştir.

C) Almanya

1) Genel Olarak

Almanya'da borsa şirketlerinde ikili yönetim sistemi bulunmakta olup, yönetim kurulu (management board) şirket içi işleri yürütmekle, gözetim kurulu (supervisory board) ise yönetim kurulunun denetim ve gözetimi ile yükümlüdür.⁶⁷ Gözetim kurulu aynı zamanda, yönetim kurulu üyelerine sağlanacak mali hakları belirleme yetkisine de sahiptir.⁶⁸ Bununla birlikte, gözetim kurulu üyelerine sağlanacak mali haklar, genel kurul kararıyla veya esas sözleşme değişikliği ile belirlenmektedir.⁶⁹

Almanya'da, aşağıda "E) Avrupa Birliği" başlığı altında da yer verilen ve özellikle 2004-2009 yılları arasında yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda AB'de meydana gelen gelişmelerden etkilenilerek, 2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanan Mali Hakların Kamuya Açıklanması Kanunu (Act on the Disclosure of Management Board Compensation) ve 2009 tarihinde yürürlüğe giren Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu (Law on the Appropriateness of Director Compensation) ile yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklar konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır.⁷⁰

⁶⁷ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 688.

⁶⁸ Marvin Vesper-Graske, "'Say On Pay" In Germany: The Regulatory Framework And Empirical Evidence", s. 760 (https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b14cfb7da24f29eaf30d8b/1454460156507/GLJ_Vol_14_No_07_Vesper-Graske.pdf, Erişim Tarihi: 19.7.2017).

⁶⁹ Vesper-Graske, s. 759, 760.

⁷⁰ Vesper-Graske, s. 751, 759.

Özellikle, Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu ile ilk defa yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali hakları belirleme konusunda pay sahiplerine oy hakkı tanınarak ve mali haklar ile performans arasında makul bir ilişki aranarak konuya ilişkin önemli adımlar atılmıştır.

2) Yasal Düzenlemeler

1937 yılında Alman Borsa Şirketleri Kanunu (German Stock Corporation Act), gözetim kurulunun yöneticilere sağlanacak mali hakları belirleyeceğini ve bu hakların makul olması gerektiğini düzenlemiş olup, anılan Kanun'da 1965 yılında yapılan değişiklikle "makullük" koşullarına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.⁷¹ Dolayısıyla anılan dönemde, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda oy hakkı bulunmamaktadır. Bununla beraber anılan Kanun gereğince, yöneticilere hisse senedi opsiyonları sağlanabilmesi, pay sahiplerinin dörtte üçünün onayına bağlıdır.⁷²

Daha sonra, 26.2.2002 yılında yürürlüğe giren ve uy/uymuyorsan açıkla prensibi çerçevesinde hükümler barındıran Alman Kurumsal Yönetim Kanunu'nda (German Corporate Governance Code) yöneticilere sağlanan mali haklar paketlerinde yer alan ücret kalemlerinin bireyselleştirilmesi öngörülmüşken, anılan Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklikle, bu ücret kalemlerinin kamuya açıklanması gerektiği hükme bağlanmıştır.⁷³

Özellikle 2004-2009 yılları arasında yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda AB'de meydana gelen gelişmeler Almanya açısından konuya ilişkin düzenleme yapma konusunda tetikleyici olmuş olup, 2005 tarihli Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanan Mali Hakların Kamuya Açıklanması Kanunu ve yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda pay sahiplere oy hakkının tanındığı 2009 tarihli Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu bu kapsamda yapılmış düzenlemelerdir.⁷⁴

⁷¹ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 689.

⁷² Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 689.

⁷³ Vesper-Graske, s. 751.

⁷⁴ Vesper-Graske, s. 751, 759.

Alman Kurumsal Yönetim Kanunu hükümlerinin uygulanması zorunlu ilkeler içermemesi sebebiyle, uygulamada borsa şirketleri tarafından bahsi geçen açıklamaların yapılmadığının tespiti üzerine, 2005 yılında Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanan Mali Hakların Kamuya Açıklanması Kanunu yürürlüğe girmiş olup, anılan Kanun ile 31.12.2005 tarihinden itibaren borsaya kote şirketlerin her bir yönetim kurulu üyesine sağlanan mali hakları finansal rapor veya beyanlarında açıklaması zorunlu hale getirilmiştir.⁷⁵

Ardından, 5.8.2009 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman Borsa Şirketleri Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu ile gözetim kuruluna ve yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda şeffaflık getirilmesine yönelik hükümlerin yanı sıra, ilk defa yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklar konusunda pay sahiplerine oy hakkı tanınmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.⁷⁶

Böylece Alman Borsa Şirketleri Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte, borsaya kote şirketlerde yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali hakların genel kurul toplantısında oylanabileceği hükme bağlanmıştır.⁷⁷ Hükme göre, oylanacak husus mevcut ücretlendirme sistemi olup, oylamanın ne sıklıkta yapılacağı ise düzenlenmemiştir.⁷⁸ Pay sahiplerinin kullanacağı oylar tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, bu oylar "itiraz edilemez" olarak nitelendirilmektedir. Zira yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin oylamanın yapıldığı genel kurul kararının iptali dava edilemeyecektir.⁷⁹

Ayrıca anılan Kanun, yöneticilerin ücretleri belirlenirken o yöneticinin görevi ve performansının da nazara alınması gerektiğini öngörmekte olup, fahiş miktarda belirlenen mali haklara ilişkin olarak gözetim kurulunun sorumluluğunun doğacağını hükme bağlamıştır.⁸⁰

⁷⁵ Vesper-Graske, s. 757.

⁷⁶ Vesper-Graske, s. 759.

⁷⁷ 15.5.2012 tarihinde Alman Kurumsal Yönetim Kanunu'nda da bu çerçevede değişiklik yapılmış olup, yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirme sisteminin pay sahiplerince genel kurulda oylanabileceği hükme bağlanmakla birlikte, gözetim kurulunun her bir yönetim kurulu üyesinin ücretinin toplamına karar vereceği de ayrıca vurgulanmıştır (Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 689, 690).

⁷⁸ Vesper-Graske, s. 770-774.

⁷⁹ Vesper-Graske, s. 778, 779.

⁸⁰ Vesper-Graske, s. 762, 763.

Diğer taraftan, 2013 yılında Alman hükümeti tarafından yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklara ilişkin verilecek oyların bağlayıcı hale getirilmesine ilişkin mevzuat çalışmaları yürütüldüğü ifade edilmiş olup, ülkede 2013 yılında yapılan seçimler nedeniyle bu çalışma ertelenmiştir.⁸¹

3) Etkileri

Alman Borsa Şirketleri Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi akabinde, 2010 yılında DAX 30 Endeksi'nde yer alan 30 şirketin 27'sinin genel kurul toplantısında mali haklara ilişkin oylama yaptığı, 2011 tarihi itibarıyla ise, 30 şirketin de yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali hakları genel kurul toplantısında oylamaya sunduğu tespit edilmiştir.⁸²

Anılan oylamalar neticesinde 2009 ve 2010 yıllarında; M-DAX Endeksi'nde işlem gören şirketlerin %78'i, S-DAX Endeksi'nde işlem gören şirketlerin %42'si ve TecDAX Endeksi'nde işlem gören şirketlerin %63'ünün ücretlendirme sistemini onayladığı görülmüştür.⁸³ DAX 30 Endeksi'ne kayıtlı şirketlerde ücretlendirme sisteminin onaylandığı şirket ortalaması ise, 2010 yılında %91,58, 2011 yılında %93,48 ve 2012 yılında %89,73 olmuştur.⁸⁴

Yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali hakların pay sahipleri tarafından onaylanmadığı şirketlere örnek olarak, 2010 yılında %42 oranında olumsuz oy alan Deutsche Bank, 2010 yılında % 47 oranında olumsuz oy alan Deutsche Börse, 2011 yılında %30 oranında olumsuz oy alan Merck ve 2012 yılında %35 oranında olumsuz oy alan SAP verilebilecek olup, oylamaların ardından anılan şirketlerde ücretlendirme sisteminin revize edilerek yeniden oylamaya sunulduğu ve onaylandığı görülmüştür.⁸⁵

⁸¹ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 694, Vesper-Graske, s. 795.

⁸² Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 692, Vesper-Graske, s. 785.

⁸³ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 692.

⁸⁴ Vesper-Graske, s. 788.

⁸⁵ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 692, 693.

D) ABD

1) Genel Olarak

ABD Hukuku'nda, halka açık anonim ortaklıklarda⁸⁶ yöneticilere sağlanan mali hakların hangi kalemlerden oluşacağını ve miktarlarını karara bağlama yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Öte yandan kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde, yönetim kurulunun karara bağlayacağı mali haklara ilişkin tekliflerin, bağımsız üyelerden oluşan bir ücretlendirme komitesi veya mali haklar danışmanı tarafından hazırlanmış olmasına ilişkin anlayış halka açık anonim ortaklıkların pek çoğunda kabul görmüştür.

Bununla birlikte pay sahipleri, yöneticilerin mali hak planlarını değiştirmek ya da reddetmek konusunda önemli bir etki gösterememişlerdir. Ancak ABD'de Enron'un iflasıyla beraber pay sahiplerinin şirkette uygulanan mali hak politikalarına karşı çıkabilmeleri gerektiği hususu gündeme gelmiştir. Bu konuda başvurulabilecek en etkili yol ise, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi aşamasında karar sürecine pay sahiplerinin de dâhil olmasıdır.

ABD hukukunda, bu konuda başvurulabilecek bir yol, pay sahiplerinin öneri getirme haklarından faydalanmaları olabilecektir. Pay sahiplerinin öneride bulunma yetkisi, Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu'nun (Exchange Act) 14(A) maddesinden aldığı yetkiye dayanarak U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) tarafından yayımlanan "*Pay Sahiplerinin Önerileri (Shareholder Proposals)*" kenar başlıklı düzenleme ile hukuki bir zemine kavuşmuştur. Kurala göre pay sahiplerine, genel kurulda oylanması amacıyla masrafları şirkete ait olmak üzere öneride bulunma hakkı verilmekte olup, hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin kurallar⁸⁷ düzenleme altına alınmıştır.

⁸⁶ ABD'de halka açık ortaklıklar menkul kıymetler düzenlemelerine tabi olduğundan, eyalet düzenlemeleri bazında diğer ortaklıklar inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁸⁷ Hüküm uyarınca, pay sahiplerinin öneride bulunabilmesi için önerinin şirkete sunulduğu tarihten itibaren geriye doğru en az bir yıldır, asgari 2000 \$ değerinde veya sermayenin %1'i oranında paya sahip olmaları zorunludur. Bu paylar toplantı gününe kadar elden çıkarılamaz. Önerilerin yazılı olması şarttır ve pay sahiplerinin, her olağan genel kurul için en fazla bir öneride bulunma hakları vardır. Öneri sunma hakkına ilişkin bir diğer sınırlama, bu hakkın kullanılabilmesi için belirli bir süre de öngörülmüş olmasıdır. Buna göre pay sahiplerinin önerilerini, toplantı gündeminin ilanından en az 120 gün önce şirkete ulaştırmış olmaları gerekir. Bununla birlikte öneri, olağanüstü genel kurul toplantısında

Pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi aşamasında karar sürecine katılmalarının bir diğer yolu ise genel kurulda oy kullanmalarıdır.⁸⁸ ABD hukukunda konuya ilişkin olarak 2006 tarihinden itibaren bir takım düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, konu esas olarak 21.7.2010 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Dodd – Frank Wall Street Reformu ve Tüketiciyi Koruma Kanunu’nda (Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act-Dodd Frank Kanunu) düzenlenmiştir. Bu sebeple, ABD Hukuku’nda konuya ilişkin düzenlemelere Dodd Frank Kanunu öncesi ve sonrası olarak iki başlık altında yer verilmiştir.

2) Yasal Düzenlemeler

a) Dodd Frank Kanunu Öncesi Düzenlemeler

ABD hukukunda, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklar konusundaki düzenlemeler 1992 yılında SEC tarafından ücretlerin kamuya açıklanmasına ilişkin kurullarla başlamıştır.⁸⁹ Anılan kurullar 2006 yılında değiştirilmiş olup, değişiklikle kamuya açıklanacak Özet Mali Haklar Tablosu’nda (Summary Compensation Table) şirketin CEO, Chief Financial Officer (CFO) ve mali haklarının toplam tutarı en yüksek olan üç yöneticisine son üç yıldır bireysel olarak tanınan mali hak kalemlerinin türleri ile miktarlarının, yöneticilerin adlarıyla birlikte teker teker gösterilmesi zorunlu hale getirilmiştir.⁹⁰

Öte yandan, 30.7.2002 tarihinde yürürlüğe giren Sarbanes – Oxley Act’de (SOXA) konuya ilişkin olarak, ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yönetim kadrosuna borç vermelerinin yasaklanmasına⁹¹ ve yöneticilere ödenmiş olan mali hakların belirli şartlarla şirkete geri verilmesine⁹² ilişkin hükümler yer almaktadır.

sunulacaksa, toplantı gündemine konulabilmesine olanak tanıyacak bir süre önce şirkete ulaştırılmış olması yeterlidir (Işık Özer, Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Anonim Şirket Yöneticilerine Sağlanan Mali Haklar, Doktora Tezi, Ankara 2013, s. 351).

⁸⁸ Özer, s. 353 vd.

⁸⁹ Özer, s. 132.

⁹⁰ Özer, s. 384.

⁹¹ SOXA Sec. 402, Özer, s. 173.

⁹² SOXA Sec. 304, Özer, s. 410.

Ortaklıkların pay sahiplerinin söz söyleme hakkına ilişkin olarak ise, ilk defa 2006 yılında American Federation of State, Country and Municipal Employees (AFSCME) bir tavsiye yayınlamıştır. Buna göre anonim şirketler, üst düzey yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin olarak pay sahiplerine bağlayıcı nitelikte olmayan bir oy hakkı verebileceklerdir. Anılan dönemde, bu tavsiye şirket yönetimleri tarafından kabul görmese de, pay sahipleri tarafından oldukça büyük destek almıştır. Tavsiyenin şirket yöneticileri tarafından kabul edilmemesinin gerekçesinin, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi konusundaki yetkinin pay sahiplerine değil yönetim kurullarına ait olduğu belirtilmiştir.⁹³

Daha sonra, Amerika’da pay sahiplerinin paya dayalı ödemeler dışındaki mali haklar üzerinde oy kullanma yetkisi 20.4.2007 tarihinde Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen Pay Sahiplerinin Yöneticilerin Mali Hakları Üzerindeki Oy Hakları Hakkında Kanun (Shareholder Vote on Executive Compensation Act/Say on Pay Bill) ile düzenlenmişse de, Kanun Senato’dan geçememiştir.⁹⁴

Ardından, 2008 yılında finansal krizin yatırımcılar nezdinde yarattığı endişelerin giderilmesini teminen, The Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESA), Sorunlu Varlıkları Kurtarma Programı’nın (Troubled Asset Relief Program (TARP)) fon alıcısı olan şirketlerin pay sahiplerine, şirket yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin tavsiye niteliğinde oy verme hakkı tanınmasını öngörmüştür. Bu düzenlemeyi uygulamak amacıyla, 2009 yılında SEC tarafından TARP’ın fon alıcılarının pay sahiplerine, şirket yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin tavsiye niteliğinde oy verme hakkı tanınmasına ilişkin kural getirilmiş olup, 2009 yılında yaklaşık 280 şirket tarafından bu oylama gerçekleştirilmiştir.⁹⁵

Diğer taraftan Dodd Frank Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, Amerika’da pek çok şirkette pay sahiplerine genel kurulda mali hakları oylama hakkı tanındığı görülmektedir. Zira kurumsal yönetim ilkelerinde yer alan açık hükümler yanında, Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu’nun 14(A) maddesinde de konuya ilişkin dolaylı bir dü-

⁹³ Thomas/Van Der Elst, “International Scope”, s. 6,7.

⁹⁴ Özer, s. 360.

⁹⁵ Thomas/Van Der Elst, “SoP Worldwide”, s. 659-660.

zenleme bulunmaktadır. Buna göre, olağan ve olağanüstü genel kurul toplantılarında vekâlet (Proxy) belgesi toplanmasına ilişkin olarak SEC tarafından yayımlanan kurallar uyarınca, yöneticilerin mali haklarının kamuya açıklanması zorunlu olup, kamuya açıklanması gereken kurallar arasında, pay sahiplerinin yöneticilerin mali haklarını oyladıkları hususunun da bulunması gerekmektedir ve bu oylama en çok üç yılda bir yapılmalıdır. Kamuya duyurulması gereken bir diğer önemli bilgi ise, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklar üzerindeki oy haklarını hangi sıklıkta (yılda/2 yılda/3 yılda bir) kullanacaklarını belirledikleri karardır. Bu karar hakkındaki oylama ise en çok altı yılda bir yapılmalıdır. Anılan hükme göre, pay sahiplerinin oy hakları bağlayıcı nitelikte değildir.⁹⁶

b) Dodd Frank Kanunu Sonrası

21.7.2010 tarihinde yürürlüğe giren Dodd Frank Kanunu esasen finans sektörüne ilişkin kurallar getirmekle birlikte, Kanun'un 951. maddesi ile Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu'nun 14(A) maddesine 14(A)-(a)(2) hükmü eklenmiş olup, anılan hükümde halka açık anonim ortaklıklarda görev yapan üst düzey yöneticiler ve yönetim kurulu üyelerinin mali hakları ve görevden ayrılma tazminatları (golden parachutes) üzerinde pay sahiplerine oy hakkı tanınması gerektiği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin verecekleri oylar tavsiye niteliğinde olup, ayrıca pay sahipleri tarafından, yapılacak oylamanın sıklığı (yılda/2 yılda/3 yılda bir yapılacağı) da 6 yılda bir olmak üzere karara bağlanacaktır.⁹⁷ Ayrıca, Dodd Frank Kanunu ile getirilen değişikliklerle ücretlendirme komitesinin bağımsızlığı ve rolü arttırılmış olup,⁹⁸ ortaklıklara yöneticilere ödenmiş olan mali hakların şirkete iadesine yönelik bir politika oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir.⁹⁹

⁹⁶ Özer, s. 360-364.

⁹⁷ William Allen/Reinier Kraakman/Guhan Subramanian, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, Wolters Kluwer Law&Business in New York, 2012, s.337, Susan Berson/Dave Berson, The Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act - From Legislation to Litigation, American Bar Association, 2010, s. 240, 241.

⁹⁸ Berson/Berson, s. 249-253.

⁹⁹ Berson/Berson, s. 256, 257.

SEC, Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu'nun 14(A) maddesinden aldığı yetki çerçevesinde, 4.4.2011 tarih ve 33-9178 sayılı Pay Sahiplerinin Yöneticilerin Ücretleri ve Görevden Ayrılma Tazminatları Üzerindeki Onay Yetkisi (Shareholder Approval of Executive Compensation and Golden Parachute Compensation) başlıklı düzenlemeyi yayımlamıştır.¹⁰⁰ Bu hükümler, pay sahiplerinin mali hakları üzerindeki bireysel oy haklarının güçlendirilmesi, pay sahiplerine oy haklarını ne kadar sıklıkta kullanabileceklerini belirleme yetkisi verilmesi ve devralma ya da birleşme gibi önemli durumlarda ödenecek olan görevden ayrılma tazminatlarını oylama hakkı tanınması amaçları ile çıkarılmıştır. Ayrıca oyların tavsiye niteliğinde olduğunun hem vekâlet belgelerinde belirtilmesi hem de kamuya açıklanması gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca, halka açık anonim ortaklıkların, pay sahiplerine tanınan oy hakları üzerindeki görüş ve değerlendirmelerinin Mali Haklara İlişkin Müzakereler ve Analiz (Compensation Discussion and Analysis (CD&A)) başlıklı bir bölüm altında kamuya bildirmeleri zorunluluğu da bu düzenleme ile uygulamaya geçirilmiştir.¹⁰¹

Bunun yanı sıra 33-9178 sayılı düzenleme, pay sahiplerinin oy kullanma yetkileri ve bu yetkinin ne şekilde kullanılacağıyla ilgili öneri getirme hakları hakkında da bir kural getirmiştir. Buna göre, genel kurulda bu konuya ilişkin bir teklif üzerinde çoğunluk sağlanmış ve şirkette çoğunluğun kararı doğrultusunda bir politika benimsenmişse, pay sahiplerinin sonraki önerilerinin dikkate alınmaması mümkündür.¹⁰²

Son olarak, Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu'nun 14(A)-b maddesinde de, şirket birleşme ya da devralmaları hallerinde ödenen görevden ayrılma tazminatlarının ayrı bir oylama ile pay sahiplerinin onayından geçmesi gerektiği hüküm altına alınmış olup, pay sahiplerinin bu konuda vereceği oylar bağlayıcı nitelikte değildir.¹⁰³

Bu noktada belirtmek gerekir ki, diğer ülke düzenlemelerinde olduğu gibi ABD'de de, yukarıda yer verilen düzenlemeler halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan temel ücret, ikramiye, gö-

¹⁰⁰ <https://www.sec.gov/rules/final/2011/33-9178.pdf> (Erişim tarihi:14.6.2017).

¹⁰¹ Özer, s. 360-364.

¹⁰² Berson/Berson, s. 243-244.

¹⁰³ Özer, s. 360-364.

revden ayrılma tazminatı gibi diğer mali haklara ilişkin pay sahiplerinin genel kurul toplantılarında kullanacakları tavsiye niteliğindeki oylar ile ilgili olup, pay sahiplerine tanınan bu oy hakkı yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü, bir başka deyişle sorumluluğu üzerinde bir değişiklik öngörmemektedir.¹⁰⁴

Bununla beraber, ABD hukukunda pay sahiplerinin genel kurulda yaptıkları oylamanın doğurduğu sonuçlar, paya dayalı ödeme planları açısından farklı kurallara bağlanmış olup, bu ödemeler hakkında pay sahiplerine verilen oy hakları bağlayıcı niteliktedir.

Amerika'da bazı eyalet kanunlarında, örneğin New York Şirketler Kanunu'nun 505/d maddesinde, paya dayalı ödeme planlarının uygulanır hale gelmesi, açıkça pay sahiplerinin onayı şartına bağlanmışken, pek çok eyalet tarafından kabul edilen Model Ticaret Şirketleri Kanunu'nda (Model Business Corporation Act/MBCA) ve büyük eyaletlerin çoğunda yöneticilere tanınan paya dayalı ödemelerin pay sahiplerinin onayından geçmesi şartına kural olarak yer verilmemiştir. Öte yandan, New York Stock Exchange (NYSE) tarafından yayımlanan Payları Borsada İşlem Gören Anonim Şirketler Elkitabında (Listed Company Manual), NYSE AMEX kurallarında (American Stock Exchange Rules) ve Nasdaq Stock Market (NASDAQ) teknoloji borsasının kotasyon şartlarında da, bazı istisnalarla birlikte, paya dayalı ödeme planlarının pay sahiplerinin onayına sunulması zorunluluğuna yer verilmiştir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Robert Rhee, "Intrafirm Monitoring of Executive Compensation", *Vanderbilt Law Review*, 2016, s. 717, <https://www.vanderbiltlawreview.org/2016/04/intrafirm-monitoring-of-executive-compensation/> (Erişim Tarihi: 14.7.2017). Ayrıca, Dodd Frank Kanunu ile getirilen değişikliklerde oy haklarına yönelik olarak özen yükümlülüğüne ilişkin ayrıca özel bir hüküm bulunmasa da, 2011 yılında olumsuz oy verilen ücret paketlerinin söz konusu olduğu ortaklıklardan sekizinde pay sahipleri tarafından, yönetim kurulu üyelerinin oyları görmezden geldiği ve böylece özen yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle dava açılmıştır (Randall S. Thomas / Alan R. Palmiter/James F. Cotter, "Dodd-Frank's Say on Pay: Will it Lead to a Greater Role for Shareholders in Corporate Governance", *Cornell Law Review*, Vol:97, Sayı:5, Temmuz 2012, s. 1261, <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3247&context=clr> (Erişim Tarihi: 14.7.2017).

¹⁰⁵ Buna göre, NYSE'nin elkitabının 3/303A.08 numaralı hükmünde ve NYSE AMEX kurallarının 711. bölümünde, paya dayalı bütün ödeme planları ve bu planlarda yapılacak esaslı değişikliklerin pay sahiplerinin onayı ile yürürlüğe gireceği açıkça düzenlenmiştir (NYSE AMEX Rules Sec. 711; Listed Company Manual, Sec. 3/303A.08). NYSE'in elkitabının 3/312.03 numaralı hükmünde ise, şirketin pay ihraç etmesi gereken hallerde, pay sahiplerinin onayının arandığı durumlar

3) Etkileri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, pay sahipleri tarafından getirilen ve yönetim kurulu tarafından genel kurul gündemine alınan yöneticilere sağlanacak mali haklara dair önerilere ilişkin olarak, 1997, 2000 ve 2007 tarihlerinde doktrinde yapılan araştırmalar, önerilerin mali haklar üzerinde çok büyük etkileri olmadığını ortaya koymaktadır. Bu öneriler, mali hak miktarlarındaki artışların daha küçük oranlarda yapılmaya başlanması dışında göze çarpan önemli bir değişikliğe sebep olmamıştır. Bunun en önemli sebebi olarak önerilerin, pay sahiplerinin çoğunluğunun iradesini yansıtmamasına rağmen bağlayıcı nitelikte olmaması ve yöneticiler tarafından ciddiye alınmaması gösterilmektedir.¹⁰⁶

Diğer taraftan yukarıda belirtildiği gibi, EESA ve daha sonra SEC tarafından TARP'ın fon alıcısı olan şirketlerin pay sahiplerine, şirket yöneticilerine sağlanan mali haklara ilişkin tavsiye niteliğinde oy verme hakkı tanınması öngörülmüş olup, 2009 yılında yaklaşık 280 finansal şirket tarafından gerçekleştirilen oylamada yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak pay sahipleri tarafından ortalama %88,7 oranında olumlu yönde oy kullanılmıştır.¹⁰⁷

Dodd Frank Kanunu'nun yürürlüğe girmesi akabinde yapılan bir diğer araştırmaya göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk yıl olan 2011 tarihinde, şirketlerin büyük çoğunluğu (yaklaşık %91.2) ücretlendirme paketleri için pay sahiplerinden onay almıştır.¹⁰⁸ Bununla birlikte, bazı şirketlerde, yöneticilere sağlanan mali haklar kabul görmemiştir. Buna göre, 2532 şirketin 39'unun genel kurulunda ücretlendirme paketleri kabul edilmemiştir.¹⁰⁹ Tavsiye niteliğinde olsa da bu oyların şirketler

sayılırken, paya dayalı ödeme planları kapsamındaki ihraçlar tekrar belirtilerek bu zorunluluk bir kez daha vurgulanmıştır (Listed Company Manual, Sec. 3/312.03). SEC de, 30.6.2003 yılında NYSE tarafından hazırlanan ve 25.11.2009 tarihinde son defa değiştirilen elkitabındaki düzenlemelere benzer şekilde, paya dayalı (equity-based) ödeme planlarının pay sahiplerinin onayından geçmesini zorunlu hale getirmiştir (ÖZER, s. 357-360).

¹⁰⁶ Özer, s. 352, 353.

¹⁰⁷ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 660.

¹⁰⁸ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 661.

¹⁰⁹ Olumsuz oylar incelendiğinde, oy danışmanlarının tavsiyelerinin oldukça etkili olduğu görülmüştür (James F. Cotter/Alan R. Palmiter/Randall S. Thomas, "The First Year of Say-on-Pay Under Dodd-Frank: An Empirical Analysis and Look Forward (First Year of DFA)", s. 969, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers>).

üzerinde bir etkisi bulunduğu, bazı şirketlerin yönetim kurullarının ücret paketlerinde değişiklik yaptığı, bazı şirketlerin yönetim kurullarının ise eleştirilere karşı ikna yolları aramaya başladığı görülmüştür.¹¹⁰ Söz konusu mali hakların pay sahipleri tarafından kabul görmemesinin gerekçesinin, ödemelerin şirket performansını ile karşılaştırıldığında fahiş bulunması olduğu anlaşılmıştır.¹¹¹

Pay sahipleri tarafından yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak olumsuz oy verilmesinin etkenlerinin saptanmaya çalışıldığı bir başka çalışmada ise, 2010-2012 yılları arasında S&P1500 şirketleri incelenmiş olup, şirketlerin %3'ünden daha azının olumsuz oylarla karşılaştığı, yöneticilere sağlanan mali hakların yüksek veya aşırı bulunduğu şirketlerde olumsuz oy oranlarının daha yüksek olduğu, düşük performans sergileyen şirketlerde olumsuz oy oranlarının yüksek olduğu, kurumsal yönetimin kalitesinin yüksek olduğu şirketlerde olumsuz oy oranlarının daha düşük olduğu ve yöneticilere sağlanan mali hakların büyüme derecesinin, bir önceki oylamada olumsuz oyların yüksek olması durumunda daha düşük olduğu sonuçlarına ulaşılmıştır.¹¹²

Öte yandan, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerine söz hakkı tanınmasının şirketin paylarının değerine olan etkisinin araştırıldığı bir çalışma neticesinde, mali hakların %50 üzerinde oylarla onaylandığı gün şirketlerin paylarında, onaylanmayan şirket paylarına oranla %2,4 oranında olağandışı bir artış yaşandığı sonucuna varılmıştır.¹¹³

Ayrıca, Dodd Frank Kanunu'nun 951. maddesi uyarınca pay sahipleri tarafından, yapılacak oylamanın sıklığının da 6 yılda bir olmak üzere karara bağlanacağı yukarıda belirtilmiştir. Bu çerçevede, ilk oylama 2011 yılında gerçekleşmiş olup, yapılan araştırmalarda, şirketlerin çoğunluğunun (%66) genel kurul toplantılarında anılan oylamanın

cfm?abstract_id=2162957, (Erişim Tarihi: 14.7.2017).

¹¹⁰ Allen/Kraakman/Subramanian, s. 338. Ayrıca, ücret paketlerinde olumsuz oy alındığında yöneticiler tarafından gerçekleştirilen işlemlerin görülebileceği örnek olaylar için bkz. Cotter/Palmiter/Thomas, "First Year of DFA", s. 1002-1010.

¹¹¹ Thomas/Van Der Elst, "SoP Worldwide", s. 661.

¹¹² CONYON M. J., Shareholder Dissent on Say-on-Pay and CEO Compensation, Mart 2016, s.20-22, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2748645 (Erişim Tarihi: 15.6.2017).

¹¹³ Thomas/Van Der Elst, SoP Worldwide, s. 662.

her yıl yapılmasına karar verildiği, %11'inin 2 yılda bir, %7'sinin ise, 3 yılda bir oylama yapılmasına karar verdiği tespit edilmiştir.¹¹⁴

E) Avrupa Birliği

1) Tavsiye Kararları

AB Komisyonu, mali hakları belirleme konusunda yetkinin kullanılmasına ilişkin olarak tek bir model öngörmekten kaçınmakta olup, üye ülkelere geniş bir hareket alanı bırakmayı tercih etmektedir. Zira AB üyesi ülkeler tekli veya ikili organ yapısını seçmekte özgürdür ve benimsenen yönetim usulüne göre mali hakları belirleme süreci değişiklik gösterebilmektedir.¹¹⁵

Kurumsal yönetim yaklaşımının etkisiyle AB Komisyonu, yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda ilk olarak, 2004/913 sayılı "*Borsa Şirketlerinde Yöneticilerin Ücretlendirilmesinde Uygun Bir Rejimin Oluşturulmasına İlişkin Tavsiye*"yi yayınlamıştır.¹¹⁶ Tavsiye'nin gerekçesine bakıldığında, şirketlerin ücret politikalarının yıllık olağan genel kurul toplantısı gündeminde yer alması gerektiği ifade edilerek, böylelikle pay sahiplerinin kapsamlı açıklamaya dayalı olarak bir karar alınması önerisinde bulunmalarına gerek olmaksızın şirketin ücret politikaları hakkında düşüncelerini en etkili şekilde açıklama ve tartışma imkânına sahip olacaklarının ve şirketin hesap verme yükümünü güçlendirmek adına ücret politikasının yıllık olağan genel kurul toplantısında oylamaya (istişari) sunulması gerekliliğinin üzerinde durulduğu

¹¹⁴ Bonnie A. Babrsamian/Brian J. Lynch, "Say on Pay Frequency Revisited for 2017", s.1,2, <http://www.natlawreview.com/article/say-pay-frequency-revisited-2017> (Erişim tarihi:14.6.2017), William Libit / Todd E. Freier, "Say on Pay Frequency: Is It Easy As 1, 2 of 3?", Insights, Sayı: 1, Ocak 2017, s. 3,4 http://www.chapman.com/media/publication/710_Chapman_Say-On-Pay_Frequency_120616.pdf (Erişim tarihi:14.6.2017).

¹¹⁵ Özer, s. 317.

¹¹⁶ AB Hukuku çerçevesinde Komisyon tarafından tavsiye hazırlanmasının hukuki dayanağı Roma Anlaşması'nın 211. maddesi olup, anılan maddeye göre, Komisyon Roma Anlaşmasında düzenlenen konular hakkında ve hatta gerekli gördüğü diğer hususlar hakkında Tavsiye yayınlayabilecektir. Topluluk hukukunda Komisyon Tavsiyeleri üye devletler için bağlayıcı hükümler getirmemekte ancak tavsiye konusunda ortak bir zemin kurulması amaçlanmaktadır (Seçil Sayın Gündüz, *Borsa Şirketlerinde Yöneticilere Yapılan Ödemeler Ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, Araştırma Raporu, Ekim 2009, s. 18).

görülmektedir.¹¹⁷ Tavsiye’de yöneticilere sağlanan mali hakların genel kurulda belirlenmesine ilişkin olarak, sabit ödemeler ve paya dayalı ödemeler açısından farklı düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, sabit ödemeler ikramiye gibi vadeli teşvikler ve bunlar üzerindeki esaslı değişikliklerin genel kurul gündeminde ayrı bir madde olarak yer alması ve pay sahiplerinin onayına sunulması zorunlu olup, üye ülkeler oyların bağlayıcı ya da tavsiye niteliğinde olmasına karar verme konusunda serbest bırakılmışlardır. Paya dayalı ödemelerin ve bu ödemelerin uygulanma koşulları ile koşullarda yapılacak esaslı değişikliklerin ise genel kurulun gündemine alınması ve pay sahiplerinin onayından geçirilmesi gerekmekte olup, bu oylar bağlayıcı niteliktedir.¹¹⁸ Tavsiye’de yer alan hükümlere göre, yönetici; üye devletlerden birinde merkezi olan borsa şirketlerinin ya da üye devletin düzenlenmiş piyasalarında kotasyonu olan yabancı şirketlerin yöneticisi, denetleyicisi, idari organ üyesi veya üye olmasa da CEO’larıdır. Başka bir deyişle, yönetici terimi herhangi bir organın üyesi olarak anlaşılacağı gibi, herhangi bir kurulun üyesi olarak yer almayan CEO’ları da kapsamaktadır.¹¹⁹

Daha sonra, borsa şirketlerinde icra yetkisine sahip olmayan yönetim kurulu üyeleri, gözetim yapan yöneticilerin rolü ve komitelere (ücret komitesine) ilişkin hükümler içeren 2005/162 sayılı Tavsiye yayınlanmış olup, anılan Tavsiye’yi ve ücret politikasının oluşturulması, kamuya açıklanması ve genel kurul toplantısında oylanmasına yönelik kurallar öngören 2004/913 sayılı Tavsiye’yi¹²⁰ tamamlamak amacıyla yayınlanan 2009/385 sayılı Tavsiye’de ise, yöneticilerin mali haklarının belirlenmesi konusunda genel nitelikte bir hükme yer verilerek, mali haklara ilişkin oyların uygun ve elverişli şekilde kullanılabilmesi için pay sahiplerinin genel kurula katılmaları konusunda teşvik edilmeleri yeterli görülmüştür.¹²¹

¹¹⁷ Hasan Pulaşlı, Corporate Governance Ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü, *BATİDER*, 2005 Haziran, C. 23, Sayı:1, s. 35.

¹¹⁸ Özer, s. 323, 324.

¹¹⁹ Sayın Gündüz, s. 23.

¹²⁰ Sayın Gündüz, s. 22.

¹²¹ Özer, s. 324. Ayrıca, anılan Tavsiye’de şirketlerin mali haklara ilişkin politikalarının kamuya açıklanmasıyla ilgili ayrıntılı hükümler yer almakta olup, Tavsiye uyarınca beyannamede; mali hakların sabit ve değişken bileşenleriyle ilgili açıklamaların, paya dayalı ödeme şekillerine temel olacak performans

Ardından AB Komisyonu, finansal hizmetler sektöründe ücret politikaları hakkında 30.4.2009 tarih ve C(2009) 3159 sayılı Tavsiye'yi yayınlamıştır. Anılan Tavsiye'de ücret politikasının yapılandırılması, işleyişi ve kamuya, paydaşlara ve gözetim mekanizmalarına açıklanmasına yönelik ilkeler yer almaktadır.¹²²

AB Komisyonu 12.12.2012 tarihinde Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim konularında bir Plan (Action Plan: European Company Law and Corporate Governance) yayınlamıştır. Buna göre, pay sahiplerinin ücretlendirme politikalarının gözetimi yetkisine sahip olarak etkinliklerinin artırılması gerekmekte olup, bu çerçevede pay sahiplerinin hem ücretlendirme politikasını hem de bir önceki dönemde uygulanan politika ile bireysel olarak yöneticilere sağlanan mali hakları oylaması gerekmektedir.¹²³

4) Direktif Düzenlemeleri

Konuya ilişkin olarak, AB Komisyonu tarafından 9 Nisan 2014 tarihinde, Borsada İşlem Gören Şirketlerin Hissedarlarının Bazı Haklarına İlişkin 2007/36 sayılı Direktif ve 2013/34 sayılı Muhasebe Direktifi'nde değişiklik yapılmasını öngören bir Direktif yayınlanmıştır. Bu Direktif pay sahipleri lehine düzenlemeler yapmak ve pay sahiplerinin göze-

kriterleri hakkındaki bilgilerin, mali haklar ile performans arasındaki ilişkinin, ücret komitesine ilişkin bilgilerin, yıllık primler ve nakit dışı diğer mali haklara ilişkin unsurlar ile gerekçelerinin yer alması ve emeklilik ödemelerinin temel özelliklerinin tanımlanması gerekmektedir (Özer, s. 83, 84).

¹²² Tavsiye'ye göre, ücreti oluşturan sabit ve değişken bileşenlerin kendi içinde dengeli bir biçimde belirlenmesi, bu bağlamda, sabit bileşenin yeterince yüksek tutulması ve personelin ikramiye, prim ödemelerine güvenmemesi, bağımlı olmaması, değişken kısmın ise, performans ölçüm kriterine bağlanması ve bu kriterin finansal kurumun uzun vadeli performansını incelemesi söz konusu performansın risk, sermaye maliyeti ve likidite bakımından ayarlanabilir olması gerekmektedir. Ayrıca, finansal kurumlar, ücretin değişken olan kısmını, yanlış olduğu sonradan anlaşılacak veriler üzerine tespit etmişlerse bu kısmın Şirket tarafından talep edilmesi gerekir (Sayın Gündüz, s. 31, 32). Anılan Tavsiye'de yer alan hükümler doğrultusunda, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 14.4.2011 tarih ve 12/383 İlke Kararı ile tavsiye niteliğinde olan "Aracı Kurumların Ücretlendirme Esaslarına İlişkin İlkeler" in benimsenmesine ve ilkelerin uygulanmasında "uygula, uygulamıyorsan açıkla" yönteminin kabul edilmesine karar verilmiştir (<http://www.spk.gov.tr/apps/MevzuatEski/?submenuheader=-1> Erişim Tarihi:18.7.2017).

¹²³ Roberta Provasi/Patrizia Riva, The European Approach to Regulation of Director's Remuneration, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Opportunities (edited by Alexander Kostyuk, Markus Stiglbauer, Dmitrey Govorun), 2016, s. 226, 227, 243.

tim yetkisini arttırarak yöneticilere sağlanan mali haklar ile performans arasındaki bağı güçlendirmek amaçlarıyla hazırlanmış olup, bu çerçevede Direktif hükümleri ile pay sahiplerine, yöneticilere sağlanacak mali haklar konusunda tavan belirleyen bir ücretlendirme politikasını bağlayıcı nitelikteki oylarıyla oylama hakkı tanınmıştır.¹²⁴ Bu Direktif, Avrupa seviyesinde ilk defa pay sahiplerine yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda oy hakkı tanınması açısından önem teşkil etmektedir.¹²⁵

2007/36 sayılı Direktif'te yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda pay sahiplerinin etkinliğini arttıracak nitelikte son değişiklik ise 2017/828 sayılı Direktif ile 17.5.2017 tarihinde yapılmıştır. Anılan Direktif ile pay sahiplerine yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda iki ayrı rapora ilişkin olarak iki farklı oy hakkı tanınması hüküm altına alınmıştır. Buna göre, pay sahipleri en az dört yılda bir defa, uygulanması planlanan Ücretlendirme Politikası'nı (Remuneration Policy) bağlayıcı nitelikteki oylarıyla oylama hakkına sahiptir. Oyların olumsuz çıkması halinde, bu politika uygulanamayacak olup, daha önceki dönemde onaylanmış ve uygulanmış olan politika uygulama alanı bulacaktır. Üye devletler bu oyların tavsiye niteliğinde olmasını kararlaştırabilme konusunda serbesttirler.¹²⁶ Pay sahipleri tarafından oylanacak diğer rapor ise Ücretlendirme Raporu (Remuneration Report) olup, bu rapor bir önceki yıl yöneticilere sağlanan tüm mali hakları içermektedir. Bu raporun pay sahipleri tarafından her yıl oylanması gerekmekte olup, pay sahiplerinin oyları tavsiye niteliğindedir. Üye devletler küçük ve orta ölçekli şirketler açısından bu raporu oylama yerine tartışmaya/görüşe de sunabileceklerdir.¹²⁷

SONUÇ

Halka açık anonim ortaklık yöneticileri lehine tanınan mali haklar, yöneticilerin ortaklık içindeki çıkarlarının korunmasına hizmet etmekte, yöneticilerin ortaklıktaki çalışmalarının desteklenip ödüllendirilmesi bu kişilerin pay sahiplerinin menfaatine hareket etmelerinin teşvikinde önemli rol oynamaktadır. Bununla birlikte, yöneticilerin

¹²⁴ Provasi/Riva, s. 227, 228.

¹²⁵ Provasi/Riva, s. 244.

¹²⁶ French and European "Say On Pay" Regimes, s.1,

¹²⁷ French and European "Say On Pay" Regimes, s. 1, 2.

mevcut pozisyonlarını koruma çabası bazı durumlarda kendi çıkarlarını pay sahiplerinin veya şirketin çıkarlarına üstün tutma tehlikesini de beraberinde getirmektedir.

Özellikle ABD, İngiltere ve Avrupa'da, 1990'lı yılların başından itibaren yöneticilere sağlanan mali haklarda artış olduğu gözlenmiştir. Bu durumun pay sahipleri ile yöneticilerin menfaatlerinin çatışmasına sebep olması karşısında, pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması ve halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin etkinliğinin artırılmasını teminen bazı yasal düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler, ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesi, kamuya açıklanması ve kapsamının belirlendiği ücretlendirme politikalarının ve/veya raporlarının belirli aralıklarla, ortaklık genel kurul toplantısında pay sahiplerinin oyuna sunulmasına yöneliktir.

Bahsi geçen düzenlemelerin, yönetimin daha hesap verebilir niteliğe sahip olmasına ve pay sahiplerinin gözetimi ile etkinliğinin artmasına ve daha güçlü hale gelmesine yol açacağına şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ortaklık paylarına her zaman nitelikli yatırımcıların sahip olmaması, pay sahiplerinin yeterli bilgiye sahip olmaması, muhakemelerinin yeterince güçlü olmaması veya vekâlet yoluyla ya da oy danışmanlığı vasıtasıyla oy kullanmaları da bu düzenlemelerin beklenen etkiyi yaratıp yaratamayacağı hususundaki soru işaretleridir. Ayrıca, oylamalar neticesinde bütün yöneticilerin benzer tutarlarda mali haklara sahip olması yöneticiler arasındaki rekabeti azaltabileceği gibi, kalifiye yönetici sayısını da azaltabilecektir.

Yöneticiler lehine tanınan hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin karar sürecine katılmasına ilişkin ilk yasal düzenleme İngiltere'de 2002 yılında Yöneticilerin Ücretlendirme Raporlarına İlişkin Düzenlemeler ile yapılmış olup, 2012 yılında İngiltere Şirketler Kanunu'nda yapılan değişiklikle ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin düzenlenen raporlar ikiye ayrılarak (Policy Report ve Annual Remuneration Report) bu raporlara ilişkin pay sahipleri tarafından verilen oyların niteliği (bağlayıcı ve tavsiye niteliğinde) farklılaştırılmıştır. Bununla birlikte, 29.11.2016 tarihinde Department of Business, Energy&Industrial Strategy tarafından yayınlanan Green Paper: Corporate Governance Reform'da, ortaklıkların yöneticilerine sağlanan mali hakların tamamının veya bir kısmının pay sahiplerinin bağlayıcı oylarına sunulması önerilmektedir.

Fransa'da ise, konuya ilişkin ilk açık düzenleme 2013 yılında Fransa Kurumsal Yönetim Kanunu'nda yapılmış olup, düzenlemeye göre yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin pay sahiplerine oy hakkı tanınması zorunlu olmadığı gibi, verilen oylar da tavsiye niteliğindedir. Bununla birlikte 9.12.2016 tarihinde, Sapin 2 Yasası ile Fransa Ticaret Kanunu'na 225-37-2 numaralı madde eklenerek, halka açık anonim ortaklıklarda yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesine ilişkin olarak pay sahiplerinin etkinliği anlamında büyük bir adım atılmış ve pay sahiplerinin oyları bağlayıcı hale getirilmiştir. Almanya'da, 2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanan Mali Hakların Kamuya Açıklanması Kanunu ve 2009 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman Borsa Şirketleri Kanunu'nu değiştiren Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu ile yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklar konusunda önemli düzenlemeler yapılmış olup, özellikle, Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Yerindeliği Kanunu ile ilk defa yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali hakları belirleme konusunda pay sahiplerine oy hakkı tanınarak ve mali haklar ile performans arasında makul bir ilişki aranarak konuya ilişkin önemli adımlar atılmıştır.

Yönetici ücretlerinin oldukça yüksek olduğu ve ortaklıkların genel kurul toplantılarında en çok konuşulan konulardan biri olduğu ABD'de ise, 21.7.2010 tarihinde yürürlüğe giren Dodd Frank Kanunu ile Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu'nun 14(A) maddesine 14(A)-(a)(2) hükmü eklenerek, halka açık anonim ortaklıklarda görev yapan üst düzey yöneticiler ve yönetim kurulu üyelerinin mali hakları üzerinde pay sahiplerine oy hakkı tanınması gerektiği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeye göre, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin verecekleri oylar tavsiye niteliğindedir.

Ülkemiz düzenlemelerinde çoğunlukla örnek alınan AB düzenlemelerine bakıldığında ise, konuya ilişkin Tavsiye ve Direktifler olduğu görülmekte olup, yöneticilere sağlanan mali hakların belirlenmesinde pay sahiplerinin etkinliğinin arttırılmasına ilişkin en güncel gelişmenin, 17.5.2017 tarihinde yayımlanan 2017/828 sayılı Direktif'le getirilen düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Anılan Direktif ile pay sahiplerine yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda iki ayrı rapora (Remuneration Policy ve Remuneration Report) ilişkin olarak iki farklı oy hakkı (bağlayıcı ve tavsiye niteliğinde) tanınması hüküm altına alınmıştır.

Kaynakça

- Allen William/Kraakman Reinier/Subramanian Guhan, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Wolters Kluwer Law&Business in New York, 2012.
- Babrsamian Bonnie A./Lynch Brian J., *Say on Pay Frequency Revisited for 2017* (<http://www.natlawreview.com/article/say-pay-frequency-revisited-2017>, Erişim tarihi:14.6.2017).
- Bebchuk Lucian Arye/Fried Jesse M., *Executive Compensation As An Agency Problem*, *Journal of Economic Perspectives*, Sayı:7, 2003, s. 71-92 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.182.2900&rep=rep1&type=pdf>, Erişim Tarihi:17.7.2017).
- Bebchuk Lucian Arye/Fried Jesse M., *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Part I: The Official View and its Limits*, Şubat 2004 (<http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/pdfs/performance-part1.pdf>, Erişim Tarihi:17.7.2017).
- Berson Susan/Berson Dave, *The Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act - From Legislation to Litigation*, American Bar Association, 2010.
- Bertrand Marianne/Mullainathan Sendhil, *Do CEOs Set Their Own Pay? The Ones Without Principals Do*, National Bureau of Economic Research Inc., Working Paper 7604, Mart 2000.
- Braendle Udo C., Katsos John E., *Directors' Remuneration and Motivation, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Opportunities* (edited by Kostyuk, Alexander/Stiglbauer, Markus/Govorun, Dmitrey), 2016, s. 21-28.
- Chen Jean J./Zhu Zhen, *Directors' Remuneration in the United Kingdom, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Opportunities* (edited by Kostyuk, Alexander/Stiglbauer, Markus/Govorun, Dmitrey), 2016, s. 96-153.
- Canyon Martin J., *Shareholder Dissent on Say-on-Pay and CEO Compensation*, Mart 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2748645, Erişim Tarihi: 15.6.2017).
- Correa Ricardo/Lel Ugur, *Say on Pay Laws, Executive Compensation, Pay Slice, and Firm Valuation Around The World*, *Journal of Financial Economics*, Volume 122, Issue 3, December, 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2430465, Erişim Tarihi:15.6.2017).
- Cotter James F./Palmiter Alan R./Thomas Randall S., *The First Year of Say-on-Pay Under Dodd-Frank: An Empirical Analysis and Look Forward*, s. 967-1011 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2162957, Erişim Tarihi: 14.7.2017).
- Davies Rob, "Negligible" Link Between Executive Pay and Firms's Performance, *Says Study* (<https://www.theguardian.com/business/2016/dec/27/negligible-link-between-executive-pay-and-firms-performance-says-study>, Erişim tarihi: 15.6.2017).
- Dawson Nick, *Avant-Garde Returns To France: An Interview With Loic Dessaint*, *Proxy Monthly*, Ocak 2017 (www.proxyinsight.com, Erişim Tarihi:14.6.2017).
- Dündar Gönen, *Üst Düzey Yöneticilerin Ücretlerinin Belirlenmesinde Temel İlkeler*, *Yönetim*, Yıl 9, Sayı 29, Ocak-1998, s. 22-25 (<http://isletmeiktisadi.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2013/09/Y%C3%B6netim-29-1998-3.pdf>, Erişim Tarihi:15.6.2017).

- Ergin Emre, Karacan Sami, Üst Düzey Yönetici Ücretlerini Sınırlandırmak Bir Çözüm Müdür?, Temmuz 2012, Cilt: 14, Sayı: 3 (<http://www.isguc.org/?p=article&id=495&cilt=14&sayi=3&yil=2012>, Erişim tarihi: 15.6.2017).
- Gerner-Beuerle Carsten/Kirchmaier Tom, Say on Pay: Do Shareholders Care?, Mayıs 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720481, Erişim Tarihi:15.6.2017).
- Gordon Jeffrey. N., "Say On Pay": Cautionary Notes on the UK Experience and the Case for Shareholder Opt-In, Working Paper No: 343, Ağustos 2009, s. 323-367 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262867, (Erişim Tarihi:14.7.2017)
- Hooghiemstra Reggy/Kuang Flora Yu/Qin Bo, Does Obfuscating Excessive CEO Pay Work? The Influence of Remuneration Report Readability on Say On Pay Votes?, Ocak 2017 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900877, Erişim Tarihi: 13.6.2017).
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013.
- Kollewe Julia, AstraZeneca Shareholders Revolt Over Chief Executive's £13m Pay, The Guardian (<https://www.theguardian.com/business/2017/apr/27/astrazeneca-shareholders-revolt-again-over-executive-pay>, Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Leroy Pierre Henri, The French Parliament Adopts The Binding The Annual Say On Pays Vote (<http://www.proxinvest.fr/?p=3791&lang=en>, Erişim Tarihi: 1.6.2017).
- Libit William M./Freier Todd E., Say on Pay Frequency: Is It Easy As 1, 2 of 3?, Insights, Sayı: 1, Ocak 2017 (http://www.chapman.com/media/publication/710_Chapman_Say-On-Pay_Frequency_120616.pdf, Erişim tarihi:14.6.2017).
- Özdoğan Yılmaz Aysegül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilerin Mali Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Özer Işık, Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Anonim Şirket Yöneticilerine Sağlanan Mali Haklar, Doktora Tezi, Ankara 2013.
- Pulaşlı Hasan, Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü, *BATİDER*, C. 23, Sayı:1, 2005 Haziran, s. 31-58.
- Provasi Roberta/Riva Patrizia, The European Approach to Regulation of Director's Remuneration, The Theory and Practice of Directors' Remuneration New Challenges and Oppotunities (edited by Kostyuk, Alexander/Stiglbauer, Markus/Govorun, Dmitrey), 2016, s. 225-252.
- Rhee Robert J., Intrafirm Monitoring of Executive Compensation, *Vanderbilt Law Review*, 2016, s. 695-759 (<https://www.vanderbiltlawreview.org/2016/04/intrafirm-monitoring-of-executive-compensation/>, Erişim Tarihi: 14.7.2017).
- Sayın Gündüz Seçil, Borsa Şirketlerinde Yöneticilere Yapılan Ödemeler ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Araştırma Raporu, Ekim 2009.
- Soret Jean-Nicolas/Guilaine Vincent, Shareholder Activism in France: A Growing Threat (<http://www.altanalaw.com/wp-content/uploads/2017/01/Shareholder-Activism-in-France.pdf>, Erişim Tarihi: 14.6.2017).
- Sweney Mark, Pearson Shareholders Reject Chief Executive's £1.5m Pay Package, The Guardian, (<https://www.theguardian.com/business/2017/may/05/pearson-shareholders-reject-pay-revolt-john-fallon>, Erişim tarihi: 15.5.2017).
- Thomas Randall S./Palmiter Alan R./Cotter James F., Dodd-Frank's Say on Pay: Will

it Lead to a Greater Role for Shareholders in Corporate Governance, *Cornell Law Review*, Vol:97, Sayı:5, Temmuz 2012, s. 1213-1266 (<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3247&context=clr>, Erişim Tarihi: 14.7.2017).

Thomas Randall S./Van der Elst Christopher, Say On Pay Around The World, *Washington University Law Review*, 2015, Vol: 92, Issue 3, (http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6133&context=law_lawreview, Erişim Tarihi: 15.6.2017).

Thomas Randall S./Van der Elst Christopher, The International Scope of Say on Pay, Eylül 2013 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307510, Erişim Tarihi: 17.6.2017).

Van der Elst Christopher, Answering The Say For No Pay, Aralık 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2818502, Erişim Tarihi: 12.6.2017).

Vesper-Graske Marvin, "Say On Pay" In Germany: The Regulatory Framework And Empirical Evidence, s. 749-795 (https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b14cfb7da24f29eaf30d8b/1454460156507/GLJ_Vol_14_No_07_Vesper-Graske.pdf, Erişim Tarihi: 19.7.2017).

French and European "Say On Pay" Regimes (http://www.amf-france.org/en_US/Reglementation/Dossiers-thematiques/Societes-cotees-et-operations-financieres/Gouvernement-d-entreprise/Les-r-gimes-europ-en-et-fran-ais-du-say-on-pay--, Erişim Tarihi: 18.6.2017).

Türkiye'de Üst Yönetim ile İdari Seviyeler Arasında 11.1 Kat Fark Var, Hay Group, 1.10.2013 (<http://www.haygroup.com/tr/press/details.aspx?id=39635>, Erişim tarihi:15.6.2017).

İnternet Siteleri

<http://www.afep.com/en>

<http://www.altanalaw.com>

<http://www.amf-france.org>

<http://www.chapman.com>

<http://www.ecgi.org>

<http://eng.medef.com>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/584013/corporate-governance-reform-green-paper.pdf

<http://www.haygroup.com>

http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1981/pdfs/uksi_20131981_en.pdf

<http://www.natlawreview.com>

<http://openscholarship.wustl.edu>

<http://www.proxinvest.fr/?p=3791&lang=en>

www.proxyinsight.com

<https://www.sec.gov/rules>

<http://www.spk.gov.tr>

<https://www.ssrn.com>

<https://www.theguardian.com>

KKTC'DE DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN DENETLENME(ME)Sİ SORUNU VE BUNA ÇÖZÜM YOLU: İYİ İDARE YASASI

THE PROBLEM OF SUPERVISION OF REGULATORY TRANSACTIONS IN TRNC AND SOLUTION TO THIS: GOOD ADMINISTRATION ACT

Can AZER*

Özet: Hukuk devletin en önemli unsurlarından bir tanesi idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetime tabi olmasıdır. Dolayısıyla, idari işlem türlerinden olan düzenleyici işlemlerin de yargısal denetimi tabi olmaları gerekmektedir. Ancak, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde idari işlemlerin yargısal denetimi ile görevlendirilmiş olan Yüksek İdare Mahkemesi, çok sayıda düzenleyici işlemi denetlemekten kaçınmıştır. Yargı organlarının takındığı bu tutumun ortadan kaldırılması ancak, idari usul ile idare hukukuna dair çok ciddi hükümler içeren ve 2013 yılında yürürlüğe giren 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası sayesinde olmuştur. Bu çalışmanın amacı yargı organlarının düzenleyici işlemleri denetlemekten neden kaçındıklarına ve İyi İdare Yasası'nın bu konuda ne tür hükümler içerdiği konularına değinmektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti KKTC, İyi İdare, Yargısal Denetim, Düzenleyici İşlemler

Abstract: One of the most important elements of the rule of law that is subject to judicial control of the process and procedure of the administration. Therefore, regulatory processes which are the types of administrative transactions must also be subject to judicial review. However, the Supreme Administrative Court refrained from overseeing numerous regulatory acts. The removal of this attitude by the judiciary has been made possible thanks to the Good Administration Act No 27/2013 issued in 2013. The purpose of this study is to discuss why the judicial organs have avoided regulatory procedures and how the Good Administration Act contains provisions on this issue.

Keywords: Rule of law, TRNC, Good Administration, Judicial Review, Regulatory Process

* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi, can.azer@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8024-1979. Makalenin Gönderim Tarihi: 18.09.2018, Kabul Tarihi: 18.09.2018

Giriş

Hukuk devletini polis devletinden ayıran en önemli unsurların başında, devletin yürütmüş olduğu etkinlikleri belirli kurallar çerçevesinde yürütmesi gelmektedir. Hukuk devletinde devlet, sadece kural koyan değil aynı zamanda koyduğu hukuk kurallarına uyan ve kendini bunlarla bağlı sayan bir yapıdır.¹ Bu bağlamda devletin koymuş olduğu kurallara ne kadar uyduğunun da denetlenmesi, yani idarenin yargısal denetimi de yine hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdare üstlenmiş olduğu görev ve hizmetleri yürütürken çeşitli idari işlemler yapmaktadır. Bu işlemlerin başında da genel ve soyut kurallar içeren düzenleyici işlemler yer almaktadır. Düzenleyici işlemler genel manada, genel ve kişilik dışı nitelikte olan tek yanlı idari işlemler biçiminde tanımlanmaktadır.²

Düzenleyici işlemlere maddi kriter (fonksiyonel) açısından bakıldığında genel ve soyut kurallar ihtiva etmeleri nedeniyle kanunlara benzetilmektedirler.³ İşte bu kriterin, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (KKTC) yer alan bazı düzenleyici işlemlerin uzun süre yargısal denetime tabi tutulamamasına neden olması çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, düzenleyici işlemlerin fonksiyonel anlamda yasama işlemi olmaları, KKTC mahkemelerince yargısal denetiminin gerçekleştirilmesini engelleyici bir durum olarak ileri sürülmüştür. Bunun neticesinde uzun süre birçok düzenleyici işleme karşı yargı yoluna başvurulamamış, başvurulsa da mahkemeler tarafından kabul edilmemiştir. İngiliz dönemi ile birlikte değerlendirildiğinde 100 yılı aşkın yargılama pratiği olan bir coğrafyada,⁴ hukuk devletinin en önemli ilkelerinden olan idari işlemlerin yargı denetimine tabi olması hususunun yasal bir engel bulunmamasına rağmen hem de mahkeme kararları ve yorumlarıyla devre dışı bırakılması ne yazık ki uzun bir

¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.126-127; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2016, s.812-813.

² Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta, Ankara, 2009, s.143; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1.*, Ekin, Bursa, 2003, s.1017.

³ Gözler (2016), s. 416.

⁴ İngiliz sömürge dönemi ile birlikte, Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıs Türk Federe Devleti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti dönemlerinin toplamı 100 yılı aşkın bir süreye karşılık gelmektedir.

süre devam etmiştir. İşte bir anlamda fiili olan bu durumu ortadan kaldırmak için 2013 yılında yürürlüğe giren 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası⁵ ile birtakım hükümler öngörülmüştür. Bu çalışmanın konusu da KKTC’de düzenleyici işlemlerin denetiminin nasıl yapıldığına, ayrıca yapılamayanların da hangi gerekçelerle yapılmadığına değinmek ve bu kapsamda söz konusu iyi idare yasasına neden ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymak ve bunun mahkeme kararları ile birlikte sonuçlarını değerlendirmektir.⁶

A. KKTC İdari Yargı Yapısı

KKTC idari yargısında düzenleyici işlemlerin denetlenmesi konusuna değinmeden önce, ülkedeki idari yargının yapısına ilişkin bilgilere kısaca yer vermek ilerleyen bölümlerin anlaşılabilirliği açısından önem taşımaktadır.⁷

KKTC Anayasası’nın 152. maddesinden de anlaşılacağı üzere,⁸

⁵ Yasanın tam metni için bkz., <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim tarihi 08.03.2018). KKTC’de kanun ibaresi değil yasa ibaresi kullanılmaktadır.

⁶ Yasa 2013 yılında yürürlüğe girmiş olmasına karşın bu çalışmanın 2018 yılında yapılmış olmasındaki maksadın, yeni getirilen hükümler çerçevesinde mahkemelerin verdiği kararların da ortaya çıkmasına olanak vermek olduğunu ayrıca vurgulamak gerekmektedir. Ayrıca, KKTC’de gerek idarenin yargısal denetimi gerekse de diğer hukuki alanlarda yazılmış eser sayısı oldukça sınırlıdır. Bu nedenle, çalışmanın var olan sınırlı kaynaklar ile mahkeme kararları üzerinden şekilleneceğini belirtmekte fayda vardır.

⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Tufan Erhürman, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Işık Kitabevi, 2012, s.39-83.

⁸ Madde 152

(1) “Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.

(2) Böyle bir başvuru, sahip olduğu meşru bir menfaati, bu gibi karar veya işlem veya ihmal yüzünden olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından yapılabilir.

(3) Söz konusu başvuru, karar veya işlemin yayınlanması tarihinden veya yayınlanmadığı takdirde veya bir ihmal halinde, başvuran kişinin bunu öğrendiği tarihten başlayarak yetmiş beş gün içinde yapılır.

(4) Böyle bir başvuru üzerine Yüksek İdare Mahkemesi, kararında:

(a) Söz konusu karar veya işlem veya ihmali, tamamen veya kısmen onaylayabilir veya

Yüksek İdare Mahkemesi (YİM), KKTC'de idareye karşı açılacak tazminat davaları haricinde idari yargı alanında münhasır yargı yetkisine sahiptir.⁹ KKTC'de, 1985 Anayasası'nın öngörmüş olduğu iki dereceli sistem içerisinde ilk derece mahkemesi olarak görev yapacak olan idare mahkemeleri ne yazık ki kurulmamıştır.¹⁰ Bu nedenle, ilk derece mahkemesi görevini de yine YİM yerine getirmektedir.¹¹ Ancak, dava konusu edilen işleme göre YİM'de açılan davanın üç yargıçla mı yoksa tek yargıçla mı görüleceği belirlenmektedir. 60/90 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın ekli cetvelinde belirtilen davalara üç yargıçtan oluşan YİM ilk derece mahkemesi olarak bakmakta ve bunlara karşı istinafa başvurulmamaktadır.¹² Dolayısıyla bu tür davalar bakımından YİM ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Cetvelin dışında kalan davalara ise YİM'de görevli tek yargıç ilk derece mahkemesi olarak bakmakta ve bunlara karşı üç yargıçlı YİM'e istinaf başvurusu yapılabilmektedir.¹³

(b) Söz konusu karar veya işlemin, tamamen veya kısmen, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verebilir veya

(c) Söz konusu ihmalin, tamamen veya kısmen yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan eylem veya işlemin yapılması gerektiğine karar verebilir.

(5) Bu maddenin (4). fıkrası gereğince verilen herhangi bir karar, Devlet içerisindeki bütün mahkemeleri ve bütün organları veya makamları bağlar. Karar, ilgili organ veya makam veya kişi tarafından uygulanır ve ona göre hareket edilir.

(6) Bu maddenin (4). fıkrası gereğince hükümsüz kılınan herhangi bir karar veya işlemin veya yapılması gerektiğine karar verilen herhangi bir ihmalin, kendisine zarar verdiği herhangi bir kişi, ilgili organ, makam veya kişi tarafından, istemi kendisini tatmin eder şekilde yerine getirilmediği takdirde, zararların tazmini veya kendisine başka bir tazminat verilmesi için dava açmak ve mahkeme tarafından saptanacak tam ve muhik bir tazminat almak ve söz konusu mahkemenin vermeye yetkili olduğu diğer tam ve muhik bir tazminat almak hakkına sahiptir."

⁹ Ancak ilerleyen kısımlarda da değinileceği üzere, bazı düzenleyici işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetimi anayasa mahkemesinde açılacak iptal davası yoluyla anayasa mahkemesine bırakılmıştır. Bkz., s.7-8.

¹⁰ Can Azer, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat / January-February, Yıl/Year:30, Sayı/Issue:128, 2017, s. 172.

¹¹ Son dönemlerde ülkede yaşanan dava yoğunluğuna bakıldığında; idare mahkemelerinin kurulmasının hem YİM'in iş yükünün azaltılması bakımından hem de yargıçların bu alanda uzmanlaşmalarını sağlayacak olması bakımından bir gereklilik halini aldığı söylemek mümkündür.

¹² Azer, s. 172.

¹³ Üç yargıç tarafından görülecek davalar Yasa'ya göre:

1. Bakanlıkların işlem ve kararları.
2. Yerel yönetimlerin işlem ve kararları.
3. İskân Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası uyarınca oluşturulan Komisyonların işlem ve kararları.
4. Kamu Hizmeti Komisyonunun işlem ve kararları

KKTC'de, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki (TC) düzenlemeden farklı olarak idari yargıda dava türleri tek tek sayılmamıştır. Bunun yerine idari işlem, karar ve ihmaller konusunda YİM'e yapılabilecek başvurular ve bu başvuruların neticesinde YİM'in verebileceği kararlar sayılmıştır.¹⁴ KKTC'de idareye karşı YİM'de tam yargı davası açmanın mümkün olmadığını da belirtmek idari yargının genel yapısının anlaşılır olması ve bütünlük açısından önem taşımaktadır.¹⁵ Anayasa'nın 152. maddesinde YİM'in hangi kararları alabileceğinden bahsedilirken tazminat kararlarına yer verilmemiş olmasından dolayı idareye karşı YİM'de bir tam yargı davası açmak mümkün değildir.¹⁶

Yine TC'den farklı olarak idari eylem ve idari sözleşmeler de idari yargının görev alanı içerisinde yer almamıştır. İdari eylemlerin idari

5. Motorlu Araçlarla Yolcu ve Eşya Taşınması (Denetim) Yasasının 4'üncü maddesi uyarınca oluşturulan İzin Kurulunun işlem ve kararları.

14 6. Yukarıda sıralanan organ ve kuruluşların ihmalleridir.
Anayasa'nın 152. maddesinde sayılanlardan hareketle YİM'de açılacak dava türleri, işlem ve kararlara karşı açılacak iptal davası ile ihmellere karşı açılacak olan ihmalin sonlandırılması davalardır. Yine belirtmek gerekmektedir ki; Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca YİM'de açılacak davalarda süre, karar veya işlemin yayınlanması tarihinden veya yayınlanmadığı takdirde veya bir ihmal söz konusu ise, başvuran kişinin bunu öğrendiği tarihten başlamak üzere yetmiş beş gündür. Ayrıca açılmış bir dava sırasında talep edilen ara emirlere ilişkin olarak verilmiş olan kararlara karşı da (KKTC hukuk sisteminde uygulanan ara emir, TC hukukunda yürürlükten kaldırılmasının yerine getirdiği işlevi görmektedir) kural olarak istinafa başvurmak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Tufan Erhürman, Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı, Işık Kitabevi, 2013, s. 153.

15 Erhürman (2012), s.52.

16 Bu tabi ki idarenin işlem veyahut ihmallerinden ötürü zarara uğrayan kişilerin bu zararlarını yargı yoluyla idareden talep edemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Bu şartlar altında idarenin herhangi bir davranışından ötürü zarara uğrayan kişiler, idareye karşı adli yargıda tazminat davası açabilmektedirler. Çalışmanın konusu doğrudan bu konu olmadığı için genel bir bilgi vermek anlaşılabilirlik bakımından faydalı olacaktır. İdari işlem ve idari ihmalden kaynaklanan tazminat taleplerinde, zarara uğrayan kişilerin öncelikle söz konusu işlemin yahut ihmalin ortadan kaldırılması için idari yargıda iptal ya da ihmalin sonlandırılması davası açıp bunu kazanmış olmaları; bunun üzerine idareye başvurarak zararlarını talep etmeleri, bu isteklerinin ret edilmesi durumunda ise adli yargıda idareye karşı tazminat davası açmaları gerekmektedir. Bkz.; Yargıtay 23.12.1986 tarih, Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 103/85 ve 104/85 sayılı kararı, s.4 (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 22.10.2017); YİM., 6.3.2009 tarih, 355/04, D.7/09 sayılı kararı, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.10.2017) Zarar bir idari eylemden gerçekleşmiş ise bu durumda, zarara uğradığını iddia eden kişi doğrudan doğruya idareye karşı adli yargıda tazminat davası açabilmektedir. Bkz.; Yargıtay 16.7.1987 tarih, Yargıtay/Hukuk 22/87, D.16/87 sayılı kararı, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 04.10.2017.)

yargı görev alanı içerisinde sayılmamış olmasının nedeni yukarıda ifade edildiği üzere idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarının anayasa koyucu tarafından adli yargının görevleri arasında sayılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 152. maddesinde idari sözleşmelere yer verilmediği için YİM, idari sözleşmeleri görev alanı içerisinde görmemekte ve açılan davaları kabul etmemektedir.¹⁷ Ancak, idari sözleşmelerden ayrılabilir nitelikte olan idari işlemlerin idari yargıda dava konusu edilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığını da ayrıca belirtmekte fayda vardır.

B. İyi İdare Yasası Öncesi Düzenleyici İşlemlerin Yargısal Denetimi

27/2013 sayılı İyi idare Yasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte düzenleyici işlemlerin denetiminde olumlu anlamda çok ciddi değişiklikler gerçekleşmiştir. Ancak, yasa yürürlüğe girinceye kadar düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminin nasıl yapıldığı ve yapılamadığı konularına kısaca değinmek, hem konunun bir bütün halinde ele alınabilmesi hem de KKTC'de var olan idari yargı bakış açısının görülebilmesi bakımından önemlidir.

KKTC Anayasası'nın 1. maddesinde KKTC'nin hukukun üstünlüğüne dayanan bir Cumhuriyet olduğu belirtilmektedir. Ayrıca yine başka maddelerde (madde 82, madde 100¹⁸) ise hukuk devleti vurgusu yapılmaktadır. Çalışmanın konusu açısından bakıldığında, hukuk devletinde olması gereken ya da başka bir ifadeyle hukuk devletinden beklenen durum, yine anayasada gösterilen istisnalar dışında idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olmasıdır.¹⁹ KKTC

¹⁷ YİM., 15.03.2012 tarih, 108/2009 sayılı karar, s.4; YİM., 9.1.2002 tarih, 144/2001 sayılı karar, s.5, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 08.03.2018). İdari sözleşmelerin iptal davasına konu olup olamayacaklarına ilişkin tartışma için bkz., Erhürman (2013), s. 259;

¹⁸ Madde 82

"Milletvekilleri görevlerine başlarken aşağıdaki şekilde andiçerler: ... hukukun üstünlüğüne, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti ve Atatürk ilkelerine bağlı kalacağıma; ... namusum ve şerefim üzerine and içerim."

Madde 100

"Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Cumhuriyet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer: ... hukukun üstünlüğüne, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti ve Atatürk ilkelerine bağlı kalacağıma; ... namusum ve şerefim üzerine andiçerim."

¹⁹ Metin Günday, "1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sı-

Anayasası'nda Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ibareye benzer bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa'nın 152. maddesinde idari yargı alanında tek görevli mahkeme olan Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetkileri belirlenirken, mahkemenin, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğuna kesin karar vermek konusunda münhasır yargı yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasada herhangi bir düzenleyici işlemi yargı denetimi dışında bırakan istisnai bir hükmün de olmadığını ayrıca belirtmek gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında tüm idari işlemlerin, doğal olarak düzenleyici işlemlerin de YİM tarafından denetlenmesi mümkünmüş gibi görünse de, ilerleyen kısımlarda da inceleneceği üzere YİM'in, bazı düzenleyici işlemlerin 152. maddede belirtilen "karar" ve "işlem"lerden kabul edilemeyeceğine dair kararları mevcuttur.

Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, bazı düzenleyici işlemlerin anayasa uygunluklarının denetlenmesi de KKTC Anayasası uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin görev alanında sayılmıştır. Dolayısıyla, KKTC'de düzenleyici işlemlerin Anayasa ve yasalara uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi ve YİM arasında paylaştırılmıştır.

Ancak, özellikle anayasanın ilgili maddelerindeki düzenlemelere karşın, bazı düzenleyici işlemler nasıl ve hangi gerekçelerden hareketle denetlenmemiştir? Bu soruların cevabını bulabilmek için, Anayasa'nın diğer maddelerini ve mahkeme kararlarını dayanak noktaları bakımından incelemek gerekmektedir. Bunu yaparken de düzenleyici işlemlerin Anayasaya ve diğer hiyerarşik kurallara aykırılığı ile bunların denetimi ve ortaya çıkan sıkıntılar ayrı ayrı ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Anayasaya Uygunluk Bakımından Gerçekleştirilen Denetim

KKTC Anayasası'nda bazı düzenleyici işlemlerin Anayasaya uygunluk denetimlerinin nasıl, hangi araç ve hangi yargı organları aracılığıyla yapılabileceği doğrudan doğruya düzenlenmişken bazı düzenleyici işlemler için böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

a. İptal Davası Yoluyla Denetim

KKTC Anayasası'nın 147. maddesi,²⁰ anayasaya aykırılığı iddia edilen ve düzenleyici işlem olan kararname, tüzük ve yönetmeliklere karşı doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılabilirliğine hükmetmiştir.²¹ Bu düzenleme karşısında KKTC Hukuku'nda kararname, tüzük, yönetmelik veya bunların hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası yoluyla anayasa mahkemesine taşınmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.²² Dolayısıyla, kararname, tüzük, yönetmelik veya bunların hükümlerine karşı, ilgili maddede belirtilen kişi, grup veya kurumlar doksan gün içerisinde Anayasa aykırılık iddiası ve iptal istemi ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilmektedirler. Böylece söz konusu düzenleyici işlemler bakımından Anayasa uygunluk denetiminde herhangi bir engel olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak, bu durumda 147. maddede açıkça sayılmayan düzenleyici işlemlere karşı anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmanın mümkün olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir. Anayasanın bu açık hükmü karşısında bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan bir iptal davası açılması mümkün görünmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında; Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlem niteliğinde almış olduğu bir karara karşı; söz konusu düzenleyici işlemin 147. maddede sayılanlardan olmadığı için bu işlem hakkında doğrudan doğruya

²⁰ Madde 147: "Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasi partiler, siyasal gruplar ve en az dokuz milletvekili veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalar bir yasanın, kararname, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'nün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğin veya bunların herhangi bir kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler....".

²¹ Dolayısıyla, KKTC'de, TC'den farklı olarak, yargı yolunun belirlenmesinde normun hukuki niteliğinin değil, normun anayasaya aykırılığının ileri sürülüp sürülemediğinin önem taşıdığını söylemek gerekmektedir. Bkz. Erhürman (2013), s. 121.

²² KKTC Anayasa Mahkemesi'nin düzenleyici işlemler bakımından iptal davasının alanında maddede sayılanların dışında bir genişlemenin mümkün olmadığı yönünde kararları mevcuttur. Bkz., Anayasa Mahkemesi 4.6.1987 tarih, 23/85 (D.8/87) sayılı kararı, s.3-4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 22.01.2018); Anayasa Mahkemesi 30.6.1989 tarih, 7/89 (D.6/89) sayılı karar., s.4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 22.01.2018).

Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmayacağına hükmetmiştir.²³ Yine Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli bir başka kararında da, Bakanlar Kurulu tarafından yapılan düzenleyici işlem niteliğindeki emirnamelere karşı açılan bir iptal davasını da, yine aynı gerekçeyle reddetmiştir.²⁴

Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen metnin adıyla kendisini bağlı saymadan, metinle ilgili nitelendirme yaparak denetleme imkânına sahip olup olamayacağı sorusunu da akıllara getirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne gelen düzenleyici işlemin adına bakmaksızın hukuki nitelendirmesinin yapılabileceğini ve bunların 147. maddede belirtilen düzenleyici işlemlerden biri olarak nitelendirilebilmesi durumunda ise iptal davasına konu edilebileceğini ifade etmiştir.²⁵ Başka bir ifadeyle, düzenleyici işlemin adı 147. maddede sayılanların dışında olsa dahi mahkeme, bunların Anayasa'da sayılan düzenleyici işlemler niteliğinde olduğuna kanaat getirmesi durumunda denetleyebileceğine dair bir yorum getirmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin nitelendirmeden hareketle tarafları dinlemeye hazır olduğunu belirtmiş olmasına karşın, bugüne kadar nitelendirmeden hareketle herhangi bir karar vermediğini de ifade etmek gerekmektedir. Mahkemenin denetim ve nitelendirme konusundaki bu olumlu tutumuna karşın, vermiş olduğu kararda dikkat çeken bir noktayı da belirtmeden geçmemekte fayda vardır. Kararda dikkat çeken nokta; Anayasa Mahkemesinin, önüne gelen düzenleyici işlemin nitelendirilmesi görevinin kendisinde değil, davacı veya davalıda olduğunu belirtmiş olmasıdır. Burada ifade etmek gerekir ki, önüne gelen işlemin

²³ Anayasa Mahkemesi 4.6.1987 tarih 23/85 (D.8/87) sayılı kararı, s.4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 22.01.2018).

²⁴ Anayasa Mahkemesi 30.6.1989 tarih, 7/89 (D.6/89) sayılı kararı, s.4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 22.01.2018); Anayasa Mahkemesi 29.6.1995 tarih, 9/93 (D.5/95) sayılı kararı, s.166, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.02.2018)

²⁵ "İsmi emirname olmasına rağmen yapılan yasal düzenlemenin aslında ve gerçekte emirnameden başka örneğin tüzük olduğunun kesin bir şekilde anlaşılması halinde bu tür bir düzenlemenin emirname ismi altında yayımlanmasına bakılmaksızın anayasal yargı denetimine tabi tutulabileceğini vurgulamak isteriz. Önümüzdeki davada, dava konusu 'emirname'nin aslında bir tüzük olarak değerlendirilmesi gerektiğini davacı ne davasında iddia etmiş ve ne de mahkemede böyle bir savı ileri sürmüştür. Bu durumda dava konusu emirname normal bir emirname olarak kabul edilir". Bkz., Anayasa Mahkemesi 29.6.1995 tarih, 9/93 (D.5/95) sayılı kararı, s.167, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.21.2018).

nitelendirmesini yapma görevi tarafların değil mahkemenindir. Dolayısıyla aksi bir yorum yahut karar, anayasaya aykırı düzenleyici işlemi çıkaran makamın, Anayasaya Mahkemesi'nin denetiminden kaçırarak maksadıyla işleme başka isim vermesi ihtimalinin doğmasına neden olabilecektir ki bu durumu kamu hukuku ilkeleri bakımından kabul etmek mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, 147. maddede sayılmayan düzenleyici işlemleri anayasaya uygunluk bakımından iptal davası yoluyla denetlememektedir.²⁶ İşte bu durum, 147. maddede sayılmamış olan düzenleyici işlemlere karşı anayasaya uygunluk denetimi bakımından YİM'de bir iptal davası açılabilme ihtimalini akıllara getirmektedir. Ancak, idari işlemleri denetlemekle yetkilendirilmiş olan YİM de, Anayasa aykırılık iddiasıyla haklarında iptal davası açılmak istenen düzenleyici işlemleri belli gerekçelerle denetlemekten kaçınmıştır.²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin de, kararname, tüzük ve yönetmelik dışında kalan düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarını kabul etmediği göz önünde bulundurulacak olursa, bu durumda ortaya hiçbir yargı organı tarafından anayasaya uygunluk bakımından denetlenemeyen düzenleyici işlemler kategorisi çıkmıştır.

Netice itibarıyla, 147. maddede sayılan düzenleyici işlemlerin dışında kalan diğer düzenleyici işlemlere karşı 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası yürürlüğe girinceye kadar Anayasa'ya aykırılıktan ötürü ne Anayasa Mahkemesi'nde ne de YİM'de dava açılabilmiş ve bunların denetlenmesi yoluna gidilebilmiştir.

b. İtiraz Yoluyla Denetim

KKTC Anayasası uyarınca düzenleyici işlemlere ilişkin anayasaya aykırılık iddiaları itiraz yolu ile de Anayasa Mahkemesince incelenebilmektedir. KKTC Anayasası'nın, "*Anayasaya Aykırılık Konusunun Mahkemeler Tarafından Yüksek Mahkemeye İletilmesi*" başlığını taşıyan 148. maddesi somut norm denetimini, "*İstinaf işlemleri de dahil olmak*

²⁶ Nitelendirme yoluyla yapılacak denetim ile ilgili tartışmalar için bkz., Erhürman (2013), s. 472.

²⁷ YİM'in, Anayasa aykırılık iddiasıyla haklarında dava açılan birtakım düzenleyici işlemleri denetlememe gerekçeleri, düzenleyici işlemlerin yasalara aykırı oldukları iddiasıyla açılan iptal davalarını kabul etmeme gerekçeleri ile aynıdır. Konu ileren kısımlarda daha ayrıntılı incelenmiştir. Bkz., s. 11-17.

üzere, herhangi bir mahkeme işlemindeki bir taraf, bu işlemin herhangi bir safhasında bu işlemdeki uyumsuzluk konularından herhangi birinin karara bağlanmasında etkisi olabilen herhangi bir yasanın veya kararın veya söz konusu yasa veya kararın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir ve bunun üzerine, mahkeme bu konuyu, Anayasa Mahkemesi'ne sunar ve bu konu hakkında Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar söz konusu işlemi durdurur.", demek suretiyle düzenlemiştir. Madde metninde de görüldüğü üzere itiraz yolu için, 147. maddeden yani Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan açılacak iptal davasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, tüzük, kararname ve yönetmelik sayılmamış, buna karşın sadece yasa ve kararlardan söz edilmiştir. Peki, bu durumda özellikle "kararlar" ibaresi ile ifade edilmek istenilenin ne olduğu sorusu akıllara gelmektedir. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla götürülebilecek kararlar nelerdir? Yani, "kararlar" ibaresi 147. maddede açıkça sayılan düzenleyici işlemler ile onların dışında kalan düzenleyici işlemlerin de somut norm denetimi yolu ile anayasaya aykırılıklarının ileri sürülebilmesini mümkün kılmakta mıdır? Burada, "kararlar" ibaresinin yalnızca 147. maddede sayılmış olan kararname, tüzük ve yönetmelikleri değil²⁸ bunların dışında kalan düzenleyici işlemleri de kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır.²⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin hem 147. maddede zikredilenlerden tüzüğün hem de maddede sayılmamış diğer düzenleyici işlemlerin itiraz yoluyla denetlenmesine dair kararları mevcuttur.³⁰ Bu bağlamda düzenleyici işlem niteliğinde olan tüzüklerin "yasa" olarak değil de "karar" kapsamında kabul edilip Anayasa Mahkemesi'ne gönderildiğini ifade etmek gerekmektedir. Tüzüklerin itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gidebilmesi onların 147. maddede sayılmalarından değil bunların karar olarak kabul edilmelelerinin bir sonucudur. Aksi takdirde, eğer ki sadece belirli işlemler için

²⁸ "Kararlar" ibaresi ile sadece karname, tüzük ve yönetmeliklerin ifade edilmek istendiğine dair doktrinde görüşler de mevcuttur. Bkz, Zaim Necatigil, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, 2015, s. 37.

²⁹ Erhürman (2013), s. 214.

³⁰ Anayasa Mahkemesi 30.12.199 tarih, 8/99 (D.5/99) sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi 4.04.1985 tarih, 19/84 (D.7/85) sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi, 25.06.1980 tarih 11/80 (D.9/80) sayılı kararı; 2.3.1962 tarihli, 157/61 sayılı kararı bunlara örnek olarak gösterilebilecek kararlardan bazılarıdır (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.1.2018)

itiraz yolu açılmak istenseydi, Anayasa koyucu 147. maddede yaptığı gibi sayma yönetimini 148. maddede için de uygulayabilirdi. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi, “karar”ın, sadece 147. maddede sayılanlardan ibaret olmadığını, bunların dışında kalan düzenleyici işlemlerin de karar olarak kabul edileceğini, maddenin dışında kalan düzenleyici işlemlerin itiraz yoluyla görüşülmesini kabul ederek ve bunların karar niteliğinde olduklarını belirterek açıkça vurgulamıştır. Mahkemenin bu tespiti yapmış olması ilerleyen kısımlarda YİM’in düzenleyici işlemleri karar olarak kabul etmeyip denetlemeyi reddetmesi hususu bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi “karar” ibaresini düzenleyici işlem olarak kabul ederken, idari işlemleri denetlemek için kurulmuş olan bir diğer yüksek mahkeme olan YİM düzenleyici işlemleri bu bağlamda değerlendirmemektedir.

Var olan bu durumun Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan doğruya iptal davası açılabilen ve iptal davası açılmayıp ancak itiraz yoluyla mahkemenin önüne götürülebilen düzenleyici işlemler ayrımı ortaya çıkardığını da ayrıca belirtmek gerekmektedir. Şöyle ki; örneğin düzenleyici işlem niteliğinde olan bir emirnameye karşı anayasa mahkemesinde doğrudan bir iptal davası açmak mümkün değildir. Buna karşın, emirnameden hareketle yapılan bir idari işleme karşı dava açıldığında, idari işlemin dayanağı olan emirnamenin anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde bunun Anayasa mahkemesine itiraz yolu ile götürülmesi mümkündür.³¹

³¹ Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli konu ise; itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş olan düzenleyici işlemler veya onların hükümleriyle ilgili olarak mahkemenin vermiş olduğu aykırılık kararının sonuçlarıdır. Şöyle ki; itiraz yolunu düzenleyen 148. maddenin 3. fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesinin itiraz yoluyla önüne gelen düzenleyici işlemin Anayasa’ya aykırılığına hükmetmesi durumunda dahi, aksine bir karar vermedikçe, bu hüküm sadece itiraz yoluna başvuran mahkemenin taraflarını bağlayacaktır. Diğer bir deyişle Anayasa’ya aykırılığı saptanmış bir düzenleyici işlem hukuk dünyasındaki varlığını sürdürmeye devam edebilecektir. Bundaki maksadın; itiraz yolu neticesinde Anayasaya aykırı bulunan kuralın, alt mahkemede görülmekte olan davaya uygulanmasının önüne geçmek olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz., Necatigil, s. 141. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığı saptanmış bir düzenlemenin sadece itiraz yoluna konu olan olay ve dava için uygulanmayıp, yürürlükte kalmaya devam ederek diğer uygulamalar için de sonuç doğuracak olması; hukuk devleti ve mahkeme kararlarını sonuçları bakımından ayrıca tartışılması gereken konuları başında gelmektedir.

2. Yasalara Uygunluk Bakımından Gerçekleştirilen Denetim

Yukarıda, özellikle Anayasa'nın 147. maddesinde belirtilen ve onların dışında kalan düzenleyici işlemlerin anayasaya uygunluğu denetiminde yaşanan sıkıntılara; 148. madde uyarınca itiraz yolu ile düzenleyici işlemlerin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi konularına ve bunun barındırdığı bazı problemlere değinilmiştir. Ancak temel sıkıntılardan bir tanesi de 147. maddede sayılan düzenleyici işlemlerin, yasalara aykırı olduğu iddiasıyla ve yine 147. maddenin dışında kalan diğer düzenleyici işlemlerin de Anayasa ve yasalara aykırı oldukları iddiasıyla herhangi bir yargı merciinde iptal davasına konu edilememeleri idi. Bunlara karşı açılan davaların hangi gerekçelerle YİM tarafından kabul edilmediği, bu çalışmanın temel hareket noktalarından birini oluşturmaktadır. Bunun için öncelikle KKTC Hukuk sisteminde düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşik ilişkinin kuruluş biçimine ve bunun yasal dayanaklarına bakmak özellikle bu konudaki mahkeme kararlarını incelerken faydalı olacaktır.

KKTC Anayasası'nın yürütme yetkisi ve görevini düzenleyen 5. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa bu düzenlemeyle birlikte, yürütme organı tarafından çıkarılacak düzenleyici işlemlerin yasalara uygun olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Yine, Anayasa'nın tüzük ve yönetmeliklerle ilgili hükmü olan 122. maddesi de, devletin hiçbir organının Anayasa ve yasalar açık bir şekilde yetki vermediği sürece tüzük yapıp yürürlüğe koyamayacağını; çıkartılacak olan yönetmeliklerin de tüzüklere uygun olarak çıkartılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 110. maddesi bakanlara, yasaların ve yasalara uygun olarak çıkartılan tüzük ve yönetmeliklerin uygulanabilmesi amacıyla yönerge, genelge ve benzeri metinler çıkarma yetkisi tanımıştır. Anayasada yer alan bu düzenlemelere bakıldığında KKTC normlar hiyerarşisi çalışmanın konusu bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla 5., 122. ve 110. maddeler birlikte değerlendirildiğinde tüzüklerin yasalara, yönetmeliklerin yasa ve tüzüklere son olarak da tüzük ve yönetmeliklerin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla çıkartılan diğer düzenleyici işlemlerin de tüzük ve yönetmeliklere aykırı olmaması gerekmektedir.³²

³² Nitekim KKTC Yüksek Mahkemesi düzenleyici işlem mahiyetinde olan nizamna-

Tüm bunlar, KKTC'nin hukukun üstünlüğüne dayanan bir Cumhuriyet olduğunu belirten Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan hükümle beraber düşünüldüğünde, hiyerarşi olarak kendisinden daha üstte olan normlara aykırılık taşıyan düzenleyici işlemlerin yargı organlarının iptal edilmeleri gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak YİM, düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarını yine YİM'in görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 152. maddesini gerekçe göstererek reddetmekteydi. YİM, düzenleyici işlemleri, 152. maddede belirtilmiş olan yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir *kararı* ya da *işlemi* olarak görmemekte ve bu davaları kabul etmemekteydi.

Burada özellikle düzenleyici işlemlere karşı açılan davaları kabul etmeme gerekçesi olarak ileri sürdüğü "karar" sözcüğü önem taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi itiraz yolu ile önüne gelen davalarda 147. maddede ismen sayılan ya da sayılman, tüm düzenleyici işlemleri *karar* olarak kabul etmiş ve görüşmüştür. Aksi bir yorum yani, Anayasa koyucunun düzenleyici işlemleri *yasa* olarak kabul ettiği şeklindeki bir yorum, 147. maddede iptal davasına konu olabilecek işlemler sayılırken, yasanın yanı sıra, kararname, tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin de ayrıca sayılmasını manasız hale getirecektir. Dolayısıyla görüldüğü üzere, Anayasada lafzı geçen *karar* sözcüğüne Anayasa Mahkemesi farklı, YİM farklı anlamlar yüklemekteydi. Bunun sonucunda da, iki yüksek mahkemenin kararları arasında hukuki nitelendirme bakımından çelişen farklı yorumlar ortaya çıkmaktaydı ki bu çelişki, düzenleyici işlemlerin denetlenmesinin en önemli engellerinden biri konumundaydı.³³

melerle ilgili vermiş olduğu bir kararında, düzenleyici işlemlerin kanuna uygun olma ve herhangi bir aykırılık taşımama koşullarını taşıması gerektiğini vurgulamıştır. "... bir Kanun, herhangi bir organın, Makamın Kanunun öngördüğü şekilde Nizamname yapmasına yetki verebilir. Ancak bu gibi hallerde yapılacak olan Nizamnamenin Kanuna uygun olması ve Kanunun öngördüğü bir şekilde yapılması gerekir. Herhangi bir Kanun tahtında yapılan herhangi bir Nizamname aşağıdaki hususlara uyması gerekir. 1. Nizamnamenin Kanunun öngördüğü bir şekilde yapılması, tasvip ve ilân edilmesi. 2. Nizamnamenin Memleket kanunlarına zıt (repugnant) olmaması. 3. Nizamnamenin yapıldığı Kanuna zıt olmaması ve Kanun tahtında verilen yetki çerçevesini aşmaması. 4. Nizamnamenin gayri muayyen olmaması. 5. Nizamnamenin gayri makul olmaması." Karar için bkz., YİM 14.05.1973 tarih, 1/1972 sayılı karar, s. 4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.01.2018)

33 Erhürman (2013), s. 215.

Peki, YİM hangi gerekçelerle ve nasıl “karar” ya da “işlem” ibarelerini yorumlarken düzenleyici işlemleri de bu kapsam içerisine almamakta ve söz konusu düzenleyici işlemlerin yasalara aykırılığı nedeniyle açılan davaları reddetmekte ve bunlara bakmaktan kaçınmaktaydı?

a. Munzam Mevzuat

YİM’in düzenleyici işlemleri denetlemekten kaçındığı davaların büyük çoğunluğunda dayanmış olduğu en esaslı gerekçe “munzam mevzuat” olmuştur³⁴. Tüm bu kararlara ve gerekçelere bakıldığında YİM’in esasında düzenleyici işlemleri yasama işlemi niteliğinde kabul ettiğini, dolayısıyla yasama işlemleri bakımından kendisinin görevli olmadığını, kendisinin sadece “kararlara” ilişkin davalarda yetkili olduğunu belirttiği görülmektedir. YİM’in “karar” dan kastının da mahkeme kararlarından anlaşıldığı üzere “birel kararlar” olduğu görülmektedir. Örneğin YİM bir kararında, tüzükten hareketle çıkarılan bir düzenleyici işlemin ülkede o kapsamda bulunan herkese uygulanacağını gerekçe göstererek bunu munzam mevzuat olarak kabul etmiş ve görev alanına girmediğinde hareketle denetlemekten kaçınmıştır.³⁵ Yine konuyla ilgili olarak bir başka kararında YİM, idari işlemlerin birel işlemler ve düzenleyici işlemler olarak ikiye ayrıldığını ancak düzen-

³⁴ Munzam mevzuatın yanı sıra YİM zaman zaman “ikinci derecede yasal mevzuat” ve “yasa niteliğinde” gibi gerekçelere de yer vermiştir.

³⁵ “... Tüzüğü’nün 15(1) maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan mezkûr Karar, sadece Müstedi için çıkarılmış bir karar değildir. Aksine, Staj ve Hizmet içi Eğitim için Yurt Dışına gönderilen ve gönderilecek olan tüm personele ödenecek iâşe ve ibate kıstaslarını düzenleyen genel, objektif, kişilik dışı bir Karardır. Bu karar Bakanlar Kurulunca değiştirilinceye değin tüm ülkede ve kapsamı içinde olan ve olacak tüm şahıslara da uygulanacaktır. Bu özellikleri itibarıyla mezkûr Karar mevzuat nitelikli düzenleyici bir tasarruf, bir nevi munzam mevzuattır. (Gör: E. Forsthoff, The Administrative Act, sayfa 6) Bu tür tasarruflar ise, Bakanlar Kurulu veya başka bir idari organ tarafından yapılmış olsalar bile, idari karar olmadıklarından, Anayasanın 152(1) maddesi altında kendilerinden idari başvuru konusu yapılamazlar. (Gör: Papaphilippou V The republic I RSCC 62, Police ve Hondrou 3 RSCC 82, Lanitis Farm & Another V The Republic, (1982) e CLR, 124, Zaim Necati, CYPRUS Administrative Law, sayfa 10) Bu durumda, Müstedi, Bakanlar Kurulunun 5.H-413-85 sayılı Kararını kendiliğinden idari başvuru konusu da yapamazdı. Dolayısıyla, Müstedinin başvurusunun 1. parag- rafındaki talebinin bu nedenle de reddedilmesi gerekmektedir”. Karar için bkz., YİM, 14.09.1987 tarih, 147/85 sayılı kararı, s.4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.01.2018). YİM, 27.02.2009 tarih, 81/2007 sayılı kararı, s. 4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.01.2018).

leyici işlemlerin ikincil derecede yasal mevzuat olarak kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla bunların YİM'in görev alanının düzenlendiği 152. maddede belirtilen idari kararlardan sayılamayacağına hükmetmiştir. Kararın devamında YİM, düzenleyici işlemlerin genel ve soyut nitelikli kişisel olmayan nesnel hükümler içermesi nedeniyle munzam mevzuat sayılacaklarını dolayısıyla da YİM'in görev alanına girmediklerini ifade etmiştir.³⁶

YİM'in düzenleyici işlemleri denetlemeyi reddetme gerekçeleri birkaç nokta itibarıyla değerlendirilmeye muhtaçtır. YİM'in üzerinde durduğu husus, düzenleyici işlemlerin niteliği itibarıyla ikincil yasama işlemi oldukları dolayısıyla da yasama işlemi niteliği taşıyan işlemlerin denetiminin kendi görev alanına girmediğidir.

³⁶ "Huzurumuzdaki davanın konusu olan "2005 Girne 1. Bölge (Sadrazamköy, Koçuçam, Akdeniz, Tepebaşı, Çamlıbel, Geçitköy, Kayalar Ön İmar Sınırları ve Bu Alanlar İçerisinde Uygulanacak Kural ve Koşullar) Emirnamesi"nin idarenin ne tür bir hukuksal işlemi olduğuna gelince; idare dava konusu Emirnameyi çıkarma yetkisini, 55/89 sayılı İmar Yasası'ndan almaktadır. 55/89 sayılı İmar Yasası'nın 7(1) maddesine göre davalı 1 Şehir Planlama Dairesi, Planlama Makamı olarak, kalkınma planının genel ilke ve amaçlarına uygun olarak, her büyüklükteki yerleşim birimi için imar planı yapmakla yükümlüdür. Aynı yasanın 8(1) maddesine göre, imar planları, plana konu alanların düzenli gelişmesini sağlamak, yaşayanların sağlık, huzur, rahatlık ve sosyal refahını sağlayacak şekilde yaşanabilir bir çevre yaratmak, bunun için gelişmeleri denetlemek ve yönlendirmek, belli amaç ve kullanımlar için bölgelere ayırmak, sosyal, kültürel, tarihi mimari önemi ve özelliği olan yapı ve bölge-leri korumak, gelişmelerin aşama ve sınırlarını belirlemek amacı ile hazırlanır. Yasanın 11(1) maddesine göre, imar planının kapsamının alanını sınırlayan çizgi "imar planı sınırı" olarak isimlendirilir. Madde 11(4)'e göre, imar planı olmadığı veya hazırlanmakta olduğu ancak gelişmenin yaygın ve hızlı olduğu yerleşme birimleri ve alanlarda imar planı onaylanmazdan önce veya imar planı olmadığına bakılmaksızın, bir emirname yayınlanarak "ön imar sınırları" tesbit edilebilir. Madde 11(B)'ye göre, tesbit edilecek ön imar sınırları içindeki gelişmeler, ilgili başka yasa ve tüzüklerde aksine kural bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, çıkarılacak emir-namede belirtilen kural ve koşullar uyarınca yapılabilir.

Mezkûr yasa altında idareye tanınan hukuki işlem yapma yetkisinin birel idari işlemle ilgili olmayıp, genel ve soyut nitelikli, kişisel olmayan, nesnel ve genel hükümler içeren süreklili ve icrai kurallar koymayı öngören düzenleyici işlem yapma yetkisi olduğuna kuşku yoktur. Dava konusu emirname de incelendiğinde, davalı idarenin ilgili yasadaki yetki ile 7 köyü kapsayan geniş bir alanı ön imar sınırı olarak tesbit ederek, bu alan içindeki gelişmeyi düzenleyen genel mahiyette kurallar vazeden bir düzenleyici işlemde bulunduğu görülmektedir.

Yukarıda söylediklerimiz ışığında, 2. derece munzam mevzuat sayılan dava konusu emirname, Anayasanın 152. maddesi altında idari işlem olmadığı cihetle iptali, idari dava konusu yapılamaz." YİM, 27.02.2009 tarih, 81/2007 sayılı kararı, s.5, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.01.2018).

Bahse konu gerekçenin doğru olup olmadığını ortaya koyabilmek için ilk olarak; YİM'in düzenleyici işlemleri reddetme gerekçesinin temeli olan "yasama yetkisi"nin esas itibarıyla nasıl düzenlendiğine ve daha sonra KKTC Hukuku bakımından düzenleyici işlemlerin bu kapsamda değerlendirilmesinin doğru olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Öncelikle, Anayasa'nın 4. maddesinde organik anlamda yasama yetkisinin sadece Cumhuriyet Meclisi tarafından kullanılabilceği açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla başka herhangi bir makam ya da organın bu yetkiyi kullanabilmesi söz konusu değildir. O halde burada YİM'in organik değil, fonksiyonel anlamda yasama yetkisinden söz ettiği sonucu çıkmaktadır.³⁷ Ancak, fonksiyonel anlamda yasama işlemi sayılan düzenleyici işlemlerin³⁸ sırf bu gerekçeyle yargı denetiminin dışında tutulmuş olmalarına katılmanın mümkün olmadığını da ayrıca vurgulamak gerekmektedir. Netice itibarıyla düzenleyici işlemlerin fonksiyonel anlamda yasama işlemi niteliğinden olmaları, onların idari işlem olma vasıflarını ortadan kaldırmamaktadır. Zaten düzenleyici işlem niteliğinde olan her işlemin kural olarak genel ve soyut kurallar içermesi bu durumun doğal bir sonucudur. Dolayısıyla, bunların genel ve soyut kurallar içeriyor olmaları nasıl ki idari işlem olma niteliklerini ortadan kaldırmamaktaysa, bu durum yine bunların idari yargının denetiminin dışına çıkmaları sonucunu da doğurmamaktadır. Ayrıca burada, YİM'in nazarı dikkate almadığı fakat vurgulanması gereken bir başka nokta şudur ki, fonksiyonel anlamda genel ve soyut kural koyabilme anlamına gelen yasama yetkisi; tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri yasa haline getirmemekte, bunların yasa gücünde olmalarına da neden olmamaktadır. Bu bağlamda YİM'in sadece bireysel işlemlerin idari işlemleri ifade ettiği şeklindeki yorumuna katılmak mümkün görünmemektedir. Bu gerekçelerin bir neticesi olarak YİM uzun bir süre düzenleyici işlemleri, Anayasa'nın 152. maddesinde iptal davasına konu edilebilecek "*idari karar*"lardan ya da "*işlemler*"den kabul etmemiş ve açılan davaları reddetmiştir.

³⁷ Organik ve fonksiyonel yaklaşımlardan hareketle idari işlem konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Celal Erkut, İptal Davasına Konu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, 1990, s. 61-63; Günday (2011), s. 10; Burak Öztürk, Fransız Ve Türk İdare Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin, 2009.s. 72.

³⁸ Günday (2011), s.10; Necatigil, s.188.

b. Anglo Sakson Hukukunun Etkisi

Yine YİM vermiş olduğu kararlarda, KKTC'de uygulanan idare hukuku sisteminin Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sisteminin karması olduğunu, düzenleyici işlemlerin de Anglo-Sakson hukuk sisteminde denetlenemeyeceklerini ifade etmiştir. Başka bir ifadeyle, Anglo-Sakson hukuk sisteminin özelliğinden ötürü de söz konusu düzenleyici işlemlerin KKTC'de idari yargı tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığına değinilmiştir.³⁹ Bu gerekçenin de haklı bir gerekçe olup olmadığını anlamak için Anglo-Sakson hukuk sistemindeki duruma kısaca bakmak faydalı olacaktır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde idarenin düzenleyici işlemlerinin bazılarını ikincil yasama işlemi denilmektedir.⁴⁰ Ancak, bunlara ikincil yasama işlemi denmesinin temelinde, yine aynı düzenleyici işlemler gibi genel ve soyut hükümler içeren yasalardan (*primary legislation*) ayrılmasını sağlamak yatmaktadır.⁴¹ Dolayısıyla yasalardan farkını ortaya koymak için kullanılan bir kavramın, düzenleyici işlemi düzenleyici işlem olmaktan ve idari işlem olmaktan çıkarıp idari yargının denetiminin dışına çıkardığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Nitekim İngiliz hukuk sisteminde de ikinci derece yasal mevzuatın yasalara uygunluğu yargı yoluyla denetlenmektedir.⁴² Dolayısıyla, İngiliz hukuk sisteminden etkilenildiğini ileri sürmek de esasen düzenleyici işlemlerin denetlenmesinin önünde herhangi bir engel teşkil etmemekteydi. Ayrıca bir yargı sisteminden etkilenmenin, yargısal denetim konusunda hukuk devleti bakımından bu kadar ciddi istisnaların ön şartsız kabul edileceği anlamına gelmediğini de ayrıca ifade etmek gerekmektedir.

C. İyi İdare Yasası Sonrası Düzenleyici İşlemlerin Yargısal Denetimi

27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte düzenleyici işlemlerin denetimine ilişkin var olan sıkıntılar büyük

³⁹ YİM, 27.02.2009 tarih, 81/2007 sayılı kararı, s.3, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.1.2018)

⁴⁰ "secondary legislation", "delegated legislation". İngiliz hukukundaki ikincil yasama işlemleri için bkz., Onur Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", AÜSBF, C.50, S.3-4, 1995, s.212.

⁴¹ Konuyla ilgili mahkeme kararları için bkz, Erhürman (2013), s. 234-248.

⁴² "Türevsel niteliği olan" ikincil yasama işlemleri'nin ilkel yasama işlemleri neticesinde çizilen sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesinin işin mantıksal sonucu olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, s.223.

oranda aşılmıştır. Ancak, İyi İdare Yasası sadece, yargı denetimi dışında kalan düzenleyici işlemlerin denetimini sağlamak amacıyla çıkarılmamıştır. Söz konusu Yasa, düzenleyici işlemlerin denetiminde yaşanan sıkıntıları çözecek hükümleri içermeyen yanı sıra, idare hukuku, idari usul ve hukukun üstünlüğü konularına ilişkin birçok düzenlemeyi de barındırmaktadır.

1. İyi İdare Yasası

Düzenleyici işlemlerin denetiminde yaşanan sıkıntıların giderilmesi için öngörülen hükümlere geçmeden önce, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası ile ilgili kısa bilgi vermek Yasanın genel amaç ve ruhunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Öncelikle şunu ifade etmek gerekmektedir ki; 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/REC(2007)7 sayılı tavsiye kararının ekinde yer alan "İyi İdare Yasası"nın,⁴³ KKTC'de var olan koşullar çerçevesinde revize edilerek KKTC hukuk sistemine uyarlanmış halidir.

KKTC Anayasası'nda, KKTC'nin demokratik ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanan bir devlet olduğu açıkça vurgulanmıştır. Ancak, modern demokratik hukuk devletlerinde demokrasinin ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin hayata geçebilmesi, bunları ifade etmenin çok ötesinde gereklilikler taşımaktadır. Örneğin, modern demokrasinin tam anlamıyla vücut bulabilmesi içi yurttaşların seçme ve seçilme hakkına sahip olması yeterli görülmemektedir.⁴⁴ Yurttaşlara, bunun yanı sıra, karar alma ve bu kararların uygulamasının denetlenmesi süreçlerine etkili bir şekilde katılma hakkının tanınması gerekmektedir. Ayrıca, hukukun üstünlüğüne saygı ilkesi de, yurttaşların idareyi bu konuda zorlama araçlarının sahip olması ile tam manasıyla hayata geçirilebilecektir.⁴⁵ İşte, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası da bunlara ilişkin olarak, idarenin gereksiz işlem yapmamasından, işlemlere karşı başvurulabilecek yol ve sürelerini haberdar etmeye, hak arama hürriyetini kolaylaştıran hü-

⁴³ Kararın Türkçe metni için bkz., <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>. (Erişim tarihi, 02.02.2018)

⁴⁴ İlker Çolak, "Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Verme Yükümlülüğü", e-akademi, S.39, 2005, s.26; Meltem Kutlu Gürsel, "İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Sujelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları no:6, 2003, s.317.

⁴⁵ Tekin Akıllıoğlu, "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 2000, s.119.

kümlerden, idarenin ve idare adına kamu hizmeti gören özel kişilerin sahip oldukları sorumluluklara kadar birçok konuda hükümler içermektedir. Yine iyi idarenin ilkelerinden olan hukuka uygun davranma yükümlülüğü, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, tarafsızlık ilkesi, orantılılık ilkesi, kazanılmış haklara saygı ilkesi ve özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi Yasa'da yer verilen konuların başında gelmektedir.

2. Düzenleyici İşlemlerin Denetlenmesi

Düzenleyici işlemlerin denetlenmesi ile ilgili olarak yasa koyucu ilk etapta, Yasanın 2. maddesinde düzenlenmiş olan tefsir kısmında "düzenleyici işlem" kavramından ne anlaşılması gerektiğine yer vermiştir. 2. madde düzenleyici işlemi; "idarenin genel ve soyut kural koyan idari işlemini anlatır" biçiminde ifade ederek KKTC Hukukunda ilk defa düzenleyici işlemin tanımına yer vermiştir. Bu düzenleme sadece tanıma yer vermesiyle değil başka açılardan da önem taşımaktadır. Çünkü burada özellikle düzenleyici işlemin bir idari işlem olduğu ama özellikle de genel ve soyut kural koyan bir idari işlem olduğu açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu sayede düzenleyici işlemlerin, idari işlem mi yoksa yasa mı sayılıp sayılmayacağı tartışmalarına bir anlamda nokta konmuştur.

Kanun koyucu 2. maddede yer alan bu düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte olan bir başka hüküm daha öngörmüştür. O da İyi İdare Yasası'nın 19. maddesinde yer alan hükümdür. 19. madde ile "İdarenin birel işlemlerine ve düzenleyici işlemlerine karşı, meşru menfaatleri olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişiler tarafından, bu işlemlerin öğrenilmesinden itibaren yetmiş beş gün içerisinde iptal davası açılabilir" hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hüküm ile nasıl adlandırıldıklarına bakılmaksızın düzenleyici işlem vasfına sahip bütün düzenleyici işlemlerin iptal davasına konu edilebilecekleri yani onlara karşı yargı organlarına başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir.

Bu hükümle birlikte esasında YİM'in görev alanını belirleyen Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan "yürütsel ve yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin" ibaresinin sadece birel işlemleri değil aynı zamanda düzenleyici işlemleri de kapsadığı yasama organı tarafından açıkça ortaya konulmuştur. Getirilen bu yeni düzenlemelerin yargısal denetime olan etkilerine bakmak ve sonuçlarını değerlendirmek ayrıca önem taşımaktadır.

a. Anayasaya Uygunluk Bakımından Gerçekleştirilen Denetim

İyi İdare Yasası'nın 19. maddesi ile, Anayasa'nın 147. maddesinde sayılmamış olan düzenleyici işlemlerin de anayasaya uygunluk bakımından denetlenebilmelerinin önü açılmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere, bu düzenleyici işlemler 147. maddede sayılmadıklarından hareketle Anayasa Mahkemesi'nce, YİM'in geliştirdiği yorum nedeniyle de YİM tarafından denetlenememekteydiler.

19. maddenin yürürlüğe girmesinden önce yine yukarıda ifade edildiği üzere; 147. maddede sayılmayan düzenleyici işlemlerin Anayasaya uygunluk denetimi (YİM bu başvuruları kabul etmediği için) ancak 148. maddeden hareketle itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nce yapılabiliyordu. Bunun için de, düzenleyici işlemde hareketle yapılan birel işleme karşı açılan davada, düzenleyici işlem aleyhine Anayasaya aykırılık itirazında bulunulması gerekmektedir. Kısacası, her düzenleyici işlem için her durumda devreye girmesi çok da mümkün olmayan bir yöntemdi. 19. maddenin yürürlüğe girmesi ile birlikte, 147. maddede sayılmayan düzenleyici işlemlerin gerek yasalara gerekse de anayasaya aykırılığının doğrudan iptal davası yoluyla YİM tarafından incelenebilmesinin önü açılmıştır. Dolayısıyla hukuk devleti ve bunun en önemli unsurlarından olan idarenin yargısal denetiminin düzenleyici işlemler kısmında yer alan eksikliğin bu manada giderildiğini söylemek mümkündür.

Ancak, bu durumda da ortaya başka bazı anomaliler çıkmıştır. Şöyle ki; 147. maddede sayılanların (kararname, tüzük ve yönetmelik) dışında kalan bir düzenleyici işlemde hareketle yapılan birel işleme karşı YİM'de açılmış olan bir davada, düzenleyici işlemin anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde, mahkeme önünde görmekte olduğu davayı geri bırakıp düzenleyici işlemi Anayasa Mahkemesine göndermekte ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili vereceği kararı beklemektedir. Ancak, aynı düzenleyici işleme karşı İyi İdare Yasası'nın 19. maddesinden hareketle Anayasa aykırılık iddiasıyla YİM'de doğrudan doğruya bir iptal davası açıldığında ise YİM kendisi bu davaya bakmaktadır ki bu, anomaliliği fazlasıyla ortaya koymaya yetmektedir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu YİM'in düzenleyici işlemlerin denetlenmesine dair takındığı "negatif" tutumu ortadan kaldırmak amacıyla iyi niyetli bir hüküm öngörmüştür. Ancak bu durum, aynı

düzenleyici işlemlerin izlenen yoldan kaynaklı olarak farklı mahkemelerde anayasaya aykırılık iddialarının görüşülmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu anomaliliğin ortadan kaldırılmasının temel yolu ise, hakkında dava açılacak düzenleyici işlemlerin farklı yargı kollarında değil de aynı yargı kolunda denetlenmesine imkân tanıyacak yasal ve Anayasal değişikliklerin yapılmasından geçmektedir.

b. Yasalara Uygunluk Bakımından Gerçekleştirilen Denetim

Yukarıda ifade edilen gerekçelerden hareketle YİM, uzun bir süre düzenleyici işlemlerin yasalara uygunluğunu denetlemekten kaçınmıştır. 19. maddenin yürürlüğe girmesi ile birlikte, YİM artık düzenleyici işlemleri yukarıda sayılmış olan gerekçelerden herhangi bir tanesini dahi ileri sürerek denetlemekten kaçınamayacaktır.

Nitekim yasa yürürlüğe girdikten sonra haklarında iptal davası açılan düzenleyici işlemlerle ilgili mahkeme, ön inceleme aşamasında yukarıda sayılan gerekçelerin hiçbirine dayanmamakta, dolayısıyla bu gerekçelerden hareketle davaları reddetmemektedir. Girne bölgesinin imar düzenlemelerine ilişkin hükümler içeren ve düzenleyici işlem niteliğinde olan Girne Emirnamesi'nde yapılan bir değişikliğe karşı açılan iptal davasını YİM görüşmüş ve söz konusu emirname değişikliğinin iptaline karar vermiştir.⁴⁶

Söz konusu Yasanın yürürlüğe girmesinden önce açılan, ancak Yasanın yürürlüğe girmesinden üç sene sonra sonuçlanan bir davada YİM, "... Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetkisinin dayandığı KKTC Anayasası'nın 152. maddesi, bugüne kadarki içtihatlarda da görüleceği gibi, Yüksek İdare Mahkemesi'ne, bir tüzük ve/veya tüzük maddesi ile ilgili idari hukuk prensipleri ışığında hükümsüzlük veya etkisizlik veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar üretmesine cevaz vermemektedir. 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası, 'idari işlem' tefsirine düzenleyici işlemi de katmış olsa dahi, 27/2013 sayılı Yasa dava konusu tarihte yürürlükte olmadığından, bu dava altında talep edildiği şekilde emir verilemez. Yüksek İdare Mahkemesi bir tüzüğün kısmen veya tümüyle ultra vires ve geçersiz olduğuna karar verebilir. Bu nedenle, D paragrafında yer alan talep de ret ve iptal edilir." şeklin-

⁴⁶ Bkz., <http://www.kibrispostasi.com/girne-ikinci-bolge-emirnamesi-iptal-edildi> (Erişim tarihi, 03.11.2017)

de bir karara varmıştır.⁴⁷ Kararda mahkemenin 27/2013 sayılı yasaya atfen artık düzenleyici işlemlerin denetlenebileceklerini vurgulaması önem taşımakla birlikte; hali hazırda davanın esasının görüşüldüğü bir aşamada, mahkemenin davanın açıldığı tarihe vurgu yaparak, karar tarihindeki mevcut yasayı görmezden gelerek denetleme talebini reddetmesini anlamının da mümkün olmadığını ayrıca belirtmek gerekmektedir.

Sonuç

Hukukun üstünlüğü ilkesine anayasasında yer veren bir ülkede, anayasada herhangi bir istisna öngörülmemiş ise idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olması beklenmektedir. Hâlbuki yukarıda da değinildiği üzere, KKTC Anayasası'nda hukukun üstünlüğü kavramına yer verilmiş olmasına rağmen ve yine anayasanın hiçbir yerinde herhangi bir istisna olmamasına rağmen yargı organları, tüzük, yönetmelik ve kararnamelerin yasalara, diğer düzenleyici işlemlerin de anayasa ve yasalara uygunluğunun denetimini yapmama konusundaki tutumlarını 2013 yılına kadar değiştirmemişlerdir.

KKTC Mahkemelerinin anayasada herhangi bir engel olmamasına rağmen adeta "hükümet tasarrufu" niteliğine bürünmelerine neden olacak şekilde düzenleyici işlemlere karşı doğrudan açılan davaları reddetmeleri hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktaydı. Kaldı ki KKTC idare hukukunun yakından ilişkili olduğu Türkiye, İngiltere ve Güney Kıbrıs hukuk sistemlerinde ve yargı organlarında benzer yaklaşımlar bulunmamasına rağmen, KKTC Mahkemelerinin uzun bir süre bu tutumu benimsemesi ve sürdürmesi hukuk devletine bakış açısındaki sıkıntıyı ortaya koymasından dolayı önem taşımaktadır. Neyse ki, KKTC'nin kuruluşundan 2013 yılına kadar yargı organlarının takındığı bu tutum, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nın 2. ve 19. maddeleri ile son bulmuştur. Söz konusu düzenlemeyle birlikte artık mahkemeler düzenleyici işlemlerin yargısal denetimini gerçekleştirme başlamışlar ve hukuk devletinde bu konuda yaratılan gedik bir anlamda ortadan kaldırılmıştır.

⁴⁷ YİM, 27.02.2009 tarih, 81/2007 sayılı kararı, s.4, (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.1.2018).

Kaynakça

- Akılloğlu Tekin, "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 2000
- Azer Can, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat / January-February, Yıl/Year:30, Sayı/Issue:128, 2017.
- Çolak İlker, "Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Verme Yükümlülüğü", e-akademi, S.39, 2005.
- Erhürman Tufan, Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı, Işık Kitabevi, 2013.
- Erhürman Tufan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Işık Kitabevi, 2012.
- Erkut Celal, İptal Davasına Konu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Da-nıştay Matbaası, 1990.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt 1., Ekin, Bursa, 2003.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa, 2016.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2011.
- Günday Metin, "1982 Anayasası'na Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Ankara, 1990.
- Gürsel Meltem Kutlu, "İdare Hukuku Bağlamında Yönetime katılma ve İdare Hukukunun Sujelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları no:6, 2003.
- Necatigil Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, 2015.
- Onur Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", *AÜSBF*, C.50, 1995, S.3-4.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Öztürk Burak, Fransız ve Türk İdare Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin, Ankara, 2009.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, Ankara, 2009.