

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 : 25. 10. 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 kelimeleri; 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 İtaliye** 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 elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına 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 üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 13 Can YAVUZ**
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi / Principle of Legality Within the Scope of the European Convention on Human Rights
- 53 Levent GÖNENÇ / Ali Ersoy KONTACI**
2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri / Legislative – Executive Relations in the Aftermath of 2017 Constitutional Amendments
- 81 Nabi ÖZALP**
Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK M. 141-144) / Indemnity for Damages Which May Arise in Practice Due to Protective Measures (Articles 141-144 of the Code of Criminal Procedure)
- 159 Mehmet ARSLAN**
Sağlık Çalışanlarının Maruz Kaldığı Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleri Almanya ve Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma / Measures of Criminal Law Against Violence Experienced by Health Workers a Comparative Study of Germany and Turkey
- 203 Reşit KARAASLAN**
Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi / An Evaluation of Illegal Car Races Resulting in Death or Injury Based on the Separation of Intention and Conscious Negligence and Theory of Objective Imputation
- 273 Recep KAHRAMAN**
Alman Ceza Kanunu'nda Yarar Kabul Etme Suçu (Yemleme) (Md. 331) / The Crime of Accepting Benefit in the German Penal Code (Feeding) (Art. 331)
- 301 Emin KOÇ**
Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü / Obligation of Indication of the Remedies for State Acts in Turkish Law
- 349 Memduh OCAK**
İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanma Hakkı Açısından İncelenmesi / Examination of Hearing in Terms of Right to a Fair Trial in the Administrative Jurisdiction

369 Eren TOPRAK

Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme / Public Procurement Law as an Academic Field: an Analysis on the Concept and the Scope

397 Sera REYHANI YÜKSEL

Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması / The Practice of the Principle of Equal Rights of Woman and Man in The Area of Family Law

421 Meltem ERTUĞRUL / Gülşah YILMAZ

Ölüm Rizikosuna Karşı Yapılan Hayat Sigortasında Lehtar Olan Mirasçının Mirası Reddi Halinde Veraset ve İntikal Vergisi Ödeme Sorunu / Inheritance and Transfer Tax Payment Problem of the Heir Who is the Beneficiary in the Life Insurance Against the Risk of Death in the Case of Rejection of Heritage

449 Halil YILMAZ

Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti / Determination of Income Based on Premiums of the Employees Working with Service Contract in Social Security Law

495 Seda KALEM

İstanbul Barosu Seçimlerinin Çekişmeli Tarihine Bir Bakış: Mesleğin Siyaseti, Mesleğin Kimliği / Politics of the Legal Profession: An Overview of Istanbul Bar Association's Contested History

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Yargı Reformu Strateji Belgesi'ne ilişkin temel hususları, tüm meslektaşlarımızı sürecin içine dahil edebilmek ve ilk paket yasalaşma aşamasında iken mesleğimizle ilgili önemli iyileştirmeler içeren düzenlemeleri meslektaşlarımızın büyük çoğunluğunun desteği ile korumak ve mümkünse geliştirmek için basılı bir broşür halinde bilgilerinize sunmuş idik.

Yargı Reformu Strateji Belgesi'nin ilk paketi TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek yasalaştı. nemli iyileştirmeler ve gelişmeler sağlandı. Ancak hedeflerimize ulaşmak için birden çok paketin hayata geçirilmesi gerekiyor.

İkinci paketin hazırlıklarına şimdiden başlandı. Türkiye Barolar Birliği olarak biz de başta Adalet Bakanlığı olmak üzere ilgili kurumlarla birlikte çalışmaların içinde yer alıyor, ilgili makamlarla görüşmelerimizi ara vermeksizin sürdürüyoruz. Yeni paketin de katılımcı bir anlayışla hazırlanmasını bekliyoruz.

İlk yargı paketinin içeriğinde şu önemli maddeler yer alıyor:

- **Avukatlık Hizmetlerinde KDV Oranı Düşürüldü**

Toplam dava ve icra takibi sayısının çok önemli bir kısmını oluşturan; aile mahkemeleri, tüketicici mahkemeleri ve ocuk mahkemelelerinin görev alanına giren davalar ve işler, vesayet davaları ve işleri ile bu davalara bağlı kanun yolları, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk ve bunlara bağlı ilamlı icra takipleri kapsamında verilecek avukatlık hizmetlerinde KDV yüzde 18'den yüzde 8'e indirildi.

Değişiklikle vatandaşların avukatlık hizmetinden daha rahat yararlanabilmesinin ve adalete erişim haklarının önündeki engeller azaltıldı.

- **Hukuk Fakültelerine Girişte Başarı Eşiği Yükseldi**

YÖK Genel Kurulu, hukuk fakültelerine girişte aranan 190 bin olan başarı sırasını 125 bine düşürdü.

Hukuk fakültelerine kabul edilen öğrencilerin başarı sıralarına bakıldığında, devlet üniversitelerinde en düşük başarı sırası 59 bin iken, vakıf üniversitelerindeki en düşük başarı sırası 190 bindir.

Türkiye'de hukuk fakültesi bulunan Vakıf Üniversitelerinin sayısı 33 olup, bunlardan yalnızca 14'ünün 2018 YKS başarıları 125 binin üzerindedir.

Bu değişiklik, hukuk fakültelerini daha çalışkan ve donanımlı öğrencilerin kazanabilecekleri anlamına gelmektedir. Aynı zamanda devlet üniversitelerindeki hukuk fakülteleriyle, vakıf üniversitesi hukuk fakülteleri arasındaki, eğitimin niteliğini doğrudan etkileyen makas daralmış olacak, bu da öğrenim kalitesindeki yetersizlik nedeniyle tercih edilmeyen üniversitelerin, çalışkan ve bilgili öğrenciler tarafından tercih edilebileceği hukuk fakültelerine dönüşmelerine fırsat yaratacaktır.

- **Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı Getirildi**

Hukuk mesleklerine giriş sınavında 100 puan üzerinden en az 70 puan alanlar hakimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik mesleklerine girebilecek.

Türkiye Barolar Birliği ve baroların, sınavın mevcut öğrencilere uygulanması yönündeki talebi, TBMM Adalet Komisyonundaki çoğunluk üye tarafından benimsenmiş olsa da siyasi partilerin ortak önerge verme konusunda anlaşamamaları sebebiyle, Hukuk mesleklerine giriş sınavı şartı, 2020-2021 senesinde kayıt yaptıran öğrencilerden başlayarak uygulanacaktır.

Değişiklik bu haliyle de önemli bir kazanımdır. Sınavın zorunluluğu hakkında kamuoyunda farkındalık yaratma çalışmalarına aralıksız devam edilmelidir.

- **Avukatın Zorunlu Katılımı İle Seri Muhakeme Usulü Geldi**

Bu değişiklikle, asliye cezalık işlerin önemli bir kısmını teşkil eden suçlarda, avukatla temsil edilen şüphelinin, Cumhuriyet savcısıyla an-

laşma yapması usulü getirildi. Buna göre savcı, şüpheliye seri muhakeme usulü uygulanmasını teklif edecek. Eğer şüpheli avukat huzurunda bunu kabul ederse bu usul uygulanacak. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısı suçun alt ve üst sınırı arasında belirleyeceği temel cezadan yanı oranında indirim yapmak suretiyle yaptırımını belirleyecek, gerekirse cezayı erteleme kapsamına alabilecek.

Bu değişiklik bir yandan dava sayılarını azaltırken, diğer yandan avukatlara on binlerce yeni iş imkânı sağlayacaktır. Ceza avukatlığında kaliteyi yükseltecek olan bu sistemle meslek içi eğitimlerde ceza avukatlığına ağırlık verilmesi zorunluluğu doğmuştur.

- **Basit Yargılama Usulü Getirildi**

Bu değişiklik çerçevesinde, asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilecek.

Basit yargılama yönteminde asliye ceza mahkemesinin duruşma açmadan verdiği hükme itiraz edilmesi halinde mahkemenin itiraz edilen hükmü iptal ederek duruşmalı yargılama yapması zorunludur.

Ceza muhakemesinde bu yargılama usulü dosya üzerinden yapılacağı için sanıklar kendilerini bir müdafî yardımından yararlanma konusunda zorunlu göreceklerdir.

- **Temyiz Edilebilecek Kararların Kapsamı Genişletildi**

Buna göre, hakaret, cumhurbaşkanına hakaret, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, kanunlara uymaya tahrik, devletin egemenlik alametlerini aşağılama, Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni, devletin kurum ve organlarını aşağılama, silahlı örgüt, halkı askerlikten soğutma, Terörle Mücadele Kanunu'nun 6'ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31'inci maddesi ve 32'nci maddesinde yer alan suçlarda verilen hükümler bölge adliye mahkemeleri ceza da-

irelerinde kesinleşmeyecek. Bu suçlara ilişkin verilen kararlara karşı Yargıtay'a temyiz başvurusu yapılabilecek.

Bu düzenlemenin en önemli sonucu, temyiz mahkemesi Yargıtay'ın katalogdaki suç türlerinde içtihat yaratması ve böylece düşünce özgürlüğünü güvence altına alma imkanının yeniden doğmuş olmasıdır.

Ayrıca istinaf yargılamasının üzerine gelen temyiz kanun yolu, meslektaşlarımıza yeni iş imkanları yaratacaktır.

- **Belli Kıdemin Üzerindeki Avukatlara Yeşil Pasaport Hakkı Tanındı**

15 yıl kıdemi bulunan avukatlara, Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen suçlar ile Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlardan soruşturma ve kovuşturma açılmamış olması koşuluyla eş ve çocukları da dahil olmak üzere vize kolaylığı sağlayan hususi damgalı pasaport (yeşil pasaport) verilebilecektir.

- **Hukuk Fakültesi Mezunu Olmayanlara İdari Hakim Adaylığında Sınırlama Geldi**

Değişiklik çerçevesinde, idari yargı hâkim adaylığına hukuk fakültesi mezunu olmayanlar arasından atananların sayısı, her dönemde atanacak toplam aday sayısının yüzde 20'sini geçemeyecektir.

- **İdari Yargı Ön Sınavı Getirildi**

İdari Yargı Hakimliği Sınavı'na başvuruda bulunmak isteyen adaylar için İdari Yargı Ön Sınavı uygulaması getirildi. İdari Yargı Ön Sınavı'nın konu başlıkları ağırlıklı olarak hukuk fakültelerinin müfredatı esas alınarak belirlendi.

- **Bölge İdare Mahkemesi Daireleri Kararları Arasındaki Uyuşmazlıklar 3 Ay İçinde Karara Bağlanacak**

Bu değişiklikle; aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin gerekçeli istemler,

uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri kurullarınca 3 ay içinde karara bağlanacak.

- **Mağdur Hakları Güçlendirildi**

Değişiklikle özellikle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarına ilişkin davalarda mağdur hakları güçlendirildi. Buna göre Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda, uzmanlar aracılığıyla alınacak. Bu çerçevede mağdurlar, adli görüşme odalarında, baskıya maruz kalmadan ifade verebilecek.

- **Soruşturma Aşamasında Tutukluluk Süreleri Düşürüldü**

Soruşturma aşamasında, ağır ceza mahkemesi alanına girmeyen suçlarda tutukluluk süresi 6 ayı geçemeyecek. Ağır ceza mahkemesi alanına giren suçlarda ise bu süre en fazla 1 yıl olacak. Devlete karşı işlenen suçlarla, Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki suçlarda tutukluluk süresi en fazla 1 yıl 6 ay olacak ve 6 aylığına bir kez uzatılabilecek. 15 yaşından küçüklerin işlediği suçlarda bu süreler yarı oranında, 18 yaşından küçüklerin işlediği suçlarda ise dörtte üç oranında uygulanacak.

- **İnternet Sitelerine Değil, İçeriğe Engelleme**

İnternet sitelerine yönelik verilen erişime engelleme kararlarında, içeriğe erişimi engelleme yöntemi uygulanacak. Site değil, ilgili içerik engellenecek.

- **Haber Verme Sınırlarını Aşmayan Açıklamalar Suç Olmayacak**

Terörle Mücadele Yasası'nda yapılan değişiklikle, haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaların suç oluşturmayacağı hükme bağlandı. Olması gerekenin tekrarı şeklinde yorumlanabilecek bu hüküm, uygulamada gördüğümüz yanlışlıkları önlemeye yöneliktir.

- **Üç Yıl ve Altı Hapis Cezası Gerektiren Suçlarda Erteleme İmkanı**

Uzlaştırma ve ön ödeme kapsamındaki suçlar hariç, cumhuriyet savcısı, üst sınırı 3 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının 5 yıl süreyle ertelenmesine karar verebilecek.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, kamu görevlisi tarafından veya kamu görevlisine karşı işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ise kapsam dışında tutulacak.

Yargı reformunun ve bu kapsamda ilk paketin mesleğimize ve meslektaşlarımıza hayırlı olmasını diliyoruz.

Saygılarımızla.

Av. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ

PRINCIPLE OF LEGALITY WITHIN THE SCOPE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Can YAVUZ*

Özet: Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi; demokrasi, hukuk devleti, güçler ayrılığı ile sıkı sıkıya bağlıdır ve adil yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır. Bu ilke uluslararası toplum tarafından yaygın şekilde kabul edilmiştir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de güvence altına alınmıştır. Bu çalışma Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ne şekilde yorumladığını güncel içtihatlar çerçevesinde açıklamaya gayret etmiştir.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 7, Suç ve Cezaların Kanuniliği, Ceza Kanunlarının Geriye Yürümezliği, Lehteki Ceza Kanunlarının Geriye Yürümesi, Ulaşılabilirlik, Öngörülebilirlik

Abstract: The principle of legality is closely associated with the rule of law, democracy, separation of powers, and underpins the right to a fair trial. This principle is widely recognized by the international society and safeguarded in the European Convention on Human Rights as well. This study aims to examine how the European Court of Human Rights interprets the principle of legality in light of the recent case-law.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, European Convention on Human Rights Article 7, Principle of Legality, Non-Retroactivity of Criminal Law, Retroactivity of Favourable Criminal Law, Accessibility, Foreseeability

* Avukat, İstanbul Barosu, canyavuz@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9258-0297, Makale Gönderim Tarihi: 27.03.2019, Kabul Tarihi: 31.03.2019

Giriş

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi modern ceza hukukunun temel prensipleri arasında yer almaktadır.¹ Taşıdığı özel önem göz önünde bulundurulduğunda, ilkenin uluslararası anlaşmaların² yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 7’de güvence altına alınmış olması şaşırtıcı değildir.

Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) AİHS madde 7’yi ne şekilde yorumladığını açıklığa kavuşturmayı hedeflemektedir. Makalede; madde 7’nin tarihi, önemi, ilgili kavramlar, prensipler, istatistikler ele alınmış, sözü geçen maddenin diğer AİHS maddeleriyle bağlantısına ışık tutulmaya çalışılmıştır. Avrupa Mahkemesi’nin, insan onurunun değişen şartlar dolayısıyla ortaya çıkan tehditlere karşı korunması için Sözleşme’yi “yaşayan bir doküman” olarak yorumlamasının madde 7’nin kapsamını genişlettiği söylenebilir. Bu sebeple, çalışmada AİHM’nin en güncel içtihatları göz önünde bulundurulmuştur.

Çalışmanın odağını oluşturan AİHS madde 7 şu şekildedir:

“1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar ülkeler tarafından tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmâl nedeniyle bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”

1. Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesinin Tarihi ve Önemi

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin tarih sahnesindeki ortaya çıkış zamanı konusunda fikir birliği yoktur. Roma Hukuku’nun bu ilkeyi bir ölçüde tanıdığı savunulmaktadır. Ancak yargıcın örf ve adet hukukuna veya yargıcın takdirine dayanarak ceza verebilme yetkisi,

¹ Gabriel Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Berlin, 1. Baskı, 2010, s. 4

² İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 11, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 15. Kanunilik ilkesi insancıl hukukun da temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Bakınız: Uluslararası Kızılhaç Komitesi Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Madde 101

Roma Hukuku'nda uygulanan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin günümüzde benimsenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaşmasını engellemiştir.³

İlkenin temellerinin Magna Carta'ya dayandığı savunulmuştur. Magna Carta'nın 39. maddesi gereğince, Kral Yurtsuz John yerel bir kanun olmadığı takdirde özgür bireyi cezalandırmayacağını garanti etmiştir. Fakat bu güvencenin maddi hukuktan ziyade usul hukukunu ilgilendirdiği, bu sebeple suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin esasını karşılamadığı ileri sürülmüştür.⁴

Bir görüşe göre suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ilk modern örneğine 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi'nde rastlanmaktadır. Bu fikrin altında yatan sebep, ilgili bildirmede hukukun geçmişe etkili şekilde yürütülmesinin yasaklanmış olmasıdır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde de benzer bir hükme yer verilmiştir.⁵

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gerçek manada ortaya çıkışının 18. yüzyıla denk gelmesinin sebebi dönemin koşullarıdır. Endüstri Devrimi sonucu ortaya çıkan yeni orta sınıfın kendi haklarını korumak için yarattığı baskı ve yeni bir politik düşünce olarak yaygınlaşan liberalizm, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin filizlenmesi için görece uygun bir zemin hazırlamıştır.⁶

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ilk olarak Montesquieu tarafından ileri sürülmüş, Beccaria ve Voltaire tarafından geliştirilmiş, ilk kez Feuerbach tarafından bir hukuk ilkesi olarak dillendirilmiştir.⁷ Feuerbach'ın geliştirdiği Psikolojik Zorlama Teorisi ilkenin somutlaşmasında kayda değer bir rol oynamıştır. Bu teori gereğince, ceza tehdidiyle bireyleri bir davranışa yöneltebilebilmesi bireyin hangi hareketlerin cezalandırılacağını önceden bilmesini zorunlu kılar. Unutulmaması gereken husus, bu teorinin başlangıçta insan hakları-

³ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 10. Baskı, 2008, s. 38; Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Basım, İstanbul, 1999, s. 73-74

⁴ İçel, Donay, s. 73-74

⁵ İbid. s. 74

⁶ Hallevey, s. 9

⁷ Ezgi Aygün Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Sayı 104, 2013, s. 226, 230

nı korumaktan ziyade egemen gücün iradesinin arttırılması amacıyla geliştirilmiştir.⁸ İlke Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra olgunlaşmaya başlamış ve İkinci Dünya Savaşı sonrası kritik bir prensip halini almıştır.⁹ “İnsanlığın acı tecrübelerinin billurlaşmış şekli” olarak görülen suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin insanlığın ortak ve vazgeçilmez bir değeri olduğu öne sürülmektedir.¹⁰

Türk hukuk tarihi açısından bakıldığında, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi Tanzimat Fermanı'nda örtülü şekilde, Kanun-ı Esasî'de ise açıkça kabul edilmiştir. İlkeye 1961 Anayasası (madde 33), 1982 Anayasası (madde 38), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 2 ve 7'de yer verilmiştir.¹¹

Günümüzde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kişilerin kanuna dayanmayan suçlardan suçlanmasını ve cezalandırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. İlke suçlananın lehine olan hükmün geriye yürütmesini sağlar. Bu ilke (öngörülebilirlik vasıtasıyla) cezaya tabi fiilleri ve bunlara getirilen cezaları (özgürlük alanını) belirler. Ayrıca, (ulaşılabilirlik unsuruyla) cezaya tabi fiiller ve cezalar yurttaşların bilgisine sunulmaktadır. Böylece ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.¹² Doktrin, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ceza hukukundaki içerik ve sonuçlarını şu şekilde sıralamıştır.

- 1- Belirlilik (*lex certa*) yani suç ve cezanın somut şekilde kanunda tanımlanması, uygulama alanının (yorum vasıtasıyla da olsa) anlaşılır olması;
- 2- Aleyhe kanunun geriye yürütmesi yasağı (*lex praevia*) gereğince fiilin işlenmesinden sonra failin durumunu ağırlaştırılan kanunun ilgili fiile uygulanamaması;
- 3- Kıyas (benzetme) yasağı (*lex stricta*) doğrultusunda kıyas vasıtasıyla yeni suç tipi yaratılamaması ve mevcut suç tipinin kapsamının genişletilememesi;

⁸ Öztürk, Erdem, s. 38

⁹ Hallevey, s. 10

¹⁰ Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2018, s. 75

¹¹ İbid. s. 81

¹² Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım, İstanbul, 3. Baskı, 2013, s. 287-288

- 4- Örf ve adate dayanarak suç ve ceza yaratılması yasağı (*lex scripta*) nedeniyle suç ve cezanın sadece kanunda öngörülmesi, örf ve adete dayanarak bir fiilin suç sayılmaması ve ona ceza öngörülememesi.¹³

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi anayasa hukukuyla da ilintilidir. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü¹⁴ ile yakın bağından ötürü, bir ülkenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesini uygulama biçimi onun yönetim şekline dair fikir verebilir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesini göz ardı etmenin despot rejimlerin tipik karakteristiği olduğu ileri sürülmüştür. İlkenin demokrasi ile bağlantılı sonuçlarından birisi de parlamen-tonun üstünlüğüdür. İlke, ceza kanunlarının gizli, muğlak veya keyfi olmasını önleyerek hukukun üstünlüğü prensibinin hayata geçirilmesini de sağlar.¹⁵

Yaygın şekilde kabul edilmesine rağmen ilke eleştirilerden muaf tutulmamıştır. İlkeyi eleştiren görüşe göre suç teşkil eden hareketlerin tümü ceza kanununda tanımlanamadığından ötürü çok sayıda “suç” işlenebilmekte ve cezasız kalmaktadır. İlke, haksızlık olarak görülen ancak kanunda suç olarak tanımlanmayan fiillerin (özellikle de kanun boşluklarından faydalanmaya çalışan örgütlü “suçların”) gerçekleştirilmesini teşvik edebilir. Bu görüş kanunda suç olarak tanımlanmamış olmasına karşın antisosyal nitelikteki hareketlerin cezalandırılmasını da savunmaktadır. İlkeye getirilen bir başka tenkit onun özgürlükle-

¹³ Öztürk, Erdem, s. 39-41. Benzer yönde görüş: Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2018, s. 104-116. Bir başka görüşe göre ilkenin sonuçları şunlardır: “suç/ceza/güvenlik tedbirleri yasa ile kabul edilip düzenlenebilir; yasa metinleri açık ve net olmalı, değişik yorumlara kapalı olmalıdır; örf ve adetlerle suç yaratılamaz, ceza verilemez; ceza yasaları geçmişe uygulanamaz; cezanın kişiselleştirilmesi, yargıca takdir hakkı tanınması kanunilik ilkesine aykırı değildir; ceza hukukunda kıyas yapılamaz; ceza yasaları kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz; yürütme organı düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hükmü koyamaz, ceza belirleyemez”. Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2007, s. 16-22

¹⁴ Bir görüşe göre suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ceza hukukundaki somutlaşmış şeklini ifade eder. Özen, s. 75

¹⁵ Hallevy, s. 10, 12

“Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır”. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 6. Baskı, 2016, s. 58

rin korunmasında vazgeçilmez olduğu varsayımına ilişkindir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi özgürlükleri ve demokrasiyi başarıyla hayata geçiren Birleşik Krallık ve Danimarka'da (Kıta Avrupası'nın kabul ettiği şekilde) uygulanmamaktadır. Böylece ilkenin özgürlükleri savunmak için vazgeçilmez olmadığı hatta işlevini yitirdiği öne sürülmüştür.¹⁶ Eleştirilere cevaben suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin faydalarının sakıncaları karşısında ağır bastığı ve bir ülkede hukuk ve adalet birliği sağlanmasında hayati bir rolü olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷

2. AİHS Madde 7'ye İlişkin İstatistikler

Sözleşme'nin ikincilliği ilkesi gereğince AİHM yerel mahkemele-
rin yerine geçip olayları değerlendirmez ve hukuki olarak sınıflandır-
maz. Yerel mevzuatın yorumlanmasında esas görev yerel mahkemele-
re aittir. Bu durum AİHM'nin madde 7'ye ilişkin başvurularda sınırlı
inceleme yaptığı anlamına gelmemektedir.¹⁸ Buna rağmen AİHS mad-
de 7'nin ihlal edildiği iddiasının Strazburg Mahkemesi önüne sıkça ge-
tirilen bir sav olmadığı söylenebilir.¹⁹ Mahkemenin istatistikleri de bu
kanıyı destekler niteliktedir. 1959-2018 arasında madde 7 toplam kırk
dokuz kez ihlal edilmiştir.²⁰ Bu rakam Sözleşme'nin diğer maddeleri-
nin ihlal sayılarına kıyasen oldukça azdır. Bu durumun altında yatan
sebebin suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin Avrupa Konseyi'nde yay-
gın şeklinde kabul görmesi ve sözleşmecı devletlerin çoğunun genel
olarak bu ilkeye saygı göstermeleri olduğu düşünülmektedir. Bir baş-
ka neden ise kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının diğer AİHS
maddeleri altında da öne sürülebilmesidir.

¹⁶ Zafer, s. 59; Özen, s. 79

¹⁷ Özen, s. 79

¹⁸ "7. maddenin 1. fıkrası Mahkemenin başvuruçunun mahkûmiyetine dair eş zamanlı hukuki dayanağın mevcut olup olmadığını incelemesini gerektirir ve özellikle ilgili yerel mahkemelerin vardıkları sonucun Sözleşme'nin 7. maddesine uygun olup olmadığı konusunda Mahkemenin ikna olması gerekmektedir. Mahkeme'nin daha sınırlı inceleme yetkisinin olduğunu kabul etmek 7. maddenin amacını yitirmesine sebep olacaktır". AİHM (Büyük Daire), Rohlena - Çek Cumhuriyeti, 59552/08, 27.01.2015, § 52

¹⁹ Susana Sanz-Caballero, "The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights" The European Journal of International Law, sayı 28(3), s. 789

²⁰ AİHM, Violations by Article and by State, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf, erişim tarihi 11.10.2019

1959-2018 arasında suç ve cezaların kanuniliği ilkesini en çok ihlal eden devlet (on ihlal kararı ile) Almanya olmuştur. Almanya'dan sonra aleyhine en fazla ihlal kararı çıkan ülkeler; İtalya (beş ihlal kararı), Estonya, İspanya ve Türkiye'dir (dört ihlal kararı).²¹ Türkiye aleyhine ihlal kararı çıkan dört dava; Ünsal Öztürk - Türkiye,²² E.K. - Türkiye,²³ Ecer ve Zeyrek - Türkiye,²⁴ Başkaya ve Okçuoğlu - Türkiye'dir.²⁵

3. AİHS Madde 7'nin Sözleşme'nin Diğer Hükümleriyle Bağlantısı

Sözleşme'nin 7. maddesinin (suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin) ceza yargılamasında hayati önem taşıyan adil yargılanma hakkı (AİHS madde 6) ile sıkı sıkıya bağlantılı olduğu ileri sürülebilir. Madde 7 ile yakın irtibatı bulunan bir başka hak ise aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmamadır (Sözleşme Ek Protokol 7 madde 4). Strazburg Mahkemesi'ne göre Ek Protokol 7 madde 4'de yer alan yargılama usulu kavramı Sözleşme madde 6 ve 7'deki suç isnadı ve ceza kelimeleriyle ilgili genel ilkeler ışığında yorumlanmalıdır.²⁶ Avrupa Mahkemesi'ne göre Sözleşme'deki suç tanımı, Sözleşme'nin maddeleri arasında (madde 6, 7 ve Ek Protokol 7 madde 2, 4) değişiklik göstermez.²⁷

AİHS madde 7'nin Sözleşme'de özel bir önem arz ettiği söylenebilir. AİHS madde 15/2 gereğince, sözleşmeciler devletler olağanüstü durumlarda bile madde 7'de tanımlanan sorumluluklarını azaltamazlar.²⁸ Bu yönüyle madde 7'nin mutlak bir hak olduğu ileri sürülebilir. Bir görüşe göre AİHS madde 7 *jus cogens* nitelik taşımaktadır.²⁹

²¹ İbid

²² AİHM, Ünsal Öztürk - Türkiye, 29365/95, 04.10.2005

²³ AİHM, E.K. - Türkiye, 28496/95, 07.02.2002

²⁴ AİHM, Ecer ve Zeyrek - Türkiye, 29295/95, 29363/95, 27.02.2001

²⁵ AİHM (Büyük Daire), Başkaya ve Okçuoğlu - Türkiye, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999

²⁶ AİHM (Büyük Daire), Sergey Zolotukhin - Rusya, 14939/03, 10.02.2009, § 53; AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty" 31 Ağustos 2018, § 20, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, erişim tarihi 12.03.2019

²⁷ AİHM, Gökten - Fransa, 33402/96, 02.07.2002, § 48; AİHM, Zaicevs - Letonya, 65022/01, 31.07.2007, § 53

²⁸ İlgili fıkra şu şekildedir: "Savaş sırasında hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç, ikinci maddede, üçüncü maddede, dördüncü maddenin birinci fıkrasında ve yedinci maddedeki yükümlülüklerde azaltma yapılamaz".

²⁹ William A Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Camb-

4. AİHM'ye Göre Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesinin Tanımı

Suç ve cezaların kanuniliği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) gereğince bir hükmün ya da cezanın uygulamaya konması için onun bir yasal dayanağı olması gereklidir.³⁰ “Mahkemenin bir sanığın kovuşturulmasına ve mahkûm edilmesine yol açan eylemi işlediği sırada, söz konusu eylemi cezalandırılabilir kılan bir kanun hükmünün yürürlükte olduğunu ve verilen cezanın söz konusu hükümle getirilen sınırları aşmadığını teyit etmesi gerekmektedir.”³¹

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince suç ve cezaların, hukuk (ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuat hükmü) tarafından açık bir şekilde tanımlanmış olması gereklidir. Suçun ve cezanın tanımına ilişkin hukukun kalitesinin yetersiz olması madde 7'nin ihlaline yol açar.³² Ayrıca, hukukun (tıpkı Sözleşme'nin 8, 9, 10, 11'inci maddeleri tarafından öngörüldüğü üzere) ulaşılabilir ve öngörülebilir olması zorunludur. Cezanın tanımı, infaz şekli ve kapsamı hem öngörülebilir hem de ulaşılabilir olmalıdır.³³

Suç ve cezaların kanuniliği gereğince mevcut suçların kapsamı sanık aleyhine genişletilemez.³⁴ Kıyas yasağı Okçuoğlu ve Başkaya - Türkiye davasına konu olmuştur. Bir kitap, devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda sebebiyle yasaklanmış, eserin yayın sahibi ve sorumlu müdür para ve hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM, yayın sahibine verilen cezanın, sorumlu müdür için öngörülen cezanın kıyas yoluyla yorumlanmasına dayanması sebebiyle madde 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵

ridge University Press, Cambridge, 2011, Dördüncü Baskı, s. 73

³⁰ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 21

³¹ AİHM (Büyük Daire), Del Río Prada - İspanya, 42750/09, 21.10.2013, § 80

³² AİHM (Büyük Daire), Kafkaris - Kıbrıs, 21906/04, 12.02.2008, §§ 150-152

³³ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 24

³⁴ AİHM (Büyük Daire), Konokov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010, § 10

³⁵ AİHM (Büyük Daire), Okçuoğlu ve Başkaya - Türkiye, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, §§ 42-43

5. AİHS Madde 7 Çerçevesinde Suçlu Bulunma, Suç, Hukuk ve Ceza Kavramları

5.1. Suçlu Bulunma Kavramı

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile yakından bağlantılı olması sebebiyle “suçlu bulunma” kavramının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. AİHS madde 7 kapsamında suçlu bulunma, kişinin ceza gerektiren suç işlemesi sonucunda suçlu bulunması anlamına gelmektedir. AİHM devam eden kovuşturmaları ve suçlu iadesi kararlarını madde 7 kapsamında görmemektedir.³⁶

Bu noktada suçsuzluk karinesini hatırlamak faydalı olabilir. İlgili karine gereğince soruşturulan veya kovuşturulan kişi mahkeme kararıyla suçlu bulununcaya değin karine olarak masum sayılır. Modern ceza hukuku ve insan hakları teorisi tarafından kabul gören bu ilke sayesinde soruşturulan veya kovuşturulan suçlu olduğu ön kabulü yerine suçsuz olduğu varsayımı ile yargılanır. Bu ilke yargılamada maddi gerçeğe ulaşma olanağını arttırmakla birlikte kişinin beraati durumunda ona lekelenmeden hayatına devam edebilme fırsatı sunmaktadır.³⁷

5.2. Suç Kavramı

AİHS kapsamında suç ve cezaların kanuniliği ilkesini kavrayabilmek için AİHM'nin suça bakış açısını açıklamak zaruridir. Suçun varlığı için kişinin ceza gerektiren bir suçu işlemesi ve mahkûm edilmiş olması gereklidir. Ancak Avrupa Mahkemesi suç kavramını kendine özgü şekilde yorumlamaktadır.³⁸ Suç kavramının açıklığa kavuşturulması için üç kriter göz önünde tutulmaktadır.

- İlgili tedbirin iç hukukta tanımlanma şekli;
- Suçun mahiyeti;

³⁶ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 3

³⁷ Hüseyin Şık, “Suçsuzluk Karinesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2012, Sayı 1, s. 103-105

³⁸ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 3

- İlgili kişinin maruz kalma riski altında olduğu cezanın ciddiyeti.³⁹

Yukarıda belirtilen üç kriter zaman zaman “Engel kriteri” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰ Bu kriterlerden suçun mahiyeti ve ilgili kişinin maruz kalma riski altında olduğu cezanın ciddiyeti kümülatif değil alternatif kriter olarak değerlendirilmektedir. Bu durum üç kriterin ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucu suçun varlığına ilişkin net bir karara ulaşamadığı durumlarda üç kriterin kümülatif olarak değerlendirilme olanağını dışlamaz.⁴¹

Engel kriteri yargılama sürecinde ceza hukuku kapsamında suç isnadı olup olmadığına kararlaştırılması ve AİHS madde 6 ve 7'nin uygulanması açısından kritik bir önem taşımaktadır. Bu yönüyle ilgili kriterin suç kavramıyla sıkı bağlantısının olduğu söylenebilir. AİHM'nin görüşüne göre iç hukuk bir suçu “cezaî” olarak nitelendiriyse Sözleşme'nin ilgili maddeleri uygulanır. Aksi durumda da Sözleşme'nin ilgili maddelerinin uygulanması gündeme gelebilir. Böyle bir halde Strazburg Mahkemesi suçun mahiyeti kriterini birçok faktörü⁴² göz önünde bulundurarak inceleyebilir. AİHM, kişinin maruz kalma riski altında olduğu cezanın ciddiyeti kriterini kanunda öngörülen cezanın üst sınırını dikkate alarak değerlendirir.⁴³

Suç kavramının netleştirilmesi için AİHM'nin içtihatlarına bakmak faydalı olabilir. AİHM, Çelikateş ve Diğerleri - Türkiye başvurusunda askeri disiplin cezasını AİHS madde 7 kapsamında suç olarak görmemiştir. Yüksek Askeri Şura, emre itaatsizlik ve ahlaka aykırı davranışlar sebebiyle başvuruçuların görevlerine son vermiştir. Uyuşmazlık Avrupa Mahkemesine intikal ettiğinde, AİHM göreve son ver-

³⁹ İbid, § 7

⁴⁰ AİHM, Engel ve Diğerleri - Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, § 82

⁴¹ AİHM (Büyük Daire), Sergey Zolotoukhine - Rusya, 14939/03, 10.02.2009, § 53

⁴² Bu faktörler arasında “söz konusu hukuk kuralının sadece belirli bir guruba yönelik olup olmadığı ya da geneli bağlayıcı bir karakterde olup olmadığı, davanın kanunen infaz yetkileri bulunan bir kamu organı tarafından açılıp açılmadığı, hukuk kuralının caydırma veya cezalandırma amacı bulunup bulunmadığı, cezanın verilmesinin bir suçluluk tespitine dayanıp dayanmadığı, karşılaştırılan usullerin Avrupa Konseyi'ne üye diğer Devletlerde nasıl sınıflandırılmış olduğu” yer almaktadır. AİHM, “6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü) Türkçe Çeviri”, 2014, s. 8, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf, erişim 08/10/.2019

⁴³ AİHM, Campbell ve Fell - Birleşik Krallık, 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, § 72

me kararını askeri disiplin kapsamında görmüş ve başvuruyu madde 7 kapsamında kabul edilemez bulmuştur.⁴⁴

Sidabras ve Džiautas - Litvanya başvurusu, Litvanya'da görev yapan bir savcı ve vergi müfettişinin işten çıkarılması ve istihdam edilmesi yasağı ile ilgilidir. Başvurucular, Sovyetler Birliği döneminde KGB'de (Devlet Güvenlik Komitesi) ajan olarak çalışmışlardır. Eski KGB çalışanlarına istihdam yasağı getiren düzenleme çerçevesinde başvurucular 1999'da işlerinden çıkarılmış ayrıca kamu sektöründe ve özel sektörün bazı kısımlarında on yıl süreyle çalışmaktan men edilmiştir. Başvurucular AİHS madde 6, 7, 8, 10 ve 14'ün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Madde 7 çerçevesinde yapılan incelemede, Strazburg Mahkemesi işten çıkarılma ve istihdam yasağının suç kapsamına girmediğini belirtmiş, başvurunun madde 7'ye ilişkin kısmını kabul edilemez bulmuştur.⁴⁵

Paksas - Litvanya davasında eski Litvanya Başkanı olan başvuru anayasayı ağır şekilde ihlal etmekten ötürü Parlamento tarafından görevinden azledilmiştir. Sonradan çıkarılan bir kanunla, Parlamento tarafından görevden azledilen kişilerin kararı izleyen beş yıl boyunca Başkan seçilmesi yasaklanmıştır. Başvurucu azil sürecinin AİHS madde 6, 7, 13, 17, Ek Protokol 1 madde 3'ü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.⁴⁶ Avrupa Mahkemesi, başvurucuya yönelik tedbirleri "suç sebebiyle yargılanmak", "bir suçtan dolayı cezalandırılmak", ya da "ceza almak" kapsamında görmemiş bu sebeple madde 7'ye ilişkin talebi konu bakımından bağdaşmaz olması sebebiyle reddetmiştir.⁴⁷

5.3. Hukuk kavramı

Avrupa Mahkemesinin bakış açısına göre hukuk yalnızca yerel kanunları değil aynı zamanda içtihat hukukunu da kapsar. Hukuk kavramı yasama erki tarafından çıkarılan kanunların yanı sıra yürütme erkinin işlemlerini de içerebilir. Örneğin, Büyük Dairenin karara bağladığı Kafkaris - Kıbrıs kararında (yürütmenin çıkardığı) hapisha-

⁴⁴ AİHM, Çelikates ve Diğerleri - Türkiye, 45824/99, 07.11.2000, Kabul edilebilirlik kararı

⁴⁵ AİHM, Sidabras and Džiautas -Litvanya, 55480/00, 59330/00, 01.07.2003, Kabul edilebilirlik kararı

⁴⁶ AİHM (Büyük Daire), Paksas - Litvanya, 34932/04, 06.01.2011, §§ 1-39

⁴⁷ İbid, §§ 64-69

ne kuralları hukuk olarak değerlendirilmiştir.⁴⁸ Yerel kanunların ya da mahkeme içtihatının hukuk olarak nitelendirilebilmesi için ulaşılabilir ve öngörülebilir olması zorunludur.⁴⁹ “Kısacası ‘hukuk’, ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuat hükmüdür.”⁵⁰ AİHM’nin hukuk kavramı uluslararası hukuku da kapsamaktadır. Mahkemenin anlayışına göre uluslararası hukuk sözleşmecî devlet tarafından onaylanmış uluslararası anlaşmaları, uluslararası teamül hukukunu ve insancıl hukuku içerir.⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90 sayesinde bu bakış açısı Türk hukukuna da yansımaktadır.⁵²

Devletlerin yürürlükteki hukuk ile bağdaşmayan veya yürürlükteki hukukun özüne aykırı uygulamaları madde 7 kapsamında hukuk olarak değerlendirilemez.⁵³ Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya kararı bu duruma ışık tutabilir. Alman Demokratik Cumhuriyeti’nde (Doğu Almanya) üst düzey kamu görevlisi olan başvuruçuların görevlerinden birisi ülkenin Almanya Federal Cumhuriyeti (Batı Almanya) ile olan sınırını korumaktır. Başvuruçular 1971-1989 arasında iki ülke arasında sınırdan geçmeye çalışanları öldürmekten ötürü (Almanya’nın birleşmesinden sonra) mahkûm edilmiştir. Dava AİHM’nin önüne geldiğinde madde 7 kapsamında yapılan incelemede, Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin sınırı “ne pahasına olursa olsun” korunmasını emreden yaygın devlet uygulamasının hukuka dayanmadığı, bu pratiğin o dönemde yürürlükte olan Anayasa, Halkın Polisi Yasası ve Ülke Sınırları Yasası’nın özüne aykırı olduğunu belirtilmiştir.⁵⁴

⁴⁸ AİHM (Büyük Daire), Kafkaris - Kıbrıs, 21906/04, 12.02.2008, § 146

⁴⁹ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 8

⁵⁰ Osman Doğru, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara, 1. Baskı, 2012, s. 858

⁵¹ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 10

⁵² Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde suç olarak tanımlanmış ancak Türk Ceza Kanunu’nda suç sayılmayan eylemler Anayasa madde 90/5 sayesinde cezalandırılabilir. Bu durum suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyile uyumludur. Zafer, s. 60

⁵³ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 10

⁵⁴ AİHM (Büyük Daire), Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya, 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.03.2001, §§ 68, 72, 79-89

Yürürlükteki hukuk ile bağdaşmayan veya yürürlükteki hukukun özüne aykırı uygulamalar ile ilgili bir başka örnek Polednová - Çek Cumhuriyeti davasıdır. Başvuran 1950’de Çekoslovakya’da komünist rejim muhaliflerinin yargılandığı bir davada savcı olarak görev almıştır. Dava sonucu muhalifler idama mahkûm edilmiş ve ceza infaz edilmiştir. İlgili yargılama hakkında 1990 yılında soruşturma açılmıştır. Bu soruşturma sonucunda, 1950’de yapılan yargılamanın iktidarda olan Komünist Parti tarafından totaliter rejim muhaliflerini saf dışı etmek amacıyla kullanıldığı kanısına varılmıştır. Demokratik rejimi restore etme amacıyla, 1950’deki yargılamada savcı olarak yer alan kişi 2005’te yargılanmaya başlanmıştır. Eski savcı 2008’de cinayetten mahkûm edilmiştir. Savcı kendisinin yargılanma sürecinin AİHM madde 6, 7 ve 14’ü ihlal ettiğini öne sürmüştür. AİHM’nin önüne gelen soru başvurusunun 1950’deki yargılamada savcı olarak yer alıp rejim muhaliflerini idama mahkûm etmesinin o dönemdeki Çekoslovakya kanunları çerçevesinde erişilebilir ve öngörülebilir bir suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığıdır. Strazburg Mahkemesi’ne göre rejim muhaliflerini idam cezasıyla bertaraf etme pratiği adil yargılanma ve yaşam hakkını bariz bir şekilde ihlal etmektedir. Böyle bir uygulama o dönemdeki Çekoslovakya Anayasası ve kanunlarının özüne aykırıdır. Bu yüzden ilgili uygulama madde 7 çerçevesinde hukuk olarak tanımlanamaz.⁵⁵

5.3.1. Hukukun ulaşılabilirliği

Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini⁵⁶ hayata geçirebilmek için hukuk ulaşılabilir olmalıdır. Diğer ifadeyle, özgür iradeli bireyin neyin suç olduğunu öğrenip davranışlarını ona göre ayarlayabilmesi hukukun ulaşılabilir olmasını gerektirir.

Strazburg Mahkemesi ceza hukukunun ulaşılabilir olup olmadığına ilişkin yaptığı değerlendirmede, mahkûmiyetin dayanağını teşkil eden hukukun başvuru için yeteri ölçüde ulaşılabilir olup olmadığını

⁵⁵ AİHM, Polednová - Çek Cumhuriyeti, 2615/10, 21.06.2011, Kabul edilebilirlik kararı

⁵⁶ Bu prensip farklı teorilerle açıklanmıştır. Bir görüşe göre herkesin ceza kanunlarını bildiği varsayılmakta; farklı bir görüş kanunu bilmenin ödev olduğunu ileri sürmekte; bir başka ekol ise bu ilkenin kanunların bağlayıcını temin etmek için ortaya çıkan politik bir ihtiyacın zaruri bir sonucu olduğunu önermektedir. Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerine Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2007, Sayı 68, s. 140-146

na, bir başka ifadeyle söz konusu hukukun kamuya açık hale getirilip getirilmediğine bakmaktadır.⁵⁷

Hukukun yerel mahkeme tarafından yapılan yorumunun ulaşılabilir olup olmadığı konusunda yapılacak incelemede istikrarlı içtihtahın olup olmadığına ve bunun yayımlanıp yayımlanmadığına bakılmaktadır.⁵⁸ Bir mahkûmiyetin tek dayanağının ilgili devlet tarafından onaylanmış bir uluslararası anlaşma olması durumunda, ilgili anlaşmanın iç hukuk kapsamına dahil edilip edilmediğine ve resmi bir yayında yer alıp almadığına bakılmaktadır.⁵⁹ Korbely - Macaristan davasında asker olan başvuru Macaristan'ın taraf olduğu 1949 Cenevre Sözleşmesi dayanak gösterilerek cezalandırılmıştır. AİHM, Cenevre Sözleşmesi'nin eylem işlendiği sırada başvuru için ulaşılabilir olup olmadığına ilişkin yaptığı incelemede, başvuru eylemi işlemeyen önce Cenevre Sözleşmesi'nin çevirisinin Dış İşleri Bakanlığı tarafından kitapçık olarak yayımlandığını ayrıca Cenevre Sözleşmesi'nin özet ve ilkelerinin Askeri Gazete'de neşredildiğini göz önünde bulundurarak Cenevre Sözleşmesi'nin başvuru için ulaşılabilir olduğuna karar vermiştir.⁶⁰

Soykırım suçu ve onun uluslararası hukuktaki düzenlenmesine ilişkin Vasiliauskas - Litvanya davasındaki başvuru 1953'teki hareketlerinin soykırım suçu teşkil ettiği isnadıyla yargılanmış ve uluslararası teamül hukuku dayanak gösterilerek 2004'te ilgili suçtan mahkûm edilmiştir. AİHM, 1953'teki uluslararası teamül hukuku kapsamındaki soykırım suçunun ilgili tarihte başvuru için ulaşılabilir olup olmadığına ilişkin yaptığı değerlendirmede (başvurucunun ülkesinin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları, Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarını ve Uluslararası Adalet Divanı tavsiye görüşlerini göz önünde bulundurarak) soykırımı yasaklayan uluslararası teamül hukukunun

⁵⁷ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 25

⁵⁸ AİHM, Kokkinakis - Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993, § 40; AİHM (Büyük Daire), G. - Fransa, 15312/89, 27.09.1995, § 25

⁵⁹ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 24

⁶⁰ AİHM (Büyük Daire), Korbely - Macaristan, 9174/02, 19.09.2008, §§ 74-75

başvurucu için ulaşılabilir olduğuna kanaat getirmiştir.⁶¹ Benzer bir dava İkinci Dünya Savaşı'ndaki eylemleri savaş suçu teşkil ettiğinden başvurusunun 2004'te mahkûm edilmesini konu edinmektedir. AİHM, savaş suçlarının uluslararası hukuk ve savaş teamülleri ışığındaki tanımının, başvurusunun ülkesinin resmi yayınlarında yer almamasına rağmen, başvuru için fiili işlediği tarihte ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğuna hükmetmiştir.⁶²

5.3.2. Hukukun öngörülebilirliği

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince hukuk öngörülebilir olmalıdır. Kişi, hükmün lafzından, hareket veya ihmalinin onun cezai sorumluluğunu doğuracağını ve ona ceza uygulanmasına yol açacağını öngörebilmelidir. Kişi, hukuktan gerekirse mahkemelerin hükmü yorumlama şekli ve uygun hukuki danışmanlık alarak haberdar olabilir. Uygun hukuki danışmanlıktan kasıt bireyin hukuki danışmanlık alabilme olasılığıdır.⁶³ Madde 7 bağlamında bir ceza olabilmesi için suçu işleyen hakkında kişisel sorumluluk tesis edilmesi gereklidir. Bu sebeple ceza hükmünün öngörülebilirliği ve suçu işleyen kişisel sorumluluğu arasında yakın bir bağlantı vardır.⁶⁴

Kanunların genelliği ilkesi sebebiyle kanunlar mutlak suretle kesin olamayabilir. *"Nitekim temel yasa koyma veya düzenleme yöntemlerinden birisi, suç tipinin neleri kapsadığına ilişkin tüketici bir liste vermek yerine bu suç tipine ilişkin genel sınıflamaları saymaktır. Bu nedenle, sert bir uygulamadan kaçınmak ve duruma uygun uygulama yapabilmek için, birçok yasa metni az ya da çok sınırları tam tanımlanmamış ifadeler içerir"*.⁶⁵ Kanunların yorumlanması ve uygulanması mahkemelere bağlı olabilir. AİHM, önüne gelen bir davada proselitizm (dini yayma) suçunun ayrıntılı tanımının mahkemeler tarafından kanuna dayanarak yapılmasını madde 7 ile bağdaşır bulmuştur.⁶⁶ Avrupa Mahkemesi bir başka davada tıbbi ürünün genel tanımının kanunda yer almasını ve bu genel tanı-

⁶¹ AİHM (Büyük Daire), Vasiliauskas - Litvanya, 35343/05, 20.10.2015, §§ 167-168

⁶² AİHM (Büyük Daire), Kononov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010, §§ 234-244

⁶³ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 26

⁶⁴ Ibid, § 27

⁶⁵ Doğru, Nalbant, s 858

⁶⁶ AİHM, Kokkinakis - Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993, § 40

mın mahkemelerce hayata geçirilmesini madde 7 ile uyumlu bulmuştur.⁶⁷ Ancak kanun hükmünün mahkemeler tarafından yorumlanmasında aşırı belirsiz kavram ve kriterler kullanılması kanunun etkisinin açık ve öngörülebilir olmamasına (madde 7 ile bağdaşmazlığına) yol açabilir.⁶⁸

Bu noktada önemli bir ceza hukuku ilkesini hatırlamak yararlı olabilir. Kıyas yasağı (*lex stricta*) sonucu kıyas yoluyla yeni suç tipi yaratılamaz ve hâlihazırdaki suç tipinin kapsamı genişletilemez. Diğer yandan, suç tipinde bulunan birçok kavram farklı anlamlar içerebilir. Bu sebeple suç tipinin yorumlanması gerekebilir.⁶⁹ Yorum ve kıyas farkı öğretilerde şu şekilde açıklanmıştır. “Yorumda hukuk normu veya hukuksal kavramın anlamı ortaya konulmaya çalışılırken; benzetmede(kıyasta), hukuk kuralının, uygulama alanı dışında kalan bir olaya uygulanması söz konusudur. Buna göre yorumun amacı, yasanın anlamını açığa kavuşturmak ve gerektiğinde onu, değişen gereksinim ve anlayışlara uydurmak iken; benzetmede amaç, hukuk kuralının uygulama alanı dışındaki bir olaya uygulanması suretiyle yasa boşluklarının doldurulmasıdır”.⁷⁰ Fakat kıyas ile yorumu ayırt etmek her zaman kolay olmayabilir. Kanun yapma teknikleri izlenmeden ve belirlilik ilkesi gözetilmeden yapılan düzenlemeler kıyasın uygulanma olanağını arttırmaktadır.⁷¹

Burada değinilmesinde fayda görülen bir başka husus, ceza kanunlarının kapsamının genişlemesi ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin sert bir şekilde uygulanmasının bazı durumlarda adaletsizliğe yol açtığıdır. Bu sebeple ilkenin uygulamasında bazı istisnalara⁷² yer verilmeye başlanmıştır.⁷³

Bir yasanın öngörülebilirliği değerlendirilirken farklı faktörler göz önünde tutulabilir. “7. madde anlamında öngörülebilirliğin sağlanması

⁶⁷ AİHM, Cantoni - Fransa, 17862/91, 15.11.1996, §§ 31-32

⁶⁸ AİHM, Liivik - Estonya, 12157/05, 25.06.2009, §§ 96-104

⁶⁹ Öztürk, Erdem, s. 40-41

⁷⁰ İbid. s. 58

⁷¹ Akbulut, s. 110

⁷² Türk hukukundaki istisnalara ilişkin ayrıntılı bilgi için: Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2014, Sayı 110, s. 129-188; Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Yanılgısı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2008, Cilt: 10, Sayı 1, s. 59-91

⁷³ Güngör, s. 158-159

için, ilgili metnin içeriği, kapsadığı alan ve yöneldiği kişilerin sayısı ve niteliği önem taşımaktadır"⁷⁴ Bir kanun kişiyi hareketinin sonucunu değerlendirmesi amacıyla (içinde bulunduğu şartlar düşünüldüğünde belli bir dereceye kadar) hukuki danışmanlık almak zorunda bırakması durumunda bile ilgili kanun öngörülebilir olabilir. Bu durum özellikle yüksek derecede ihtiyat gerektiren mesleklerin icrası durumunda ortaya çıkar. AİHM, aşağıdaki durumlarda kişinin uygun hukuki yardım alması durumunda hareketinin sonucunu öngörebileceğine hükmetmiş, bahsi geçen tedbirleri madde 7 ile uyumlu bulmuştur.⁷⁵

- Süpermarket müdürünün mağazada hukuka aykırı şekilde ilaç satılmasına izin vermektan mahkûm edilmesi;⁷⁶
- Sigara üretim ve dağıtımını yapan şirketin üst düzey yöneticilerinin kanunlar gereğince sigara paketi üzerinde yer alması zorunlu olan metni değiştirmesi sonucu para cezasına çarptırılması;⁷⁷
- Ülkenin ulusal mevzuatına dahil edilmiş Avrupa Birliği Direktifi gereğince yasaklanmış katkı maddesi içeren ürünü satan şirketin müdürlerine para cezası verilmesi;⁷⁸
- Yazar ve yayıncının tartışmalı bir olayı konu edinen kitabının yayımlanması sonucu kamu görevlilerini aşağılamaktan (1881 ve 1951'deki kanunların yorumu sonucu ortaya çıkan istikrarlı ve yerleşik içtihata dayanarak) para cezasına çarptırılması;
- Aile hukukunda uzmanlaşmış bir avukatın yetkisi olmadan uluslararası evlat edinme konusunda arabuluculuk yapması sonucu cezaya çarptırılması;⁷⁹
- Greenpeace aktivistlerinin askeri bölgeye izinsiz girmekten para cezasına çarptırılması;⁸⁰

⁷⁴ Inceoğlu, s. 291

⁷⁵ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 29

⁷⁶ AİHM, Cantoni - Fransa, 17862/91, 15.11.1996, § 35

⁷⁷ AİHM, Delbos ve Diğerleri, 60819/00, 16.09.2004, Kabul edilebilirlik kararı

⁷⁸ AİHM, Ooms - Fransa, 38126/06, 25.09.2008, Kabul edilebilirlik kararı

⁷⁹ AİHM, Stoica - Fransa, 46535/08, 20.04.2010, Kabul edilebilirlik kararı

⁸⁰ AİHM, Custers, Deveaux ve Turk - Danimarka, 11843/03, 11847/03, 11849/03, 09.05.2006, Kabul edilebilirlik kararı

- Doğu Almanya'daki üst düzey kamu görevlilerinin ülkenin Batı Almanya sınırından geçmeye çalışanları öldürmekten (Almanya'nın birleşmesinden sonra) mahkûm edilmesi;⁸¹
- Doğu Almanya'daki sınır muhafızının, amirinin emirleri doğrultusunda, ülkenin Batı Almanya sınırından geçmeye çalışanları öldürmekten (Almanya'nın birleşmesinden sonra) mahkûm edilmesi;⁸²
- Sovyetler Birliği ordusu komando birliğinin İkinci Dünya Savaşı sırasında düşmanla işbirliği yaptığı iddia edilen dokuz köylüyü kötü muamele yaparak öldürmesi sonucu birlik komutanının savaş suçu işlemekten (Letonya'nın bağımsızlığını kazanmasından sonra) mahkûm edilmesi;⁸³
- Saddam Yönetiminin Irak-İran Savaşı ve 1988'de Kuzey Irak'ta kullandığı (savaş hukukunda yasaklanmış) hardal gazının yapımında kullanılan kimyasal maddeyi tedarik eden iş adamının 2005'te hukuk ve savaş hukukunun ihlal edilmesine yardım ve yataklıktan mahkûm edilmesi.⁸⁴

AİHM, hukukun öngörülebilir olup olmadığına karar verirken çok sayıda etkeni gözetmektedir. Bunun yanı sıra, Mahkemenin yukarıdaki kararları ışığında, çok sayıda kişiyi etkileyebilecek bir kanun nispeten kolayca anlaşılabilir olması durumunda öngörülebilir. Kanunun görece az kişiye ve dar alana yönelmesi onun uzmanlık gerektiren bir alanı konu edinme ihtimalini arttırmaktadır. Bu sebeple, böyle bir düzenleme çerçevesinde faaliyet gösteren kişilerden kanunu ve yorumunu daha titiz bir şekilde takip etmeleri ve gerektiği durumlarda hukuki yardım talep etmeleri beklenebilir.

5.4. Ceza Kavramı

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin etkin şekilde hayata geçirilmesi amacıyla Avrupa Mahkemesi ceza kavramını kendine özgü şekilde tanımlamaktadır. Bu nedenle Strazburg Mahkemesi bir tedbirin ceza olup olmadığını değerlendirirken yalnızca tedbirin görünüşüne göre değil aynı zamanda esasına ilişkin değerlendirme yapmaktadır.⁸⁵

⁸¹ AİHM (Büyük Daire), Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya, 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.03.2001, § 78

⁸² AİHM (Büyük Daire), K.-H. W. - Almanya, 37201/97, 22.03.2001, §§ 68-81

⁸³ AİHM (Büyük Daire), Konokov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010, §§ 238-239

⁸⁴ AİHM, Van Anraat - Hollanda, 65389/09, 06.07.2010, Kabul edilebilirlik kararı

⁸⁵ Doğru, Nalbant, s. 857; AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention

Bir tedbirin ceza olup olmadığı değerlendirilirken başlangıç noktası olarak ilgili tedbiri takiben kişinin suçtan mahkûm olup olmadığına bakılmaktadır. Ancak değerlendirmede kullanılan tek kriter mahkûmiyet değildir. Diğer ifadeyle, kişinin ceza mahkemesi kararı sonucunda mahkûm olmaması kişiye karşı ceza uygulanmadığı anlamına gelmez. Kişiye karşı uygulanan tedbirin ceza olup olmadığı karara bağlanırken aşağıdaki tüm kriterler göz önünde bulundurulur.

- İlgili tedbiri takiben kişinin ceza gerektiren bir suçtan mahkûm olup olmadığı;
- tedbirin mahiyeti ve amacı (özellikle cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığı);
- tedbirin iç hukuktaki tanımlanma şekli;
- tedbirin kabul edilme ve icra edilmesiyle ilgili süreçler;
- tedbirin ağırlığı.⁸⁶

İlgili faktörler dikkate alınırken uygulanan tedbirin ağırlığı tek başına belirleyici değildir. Ceza haricindeki önleyici nitelikte olan tedbirler ilgili kişi üzerinde azımsanmayacak etki doğurabilir.⁸⁷ Ceza kavramına ışık tutulması için Mahkemenin içtihatlarına göz atmak faydalı olabilir. Aşağıdaki başlıklarda AİHM'in ceza olarak nitelediği ve nitelemediği müdahalelere yer verilmiştir.

5.4.1. AİHS Madde 7 kapsamında ceza olarak nitelendirilen müdahaleler

İzleyen paragrafların daha iyi kavranabilmesi için güvenlik tedbirleri, asli ve ferî ceza terimlerinin açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. *“Bazı suçluların tehlike haline karşı toplumun menfaati gereği alınan bir önlem⁸⁸”* olarak tanımlanabilecek olan güvenlik tedbirlerinin huku-

on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 10

⁸⁶ Doğru, Nalbant, s. 857; AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 12

⁸⁷ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 12

⁸⁸ Mehmet Emin Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2008, Cilt XII, Sayı 1-2, s. 462

ki niteliği son derece tartışmalıdır.⁸⁹ Diğer iki terim şu şekilde tanımlanabilir. “Asli ceza, suç karşılığında doğrudan doğruya öngörülen cezadır. Feri ceza ise asli ceza yanında kendiliğinden hüküm ifade eden ya da hakimnin hükmetmek zorunda olduğu cezalardır”.⁹⁰

Welch - Birleşik Britanya⁹¹ davasında başvuru uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili beş suçtan yirmi iki yıl hapse mahkûm edilmiştir. Uyuşturucu Kaçakçılığı Suçlarına İlişkin Yasa gereğince başvuru hakkında yaklaşık atmış bin Sterlinlik müsadere kararı verilmiştir ve bunun ödememesi halinde başvuru ilaveten iki yıl hapse mahkûm olacaktır. AİHM’ye göre: “Suçlu aksini kanıtlayamadıkça, son altı yılda suçlunun eline geçen mal ve mülkün uyuşturucu suçundan elde edilen ürün olduğuna dair geniş bir yasal karine bulunması; müsadere kararının zenginleşme veya kar elde etme ile sınırlı olmayıp suç ürünlerine de yönelmiş olması; müsadere miktarını tayin ederken dava yargıcının kişinin sorumluluğunu değerlendirme yetkisinin bulunması ve ödememe halinde hapisle cezalandırılma ihtimali” göz önünde bulundurulduğunda, mevcut olayda müsadere madde 7 kapsamında bir cezadır.⁹²

AİHM’nin önüne gelen Jamil - Fransa davasında başvuru Fransa’ya uyuşturucu sokarken yakalanmış, hem hapis hem de para cezasına çarptırılmıştır. Daha sonra yapılan kanun değişikliği çerçevesinde, acz haline düştüğünü kanıtlayamamış başvuru hakkında

⁸⁹ Bir görüş güvenlik tedbirlerini ceza hukuku yaptırımı, diğer görüş idari ve polis tedbirleri, bir başka görüş ise ceza hukukundan yarı bağımsız hukuk kolu teşkil eden bir sistem olarak nitelemektedir. Vedat Dilberoğlu, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2016, Sayı 65(4), s. 1521-1524

⁹⁰ Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Emniyet Tedbirleri Sistemi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2005, Cilt 2, Sayı 2, s. 360
5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun aksine) asli ile ferî ceza ayırımına yer vermemektedir. Eski Ceza Kanunu’nda ferî ceza olarak düzenlenen tedbirlerin bazıları 5237 sayılı Kanun’da güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, 765 sayılı Kanun’da ceza olarak düzenlenen hak yoksunluğu 5237 sayılı Kanun’da güvenlik tedbiri görünümünü almıştır.
5237 sayılı Kanun madde 2 gereğince güvenlik tedbirleri ceza olarak görülmemektedir. Fakat Anayasa madde 38 ve sözü geçen Ceza Kanunu maddesi sayesinde güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. 5237 sayılı Kanun madde 45 ve devamında sayılan cezalar arasında güvenlik tedbirine yer verilmemiş, güvenlik tedbirleri madde 53 ve devamında “güvenlik tedbirleri” başlığı altında ayrıca düzenlenmiştir. Öğretideki bir görüşe göre “güvenlik tedbirleri bir ceza olmayıp failin geleceğine yöneliktir.” Bakıcı, s. 1041

⁹¹ AİHM, Welch - Birleşik Britanya, 17440/90, 09.02.1995

⁹² Doğru, Nalbant, s. 865

ilgili para cezası yerine ilave (ilk önce verilen dört ay yerine iki yıl) hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM, bu cezayı madde 7 kapsamında değerlendirmiş, Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.⁹³ Diğer ifadeyle, “...Mahkeme, para cezası yerine çek-tirilen özgürlüğü bağlayıcı tedbiri, bir ceza mahkemesi tarafından verilmesine ve caydırıcı niteliğini dikkate alarak, bunu da ceza olarak nitelendirmiştir”.⁹⁴

AİHM'nin karara bağladığı Valico SLR - İtalya davasındaki başvuru bir limited şirkettir, otel inşa etmek amacıyla arsa satın almıştır ve kentsel gelişme planı hakkında yerel yönetimle anlaşmıştır. Limited şirket inşaat sırasında plana uymamıştır. Yerel yönetim, limited şirketi yaptığı inşaatın değeri ölçüsünde para cezasına (1996'da yaklaşık 1.4 milyon Avro) çarptırmıştır. Avrupa Mahkemesi, para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasına dönüşme imkânı olmamasına rağmen, para cezasının önleyici ve cezalandırıcı fonksiyona sahip ağır bir ceza olduğunu gözlemlemiştir. Bu nedenle Strazburg Mahkemesi para cezasını madde 7 kapsamında ceza olarak nitelemiştir.⁹⁵

Varvara - İtalya davası benzer bir olaya ilişkindir. Başvurucunun konut inşa etmek amacıyla yaptığı kentsel gelişim planı onaylanmıştır. İnşaat bölgesinde su kemeri bulunması ve (başvurucu izin aldıktan sonra) doğa ve peyzajın korunması için yapılan yasal düzenlemeler sebebiyle orijinal projede bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler yerel yönetimce onaylanmıştır. Bu sırada başvuru hakkında yasaya aykırı inşaat yapmaktan ceza davası açılmış, zaman aşımı sebebiyle başvuru beraat etmiştir. Ancak yasaya aykırı inşaatla ilgili arsaya ve yapılara el konulmuştur.⁹⁶ AİHM önüne gelen uyuşmazlıkta suçsuz bulunan kişinin cezalandırılmaması gerektiğini vurgulamış, bir kimse sorumlu tutulmadan ceza verilmesinin amaçtan yoksun olduğunu açıklamış, bunun masumiyet karinesi ve kanunilik ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Diğer ifadeyle, müsadere kararı madde 7 kapsamında ceza olarak değerlendirilmiştir.⁹⁷

Gurguchiani - İspanya davasındaki başvuru İspanya'da yaşayan bir Gürcü vatandaşdır. Başvurucu hırsızlığa teşebbüs suçundan on sekiz ay hapis cezasına çarptırılmış ve şartlı olarak tahliye edilmiş-

⁹³ AİHM, Jamil - Fransa, 15917/89, 08.06.1995, § 32

⁹⁴ Doğru, Nalbant, s. 857

⁹⁵ AİHM, Valico SLR - İtalya, 70074/01, 21.03.2006, Kabul edilebilirlik kararı

⁹⁶ AİHM, Varvara - İtalya, 17475/09, 29.10.2013, §§ 6-24

⁹⁷ İbid, §§ 58-73

tir. Savcı, hapis cezası yerine başvurucunun ülkeden sınır dışı edilmesini ve hakkında dört yıl ülkeye giriş yasağı getirilmesi talep edilmiştir. Mahkeme verilen cezanın (savcının talebine kıyasla daha) uygun olduğu gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Bu sırada yapılan kanun değişikliği çerçevesinde ülkede yasadışı göçmen statüsünde yaşayan ve altı yıla kadar hapis cezası alanların ülkeden sınır dışı edilmesi ve haklarında on yıl boyunca ülkeye giriş yasağı getirilmesi genel kural haline getirilmiştir. Diğer ifadeyle, yargıcın hapis cezası veya sınır dışı edilme ile birlikte ülkeye giriş yasağı getirilmesi tedbirleri arasında tercih yapma imkânı son bulmuştur. Başvurucu hakkında da sınır dışı edilme ve on yıl boyunca ülkeye giriş yasağı getirilmesine karar verilmiştir. AİHM, kanunda yapılan değişikliğin yargıcın olayın koşullarına göre takdir yetkisini kullanarak karar vermesini (hapis cezası veya sınır dışı ile birlikte ülkeye giriş yasağı getirilmesi tedbirleri arasında tercih yapma imkânını) sınırladığını gözlemlemiştir. Yasa değişikliği sonucu sınır dışı edilme ve ülkeye giriş yasağı tedbirinin otomatikleşmesi sebebiyle başvurucunun ilgili tedbir hakkında mahkeme önünde savunma yapma olanağı kalmamıştır. Son olarak, eski kanuna göre başvurucu hakkında üç ila on yıl ülkeye giriş yasağı getirilebilirken yeni düzenlemeye göre başvurucu on yıl boyunca ülkeye girmekten men edilmiştir. Bu nedenlerle Avrupa Mahkemesi madde 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Altı çizilmesi gereken husus sınır dışı etme ve ülkeye giriş yasağının madde 7 kapsamında ceza olarak nitelendirilmiş olmasıdır.⁹⁸

Gouarré Patte - Andorra davasında doktor olan başvurucu görevini ifa ederken cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlemekten hapis cezasına çarptırılmış ayrıca ferî ceza olarak doktorluk yapmaktan men edilmiştir. Ceza indirimi ve af nedeniyle başvurucu hakkındaki hapis cezası infaz edilmemiştir. Ancak af kanunu meslekten men edilme kararını etkilememiştir. Ceza kanununda sonradan yapılan değişikliğe göre, ferî cezaların ana cezadan uzun olamayacağına karar verilmiştir. Kanunun geçiş hükmüne göre hakkındaki hapis cezası veya hürriyeti bağlayıcı ceza kesinleşmiş ve ilgili hükmün infazı ceza kanunu değişikliği yürürlüğe girdiği zaman devam eden kişilere, haklarındaki hükmün gözden geçirilmesi için başvuru yapma imkânı tanınmıştır. Başvurucunun hakkındaki kararın gözden geçirilmesi için yaptığı baş-

⁹⁸ AİHM, Gurguchiani - İspanya, 16012/06, 15.12.2009, (İngilizce özet çeviri), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1200>, erişim 12.03.2019

vuru reddedilince dava Strazburg Mahkemesine taşınmıştır. AİHM yaptığı incelemede başvurucu hakkındaki meslekten men edilme kararını madde 7 kapsamında ceza olarak değerlendirmiştir. Avrupa Mahkemesi, ceza kanununda yapılan değişikliğin (feri cezanın ana cezadan uzun olamayacağı) kesin hükümleri de kapsadığını göz önünde bulundurmuş ve lehte ceza normunun geriye yürütülmemesi sebebiyle madde 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁹

M. - Almanya kararında başvurucu hırsızlık ve cinayetten beş yıl hapse mahkûm edilmiştir. Mahkeme, başvurucunun daha önce cinayete teşebbüs, hırsızlık, fiili saldırı ve şantaj suçlarından hüküm giydiğini, ceza sorumluluğunu kazanmasından bu yana yedi mahkûmiyeti bulunduğunu ve bu süreçte hapisane dışında yalnızca birkaç hafta geçirdiğini, hapisaneden dört kez kaçtığını, mağdurlarının vucüt bütünlüğünü ihlal etme yönünde ciddi eğilimi olduğunu gözlemlemiştir. Başvurucunun akıl sağlığının yerinde olmadığı teşhis edilmiş, mahkeme önleyici tutma (sicherungsverwahrung) kararı vererek başvurucuyu akıl hastanesine yollamıştır. İlerleyen dönemde alınan uzman raporu çerçevesinde başvurucunun halen ciddi bir akıl hastalığı olduğu ancak durumunun patolojik olmaması sebebiyle başvurucunun akıl hastanesinde tutulmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Başvurucu önleyici tutma kararı kapsamında hapisaneye nakledilmiştir.¹⁰⁰

Başvurucu beş yıllık hapis cezasını tamamlamış ancak salıverilmemiştir. Mahkemeye göre, idarenin görüşü ve uzman raporu göz önünde bulundurulduğunda, başvurucu salıverilirse ciddi bir suç işlemesi beklenmektedir. Uzman görüşüne göre başvurucunun topluma tehlike teşkil etmeyeceğini varsaymak için birkaç yıl gözetim altında tutulması gereklidir. Bu sebeple başvurucunun önleyici tutma kararının devamına ve şartlı tahliye talebinin reddine karar verilmiştir. Yasaya göre önleyici tutma kararının üst limiti on yıl iken, sonradan (başvurucu önleyici tutma altındayken) yapılan değişiklikte bu üst limit kaldırılmıştır. Başvurucu önleyici tutma altında on yıl tamamlamasından sonraki süreçte salıverilmesini talep etmiştir. Bu istem yukarıdaki sebeplerle yerel mahkeme tarafından reddedilmiş, karar temyiz mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmıştır.¹⁰¹

⁹⁹ AİHM, Gouarré Patte - Andorra, 33427/10, 12.01.2016, (İngilizce özet çeviri), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11018>, erişim 12.03.2019

¹⁰⁰ AİHM, M. - Almanya, 19359/04, 17.12.2009, §§ 1-13

¹⁰¹ İbid, §§ 13-40

Dava AİHM'ye taşındığında mahkemenin cevap vermesi gereken soru önleyici tutmanın madde 7 kapsamında ceza olarak tanımlanıp tanımlanmayacağıdır. Avrupa Mahkemesi'ne göre önleyici tutmanın uygulandığı yer, tıpkı hapis cezası gibi, hapishanedir. Önleyici tutma altındaki kişilerin hapisane şartlarının mahkûmlara kıyasen nispeten daha iyi olması hapis cezası ile önleyici tutma arasında ciddi bir fark olduğu anlamına gelmez. Mahkeme, önleyici tutmanın yalnızca önleyici nitelik taşıdığı ve cezalandırıcı bir tedbir olmadığı savını reddetmiştir. Mahkeme'ye göre önleyici tutmaya dair bir üst limit olmaması onun ilave ceza ve caydırıcı olarak görülmesine yol açabilir. Usul açısından bakıldığında önleyici tutma kararlarının ceza mahkemeleri tarafından verildiği gözlemlenmiştir. Önleyici tutmanın sona ermesi için alıkonulan kişinin gelecekte ciddi suçlar işleme tehlikesi olmadığı yönünde kanaat getirilmesi gerektiği not edilmiş, bunun oldukça zor bir kriter olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece önleyici tutmanın Alman hukukunda uygulanabilecek en ağır tedbirlerden birisi olduğuna karar verilmiştir. Sonuç olarak, Strazburg Mahkemesi önleyici tutmayı madde 7 kapsamında ceza olarak nitelemiştir.¹⁰²

M - Almanya davasına konu olan önleyici tutma uygulaması Jendrowiak - Almanya¹⁰³ ve Glien - Almanya¹⁰⁴ davaları vasıtasıyla Strazburg Mahkemesi önüne yeniden taşınmış ve önleyici tutmanın madde 7 kapsamında ceza olduğu tekrar tescil edilmiştir. İlgili kararlardan sonra Almanya önleyici tutmaya ilişkin kanunlarını değiştirmiş, yeni düzenleme çerçevesinde uygulanan önleyici tutma tedbiri bir kez daha AİHM önüne getirilmiştir. Bergmann - Almanya davasında daha önce çok sayıda suçtan mahkûm olan başvuru cinayet ve tecavüze teşebbüs ayrıca nitelikli saldırıdan suçlu bulunmuştur. Başvurucunun akıl sağlığının yerinde olmamasından ötürü cezai ehliyeti olmadığı göz önünde bulundurularak on beş yıl hapsine ve hakkında önleyici tutma tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Başvuru hakkında on yıl boyunca önleyici tutma tedbiri uygulanmasını takiben mahkeme, uzman raporlarını göz önünde bulundurarak, başvuru hakkında akıl sağlığının yerinde olmadığına kanaat getirmiş, salıverilmesi halinde başvuru şiddet içeren cinsel istismar suçunu işleme ihtimalinin çok yüksek olduğu gerekçesiyle önleyici tutma tedbirinin devamına

¹⁰² İbid, §§ 122-133

¹⁰³ AİHM, Jendrowiak - Almanya, 30060/04, 14.04.2011

¹⁰⁴ AİHM, Glien - Almanya, 7345/12, 28.11.2013

karar vermiştir. Bu davanın öncekilerden farkı: On yıl sonunda uygulanmaya devam eden önleyici tutma tedbirinin hapisane içinde rehabilitasyon için özel olarak tasarlanmış bölümde hayata geçirilmesi ve tutulanan mahkûmlara kıyasen çok daha iyi şartlarda yaşayabilmesidir.¹⁰⁵ AİHM'nin önündeki soru yeni kanun çerçevesinde uygulanan önleyici tutma tedbirinin madde 7 kapsamında ceza olarak nitelenip nitelenmeyeceğidir. Strazburg Mahkemesi ilgili tüm faktörleri göz önünde bulundurarak, yeni düzenlemeyle "önleyici" kısmı ön plana çıkarılmış önleyici tutma tedbirinin bir üst limit sınırı olmaksızın kişiyi hürriyetinden yoksun kılabileceğini, tedbirin bir mahkûmiyet kararı sonrası ceza mahkemesi tarafından verildiğini tespit etmiş, bu sebeple ilgili tedbiri madde 7 kapsamında ceza olarak nitelemiştir.¹⁰⁶

Modern ceza hukukuna göre ceza, kusuru esas alırken, iki şeritli ceza yaptırım sisteminin diğer unsuru olan güvenlik tedbirleri failin tehlikelilik durumunu temel almaktadır.¹⁰⁷ Yukarıdaki kararlar ışığında, hapisanede infaz edilen, caydırıcı nitelik taşıyan, uzun süre devam edebilen, tehlikeliliğin ortadan kalktığına kararlaştırılmasına ilişkin çok yüksek bir eşik arayan tedbirler kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olmasına karşın ceza olarak nitelenebilir ve madde 7'yi ihlal edebilir. AİHM, güvenlik tedbirinin caydırıcılığının, süresinin, infaz şeklinin, sonlandırılmasına ilişkin eşğin tek başına ihlal oluşturmadığı durumlarda büyük resme bakarak madde 7'nin ihlal edildiğine de karar verebilir. Mahkemenin bu yaklaşımının güvenlik tedbirlerinin ceza hukukuna doğru evrilmesini engellemeyi amaçladığı ve ceza hukukunun iki şeritli yaptırım mekanizmasının şeritleri arasında kırmızı çizgi çekmeye çalıştığı ileri sürülebilir.

Bu başlığı sonlandırmadan önce ceza kavramına ilişkin değinilmesi gereken bir husus uygulanacak cezaların uygunluğudur. AİHM, madde 7 çerçevesinde yaptığı incelemede uygulanacak cezanın uygunluğunu denetlemez. Diğer ifadeyle, bir hareket için öngörülmüş cezanın şekli veya uzunluğu madde 7 kapsamında görülmemektedir. Ancak bir harekete uygulanacak cezanın orantılı olup olmadığı AİHS madde 3 (işkence yasağı) çerçevesinde değerlendirilebilir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ AİHM, Bergmann - Almanya, 23279/14, 07.01.2016, §§ 6-41

¹⁰⁶ İbid, §§ 151-183

¹⁰⁷ AİHM, Glien - Almanya, 7345/12, 28.11.2013

¹⁰⁸ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and

5.4.2. AİHM Madde 7 kapsamında ceza olarak nitelendirilmeyen müdahaleler

AİHM, aşağıda sıralanan müdahaleleri madde 7 kapsamında ceza kapsamında görmemiştir.¹⁰⁹

- Akli dengesi yerinde olmayan ve ceza sorumluluğu bulunmayan başvurusunun cebren akıl hastanesine yatırılması, yirmi yıl boyunca davacı taraftan herhangi biriyle temasa geçmesinin, silah bulundurmasının ve taşınmasının yasaklanması;¹¹⁰
- cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyenlerin hapisneden salıvermeyi takiben belirsiz süre boyunca polise kayıt yapmakla zorunlu tutulması;¹¹¹
- mahkûm olmuş kişiden DNA örneği alınması ve örneğin otuz yıl boyunca ulusal DNA veri tabanında tutulması;¹¹²
- futbol maçı izlemeye gelen taraftarların şiddeti önlemek amacıyla yaklaşık sekiz saat boyunca herhangi bir suçlama olmaksızın polis tarafından alıkonması;¹¹³
- idari sınır dışı etme kararı veya oturma izninin kaldırılması;¹¹⁴
- hapis cezasına ilaveten kişinin oturma izninin kaldırılması;¹¹⁵
- Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme (Convention on the Transfer of Sentenced Persons) çerçevesinde yabancı uyruklu mahkûmun menşei ülkesine gönderilmesi;¹¹⁶
- Avrupa Tutuklama Emri ve Üye Devletler Arasında Teslim Prosedürlerine İlişkin Avrupa Birliği Çerçeve Kararı (European Union Framework Decision on the European Arrest Warrant and the

prescribe a penalty”, § 47

¹⁰⁹ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 14

¹¹⁰ AİHM, Berland - Fransa, 42875/10, 03.09.2015

¹¹¹ AİHM, Adamson - Birleşik Krallık, 42293/98, 26.01.1999, Kabul edilebilirlik kararı

¹¹² AİHM, Van der Velden - Hollanda, 29514/05, 07.12.2006, Kabul edilebilirlik kararı

¹¹³ AİHM (Büyük Daire), S., V. ve A - Danimarka, 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22/10/2018

¹¹⁴ AİHM, C. G. ve Diğerleri - Bulgaristan, 1365/07, 24.04.2008, Kabul edilebilirlik kararı; AİHM, Vikulov ve Diğerleri - Letonya, 16870/03, 25.09.2012, Kabul edilebilirlik kararı

¹¹⁵ AİHM (Komisyon), Renna - Fransa, 32809/96, 26.02.1997

¹¹⁶ AİHM, Szabo - İsveç, 28578/03, 27.06.2006, Kabul edilebilirlik kararı

procedure for surrenders between Member States) çerçevesinde yabancı uyruklu mahkûmun menşei ülkesine gönderilmesi;¹¹⁷

- önceden suçlu bulunma şartı olmaksızın mafya tipi örgüte üye olduğu şüphesiyle kişinin mülküne önleyici el konulması kararı;¹¹⁸
- suç işlemeyi önleme amacıyla tehlikeli bir kişinin özel polis gözetiminde veya ev hapsinde tutulması;¹¹⁹
- sahibi tarafından bir başkasına kiralanan ve yasa dışı göçmenlerin nakliyesinde kullanılan otobüse el konulması ve sahibine iade edilmesinin reddedilmesi;¹²⁰
- iyi niyetli sahibinin taşınması için üçüncü kişiyi yetkilendirdiği ve taşıyıcının uyuşturucu kaçakçılığında kullandığı 276 kutuda bulunan oyuncak bebeklere el konulması;¹²¹
- kapatılan siyasi partiden olan kişinin milletvekilliğinin düşürülmesi ve beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ya da denetçisi olmasının yasaklanması;¹²²
- Başkan'ın Anayasa'yı ağır şekilde ihlal etmekten Parlamento tarafından görevinden azledilmesi ve beş yıl boyunca Başkan seçilmesinin yasaklanması;¹²³
- disiplin soruşturmasını takiben kamu personelinin emeklilik haklarının askıya alınması;¹²⁴
- disiplin soruşturması sonucu mahkûmun üç hafta hücre hapsine çarptırılması;¹²⁵
- hapisneden kaçıp yakalandıktan sonra yüksek riskli mahkûm olarak nitelendirilen mahkûmun hücre hapsine yerleştirilmesi;¹²⁶
- olağandışı bir tedbir olarak başvurucunun hayatını korumak, sı-

¹¹⁷ AİHM, Giza - Polonya, 1997/11, 23.10.2012, Kabul edilebilirlik kararı

¹¹⁸ AİHM (Komisyon), M. - İtalya, 12386/86, 15.04.1991; AİHM, Raimondo - İtalya, 12954/87, 22.02.1994

¹¹⁹ AİHM (Komisyon), Mucci - İtalya, 33632/96, 03.04.1998

¹²⁰ AİHM, Yıldırım - İtalya, 38602/02, 10.04.2003, Kabul edilebilirlik kararı

¹²¹ AİHM, Bowler International Unit - Fransa, 1946/06, 23.07.2009

¹²² AİHM, Sobacı - Türkiye, 26733/02, 01.06.2006, Kabul edilebilirlik kararı

¹²³ AİHM (Büyük Daire), Paksas - Litvanya, 34932/04, 06.01.2011

¹²⁴ AİHM, Haioun - Fransa, 70749/01, 07.09.2004, Kabul edilebilirlik kararı

¹²⁵ AİHM (Komisyon), A - İspanya, 11885/85, 13.10.1986

¹²⁶ AİHM, Payet - Fransa, 19606/08, 20.01.2011

radan ve yüksek güvenlikli cezaevlerinde hüküm süren şartlara bağlı kaçış riskini önlemek amacıyla mahkûmun hapisanedeki tek mahkûm olması (tecrit) sebebiyle sosyal dışlanması ve böylece sıradışı bir tedbire ilişkin rejimin kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmemesi;¹²⁷

- gereksinimleri yerine getirmediğinden ötürü ayrıcalıklı vergi statüsünü kaybeden ancak ceza almayan şirketin yeniden yapılan vergi değerlendirmesi sonucu vergi yükünün artması.¹²⁸

6. AİHM Madde 7 Işığında Maddi Ceza Hukuku ile Usul Hukuku Ayrımı ve Ceza ile Cezanın İnfazı Farkı

6.1. Maddi Ceza Hukuku ile Usul Hukuku Ayrımı

Bir tedbirin maddi ceza hukuku veya usul hukuku kapsamında alınmış olması madde 7'nin uygulaması açısından fark yaratabilir. AİHM'ye göre genel kural olarak usul hukuku kapsamında uygulanan tedbirler madde 7 kapsamı dışında kalır.¹²⁹ Avrupa Mahkemesi ceza davasındaki tanık beyanı ile ilgili kuralları usul kuralı olarak değerlendirmiş ve madde 7 kapsamı dışında tutmuştur.¹³⁰ Bir tedbirin usul veya maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi ceza normunun geriye yürümezliği ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmeyi de etkiler. Örneğin, usul hukukunun derhal uygulanması ilkesi fiilin işlendiği zaman mevcut bulunan kanunun uygulanması (*tempus regit actum*) ilkesiyle uyumludur.¹³¹ Ancak iç hukukta usul hukuku olarak tanımlanan bir tedbirin uygulanacak cezanın ağırlığını etkilemesi durumunda Strazburg Mahkemesi ilgili tedbiri maddi ceza hukuku tedbiri olarak niteleyebilir ve ceza normunun geriye yürümezliği ilkesinin kapsama alanına dahil edebilir.¹³²

Ceza usul hukukuna ilişkin değinilmesi gereken bir konu zaman aşımıdır. Avrupa Mahkemesi'ne göre zaman aşımı ile ilgili kurallar genel kural olarak usul hukuku kuralı olarak nitelendirilir. Ancak za-

¹²⁷ AİHM, Öcalan - Türkiye (No. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014

¹²⁸ AİHM, Société Oxygène Plus - Fransa, 76959/11, 17.05.2016, Kabul edilebilirlik kararı

¹²⁹ İbid, § 15

¹³⁰ AİHM, Bost - İtalya, 43952/09, 11.13.2014, §§ 53-56

¹³¹ AİHM (Büyük Daire), Scoppola - İtalya (No. 2), 10249/03, 17.09.2009, § 110

¹³² İbid, §§ 110-113

man aşımı ile ilgili kuralın suç veya cezayı tanımlaması veya davanın incelenmesi için ön koşul oluşturması durumunda usul hukuku kuralı olarak nitelendirilmez.¹³³ AİHM, devam eden ceza davalardaki zaman aşımı süresini uzatan usul hukuku değişikliklerinin derhal uygulanmasını madde 7 kapsamı dışında görmüştür. Ancak böyle bir değişikliğin madde 7 ile uyumlu olması için keyfi bir düzenleme olmaması¹³⁴ ve zaman aşımına uğramamış suçlara ilişkin olması gerekir. Bir başka ifadeyle, kişinin eylemi zaman aşımına uğradığından kişiyi cezalandırma imkânı kalmamışsa, usul hukukunda yapılan değişikliklerle o kişiyi cezalandırma olanağı geri getiriliyorsa bu durum madde 7'yi ihlal eder.¹³⁵

6.2. Ceza ile Cezanın İnfazı Farkı

AİHM, ceza ve cezanın infazıyla ilgili tedbirler arasında bir ayırım yapmaktadır. Ancak bu ayırımı yapmak her zaman kolay olmayabilir.¹³⁶ Strazburg Mahkemesi'nin görüşüne göre bir tedbirin niteliği ve amacı, ceza hükmünün indirimi veya şartlı tahliye prosedüründe değişiklik yapıyorsa ilgili tedbir cezanın ayrılmaz parçası olarak değerlendirilmez.¹³⁷ Mahkeme, başkanlık kararname kapsamında cezanın indirimini ceza olarak değil cezanın infazı kapsamında görmüş, ilgili başvuruda madde 7'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³⁸ Mahkeme'nin önüne gelen benzer bir başvuruda, ömür boyu hapse çarptırılmış kişilerin şartlı tahliyesinin şartlarını değiştiren kanun değişikliğinin cezayı değil cezanın infazını ilgilendirdiğini belirtmiştir.¹³⁹ Avrupa Mahkemesi'ne göre salıverme ile ilgili politikalar ve bunların uygulama tarzı ve dayandığı sebepler sözleşmecî devletlerin kendi ceza siyasetini uygulama yetkisi kapsamına girer.¹⁴⁰

¹³³ AİHM, Previti - İtalya, 1845/08, 12.02.2013, Kabul edilebilirlik kararı, § 80

¹³⁴ İbid, §§ 80-85

¹³⁵ AİHM, Coëme ve Diğerleri - Belçika, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22.06.2000, § 149

¹³⁶ Doğru, Nalbant, s. 858

¹³⁷ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 17

¹³⁸ AİHM, Grave - İtalya, 43522/98, 10.07.2003, §§ 49-52

¹³⁹ AİHM (Komisyon), Hogben - Birleşik Krallık, 11653/85, 03.03.1986

¹⁴⁰ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 17

Ceza ve cezanın infazı arasındaki ayrım yapılırken değinilmesinde fayda olacak bir husus af düzenlemeleridir. AİHM'nin önüne gelen Montcornet de Caumont - Fransa davasında bir kişi hız limitini aştığından dolayı para cezasına çarptırılmış, ehliyetine ceza puanı işlenip bir ay süreyle el konulmuş ve ilgili karar kesinleşmiştir. AİHM'ye göre hakkında kesinleşmiş hüküm olan başvuru hakkında af düzenlemesinin uygulanmasının noksanlığı (af düzenlemesi kesinleşmiş hükümleri içerse dahi) ceza hukuku anlamında mahkûmiyet anlamına gelmez. Mahkeme'nin gözlemine göre af başvurusunun mahkûm edildiği koşulları ilgilendirmemektedir.¹⁴¹ Bir başka ifadeyle, madde 7 kapsamında bulunan kesinleşmiş bir hükme af düzenlemesini uygulamamak suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında değerlendirilmemiştir.¹⁴²

AİHM'ye göre Sözleşme'nin gerçekten ve etkili şekilde hayata geçirilmesi için (ceza normunun geriye yürümezliği ilkesi gereğince) AİHS madde 7 hükmün resmi bildiriminden sonraki dönemde alınan tedbirleri kapsayabilir. Bir başka ifadeyle, kesin hükmün verilmesinden sonra veya cezanın infazı sırasında alınan bir tedbir, ilgili cezanın kapsamını yeniden tanımlıyorsa veya cezada değişiklik yapıyorsa ve bu durum mahkûmun aleyhine bir durum yaratıyorsa ilgili tedbir cezanın infazı değil ceza olarak nitelendirilebilir. Cezanın infazı sırasında alınan bir tedbirin cezayı mı yoksa cezanın infazını mı ilgilendirdiği tespit etmek için verilen cezanın ilgili tarihte yürürlükteki iç hukuka göre fiilen ne içerdiğine, diğer deyişle verilen cezanın esas niteliğine bakılır.¹⁴³

7. Ceza Normlarının Geriye Yürümezliği

7.1. Aleyhteki Ceza Kanunlarının Geriye Yürümezliği

AİHM, sanığın aleyhine olması durumunda ceza kanunlarının geriye yürümezliğini mutlak bir ilke olarak kabul etmektedir. Ceza kanunlarının geriye yürümezliği hem suçları tanımlayan hükümleri hem de uygulanacak cezaları kapsamaktadır. Ceza infaz edilirken veya kesinleşmiş hüküm uygulandıktan sonra bile yasama, yürütme veya yargı erki uygulanan cezayı hükümlünün aleyhine yeniden tanımlayamaz veya değiştiremez.¹⁴⁴

¹⁴¹ AİHM, Montcornet de Caumont - Fransa, 59290/00, 13.05.2003, Kabul edilebilirlik kararı

¹⁴² AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 17

¹⁴³ AİHM (Büyük Daire), Del Río Prada - İspanya, 42750/09, 21.10.2013, §§ 88-90

¹⁴⁴ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No

Bir hareketin işlenmesinden sonra yasalaşan ceza normunun geçmişe etkili şekilde yürürlüğe girmesi madde 7'nin kapsama alanına girebilir. Gerçekleştirildiği sırada suç olarak tanımlanmayan bir hareket sonradan çıkarılan kanunla suç kapsamına alınması madde 7'yi ihlal eder. Ancak daha önce ceza kapsamında bulunan bir hareketin sonradan çıkarılan kanunla kapsamının değiştirilmesi madde 7 ile uyumlu olabilir.¹⁴⁵ AİHM, daha önce hem suç hem de ağırlaştırıcı sebep olarak tanımlanmış bir hareketin sonradan çıkarılan kanunla suç kapsamına alınıp, kişiye önceki kanun döneminde tanımlanmış azami cezadan daha düşük ceza verilmesini madde 7 ile bağdaşır bulmuştur.¹⁴⁶

Uygulanacak cezanın şiddeti ceza kanunlarının geriye yürümezliğini ilgilendirebilir. AİHM, daha ağır cezanın geçmişe etkili şekilde uygulanmasını madde 7 ile bağdaşmaz bulmaktadır. Fakat daha hafif ceza geçmişe etkili şekilde uygulanır.¹⁴⁷ Örneğin, meydana geldiği sırada idam cezası öngörülen bir hareketin sonradan yapılan değişiklikle ömür boyu hapis cezasına çevrilmesi madde 7 ile uyumlu bulunmuştur.¹⁴⁸ Lehteki ceza kanununun geriye yürürlüğüne aşağıda daha ayrıntılı şekilde değinilmiştir.

Bir cezanın kişi aleyhine geriye etkili uygulanıp uygulanmadığı değerlendirilirken, ilgili hareket hakkında önceki ve sonraki ceza kanununda öngörülmüş asgari ve azami cezalar göz önünde bulundurulur.¹⁴⁹ Kişi hakkında sonraki kanun çerçevesinde uygulanan cezanın, önceki kanundaki asgari ve azami ceza aralığında olduğu durumlar bile madde 7'nin ihlaline yol açabilir. AİHM, bahsi geçen durumda daha hafif bir ceza uygulanma olasılığı bulunması durumunda madde 7'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁵⁰

punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 45

¹⁴⁵ Ibid, § 46

¹⁴⁶ AİHM, Ould Dah - Fransa, 13113/03, 17.03.2009, Kabul edilebilirlik kararı

¹⁴⁷ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 48

¹⁴⁸ AİHM, Öcalan - Türkiye (No. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014, § 177

¹⁴⁹ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 49

¹⁵⁰ AİHM (Büyük Daire), Maktouf and Damjanović - Bosna Hersek, 2312/08, 34179/08, 18.07.2013, § 68-70

Aleyhteki ceza kanunlarının geri yürümezliği konusunda değinilmesi gereken bir husus mütemadi suçtur.¹⁵¹ “...Mahkeme, işlenen suçun süreklilik niteliği taşımasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamını taşıdığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bir kimse süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman yasal kesinlik kuralı söz konusu suçu oluşturan füllerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, ulusal mahkeme tarafından verilen karar, davalı hakkında verilen hükmün ve cezanın süreklilik niteliği taşıyan bir suç unsuru taşıdığı yargılama ile ortaya çıktığı bulgusunu açıkça ortaya koymalıdır”.¹⁵²

Rohlana - Çek Cumhuriyeti davasına konu olan olayda, 2000-2006 arasında eşine sürekli şiddet uygulayan kişi aynı çatı altında yaşayan kişiye devam eden kötü muamele suçundan 2007’de cezaya çarptırılmıştır. Yerel mahkemeler kararını 2004’te yürürlüğe giren kanuna dayandırmış ancak ilgili kanun yürürlüğe girmeden önceki kanunda ilgili eylemin suç olarak tanımlandığını, kişiye önceki kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza verilmediğini, devam eden eylemin tek bir suç olarak nitelendirildiğini, verilen cezanın suçun tamamlandığı tarihte yürürlükte olan ceza kanununa göre belirlendiğini belirtmiştir. AİHM, tedbirin yerel kanunlarda dayanağının bulunması ve öngörülebilir olması sebebiyle madde 7’nin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir.¹⁵³ Ancak AİHM devam eden suçtan mahkûmiyetin söz konusu tarihteki yerel hukukta öngörülebilir olmaması ve harekete bağlanan cezayı arttırmasını madde 7’nin ihlali olarak görmektedir.¹⁵⁴

Aleyhte olan ceza kanunlarının geriye yürümezliğine ilişkin göz önünde bulundurulmasında fayda olan konulardan birisi tekerrürdür.¹⁵⁵ Achour - Fransa davasında başvurucu uyuşturucu kaçakçılığın-

¹⁵¹ Mütemadi (kesintisiz) suç öğretide tartışılan bir kavramdır. “Kesintisiz suç, bazı yazarlar neticenin hemen sona ermeyip devam ettiği suçlar, bazı yazarlar neticenin gerçekleşmesi ve tamamlanmasından sonra devam eden suçlar, diğer bazı yazarlar ise kesintisiz suçları hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlar, bazı yazarlar ise hareketin icrasının belli bir süre devam ettiği suçlar, bazı yazarlar ise hareket ve bunun doğurduğu neticenin devam ettiği suçlar, bazı yazarlar ise hukuka aykırı durumun devam ettiği suçlar olarak nitelendirmektedirler”. Akbulut, s. 269

¹⁵² AİHM, Ecer ve Zeyrek - Türkiye, 29295/95, 29363/95, 27.02.2001, § 33

¹⁵³ AİHM (Büyük Daire), Rohlana - Çek Cumhuriyeti, 59552/08, 27.01.2015, §§ 59-64

¹⁵⁴ AİHM, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty”, § 51

¹⁵⁵ “Tekerrür, daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin bir hükümlerle mahkûm olmuş bir kimsenin, bu mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra kanun-

dan hüküm giymiş ve cezasının infazı tamamlandıktan sonra yeni bir kanun yürürlüğe girmiştir. İlgili kanuna göre tekerrür süresi ve tekerrür halinde uygulanacak ceza iki katına çıkarılmıştır. Başvurucu yeni düzenleme yürürlüğe girdikten bir yıl sonra uyuşturucu kaçakçılığı yaparken yakalanmıştır. Yerel mahkeme, hükmünü tekerrüre ilişkin yeni düzenlemeye dayandırmış, bu sebeple başvurucuya verilen hapis cezası (eski kanuna kıyasen) iki katına çıkmıştır. Başvurucu, hakkındaki kararın tekerrüre ilişkin yeni düzenlemeye dayanmasının aleyhte olan ceza kanunlarının geriye yürümezliğini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur. Avrupa Mahkemesi yaptığı incelemede suç işlendiği sırada yürürlükte olan kanunun ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğunu gözlemlemiş, başvurucunun hareketini gerçekleştirdiği sırada hakkındaki tekerrür süresini öngörebileceğini belirtmiş ve yerel mahkeme kararının madde 7 ile uyumlu olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre geçmişte yaşananları göz önüne alarak hüküm kurmak ile kanunun geriye yürürlüğü birbirinden ayrırt edilmelidir.¹⁵⁶

7.2. Devlet Halefiyeti ve Aleyhteki Ceza Kanunlarının Geriye Yürümezliği

Suç ve cezanın kanuniliği ilkesiyle alakalı özel bir durum devlet halefiyetidir. Devletin toprak parçası üzerindeki egemenliğinin değişimi (ülkenin çözülmesi veya ülkelerin birleşmesi gibi) veya ülkedeki siyasi rejim değişikliği aleyhteki ceza kanununun geriye yürümezliği ilkesini yakından ilgilendirmektedir. Strazburg Mahkemesi'ne göre hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde idare edilen bir (halef) devletin, eski rejim sırasında işlenen suçlar hakkında cezai kovuşturma başlatması meşrudur.¹⁵⁷ Diğer ifadeyle, "*Mahkeme, halef bir devletin eski rejim sırasında suç işlemiş olan kişilere karşı ceza davası açmasının meşru ve önceden görülebilir olduğunu ve halef mahkemelerin eski rejim sırasında yürürlükte olan yasa hükümlerini hukuka bağlı bir devlet yönetimi ilkeleri ışığında ve Sözleşme sisteminin kurulu bulunduğu temel ilkeleri göz önünde tutarak yorumlaması ve uygulaması nedeniyle eleştirilemeyeceklerini hatırla-*

da öngörülen süre geçmeden yeni bir suçu işlemesi halidir". Özcan Özbey, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, Sayı 88, s. 55

¹⁵⁶ AİHM (Büyük Daire), Achour - Fransa, 67335/01, 29.03.2006, §§ 44-61

¹⁵⁷ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 41

*tır. Bu, söz konusu meselenin Sözleşme'ye ve uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olan ve sözleşmecî Devletlerin öncelikli korumakla yükümlü oldukları yaşama hakkı olduğu hallerde özellikle geçerlidir."*¹⁵⁸

Ulusal veya uluslararası hukukta suç olarak değerlendirilen hareketlerin uygulanmasına müsamaha gösteren, teşvik eden ve suçun cezasız kalacağı izlenimi veren devlet uygulamaları failerin halef devlet tarafından adalet önüne getirilmesini ve cezalandırılmasını engellemez.¹⁵⁹ Bu çerçevede, Doğu Almanya Yönetimi altında devletin yaygın uygulamaları kapsamında suç işleyenlerin Almanya birleştikten sonra yargılanması¹⁶⁰, İkinci Dünya Savaşı sırasında Sovyetler Birliği ordusunda görev yapan ve savaş suçu işleyen askerlerin Letonya bağımsızlığını kazandıktan mahkeme önüne çıkarılması¹⁶¹ gibi birçok dava madde 7 ile uyumlu bulunmuştur.

7.3. Lehteki Ceza Kanununun Geriye Yürümesi Zorunluluğu

Sözleşme'de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen Strazburg Mahkemesi madde 7'nin yalnızca aleyhteki ceza kanunlarının geriye yürümesini yasaklamadığını aynı zamanda lehteki ceza kanununun geriye yürümesi zorunluluğunu kapsadığını belirtmiştir. AİHM'ye göre lehteki ceza kanununun geriye yürümesi zorunluluğu konusunda Avrupa'da ve uluslararası ölçekte konsensüs oluşmuş, bahsi geçen ilke ceza hukukunda temel bir prensip haline gelmiştir.¹⁶² Bu ilke gereğince, bir hareket gerçekleştiği zaman onunla ilgili yürürlükteki ceza kuralı kesin hüküm verilmeden önce değiştirilirse, sanığa verilecek ceza lehteki düzenlemeye göre kararlaştırılmalıdır.¹⁶³ Avrupa Mahkemesi lehteki ceza kanununun geriye yürümesi zorunluluğunun cezaların birleştirilmesini (içtima) kapsayabileceğini belirtmiştir.¹⁶⁴

¹⁵⁸ AİHM (Büyük Daire), Konokov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010, § 241

¹⁵⁹ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 41

¹⁶⁰ AİHM (Büyük Daire), Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya, 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.03.2001; AİHM (Büyük Daire), K.-H. W. - Almanya, 37201/97, 22.03.2001

¹⁶¹ AİHM (Büyük Daire), Konokov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010

¹⁶² AİHM (Büyük Daire), Scoppola - İtalya (No. 2), 10249/03, 17.09.2009, § 106

¹⁶³ AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", § 53

¹⁶⁴ AİHM, Koprivnikar - Slovenya, 67503/13, 24.01.2017, §§ 50-60

Ruban - Ukrayna davası lehteki ceza kanununun geriye yürümesi ilkesinin kapsamını konu edinmiştir. Başvurucu aralarında ağırlaştırıcı şekilde adam öldürmenin yer aldığı birkaç suçtan yargılanmaktadır. O dönemde yürürlükteki düzenlemeye göre ağırlaştırıcı şekilde adam öldürmenin idamla cezalandırılması öngörülmüştür. Kovuşturma devam ederken Anayasa Mahkemesi idam cezasını Anayasa'ya aykırı bulmuş, kararlar birlikte idam cezası hukuki geçerliliğini anında kaybetmiştir. Parlamentonun kanundaki boşluğu doldurması üç ay sürmüş, yeni düzenlemeye göre ağırlaştırıcı şekilde adam öldürme suçuna ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür. Tüm bunlardan sonra başvurucu isnat edildiği suçlardan ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucuya göre yargılama sürecinde lehteki ceza kanununun geriye yürümesi ilkesi uygulanmamıştır. Başvurucu, hakkındaki kovuşturma devam ederken idam cezasının Anayasa'ya aykırı bulunmasından sonra oluşan hukuki boşluk döneminde (üç ay boyunca) ceza kanunundaki en ağır cezanın on beş yıl hapis cezası olduğunu belirterek kendisinin en fazla on beş yıl hapis cezasına çarptırılabilceğini, lehteki ceza kanununun geriye yürümesi ilkesi uygulanmadığından madde 7'nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, hukuki boşluğun istem dışı şekilde oluştuğunu, söz konusu değişiklikle yasama erkinin ceza kanununu insalcılaştırma amacı güttüğünü, idam cezasının yerini alan ömür boyu hapis cezasının orantılı ve idam cezasından daha hafif bir ceza olduğunu, ceza kanunda yapılan değişikliğin başvurucunun öne sürdüğü amacı taşıdığına dair bir emara olmadığını belirtmiş ve madde 7'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁶⁵

AİHM'ye göre lehteki ceza kanununun geriye yürümesi ilkesi bazı durumlarda hakkında kesinleşmiş hüküm bulunan kişileri kapsayabilir. Gouarré Patte - Andorra davasına konu olan olayda, ceza kanunu lehteki ceza normunun geriye yürümesi ilkesinin mahkûmları da kapsadığını belirtmiştir. Yerel mahkemeler kanundaki açık düzenlemeye rağmen hakkında kesinleşmiş karar bulunan kişi lehine olan yeni düzenlemeyi uygulamamıştır. AİHM, sözleşmecî devletin kanunlarına göre lehteki ceza normunun geriye yürümesi ilkesinin mahkûmları da kapsadığını gözlemlemiş, yerel kanunlarca koruma altına alınmış hakların yurttaşlar tarafından Sözleşme hükümleri çerçevesinde kullanılmasına izin verilmesi gerektiğini belirterek madde 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁶

¹⁶⁵ AİHM, Ruban - Ukrayna, 8927/11, 12.07.2016, §§ 41-46

¹⁶⁶ AİHM, Gouarré Patte - Andorra, 33427/10, 12.01.2016, (İngilizce özet çeviri), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11018>, erişim 12.03.2019

Sonuç

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Endüstri Devrimi neticesinde türeyen yeni orta sınıfın baskısı ve liberalizm düşüncesinin yayılmasıyla ortaya çıkmıştır. Günümüzde insanlığın ortak değeri olarak kabul gören ilke, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesinde kritik bir önem arz etmektedir. Çok sayıda uluslararası anlaşmada yer verilen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi AİHS’de de güvence altına alınmıştır. AİHM, insan onurunun değişen şartlar dolayısıyla ortaya çıkan tehditlere karşı korunması amacıyla Sözleşme’yi “yaşayan bir doküman” olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle AİHS madde 7’nin kapsamı giderek genişlemiştir. Ayrıca, olağanüstü halde askıya alınamayan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin mutlak bir hak olduğu ve jus cogens vasfına haiz olduğu öne sürülmüştür. Netice itibarıyla, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uzun mücadeleler ve insanlık dramları sonucunda kazanılmış evrensel çapta kabul gören bir insan hakkı olmanın yanı sıra modern ceza hukukunun temel yapı taşlarından birisi görünümündedir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi sayesinde cezaya tabi fiiller ve bunlara getirilen cezalar belirlenir ve yurttaşların bilgisine sunulur. Böylece özgür iradeli birey neyin suç olduğunu öğrenip davranışlarını ona göre ayarlayabilir. Avrupa Mahkemesi’ne göre bir hükmün ya da cezanın uygulamaya konması için onun yasal bir dayanağı olmalıdır. Buna ek olarak hukukun (AİHM’nin deyimiyle ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuatın) ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gereklidir. AİHM suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiği iddiasını taşıyan başvurularda hukukun ulaşılabilirliğini ve öngörülebilirliğini dikkatle incelemektedir. Strazburg Mahkemesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle ilintili; suçlu bulunma, suç, hukuk ve ceza kavramlarını da kendine has şekilde ve özgün kriterleri çerçevesinde (örneğin Engel kriteri) yorumlamaktadır. Mahkemenin görüşüne göre madde 7 yalnızca aleyhteki ceza kanunlarının geriye yürütmesini yasaklamaz aynı zamanda lehteki ceza kanununun geriye yürütmesini de zorunlu kılar. Diğer yandan, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukukta suç olarak değerlendirilen hareketlerin uygulanmasına müsamaha gösteren devlet uygulamaları faillerinin hâlef devletlerce yargılanması Sözleşme ile uyumludur.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali iddiasıyla önüne çok sayıda başvuru gelmemesine karşın AİHM’nin AİHS madde 7’nin kapsamını genişleten ilerici yorumunun insan haklarının korunmasına katkı sunduğu öne sürülebilir. Örneğin olay bazında yaptığı değeren-

dirmelerinde Mahkeme, güvenlik tedbirlerinin ceza olarak kullanılmasının önüne geçmeye çalışmış; yerel mahkemelerce insanlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm edilmiş kişilerin, suçun işlendiği dönemde yürürlükte olan kanunlara göre öngörülebilir veya ulaşılabılır olmadığı iddialarını reddetmiş; kıyas yoluyla ceza verilemeyeceğinin altını çizmiş; ceza davasından beraat eden kişinin arsa ve yapılarına el konulmasını ya da hapis cezasına dönüşme imkânı olmamasına rağmen hükmedilen ağır bir para cezasını “ceza” olarak nitelemiştir.

AİHM, hukukun öngörülebilirliğini incelerken kanunların mutlak suretle kesin olamayacağını göz önünde bulundurmakta, kanunların yorumlanması ve uygulanmasının mahkemelere tabi olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu esneklik hayata geçirilirken mahkemelelerin aşırı belirsiz kavram ve kriterler kullanmasının suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal edeceği hatırlatılmıştır. AİHM'nin görüşüne göre çok sayıda kişiyi etkileyebilecek bir kanun nispeten kolayca anlaşılabilir olmalıdır. Sınırlı sayıda ilgiliye ve dar alana yönelen bir kanun çerçevesinde faaliyet gösterenlerden kanunu ve yorumunu daha titiz bir şekilde takip etmeleri ve gerektiği durumlarda hukuki yardım almaları beklenmektedir. Strazburg Mahkemesi madde 7'yi ele alırken günlük hayatın pratik ihtiyaçlarıyla hukuk güvenliği arasındaki ince dengeyi sağlamaya çalışmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2018
- Bakıcı Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2007
- Doğru Osman; Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara, 1. Baskı, 2012
- Halleve Gabriel, A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law, Springer, Berlin, 1. Baskı, 2010
- İçel Kayıhan, Donay Süheyli, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Basım, İstanbul, 1999
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım, İstanbul, 3. Baskı, 2013
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2018
- Öztürk Bahri, Erdem Ruhan Mustafa, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 10. Baskı, 2008

Schabas A William, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, Cambridge, 4. Baskı, 2011

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 6. Baskı, 2016

Mahkeme Kararları

AİHM, Adamson - Birleşik Krallık, 42293/98, 26.01.1999, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Bergmann - Almanya, 23279/14, 07.01.2016

AİHM, Berland - Fransa, 42875/10, 03.09.2015

AİHM, Bost - İtalya, 43952/09, 11.13.2014

AİHM, Bowler International Unit - Fransa, 1946/06, 23.07.2009

AİHM, C. G. ve Diğerleri - Bulgaristan, 1365/07, 24.04.2008, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Cantoni - Fransa, 17862/91, 15.11.1996

AİHM, Campbell ve Fell - Birleşik Krallık, 7819/77, 7878/77, 28.06.1984

AİHM, Coëme ve Diğerleri - Belçika, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22.06.2000

AİHM, Custers, Deveaux ve Türk - Danimarka, 11843/03, 11847/03, 11849/03, 09.05.2006, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Çelikateş ve Diğerleri - Türkiye, 45824/99, 07.11.2000, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Delbos ve Diğerleri, 60819/00, 16.09.2004, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, E.K. - Türkiye, 28496/95, 07.02.2002

AİHM, Ecer ve Zeyrek - Türkiye, 29295/95, 29363/95, 27.02.2001

AİHM, Engel ve Diğerleri - Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976

AİHM, Giza - Polonya, 1997/11, 23.10.2012, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Glien - Almanya, 7345/12, 28.11.2013

AİHM, Gouarré Patte - Andorra, 33427/10, 12.01.2016

AİHM, Göktan - Fransa, 33402/96, 02.07.2002

AİHM, Grave - İtalya, 43522/98, 10.07.2003

AİHM, Gurguchiani - İspanya, 16012/06, 15.12.2009

AİHM, Haioun - Fransa, 70749/01, 07.09.2004, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Jamil - Fransa, 15917/89, 08.06.1995

AİHM, Jendrowiak - Almanya, 30060/04, 14.04.2011

AİHM, Kokkinakis - Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993

AİHM, Koprivnikar - Slovenya, 67503/13, 24.01.2017

AİHM, Liivik - Estonya, 12157/05, 25.06.2009

AİHM, M. - Almanya, 19359/04, 17.12.2009

AİHM, Montcornet de Caumont - Fransa, 59290/00, 13.05.2003, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Ooms - Fransa, 38126/06, 25.09.2008, Kabul edilebilirlik kararı

AİHM, Ould Dah - Fransa, 13113/03, 17.03.2009, Kabul edilebilirlik kararı

- AİHM, Öcalan - Türkiye (No. 2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014
- AİHM, Payet - Fransa, 19606/08, 20.01.2011
- AİHM, Previti - İtalya, 1845/08, 12.02.2013, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Polednová - Çek Cumhuriyeti, 2615/10, 21.06.2011, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Raimondo - İtalya, 12954/87, 22.02.1994
- AİHM, Ruban - Ukrayna, 8927/11, 12.07.2016
- AİHM, Sidabras and Džiautas -Litvanya, 55480/00, 59330/00, 01.07.2003, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Sobacı - Türkiye, 26733/02, 01.06.2006, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Soci t  Oxyg ne Plus - Fransa, 76959/11, 17.05.2016, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Stoica - Fransa, 46535/08, 20.04.2010, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Szabo - İsveç, 28578/03, 27.06.2006, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM,  nsal  zt rk - Türkiye, 29365/95, 04.10.2005
- AİHM, Valico SLR - İtalya, 70074/01, 21.03.2006, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Van Anraat - Hollanda, 65389/09, 06.07.2010, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Van der Velden - Hollanda, 29514/05, 07.12.2006, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Varvara - İtalya, 17475/09, 29.10.2013
- AİHM, Vikulov ve Diğ erleri - Letonya, 16870/03, 25.09.2012, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Welch - Birleşik Britanya, 17440/90, 09.02.1995
- AİHM, Yıldırım - İtalya, 38602/02, 10.04.2003, Kabul edilebilirlik kararı
- AİHM, Zaicevs - Letonya, 65022/01, 31.07.2007
- AİHM (Büyük Daire), Achour - Fransa, 67335/01, 29.03.2006
- AİHM (Büyük Daire), Del R o Prada - İspanya, 42750/09, 21.10.2013
- AİHM (Büyük Daire), G. - Fransa, 15312/89, 27.09.1995
- AİHM (Büyük Daire), K.-H. W. - Almanya, 37201/97, 22.03.2001
- AİHM (Büyük Daire), Kafkaris - Kıbrıs, 21906/04, 12.02.2008
- AİHM (Büyük Daire), Konokov - Letonya, 36376/04, 17.05.2010
- AİHM (Büyük Daire), Korbely - Macaristan, 9174/02, 19.09.2008
- AİHM (Büyük Daire), Maktouf and Damjanovi  - Bosna Hersek, 2312/08, 34179/08, 18.07.2013
- AİHM (Büyük Daire), Ok uog lu ve Başkaya - Türkiye, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999
- AİHM (Büyük Daire), Paksas - Litvanya, 34932/04, 06.01.2011
- AİHM (Büyük Daire), Rohlena - Çek Cumhuriyeti, 59552/08, 27.01.2015
- AİHM (Büyük Daire), S., V. ve A - Danimarka, 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22/10/2018
- AİHM (Büyük Daire), Scoppola - İtalya (No. 2), 10249/03, 17.09.2009
- AİHM (Büyük Daire), Sergey Zolotukhin - Rusya, 14939/03, 10.02.2009
- AİHM (Büyük Daire), Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya, 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.03.2001
- AİHM (Büyük Daire), Vasiliauskas - Litvanya, 35343/05, 20.10.2015

- AİHM (Komisyon), A - İspanya, 11885/85, 13.10.1986
AİHM (Komisyon), Hogben - Birleşik Krallık, 11653/85, 03.03.1986
AİHM (Komisyon), M. - İtalya, 12386/86, 15.04.1991
AİHM (Komisyon), Mucci - İtalya, 33632/96, 03.04.1998
AİHM (Komisyon), Renna - Fransa, 32809/96, 26.02.1997

Makaleler

- Artuk Emin Mehmet, "Güvenlik Tedbirleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2008, Cilt XII, Sayı 1-2, s. 461-492
- Centel Nur, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Emniyet Tedbirleri Sistemi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2005, Cilt 2, Sayı 2, s. 359-368
- Değirmenci Olgun, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2014, Sayı 110, s. 129-188
- Dilberoğlu Vedat, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2016, Sayı 65(4), s. 1517-1544
- Eşitli Ezgi Aygün, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Sayı 104, 2013, s. 226-246
- Güngör Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerine Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2007, Sayı 68, s. 135-160
- Özbey Özcan, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, Sayı 88, s. 55-105
- Sanz-Caballero Susana, "The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights" *The European Journal of International Law*, Sayı 28(3), s. 787-817
- Soyer Güleç Soyer Sesim, "Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Yanılgısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2008, Cilt: 10, Sayı 1, s. 59-91
- Şık Hüseyin, "Suçsuzluk Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2012, Sayı 1, s. 103-145

Diğer Kaynaklar

- AİHM, "6. madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü) Türkçe Çeviri", 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf, erişim 08/10/2019
- AİHM, "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty", 31 Ağustos 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, erişim tarihi 12.03.2019
- AİHM, "Violations by Article and by State", https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf, erişim tarihi 11.10.2019

2017 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA YASAMA - YÜRÜTME İLİŞKİLERİ

LEGISLATIVE – EXECUTIVE RELATIONS IN THE AFTERMATH OF 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Levent GÖNENÇ*
Ali Ersoy KONTACI**

Özet: 16 Nisan 2017 günü yapılan halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliğiyle birlikte, Türkiye’de “Cumhurbaşkanlığı Sistemi” olarak adlandırılan yeni bir hükümet sistemine geçiş yapıldı. Hükümet sistemi değişikliğinin, anayasa hükümlerine ek olarak, ilgili kanunî düzenlemeler, idarî düzenleyici işlemler ile yerleşik idarî alışkanlıklar bağlamında da köklü değişikliklere yol açması kaçınılmazdır. Bu sebeple, hükümet sistemi değişikliği gibi önemli bir kararın ancak konuyla ilgili çok boyutlu ve içerik açısından zengin tartışmaların ardından alınması gerekir. Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliğinin öncesinde sağlıklı bir tartışma ortamının bulunmaması bir yana, yeni sisteme geçiş için gerekli hazırlıkların da yapılmadığı görülmektedir. Bu çalışmada, 2017 Anayasa değişikliğinin gerekçeleri ve bu kapsamda benimsenen yeni hükümet sisteminin esasları, hükümet sistemi tartışmalarına ilişkin kavramsal çerçeveye atıfla açıklanacak; sonrasında ise bu yeni sistemin yasama-yürütme ilişkileri bağlamında özellikle öne çıkan yönlerine ve halen çözülememiş olan bazı sorun alanlarına işaret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: 2017 Anayasa Değişikliği, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Yasama-Yürütme İlişkileri, Denge-Denetleme Sorunu

Abstract: Following the constitutional amendments in 2017, the governmental system in Turkey became what is called “President of Republic Governmental System”. In addition to the amendment of the Constitution, a governmental system change inevitably requires a set of consequent amendments to the relevant legislation, to regulatory administrative acts and even to the well-established administrative practices in a Country. Therefore, such an important decision as a governmental system change should only be taken after a

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lgonenc@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1988-3988

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kontaci@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9643-4801, Makalenin Gönderim Tarihi:17.09.2019, Kabul Tarihi: 19.09.2019

series of multidimensional and content-rich discussions. However, it would be fair to claim that the 2017 constitutional amendments in Turkey were not preceded by such discussions and the necessary preparatory work for a system change was missing from the agenda. In this study, the rationale behind the 2017 amendments and the fundamental of the new governmental system will be discussed with special reference to the relevant conceptual framework and several shortcomings of the new system in terms of legislative-executive relations will be addressed.

Keywords: 2017 Constitutional Amendments, President of Republic Governmental System, Legislative-Executive Relations, Checks and Balances Problem

I. Giriş

16 Nisan 2017 günü yapılan halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliği paketinin özü; “Cumhurbaşkanlığı Sistemi” olarak adlandırılan yeni bir hükümet sistemine geçiştir. Bu bağlamda, bir yandan Anayasa’nın pek çok maddesinde kapsamlı değişiklikler yapılırken, diğer yandan da çok sayıda maddenin tümüyle ilga edildiği görüldü.

Bununla birlikte, hükümet sistemi değişikliğinin yalnızca Anayasa hükümlerinin değiştirilmesiyle tamamlanabilecek bir süreç olmadığı da bilinmektedir. Zira gerek kanunî düzenlemeler evreninde, gerekse idarî düzenleyici işlemler seviyesinde yer alan ve değiştirilmesi veya uyarlanması gereken pek çok mevzuat hükmünün varlığına ek olarak; yıllar içinde yerleşmiş ve terk edilmesi kolay olmayan idarî alışkanlıkların da böylesine geniş kapsamlı bir dönüşümü ciddi ölçüde güçleştireceği açıktır.

Bu durum, hükümet sistemi değişikliği gibi önemli bir kararın, ancak konuyla ilgili çok boyutlu ve içerik açısından zengin tartışmaların ardından alınmasında büyük fayda olacağını ortaya koymaktadır. Dahası, bir kez böyle bir karar alındıktan sonra da, benimsenen yeni sisteme geçiş için yapılması gereken hazırlık çalışmalarının ciddi bir zaman alması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine ilişkin 6771 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle kabul edilen değişikliklerin, “yürürlük takviminin” birkaç alt bölüme ayrılmış olmasının ve maddelerin önemli bir bölümünün; “...birlikte yapılacak olan ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanı’nın görevine başladığı...” tarihte yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılmış olmasının, en azından gerekli teknik hazırlık çalışmalarının yapılabilmesi açısından

dan makul ve yerinde bir karar olduğu savunulabilirdi. Ne var ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce (TBMM) alınan "erken seçim" kararıyla birlikte, söz konusu sistemin bir bütün olarak yürürlüğe giriş takvimi, 2019 yılının Kasım ayından 24 Haziran 2018 tarihinde yapılacak seçimler sonrasına çekilmiş oldu. Bu durum ise, yeni sisteme geçiş için yapılması gereken hazırlık çalışmalarının, başlangıçta öngörülenden çok daha kısa bir süreye sıkışmasına, çoğu başlıktaysa herhangi bir hazırlık yapılmaksızın yeni sisteme geçilmesine yol açmış oldu.

Yukarıdaki öncüllerden hareketle, bu çalışmada öncelikle 2017 Anayasa değişikliğinin gerekçeleri ve bu kapsamda benimsenen yeni hükümet sisteminin esasları, hükümet sistemi tartışmalarına ilişkin kavramsal çerçeveye atıfla açıklanacak; sonrasında ise bu yeni sistemin yasama-yürütme ilişkileri bağlamında özellikle öne çıkan yönlerine ve halen çözülemeyen bazı sorun alanlarına işaret edilecektir.

II. 2017 Anayasa Değişikliğinin Arka Plânı

Yasama karşısında yürütmeyi, yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanı'nı güçlendiren 1982 Anayasası, orijinal haliyle, kriz üretme potansiyeline sahip bir Anayasa olarak görülmüş ve çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Klâsik parlamenter sistemde sembolik bir makam olan Cumhurbaşkanlığı'nı güçlendiren ve ona "yetkisiz ve sorumsuz devlet başkanı" rolünü aşan kimi önemli yetkiler veren¹ 1982 Anayasası'nın,² sahip olduğu bu anayasal mimari nedeniyle yürütme-içi gerilim ve çatışmalara da zemin hazırladığı ileri sürülmüştür. Özellikle Cumhurbaşkanı ile TBMM çoğunluğunun (ve dolayısıyla bu

¹ Bülent Tanör, İki Anayasa: 1961-1982, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 104-105, 108-110.

² Bu yönüyle 1982 Anayasası'nın orijinal halinde benimsenmiş olan hükümet sisteminin, kimi yazarlarca daha en başından itibaren; "yarı-başkanlık sistemi" (Zafer Üskül, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, AFA Yayınları, İstanbul 1991, s. 124), "başkanlı bir parlamenter sistem" (Bakır Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", Anayasa Yargısı, Cilt 3 (1986), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1986, s. 164), "aksak başkanlık hükümeti" (Lütfi Duran, Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s. 18-19) veya "...ne saf parlamenter, ne saf yarı başkanlık (olup), özgül şartlara göre bu ikisi arasında gidip gelen (bir sistem)" (Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 147-148) olarak değerlendirildiği görülmektedir.

çoğunluğun içinden çıkan Başbakan'ın) farklı dünya görüşlerine sahip olmaları durumunda, bu organlar arasında çeşitli sürtüşmeler yaşanması kaçınılmaz görülürken; geçmişte farklı dönemlerde yaşanan gerilimler de, 1982 Anayasası'nı eleştirenler tarafından büyük ölçüde bu "kimyası bozulmuş" parlamenter sistemle ilişkilendirilmiştir.

Bu bağlamda, 2007 yılında dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin bitiminin ardından ortaya çıkan anayasal krizse, hükümet sistemi tartışmalarını bambaşka bir boyuta taşımış oldu. Zira bu tarihte yapılan halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliğiyle, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü benimsendi. Böylece, zaten saf parlamenter sistemlerle karşılaştırıldığında oldukça fazla yetkilere sahip olan Cumhurbaşkanı, sandığın getirdiği popüler meşruiyet sayesinde daha da güçlendi.³ Bu sistem, TBMM tarafından seçilen son Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin bitmesinin ardından, 2014 yılında Recep Tayyip Erdoğan'ın halk tarafından Cumhurbaşkanı seçilmesiyle birlikte, fiiliyatta da yürürlüğe girmiş oldu.

2014 yılıyla başlayan süreçte, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin (AK Parti) Türkiye'deki diğer partiler gibi "disiplinli" bir parti olması ve Cumhurbaşkanı'nın kurucusu ve mensubu olduğu partinin TBMM'deki çoğunluğu da elinde tutmakta oluşu gibi faktörlerin etkisiyle, geçmişte yaşanan türden yürütme-içi krizlerin ortaya çıkmayacağı düşünülüyordu. Buna karşın, Cumhurbaşkanı Erdoğan ile dö-

³ Doktrinde kimi yazarlar, bu yeni şekliyle Türkiye'de geçerli olan hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici bir fark kalmadığını (Hasan Tunç, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011, s. 266) ve hükümet sisteminin klâsik parlamenter olmaktan çıkarak yarı başkanlık sistemine benzer özellikler kazandığını (Şükrü Karatepe, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 160) ifade etmişlerdir. Diğer bazı yazarlar ise, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilecek olmasının parlamenter rejimin niteliğine yeni bir sıfat eklenmesini gerekli kılacağını belirtmişlerdir (Şeref İba, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 108). Bu kapsamda, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin, 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemi daha da karmaşık hale getirdiğini düşünen yazarlar olduğu gibi (Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009, s. 430); yapılan değişikliğin anayasal sistem üzerindeki etkisinin zaman içinde ortaya çıkacağını ve siyasi rejimin yarı-başkanlığa doğru evrilme ihtimali olduğu kadar, başkancı bir rejime doğru kayma ihtimalinin de bulunduğunu belirten yazarlar da olmuştur (İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 141).

nemin Başbakanı Ahmet Davutoğlu arasında yaşandığı ileri sürülen ve neticede Başbakan'ın istifasıyla sonuçlanan bir dizi gerilim, Meclis çoğunluğu (ve dolayısıyla Bakanlar Kurulu) ile Cumhurbaşkanı'nın aynı dünya görüşüne sahip olmaları halinde bile, sistemin geçmişte yaşanan krizlere benzer krizler üretme potansiyeline sahip olduğunu ortaya çıkarmış oldu. Üstelik bu yeni sistem, ayrı sandık meşruiyetlerine sahip olan Meclis çoğunluğu (ve dolayısıyla Bakanlar Kurulu) ile Cumhurbaşkanı'nın farklı dünya görüşlerine sahip olmaları halinde ise, geçmişte yaşananlardan daha da ağır siyasî krizlerin ortaya çıkmasına yol açabilecek yapısal bir kusurla malûl olmaya devam etti.

Nitekim AK Parti ve Milliyetçi Hareket Partisi'nin (MHP) üzerinde uzlaşarak 10 Aralık 2016 günü kamuoyuna açıkladığı 21 maddelik anayasa değişikliği teklifi, hükümet sistemi konusunda o tarihe kadar atılan adımların, sistem değişikliği talep eden kesimlerin beklentilerini karşılamak açısından da yeterli olmadığını ortaya koyuyordu. Gerçekten, söz konusu teklifin gerekçesine bakıldığında, 1982 Anayasası'ndan kaynaklanan hükümet sistemi sorununu çözmeye iddiasının yüksek sesle dile getirildiği görülmektedir:

“Hükümet sistemini bütüncül bir yaklaşımla ele almayı engelleyen sosyal ve siyasî şartlar ve gelişmeler, sonuçta bir sistem karmaşasına yol açmıştır. Sistemin işleyişinde sorunlar doğurması kaçınılmaz olan bu karmaşanın aşılması hükümet sisteminde esaslı bir anayasa değişikliği zaruretinin ortaya çıkartmıştır.”⁴

Konuya daha yakından bakıldığında ise, kamuoyuna “Cumhurbaşkanlığı Sistemi” olarak tanıtılan bu sistemin, “istikrar” ve “etkinlik” hedeflerine ulaşmayı kolaylaştıracağı gerekçesiyle savunulduğu anlaşılmaktaydı. Bilindiği üzere, “istikrar”, belli koşullarda parlamenter sistemde ortaya çıkan hükümet istikrarsızlığını ortadan kaldırmayı; “etkinlik” ise, parlamenter sistemde yine belli koşullarda uzayan ve hantallaşan kamusal karar alma süreçlerini kolaylaştırmayı ve hızlandırmayı ifade etmektedir. Bu bağlamda sistem değişikliği fikrini ileri süren çevrelerin, esasen ve öncelikle, Türkiye’de parlamenter sistem eleştirileri bağlamında uzun yıllardır dile getirilen temel bazı sorunları çözmeye iddiası taşıdıkları görülmektedir. Dahası, “Cumhurbaşkan-

⁴ Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmî İnternet Sitesi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>

lığı Sistemi” ni savunanlar; 2014 yılından itibaren Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından seçilmeye başlandığını, popüler meşruiyete kavuşan Cumhurbaşkanı’nın artık klâsik parlamenter sistemdeki gibi sembolik yetkilere sahip bir Cumhurbaşkanı olamayacağını, meşruiyeti ile doğru orantılı olarak, artırılmış yetkilerle donatılması gerektiğini de ifade etmekteydiler. Nihayet, mevcut siyasî koşulların sonucu olarak, Türkiye’de Cumhurbaşkanı ile Başbakan’ın halen uyum içinde çalıştığı; ancak ileride şartlar değiştiğinde, bu “iki başlılığın” yeni çatışmalara yol açabileceği de dile getirilmekteydi.

III. Hükümet Sistemi Tartışmalarının Kavramsal Çerçevesi

Bilindiği gibi, klâsik anayasa hukukunda hükümet sistemleri, her durumda bağımsız olması gereken yargı organı bir tarafa bırakılarak, geriye kalan iki devlet organı olan “yasama” ve “yürütme” organlarının kuruluşu ve birbirleriyle olan ilişkileri dikkate alınarak incelenmektedir.⁵

Buna göre, hükümet sistemleri arasında öncelikle *kuvvetler birliğine dayanan sistemler* ve *kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler* ayrımı yapılmakta ve kuvvetler birliğine dayanan sistemler arasında; kuvvetlerin yürütmede toplandığı “mutlak monarşi” ve “diktatörlükler” ile kuvvetlerin yasamada toplandığı “meclis hükümeti” sistemi sayılmaktadır.⁶

Kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler olarak ise karşımıza; “parlamenter sistem”, “başkanlık sistemi” ve “yarı başkanlık sistemi” çıkmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre parlamenter sistem; genellikle “yumuşak kuvvetler ayrılığı” sistemi olarak adlandırılmakta⁷ ve yürütme

⁵ Bu başlık altında yer alan açıklamalar, esasen şu çalışmadan alınmıştır: Ali Ersoy Kontacı, “Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133 (Kasım 2017), s. 11-60.

⁶ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009, s. 414-417.

⁷ Örn. Bkz., Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013, s. 143, 153-154. Buna karşın, parlamenter sistemin günümüzde kuvvetlerin yasama veya yürütme tekelinde birleşmesine yol açtığı hakkında bkz. Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasî Kitabevi*, Ankara 2001, s. 181-184. Benzer şekilde, daha 20. yüzyılın ilk yarısından başlayarak parlamentoların asıl işlevlerini yitirdikleri eleştirileri hakkında bkz. Carl Schmidt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, Berlin 2010; Klaus Von Beyme, *Die parlamentarische Demokratie: Entstehung und Funktionsweise 1789-1999*, Springer VS, Wiesbaden 2014.

organının siyaseten etkin kanadını oluşturan başbakan ve bakanlar kurulunun (“hükümet” veya “kabine”) halk tarafından seçilmiş yasama organının içinden çıktığı ve ona karşı siyaseten sorumlu olduğu bir rejimi anlatmaktadır.⁸ Bu sistemde ayrıca, yasama organı tarafından seçilen ama çoğunlukla sembolik yetkilerle donatılmış olan bir cumhurbaşkanı (veya rejimin türüne göre, yine sembolik yetkilere sahip olan ve fakat veraset ilkesine göre belirlenen bir monark) bulunmaktadır. Ancak, siyasî konulardaki asıl sorumluluk, hem bireysel hem de kolektif olarak, yasama organının içinden çıkan bakanlar kuruluna aittir. Bu durumsa, bakanlar kurulunun her an parlamenter çoğunluğun güvenine sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.⁹ Son olarak, bu sistemde hem yasama hem de yürütme organları, belli koşullar altında birbirlerinin hukukî varlıklarına son verebilecekleri hukukî araçlarla (fesih ve güvenoyu) donatılmış bulunmaktadır.

Bu kapsamda karşımıza çıkan ikinci sistem olan başkanlık sistemi ise; yasama ve yürütme organları arasındaki “sert kuvvetler ayrılığı” olarak tanımlanmakta ve bu sistemde yasama organına ek olarak, yürütme organının başı olan başkan da doğrudan veya doğrudan benzeri¹⁰ bir yolla halk tarafından seçilmektedir. Birbirlerinin hukukî varlıklarına son verme yetkileri bulunmayan bu iki organ, kural olarak kendi görev alanlarındaki faaliyetlerini sabit görev süreleri boyunca ve kesintisiz olarak sürdürmekte ve başkan, parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanının aksine, güçlü yetkilerle donatılmış bulunmaktadır.¹¹ Ayrıca bu sistemde bakanlar kurulu üyelerinin yerini “sekreterler” almakta ve bunlar, yalnızca başkana karşı sorumlu olmaktadır. Buradan yola çıkılarak da bu sistemde yürütme organının “tek kanatlı” olduğu kabul edilmektedir.

⁸ Leon D. Epstein, “Parliamentary Government”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol 11 (1968), s. 419-425.

⁹ Kaboğlu (2014), s. 149; İba (2008), s. 105-106; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt - I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2001, s. 593-594. Bakanlar Kurulu ile parlamento arasındaki ilişkilerin son derece yetkin bir tahlili için bkz. Mustafa Okşar, *Hükümet Sistemleri, Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları*, Ankara 2013, s. 509-532

¹⁰ Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 30-37.

¹¹ Juan Linz, “Parliamentarism and Presidentialism”, *The Encyclopedia of Democracy*, Seymour Martin Lipset (Ed.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1995, ss. 910-913; Robert Elgie, “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, *European Journal of Policy Research*, Vol. 33 (1998), s. 229.

Bu kapsamda karşımıza çıkan son sistem olan yarı başkanlık sisteminde ise, yasama organına ek olarak yürütme organının başı olan cumhurbaşkanı da doğrudan halk tarafından seçilmekte ve önemli yetkilere sahip bulunmaktadır. Ancak bu sistemde bir de, yasama organının içinden çıkan ve ona karşı siyasi açıdan sorumlu olan bir başbakan ve bakanlar kurulu bulunmaktadır.¹² Başka bir ifadeyle yürütme, bu sistemde de iki kanatlı olmaya devam etmektedir.

Bu bağlamda, hükümet sitemlerine ilişkin yapılan bu klâsik üçlü sınıflandırmada yürütme organının yapısının aşağıdaki tablo¹³ yardımıyla özetlenmesi mümkündür:

	İki Başlı Yürütme		Tek Başlı Yürütme
	Saf Parlamenter Sistem	Yarı başkanlık Sistemi	Saf Başkanlık Sistemi
Devlet Başkanı	+	+	+
Hükümet Başkanı	+	+	

Tablo-1: Hükümet Sistemlerine İlişkin Klâsik Üçlü Sınıflandırmada Yürütme Organının Yapısı

Bununla birlikte, 1990'ların başında Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla başlayan demokrasiye geçiş sürecinde, bazı Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleriyle yine bazı Kafkasya ve Orta Asya Ülkeleri'nde ortaya çıkan "karma" veya "melez" sistemler, hükümet sistemlerinin bu klâsik üçlü ayırım çerçevesinde açıklanmasını imkânsız hale getirmiştir.¹⁴ Ortaya çıkan bu tanımlama ve sınıflandırma zorluğunun sonucu olarak, 1990'lı yılların başından itibaren, hükümet sistemlerinin analizi amacıyla yeni arayışlar gündeme gelmeye başlamıştır. Bu yeni tanımlama ve sınıflandırma çabalarının en dikkat çekicilerinden biri; Matthew Soberg Shugart tarafından gündeme getirilmiştir. Yazar, hükümet sistemleri sorununu ele aldığı makalesinde, bağımsızlığını yeni kazanan ülkelerde

¹² Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", Parliamentary versus Presidential Government, Der. Arend Ljphard, Oxford University Press, Oxford 1992, s. 142-150.

¹³ Bu çalışmada kullanılan tablolar, esasen şu çalışmadan alınmıştır: Levent Gönenç, "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", Birikim, Sayı 313 (Mayıs 2015), s. 60-75.

¹⁴ Levent Gönenç, Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2002, s. 274-276

görülen rejimleri de kapsayacak biçimde, beşli bir ayırım yapılmasını önermektedir.¹⁵ Buna göre yazar, çağdaş hükümet sistemlerini;

- Yürütme organının; yasama organının içinden çıkan ve ona karşı bireysel ve kolektif açıdan sorumlu olan bir bakanlar kurulu ile yine yasama organı tarafından seçilen ama sembolik yetkilerle donatılmış bir cumhurbaşkanından oluştuğu ve yasama ve yürütme organlarının, karşılıklı olarak birbirlerinin hukukî varlıklarına son verecek araçlarla donatıldığı “saf parlamenter sistem” (*pure parliamentary system*)
- Temel olarak saf parlamenter sistemle aynı özellikleri taşıyan, ama ondan farklı olarak, bünyesinde doğrudan halk tarafından seçilen bir de cumhurbaşkanının bulunduğu “başkanlı parlamenter sistem” (*parliamentary with president system*);
- Yürütme organının; kendisine önemli anayasal yetkiler tanınmış olan ve doğrudan halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ile yasama organının içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan bir bakanlar kurulundan oluştuğu “başbakanlı başkanlık sistemi” (*premier-presidential system* – Bu çalışmada benimsenen tabirle; “yarı başkanlık sistemi”).
- Hem yasamanın, hem de yürütme organının başı olan ve önemli anayasal yetkilerle donatılmış bulunan başkan doğrudan halk tarafından seçildiği ve birbirlerinin içinden çıkmayan bu iki organın, karşılıklı olarak birbirlerinin hukukî varlıklarına da son veremedikleri “saf başkanlık sistemi” (*pure presidential system*)
- Yürütme organının, kendisine çok önemli anayasal yetkiler tanınmış olan ve doğrudan halk tarafından seçilen bir başkan ile yasama organına karşı sorumlu olan bir bakanlar kurulundan oluştuğu; ancak bakanlar kurulunun aynı zamanda başkana karşı da siyasî olarak sorumlu olduğu “başkanlı parlamenter sistem” (*president parliamentary system* – Bu çalışmada benimsenen tabirle; “süper başkanlık sistemi”¹⁶) olarak sınıflandırmaktadır.¹⁷

¹⁵ Matthew Soberg Shugart, “Of Presidents and Parliaments”, *East European Constitutional Review*, Vol. 2, No. 1 (1993), s. 30.

¹⁶ Fish, “süper başkanlık sistemi” (superpresidentialism) kavramını, bu sistemin başkanın sahip olduğu olağanüstü yetkiler açısından dünyadaki diğer başkanlık sistemlerinden ayrılması için önermektedir. Bkz. M. Steven Fish, “The Pitfalls of Russian Superpresidentialism”, *Current History*, October 1997, s. 367.

¹⁷ Bu sınıflandırmanın örneklerle açıklandığı ve tartışıldığı Türkçe bir kaynak için

Görüldüğü üzere, bu kategoriler belirlenirken, hükümet sistemlerine ilişkin yapılan klâsik üçlü ayırım aynen muhafaza edilmekte; bunlara yalnızca iki kategori daha eklenmektedir: “başkanlı parlamenter sistem” ve “süper başkanlık sistemi”. Bu kategorilerden ilkinde örnek olarak İrlanda Cumhuriyeti ve Bulgaristan gösterilirken¹⁸; temelde “olağanüstü yetkilerle donatılmış bir cumhurbaşkanı karşısında hayli zayıf konumda bir yasama organının bulunduğu bir anayasal sistem” olarak tanımlanan ikinci sistemin¹⁹ ise günümüz Rusya Federasyonu başta olmak üzere bazı Orta Asya Cumhuriyetleri ile yine bazı Güney Amerika Ülkeleri’nde uygulandığı kabul edilmektedir.

Bu bağlamda, hükümet sistemlerine ilişkin yapılan bu beşli sınıflandırma çerçevesinde yürütme organının yapısının, aşağıdaki tablo vasıtasıyla özetlenmesi mümkündür:

	İki Başlı Yürütme			Tek Başlı Yürütme	İki Başlı Yürütme
	Saf Parlamenter Sistem	Başkanlı Parlamenter Sistem	Yarı başkanlık Sistemi	Saf Başkanlık Sistemi	Süper Başkanlık Sistemi
Devlet Başkanı	+ (Monark veya Cumhurbaşkanı)	+	+	+	+
Hükümet Başkanı	+	+	+		+

Tablo-2: Hükümet Sistemlerine İlişkin Beşli Sınıflandırmada Yürütme Organının Yapısı

IV. Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı'nın Konumu ve Yasama - Yürütme İlişkileri

Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı'na, onu anayasal sistem içerisinde hâkim unsur haline getirebilecek önemli yetkiler ta-

bkz. Erdal Onar, “Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-başkanlık sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?”, Başkanlık Sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 71-104.

¹⁸ Bu kategorinin gereksiz bir ayırım olduğu hakkında bir görüş için bkz. Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 14.

¹⁹ Ayrıca bkz. Onar (2005), s. 77.
Fish (1997), s. 367-368.

nınmiş bulunmaktadır. Gerçekten, anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte Bakanlar Kurulu (ve dolayısıyla Başbakanlık) kaldırılmış, Bakanlar Kurulu ve Başbakan'ın sahip olduğu tüm yetkiler Cumhurbaşkanı'na aktarılmış, böylece Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'ndan oluşan "iki başlı" yürütme yapısı "tek başlı" hale getirilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanı'nın görevlerine ilişkin yapılan tanımlama da dikkat çekicidir: Gerçekten, Anayasa'nın 104. maddesinin önceki şeklinde; "Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasa'nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir" denilirken; madde'nin yeni halinde ise şu tanımlama yer almaktadır: "Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanın aittir. / Cumhurbaşkanı, Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasa'nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder." Cumhurbaşkanı'na "Devlet başkanı" sıfatı tanınması ve devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını "gözetmek" yerine "temin etmek" görevinin verilmesi, Cumhurbaşkanı'nın anayasal sistem içerisinde güçlendirilmiş konumunu teyit eder nitelikte düzenlemelerdir.

Bu değişikliklerin, yukarıda hükümet sistemi bağlamında yapılan açıklamalarla ilişkilendirilmesi ise karşımıza şöyle bir tablo çıkarmaktadır:



Tablo-3: Hükümet Sistemine Göre Devlet Başkanının Anayasal Yetkileri

Görüldüğü üzere, yapılan değişikliklerle birlikte saf parlamenter sistemlerde görülen "güçsüz devlet başkanı" modelinden uzaklaşmakta ve "güçlü devlet başkanı" modeline doğru bir geçiş eğilimi ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda, artık yürütme görev ve yetkisini tek başına temsil eden Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasındaki ilişkilerle ilgili değişiklikler de dikkat çekicidir. Anılan çerçevede getirilen değişikliklerin özü; yasama organına hâkim siyasi çoğunluk ile Cumhurbaşkanı'nın aynı siyasi görüşten olmalarını teşvik etmek üzere, Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin görev sürelerinin eşitlenmesi ile yine bu iki organın görevlerinin sona erme halleri arasında bağlantı kurulması olarak belirlenmektedir. Bu çerçevede, hem Cumhurbaşkanı ile TBMM'nin görev sürelerine, hem de anılan iki organ arasındaki denge-denetleme ilişkilerine ilişkin değişiklikler, Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki rolünü ve ağırlığını arttırmayı amaçlayan düzenlemeler olma niteliği taşımaktadır. Dahası, Cumhurbaşkanı'nın "cezaî sorumluluğuna" ilişkin yapılan değişiklikler de, bu alanda Cumhurbaşkanı'nın pozisyonunu ciddi şekilde kuvvetlendiren bir nitelik arz etmektedir. Son olarak, Cumhurbaşkanı'na verilen kararname çıkarma yetkisi de dikkat çekici bir husus olarak öne çıkmaktadır.

Ne var ki, anılan bütün bu tercihlerin siyasi açıdan uygunluğuna dair tartışmalar ve dile getirilen tüm eleştiriler bir tarafa bırakılsa bile; benimsenen sistemin işleyişine yönelik kayda değer bazı aksaklık ve belirsizliklerin bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, bu çalışmanın ilerleyen sayfalarında benimsenen yaklaşım; söz konusu sistemin anayasal tercihler bağlamında gözlemlenen *yerindelik sorunlarından* ziyade, anayasal sistem tasarımı bağlamında ortaya çıkan *hukukî sorunları* ekseninde bir inceleme yapmak olacaktır.²⁰

²⁰ Bununla birlikte, Yazarlar'ın Türkiye'de hükümet sistemi tartışmalarının geneline ve özellikle de 2017 Anayasa değişikliği kapsamında benimsenen hükümet sistemine ilişkin diğer tespit ve değerlendirmelerine ise şu kaynaklarda ulaşılabilir: Levent Gönenç: "Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", Başkanlık Sistemi içinde (Yayına Hazırlayan: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 1-12; "Hükümet Sistemi Tartışmalarında 'Başkanlı Parlamenter Sistem' Seçeneği", Güncel Hukuk, Sayı: 44 (2007), s. 39-43; "Presidential Elements in Government-Turkey", European Constitutional Law Review, Vol. 4, No. 3 (2008), s. 488-523; "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", Güncel Hukuk, (2011), s. 14-16; "Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği", TEPAV Politika Notu, tepav.org.tr (2011); "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", Birikim, Sayı 313 (Mayıs 2015). Ali Ersoy Kontacı: "2007 Presidential Elections in Turkey: From Political Crisis to System Instability", Juridikum - zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft, No. 4 (2008), s. 206-208; "The Presidents of Republics in Turkish and Polish Constitutions: A Short Overview from a Comparative Perspective", Merkourios, The Utrecht

a. Cumhurbaşkanı ile TBMM'nin Görev Sürelerinin Eşitlenmesi

Yapılan değişiklikler kapsamında, 1982 Anayasası'nın orijinal metninde 5 yıl olan ve 2007 yılında 4 yıla indirilen TBMM'nin seçim dönemi, yeniden 5 yıla çıkarılmış bulunmaktadır.

Aslında bu tercihin, 2007 yılında yapılan ve Cumhurbaşkanı'nun doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören değişikliğin uzantısı veya tamamlayıcısı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira anılan değişikliğin sonucu olarak, seçmenlerin hem TBMM Üyeleri'ni hem de Cumhurbaşkanı'nı seçmek üzere "iki sandıkta" oy kullanmaya başlamalarıyla birlikte, 1982 Anayasası'nın kurmuş olduğu parlamenter sistem modeli zaten terk edilmişti. 2017 yılında yapılan değişiklikle birlikteyse, TBMM'nin görev süresi ile Cumhurbaşkanı'nın görev süresi eşitlenirken; her iki organın seçiminin de aynı tarihte yapılması yöntemi benimsenmiş oldu.

	Saf Parlamenter Sistem	Başkanlı Parlamenter Sistem	Yarı başkanlık Sistemi	Saf Başkanlık Sistemi	Süper Başkanlık Sistemi
Tek sandık (Halk sadece parlamentoyu seçer)	+				
İki sandık (Halk parlamentoyu, hem devlet başkanını seçer)		+	+	+	+

Tablo-4: Hükümet Sistemlerinde Yürütme Organının Meşruiyet Temeli

TBMM seçimleri ve Cumhurbaşkanlığı seçiminin aynı günde yapılmasını ve TBMM ile Cumhurbaşkanı'nın 5 yıllık eşit bir süre için seçilmesini öngören bu son düzenlemenin, sistem üzerinde doğurması muhtemel etkiler yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda; getirilen yeni düzenlemenin, aynı gün yapılacak seçim-

Journal of International and European Law, Vol. 25, No. 68 (2008), s. 18-35; "Siyasi İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik bir Analiz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 123 (2016), s. 33-58; "Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 133 (2017), s. 11-60.

lerde Cumhurbaşkanlığı ve TBMM çoğunluğunun aynı partinin adayları tarafından kazanılma olasılığının yüksek olduğu göz önüne alınarak, sistemin “istikrarlı” ve “etkin” bir şekilde işlemlerini temin etmek amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Gerçekten, hayatın normal akışı içinde aynı gün yapılan iki ayrı seçimde, seçmenlerin aynı eğilimi göstermesi ve her iki seçimde de aynı siyasî eğilimin başarı kazanması beklenebilir. Ancak, karşılaştırmalı örnekler göstermektedir ki, istisnai olsa da aksi durumların ortaya çıkması mümkündür. Nitekim Latin Amerika Ülkeleri arasında Guatemala, Ekvador ve Peru’da Başkanlık ve Parlamento seçimleri aynı gün yapılmaktadır. Buna rağmen, Guatemala’da 1990 yılında yapılan seçimlerde Jorge Serrano Elias, %68 oyla Başkan seçilmiş; ancak, partisi Parlamento seçimlerinde yalnızca %15,5 oy alabilmiştir. Ekvador’da 1997 yılında yapılan seçimlerdeyse Abdala Bukaram ikinci turda Başkan seçilmiş; ancak, partisi Parlamento’da 82 sandalyeden sadece 15’ini kazanabilmiştir. Son olarak, Peru’da 1990 yılında yapılan seçimlerde ise, Alberto Fujimori %62,5 oy alarak ikinci turda Başkan seçilirken, partisinin Parlamento’daki 180 sandalyeden ancak 32’sini kazanabildiği görülmüştür.²¹ Bu gibi hallerdeyse, yasama ve yürütme organlarının seçim tarihlerinin eşlenmesi yoluyla “istikrarlı” ve “etkin” bir yönetim hedefine ulaşacak bir siyasî kompozisyon elde edilmesini uman kesimlerin beklentilerinin boşa çıkacağını söylemek mümkündür.

b. Denge - Denetleme İlişkileri

Saf parlamenter sistemde yürütme organının etkin kanadı, yani hükümet, parlamentonun içinden çıkar ve siyaseten ona karşı sorumludur. Bunun bir sonucu olarak, parlamentonun elinde hükümeti denetlemek için bir takım anayasal araçlar bulunmaktadır; meclis araştırması, soru, gensoru gibi. Saf başkanlık sisteminde ise, yasama ve yürütme organlarının ikisi de halk tarafından seçilir ve aralarında “sert” bir kuvvetler ayrılığı bulunur. Bu bağlamda parlamento, başkanı koltuktan indiremeyeceği ve siyaseten hesap soramayacağı gibi, başkan da parlamentonun görevine, seçildiği süreyi tamamlamadan son veremez.

²¹ Bu örnekler için bkz. Selin Esen, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, s. 47.

Bu bağlamda, hükümet sistemi tercihinine göre yasama yürütme arasındaki sorumluluk ilişkisini aşağıdaki gibi bir tablo yardımıyla açıklamak mümkündür:

	Saf Parlamenter Sistem		Başkanlı Parlamenter Sistem		Yarı başkanlık Sistemi		Saf Başkanlık Sistemi	Süper Başkanlık Sistemi	
	DB	HB	DB	HB	DB	HB	Başkan (DB+HB)	DB	HB
Siyaseten Sorumsuz	+								
Halka Karşı Sorumlu (Teorik Olarak)			+		+		+	+	
Parlamentoya Karşı Sorumlu		+		+		+			+

Tablo-5: Hükümet Sistemlerinde Yürütme Organının Siyasî Sorumluluğu

“Cumhurbaşkanlığı Sistemi” olarak adlandırılan hükümet sisteminin bu kapsamda getirdiği sisteme bakıldığında ise, yukarıdaki tabloda gösterilen esaslardan farklılaşan “melez” bir sistemin benimsendiği görülmektedir. Gerçekten, *saf parlamenter sistem* tercihinden uzaklaşıldığı açıkça görülebilen bu sistemde, *saf başkanlık sisteminin* tanımlayıcı özelliği olan “sert kuvvetler ayrılığı” ilkesi de geçerliğini yitirmekte ve Cumhurbaşkanı ve TBMM’ye, karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son verme imkânı tanınmaktadır. Bu kapsamda, anılan sistem uyarınca, yasama ve yürütme organlarının görev süreleri birbirlerine bağlı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı TBMM’yi feshetmeye karar verirse, kendi koltuğunu da feda etmeye hazır olmalıdır. Çünkü Cumhurbaşkanı tarafından feshedilen TBMM için yeni seçimler yapılırken, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı seçimleri de yapılacaktır. Paralel biçimde; eğer TBMM de erken seçim kararı alırsa, TBMM seçimleriyle birlikte Cumhurbaşkanlığı seçimi de yapılacaktır.

Bu düzenlemenin, ilk bakışta yasama ve yürütme organlarına karşılıklı olarak anayasal bir “silah” vererek birbirlerini denetlemelerini ve dengelemelerini sağlayan ve böylece siyasî krizlere düşmeden ülkeyi yönetme imkânı verilmesini amaçlayan bir düzenleme olarak

görülmesi mümkündür. Ancak, bu dengeyi olumsuz yönde etkileyebilecek ve yürütmeyi yasama karşısında güçlendirebilecek bir ayrıntıya da dikkat çekmek gerekmektedir. Yeni sistem uyarınca, TBMM seçimlerin yenilenmesi kararı, ancak Meclis üye tamsayısının 3/5'nin oyuyla (360 Milletvekili) alınabilmektedir. Oysaki Cumhurbaşkanı'nın seçimlerin yenilenmesi kararını alması için herhangi bir şart bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TBMM'nin olası bir siyasi krizi çözmek amacıyla bir erken seçim kararı alabilmesi ve hem yasama hem yürütmenin yenilenmesini sağlayacak bir hamle yapması, Cumhurbaşkanı'nın bu hamleyi yapmasından çok daha zordur. Bu durumda, Cumhurbaşkanı, gerçekten seçimlerin yenilenmesine karar vermeyecek dahi olsa, bu olasılığı TBMM'ye hissettirerek bir üstünlük sağlayabilir. Böyle bir olasılık gerçekleştiğindeyse, söz konusu düzenlemenin sağlıklı bir denetleme ve dengeleme mekanizması kurmak ve sistem içinde kriz çözücü bir rol oynamak yerine, yeni sorunlara yol açan bir düzenleme haline geleceği kuşkusuzdur.

Yeni sistemde TBMM'nin "bilgi edinme ve denetim yolları" konusunda da bazı değişiklikler yapılmış bulunmaktadır. Bu değişikliklerin bazıları, getirilen sistemin doğasına uygun düzenlemeler olarak kabul edilebilirse de, diğer bazı düzenlemelerin anayasal denge-denetleme ilişkilerinin "olması gereken" standartlarından çok uzak olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle değinilmesi gereken husus, Anayasa'nın mülga 99. maddesinde yer alan "Gensoru" kurumunun anayasal mimari içinden bütün olarak çıkarılmış olmasıdır. Bilindiği üzere gensoru, tek tek Bakanlar'ın veya Bakanlar Kurulunun ve Parlamento'ya karşı olan bireysel veya kolektif siyasî sorumluluklarını harekete geçirmenin temel aracı olup; parlamenter hükümet sisteminin ayırt edici unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçildiği (ve dolayısıyla yasama organının içinden çıkmadığı) ve bakanların da kural olarak Meclis dışından ve Meclis'in onayı olmadan atandığı bir sistemde, gensoru kurumunun yürürlükten kaldırılmış olmasında şaşırıcı bir yön olmasa gerektir. Nitekim bu yeni sistemde artık bir "Bakanlar Kurulu"ndan söz edilemeyeceği gibi, "Başbakanlık" kurumu da tümüyle kaldırılmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın (değişik) 98. maddesinde yer alan ve halen anayasal sistem içinde varlıklarını sürdüren anayasal denetim araçlarının bazılarının tasarımı, hükümet sistemi değişikliğiyle de açıklanması mümkün görünmeyen ciddi bazı sorunların bulunduğu göze çarpmaktadır.

Bu bağlamda "soru" kurumuna bakıldığında; *"Yazılı soru, yazılı olarak en geç on beş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanını yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir"* düzenlemesinin getirildiği görülmektedir (AY. m. 98/5). Bu bağlamda öncelikle milletvekillerinin muhataplarına "sözlü olarak cevaplanmak üzere" soru sormaları imkânının tamamen kaldırıldığı gözlemlenmektedir. Dahası, eskiden *"Bakanlar Kurulu adına (...) cevaplanmak üzere Başbakan veya bakanlardan..."* bilgi istenmesi şeklinde düzenlenen "soru", şimdi yalnızca *"...Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara..."* yöneltebilmektedir. Bu durumunsa, kamu hukukunda yetki ve sorumluluğun paralel olması gerektiği yönündeki ilkeye açıkça aykırı bir durum teşkil ettiğini belirtmek gerekmektedir. Zira önceki sistemde soruların Cumhurbaşkanı'na değil de Başbakan veya Bakanlar'a yöneltiliyor oluşu; söz konusu makamların, yürütmenin "etkin" kanadını oluşturması ve dolayısıyla da siyasî kararların alınması ve uygulanması konusunda gerçek yetkili birimler olmalarının bir sonucu olarak benimsenmişti. Buna karşılık, eski sistemde Cumhurbaşkanı, kural olarak yetkisiz ve sorumsuz bir durumda bulunduğu ve yine kural olarak bütün işlemleri ilgili Bakan ve Başbakan tarafından imzalandığı için ("karşı imza"), bu işlemlerin sorumluluğu da hükümet tarafından üstlenilmekte ve Cumhurbaşkanı'na Meclis'te ayrıca ve doğrudan bir soru yöneltilmesine gerek kalmamaktaydı.

Aynı mantığın gereği olarak, yeni sistemdeki "tek kanatlı" yürütme organı aslen Cumhurbaşkanı'ndan oluştuğu ve Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisini tek başına kullanmaya yetkilendirilmiş olduğu düşünüldüğünde, TBMM'de sorulacak soruların doğal muhatabının da Cumhurbaşkanı olması gerekecektir. Ne var ki, yukarıda da işaret edildiği üzere, yeni düzenlemede soru kurumunun muhatabı; sayısı, nitelikleri ve atanma ölçütleri tümüyle belirsiz olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı/Yardımcıları ile aslen hiçbir bağımsız siyasî iradesi olmayan Bakanlar olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bu tercihinse, bir anayasal denetim aracı olarak "soru" kurumunun ruhuna ve işlevine uygun düşmediği açıktır.

Yeni sistemde Cumhurbaşkanı'na verilen atama yetkileri de, bu yetkilerin genişliği ve kullanılma biçimleri dikkate alındığında, yasama ve yürütme organları arasındaki denge-denetleme ilişkileri bağlamında ele alınması gereken olan bir husustur. Gerçekten, yeni sistemde Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar (AY. m. 104/8, m. 106/4) ile üst kademe kamu yöneticilerini (AY. m. 104/9) tek başına atamakta ve bunların görevlerine son verebilmekte; yine Anayasa Mahkemesi Üyeleri'nin büyük bir çoğunluğunu (doğrudan veya kurumlardan gelecek öneriler arasından) atama yetkisini elinde bulundurmaktadır (AY. m. 146). Üstelik üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esasları da bir "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile düzenlenecektir (AY. m. 104/9).

Bütün bu yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmasının, hükümet sistemi tercihinin zorunlu bir sonucu olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Zira karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerine bakıldığında, başkanlık sistemi ve türevlerini benimseyen kimi ülkelerde, bu türden atama yetkilerinin, sürecin farklı aşamaları yönünden yasama ve yürütme organları arasında bölüştürüldüğü görülmektedir. Örneğin anılan sistemin ilk ve en bilinen örneği olan Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) Yargıçları, yabancı ülkelere gönderilecek diplomatik temsilciler ve çeşitli üst kademe yöneticileri gibi makamlara atama yetkisi Başkan'a verilmiş olmakla birlikte, bu makamlara aday olan kişilerin ciddi bir parlamenter denetime tâbi tutuldukları görülmektedir. Kuşkusuz ki böyle bir anayasal tercihin arkasında yatan mantık; yürütme organın atama yetkilerinin bir tür parlamenter denetime açılmasını sağlamak ve böylece yasama ve yürütme organları arasında daha dengeli bir çalışma atmosferi ve uzlaşma kültürünün yaratılmasına katkıda bulunulmaktır.

Yasama ve yürütme organları arasındaki denge-denetleme ilişkileri açısından üzerinde durulması gereken son bir husus da, bütçe konusudur. Bilindiği üzere bütçe, hem başkanlık sisteminde, hem parlamenter sistemde, yasama organının yürütme organını denetlemek için kullandığı en önemli anayasal araçlardan biridir. Yeni sistemde ise bu konuda şöyle bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır: "*Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni*

bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanır” (AY. m. 161). Bu düzenlemenin, TBMM çoğunluğunun bütçeyi reddederek veya bu konuda hareketsiz kalarak Cumhurbaşkanı'nın elini kolunu bağlamasını engellemek için getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten bu düzenleme sayesinde Cumhurbaşkanı, “TBMM'ye rağmen”, önceki yılın bütçesiyle icraatını sürdürebilecektir. Bununla birlikte, 2017 değişikliğiyle “kesin hesap kanunu” için benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Değişikliğe göre; “Kesin hesap kanunu teklifi, yeni yıl bütçe kanunu teklifiyle birlikte görüşülür ve karara bağlanır” (AY. m. 161). Dolayısıyla, TBMM önceki yılın bütçesine ait kesin hesap kanununu kabul etmediği takdirde, önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilmeyle kullanılmaya devam edilip edilmeyeceği tartışma konusudur.

Bu kapsamda ayrıca, ilkesel bir sorunun varlığına da dikkat çekmek lazımdır. Zira bütçe üzerindeki kontrol yetkisi, tarihsel olarak parlamentoculuğun ortaya çıkışındaki en önemli dinamiklerden biri olarak görülmektedir. Benzer şekilde, günümüzde de devlet bütçesinin parlamentonun koyduğu sınırlamalara tâbi ve parlamenter denetime açık olması, halkın kamu kaynakları üzerindeki demokratik kontrolünün önemli bir aracı olarak görülmektedir. Bu bağlamda, söz konusu kontrolün zayıflatılmasının kamu malî disiplini yönünden doğurabileceği muhtemel sakıncalar bir yana; söz konusu tercihin, çağdaş demokrasi teorisi açısından da açıklanması son derece güç bir manzara ortaya koyduğunu ifade etmek gerekmektedir.

c. Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu

2017 anayasa değişiklikleri kapsamında Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu da eski sistemden farklı biçimde kaleme alınmıştır. Öncelikle yeni sistem uyarınca; Cumhurbaşkanı eskiden olduğu gibi sadece “vatana ihanet” suçundan değil, görevdeyken işlediği her türlü suçtan sorumlu tutulabilecektir. Bu, geçmişte Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna ilişkin yapılan tartışmalara açıklık getirmesi açısından olumlu bir düzenlemedir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'da yargılanabilmesi için tasarlanan süreç, bu hukukî yolun işletilmesini neredeyse imkânsız kılmaktadır. Buna göre, görevdeyken bir suç işleyen bir Cumhurbaşkanı hakkında, ancak TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunun (301 Milletvekili) vereceği bir önergeyle

soruşturma açılması istenebilmektedir. Soruşturma açılması yönünde bir karar verilebilmesi içinse, üye tamsayısının 3/5'inin (360 Milletvekili) oyu gerekmektedir. Nihayet, soruşturma neticesinde "Yüce Divan'a sevk" kararı verilebilmesi için, TBMM üye tamsayısının 2/3'nün (400 Milletvekili) oyu gerekmektedir. TBMM'de bu çoğunluklara ulaşmak fevkalade güçtür. Üstelik TBMM'de salt çoğunluğun Cumhurbaşkanı'nın mensup olduğu partinin veya onu destekleyen bir koalisyonun elinde olduğu varsayıldığında, hayatın olağan akışı içerisinde, süreci başlatan "önerenin" verilmesinin dahi ihtimal dışı olduğu söylenebilir. Sonuç olarak, 2017 değişikliği öncesinde yürürlükte olan sistemde Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevk süreci TBMM üyelerinin 1/3'ünün oyuyla vereceği bir önergeyle başlatılırken, yeni sistemde bu süreç uzatılmış, kademelendirilmiş ve karar almak için gereken çoğunluklar artırılmış bulunmaktadır.

Bu bağlamda ayrıca belirtilmesi gereken bir nokta da, yukarıda açıklanan bu prosedürün, Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erdikten sonra da, görevdeyken işlediği iddia edilen suçlar bakımından aynen uygulanacak olmasıdır.

Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken son bir nokta da, yukarıda özetlenen tüm sayısal ve siyasî zorluklara karşın, Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde ortaya çıkacak garip bir durumdur. Bilindiği üzere, Anayasamız'daki eski düzenleme: "*Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı ile Yüce Divana verilen bir bakan bakanlıktan düşer. Başbakanın Yüce Divana sevk halinde hükümet istifa etmiş sayılır*" hükmünü içeriyordu. Buna göre, önceki sistemde, TBMM'nin Yüce Divan'a sevk kararı ile birlikte ve Yüce Divan kararının beklenmesine gerek olmaksızın, Başbakan ve Bakanlar'ın görevleri sona ermiş sayılıyordu. Yeni düzenlemeye göre ise: "*Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erer.*" Buna göre, eski sistemden farklı olarak, Yüce Divan'da yargılanmakta olan bir Cumhurbaşkanı'nın görevine devam edebileceği anlaşılmaktadır. Bu durumunsa, "hâlihazırda yargılanmakta olduğu mahkemeye üye atama yetkisine sahip bir Cumhurbaşkanı" gibi, izahı zor bir durumun ortaya çıkmasına sebep olabilecek bir düzenleme olduğu açıktır. Bir an için bu uç örneğin gerçekleşmesinin oldukça uzak bir ihtimal olduğu iddia edilebilirse dahi, idarî soruşturma ve yargılamaların sağlıklı şekilde

yürütülebilmesi için, kamu kesiminde pek çok durumda benimsenen “görevden uzaklaştırma” gibi bir usulün, bu kadar önemli bir konuda benimsenmemiş olmasını açıklamak mümkün görünmemektedir. Zira TBMM’nin büyük bir çoğunluğunun görevdeyken bir suç işlediğine inandığı bir Cumhurbaşkanı’nın (bu suçlama “vatana ihanet” şeklinde formüle edilmiş olsun veya olmasın), görevini sağlıklı bir biçimde sürdürebileceğini öngörmek fevkalade güçtür.

d. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Olası “Kurallar Savaşı” Sorunu

1982 Anayasası’nda yürütme hem bir “görev”, hem bir “yetki” olarak tanımlanmıştır. Yürütmenin “görev” olması, onun kanunları “yürütme”, yani kanunları uygulama işlevini yerine getirmesiyle ilgilidir. Yürütme, aldığı kararlarla ve yaptığı işlemlerle kanunları somut olayda uygulanabilir hale getirir. Bunun yanında yürütme ve ona bağlı idare, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve kanuna dayanmak koşuluyla; tüzük, yönetmelik gibi genel ve soyut düzenlemelerle kural da koyabilir. 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten 2017 değişikliğine kadar geçen zaman zarfında, yürütmenin sahip olduğu özel bazı kural koyma imkânların da bizzat anayasa tarafından öngörülmüş olduğu görülmektedir. Gerçekten, bu dönem boyunca Bakanlar Kurulu, TBMM’nin çıkardığı bir “yetki kanunu”na dayanarak “kanun hükmünde kararname” (KHK) çıkarabiliyorken, bu KHK’ler hiyerarşik olarak kanunla eşit düzeyde bulunuyor ve KHK ile kanunlar değiştirilebiliyor veya yürürlükten kaldırılıbiliyordu. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu da, “olağanüstü hal” ve “sıkıyönetim” dönemlerinde, bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın bu tür düzenlemeler yapabiliyordu.

Getirilen yeni hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu kaldırılmış ve yürütme gücü Cumhurbaşkanı’nın elinde toplanmıştır. Dolayısıyla artık Bakanlar Kurulu’nun olağan veya olağanüstü dönemlerde çıkardığı KHK’lerden söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık yeni sistemde yürütmeye “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” (CBK) ile kural koyma imkânı tanınmış bulunmaktadır. Bu bağlamda, yeni hükümet sisteminde yasama-yürütme ilişkilerinin gerçekçi bir değerlendirmesini yapabilmek için CBK’lerin özelliklerinin de ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda:

1. CBK'ler her konuda değil, ancak "yürütme yetkisi"ne ilişkin konularda çıkarılabilecektir.
2. Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler CBK'ler ile "düzenlenebilecek", ancak "sınırlanamayacaktır".
3. Kişinin hak ve ödevleri ile siyasî hak ve ödevlerin ise, CBK ile düzenlenmesi ve dolayısıyla sınırlanması mümkün değildir.
4. Anayasa'da "münhasıran" kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konular CBK'ye konu olamayacaktır.
5. Aynı konuda daha sonra bir kanun çıkarılırsa, CBK hükümsüz hale gelecektir.
6. CBK ile kanunun farklı hükümler içermesi halinde, kanun hükmü uygulanacaktır.

CBK'lerin bu özellikleri topluca değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa'da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen aşağıdaki konuları CBK ile düzenleyemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır:

- Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulması (AY. m. 126/son),
- Mahalli idarelerin kuruluş ve görevlerine ilişkin konular (AY. m. 127),
- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri (AY. m. 128/2) ile yargılanmalarına ilişkin düzenlemeler (AY. m. 129/son),
- Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları (AY. m. 128/son),
- Yükseköğretime ilişkin düzenlemeler (AY. m. 130),
- Radyo ve televizyon istasyonlarının kurulması ve işletilmesine ilişkin düzenlemeler (AY. m. 133),
- Kamu Denetçiliği Kurumu (AY. m. 74/son), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (AY. m. 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Ku-

rumu (AY. m. 134), Diyanet İşleri Başkanlığı (AY. m. 136) ile Ekonomik ve Sosyal Konsey'e ilişkin düzenlemeler (AY. m. 166/son),

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler (AY. m. 135).

CBK'lerin hukukî rejiminin analizinden çıkan bir diğer sonuç ise; Cumhurbaşkanı'nın partisinin TBMM'de (salt) çoğunluğu kaybetmesi, buna karşılık muhalefetin (salt) çoğunluğu elde etmesi, yani "kanun yapma" yeterliğine sahip olması durumunda²²; muhalefetin Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yapmasını istemediği bir alanda kanun çıkararak veya mevcut kanunu yürürlükten kaldırmayarak, Cumhurbaşkanı'nın kural koyma kapasitesini zafiyete uğratabileceğidir. Daha da önemlisi, daha önce kanuna konu olmayan bir alan Cumhurbaşkanı tarafından kararname ile düzenlense dahi, çoğunluğu elinde bulunduran parti veya partiler daha sonra aynı konuda bir kanun yaparak CBK'yi hükümsüz hale getirebileceklerdir.²³ Bu ihtimalde, literatürde başkanlık sistemi bağlamında "kurallar savaşı" ya da "kanunlar savaşı" olarak adlandırılan bir durum ortaya çıkabilecektir.

Bu ihtimalleri somut bir örnekle açıklamak için, Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeye bakılabilir. Anılan hükme göre: "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." Aynı maddenin ikinci fıkrası gereği, üst kademe yöneticilerinin statülerine ilişkin esaslar ise kanun konusudur. 2017 Anayasa değişikliğine göre ise, üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenecektir (AY. m. 104/9). Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu söylenebilir: Cumhurbaşkanı üst kademe yöneticilerinin nasıl ve ne şekilde atanacağını belirleyebilecek; ancak, bu yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları ile statülerine ilişkin düzenleme yapamayacaktır. Daha da

²² Bu durumda, yeni sistemde muhalefetin "çoğunluğa" sahip olması yetmez, "salt çoğunluğa" sahip olması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti anayasal sisteminde Cumhurbaşkanı'nın yasaları TBMM'ye "geri gönderme", yani kamuoyunda bilinen ismiyle "veto hakkı" bulunmaktadır. 2017 Anayasa değişikliğine göre, Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye geri gönderilen bir yasanın "aynen" kabul edilebilmesi için, hâlihazırda olduğu gibi toplantıya katılanların salt çoğunluğu değil, üye tam sayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Cumhurbaşkanı bu nisapla kabul edilen bir yasayı yayımlamak mecburiyetindedir.

²³ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss. 21-51.

önemlisi, TBMM daha sonra üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirleyen bir kanun çıkarırsa, CBK hükümsüz kalacaktır.²⁴

Son olarak, CBK'lerin olağanüstü haller kapsamındaki etkisine de bakmakta fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda genel olarak ifade etmek gerekir ki; olağanüstü hal rejimine ilişkin getirilen düzenlemeler de, sistem içinde Cumhurbaşkanı'nın anayasal statüsünü güçlendirecek niteliktedir. Nitekim getirilen değişiklikler kapsamında, Anayasa'da daha önceden mevcut olan iki olağanüstü yönetim biçiminden "sıkıyönetim" kaldırılmış, "olağanüstü hal" ise muhafaza edilmiştir. Önceki sistemde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen olağanüstü hal, yeni sistemde tek başına Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilmektedir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı olağanüstü hal süresince "Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" çıkarabilmektedir. Bu kararnamelerin önceden Anayasamız'da mevcut olan ve anayasa hukuku öğretisinde eleştirilen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden esaslı bir farkı yoktur. Bu bağlamda en önemli fark şu hükümde karşımıza çıkmaktadır: *"Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bir ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar."* Bu hüküm, hiç kuşkusuz, anayasa hukuku tekniği açısından olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

V. Sonuç

2007 ve 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle birlikte, Ülkemiz'de parlamenter hükümet sistemden aşamalı biçimde kopulduğu ve halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki rolünün gittikçe atırıldığı bir anayasal modele doğru geçiş yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde benimsenen ve Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkiler başta olmak üzere anayasal mimariye hâkim olan çeşitli tercihlerin etkisiyle *"kısmen bozulmuş bir parlamenter sistem"* olarak nitelendirilebilecek olan hükümet siste-

²⁴ Bu örnek ve bu konudaki diğer değerlendirmeler için bkz. Ardıçoğlu (2017), s. 44.

minin, 2007 yılında yapılan değişiklikle birlikte “kısmen bozulmuş bir başkanlı parlamenter sistem”e, oradan da 2017 değişiklikleriyle birlikte “epeyce bozulmuş bir başkanlık sistemi”ne dönüşmüş olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, 1982 Anayasası’nın kriz üretme potansiyelini ortadan kaldırmak amacıyla çıkılan yolculukta benimsenen hükümet sisteminin, “kuvvetler ayrılığı” ve “denge-denetleme” ilişkileri açısından, geçmişi yüzyıllara dayanan kimi demokratik kazanımlar ve anayasacılık birikimini inşa eden deneyimlerle açıkça çelişen bazı yönlerinin olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Bu tercihlerin yerindeliliğine ve siyaseten uygunluğuna ilişkin yürütülebilecek olan tüm tartışmalar bir yana, söz konusu değişiklikler kapsamında açıklığa kavuşturulamayan ve yasama-yürütme ilişkileri bağlamında ciddi hukukî sorunlar doğurma potansiyeli bulunan hususların da mevcut olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu durum, anayasal kurum ve kuralların uygulamadaki her olasılığa göre test edilmesini ve ortaya çıkabilecek problemler için ideal çözümler öngörülmesini gerektiren “anayasa mühendisliği”²⁵ açısından da sorunlu bir durumla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

Başka bir deyişle, benimsenen yeni hükümet sistemi, kendisine yöneltilebilecek olan tüm siyasî eleştiriler bir yana, *anayasa mühendisliği* açısından da çeşitli kusurlarla malul bir mühendislik eseri olarak karşımızda durmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

- Ardıçoğlu Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3.
- Çağlar Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 3 (1986), *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara 1986.
- Duran Lütfi, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988.
- Duverger Maurice, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *Parliamentary versus Presidential Government*, Der. Arend Ljphard, Oxford University Press, Oxford 1992.
- Elgie Robert, “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, *European Journal of Policy Research*, Vol. 33 (1998).

²⁵ “Anayasa mühendisliği” kavramı için bkz. Sartori (1997).

- Erdoğan Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasi Kitabevi, Ankara 2001.
- Epstein Leon D., "Parliamentary Government", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol 11 (1968).
- Esen Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4.
- Fish M. Steven, "The Pitfalls of Russian Superpresidentialism", *Current History*, October 1997.
- Gönenç Levent, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2002.
- Gönenç Levent, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", Başkanlık Sistemi (Yayına Hazırlayan: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Gönenç Levent, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında 'Başkanlı Parlamentar Sistem' Seçeneği", *Güncel Hukuk*, Sayı: 44 (2007).
- Gönenç Levent, "Presidential Elements in Government-Turkey", *European Constitutional Law Review*, Vol. 4, No. 3 (2008).
- Gönenç Levent, "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Güncel Hukuk*, (2011).
- Gönenç Levent, "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Birikim*, Sayı 313 (Mayıs 2015).
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt - I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2001.
- İba Şeref, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Kaboğlu İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Karatepe Şükrü, *Anayasa Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- Kontacı Ali Ersoy, "2007 Presidential Elections in Turkey: From Political Crisis to System Instability", *Juridikum - zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft*, No. 4 (2008).
- Kontacı Ali Ersoy, "The Presidents of Republics in Turkish and Polish Constitutions: A Short Overview from a Comparative Perspective", *Merkourios, The Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 25, No. 68 (2008).
- Kontacı Ali Ersoy, "Siyasi İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik bir Analiz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 123 (2016).
- Kontacı Ali Ersoy, "Parlamentar Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133 (Kasım 2017).
- Linz Juan, "Parliamentarism and Presidentialism", *The Encyclopedia of Democracy*, Seymour Martin Lipset (Ed.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1995.
- Okşar Mustafa, *Hükümet Sistemleri, Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları*, Ankara 2013.
- Onar Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı başkanlık sistemine Geçmesi Düşü-

- nülmeli midir?”, Başkanlık Sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Sağlam Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013.
- Sartori Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Schmidt Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Dunc-ker & Humblot, Berlin 2010.
- Shugart Matthew Soberg, “Of Presidents and Parliaments”, *East European Constitutional Review*, Vol. 2, No. 1 (1993).
- Tanör Bülent, İki Anayasa: 1961-1982, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Tanör Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım AŞ, İstanbul 2009.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009.
- Tunç Hasan, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011.
- Uluşahin Nur, Anayasal Bir Tercih olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.
- Üskül Zafer, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, AFA Yayınları, İstanbul 1991.
- Von Beyme Klaus, Die parlamentarische Demokratie: Entstehung und Funktionsweise 1789-1999, Springer VS, Wiesbaden 2014.
- Yazıcı Serap, Başkanlık ve Yarı başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.

Elektronik Kaynaklar

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmî İnternet Sitesi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>
- Gönenç Levent, “Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği”, TEPAV Politika Notu, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1303138962-5.Turkiyede_Hukümet_Sistemi_Tartismalari-na_Kisa_Bir_Bakis_ve_Mevcut_Hukümet_Sisteminin_Niteligi.pdf (2011).

UYGULAMADA KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT (CMK m. 141-144) INDEMNITY FOR DAMAGES WHICH MAY ARISE IN PRACTICE DUE TO PROTECTIVE MEASURES (Articles 141-144 of the Code of Criminal Procedure)

Nabi ÖZALP*

Özet: Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliğinde olması nedeniyle, kanunda her koruma tedbirine hangi koşullarda başvurulabileceği ayrı ayrı ve açıkça düzenlenmiştir. Kanunda öngörülen koşullar gerçekleşmeden koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu bu tedbirlere maruz kalan kişilerin maddi ve manevi zarara uğramaları mümkündür. Zarar gören kişilerin bu zararlarının karşılanması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yakalama, gözaltına alma, tutuklama, elkoyma ve arama tedbirinin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu bu tedbirlere muhatap olan kişilerin zararlarının giderilmesinin koşulları ve yargılama usulü, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ila 144. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen haller nedeni ile zarar gördüğünü iddia eden kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri, 142. maddede ise koruma tedbirleri nedeni ile tazminat isteminin zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacağı öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Koruma Tedbiri, Tazminat, Haksız Tutuklama, Gözaltı, Yakalama

Abstract: As protective measures are direct interventions with fundamental rights and freedoms, the law clearly stipulates each of the conditions under which each protective measure may be resorted to. It is possible for those who are subjected to these measures to incur pecuniary and non-pecuniary damages as a result of unlawful application of the protective measures without the said conditions set out in the law having been met. Indemnification of these aggrieved persons against such damages is a requirement of the "rule of law". Articles 141 through 144 of the Code of Criminal Procedure (CCP) govern and stipulate the conditions and trial procedure for indemnification of persons who are subjected to unlawful app-

* Av. Dr., nbzlp06@gmail.com, ORCID:0000-0002-6169-6940, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.07.2019, Kabul Tarihi: 29.07.2019

lication of the protective measures of apprehension, detention, arrest, seizure/confiscation and search. A person who alleges to have incurred loss on account of the circumstances set out in paragraph 1 of Article 141 of the CCP may demand from the state indemnity for all his pecuniary and non-pecuniary damages, and Article 142 of the CCP stipulates that such demands for indemnity on account of protective measures shall be decided upon and adjudged by the assize courts of the place where the aggrieved person in question resides.

Keywords: Protective Measures, Indemnity, Wrongful Arrest, Detention, Apprehension

GİRİŞ

Ceza muhakemesi faaliyetinin amacına uygun olarak yürütülebilmesi ve muhakeme sonucunda hükmün infaz edilebilmesi için soruşturma ve kovuşturma evresinde şüpheli/sanığın temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliğini haiz koruma tedbirleri uygulanmaktadır. Koruma tedbirlerinin, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliğinde olması nedeniyle, kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar gerçekleşmeden veya başlangıçta haklı görünmekle birlikte yargılama sonunda haksız olduğunun anlaşılması sonucu bu tedbirlere maruz kalan kişilerin maddi ve manevi zarara uğramaları mümkündür. Maddi gerçeği bulma amacına matuf olarak kamu yararına uygulanan bu tedbirlerden vazgeçmek mümkün olmadığına göre, hukuka aykırı olan bu tedbirlere maruz kalan kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesinin en makul yöntemi, bu kişilere tazminat ödenmesidir.¹ Devletin, organları aracılığıyla işlediği bu hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zararları tazmin etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.² Zira hukuk devleti, her eylem ve işlemleri hukuka uygun olan ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlet olmanın ötesinde, aksi durumda sorumluluğunu kabul eden ve bu sorumluluğun gereğini yerine getiren devlettir.³ Soruşturma ve kovuşturma toplum yararına yapıldığına ve ceza davası toplum

¹ Hakan Hakeri, *Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 45.

² Uğur Alacakaptan, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti" *AÜHFD*, Ankara, 1961, C.18, S.1-4, s.206.

³ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 404.

yararına açıldığına göre, bundan da bir bireyin zarar görmesi halinde, bu zararın, koruma tedbirini uygulayan tarafından değil, toplum/devlet tarafından karşılanması gerekir.⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlığı altında 5. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkralarında, kişi özgürlüğünün hangi hallerde ve nasıl kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, "Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır" ifadesine yer vermek suretiyle sözleşmede belirlenen esaslara aykırı olarak gerçekleştirilen bir yakalama veya tutuklama işleminden dolayı zarar görenlerin tazminat talep edebileceği öngörülmüştür.

Türk hukuk sisteminde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunda ilk esaslı çalışma 1956 yılında İzmir milletvekili Ali Sebük tarafından yapılan kanun teklifidir.⁵ Bu teklif o zaman Adalet Komisyonu tarafından ülke ihtiyaçlarına uygun olmadığı gerekçesiyle ret edilmiştir.⁶ Bilahare koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ödenmesi "haksız ve hukuka aykırı yakalama ve tutuklama" koruma tedbirleri ile sınırlı olarak 1961 Anayasa'sının 30. maddesinde yer almıştır. Bu madde de yakalama ve tutuklamanın hangi hallerde söz konusu olacağı açıklandıktan sonra maddenin son fıkrasında; "Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, kanuna göre, devletçe ödenir" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'da yer alan bu düzenleme doğrultusunda, 07.05.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun kabul edilmiştir. Haksız yakalanan ve tutuklanan kimselere tazminat ödenmesine ilişkin düzenlemeye 1982 Anayasası'nda da yer verilmiş ve 19. maddesinde yakalama ve tutuklama koşullarına işaret edildikten sonra maddenin son fıkrasında, "Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar kanuna göre, devletçe ödenir" hükmüne yer verilmiştir. Anılan hüküm bu kez 17.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile "bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişile-

⁴ Alacakaptan, s. 207; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2007, s.1072; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s.746.

⁵ Kanun teklifinin metni için bkz., Hakeri, s. 26.

⁶ Alacakaptan, s.199; Hakeri, s.26.

rin uğradıkları zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödenir” şeklinde değiştirilmiştir. Keza Anayasa’nın 40/3. maddesinde de kişinin, resmi görevliler tarafından meydana getirilen haksız işlemler sonucu uğradığı zararının kanuna göre devletçe tazmin edileceği öngörülmüştür.

Koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da düzenlenmiştir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 18. maddesi ile 466 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yedinci bölümünde “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” ana başlığı altında 141. maddesinde tazminat nedenleri, 142. maddede yargılama usulü, 143. maddede tazminat nedenin daha sonra gerçekleşmediğinin anlaşılması nedeniyle ödenen tazminatın geri alınması ve 144. maddede ise tazminat isteyemeyecek kişiler düzenlenmiştir.

Bu çalışmada Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141 ila 144. maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın kararları doğrultusunda incelenmiştir. Ayrıca koruma tedbiri olmamakla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/3. maddesinde, infaz edilen mahkûmiyet kararının sonradan yargılamanın yenilenmesi sonucu kaldırılması nedeniyle zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edileceğine ilişkin düzenleme irdelenmiştir.

I. TAZMİNAT NEDENLERİ

A. GENEL OLARAK

Tazminat nedenleri CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasında sıralanmıştır. Buna göre; a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, b) Kanuni gözaltı süresinde hâkim önüne çıkarılmayan, c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeyen, d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan veya bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, f) Mahkûm olup da gö-

zaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen”, k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişiler tazminat isteyebilir.

Bir diğer tazminat nedeni ise, CMK'nın 323/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir”*. Bu halde herhangi bir koruma tedbiri söz konusu değildir. Tazminatın konusu kısmen veya tamamen infaz edilen mahkûmiyet kararı nedeniyle uğranılan zarardır. Kanun'da sayılan bu nedenler sınırlı olarak düzenlendiğinden, sadece bu nedenlere dayanılarak tazminat istenebilir; bunların dışındaki bir nedene dayanılarak, CMK 141 ila 144. maddeleri kapsamında, tazminat istenmesi mümkün değildir.⁷ Yargıtay da bu nedenler arasında sayılmayan adli kontrolün (CMK m.109) kanuna aykırı olarak uygulanması⁸ ve iddianamede yer almaması gereken mağdura ait bilgilerin yer alması nedeniyle açılan tazminat davalarını kabul eden az sayıdaki kararları dışında,⁹ tazmi-

⁷ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s.307; Haluk Çolak/Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 696; Hakan Hakeri/Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.489; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırt/Özden Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.563; Bıçak, s.746; Abdülkadir Ungan, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Ayrılıktan Doğan Tazminat, Seçkin Yayıncılık Ankara 2017, s.65,135.

⁸ Yargıtay 12. CD., 20.3.2017, 2016/12408, 2017/2139; Yargıtay 12. CD., 16.2.2015, 2014/13444, 2015/2705; Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

⁹ Yargıtay 12. CD., 11.11.2015, 205/13049, 2015/17584, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

nat nedenlerinin sınırlı olarak düzenlendiği gerekçesiyle açılan davaların reddi yönünde karar vermektedir.¹⁰ Bu nedenler arasında tüm koruma tedbirlerine yer verilmemesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.¹¹ Gerçekten de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ila 140. maddeleri arasında düzenlenen tüm koruma tedbirlerinin madde kapsamına alınmamasının mantıklı bir gerekçesini bulmak güçtür. Kanun'da yer verilmeyen, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin kanuna aykırı bir şekilde uygulanması hallerinde tazminat istenmesi söz konusu değildir.¹² Oysa kapsam dışında tutulan bu koruma tedbirleri, bireyin en fazla hukuka aykırı müdahaleye maruz kalabileceği tedbirlerdir.¹³ Kapsam dışında tutulan koruma tedbirinden doğan zarar idare hukukunun genel ilkelerine göre talep edilebilir.¹⁴ Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre, "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*". Ancak dava konusu yapılan eylem veya işlemlerin bir yargısal faaliyet olmaması gerekir. Zira Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin kendi eylem veya işlemlerinden dolayı sorumlu olacağını düzenlenmiş olup, idari işlem veya eylem niteliğini haiz olmayan yargısal işlemlerden dolayı idarenin sorumluluğu öngörülmemiştir.¹⁵ Diğer bir ifadeyle yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri, Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen "idari işlemler" kapsamına girmemektedir.¹⁶

Diğer taraftan Anayasa'nın 138. maddesinde ise; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları belirtilmiş; hiç bir organ, makam, merci veya

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.10.2010, 4-553/537; Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/12720, 2015/19159; Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2016/2333, 2017/4473; Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/12815 2015/19162; Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/334, 2015/19161; Yargıtay 12. CD, 24.12.2013, 2013/9105, 2013/30371; Yargıtay 12. CD, 19.1.2013, 2012/29108, 2013/507, Sinerji mevzuat ve İçtihat Programı.

¹¹ Hakeri/Ünver, s.504,505; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.440; Turhan, s.308; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 566.

¹² Turhan, s. 307.

¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 566; Turhan, s.308.

¹⁴ Hakeri/Ünver, s.489; Çolak /Taşkın, s. 696; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 566,567.

¹⁵ Danıştay 10. Daire 9.12.2013, 2009/9560, 2013/8793; Danıştay 10. Daire, 18.6.2008, 2006/6131, 2008/4559, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

¹⁶ Danıştay 10. Daire 9.12.2013, 2009/9560, 2013/8793; Danıştay 10. Daire, 18.6.2008, 2006/6131, 2008/4559, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; tavsiye veya telkinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bunun nedeni, yargı yetkisinin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde yerine getirilmesinin sağlanabilmesidir. Bunun bir sonucu olarak, hâkimin işlemlerinden dolayı Anayasa'nın 40/3. ve 129/5. maddelerindeki devletin sorumluluğunun, idari sorumluluğa ilişkin hükümlere tabi tutulması, diğer bir ifadeyle, idare hukukunda devletin ajanların faaliyetlerinden sorumluluğunu tayin eden hizmet kusuru ölçüsünün hâkimler yönünden uygulanması mümkün değildir.¹⁷ Türk pozitif hukukunda, ilke olarak yargı fonksiyonunun ifa edilmesi dolayısıyla devletin sorumlu tutulamayacağı esasını benimsenmiş olup,¹⁸ ancak kanun ile düzenleme yapılması halinde tazminat verilebileceği kabul edilmektedir.¹⁹ Nitekim idari yargı uygulamasında, yargısal faaliyetlerden dolayı idarenin sorumluluğu kabul edilmemektedir.²⁰ Bu nedenle ancak kolluk görevlilerinin işlemleri nedeniyle İçişleri Bakanlığı²¹ ve savcılığın yargısal faaliyet dışında kalan işlemleri nedeniyle, idari yönden bağlı olduğu Adalet Bakanlığı sorumlu olabilir.²² Örneğin kolluğun, koşulları oluşmadan önleme araması yapması, elkoyma veya önleme yakalaması tedbirine başvurması halinde bundan zarar gören kişiler İçişleri Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açabilirler. Nitekim Danıştay bir kararında; *"Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzerinin aranamayacağı tartışmasız olup, bir suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açık olduğundan davalı idarenin görevle ilgili*

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.12.2011, 661/799; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.03.2012, 4-48/133; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.11.2010, 557/603; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.11.2010, 557/603; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.12.2011, 661/799; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.03.2012, 4-48/133; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁹ Yargıtay CGK, 5.5.2015, 2014/93, 2015/144, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Daire 13.1.1998, 1997/150, 1998/31; Danıştay 10. Daire 14.11.1996, 1995/4236, 1996/7540; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2001, s.728, 729.

²¹ İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 835; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.801. Danıştay 10. Dairesi, 26.12.2013, 2009/9893, 2013/9475, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²² Danıştay 10. Daire, 6.12.2013, 2009/9560, 2013/8793, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

olarak gerçekleştirilen bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu neticesine ulaşılmıştır”²³ şeklindeki gerekçe ile manevi tazminat talebini kabul etmiştir.²⁴ Ayrıca Danıştay, ölen kişi üzerinde adres ve telefon bilgileri olmasına rağmen, savcılık talimatıyla, yakınlarına bildirilmeksizin, ölenin kimsesizler mezarına gömülmesi nedeniyle yakınlarının hizmet kusuruna dayalı olarak açtıkları tam yargı davasında, savcılığın işleminin yargısal faaliyet olmaması nedeniyle, Adalet Bakanlığı’nın²⁵; avukat olan davacı hakkında kaldırılan giyabi tutuklama kararının, Genel Bilgi Tarama (GBT) kayıtlarından silinmediğinden dolayı gözaltına alınması nedeniyle İçişleri ve Adalet Bakanlığına karşı açmış olduğu tam yargı davasında, yargı kararı ile kaldırılan giyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev, cumhuriyet savcısı yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir görev olduğundan İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı’nun sorumlu olduğuna hükmetmiştir.²⁶

Hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları nedeniyle yargılama faaliyeti dolayısıyla devletin sorumluluğunun kabul edilmemesi, hâkim ve savcıların hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığından, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141 ila 144 maddelerinin yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 46 ila 49. maddelerinde, yargılama faaliyeti nedeniyle devletin sorumluluğu düzenlenmiştir. Her iki sorumluluk nedeninde de, devlet kanuni hasım olarak düzenlenmekte ise de, düzenlemelerin hareket noktası ve gerekçeleri farklı olup; genel olarak hâkimlerin sorumluluğunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 46 ve devamı maddeleri, yargılama faaliyetini yürüten hâkim ve savcıların çeşitli etkilere karşı teminat altına alınması, yargılama faaliyetlerine dayalı tazminat davalarının doğrudan hâkim ve savcıya karşı açılmasının adil yargılama ortamını yok etme tehdidinin önlenmesi ve bu itibarla, hem meydana gelebilecek tehlikeli ve zararlı durumun düzeltilip tamir

²³ Danıştay 8. Daire, 12.11.2010, 2010/5626, 2010/6024. Ayrıca kolluğun elkoyma işlemi nedeniyle İçişleri Bakanlığının sorumlu olduğuna ilişkin karar için bkz., Danıştay 10. Daire 29.1.1997, 122/11, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.11.2010, 557/603, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

²⁵ Danıştay 10. Daire, 6.12.2013, 2009/9560, 2013/8793, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁶ Danıştay 10. Daire, 18.6.2008, 2006/6131, 2008/4559, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

edilmesi, hem de haksız davaların önlenmesi amacına yönelik olduğu halde; koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminatı düzenleyen CMK'nın 141 ve devamı maddeleri toplum yararına yapılan soruşturma ve kovuşturma ile açılan ceza davası sonucu bireyin zarar görmesi durumunda zararın tazminini öncelikle devletin yükümlenmesi gereği ve amacına yöneliktir.²⁷ Her iki kurumun amacı, kaynağı, koşulları, yargılama mercii, yargılama usulleri farklı olup, aralarında özel kanun-genel kanun veya önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi bulunmamaktadır.²⁸ Bu nedenle 6545 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. madde, *"Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esası incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır"* şeklinde düzenlenmiş olup, yürürlüğe girdiği 28.06.2014 tarihinden önce, her iki kurumda tazminat nedeni olarak öngörülen bir koşul gerçekleşmiş ise biri diğerinin yerine geçmemekte; davacının her iki başvuru yolundan birine ya da ikisine başvurmasına kanuni bir engel bulunmamaktaydı.²⁹ Nitekim Yargıtay, bir çok kararında, *"...dava dilekçesi içeriği ve iddianın ileri sürülüş biçimi bakımından, gereksiz olarak tutuklamanın ve tutuklamanın devamına dair verilen kararın kanunun açık hükmünün ihlal edilmek suretiyle verilmesi nedeniyle hakimin sorumluluğuna dayanıldığı; bu itibarla davanın hukuki niteliğinin, Hakimlerin sorumluluğunu düzenleyen 6100 sayılı HMK 46 ve devamı maddeleri hükümleri çerçevesinde değerlendiril-*

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 661/799; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 4-649/787

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.3.2012, 4-48/133, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 5.11.2010, 557/603; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 4-649/787; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.10.2010, 4-553/537; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 4-649/787; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 661/799; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.10.2010, 553/537, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.11.2011, 4-551/598; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.11.2010, 557/603; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 4-649/787; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.12.2011, 661/799; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.10.2010, 4-553/537; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

dirilmesi gerektiği açıktır...", şeklinde karar vermektedir.³⁰ Keza Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1. maddesinde belirtilenler dışındaki koruma tedbirleri nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde sınırlı olarak belirtilen³¹ nedenlere³² dayanılarak, koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi için dava açılmasına kanuni bir engel bulunmamaktaydı. Örneğin iletişimin denetlenmesi kararı (CMK m. 135), katalogta yer almayan bir suç nedeniyle verilmesi ve HMK'nın 46. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde zarara uğrayan kişi, HMK'nın 47. maddesinde öngörülen görevli ve yetkili mahkemede maddi ve manevi zararının tazmini talebinde bulunabilmekteydi. Ancak 6545 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a geçici 8. maddesi ile suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle açılacak tazminat davalarında görevli mahkemenin ağır ceza mahkemesi olacağına açıkça düzenlenmesi nedeniyle, 28.06.2014 tarihinden sonra, koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davaları, seçimlik olarak, HMK'nın 46 ila 49 veya CMK'nın 141 ila 144 maddelerine göre değil, sadece CMK'nın 141 ve devamı maddelerine göre ağır ceza mahkemesinde görülecektir.³³ Ancak 5320 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesine göre, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle açılacak tazminat davasının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. ve devamı gereğince ağır ceza mahkemesinde görüleceği düzenlenmesine karşın, CMK'nın 141/1. maddesinde tazminat nedeni olarak sınırlı sayıda koruma tedbirinin sayılması bir çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca söz konusu düzenleme nedeniyle CMK'nın 141/1. maddesi kapsamı dışında kalan koruma tedbirleri nedeniyle HMK'nın 46 ila 49 maddelerine dayanılarak tazminat davası

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.12.2012, 1118/896; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2012, 1119/897; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.11.2012, 4-1112/890; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.4.2013, 2012/1823, 2013/464; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.4.2013, 2012/1824, 2013/463; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.4.2013 2012/4-1822, 2013/462; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.6.2016, 2014/2302, 2016/857; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.10.2016, 6100/10253, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.6.2016, 2014/2302, 2016/857; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.6.2016, 2014/2299, 2016/856, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.1.2016, 2015/2273, 2016/8; Aynı yönde bkz; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.1.2015, 2014/2293, 2015/3; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.1.2015, 2014/4-2295, 2015/4; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.1.2015, 2014/2303, 2015/1, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

açılması da mümkün değildir.³⁴ CMK'nın 141/1. maddesinde düzenlenen nedenler dışında kalan suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle, hâkim ve savcılara karşı dava açılmaz (CMK m. 141/3). Örneğin açıkça kanuna aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135) kararı nedeniyle zarar gören kişilerin gerek CMK'nın 141 ve devamı gerekse HMK'nın 46 ve devamı maddelerine göre tazminat talep etmeleri mümkün değildir. Keza, yukarıda ifade edildiği üzere, Danıştay kararlarına göre Adalet Bakanlığı aleyhine de dava açılmaz. Dolayısıyla CMK'nın 141/1. maddesinde düzenlenen koruma tedbirleri dışındaki koruma tedbirleri nedeniyle devletin ve kararı uygulayan hâkim ve savcılarının hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesi (Anayasa m.2) bağdaşmamaktadır. Zira hukuk devleti ilkesi gereği devletin, yargı organlarının hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle sorumluluğu söz konusu olup, zarar gören kişilerin zararlarını gidermesi gerekir. Ayrıca Yargıtay ve Danıştay kararlarında, CMK'nın 141/1. maddesinde belirtilmeyen koruma tedbirlerinin kanuna aykırı uygulanması nedeniyle zarar gören kişilerin dava açma hakkının kabul edilmemesi, hak arama özgürlüğünü de (Anayasa m.36) ihlal etmektedir. Zira hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesi için hakları ihlal edilen kişilerin, bağımsız mahkemeler önünde, dava açabilme ve açtıkları davaları takip edebilme haklarının mevcut olması gerekir.³⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1. maddesinde belirtilmeyen koruma tedbirlerinin kanuna aykırı olarak uygulanmasından zarar gören kişiler, zararlarının giderilmesi için dava açamadıklarından, doğrudan, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirler.

Haksız şikâyet, iftira, suç uydurma veya yalan tanıklık yapılması sonucunda hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi, haksız isnatta bulunan kişiler hakkında da Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenen haksız fiil nedenine dayanarak genel görevli ve yetkili mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açabilir.³⁶ Aynı zamanda,

³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.1.2016, 2015/2272, 2016/7, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

³⁵ Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2006, C.61, S.3, s.11

³⁶ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 9.11.2015, 2015/8604, 2015/10826; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 18.5.2015, 2015/6179, 2015/6408, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

koruma tedbiri nedeniyle CMK'nın 141. ve devamı maddeleri gereğince ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açılması durumunda, her iki davanın konusu ve tarafları farklı olduğundan, derdestlik nedeniyle sonradan açılan davanın dava şartı yokluğundan ret edilmesi mümkün değildir.³⁷ Ancak hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin maddi zararı aynı olduğundan, bir mahkeme tarafından hüküm altına alınan maddi tazminatın, diğer mahkeme tarafından mahsup edilmesi gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ve devamı maddeleri suç soruşturması veya kovuşturması sırasında haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan şüpheli ya da sanıkların gördüğü zararın giderilmesini düzenlemektedir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında idari gözetim altında tutulan yabancılar suç şüphelisi ya da sanığı olmalarından kaynaklanan bir nedenle özgürlüklerinden yoksun bırakılmadıklarından, idari gözetim kararının hukuka aykırı olması nedeniyle, CMK 141 ve devamı maddelerine göre tazminat talep etmeleri mümkün değildir. İdari gözetim kararı, idari bir işlem olduğundan, hukuka aykırı idari gözetim kararı nedeniyle zarar görenler idari yargıda tam yargı davası açabilirler veya doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirler.³⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1. maddesinde, "suç soruşturması veya kovuşturması sırasında" gerçekleşen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ödenebileceği düzenlendiğinden, cezanın infazı aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle tazminat talepleri, CMK 141 ila 144. maddeleri kapsamında olmayıp, bu tür talepler idari yargının görev alanına girmektedir.³⁹ Buna karşın hapsen tazyik kararı nedeniyle CMK 141 ila 144 maddeleri kapsamında tazminat talep edilebilir.⁴⁰

³⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 20.10.2016, 6100/10253, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, BT Başvurusu, Başvuru No: 2014/15769, 30.11.2017, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

³⁹ Yargıtay 12. CD, 12.2.2013, 2013/32001, 2013/2755, Hakeri/Ünver, s.489; Yargıtay 12. CD, 15.1.2014, 2013/26006, 2014/530, Gürsel Yalvaç, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C, 3, S. 2, s.273. Yargıtay 12. CD, 16.9.2014, 2014/3766, 2014/17880, Emrah Öztürk, AİHM-Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tutuklama Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarının Hukuki Dayanağı ve Tazminat Davalarında Usul, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s.239.

⁴⁰ Yargıtay 12.CD, 25.9.2013, 2013/14379, 2013/21555, Öztürk, s.131.

B. KANUNLARIN BELİRLEDİĞİ KOŞULLAR DIŞINDA YAKALANMASI, TUTUKLANMASI VEYA TUTUKLULUĞUN DEVAMINA KARAR VERİLMİŞ OLMASI

1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Oluşmadan Yakalama

Yakalama, suç işlediğinden şüphelenen kişinin ele geçirilmesini, gerekiyorsa tutuklanmasını ve böylece ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, hâkim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanmasıdır.⁴¹ Kişinin hareket özgürlüğünün istediği gibi kullanabilmesi olanağının ortadan kaldıran her işlem yakalama niteliğini haizdir.⁴² Kişi özgürlüğünün ne kadar süre ile kısıtlanması yakalama sonucunu doğuracağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak çok kısa süreli özgürlük kısıtlamaları “yakalama” sayılmamaktadır.⁴³ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, başvuru hakkında bir suç işlediğine yönelik olarak yöntemince yapılmış bir ihbar veya şikâyet bulunmaksızın polislerce karakolda 36 dakika tutulması nedeniyle Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁴ Kimlik veya soru sormak amacı ile yolda durdurulan kişi, “yakalanmış” sayılmaz.⁴⁵ Dolayısıyla bu hallerde tazminatın ödenmesi de söz konusu olmaz. Kanun’da, gözaltından farklı olarak, yakalama için azami bir süre öngörülmemiştir. Ancak yakalama tedbiri makul bir süre içinde, kaldırılarak yakalanan kişi salıverilmeli veya gözaltı işlemi gerçekleştirilmelidir. Yakalamanın makul süreyi aşması halinde, yakalama işlemi kanuna aykırı olacağı için tazminat talep edilebilir.

Kolluk görevlilerinin veya savcının ifade almak için kişiyi davet etmesi ya da kişinin kendiliğinden gelerek ifade vermesinden sonra polis merkezi veya adliyeden ayrılması halinde, yakalanmış veya gözaltına alınmış sayılmayacağı için bu bent kapsamında tazminat talep

⁴¹ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s.235, 236; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.773, 774.

⁴² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.442.

⁴³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.768.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, Mehmet Baydan, Başvuru No:2014/16308, 12.4.2018. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (26.6.2019).

⁴⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.768.

edilemez.⁴⁶ Keza ifade alma işleminin uzun sürmesi de, yakalama sayılmayacağı için, devletin tazminat sorumluluğunu gerektirmez.

Yakalama yapılabilmesi için, kişinin yakalanmasına yönelik bir yasağın olmaması gerekir. Örneğin, TBMM üyeleri Anayasa'nın 83. maddesi, diplomatik dokunulmazlığa sahip kişiler 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi gereği yakalanamazlar. Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler suç nedeniyle yakalanamazlar. Aksi takdirde devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1.maddesinde, "...suç soruşturması veya kovuşturması sırasında..." ifadesine yer vermesi nedeniyle, sadece adli yakalamaya istinaden, CMK'nın 141/1 (a) maddesi kapsamında, tazminat talep edilebilir. Önleme yakalaması için ise idari yargıda tam yargı davası açılabilir.⁴⁷

Yakalama, diğer koruma tedbirleri gibi zorunlu hallerde başvuru-geçici bir tedbir olup, yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhâl iadesi istenir (CMK m.90/6). Yakalama koşulları ortadan kalktığı halde, mevcut durumun sürdürülmesi, devletin tazminat sorumluluğunu gerektirir. Örneğin Yargıtay, yakalama emrine istinaden yakalanıp karakola götürülen ve 2,5 saat sonra hakkındaki yakalama emrinin daha önce kaldırıldığı ancak UYAP ortamından yakalama emrinin kaldırılmadığı anlaşıldığı için salıverilen kişinin tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁸ Devletin tazminat sorumluluğunun doğması için, yakalamanın hukuksal aykırı olması yeterli olup, yakalama emrinin çıkarıldığı dosyada sanığın mahkûm olması gerekmez.⁴⁹

⁴⁶ Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, 2014/12891, 2015/2694, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁴⁷ Öğretide aksi yöndeki görüş için bkz., Hakeri/Ünver,s.490.

⁴⁸ Yargıtay 12 CD, 20.12.2012, 2012/19683, 2012/24547; Yargıtay 12 CD, 28.1.2014, 203/24713/2014/1778. Yargıtay 9. CD 18.12.2003, 2003/2235, 2003/2281, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

⁴⁹ Yargıtay 12. CD, 28.1.2014, 2013/24713, 2014/1778, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90/1. maddesinde, suçüstü halinde herkese yakalama yetkisi vermektedir. Bu düzenleme gereğince kolluk görevlisi olmayan herhangi bir kişinin geçici olarak yakalama yapması halinde, devlete izafe edilebilecek bir işlem söz konusu olmadığından, devleti tazminat ile sorumlu tutmak mümkün olmadığı için, ancak genel hükümlere göre yakalamayı yapan kişiye karşı dava açılabilir.⁵⁰ Ancak kollukla birlikte özel kişilerin haksız bir yakalama yapması halinde, CMK 141/1 (a) maddesi kapsamında tazminat talep edilebilir.

Soruşturma evresinde yakalama emri çıkarma yetkisi esas itibarıyla sulh ceza hâkimine aittir. Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK m. 98/1). Yakalanmış iken kolluk görevlilerinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler (CMK m. 98/2). Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri resen veya cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK m. 98/3). Görüldüğü üzere, cumhuriyet savcısına ve kolluk görevlilerine yakalama emri çıkarma yetkisi istisna hallerde tanınmıştır. Bu haller dışında cumhuriyet savcısının veya kolluk kuvvetleri tarafından yakalama emri çıkarılarak kişinin yakalanması tazminat sorumluluğunu gerektirir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça "*...kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan...*" ifadesine yer vermesi nedeniyle, salt yakalama emri çıkarılması tazminat sorumluluğunu doğurmaz. Örneğin, yakalama emri çıkarılmasına karşın, şüpheli/sanık henüz yakalanmadan hakkındaki yakalama emri kaldırılmış⁵¹ ya da şüpheli/sanık savcılığa veya mahkemeye kendiliğinde gelip, savunmasını yapmasından sonra hakkında tutuklama kararı verilmeden yakalama emri kaldırılmış ise, CMK'nın 141/1-a kapsamında, tazminat talep edemez.⁵²

⁵⁰ Hakeri/Ünver, s.491.

⁵¹ Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/12720, 2015/19159., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

⁵² Yargıtay 1. CD, 15.3.2010, 2009/6878, 2010/1481, Nuri Düzgün/Şerafettin Elmacı,

2. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Oluşmadan Tutuklama veya Tutukluluğunun Devamına Karar Verilmiş Olması

Tutuklama, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla, kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce, hâkim kararıyla kısıtlanmasıdır.⁵³ Tutuklama, henüz kesin hükümle suçluluğu sabit olmadan şüpheli veya sanığın hürriyetini en ağır şekilde sınırlandırdığından koşul ve sebepleri Anayasa'nın 19/3, AİHS'nin 5. ve CMK'nın 100. ve devamı maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu koşul ve sebepler gerçekleşmeden tutuklama veya tutuklamanın devamına karar verilmesi tazminat ödemeyi gerektirir.

Tutuklama kararı verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların yanı sıra bir tutuklama nedeninin bulunması ve tutuklamanın verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması gerekir (CMK m.100/1). Tutuklama nedeni CMK 100/2'de düzenlenmiş olup, bunlardan biri, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı konusunda somut olguların varlığı (CMK m.100/2-a); diğeri de şüpheli veya sanığın davranışları ile delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişimde bulunmasıdır (CMK. m.100/2-b). Kuvvetli suç şüphesi tutuklama için zorunlu bir koşul ise de belirli bir aşamadan sonra tek başına tutuklama için yeterli değildir.⁵⁴ Tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için, suçun işlendiğine ilişkin şüphenin yanı sıra özgürlüğün kısıtlamasını haklı kılacak geçerli ve yeterli gerekçelerin bulunması da gerekmektedir.⁵⁵ Bir suçun cezasının ağır ol-

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.130.

⁵³ Centel/Zafer, s.337; Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, C.I, Ankara 2012, s.223. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.10.2010, 2010/553, 2010/537, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı.

⁵⁴ Mansur/Türkiye davası, Başvuru No: 14-1994-461-542, 8.6.1995, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mansur1995.pdf>, (01.07.2019).

⁵⁵ Letellier/Fransa davası, Başvuru No: 12369/86, 26.6.1991; Algür ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:483/02, 20.11. 2007; Abdullah Yılmaz/Türkiye davası, Başvuru No:10512/02, 22.7.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/kararlar.htm> (01.06.2019); Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Başvuru No:2014/2430, 29.6.2016; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candeğer, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

ması, söz konusu sanığın kaçma tehlikesini artıran bir unsur olarak kabul edilemez ve dolayısıyla bir suçun cezasının ağır olması tek başına o suçun failinin tutukluluk halinin devamına karar verilmesi için yeterli bir gerekçe teşkil etmemektedir.⁵⁶ Şüpheli veya sanığın CMK'da öngörülme-yen bir nedenle örneğin, kamuoyunu yatıştırmak, suç işleme-yi planlayanları önlemek, şüpheli veya sanığın can güvenliğini korumak, soruşturma veya kovuşturma organlarıyla işbirliği yapma-sını, ifade vermesini, delillerin yerini göstermesini, suç ortağı olduğu ileri sürülen kişilerin saklandıkları yeri bildirmesini sağlamak,⁵⁷ ikrar temin etmek, öç almak, devletin gücünü göstermek, şüpheli veya sa-nığın kulağına küpe olmasını temin için korkutmak⁵⁸ gibi amaç ve gerekçeler ile verilen bir tutuklama kararı kanuna aykırı olup, tazminat sorumluluğunu gerektirir.

Tutuklama kararının verilmesi için, tutuklamanın ölçülülük/orantılılık ilkesine uygun olması gerekir (CMK m. 100/1, 101/2-c). İşin önemi ve verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri nazara alındığında tutuklama kararının ölçülü olmayacağı durumlarda, tutuklama kararı verilemez (CMK m.100/1). Orantılılık ilkesinin sonucu olarak, kanunda sayılan tutuklama nedenleri var olsa bile sadece adli para cezasını gerektiren veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlar (CMK m.100/4) ile on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilemez (Çocuk Koruma Kanunu m.21). Tutuklama kararının verilebilmesinin diğer şartları ise; şüpheli veya sanığın huzurda bulunması, adli kontrol tedbirlerinden birine karar verilememesi, muhakeme şartının gerçekleşmesi, sanığa güvence belgesinin verilmemiş olması gerekir.⁵⁹ Bu koşullara uyulmadan tutuklama kararı verilmesi halinde tazminat talep edilebilir.

Tutuklamaya hâkim veya mahkeme karar verebilir. Soruşturma evresinde cumhuriyet savcının istemi üzerine sulh ceza hâkimi ta-

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mansur/Türkiye, Başvuru No: 16026/90, 8.6.1995, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/mansur1995.pdf> (01.06.2019).

⁵⁷ Metin Feyzioğlu/Güneş Ergün Okuyucu, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *AÜHFĐ*, Ankara, S.59, 2010, s.38.

⁵⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.461.

⁵⁹ Şahin, s.224.

rafından, kovuşturma evresinde cumhuriyet savcının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verilir (CMK m. 101/1). Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi zorunludur (CMK m. 101/1). Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerekir (CMK m.101/2). Aksi takdirde tutuklama veya tutuklamanın devamı kararı kanuna aykırı olup, devletin tazminat sorumluluğunu gerektirir. Nitekim Yargıtay bir içtihadında, “...tutuklama kararında bu karara esas alınan deliller gösterilmediği gibi davacılara isnat edilen suçlarla ilgili soruşturma evrakında da delil mevcut olmadığı, tutuklamanın kanuni mesnedi bulunmadığı gözetilmeden tazminat isteklerinin reddine karar verilmesi; bozmayı gerektirmiştir...” şeklinde karar vermiştir.⁶⁰ Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin birçok kararında,⁶¹ “suçun niteliği, delillerin durumu, dosya içeriği ve tutukluluk süresi dikkate alınarak” gibi birbirinin aynı ve klişeleşmiş terimler kullanılarak tutukluluğun devamına karar verilmesini AİHS’nin 5/3. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi de gerekçeden tamamen yoksun, aşırı derecede kısa, matbu ve birbirinin tekrarı niteliğinde formül gerekçeler ile veya hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı verilmesi ya da tutukluluğun devamı kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.⁶² Bu şekildeki gerekçelerle verilen tutuklama ve tutuklamanın devamı kararları nedeniyle maddi ve/veya manevi tazminat talep edilmesi mümkündür.⁶³

⁶⁰ Yargıtay 4.CD, 25.9.1975, 4728,/4739, M. Naci Ünver/A. Mümin Kavalalı, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s.56.

⁶¹ Cengiz Polat/Türkiye davası, 11.12.2007; Cahit Solmaz/Türkiye Davası, 14.06.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/kararlar.htm>, (06.06.2019).

⁶² Anayasa Mahkemesi, Kemal Aktaş ve Selma Irmak, Başvuru No:2014/85, 3.1.2014; Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Serdar Ziriğ, Başvuru No:2013/7766, 2.7.2015; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mustafa Fehmi Okay, Başvuru No:2013/5967, 2.12.2015; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candegler, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

⁶³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Firas Aslan ve Hebat Aslan, Başvuru No:2012/1158, 21.11.2013, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

Tutuklama, diğer koruma tedbirleri gibi geçicidir. Tedbirin uygulanmasını gerektiren şartlar ortadan kalktığında, tedbire son verilmelidir. Bu nedenle CMK'nın 108. maddesinde tutukluluk hali devam ettiği sürece, tutuklamayı gerektiren şartların varlıklarını devam ettirip ettirmediği düzenli olarak inceleneceği düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından CMK 100. madde hükümleri göz önünde bulundurulurken, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir (CMK m.108/1). Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da en geç otuzar günlük süreler içinde resen karar verir (CMK m. 108/3). Bu sürenin geçmesinden sonra veya soruşturma evresinde şüpheli ve müdafii dinlenmeksizin dosya üzerinden tutuklamanın devamına karar verilmesi halinde tazminat talep edilebilir.⁶⁴

Tutuklama koşullarının gerçekleşmesi halinde, şüpheli veya sanığın tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir (CMK m. 109/1). Adli kontrol, ayrı bir koruma tedbiri olup, kanuna aykırı olarak uygulanması durumu, tazminat nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle Yargıtay, CMK'nın 109/3-j maddesinde düzenlenen konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle tazminat isteminin reddine karar vermiştir.⁶⁵ Aksi yöndeki bir diğer kararında ise tahliye edildikten sonra, bir gün karakola başvurma ve yurtdışına çıkış yasağı şeklindeki adli kontrol uygulaması sürecinde davacının İngiltere'ye gidememesi nedeniyle davacının alamadığı maaş, kar payı ve benzeri gelir kaybı olup olmadığı ilgili kurumlar ile

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Mehmet Halim Oral, Başvuru No:2012/1221, 16.10.2014. Anayasa Mahkemesi, tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığına ilişkin başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla kişi hâkim/mahkeme önüne çıkarılmış ise asıl dava sonuçlanmamış da olsa 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Mehmet Osman Kavala, Başvuru No:2018/1073, 22.5.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (28.06.2019).

⁶⁵ Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2016/2333, 2017/4473, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

iş yerinden sorulup davacıya ait çalışma belgeleri, maaş bordroları ile geliri ve tutukluluk ve adli kontrol uygulaması süresine ilişkin olarak gelir kaybına dair tüm belgelerin temin edilip, davacının gelir kaybının tespit edilmesi ve hüküm altına alınması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁶

C. KANUNİ GÖZALTI SÜRESİNDE HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMAMA

Gözaltı, soruşturma yönünden zorunlu olması ve bir suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunması halinde, yakalanmış olan kişinin cumhuriyet savcısının kararıyla belli bir süre özgürlüğünden mahrum edilmesidir.⁶⁷ Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır (CMK m.91/2).

Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, bireysel olarak işlenen suçlarda yakalama anından itibaren yirmi dört saattir (CMK m.91/1). Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre ise on iki saatten fazla olamaz (CMK m.91/1). Toplu olarak işlenen suçlarda (CMK m.2/1-k), delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılarak dört güne çıkabilmektedir (CMK m.91/3). Suçüstü durumlarıyla sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında katalog olarak belirlenen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir (CMK m.91/4). Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir (CMK m. 91/6). Bu süreler içinde serbest bırakılmayan veya hâkim önüne çıkarılmayan kişiler tazminat talep edebilir. CMK'nın 91/6. maddesindeki "hâkim önüne çıkarılma" ifadesinden anlaşılması gereken, şüphelinin fiziken hâkim huzuruna çıkarılıp, kimlik tespitinin

⁶⁶ Yargıtay 12. CD, 20.3.2017, 2016/12408, 2017/2139; Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, 2014/13444, 2015/2705, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁶⁷ Şahin, s. 217.

yapılmaya başlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle şüpheli hâkim huzuruna çıkarılıp, sorguya başlanmadan, adliyede bekletilmesi durumunda, yukarıda belirtilen süreler işlemeye devam eder. Ancak uygulamada çoğu zaman buna uyulmamakta, cumhuriyet savcının tutuklamaya sevk kararı ile bu sürelerin duracağı gerekçesiyle, şüpheliler adliyede bekletilerek, gözaltı süreleri aşılmakta olup, bu durum tazminat ödemeyi gerektirir. Kanunda öngörülen gözaltı süresinin kısa bir süre aşılması durumunda dahi bu bent kapsamında tazminat ödenmesi gerekir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. ve F.-Almanya başvurusunda, gözaltı azami süresinin 12 saat olarak belirlenmiş iken, başvuranların kimlik tespiti gerekçe gösterilerek 45 dakika daha karakolda tutulduktan sonra serbest bırakılmaları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/1-c maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸

Kanun'da, gözaltına alınanın hukuka aykırı olması, diğer bir ifadeyle, koşullarının oluşmamasına rağmen kişi hakkında gözaltı kararı verilmesi, tazminat nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle gözaltı kararı kanuna aykırı olmasına rağmen, gözaltı süresi aşılmadan, kişinin salıverilmesi veya hâkim önüne çıkarılması halinde CMK 141/1-c maddesi kapsamında tazminat talep edilemez. Keza gözaltı süresi dolmamış olsa bile, gözaltına alınan kişi hakkında yapılacak bir soruşturma işlemi kalmamasına rağmen gözaltı süresinin sonuna kadar kişinin özgürlüğünün kısıtlanması veya gözaltı süresinin uzatılması kanuna aykırıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 4 günlük azami gözaltı süresinin mutlaka tüketilmesi gereken ve bu konuda devletlere açık çek veren bir süre olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirterek; toplu bir suç ile ilgili olarak üç gün dokuz saat gözaltına alınan çocuk hakkında yapılan tek soruşturma işleminin ikinci gün alınan ifadesi olması nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁹ Bu nedenle, kişi hakkında yapılması gereken işlemler bittikten sonra gözaltı süresi dolana dek özgürlüğünün kısıtlanması veya kısa sürede yapılacak işin gözaltı süresinin sonunda yapılarak kişinin sürenin sonuna dek

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. ve F. Almanya, Başvuru No:25629/94, 27.11.1997.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İpek ve diğerleri Türkiye, Başvuru No:17019/02, 30070/02, 3.2.2009.

özgürlüğünün kısıtlanması durumlarında, CMK 141/1-c maddesi kapsamında tazminat talep edilemez. Kanuna aykırı gözaltına alma işlemi nedeniyle, CMK 141/1-a maddesi kapsamında tazminat talep edilmesi gerekir. Her ne kadar CMK'nın 141/1-a maddesinde gözaltına alma ifadesine yer verilmemiş ise de gözaltına alma, yakalamanın sonucu ve tutuklamanın ön aşamasını oluşturduğundan, CMK 141/1-a maddesi kıyasen kanuna aykırı gözaltı altına alma işlemi hakkında da uygulanmalıdır.

D. KANUNÎ HAKLARI HATIRLATMAMAK VEYA HATIRLATILMASINA RAĞMEN BU HAKLARDAN YARARLANDIRMADAN TUTUKLAMAK

Yakalanan kişiye kanuni hakları derhal bildirilir (CMK m. 91/4). Bunun ise suç ayırımı gözetilmeksizin herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl yerine getirilmesi gerekir (YGİY m. 6/4). Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine ekli "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" düzenlenerek imzalı bir örneği verilir (YGİY m. 6/7). Başka suçtan tutuklu veya hükümlü olan kişilerin, diğer bir suçtan dolayı ifadelerine başvurulması durumunda da kanuni haklarının tekrar söylenmesi gerekir⁷⁰. Yakalanan kişinin kanuni haklarını bilmesi, hakların bildirilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.⁷¹

Şüpheli ve sanığın sahip olduğu haklar CMK'nın 147. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hakların tamamının zamanında hatırlatılması gerekir. Söz konusu hakların hatırlatılması da yeterli olmayıp, hatırlatılmasına rağmen isteme uygun olarak kullanılmaması da tazminat nedenidir.⁷² Örneğin, müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceği söylenmesine rağmen müdafii isteğinin yerine getirilmemesi tazminat ödenmesini gerektirir.⁷³

⁷⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.798.

⁷¹ Yargıtay 12. CD, 7.1.2019, 2018/1379, 2019/82, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (23.06.2019).

⁷² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.566.

⁷³ Hakeri/Ünver, s.492.

Kanuni hakların hatırlatılmaması veya hatırlatıldığı halde yararlandırma isteğinin yerine getirilmemesinin tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için şüpheli veya sanığın tutuklanması gerekir. Zira hükümde açık bir şekilde, “*kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan*” kişinin tazminat talep edebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yakalanıp gözaltına alınan ancak tutuklanmayan kişilere kanuni hakların hatırlatılmaması veya hatırlatıldığı halde yararlandırma isteğinin yerine getirilmemesi, bu hükme göre tazminat sorumluluğu doğurmaz.⁷⁴ Tutuklama ile gözaltı ve yakalama arasında ayırım yapılmasının mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden yakalanan ve gözaltına alınanlara da tazminat talep etme hakkı tanınması daha uygun ve hakkaniyetli olacaktır.

E. KANUNA UYGUN OLARAK TUTUKLANDIĞI HÂLDE MAKUL SÜREDE YARGILAMA MERCİİ HUZURUNA ÇIKARILMAMAK VE BU SÜRE İÇİNDE HAKKINDA HÜKÜM VERMEMEK

Bu bentte tutuklu kişiler bakımından iki tazminat nedeni düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama merciinin önüne çıkarılmaması; ikincisi ise, tutuklu kişi hakkında makul sürede hüküm verilmemesidir. Tutukluluktaki makul süre (AİHS m. 5/3) ile yargılamadaki makul süre (AİHS m. 6/1) birbirinde farklıdır.⁷⁵ Bir dava uzun süre devam etmesine rağmen AİHS'nin 6/1. maddesi kapsamında “makul sürede yargılanma hakkı” ilkesine aykırılık teşkil etmeyebilir. Ancak bu yargılama esnasında kişi makul süreyi aşan şekilde tutuklu kalmış ise, AİHS'nin 5/3. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.⁷⁶ Her iki durumda da tutuklamanın kanuna uygun olması gerekir. Tutuklama kararının kanuna aykırı olması halinde, bu bent değil, CMK 141/1-a bendi kapsamında tazminat talep edilebilir.

⁷⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.566.

⁷⁵ Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 240; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.888, 1076.

⁷⁶ Gölcüklü/ Şeref Gözübüyük, s. 240.

1. Tutuklunun Makul Süre İçinde Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmaması

Burada tazminat nedeni olarak düzenlenen husus, kanunda öngörülen, azami süreye riayet edilmiş olmasına rağmen, yargılama merciinin huzuruna çıkarılma için geçen sürenin, içinde bulunulan somut koşullara göre, makul bir süre olmamasıdır.⁷⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 94. maddesinde yapılan değişiklikten önce, hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanırdı. Yol tutuklaması adı ile anılan bu düzenleme gereğince, hakkında tutuklamaya yönelik yakalama emri düzenlenen şüpheli veya sanık yakalandıkları yer mahkemesince yetkili hâkim veya mahkeme huzuruna çıkarılmasını sağlamak amacıyla tutuklanmaktaydı. Tutuklanan şüpheli veya sanık, personel, araç ve ödenek yetersizliği nedeniyle, makul süreyi aşacak şekilde yetkili mahkeme huzuruna çıkarılmaktaydı. Bu nedenle açılan davalarda, Yargıtay, hükmün kesinleşmesi beklemezsizin, 10 gün,⁷⁸ 12 gün,⁷⁹ 30 gün⁸⁰ sonra yetkili mahkeme huzuruna çıkarılan kişilerin tazminat taleplerini kabul etmekteydi.⁸¹ Uygulamada yaşanan bu hak ihlalleri dikkate alınarak 6 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren, 6526 sayılı Kanunu'nun 7. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 94. maddesinde yapılan değişiklikle, yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusunun yapılacağı düzenlemesi yapılmıştır. Bu nedenle ancak yirmi dört saat içerisinde yaşanabile-

⁷⁷ Hakeri/Ünver, s.492.

⁷⁸ Yargıtay 12. CD, 4.4.2012, 2011/15700, 2012/9187, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁷⁹ Yargıtay 12. CD, 15.5.2012, 2011/20114, 2012/12183, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁸⁰ Yargıtay 12. CD, 17.9.2012, 2012/20227, 2012/18818, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁸¹ Yargıtay 12. CD, 4.4.2012, 2011/15700, 2012/9187, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

cek haksız gecikmeler nedeniyle, bu bent kapsamında, tazminat talep edilebilir. Eğer kanunda belirtilen bu yirmi dört saatlik azami süreye uyulmazsa, bu bent kapsamında değil, CMK'nın 141/1-b' de yer alan, kanuni gözüaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmama sebebine dayanılarak tazminat istenebilir.

Bu bentteki yargılama mercii tutuklu hakkında hüküm vermeye yetkili mercidir. Savcılık veya sorgu hâkimliği önüne çıkarılma yargılama mercii önüne çıkarılma olarak değerlendirilemez. Bu nedenle soruşturma evresinde şüphelinin sulh ceza hâkimi tarafından otuzar günlük sürelerle tutukluluğu incelenirse dahi, soruşturma evresinin oldukça uzun sürmesi nedeniyle kovuşturma evresine geçilemediği halde de, bu bent kapsamında, tazminat istenmesi mümkündür.

2. Tutuklu Hakkında Makul Süre İçinde Hüküm Verilmemesi

Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasına göre bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişiler yargılamanın makul sürede bitirilmesini isteme hakkına sahiptir.⁸² Tutuklu yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazladır. Bu nedenle başta savcılıklar ve mahkemeler olmak üzere tüm kamu organları, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma sürelerinin -adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere riayet edilmek koşuluyla- süratli bir şekilde sonuçlandırılması için özenli davranmalıdırlar.⁸³ Buna uyulmaması sonucunda, tutuklu yargılanan şüpheli veya sanık hakkında, makul süre içinde hüküm verilmemesi tazminat nedeni olarak düzenlenmiştir. Burada tutuksuz yargılama için değil, sadece tutuklu yargılamalar için tazminat nedeni öngörülmüştür.⁸⁴ Dolayısıyla tutuksuz yargılanan kişiler, makul sürede hüküm verilmemesi nedeniyle, bu bent kapsamında, tazminat talep etmeleri mümkün değildir. Bu durumda doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna başvurulabilir.⁸⁵

⁸² Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Mehmet Güneş, Başvuru No:2014/1268, 17.5.2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019)

⁸³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mehmet Ölmez, Başvuru No:2014/19800, 10.1.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019)

⁸⁴ Hakeri/Ünver, s.492.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Cuma Ali Yavuz ve Şeyhmus Güner, Başvuru No:2014/2718, 28.6.2018; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Fesih Kaya, Başvuru No:2014/1051, 22.6.2017; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Ahmet

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, tutuklama için azami süreler düzenlenmiş olmakla birlikte, tutuklama için makul bir süre öngörülmemiştir. CMK'nın 102. maddesinde düzenlenen azami tutukluluk süreleri dolmasına rağmen, şüpheli veya sanığın tutuklanmasına devam edilmesi halinde, tutuklama kararı kanuna aykırı olacağı için, bu bent kapsamında değil, CMK 141/1-a kapsamında tazminat ödenmesi söz konusu olacaktır. Tutuklamada makul süre, tutuklamada azami sürenin geçmemiş olduğu kısımda değerlendirilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen azami tutukluluk sürelerin aşılması ile tutuklulukta makul sürenin aşılması iddialarını ayrı ayrı incelemekte ve tutuklulukta makul süreyi, kanunda öngörülen azami tutukluluk süresinden önceki kısımda değerlendirmektedir.⁸⁶

Tutuklulukta makul süre, kişinin fiilen alıkonulması (yakalanması) ile başlar ve kişinin salıverilmesi veya tutuklu yargılanmakta ise ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararının tebliği veya tefhimi ile sona erer.⁸⁷ Temyiz ve istinaf aşamasında tutuklu olarak geçirilen süre, tutuklamada makul sürenin hesabında dikkate alınmaz.⁸⁸ Kararın istinaf veya temyiz merci tarafından bozulması halinde, bozma tarihi ile sanığın tekrar mahkûm edildiği veya salıverildiği tarih arasında geçen süre toplam süreye eklenir.⁸⁹

Naim Sarı, Başvuru No:2014/19304, 10.1.2018, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ebubekir Keskin, Başvuru No:2014/2430, 29.6.2016; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candeğer, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁸⁷ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 238; Labita/İtalya, Başvuru No: 26772, 6.4.2000; Muller/Fransa, Başvuru No:21802/91, 17.03.1997, Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s.162; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Reşit Kızılkaya, Başvuru No:2014/10711, 7.6.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Mehmet Halim Oral, Başvuru No:2012/1221, 16.10.2014; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Reşit Taş ve Mehmet Çelik, Başvuru No:2013/69, 4.11.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.4.2011, 2011/1-51, 2011/42, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁸⁸ Gölcüklü/Gözübüyük, 238; Kulda/Polonya davası, 26.10.2000, Başvuru No: 30210, Dutertre, s.162.

⁸⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bahçeli/Türkiye, Başvuru No:35257/04, 6.10.2009. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/kararlar.htm> (01.05.2019); Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Yaşar Kaya, Başvuru No:2013/8694, 23.7.2014; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ali Boztepe, Başvuru No:2014/14643, 30.10.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candeğer, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Reşit Taş ve Mehmet Çelik, Baş-

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tutuklamada makul süre hususunda kesin bir süre öngörülmemiştir. Bu bakımdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını incelerken her somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir.⁹⁰ Mahkeme, tutuklulukta makul sürenin tespitinde; özgürlüğün kısıtlandığı süre, isnat edilen suçun niteliği, mahkûmiyet halinde verilmesi olası ceza, özgürlüğün kısıtlanmasının kişi üzerindeki etkileri, kişinin davranışları, soruşturmanın yürütülme şekli ve ilgili adli işlemlerin niteliği gibi ölçütleri dikkate almaktadır.⁹¹ Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda karar vermektedir. Anayasa Mahkemesine göre, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu olarak kaldığı sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁹² Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği,⁹³ özellikle kişi hakkında uygulanan tutuklama tedbirine dayanak olan suçlamaların ifade özgürlüğü, siyasi faaliyette bulunma hakkı ve sendika hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı eylemler nedeniyle yöneltilmesi durumunda, tedbirin ölçülü olup olmadığı ve gerekçelerin ilgili ve yeterli bulunup bulunmadığı hususları

vuru No:2013/69, 4.11.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 238-239.

⁹¹ Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi, Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, Ankara, S.1-4, C, 48, s.155.

⁹² Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Salih Şahin, Başvuru No:2013/7040, 11.12.2014; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mustafa Fehmi Okay, Başvuru No:2013/5967, 02.12.2015; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ali Boztepe, Başvuru No:2014/14643, 30.10.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candeger, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Mehmet Halim Oral, Başvuru No:2012/1221, 16.10.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Cuma Ali Yavuz ve Şeyhmus Güner, Başvuru No:2014/2718, 28.6.2018; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Hüseyin Yılmaz ve Mehmet Nimet Sevim, Başvuru No:2014/1215, 23.5.2018; Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Serdar Ziriğ, Başvuru No:2013/7766, 2.7.2015; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ali Boztepe, Başvuru No:2014/14643, 30.10.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Mehmet Halim Oral, Başvuru No:2012/1221, 16.10.2014., <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

üzerinde durmakta ve tutukluluk sürelerinin makul olup olmadığı değerlendirilirken söz konusu tedbirin, kişilerin siyasi parti faaliyetleri gibi kamusal yönü de olan faaliyetlerine olumsuz etkileri dikkate almaktadır.⁹⁴ Yüksek mahkeme, tutukluluğun devamına dair kararların gerekçelerinde, başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya konmadığı, gerekçelerin birbirinin tekrarı olduğunu, tutukluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğunu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı, davanın genel durumu yanında tutuklunun özel durumunu dikkate alacak şekilde ilgili ve yeterli olmadığını belirterek 3 yıl 17 gün,⁹⁵ 3 yıl 5 ay,⁹⁶ 3 yıl 11 ay 10 gün,⁹⁷ 3 yıl 15 ay 48 gün,⁹⁸ 3 yıl 11 ay 24 gün ve 4 yıl 1 ay 10 gün,⁹⁹ 4 yıl 1 ay,¹⁰⁰ 4 yıl 1 ay 11 gün,¹⁰¹ 4 yıl 3 ay 12 gün¹⁰² tutukluluk sürelerinin makul olmadığına karar vermiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1-e maddesine istinaden açılan tazminat davası sonucunda verilen karar, tutuklamayı sona erdirmedeğinden, tutuklunun serbest bırakılmasını temin edebilecek bir karar alma amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir.¹⁰³ Ancak tutuklu salıverilmiş veya hükümlü hale gelmiş

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Engin Demir, Başvuru No:2013/2947, 17.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Reşit Taş ve Mehmet Çelik, Başvuru No:2013/69, 4.11.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Firas Aslan ve Hebas Aslan, Başvuru No:2012/1158, 23.7.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mehmet Ölmez, Başvuru No:2014/19800, 10.1.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Burak Candeğer, Başvuru No:2013/9139, 15.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Yaşar Kaya, Başvuru No:2013/8694, 21.11.2013, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Salih Şahin, Başvuru No:2013/7040, 11.12.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ersel Turhan Başvuru No:2014/1191, 17.5.2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

¹⁰² Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mustafa Fehmi Okay, Başvuru No:2013/5967, 2.12.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi Korcan Pulatsü, Başvuru No: 2012/726, 2.7.2013; Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Mehmet Deniz Yıldırım, Başvuru No: 2014/1481, 1.6.2019; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Murat Çiftçi ve diğerleri, Başvuru No:2014/2257, 26.10.2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-banka->

ise Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Bu durumda talep, hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı kalacaktır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından CMK 141/1-e maddesine istinaden ağır ceza mahkemesinde dava açılması gerekir.¹⁰⁴ Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş veya salıverilmiş ise, asıl dava sonuçlanmamış olsa da, CMK'nın 141/1-e maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğunu belirterek, bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı vermektedir.¹⁰⁵ Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması da gerekmemektedir.¹⁰⁶ Ancak bireysel başvurunun incelendiği tarihte CMK'nın 142/1. maddesine öngörülen dava açma süresi geçmiş ise başvuru hakkında karar vermektedir.¹⁰⁷

si/ (05.06.2019).

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, İshak Aybergüler, Başvuru No:2014/196, 29.9.2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Adem Sökmen, Başvuru No:2014/13791, 12.06.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Doğan Yüksekbağ ve diğerleri, Başvuru No:2014/1197, 13.09.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Sabri Yılmaz, Başvuru No:2014/14193, 13.09.2017; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Hüseyin Yılmaz ve Mehmet Nimet Sevim, Başvuru No:2014/1215, 23.5.2018; Mahkemesi, Birinci Bölüm, Musa Arslan, Başvuru No:2014/12211, 7.6.2017; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, FA, Başvuru No:2014/4821, 8.12.2016; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Zülfi Kınık, Başvuru No:2014/19461, 13.9.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Murat Öksüz, Başvuru No:2014/13308, 20.4.2017; Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Sabri Dursun, Başvuru No: 2015/1895, 11.10.2018, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Mehmet Deniz Yıldırım, Başvuru No: 2014/1481, 1.6.2019; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, F.A, Başvuru No:2014/4821, 08.12.2016; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Ahmet Kaya, Başvuru No:2014/2183, 30.06.2016; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Nevzat Turgut, Başvuru No:2014/2189, 30.06.2016; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, İshak Aybergüler, Başvuru No:2014/196, 29.09.2016; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Muharrem Atik, Başvuru No:2014/19950, 20.4.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Latif Aktaş, Başvuru No:2014/5578, 22.1.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mehmet Ölmez, Başvuru No:2014/19800, 10.1.2019; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, İbrahim Kınık, Başvuru No:2014/17803, 13.09.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Zülfi Kınık, Başvuru No:2014/19461, 13.09.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Murat Öksüz, Başvuru No:2014/13308, 20.4.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Çetin Onursal, Başvuru No:2014/11817, 7.12.2016., <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.06.2019).

F. KANUNA UYGUN OLARAK YAKALANDIKTAN VEYA TUTUKLANDIKTAN SONRA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA VEYA BERAATA KARAR VERİLMESİ

Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan şüpheli veya sanık hakkında soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığına; kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, şüpheli veya sanık, kanuna uygun olarak yakalanıp gözaltına alınmaları, tutuklanmaları nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Kanun koyucu sonradan verilen kararlarla zararın gerçekleştiğini başkaca hiçbir inceleme ve araştırmaya gerek kalmaksızın kabul etmiş, hâkime zararın doğup doğmadığını belirlemek yönünden herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır.¹⁰⁸ Hâkime tanınan yetki kanun koyucu tarafından doğduğu varsayılan zararın hak ve nesafet kurallarına uygun olarak belirlenmesinden ibarettir.¹⁰⁹ Burada tazminat bakımından ön koşul, yakalama ve tutuklamanın kanuna uygun olmasıdır. Yakalama ve tutuklama kararının kanuna aykırı olması halinde, bu bent uyarınca değil, CMK 141/1-a uyarınca tazminat talep edilebilir.

Tazminat nedeni, sınırlı bir şekilde sayılan, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve beraat kararı verilmesi olarak düzenlendiği için, davanın düşmesi, davanın reddi, davanın ortadan kaldırılması, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi veya mahkûmiyet kararı verilmesi halinde tazminat söz konusu olmaz.¹¹⁰ Keza genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenlere tazminat verilmez (CMK m. 144/1-c).¹¹¹ Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı (CMK m.231), sanık hakkında herhangi bir sonuç doğurmadığından, beş yıllık denetim süresinin sonunda, davanın düşmesi veya hükmün açıklanması halinde, kanun yolları tüketildikten sonra tazminat davası

¹⁰⁸ Yargıtay CGK, 20.3.2007, 2006/9-338, 2007/71, Yaşar, s.1034.

¹⁰⁹ Yargıtay CGK, 20.3.2007, 2006/9-338, 2007/71, Yaşar, s.1034.

¹¹⁰ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Seçkin Yayınevi, C.1, Ankara 2009, s. 1026; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.572.

¹¹¹ Yargıtay 12. CD, 12.6.2017, 2016/3088, 2017/5003, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

açılabilir.¹¹² Beş yıllık deneme süresi dolmadan davanın açılması halinde davanın reddine karar verilecektir.¹¹³ Hükümün açıklanması veya düşme kararına karşı kanun yoluna başvurulması sonucunda nihai karar beraat olursa sanık, tutuklu ya da gözaltında geçirdiği sürelerin tamamı için; mahkûmiyet kararı olursa bihakkın salıverme süresinden fazla tutuklu ya da gözaltında geçirdiği süre için tazminat talep edebilecektir. Deneme süresinin sonunda davanın düşmesine karar verilir ve kanun yoluna başvuru sonucunda bu karar kesinleşir ise hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen cezanın bihakkın salıvermede öngörülen sürenin üzerindeki tutukluluk süresi için tazminat istenebilecektir.¹¹⁴ Son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karar, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar niteliğini haiz olduğundan, tazminata konu olması mümkündür.¹¹⁵ Ayrıca CMK'nın 223/3. maddesine aykırı olarak, derhal beraat kararı verilecek hallerde, düşme, durma ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise tazminata hükmedilmesi gerekir.¹¹⁶

Bu bent kapsamında tazminat nedeni, kişinin tutuklandığı suçtan beraat etmesi veya hakkında kovuşturamama kararı verilmesidir. İsnat edilen diğer suçlardan verilen kararın bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle birden fazla suç sebebiyle hakkında kamu davası açılan sanığın, tutuklanmasına neden olan suçtan beraat edip, tutuklanmadığı suçtan mahkûmiyet, kararı verilmesi halinde, bu bent kapsamında tazminat talep etmesi mümkündür. Zira kişi, tutuklanmasına neden olan suç ile itham edilmeseydi, diğer suç sebebiyle tutuklanmamış olacağından, özgürlüğünden mahrum edilmeyecekti. Kovuşturma evresinde suçun niteliğinin değişmesi halinde, ortaya çıkan yeni suç

¹¹² Yargıtay CGK, 4.10.2018, 2017/765, 2018/406, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹¹³ Yargıtay CGK, 19.12.2017, 2017/767, 2017/550; Yargıtay 12. CD, 9.10.2017, 2016/11891, 2017/7237; Yargıtay 12 CD, 4.5.2016, 2015/11684, 2016/7903; Yargıtay 12 CD, 14.11.2016, 2015/12495, 2016/12690. Yargıtay 12. CD, 9.2.2015, 2014/5346, 2015/2181, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹¹⁴ Yargıtay 12. CD, 18.3.2019, 2019/1262, 2019/3615; Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5106, 2018/10883. Yargıtay 12. CD, 16.4.2018, 2017/4056, 2018/4394; Yargıtay 12. CD, 4.5.2016, 2015/11684, 2016/7903, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

¹¹⁵ Yaşar, s.1026.

¹¹⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.572.

için bir tutuklama yasağı söz konusu ise tutuklanan süre için tazminat istenebilmesi mümkünken, diğer hallerde bihakkın salıvermeden kaynaklanan fazla süreler için tazminat istenebilir. Sanık hakkında birden fazla suçtan dava açılmış; ancak tutuklamaya neden olan bazı suçlarla ilgili beraat, bazı suçlarla ilgili olarak mahkûmiyet kararı verilmişse, hükmedilen hapis cezasının ya da koşullu salıverme için öngörülen sürenin, gözaltı ya da tutuklulukta geçen sürelerden daha az olması halinde, kişinin tazminat talep etmesi yine mümkündür. Ancak bu durumda, bu bent uyarınca değil, CMK 141/1-f uyarınca tazminat talep edilebilir.¹¹⁷

Tazminat talebi açısından beraat kararının gerekçesinin bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁸. Diğer bir ifadeyle hangi nedenle ile olursa olsun kanuna uygun olarak yakalanıp tutuklandıktan sonra haklarında beraat kararı verilen kişiler devletten tazminat talep edebilirler. Örneğin, Yargıtay, delil yetersizliği gerekçesiyle beraat kararı verilmesi nedeniyle tazminatın ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁹ Tazminat davasına bakan mahkemenin beraat kararını sübut yönünden inceleme yetkisi bulunmamaktadır.¹²⁰

Yargıtay, eski tarihli kararlarında, kişinin yakalanıp yasal işlemler yapıldıktan sonra makul süre aşılmadan salıverilmesi halinde tazminata hükmedilmeyeceğini belirtmekteydi.¹²¹ Örneğin Yargıtay bir içtihadında, gözaltına alınıp 2 saat 15 dakika sonra salıverilen kişiye, makul süre aşılmadığı gerekçesiyle, tazminat ödenmemesi gerektiğine karar vermiştir.¹²² Ancak Yargıtay daha sonra içtihat değişikliğine

¹¹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.572.

¹¹⁸ Alacakaptan, s. 192,193; Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul 1992, s. 235; Hakeri/Ünver, s. 493; Hakeri, s. 89.

¹¹⁹ Yargıtay 1. CD, 7.7.2005, 2005/417, 2005/2088, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹²⁰ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, 2.5.1977, 1977/1, 1977/1; Yargıtay CGK, 6.11.1989, 1989/9-277, 1989/334; Yargıtay 12. CD, 14.2.2013, 2012/32401, 2013/3264, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹²¹ Yargıtay, 8. CD, 27.11.2006, 2006/1379, 2006/8570; Yargıtay, 8. CD, 4.6.2007, 2006/6400, 2007/4409; Yargıtay., 8. CD, 17.3.2005, 2003/12398, 2005/1622, Fatih Kanmaz, Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 184, 185. Yargıtay., 8. CD, 25.2.2005, 2003/8606, 2005/731; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

¹²² Yargıtay 8. CD, 18.9.2007, 2007/6164, 2007/5933, Kanmaz, s.184.

giderek, 3 saat,¹²³ 3,5 saat,¹²⁴ 4,5 saat,¹²⁵ 4 saat 47 dakika,¹²⁶ 5.5 saat,¹²⁷ 5 saat 40 dakika,¹²⁸ bir gün¹²⁹ gözaltına alınan kişinin salıverilerek daha sonra da hakkında kovuşturamama/beraat kararı verilmesi nedeniyle tazminat talebinin kabul edilmesini gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın bu son uygulaması isabetlidir. Zira kanunda kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının makul süreyi aşması ölçütüne yer verilmediği gibi makul sürenin anlamı belirsiz olduğundan, kişilerin uzun bir süre gözaltına alınmasına karşın tazminat ödenmemesinin gerekçesi yapılması mümkündür.

Kanuna uygun olarak tutuklanan kişi hakkında kovuşturamaya yer olmadığına dair karar veren Cumhuriyet Savcısı ve beraat karar veren mahkeme, şüpheli veya sanığa tazminat hakları olduğunu bildirir ve bu durum karara geçirilir (CMK m.141/2).¹³⁰ Aksi takdirde 3 aylık dava açma süresi işlemeye başlamaz.¹³¹

G. KİŞİNİN GÖZALTI VE TUTUKLULUKTA GEÇİRDİĞİ SÜRENİN HÜKÜMLÜLÜKTEN FAZLA OLMASI VEYA SADECE PARA CEZASINA MAHKÛM EDİLMESİ

Bu bentte iki farklı tazminat nedeni düzenlenmiştir. Her iki durumda da tazminatın ödenebilmesi için kişinin gözaltına alınması ve tutuklanmasının kanuna uygun olması gerekir. Gözaltı ve tutuklama

¹²³ Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/10327, 2018/3738, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹²⁴ Yargıtay 12. CD, 18.12.2017, 2017/5847, 2017/10355, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹²⁵ Yargıtay 12. CD, 26.3.2018, 2017/10199, 2018/3425, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹²⁶ Yargıtay 12. CD, 25.2.2019, 2018/8442, 2019/2537, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹²⁷ Yargıtay 4. CD, 14.3.2006, 2006/2375, 2006/6998, Yaşar, s.1067.

¹²⁸ Yargıtay 12. CD, 6.6.2016, 2015/11961, 2016/9498, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹²⁹ Yargıtay CGK, 13.4.2010, 2010/58, 2010/82; Yargıtay YCGK, 20.3.2007, 2006/338, 2007/71; Yargıtay 12. CD, 10.9.2018, 2018/4505, 2018/7911; Yargıtay 12. CD, 4.5.2016, 2015/11001, 2016/7842; Yargıtay 12. CD, 1.2.2016, 2015/6046, 2016/916; Yargıtay 12. CD, 29.4.2014, 2014/1512, 2014/10368, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

¹³⁰ Yargıtay 6. CD, 2015/3580, 2017/5348, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹³¹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.479.

kararları kanuna aykırı ise, hükümlülük süresinden fazla olup olmadığına bakılmaksızın, bu bent değil, CMK 141/1-a uyarınca tazminat talep edilecektir.

İlk tazminat nedeni mahkûm olan kişinin gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülüğünden fazla olmasıdır. Bu halde sanığın mahkûm olduğu ceza ile gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süre arasındaki fark nedeniyle oluşan zararın karşılanması söz konusudur. Yargıtay, hükümlülük süresinin bihakkın tahliye süresi olduğunu kabul etmektedir.¹³² Bununla birlikte tutuklu yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle, sanık hakkında kesinleşmiş bir hüküm olmadığından, cezaevinde tutuklu olan sanığın 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde öngörülen şartlı salıvermeden yararlanamadığından dolayı cezaevinde daha fazla kalıp mağdur olduğundan, Anayasa'nın 90/5. maddesine göre bağlayıcı olan AİHS'nin 5/3. maddesi gereğince, tazminatın şartla salıverme tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğine karar vermektedir.¹³³ Ancak kanunda açıkça, "*hükümlülük sürelerinden fazla olan*" kısım için tazminat ödeneceği düzenlendiğinden, hükümlülükten mahsup edilecek süre, şartla salıverme süresi değil, bihakkın salıverme süresidir.¹³⁴ Diğer bir ifade ile mahsup işleminde şartlı salıverilme süresinin dikkate alınmaması gerekir. Kaldı ki şartlı salıverme herkesin yararlanacağı, kesin bir hak olmaması nedeniyle şartla salıverme süresi içindeki tutukluluk süresinin tazmini ancak muhtemel bir zarar olarak nitelendirilebilir.¹³⁵ Kanımızca tutuklu yargılamanın uzamasından dolayı sanığın şartlı salıverme süresinden yararlanamaması nedeniyle cezaevinde daha fazla kalması durumunda, bu bent kapsamında değil, tutuklamada makul sürenin aşılmasını tazminat nedeni olarak düzenleyen CMK 141/1-b veya tutuklamanın, isnat edilen suçun cezasına göre, ölçülülük ilkesine aykırı olduğundan dolayı tutuklama kararının kanuna aykırı olmasını tazminat nedeni olarak

¹³² Yargıtay 12. CD, 14.1.2019, 2018/8362, 2019/449; Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5106, 2018/10883; Yargıtay 12. CD, 10.9.2018, 2018/4512, 2018/7907; Yargıtay 12. CD, 11.6.2018, 2018/2849, 2018/6508; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹³³ Yargıtay 12 CD, 10.2.2016, 2015/3723, 2016/1723; Yargıtay 12. CD, 24.4.2014, 2014/832, 2014/10020; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹³⁴ Hakeri/Ünver, s.495; Hakeri, s. 101; İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, s.720; Yaşar, s.1027.

¹³⁵ Hakeri, s.101.

düzenleyen CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edebilir. Nitekim Yargıtay, hükümlülük süresinin şartlı salıverme süresi olarak kabul ettiği kararlarında, atıfta bulunduğu AİHS'nin 5/3. maddesinde, tutuklama süresinin makul süreyi aşmaması gerektiği düzenlenmiştir.

İkinci tazminat nedeni ise, gözaltına alınan veya tutuklu kalan kişinin işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece adli para cezası olmasıdır. Adli para cezası hapis cezasından çevrilmişse tazminat istenemez.¹³⁶ Sadece para cezasına mahkûmiyet durumunda, tutuklu olarak geçirilen süre TCK'nın 63. maddesi uyarınca yapılan mahsup-tan sonra geriye kalan süre için tazminat istenebilir.¹³⁷

Adli para cezası ya da hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirse, gözaltı ya da tutukluluk süresinin, geri bırakmaya konu olan süreyi aşan kısmı için tazminata hükmedilmesi mümkündür.¹³⁸

İkinci tazminat nedeninin oluşması halinde mahkeme, sanığa tazminat hakkının bulunduğunu bildirir ve bu husus verilen karara geçilir (CMK m. 141/2).

H. YAKALAMA VE TUTUKLAMA NEDENLERİ İLE HAKLARINDAKİ SUÇLAMALARIN YAZILI OLARAK VE BUNUN HEMEN MÜMKÜN OLMAMASI HALİNDE SÖZLÜ OLARAK AÇIKLANMAMASI

Yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir (AİHS m. 6/3-a, Anayasa m. 19/4, PYSK m.13/5, YGİY m. 6/4). Bunun amacı kişinin niçin yakalandığını bilmesi ve yakalama ve tutuklamaya karşı etkili bir şekilde itiraz hakkını kullanmasını sağlamaktır.¹³⁹ Yakalama ve tutuklama nedenlerinden şüphelinin başka bir yolla bilgi edinmiş olması bu yükümlülüğü or-

¹³⁶ Centel, s. 239; Hakeri, s.60; Yenisey/Nuhoğlu, s.479; Yaşar, s.1027.

¹³⁷ Centel, s.239; Metin Feyzioğlu, "Tutuklamadan Doğan Zararın Giderilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1993, S. 1, s. 132.

¹³⁸ Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5106, 2018/10883. Aynı yönde bkz., Yargıtay 12. CD, 16.4.2018, 2017/4056, 2018/4394; Yargıtay 12. CD, 4.5.2016, 2015/11684, 2016/7903, [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/\(05.05.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/(05.05.2019)).

¹³⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.236.

tadan kaldırmaz.¹⁴⁰ Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır (CMK m. 97, YGİY m.6/7). Tutanağın bir örneği yakalananına verilir (YGİY m.6/7). Keza şüpheli tutuklamaya sevk edildiğinde, CMK 147/1-b gereğince, kendisine yüklenen suç anlatılır. Tutuklamaya, tutuklamanın devamına ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu, gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir ve bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir (CMK m. 101/2). Bu hükümlere aykırı davranılması halinde devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.

I. YAKALAMANIN VE TUTUKLAMAMANIN YAKINLARA BİLDİRİLMEMESİ

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, cumhuriyet savcısının emriyle bir yakına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK m. 95/1). Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkamaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir (CMK m. 95/2). Yakalanan kişi tutuklandığında, tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir (CMK m. 107/1). Ayrıca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir (CMK m.107/2). Burada sözü edilen yakınlarından şüphelinin eşi çocukları, annesi, babası gibi kan veya evlilik ya da evlatlık bağı ile kendisine yakın olanlar anlaşılır.¹⁴¹ Şüpheli veya sanık yabancı olduğunda tutuklanma durumu, yazılı olarak karşı çıkamaması halinde, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir (CMK m. 107/3). Bildirimin kime yapılacağını seçme yetkisi şüpheli veya sanığa aittir. Yakalanan ve tutuklanan

¹⁴⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.569.

¹⁴¹ Tezcan, s.33.

kişi bildirimini belirlediği kişiye yapılmasını istemiş ise ayrıca yakınına bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Yakalanan ve tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmemesi tazminat nedeni olarak öngörüldüğü için, yakalanan ve tutuklanan kişinin belirlediği kişiye değil, yakınına haber verilmesi, bu bent kapsamında, tazminata yol açmayacaktır.¹⁴² Bu durumda sadece tutuklanan kişi bakımından CMK 141/1-c uyarınca tazminat talep edilebilecektir.

J. ARAMA KARARININ ÖLÇÜSÜZ BİR ŞEKİLDE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Arama, suç işlediklerinden şüphe edilen kişileri, suç delillerini veya müsadereye tabi eşyayı ele geçirmek için bir kimsenin konutunda, etrafı çevrili diğer mahallerinde, üzerinde, aracında ve eşyasında yapılan bir araştırmadır.¹⁴³ Arama adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmaktadır. CMK 141/1’de açıkça, “suç soruşturması ve kovuşturması sırasında...” ifadesine yer vermesi nedeniyle, bu bent kapsamında, sadece adli arama nedeniyle tazminat talep edilebilir. Önleme araması ile ilgili tazminat talebi ise genel hükümlere tabidir. CMK’nın 141/1-i bendinde arama kararının kanuna aykırı olmasını değil, kanuna uygun olarak alınan bir “arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi” tazminat nedeni olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁴ Bu nedenle arama kararının kanuna aykırı olması nedeniyle, bu bent kapsamında, tazminat talep edilemez.¹⁴⁵ Aramanın “ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi” ibaresi belirsiz olup,¹⁴⁶ somut olayın koşullarına göre aramanın ölçüsüz olarak yapılıp yapılmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Ölçüsüz aramaya örnek olarak; arama yapılan evdeki tüm eşyalarının dağıtılması, çamurlu ayakkabılarla çiğnenmesi, etrafın kirletilmesi, gerekinden fazla yıpratılması, duvarların kazılması, dolapların kırılması, üstü veya aracı aranan kişiye kötü davranılması, aramaya konu evdeki kişinin bir odaya kapatılması suretiyle işlemin gerçekleştirilmesi, gündüz

¹⁴² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/ Akcan/Erden, s.570.

¹⁴³ Toroslu/Feyzioğlu, s. 243.

¹⁴⁴ Hakeri/Ünver, s 496; Serdal Baytar, “Koruma Tedbirinden Doğan Zararın Karşıllanması”, *TBB D*, S. 61, 2005, s. 366; Kanmaz, s.189; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 566.

¹⁴⁵ Turhan, s.308; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/ Akcan/Erden, s.570

¹⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 568.

yapılacak aramanın geceleyin yapılması, aramanın saatlerce sürmesi, arama kararında belirtilen yerlerin dışına çıkılması gösterilmektedir.¹⁴⁷ Kanuna aykırı yakalama, tutuklama ve elkoyma tedbirlerinin tazminat nedeni olmasına karşın, kanuna aykırı arama tedbirinin tazminat nedeni olarak düzenlenmemiş olmasının nedeni anlaşılammaktadır. Yapılacak bir değişiklik ile arama ile ilgili her türlü hukuka aykırılıkların tazminat sebebi olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹⁴⁸

Yargıtay'ın güncel kararları, yalnızca aramanın ölçsüz uygulanmasını bu bent kapsamında değerlendirmekte; arama kararının hukuka aykırı olması nedeniyle açılan davaları ret etmektedir.¹⁴⁹ Bu nedenle hukuka aykırı arama nedeniyle tazminat davası tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olmadığından, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir.¹⁵⁰

K. EŞYASINA VEYA DİĞER MALVARLIĞI DEĞERLERİNE, KOŞULLARI OLUŞMADIĞI HALDE ELKONULMASI VEYA KORUNMASI İÇİN GEREKLİ TEDBİRLERİN ALINMAMASI YA DA EŞYASI VEYA DİĞER MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN AMAÇ DIŞI KULLANILMASI VEYA ZAMANINDA GERİ VERİLMEMESİ

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek veya müsadere edilebilecek bir malvarlığı değeri üzerinde zilyedin rızası aranmaksızın tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır.¹⁵¹ Kişinin istenen eşyayı rızasıyla vermesi veya eşyanın kimsenin zilyetliğinde bulunmaması durumunda ise, muhafaza altına almadan söz edilir.¹⁵² Kanun'da açıkça elkoyma

¹⁴⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.570; Çolak/Taşkın, s. 695; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 336; Kanmaz, s. 189.

¹⁴⁸ Hakeri/Ünver, s 495; Turhan, s. 308.

¹⁴⁹ Yargıtay 12. CD, 11.9.2017, 2015/17220, 2017/6120; Yargıtay 12. CD, 19.12.2016, 2015/12475, 2016/13470; Aksi yöndeki kararlar için bkz, Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/12815 2015/19162; Yargıtay 12. CD, 10.12.2015, 2015/334, 2015/19161; Yargıtay 12. CD, 24.12.2013, 2013/9105, 2013/30371; Yargıtay 12. CD, 19.1.2013, 2012/29108, 2013/507, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay-BilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Hasan Akboğa, Başvuru No:2016/10380, 27.3.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (05.05.2019).

¹⁵¹ Şahin, s. 251; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.507.

¹⁵² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.507.

nedeniyle tazminatın ödeneceği düzenlemesine karşın, Yargıtay, sahibinin rızasıyla eşyanın muhafaza altına alınmasının, işlemi elkoyma mahiyetinden çıkarmayacağı gerekçesiyle, açılan tazminat davalarını kabul etmektedir.¹⁵³ Elkoymanın suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yapılması gerekir. Kabahat niteliğindeki bir eylem nedeniyle eşyaya elkonulması durumunda bu bent kapsamında tazminat talep edilemez.¹⁵⁴ Örneğin Kabahatler Kanunu'nun 18/3. maddesi gereğince eşyaya elkonulması durumunda bu bent kapsamında değil, genel hükümlere göre idari yargıda dava açılması gerekir.¹⁵⁵

1. Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadığı Halde Elkonulması

Elkoymaya ilişkin genel hüküm CMK'nın 123. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır (CMK m.123/1). Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir (CMK 123/2). Elkoyma hâkim kararı ile yapılır. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK m.127/1). Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/1).

Elkoymaya ilişkin genel hüküm dışında, CMK'da taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (CMK m. 128), postada elkoyma (CMK m. 129), avukat bürolarında elkoyma (CMK m.130), bilgisayarlara elkoyma (CMK m.134), kaçaklara ilişkin elkoyma (CMK m. 248) ve diğer bazı kanunlarda¹⁵⁶ elkoymaya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde öngörülen koşullara aykırı olarak eşyaya veya mal-

¹⁵³ Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2016/1273, 2018/3778; Yargıtay 12. CD, 11.10. 2012, 2012/23953, 2012/21451, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁵⁴ Yargıtay 12. CD, 19.6.2017, 2016/3484, 2017/5347, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁵⁵ Aksi yöndeki görüş için bkz., Hakeri/Ünver, s.490.

¹⁵⁶ Örneğin, 5187 sayılı Kanun'un 25. maddesi, 5411 sayılı Kanun'un 166. maddesinde elkoymaya ilişkin düzenlemelere yer vermiştir.

varlığı değerlerine el konulması halinde oluşan zarar talep edilebilir. Örneğin Yargıtay, suçta kullanıldığı iddiası ile elkonulan aracın, CMK 128/4. maddesi uyarınca, kaydına şerh konulmak suretiyle elkoyma kararının uygulanması gerekirken, araca fiilen elkonulması nedeniyle tazminat ödenmesine karar vermiştir.¹⁵⁷

2. Elkonulan Eşyanın veya Malvarlığı Değerinin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması

Elkoyma kararı veren makam, elkonulan eşyanın ve diğer malvarlığı değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler almak ve amaç dışı kullanımlarını önlemekle yükümlüdür (CMK m. 132/4). Bu amaçla, soruşturma aşamasında savcılık kovuşturma aşamasında mahkeme, elkonulan eşyanın bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri alması (CMK m. 132/5), elkonulan eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde ise hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarması (CMK m. 132/1) ve tedavüldeki paralar, eğer aynen muhafazası gerekmiyorsa, faiz getirecek bir hesap ile milli bankalardan birine ayrı ayrı yatırması gerekir (Suç Eşyası Yönetmeliği m.12). Bu önlemlerin alınmaması nedeniyle elkonulan eşyaların, mal veya alacakların kaybolması, bozulmasını, değerinde azalma meydana gelmesi halinde eşyasına elkonulan kişi bu nedenle tazminat talep edilebilecektir. Örneğin Yargıtay, 95 gün boyunca elkonulan toz şekerin gerekli koruyucu tedbirlerin alınmamasından dolayı bozulması¹⁵⁸ nedeniyle açılan tazminat davasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

3. El Konulan Eşyanın veya Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması

Elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulmasından sonra elkonulma amacı doğrultusunda muhafaza altına alınmalıdır. Elkoymanın amacı, suç delili olan veya müsadereye tabi eşyayı güvence altına almaktır. Elkonulan eşyanın bu amacın dışında, örne-

¹⁵⁷ Yargıtay 12. CD, 9.4.2018, 2017/10055, 2018/4118, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁵⁸ Yargıtay 12. CD, 1.10.2013, 2013/14879, 2013/22105, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

ğin elkonulan aracın kişisel amaçla, kullanılması tazminat sorumluluğu gerektirir.¹⁵⁹ Yine elkoymaya ilişkin özel düzenlemelerde, elkoymanın amacı, farklı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, CMK'nın 248. maddesinde kaçak sanığın duruşmalara gelmesini sağlamak amacıyla, mallarına, hak ve alacaklarına el konulacağı düzenlenmiştir. Burada elkoymadaki amaç kaçak olan sanığın duruşmalara gelmesinin sağlanmasıdır. Amaç gerçekleştiğinde elkoyma kararının kaldırılması gerekir. Bu amaçla elkonulan eşyanın daha sonra yargılama giderinin karşılanması için elkoyma işlemine dönüştürülerek elkoymaya devam edilmesi de amaca aykırılık oluşturacaktır.¹⁶⁰ Bu durumda ilgili kişiler uğramış oldukları zararın tazminini talep edebilecektir.

4. El Konulan Eşyanın veya Malvarlığı Değerlerinin Zamanında Geri Verilmemesi

Elkoyma tedbiri de diğer tüm koruma tedbirleri gibi geçicidir. Bu nedenle de elkonulan eşya veya malvarlığı değerinin, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, resen veya istem üzerine geri verilmesi gerekir (CMK m. 131/1). Keza elkonulan taşınmaz, hak ve alacaklarının suçtan zarar gören kişiye ait olması ve bunlara delil olarak ihtiyaç bulunmaması halinde sahibine geri verilmez (CMK m. 131/2). Kovuşturma sonucunda sanık hakkında beraat ve elkonulan eşyanın iadesine karar verilmesi ve sanık aleyhine beraat kararına karşı kanun yoluna başvurulmasına karşın eşyanın iadesine ilişkin kısım aleyhine kanun yoluna başvurulmaması durumunda, eşyanın iadesine ilişkin kısım sanık yönünden kesinleşeceğinden, beraat kararının kesinleşmesi beklenmeksizin eşyanın geri verilmesi gerekir.¹⁶¹ Örneğin Yargıtay, suçtan elde edildiği gerekçesiyle elkonulan ve daha sonra mahkemece suçta elde edildiği kesin olmadığı gerekçesiyle iadesine karar verilen, ancak beraat kararı kesinleşmediği gerekçesiyle geri verilmeyen para nedeniyle açılan davanın kabulüne karar

¹⁵⁹ İsmail Uğuz, Ceza Muhakemesinde bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 118.

¹⁶⁰ Emrullah Aycı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2012, s.212.

¹⁶¹ Yargıtay 12. CD, 12.10.2015, 2014,14751, 2015/15084, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

vermiştir.¹⁶² Elkonulan eşyanın ne kadar süre içinde geri verilmesi gerektiğine ilişkin bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Geri vermenin zamanında olup olmadığına somut olayın koşullarına ve elkonulan eşyanın niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Yargıtay elkonulan şekerin 2 gün¹⁶³, çayın 25 gün¹⁶⁴ sonra ilgisine teslim edilmesi ve sürelerin makul olması nedeniyle tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Buna karşın elkonulan şekerin 57 gün sonra¹⁶⁵, aracın 7 ay 4 gün sonra¹⁶⁶ geri verilmesi nedeniyle açılan tazminat davasının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu elkonulan eşyanın niteliğini dikkate alarak geri verilmesine ilişkin özel düzenlemelere de yer vermiştir. Örneğin CMK'nın 130/2. maddesine göre, avukat bürosunda yapılan aramada elkonulmasına karar verilen şeyler bakımında bunların avukat ile müvekkili arasında mesleki ilişkiye ait olduğunun öne sürülmesi halinde, elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunun hâkim veya mahkemece saptandığı takdirde, elkonulan eşya derhal avukata iade edilir. Yine CMK'nın 134. maddesine göre, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. Ancak uygulamada çoğunlukla kopyalama işlemi yapılmamakta; personel, teknik alt yapı ve zaman yetersizliği gerekçe gösterilerek, şifresi olmayan ve kolaylıkla kopyası alınabilecek bilgisayarların hard disklerine, tabletlere, akıllı cep telefonlara elkonulup uzun süre geri verilmemektedir. Bu uygulama açıkça kanuna aykırı olup, tazminat ödemeyi gerektirir.

¹⁶² Yargıtay 12. CD, 12.10.2015, 2014/14751, 2015/15084, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁶³ Yargıtay 12. CD, 23.9.2014, 2014/3510, 2014/18447, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁶⁴ Yargıtay 12. CD, 2.12.2014, 2014/5218, 2014/24340, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁶⁵ Yargıtay 12. CD, 11.6.2012, 2011/23104, 2012/14647, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁶⁶ Yargıtay 12. CD, 15.10.2012, 2012/26109, 2012/21824, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁶⁷ Yargıtay 12. CD, 24.12.2012, 2012/28265, 2012/28348, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

K. YAKALAMA VEYA TUTUKLAMA İŞLEMİNE KARŞI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN BAŞVURU İMKÂNLARINDAN YARARLANDIRILMAMASI

Bu bent kapsamında, yakalama ve tutuklama işlemlerine karşı başvuru imkânından yararlandırılmayan şüpheli ve sanık açısından tazminat nedeni öngörülmesine karşın, gözaltı işlemi açısından açıkça tazminat nedeni öngörülmemesinin nedeni anlaşılmamaktadır. Gözaltı, yakalama sonucunda ve tutuklamadan önce başvuru bir tedbir olması nedeniyle, kıyasen, gözaltı açısından da, bu bent kapsamında tazminat talep edilebilmelidir. Başvuru imkânlarından yararlandırılmayan ifadesine, olağan kanun yolları girmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvurular girmez.¹⁶⁸

Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir (CMK m. 91/5; YGİY m.15). Yakalanan kişinin dilekçesi yetkili hâkime en seri şekilde ulaştırılır (YGİY m.15). Yakalanan tutuklanan şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini (CMK m.104/1) veya adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını (CMK. m103/1) isteyebilir. Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Bu kararlara şüpheli ve sanığın yanı sıra şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi ve eşi de kendiliklerinden itiraz edilebilir (CMK m. 104/2, 262). İtiraz, tutuklama kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır (CMK m. 268/1). Bu düzenlemelere aykırı olarak yakalama veya tutuklama tedbirine karşı itiraz imkânlarından yararlandırılmayan kişiler tazminat talep edebilecektir. Örneğin yakalanan kişinin, yakalamaya itiraz dilekçesini verdiği kolluk görevlilerinin, dilekçeyi yırtarak sulh ceza hâkimliğine göndermemesi tazminat sorumluluğunu gerektirir.

¹⁶⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/ Akcan/Erden, s.571.

L. YARGILAMANIN YENİLENMESİ SONUCUNDA BERAAT VE CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA KARAR VERİLMESİ

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet tamamen veya kısmen infaz edilmiş ise hükümlünün uğradığı maddi ve manevi zararlar CMK 141 ile 144. maddeleri uyarınca tazmin edilir (CMK m.323/3). Bu halde herhangi bir koruma tedbiri nedeniyle tanınmış bir tazminat hakkı söz konusu değildir. Tazminatın nedeni, infaz edilmiş haksız bir mahkûmiyet hükmüdür.

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişiye tazminat talep etme hakkı tanınmasına karşın, kovuşturma sonucunda hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişiye tazminat talep etme hakkı tanınmaması (CMK m.144) açık bir çelişkidir.

II. TAZMİNATIN KAPSAMI

Koruma tedbirleri nedeniyle zarar gören kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, devletten isteyebilirler (CMK m.141/1). Maddi tazminat ile kişinin malvarlığında meydana gelen somut bir azalma ya da kazanç kaybı, ödediği avukatlık ücreti gibi masrafların karşılanması amaçlanırken, manevi tazminat kişinin sosyal çevresinde itibarının sarsılması, özgürlüğünden mahrum kalması nedeniyle duyduğu elem, keder, ıstırap ve ruhsal sıkıntıların bir ölçüde de olsa giderilmesi amacına yöneliktir.¹⁶⁹ Anayasa 19/9 ve CMK 142/6 maddelerine göre, maddi ve manevi tazminat bakımından tazminat hukukunun genel prensipleri gözetileceğinden, Borçlar Kanunu'ndaki maddi ve manevi tazminata ilişkin hükümler amaca uygun olduğu ölçüde koruma tedbirleri sonucu meydana gelen zararın tespitinde uygulanacaktır.¹⁷⁰

A. MADDİ TAZMİNAT

Maddi zarar, kişinin malvarlığında meydana gelen bir azalma veya eksilmeyi ifade eder.¹⁷¹ Bu azalma ya malvarlığını oluşturan aktif de-

¹⁶⁹ Yargıtay CGK, 24.1.2019, 2017/769, 2049/48, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (01.05.2019).

¹⁷⁰ Turhan, s. 310; Soyaslan, s.337.

¹⁷¹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 191.

ğerlerin eksilmesi ya da pasiflerinin yani borçlarının artması şeklinde olur.¹⁷² Koruma tedbirlerden kaynaklanan maddi tazminat kapsamına bu tedbirlerin neden olduğu zararlar girer. Ödenecek maddi zarar, gerçek zararın karşılığı olup, delillerle kanıtlanması ve gerektiğinde bilirkişi aracılığıyla tespit ettirilmesi gerekir. Varsayımsal, muhtemel, soyut talepler maddi zarar kapsamında ödenmez.¹⁷³ Örneğin Yargıtay, davacının gözü ve ağızta bulunduğu dönemde alamadığı bahşişlere yönelik talebinin, muhtemel zarar kapsamında olduğundan reddine karar vermiştir.¹⁷⁴ Maddi zarar, daha çok yakalama, gözü, tutuklama ve elkoyma hallerinde söz konusu olmaktadır. Bu hallerde maddi zarar çoğunlukla koruma tedbiri süresince tedbirin uygulandığı kişinin çalışmamasından veya eşya ya da malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunulamamasından dolayı oluşan gelir kaybıdır. Zarar ile haksız işlem arasında uygun illiyet bağı bulunması, zararın da hukuka uygun bir gelire ilişkin olması gerekmektedir. Örneğin tefecilik yapan ya da kumar oynayan birisinin, tutuklu kaldığı günler için belirtilen yollarla elde edeceği kazançtan yoksun kaldığını ileri sürerek tazminat talep edemez.¹⁷⁵ Elkoyma tedbiri bakımından, elkonulan eşyanın elkoyma tarihindeki bedeli üzerinden,¹⁷⁶ yakalama ve tutuklama bakımından ise şüpheli veya sanığın yakalandığı tarih araştırılıp bu tarihten başlayarak özgürlüğünden yoksun kaldığı süre için uğradığı gelir kaybı üzerinden hesaplanır.¹⁷⁷ Tazminat, kişi hakkında koruma tedbiri uygulanmadan önce uğraştığı mesleğe göre, gerçek net ücreti ve eğer serbest çalışıyor ise gerçek net geliri dikkate alınarak hesaplanır.¹⁷⁸ Serbest meslek mensuplarının ne kadar gelir elde ettikleri, vergi dairesi ve ilgili meslek kuruluşundan sorularak tespit edilecek gelir üzerinden hesaplanır.¹⁷⁹ Çalışanların aylık maddi zararı, ücret bord-

¹⁷² Eren, s. 489.

¹⁷³ Yargıtay CGK, 10.11.2015, 2014/123, 2015/380, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁷⁴ Yargıtay 12. CD, 19.12.2012, 2012/26276, 2012/27848, Öztürk, s.107.

¹⁷⁵ Yargıtay CGK, 19.6.2018, 2015/518, 2018/293, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

¹⁷⁶ Yargıtay 12.CD, 6.11.2012, 2012/22637, 2012/23096, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁷⁷ Yargıtay. 8. CD, 31.10.2002, 2002/5926, 2002/10056, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁷⁸ Yargıtay 1.CD, 26.5.2009, 2008/7575, 2009/2979, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

¹⁷⁹ Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2018/2248, 2018/5972; Yargıtay CGK, 10.11.2015,

rosu, vergi kaydı, gelir vergisi beyannamesi gibi resmi bir belgeyle ispatlanamaması veya aylık net asgari ücret miktarından düşük olması halinde, davacının vasıfsız bir işçi gibi değerlendirilerek tutuklu kaldığı dönemde geçerli olan net asgari ücret üzerinden kesinti yapmadan hesaplanacak miktarın maddi zarar olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.¹⁸⁰ Koruma tedbiri nedeniyle iş akdinin feshi durumunda, ücret alacağına çalıştığı günlerdeki ücret üzerinden hesaplanması ve fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatı ile sosyal yardım ve ikramiyelerin ödenmesi gerekir.¹⁸¹ Asgari ücretin altında geliri olanlar¹⁸² ile asgari ücretinden üstünde bir gelirleri olduğunu ispatlamayanların maddi zararları asgari ücret üzerinden hesaplanır.¹⁸³ Tutuklanan ve daha sonra beraat eden kamu görevlilerine tutuklama süresince maaş ve ödeneklerinde yapılan kesintiler daha sonra ödendiği takdirde, bu kesintiler tazminat kapsamında ödenmez.¹⁸⁴ Tutuklu kalınan sürede cezaevinde yapılan harcamalar, cezaevi ziyaretçilerinin yol, yemek, konaklama harcamaları,¹⁸⁵ noter masrafı,¹⁸⁶ ceza infaz kurumundaki kantin masrafları¹⁸⁷ ve benzeri giderler maddi tazminat hesabına dâhil

-
- 2014/123, 2015/380; Yargıtay 12. CD, 18.10.2012, 2012/23860, 2012/22377; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- ¹⁸⁰ Yargıtay 12. CD, 25.12.2017, 2017/ 5709, 2017 / 10790, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- ¹⁸¹ Yargıtay 8. CD, 31.10.2002, 2002/5926, 2002/10056, Çelik Ahmet Çelik, "Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminat", <http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/haksiz-tutuklama-nedeniyle-tazminat.htm>, (01.06.2019).
- ¹⁸² Yargıtay 12. CD, 7.5.2018, 2018/1852, 2018/5038; Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2018/2248, 2018/5972; Yargıtay 12. CD, 19.3.2018, 2017/10192, 2018/3064; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- ¹⁸³ Yargıtay 12. CD, 15.10.2018, 2018/4946, 2018/9707; Yargıtay 12. CD, 15.10.2018, 2018/4677, 2018/9722;
- ¹⁸⁴ Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2017/12120, 2018/5968; Yargıtay 12. CD, 25.6.2018, 2018/3494, 2018/7132, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).
- ¹⁸⁵ Yargıtay 12. CD, 1.10.2018, 2018/5129, 2018/8964; Yargıtay 12. CD, 21.5.2018, 2017/11225, 2018/5707; Yargıtay 12. CD, 18.6.2018, 2018/2302, 2018/6770; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- ¹⁸⁶ Yargıtay 12. CD, 7.1.2019, 2018/7284, 2019/40; Yargıtay 12. CD, 8.10.2018, 2018/4954, 2018/9327; Yargıtay 12. CD, 8.10.2018, 2018/3898, 2018/9299; Yargıtay 12. CD, 27.4.2017, 2016/12338, 2017/3570; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).
- ¹⁸⁷ Yargıtay 12. CD, 7.1.2019, 2018/7284, 2019/40, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).
- ¹⁸⁷ Yargıtay 12. CD, 4.5.2016, 2015/11655, 2016/7913, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

edilmemektedir.¹⁸⁸ Buna karşın polis/asker olarak görev yapan kişilerin gözaltında kaldığı süre için alamadığı özel harekât ve operasyon tazminatı¹⁸⁹, sanığın yargılandığı mahkemenin bulunduğu cezaevine sevkinin sağlanması için ceza infaz kurumunun hesabına yatırdığı para¹⁹⁰ ve tutuklu iken izin verilen ve kendisi ile birlikte giden görevlilerin harcırah ve uçak biletleri için ödediği para¹⁹¹ maddi tazminat kapsamında ödenmektedir.

Arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleşmesi nedeniyle işyerinde veya meskende veya eşyalarda meydana gelen her türlü zararlar da maddi tazminatın konusunu teşkil edebilir. Yine haksız olarak el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerindeki eksilmeler veya eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin amaç dışı kullanılması veya zamanında geri verilmemesi nedeniyle oluşan zararlar da maddi tazminat kapsamında talep edilebilir. Örneğin Yargıtay, kaçakçılık suçunda kullanıldığından bahisle elkonulan ve altı ay sonra iade edilen aracın kaportasında ve mekanik aksamında çürüme meydana geldiği için yapılan 1.500 TL masraf ile 1.200 TL yediemin ücretinin,¹⁹² elkonulan ve daha sonra iade edilen cep telefonlarının değerinin düşmesi nedeniyle elkoyma tarihindeki satış bedelleri ile davacıya teslim edildikleri tarihteki satış bedelleri arasındaki değer kaybının ödenmesi¹⁹³ gerektiğine karar vermiştir. Elkonulan aracın ticari olması halinde, ne kadar kazanç sağlanabileceğinin ilgili meslek odasından sorularak bu bedelden, bakım, tamir, yakıt, amortisman gibi giderlerin düşülmesi suretiyle belirlenecek net kazanç kaybının maddi zarar kapsamında ödenmesi gerekir.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Yargıtay 12. CD, 26.4.2017, 2016/12964, 2017/3514, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁸⁹ Yargıtay 12. CD, 8.6.2016, 2015/11788, 2016/9771; Yargıtay 12. CD, 19.10.2015, 2015/1603, 2015/15765.

¹⁹⁰ Yargıtay 12. CD, 16.4.2018, 2017/10994, 2018/4453; Yargıtay 12. CD, 8.10.2018, 2018/3893, 2018/9285; Yargıtay 12. CD, 4.5.2016, 2015/11655, 2016/7913, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁹¹ Yargıtay 12. CD, 12.2.2018, 2017/11318, 2018/1378, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

¹⁹² Yargıtay 12. CD, 19.12.2017, 2017/3339, 2017/10526, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

¹⁹³ Yargıtay 12. CD, 14.3.2016, 2015/10178, 2016/3944, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

¹⁹⁴ Yargıtay 12. CD, 21.1.2019, 2018/3836, 2019/880; Yargıtay 12. CD, 17.12.2018, 2018/6821, 2018/12191, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanka>

Koruma tedbirinin uygulandığı soruşturma evresinde hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen şüpheli veya kovuşturma evresinde hakkında beraat kararı verilen sanık kendisini müdafii ile temsil ettirmiş ise, müdafie ödemiş olduğu akdi vekâlet ücreti maddi zarar kapsamında ödenmektedir. Yargıtay tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında beraat etmiş olması nedeniyle davacı lehine maktu vekâlet ücretine hükmolunması gerektiği, maktu vekâlet ücretini aşan ve serbest meslek makbuzu ile ispatlanan kısmın davacı ile avukat arasındaki hukuki ilişkiye dayandığını, bu nedenle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında zarar kapsamında değerlendirilmeyeceğine karar vermektedir.¹⁹⁵ Kanımızca Anayasa'nın 19/9 maddesi ile CMK'nın 142/6. maddesine uyarınca, maddi zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirleneceğine göre, şüphelinin/sanığın Avukatlık Asgari Ücret tarifesinin üzerinde vekâlet ücreti ödediğini serbest meslek makbuzu ve yazılı ücret sözleşmesi ile kanıtlanması durumunda, kararlaştırılan bu akdi vekâlet ücretinin, maddi tazminat kapsamında ödenmesi gerekir. Bu şekilde kanıtlanmaması halinde ise, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre, hesaplama yapılmalıdır. Ayrıca beraat kararı verilen dosyada, Avukatlık Asgari Ücret Tarife'sinin 13. maddesinin 5. fıkrası gereği, sanık lehine hükmedilen karşı vekâlet ücreti, Avukatlık Kanunu'nun 164/5. maddesine göre, avukata aittir. Bu nedenle karşı vekâlet ücreti, akdi vekâlet ücretinden mahsup edilmeden, sanığın müdafie ödemiş olduğu vekâlet ücretinin tamamının ödenmesi gerekir.

B. MANEVİ TAZMİNAT

Manevi zarar kişilik değerlerinde, şahıs varlığında meydana gelen eksilmeyi ifade eder.¹⁹⁶ Koruma tedbirine maruz kalan şahsın gerek aile gerekse de iş çevresinde itibarının sarsılması, aile, çocuk ve yakınları için tutukevinde hasret çekilmesi, kişisel hürriyetinin kısıtlanmasının doğurduğu ruhi sıkıntılar, cezaevi şartlarının zorluğu buralarda duyduğu acı ve ıstıraplar, kişinin manevi zararlarının giderilmesini zorun-

silstemciWeb/ (06.06.2019).

¹⁹⁵ Yargıtay 12. CD, 18.2.2019, 2018/8525684, 2019/2137, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, s.191; Eren, s. 498.

lu kılar.¹⁹⁷ Manevi zarar koruma tedbirleri nedeniyle çekilen üzüntü ve acıdır.¹⁹⁸ Manevi tazminat özgürlüğü hukuka aykırı olarak kısıtlanan kişinin içine düştüğü ruhsal çöküntüyü düzeltecek, duyduğu elem ve ıstırapı dindirecek, kendisine güven duygusu ve yaşama sevinci verecek niteliği haiz olması gerekir.¹⁹⁹ Yargıtay manevi tazminatı tayin ederken, “...kişinin sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre ve tazminat davasının kesinleşeceği tarihe kadar faizi ile birlikte elde edeceği parasal değer...” şeklindeki ölçütleri esas almaktadır²⁰⁰. Kişilik değerlerindeki eksilmenin parayla ölçülmesi veya ekonomik bir değer olarak hesaplanması mümkün bulunmadığından, manevi tazminat tutarının tayininde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.²⁰¹ Uygulamada bu takdir yetkisi zarara uğrayanlar aleyhine kullanılarak adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmayan miktarda manevi tazminata hükmedilmektedir. Nitekim Yargıtay, “...1975 doğumlu, evli, iki çocuklu, ilkokul mezunu olan, tutuklandığı tarihte garson olarak çalışan ve uyuşturucu maddede ticareti yapma suçundan 118 gün tutuklu kaldıktan sonra bu suçtan beraat eden davacının sosyal ve ekonomik durumu, toplumsal konumu ve ceza infaz kurumunda kaldığı süre, davacıya atılı suçun niteliği, tutuklamanın üzerinde bıraktığı olumsuz etkiler ve haksız tutukluluğun gerçekleştiği tarihteki paranın satın alma gücü de göz önüne alındığında, davacı lehine hükmolunan 20.000 TL manevi tazminatın makul olmayıp fazla olduğu sonucuna ulaşılmıştır...” şeklinde kararı ile son derece düşük miktarlarda manevi tazminata hükmetmiştir.²⁰² Ayrıca Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin kararına karşı yazılan, “...dairemizin uygulamalarına göre 2016 yılı itibariyle manevi tazminata aylık 1.500-2.000 lira arasında miktarlar kabul edilmektedir...” şeklindeki muhalefet şerhinden²⁰³ manevi tazminat miktarı ile ilgili ne

¹⁹⁷ Ahmet Gündel, Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk’e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları İle Yasa Dışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 197.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan...”, s.139.

¹⁹⁹ Tezcan, s. 120.

²⁰⁰ Yargıtay 12. CD, 26.6.2018, 2018/2291, 2018/7224; Yargıtay 12. CD, 25.6.2018, 2018/3331, 2018/7120; Yargıtay 12. CD, 11.6.2018, 2018/2681, 2018/6499; Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2018/3035, 2018/6293; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁰¹ Eren, s.789.

²⁰² Yargıtay CGK, 24.1.2019, 2017/769, 2049/48, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (01.05.2019).

²⁰³ Yargıtay 12. CD, 4.4.2016, 2016/1435, 2016/5578, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb/> (01.05.2018).

karar verileceği düşük miktarda bir tarife usulüyle belirlendiği anlaşılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemeleri de, Yargıtay kararları doğrultusunda, 86 gün tutuklu kalan kişi için 5.000 TL,²⁰⁴ 14 gün tutuklu kalan kişi için 1.000 TL²⁰⁵ ve 57 gün tutuklu kalan kişi için 3.500 TL²⁰⁶ manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki niteliği itibarıyla manevi tazminatın miktarının tarife usulüyle belirlenmesi mümkün değildir. Manevi tazminat miktarı her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı tayin edilmesi gerekir. Manevi tazminatın amacı, zararın giderilmesi değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün elden geldiği ölçüde denkleştirilerek tatmin edilmesidir.²⁰⁷ Teorik olarak hiç bir parasal miktar kişinin uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle yaşadığı manevi olumsuzlukları tam olarak giderme imkânına sahip değildir. Tayin edilen manevi tazminat, kişinin manevi zararını tam olarak gideremese de bir ölçüde de olsa bunu giderecek ve tatmin edecek bir miktarda olmalıdır. Derece mahkemelerinin tazminat için somut olayın koşullarına göre takdir yetkisi bulunmakla birlikte meydana gelen ihlalle orantılı olmayan önemsiz miktarda bir tazminata hükmedilmesi Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırıdır.²⁰⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi 1 gün gözaltına alınan kişi için ilk derece mahkemesi tarafından tayin edilen 150 TL manevi tazminatın Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasında güvence altına alınan tazminat hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle 5.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir.²⁰⁹ Bir diğer kararında da başvuruçunun herhangi bir suç isnadı olmaksızın polislerce karakolda 36 dakika tutulması nedeniyle 5.000 TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir.²¹⁰ Anayasa Mahkemesinin manevi tazminat miktarına ilişkin bu kararları daha makul ve yerindedir.

²⁰⁴ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. CD, 16.4.2018, 2018/320, 2018/826.

²⁰⁵ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. CD, 13.7.2018, 2018/1888, 2018/2121.

²⁰⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 19. CD, 9.7.2018, 2018/2564, 2018/2219.

²⁰⁷ O. Gükhan Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukuna Manevi Zararın İki aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", s.233. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/333488>, (06.06.2019).

²⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, ME, Başvuru No:2018/696, 9.5.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (26.6.2019).

²⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, ME, Başvuru No:2018/696, 9.5.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (26.6.2019).

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, Mehmet Baydan, Başvuru No:2014/16308, 12.4.2018., <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (26.6.2019).

Diğer taraftan Yargıtay, manevi tazminat için kişilik haklarının ihlal edilmesi gerektiğinden, yalnızca haksız yere yakalanan ve tutuklanan kişiler bakımından manevi tazminatın ödenmesi gerektiğine; malvarlığı değerlerine ilişkin olan haksız elkoyma nedeniyle manevi tazminatın koşullarının oluşmayacağına karar vermektedir²¹¹. Kanımızca, tüm koruma tedbirleri bakımından manevi tazminatın koşullarının oluşması mümkündür. Manevi tazminatın daha çok yakalama ve tutuklama tedbirleri bakımından söz konusu olmakla birlikte, eşyaya veya malvarlığı değerlerine elkonulmasına, hiçbir durumda manevi tazminatın koşullarının oluşmayacağını kabulü mümkün olmayıp, manevi tazminatın koşulları her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli ve uygulanan koruma tedbiri nedeniyle kişilik hakları ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde manevi tazminata hükmedilmelidir.²¹² Örneğin suç delili olarak elkonulan ve içinde kişiye ait düğün fotoğrafları veya videoları bulunan fotoğraf makinesi veya bilgisayarın kaybolması durumunda manevi tazminatın koşulları oluşmaktadır.

C. FAİZ

Haksız veya hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri haksız fiil niteliğinde kabul edildiğinden,²¹³ tayin edilecek maddi ve manevi tazminata, talebe bağlı olarak, koruma tedbirlerinin uygulandığı veya sona erdiği tarihten veyahut dava ya da hüküm tarihinden itibaren kanuni faiz uygulanmasına hükmedilir.²¹⁴ Dava dilekçesinde faiz talebinde bulunulmaması halinde, sonradan ıslah suretiyle talepte bulunulması mümkündür.²¹⁵ Dava dilekçesinde talep edilmesi halinde,

²¹¹ Yargıtay 12. CD, 19.12.2017, 2017/3339, 2017/10526; Yargıtay 12. CD, 11.1.2016, 2015/4064, 2016/62; Yargıtay 12. CD 23.9.2014, 2014/3510, 2014/18447; Yargıtay 12. CD 2.12.2014, 2014/5218, 2014/24340; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

²¹² Hakeri/Ünver, s.500.

²¹³ Yargıtay 12. CD, 20.3.2014, 2014/1376, 2014/7056; Yargıtay 12. CD, 5.6.2013, 2013/10368, 2013/15365; Yargıtay 12. CD, 3.6.2013, 2013/7151, 2013/14922, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²¹⁴ Yargıtay CGK, 19.6.2018, 2015/518, 2018/293; Yargıtay 12. CD, 27.4.2017, 2016/12338, 2017/3570; Yargıtay 12. CD, 16.4.2014, 2013/27433, 2014/9283, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²¹⁵ Yargıtay 12. CD 11.4.2016, 2016/2300, 2016/6005; Yargıtay 12. CD 6.4.2016, 2015/9088, 2016/5832, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanka>

koruma tedbirinin uygulanmaya başlandığı tarihten;²¹⁶ talep edilmesine rağmen faizin başlangıç tarihi belirtilmemiş ise dava tarihinden itibaren faiz işletilir.²¹⁷ Yargılamada iki farklı koruma tedbiri uygulandığında²¹⁸ veya aynı koruma tedbiri iki farklı tarihte uygulandığında,²¹⁹ her bir koruma tedbiri için ayrı ayrı tazminat miktarları belirlenip, belirlenen her bir tazminat miktarına ilişkin olduğu koruma tedbirinin uygulandığı tarihten itibaren faiz işletilmesi gerekir. Buna karşılık uygulanan koruma tedbiri nedeniyle bir ödeme veya harcama yapılmış ise, bu ödeme veya harcamanın yapıldığı tarihten itibaren faize hükmedilir.²²⁰ Dava dilekçesinde faiz talebinde bulunulmamışsa veya talepte bulunulmakla birlikte tarih belirtilmemiş ise, hüküm verinceye kadar, ıslah suretiyle yazılı veya duruşmada sözlü olarak, koruma tedbirinin uygulandığı tarihten itibaren faiz işletilmesi talep edilebilir.²²¹ Tazminat miktarı ıslah edilerek sonradan arttırılsa bile, talebe bağlı olarak, ıslah edilen kısma da koruma tedbirinin uygulandığı tarihten itibaren faiz işletilir.²²²

-
- silstemciWeb/ (05.05.2019).
- ²¹⁶ Yargıtay 12. CD, 15.10.2018, 2018/3891, 2018/9642; Yargıtay 12. CD, 12.3.2018, 2017/9889, 2018/2784; Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/11638, 2018/3812; Yargıtay 12. CD, 5.3.2018, 2017/9747, 2018/2440; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).
- ²¹⁷ Yargıtay 12. CD, 17.9.2018, 2018/3787, 2018/8215; Aynı yönde bkz.; Yargıtay 12. CD, 1.10.2018, 2018/4033, 2018/8919; Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/10693, 2018/3780; Yargıtay 12. CD, 21.5.2018, 2017/12326, 2018/5740; Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı.
- ²¹⁸ Yargıtay 12. CD, 19.2.2018, 2017/9922, 2018/1674; Yargıtay 12. CD, 17.9.2018, 2018/4131, 2018/8285, Yargıtay 12. CD, 21.1.2019, 2018/8520, 2019/820, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).
- ²¹⁹ Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2018/3035, 2018/6293; Yargıtay 12. CD, 29.6.2016, 2015/12389, 2016/11022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).
- ²²⁰ Yargıtay 12. CD, 12.2.2018, 2017/11318, 2018/1378; Yargıtay 12. CD, 18.5.2015, 2014/22418, 2015/8403; Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2016/1341, 2017/4417; Yargıtay 12. CD, 6.4.2016, 2015/9088, 2016/5832, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).
- ²²¹ Yargıtay 12. CD, 26.3.2018, 2017/9049, 2018/3369; Yargıtay 12. CD, 7.5.2018, 2017/9126, 2018/5017; Yargıtay 12. CD, 26.3.2018, 2017/9049, 2018/3369; Yargıtay 12. CD, 14.5.2018, 2018/1972, 2018/5463; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/345, 2017/9080; Yargıtay 12. CD, 30.10.2017, 2016/4594, 2017/8096; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).
- ²²² Yargıtay 12. CD, 15.1.2018, 2017/8725, 2018/420, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

III. DAVA AÇMA SÜRESİ VE DAVANIN TARAFLARI

A. DAVA AÇMA SÜRESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (f) bentleri kapsamında açılacak tazminat davası, karar veya hükmün kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılabilir (CMK m.142/1). Kesinleşmiş karar veya hükmün tebliğ edilmemesi durumunda dava hakkı, karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren başlayan bir yıllık sürenin sona ermesiyle düşecektir.²²³ CMK'nun 141. maddesinin (e) ve (f) dışındaki bentler kapsamında açılacak davaların süresi ise söz konusu işlemlerin yapılması ile başlar²²⁴ ve işlemin yapıldığı tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde dava açılabilir.²²⁵ Örneğin yakalanıp da durumu yakınlarına bildirilmeyen veya kanuni hakları hatırlatılmayan kişi, yakalama anından itibaren 1 yıllık süre içinde dava açması gerekir.

Ceza muhakemesinde, müdafinin görevi hükmün kesinleşmesi ile sona erdiğinden²²⁶ kesinleşmiş karar veya hükmün müdafie değil, bizzat sanığa tebliğ edilmesi gerekir; aksi takdirde üç aylık süre işlemez.²²⁷ Keza CMK'nın 141. maddesinin (e) ve (f) bentlerinde düzenlenen tazminat nedenlerinin varlığı halinde, kararı veren mercilerin ilgililere tazminat haklarının bulunduğunu bildirmeleri ve bu hususu karara geçirmeleri gerekir (CMK m.141/2) İlgiliye tazminat hakkının olduğunun bildirilmemiş veya kararda tazminat istenebileceği hususu yazılmamış²²⁸ ise veya davanın açılacağı merciin yanlış gös-

²²³ Yargıtay CGK, 21.12.2010, 2010/6-212, 2010/263; Yargıtay 10.CD, 8.7.2008, 2008/7819, 2008/11738, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²²⁴ Hakeri/Ünver, s.498; Yaşar, s. 1076; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.570.

²²⁵ Hakeri/Ünver, s.498. Öğretide bir görüşe göre, haksız veya hukuka aykırı işlemin mercice karara bağlandığı tarihten itibaren 3 ay içinde açılması gerekir. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.762.

²²⁶ Yargıtay CGK, 13.5.2008, 2008/10-101, 2008/113, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²²⁷ Yargıtay 12. CD, 8.5.2017, 2016/615, 2017/3663; Yargıtay 12. CD, 28.4.2014, 2013/28090, 2014/10252; Yargıtay 12. CD, 14.1.2013, 2012/25410, 2013/982, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²²⁸ Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/10322, 2018/3740, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

Yargıtay 12. CD, 21.3.2016, 2015/11327, 2016/4556; Yargıtay 9. CD, 18.1.2010, 2008/13139, 2010/196; Yargıtay 1. CD, 10.3.2010, 2009/7571, 2010/1447, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

terilmesi suretiyle taraflar yanıtlanmış²²⁹ ise üç aylık sürenin başlaması söz konusu değildir. Bu durumda davanın 1 yıllık süre içinde açılması gerekir.²³⁰ Keza tazminat davasına esas beraat hükmünde, sanığa (davacıya) tazminat talep etme hakkı olduğu hatırlatılmış ve kesinleşmiş beraat hükmü tebliğ edilmiş olsa da, hüküm fıkrasında, kanun yolunun süresi, kanun yoluna başvuru şekli ve başvurunun hangi makama yapılacağına kanuni düzenlemelere uygun bir biçimde gösterilmemiş olması durumunda, beraat kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde dava açılabilir.²³¹

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (f) bentleri kapsamında dava açma süresinin başlayabilmesi için karar veya hükmün kesinleşmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle *"kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen, yine mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılanlar hakkında, mutlaka davanın esasıyla ilgili olarak verilen kararın kesinleşmesini beklemek zorunluluğu bulunmaktadır. Zira davacının tazminat isteme hakkı bu hallerde verilen karar veya hükmün kesinleşmesiyle doğmaktadır"*.²³² Karar veya hükmün kesinleşmesi beklenilmeden davanın açılması halinde, dava şartı bulunmadığından, davanın reddine karar verilecektir.²³³ Zira doğmamış bir hakkın dava yoluyla talebi hukuken mümkün değildir.²³⁴ Dava açıldığında karar ve hüküm kesinleşmemiş olsa bile, davanın reddine karar verilmeden önce, bozma sonrasında olsa dahi, karar veya hüküm bilahare kesinleşirse, dava şartı yargılama aşamasında gerçekleştiğinden, davanın esası hakkında karar verilmesi gerekir.²³⁵ Buna kar-

²²⁹ Yargıtay 12. CD, 11.9.2017, 2015/13853, 2017/6124, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²³⁰ Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/1859, 2017/9000, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²³¹ Yargıtay 12. CD, 9.9.2013, 2013/14365, 2013/19498, Öztürk, s.102,103.

²³² Yargıtay 12. CD, 11.9.2017, 2015/13853, 2017/6124; Yargıtay 12. CD, 15.5.2012, 2011/20114, 2012/12183, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²³³ Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2017/8495, 2018/5987; Yargıtay 9. CD, 9.6.2009, 2008/1072, 2009/6901.

²³⁴ Yargıtay CGK, 1.12.1986, 1986/327, 1986/555, Durmuş Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1989, s.125.

²³⁵ Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2017/8495, 2018/5987; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/1857, 2017/9002; Yargıtay 12. CD, 22.5.2017, 2016/2160, 2017/4148; Sinerji

sın CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (f) bentleri dışındaki tazminat nedenlerine dayanılarak açılan davalar bakımından, "tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyası ya da soruşturma dosyasında esas hakkında bir karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekmez. Örneğin gözaltı süresi yasadaki açıkça belirtilmiş olup, kişinin yasadaki bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talepler hakkında karar verilmesi için davanın esas hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir..."²³⁶. Tazminata konu ceza davasında birden fazla sanık bulunması halinde, tüm sanıklar yönünden kesinleşmesi gerekmiyip, sadece dava açan sanık ve varsa katılan yönünden kesinleşmesi yeterlidir.²³⁷

Tazminat için öngörülen bu süreler hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan,²³⁸ bu süreler için eski hale getirme (CMK m. 40) talebinde bulunulamaz.²³⁹ Adli ara vermede üç aylık süre işlemez.²⁴⁰ Bu süre tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzatılmış sayılır (CMK m. 331/4).

Mevzuat ve İçtihat Programı.

²³⁶ Yargıtay 12. CD, 5.7.2018, 2017/7338, 2018/7621; Yargıtay 12. CD, 11.9.2017, 2015/13853, 2017/6124;

Yargıtay 12. CD, 15.5.2012, 2011/20114, 2012/12183, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

²³⁷ Yargıtay 11. CD, 28.11.2006, 2006/393, 2006/9581, Yaşar, s.1058.

²³⁸ Yurtcan, s. 762; Hakeri/Ünver, s.498; Soyaslan,s.337; Yalvaç,s.280 ;Yargıtay 12. CD, 28.5.2018, 2017/8495, 2018/5987; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/1859, 2017/9000; Yargıtay 12. CD, 29.9.2015, 2015/368, 2015/14000, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²³⁹ Yılmaz Biçer, "Haksız Tutuklananlara Devlet Ödencesi", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1975, C. 4, S. 1-2, s. 111; Yurtcan, s. 762; Yargıtay 5. CD 11.7.1972, 1972/2999, 1972/3346, Tezcan, s.126.

²⁴⁰ Hakeri, s. 130.

Kanun'da öngörülen 3 ay ve 1 yıllık dava açma süreleri çok kısa olup, bu sürelerin 1 ve 5 yıllık olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Başvuru süresinin uzatılması, koruma tedbirine maruz kalan kişinin kendisini psikolojik olarak toparlamasını sağlayıp, dava ile ilgili gerekli araştırmayı yapma imkânı vererek tazminat davası açması yönünde kararlı davranmasını sağlayacaktır.²⁴¹

B. DAVACI

Koruma tedbirlerinden dolayı dava açma hakkı, hakkında koruma tedbiri uygulanan kişilere tanınmıştır. Dava açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan,²⁴² hakkında koruma tedbiri uygulanan dışındaki üçüncü kişilerin (Örneğin tutuklu yakınlarının) dava açma hakkı bulunmamaktadır.²⁴³ Yakalama, tutuklama gibi hürriyeti sınırlayıcı koruma tedbirlerinden dolayı dava açma hakkı, koruma tedbiri uygulanan şüpheli veya sanığa ait iken, elkoyma veya arama da eşyanın veya arama yapılan yerin maliki olan üçüncü kişilere/malen sorumlu²⁴⁴ olanlara aittir. Bu nedenle elkonulan eşyanın maliki olamayan, geçersiz bir satış sözleşmesine istinaden veya haricen eşyayı elinde bulunduran kişinin dava açma hakkı bulunmamaktadır.²⁴⁵ Mahkeme veya savcılık tarafından elkonulan eşyanın malik yerine bu kişilere iade edilmiş olması da dava açma hakkı vermez.²⁴⁶ Uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle üçüncü kişilerin de doğrudan zarar görmesi mümkündür. Örneğin tutuklunun eşinin, çocuklarının maddi ve manevi zarara uğramaları söz konusudur. Bu kişilerin Danıştay kararlarına göre idari yargıda, CMK'nın 141/3. maddesine göre kararı uygulayan hâkim ve savcılara ve 5320 sayılı Kanun'un geçici 8. mad-

²⁴¹ Onur Tatar, Haksız Yakalama ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2012, s.27.

²⁴² Tezcan, s. 124; Yurtcan, s.761.

²⁴³ Faruk Erem, "Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat", *Adalet Dergisi*, Ankara 1964, S.7-8,s. 730; Centel, s.240; Yurtcan, s.761; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.574. Yargıtay 12. CD., 7.1.2019, 2018/7284, 2019/40, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019). Yargıtay 12. CD. 21.6.2012, 2011/12258, 2012/15615, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁴⁴ Yargıtay 12. CD, 19.12.2017, 2017/3339, 2017/10526, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁴⁵ Yargıtay 12. CD, 3.7.2017, 2017/3165, 2017/576, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁴⁶ Yargıtay 12. CD, 7.12.2015, 2015/12120, 2015/18991, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

desi gereğince HMK 46 ve devamı maddelerine göre Adalet Bakanlığı aleyhine dava açmaları mümkün değildir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yargı organlarının işlemlerinden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerekir. Bu nedenle koruma tedbirleri nedeniyle doğrudan zarar gören üçüncü kişilere de dava açma hakkının tanınması isabetli olacaktır. Kanun'da "kişiler" ibaresine yer verildiğinden tüzel kişiler de dava açma hakkına sahiptir.²⁴⁷ Örneğin, elkoyma veya arama tedbirinden tüzel kişilerin de zarar görmesi mümkündür. Bu nedenle koruma tedbirleri bakımından tazminat davasını açma ile ilgili koşullara sahip gerçek ve tüzel kişiler bizzat, kanuni temsilcileri veya vekilleri aracılığıyla her türlü zararlarını isteme hakkına sahiptir. Temyiz kudretine sahip on sekiz yaşından küçük olanlar, bizzat veya vekili aracılığıyla dava açabilirler.²⁴⁸ Vasinin vesayeti altındakiler adına dava açabilmesi için vesayet makamından izin almak zorundadır (Türk Medeni Kanunu m. 462/8).²⁴⁹ Vekil aracılığıyla dava açılması halinde vekâletnamede özel yetki bulunması gerekmez.²⁵⁰ Zira CMK'da vekilin özel yetkiye sahip olmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. CMK'nın 142. maddesinin gerekçesinde, özel yetkili vekil tarafından davanın açılacağı belirtilmiş ise de, gerekçenin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. HMK'nın, "*Davaya Vekalette Özel Yetki Verilmesini Gerektiren Haller*" başlıklı 74. maddesinde, "*Açıkça yetki verilmemiş ise vekil;... hakimlerin fiilleri sebebiyle devlet aleyhine tazminat davası... açamaz*" şeklinde düzenlemenin bu davalarda uygulanması mümkün değildir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, sadece hâkimlerin fiilleri sebebiyle açılmamakta; kolluk görevlileri, savcılık ve hatta mülki idare amirlerinin fiilleri nedeniyle de açılabilir. Bu nedenle HMK 74. maddesindeki özel yetkiye ilişkin düzenleme, hâkimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HMK'nın 46 ila 49. maddeleri kapsamında açılacak davalar bakımından geçerlidir.

²⁴⁷ Çolak/Taşkın, s. 699; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.574.

²⁴⁸ Yargıtay CGK, 7.5.1979, 1979/1-122, 1979/203, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁴⁹ Yargıtay 12. CD, 11.2.2019, 2019/62, 2019/1638; Yargıtay 12. CD, 4.3.2019, 2018/8490, 2019/2884; Yargıtay 12. CD, 11.2.2019, 2019/62, 2019/1638; Yargıtay 12. CD, 30.10.2017, 2017/738, 2017/8049, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

²⁵⁰ Yargıtay 12. CD, 3.12.2018, 2018/5044, 2018/11481; Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5103, 2018/10894; Yargıtay 12. CD, 15.10.2018, 2018/5101, 2018/9708; Yargıtay 12. CD, 9.4.2018, 2017/10095, 2018/4117, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

Koruma tedbiri uygulanan kişinin ölmesi halinde tazminat davasını mirasçılar açabileceklerdir²⁵¹. Yargıtay, maddi ve manevi tazminat bakımından, “koruma tedbirleri nedeniyle dava açma hakkı, hakkında koruma tedbiri uygulanan kişiye ait olduğu, bu hakkın ancak zarar görenin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça izhar etmesi durumunda mirasçılara intikal edeceği, mirasçılarının bu şartlarda açılmış davaya devam edebilecekleri veya dava açabilecekleri(ni)” kabul etmektedir.²⁵² Türk Medeni Kanunu’nun 25/4. maddesinde, manevi tazminat istemi mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenleme gereğince, manevi tazminat talebi, kural olarak mirasçılara geçmez. Ancak hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi manevi tazminat davası açtıktan sonra veya dava açma iradesini ispatlanabilir bir şekilde izhar ettikten sonra vefat eder ise mirasçıları manevi tazminat davasını açabilir ve açılan manevi tazminat davasına devam edebilirler. Maddi tazminat talebi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, Türk Medeni Kanunu’nun mirasın intikaline ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Zira miras, ölenin hak, alacak, borç ve her çeşit mallarının tümünü kapsamaktadır. Kanun’un 599. maddesi, mirasbırakanın ölümü ile mirasın bir bütün olarak, kanun gereğince, mirasçılara intikal edeceği ve mirasçılarının miras bırakanın aynı haklarını ve alacaklarını doğrudan doğruya kazanacaklarını düzenlemiştir. Kanun’da alacak bakımından bir ayırım yapılmadığından, ölen kişi hakkında koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması nedeniyle, oluşan maddi zararlar da madde kapsamına girmektedir. Ayrıca CMK’nın 142/2.maddesinde, “zarara uğrayan” ifadesi kullanıldığı da dikkate alındığında, mirasçılarının da dava açma haklarının olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi maddi tazminat davasını açmadan önce ölmüş ve dava açma iradesini izhar etmemiş olsa bile mirasçılarının maddi tazminat talebinde bulunabilmeleri gerekir.²⁵³

²⁵¹ Yargıtay 12. CD, 3.7.2018, 2017/11776 2018/7328, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁵² Yargıtay 12. CD, 22.10.2018, 2018/4190, 2018/9992; Yargıtay 12. CD, 12.3.2018, 2017/9802, 2018/2781; Yargıtay 12. CD, 19.12.2017, 2017/4726, 2017/10538; Yargıtay 12. CD, 18.12.2017, 2017/2065, 2017/10359; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

²⁵³ Biçer s.110; Tezcan, s. 125.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 144. maddesinde tazminat istemeyecek kişiler düzenlenmiş olup, bu kişiler dört grup halinde belirtilmiştir. Burada tazminat istememe hali, tüm tazminat nedenleri bakımından geçerli olmayıp, yalnızca CMK'nın 141/1. maddesinin (e) ve (f) bentlerinde düzenlenen kanuna uygun olarak yakalanan ve tutuklananlar açısından söz konusudur.²⁵⁴ Diğer tazminat nedenleri açısından böyle bir durum mevcut değildir. Örneğin, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen arama, el koyma tedbirleri açısından, bahsedilen şartlar söz konusu olsa dahi tazminat istenebilir.²⁵⁵ Maddede açıkça gözaltından bahsedilmemekle birlikte yakalamanın gözaltıyı da kapsadığı kabul edilmelidir.²⁵⁶

Bunlardan ilki, *"Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler"* dir (CMK m.144/1-b). Bu düzenleme gereğince, soruşturma ve kovuşturma makamlarının işleminin, yapıldığı anda hukuka uygun olmakla birlikte daha sonra yürürlüğe giren kanun ile hukuka aykırı hale gelmesi nedeniyle tazminat talebinde bulunulamaz. Örneğin bir suç isnadı ile tutuklanan kişinin eyleminin sonradan yürürlüğe giren kanunun getirdiği lehte düzenlemeler ile suç olmaktan çıkarılması halinde tazminat talep edilemez.²⁵⁷

İkinci gruptakiler, *"Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler"* dir (CMK m. 144/1-c). Bu düzenlemenin öngörülmesinin nedeni, genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme ve benzeri nedenlerle hakkındaki kamu davası düşürülen veya kovuşturmayaya yer olmadığına kararı verildiğinde, kişilere yapılan haksızlığın belgelenme imkânının bulunmamasıdır.²⁵⁸ Madde gerekçesinde belirtilen ölüm ve zamanaşımı tasarıda yer almasına rağmen kanuna alınmamıştır. Yargıtay'a göre, kanunda zamanaşımı tazminat engeli olarak düzenlenmediğinden, zamanaşımı nedeniyle dava-

²⁵⁴ CMK'nın 144. maddesinin gerekçesi

²⁵⁵ Yargıtay 12. CD, 25.12.2014, 2014/6869, 2014/26731, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁵⁶ Yargıtay CGK, 5.5.2015, 2014/93, 2015/144, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁵⁷ CMK'nın 144. maddesinin gerekçesi; Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2017/11624, 2018/6299; Yargıtay 12. CD, 15.1.2018, 2017/9938, 2018/427, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁵⁸ CMK'nın 144. maddesinin gerekçesi.

nın düşürülmesi durumunda tazminatın verilmesi gerekir.²⁵⁹ Ancak Kanun'da, "gibi nedenler" ibaresine yer verildiğinden; düzenlemede yer alan *genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme*,²⁶⁰ *uzlaşmanın* yanı sıra zaman aşımı, ölüm,²⁶¹ ön ödeme²⁶² nedeniyle davanın düşmesine veya kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi hallerinde de tazminata hükmedilmemesi gerekir. Bu durumdaki kişiler koşulları mevcut ise diğer tazminat nedenlerine dayanarak tazminat davasını açabilirler. Örneğin, şikâyetten vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi halinde, kanuna uygun olarak yakalama ve tutuklama nedenine (CMK m. 141/1-e, f) dayanılarak tazminat istenemezken; makul sürede yargılama merciinin önüne çıkarılmama veya makul sürede hüküm verilmeme (CMK m. 141/1-d) ya da yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmemesi (CMK m. 141/1-h) nedenine dayanılarak tazminat talep edilebilir. Kişinin tek bir suçtan dolayı yakalanması veya tutuklanmasından sonra hakkında, CMK'nın 144/1-c maddesindeki kararlardan birisinin verilmesi halinde tazminat ödenmeyeceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.²⁶³ Ancak kişi birden fazla suçtan yakalanmış veya tutuklanmış ise bu suçlardan biri hakkında CMK'nın 144/1-c maddesinde belirtilen şekilde bir karar verilmiş olsa bile diğer suçların hiç birinden mahkûm olmamış, kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatına kararı verilmiş ise artık gerçekleşen yakalama veya tutuklamanın haksız olduğu sabit olduğundan CMK'nın 144/1-e maddesi uyarınca tazminat talep edebilir.²⁶⁴ Buna karşın kişiye birden fazla suç isnat edilmekle birlikte suçlardan birisinden tutuklandıktan sonra, tutuklandığı suçtan CMK'nın 144/1-c maddesinde belirtilen şekilde bir karar verilmiş; diğer suçlardan da beraat kararı verilmiş ise tazminat talep edilemez.²⁶⁵

²⁵⁹ Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/2116, 2018/3747; Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2015/12504, 2018/3746; Yargıtay 12. CD, 4.4.2014, 2014/3864, 2014/8484; Yargıtay 12. CD, 3.2.2015, 2014/10103, 2015/1839, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

²⁶⁰ Yargıtay 12. CD, 14.5.2018, 2017/10800, 2018/5395; Yargıtay 12. CD, 11.6.2018, 2018/622, 2018/6491, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

²⁶¹ Yargıtay 5. CD 14.10.1975, 1975/2790, 1975/3223, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

²⁶² Alacakaptan, s. 216.

²⁶³ Yargıtay 12. CD, 25.2.2019, 2019/165, 2019, 2546; Yargıtay 12. CD, 14.5.2018, 2018/10800, 2018/5395; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

²⁶⁴ Yargıtay CGK, 5.5.2015, 2014/93, 2015/144, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

²⁶⁵ Yargıtay 12. CD, 2.5.2018, 2017/5617, 2018/1019, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

Üçüncü gruptakiler, “Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler”dir (CMK m.144/1-d). CMK’nın 223. maddesinin 3.fıkrasına göre, yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali²⁶⁶ ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması²⁶⁷, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Haklarında bu kararlar verilenler tazminat talep edemezler (CMK m.144/1-d). Buna karşılık etkin pişmanlık, şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla faile ceza verilmemesi hallerinde (CMK m.223/4) tazminat talep edilebilmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Zira kanun, tazminat talep edebilmek açısından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halini, sadece kusurun bulunmaması nedenleriyle sınırlandırmıştır. Mahkemece, yalnızca ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmesi gerekirken, buna ek olarak beraat kararı verilmesi halinde tazminat ödenmez.²⁶⁸

Dördüncü gruptakiler ise, “Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar”dır (CMK m. 144/1-e). Bu kişiler de tazminat talep edemez.²⁶⁹ Zira hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin kusuru sonucu zarar ile koruma tedbiri arasındaki illiyet bağı kesilmektedir. Ancak kişinin suçu üstlenmesi veya suça katıldığı yönündeki beyanının illiyet bağını kesebilmesi için, özgür iradesine dayanması gerekir.²⁷⁰ Bu nedenle kişinin manevi baskıyla ve zorla alınan beyanının

²⁶⁶ Yargıtay 12. CD, 24.4.2013, 2013/8586, 2013/11184, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁶⁷ Yargıtay 12. CD, 19.1.2015, 2014/8361, 2015/664; Yargıtay 12. CD, 16.12.2014, 2014/6619, 2014/25767, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁶⁸ Yargıtay 12. CD, 19.1.2015, 2014/8361, 2015/664, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁶⁹ Yargıtay 12. CD, 19.2.2018, 2017/3503, 2018/1688; Yargıtay 12. CD, 19.2.2018, 2017/3723, 2018/1663, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁷⁰ Yargıtay 8. CD, 24.09.1991, 1991/7375, 1991/8395, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

da suçu üstlenmiş olması tazminat ödemesini engellemez.²⁷¹ Bu bent kapsamında tazminat talebinin ret edilmesi için, kişinin TCK'nın 270. maddesinde öngörülen suç üstlenme suçundan mahkûm olması gerekmektedir.²⁷²

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 144/1. maddesinin (a) bendinde tazminat isteyemeyecek kişiler arasında "gözüaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler" sayılmıştır. Bu düzenleme, 6459 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmü ile anılan maddenin 1. fıkrasının (a) bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle kişinin tutuklu kaldığı sürenin başka mahkûmiyetinden mahsup edilmesi tazminata engel teşkil etmez.²⁷³ Yargıtay'a göre, "...mahsup tazminata engel oluşturmayacak ise de, davacının gözüaltı ve tutukluluk süresinin diğer bir hükümlülüğünden mahsup edilip edilmediği, mahsup işlemi yapıldığının tespiti halinde haklarında mahsup işlemi yapılmayan kişilerle tutukluluğu başka mahkûmiyetinden mahsup edilenler arasındaki dengenin, hak ve nesafetin sağlanması gerektiği dikkate alınarak, davacının gözüaltında ve tutuklu kaldığı sürelerin ne kadarının diğer hükümlülüğünden mahsup edildiği araştırılarak, tamamının mahsup edildiğinin belirlenmesi halinde makul bir miktar maddi ve manevi tazminata hükümlenmesi, bir kısmının mahsup edildiğinin belirlenmesi halinde ise mahsup edilmeyen kısma ilişkin olarak maddi ve manevi zarar dikkate alınıp, mahsup edilen kısım için de makul bir miktar maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi..." gerekir.²⁷⁴ Yüksek mahkeme, mahsup edilen kısım için sembolik bir miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.²⁷⁵

²⁷¹ Yargıtay CGK, 21.9.1987, 1987/1-203, 1987/367, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁷² Yargıtay CGK, 12.5.2015, 2013/531, 2015/157; Yargıtay 12. CD, 8.12.2015, 20015/2351, 2015/19031, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁷³ Yargıtay 12. CD, 19.9.2018, 2018/ 4548, 2018 / 7919; Yargıtay 12.CD, 4.2.2019, 2019/225, 2019/1316;

Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5172, 2018/10880; Yargıtay 12.CD, 12.11.2018, 2018/ 4295, 2018 /10605; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (23.06.2019).

²⁷⁴ Yargıtay 12. CD, 19.9.2018, 2018/ 4548, 2018 / 7919; Yargıtay 12. CD, 4.2.2019, 2019/225, 2019/1316;

Yargıtay 12. CD, 19.11.2018, 2018/5172, 2018/10880; Yargıtay 12. CD, 12.11.2018, 2018/ 4295, 2018 /10605; Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2018/3035, 2018/6293; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (23.06.2019).

²⁷⁵ Yargıtay 12. CD, 30.10.2017, 2017/3290, 2017/8057; Yargıtay 12. CD, 30.10.2017, 2017/738, 2017/8049; Yargıtay 12. CD, 30.10.2017, 2017/382, 2017/8042, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

C. DAVALI

Koruma tedbiri nedeniyle tazminat davasında davalı devlettir (CMK m. 141/1, 3, 4; 142/5). Devleti davada hazine temsil eder. Koruma tedbirini uygulayan hâkim, savcı ve kolluk görevlileri hakkında dava açılmaz. Dava dilekçesinde bu kişilerin davalı olarak gösterilmiş olması halinde, mahkeme davayı ret etmeyerek, dava dilekçesi ve ekli belgelerin bir örneği devlet hazinesinin mahkemenin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ edilip davadan haberdar edilerek yargılamaya devamla davacının tazminat talebinin esası hakkında bir karar vermesi gerekir.²⁷⁶

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Tazminat davasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir (CMK m. 142/2). Kişinin Türkiye’de oturduğu yer bulunmuyorsa, ilgili koruma tedbiri kararı veren savcılık veya mahkemenin yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesi veya CMK’nın 13. maddesi uyarınca, Türkiye’de en son oturduğu yer, bu suretle mahkemenin belirlenmesi olanağı yok ise ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.²⁷⁷ Zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tazminata konu işlem ile ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yok ise, yetkili yer, en yakın yer ağır ceza mahkemesidir (CMK m. 142/2). Yargıtay, tutuklayan,²⁷⁸ tutuklamanın devamına karar veren,²⁷⁹ tutuklamaya yapılan itirazı ret eden,²⁸⁰ mahkûmiyet kararı veren²⁸¹ mahkemenin davaya bakamayacağına ve söz konusu kararları veren hâkimin heyete katılamayacağına karar vermiştir. Koruma tedbirleri ile ilgili herhangi bir karar almayan, koruma tedbirlerine yapılan iti-

²⁷⁶ Yargıtay 12. CD, 1.9.2017, 2016/1709, 2017/6036, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁷⁷ Hakeri/Ünver, s.499.

²⁷⁸ Yargıtay 12. CD, 29.5.2017,2015/17153, 2017/4471, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁷⁹ Yargıtay 12. CD, 26.9.2016, 2016/6937, 2016/11321, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸⁰ Yargıtay 12. CD, 19.12.2018, 2018/4822, 2018/12399; Yargıtay 12. CD., 16.4.2018, 2017/6279 2018/4391; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸¹ Yargıtay 12. CD, 21.11.2016, 2015/12301, 2016/12899, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

razı kabul eden, koruma tedbirini kaldıran, tutuksuz gelen dosyayı beraatla sonuçlandıran mahkemenin davaya bakmasına bir engel bulunmamaktadır²⁸².

CMK'nın 142/2. maddesinde, tazminat davasının, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde açılacağı ve madenin 3. fıkrasında dilekçeye açık kimlik ve adrese ilişkin belgelerin ekleneceğinin öngörülmesi ile zarar gören kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesi amaçlanmıştır²⁸³. Bu düzenleme mağdur olan davacının, sanık olarak yargılama sürecinin yapıldığı yer mahkemesinde dava açma külfetinden kurtarılmasına²⁸⁴ ve tazminat miktarlarının belirlenmesi bakımından davacının sosyo ve ekonomik durumunun araştırılmasına yöneliktir. Şahsi hak talebine ilişkin tazminat davasında yetki, kamu düzenine ilişkin olmadığından davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde, mahkemece, resen yetkisizlik kararı verilemez.²⁸⁵ Yetkisizlik itirazının davalı hazine tarafından en geç ilk duruşmada ileri sürülmesi gerekir (CMK m. 18).²⁸⁶

V. BAŞVURU YÖNTEMİ

Tazminat davası bir dilekçe ile açılır. Dilekçenin HMK'daki koşullara uygun olması aranmamaktadır²⁸⁷. Dilekçede, tazminat isteminde bulunan kişinin açık kimliği, adresi, zarara uğradığı işlemin ve zararın

²⁸² Yaşar, s.1064.

²⁸³ CMK'nın 142. maddesinin gerekçesi.

²⁸⁴ Yargıtay 12. CD, 5.6.2017, 2016/562098, 2017/4717; Yargıtay 12. CD, 23.10.2017, 2017/560, 2017/7799, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸⁵ Yargıtay 12. CD, 14.1.2019, 2018/8509, 2019/431; Yargıtay 12. CD, 23.10.2017, 2017/560, 2017/7799; Yargıtay 12. CD, 5.6.2017, 2016/562098, 2017/4717; Yargıtay 12. CD, 17.10.2016, 2015/10444, 2016/11938; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019). Yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemenin resen yetkisizlik kararı vermesi gerektiğine ilişkin kararlar için bkz., Yargıtay CGK, 21.12.2010, 2010/6-212, 2010/263; Yargıtay 12. CD, 7.3.2016, 2015/10085, 2016/3468; Yargıtay 12. CD, 23.6.2015, 2014/21035, 2015/11586; Yargıtay 12. CD, 2.12.2013, 2013/19595, 2013/27554; Yargıtay 12. CD, 24.1.2013, 2012/28127, 2013/2279; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸⁶ Yargıtay 12. CD, 15.2.2016, 2015/9624, 2016/2089; Yargıtay 12. CD, 10.10.2016, 2015/12483, 2016/11743; Yargıtay 12. CD, 17.10.2016, 2015/10444, 2016/11938, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸⁷ Hakeri, s.113.

nitelik ve niceliği yazılmalı ve bunların belgeleri dilekçeye eklenmelidir (CMK m.142/3). Dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini davacıya bildirir. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur (CMK m.142/4). Mahkeme dosya üzerinde yapılan incelemelerden sonra dilekçenin usulüne uygun olduğu ve ihtiva etmesi gereken bilgi ve belgelerin tamam olduğunun anlaşılması halinde, dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini devlet hazinesinin yargı çevresi içindeki temsilcisine tebliğ eder (CMK m.142/5). Devlet hazinesi, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak mahkemeye sunar (CMK m.142/5).

Koruma tedbiri nedeniyle tazminat davasında harç alınmamaktadır.²⁸⁸ Ayrıca dava açılırken, posta masrafı, tanık ücreti, tebligat ücreti, bilirkişi ücreti gibi yargılama giderleri alınmamakta; bu tür masraflar devlet tarafından karşılanmaktadır. Yapılan bu giderler, davanın kısmen veya tamamen kabulü halinde hazine üzerinde bırakılmaktadır.²⁸⁹ Zira koruma tedbirlerini uygulama yetkisini elinde bulunduran devlet, yapmış olduğu bu haksız uygulama sonrasında bu tür bir davanın açılmasına sebebiyet vermiş olduğundan, dava nedeniyle yapılan giderlere katlanması gerekir.²⁹⁰ Davanın tamamen ret edilmesi halinde ise, davanın açılmasında devletin bir kusuru bulunmadığından, yargılama giderleri davacıya yükletilmektedir.²⁹¹

VI. YARGILAMA YÖNTEMİ

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında, öncelikle CMK'nın 141 ila 144. maddeleri olmak üzere, CMK hükümleri uygulanmaktadır. CMK'da hüküm bulunmayan hallerde ise HMK hüküm-

²⁸⁸ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 15.4.1971, 4/3; Yargıtay 12. CD, 14.1.2019, 2018/8513, 2019/342; Yargıtay 12. CD, 10.6.2017, 2017/3169, 2017/4982; Yargıtay 12. CD, 11.9.2017, 2016/13198, 2017/6117; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁸⁹ Yargıtay 12. CD, 30.3.2015, 2014/18936, 2015/5342; Yargıtay 12. CD, 15.9.2014, 2014/4458, 2014/17743; 2014/17323; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁹⁰ Ungan, s.158

²⁹¹ Ungan, s.158.

lerine başvurulmaktadır.²⁹² Örneğin Yargıtay, taleple bağlılık (HMK m.26),²⁹³ ıslah (HMK m. 177),²⁹⁴ katılma yoluyla temyiz,²⁹⁵ kanun yoluna ilişkin parasal sınır (HMK m.362)²⁹⁶ hususunda HMK hükümlerini uygulamaktadır. Mahkeme tarafların talepleri ile bağlı olup, bundan fazlasına hükmedemez. Örneğin Yargıtay, maddi ve manevi tazminat miktarı,²⁹⁷ faiz²⁹⁸ ve koruma tedbirinin uygulandığı süre bakımından,²⁹⁹ davacının talebi ile sınırlı olarak karar vermektedir. Ancak davacı, dava dilekçesinde belirtmiş olduğu maddi tazminat miktarını,³⁰⁰ manevi tazminat miktarını³⁰¹ arttırabilir; faiz talep etmese bile sonradan faiz³⁰² talep edebilir; faiz tarihi³⁰³ ve koruma tedbirinin uygulandığı

²⁹² Yargıtay 12. CD, 9.7.2018, 2018/2564, 2018/2219, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁹³ Yargıtay 12. CD, 12.3.2018, 2017/9024, 2018/2701; Yargıtay 12. CD, 5.2.2018, 2017/3737, 2018/1031; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/3985, 2017/9076; Yargıtay 12. CD, 12.3.2018, 2017/9024, 2018/2701, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁹⁴ Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2018/3035, 2018/6293; Yargıtay 12. CD, 7.5.2018, 2017/9126, 2018/5017; Yargıtay 12. CD, 12.3.2018, 2017/9084, 2018/2705, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

²⁹⁵ Yargıtay 12. CD, 21.5.2018, 2018/743, 2018/5731; Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2017/3101, 2017/4469; Yargıtay 12. CD, 9.1.2017, 2015/14104, 2017/57, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

²⁹⁶ Yargıtay 12. CD, 19.2.2018, 2017/ 3799, 2018 / 1650; Yargıtay 12. CD, 26.2.2018, 2017/ 12229, 2018/2086; Yargıtay 12. CD, 19.2.2018, 2018/160, 2018/1673, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

²⁹⁷ Yargıtay 12. CD, 16.10.2017, 2016/10875, 2017/7491; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/3985, 2017 /9076; Yargıtay 12. CD, 15.5.2017, 2016/616, 2017/3931, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

²⁹⁸ Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2017/11656, 2018/6318; Yargıtay 12. CD, 14.5.2018, 2018/1972, 2018/5463, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.05.2019).

²⁹⁹ Yargıtay 12. CD, 8.1.2018, 2017/ 8252, 2018/22. Yargıtay 12. CD. 30.11.2015, 2015/4035, 2015/18479, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

³⁰⁰ Yargıtay 12. CD, 25.6.2018, 2018/3331, 2018 /7120; Yargıtay 12. CD, 4.6.2018, 2018/ 3035, 2018 / 6293;

³⁰¹ Yargıtay 12. CD, 9.11.2015, 2015/15097, 2015/17239; Yargıtay 12. CD, 1.6.2015, 2014/22925, 2015/9403;

Yargıtay 12. CD, 9.2.2015, 2014/10703, 2015/2225, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.06.2019).

³⁰² Yargıtay 12. CD, 9.4.2018, 2017/12065, 2018/4069; Yargıtay 12. CD, 2.4.2018, 2017/9614, 2018/3772; Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2016/2132, 2017/4451, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.05.2019).

³⁰³ Yargıtay 12. CD, 29.5.2017, 2016/2132, 2017/4451; Yargıtay 12. CD, 7.5.2018, 2017/9126, 2018 /5017; Yargıtay 12. CD, 8.5.2017, 2017/824, 2017/3692, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (05.05.2019).

süre ile ilgili talebini,³⁰⁴ hüküm verilinceye kadar³⁰⁵ yazılı olarak veya duruşmada sözlü olarak ıslah etmek suretiyle değiştirebilir. Islah talebine ilişkin dilekçenin veya ıslahın sözlü olarak duruşmada yapılması halinde duruşma tutanağının davalı tarafa tebliğ edilmesi gerekir.³⁰⁶ Bozmadan sonra ıslah yapılamaz.³⁰⁷ Dava dilekçesinde maddi ve manevi tazminat miktarının ayrı ayrı talep edilmesi gerekir. Maddi ve manevi tazminat için tek bir bedel istenmesi durumunda, davacı/davacı vekiline talep ettiği maddi ve manevi tazminat miktarlarını ayrı ayrı belirtmesi istenmeli ve buna göre karar verilmelidir.³⁰⁸ Dilekçede tutuklu kalınan sürenin bir bölümüne yönelik olarak tazminat isteminde bulunulduğu açıkça belirtilmeyen ve tutuklu kalınan sürenin tamamına yönelik tazminat istemi iradesi ortaya konulan bir durumda, tutuklu kalınan sürenin gösterilmesi zorunlu olmadığı gibi sürenin hatalı olarak gösterilmesinin de önemi bulunmamaktadır.³⁰⁹ Bu nedenle tutuklu kalınan süre yanlışlıkla gerçeğinden az olarak belirtilmiş ise bu durum maddi hata olarak kabul edilmekte ve gerçekte tutuklulukta geçen süre tazminat miktarının hesabında dikkate alınmaktadır.³¹⁰

Dava dilekçesinin mahkemeye verilmesinden sonra, mahkeme, talebin ve talebe dayanak belgelerin değerlendirilmesi ve verilecek tazminat tutarının belirlenmesi için gerekli her türlü araştırmayı, heyet olarak yapabileceği gibi, hâkimlerden biri aracılığıyla da yapılabilir (CMK m. 142/6). Hâkimlerden birinin görevlendirilmesi, bir üyenin naip olarak tayin edilmesi ile yapılmaktadır.³¹¹ Naip üyenin

³⁰⁴ Yargıtay 12. CD, 4.2.2019, 2019/225, 2019/1316; Yargıtay 12.CD, 19.2.2018, 2017/9922, 2018 / 1674, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (06.06.2019).

³⁰⁵ Yargıtay 12.CD, 21.5.2018, 2017/9570, 2018 /5726; Yargıtay 12.CD, 12.2.2018, 2017/8464, 2018 /1305;

³⁰⁶ Yargıtay 12. CD, 11.6.2018, 2018/3895, 2018 /6544; Yargıtay 12.CD, 22.1.2018, 2017/8651, 2018/652; Yargıtay 12. CD, 1.6.2015, 2014/13449, 2015/9406,<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

³⁰⁷ Yargıtay 12. CD, 12.11.2018, 2018/5236, 2018/10593; Yargıtay 12. CD, 20.11.2017, 2017/3985, 2017/9076; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

³⁰⁸ Yargıtay 12. CD, 9.10.2006, 2006/11236, 2006/11107, Öztürk, s.90.

³⁰⁹ Yargıtay 12. CD, 16.2.2015, 2014/13227, 2015/2697, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

³¹⁰ Yargıtay CGK, 29.1.2013, 2012/9-1259, 2013/34, Öztürk, s.105.

³¹¹ Yurtcan, s.763.

yapacağı ilk iş davanın süresinde açılıp açılmadığını denetlemektir. Süresinde açılmayan dava sırf bu nedenle ret edilecektir. Naip üyenin süreyi denetlemesi aşamasında savcının görüşünü almasına gerek bulunmamaktadır.³¹² Naip üye, gerekli görmesi halinde, diğer her türlü araştırmayı yapabilir, tanık dinleyebilir, bilirkişiye başvurabilir. Naip hâkim maddi tazminat miktarını kendisi belirleyebileceği gibi bilirkişi marifetiyle de belirleyebilir. Yargıtay tazminat miktarının bilirkişi tarafından hesaplanmasının Yargıtay denetimine daha uygun olacağını belirtmektedir.³¹³ Dava ile ilgili araştırma ve incelemeler tamamlandıktan sonra dosya, görüş için savcılığa gönderilir. Savcılık, davanın kabulü, reddi, kısmen kabul kısmen reddi ve yetki yönünden görüşünü bildirir.³¹⁴ Bu aşamadan sonra naip üyenin görevi sona erer karar aşamasına geçilir.³¹⁵ Mahkeme heyet halinde ve duruşmalı olarak karar verir. Açıklamalı çağrı kâğıdına rağmen davacı ve hazine temsilcisi, gelmez ise yokluklarında da karar verilebilir (CMK m. 142/7). Mahkeme davanın kabulü, davanın reddi, kısmen kabul kısmen reddi veya yetkisizlik kararı verir. Yargılama gideri sadece davanın tamamen ret edilmesi halinde davacıya tahmil edilir. Vekâlet ücreti ise Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbî avukatlık ücretidir. Ancak ödenecek miktar tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz (CMK m.142/9). Davalı/hazine lehine vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için davanın tamamen ret edilmesi gerekir.³¹⁶ Davanın kısmen kabul kısmen ret edilmesi halinde davalı hazine lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.³¹⁷ Mahkeme kararı, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci

³¹² Yurtcan, s.763.

³¹³ Öztürk, s.91.

³¹⁴ Yurtcan, 765.

³¹⁵ Yurtcan, s.766.

³¹⁶ Yargıtay 12. CD, 5.11.2018, 2018/5094, 2018/10340; Yargıtay 12. CD, 5.11.2018, 2018/5083, 2018/10337; Yargıtay 12. CD, 8.10.2018, 2018/4954, 2018/9327; Yargıtay 12. CD, 15.10.2018, 2018/5101, 2018/9708; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

³¹⁷ Yargıtay 12. CD, 5.11.2018, 2018/5094, 2018/10340; Yargıtay 12. CD, 5.11.2018, 2018/5083, 2018/10337; Yargıtay 12. CD, 8.10.2018, 2018/4954, 2018/9327; Yargıtay 12. CD, 17.9.2018, 2018/4131, 2018/8285, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur (CMK m. 142/10).

VII. KANUN YOLU

Mahkeme kararına karşı başvurulacak kanun yolu itiraz veya istinaftır. Yetkisizlik (CMK m.18/3),³¹⁸ dilekçenin reddi (CMK m.142/4)³¹⁹ ve tazminatın geri alınması (CMK m.143/1) kararlarına karşı itiraz; davanın reddi, kabulü, kısmen kabul kısmen reddi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulacaktır. Başvuru süresi tarafların yüzüne karşı verilen kararlarda tefhim, yokluklarında verilen kararlarda ise tebliğden itibaren yedi gündür (CMK m.273/1). İstinaf istemleri öncelikle ve ivedilikle incelenir ve karar bağlanır (CMK m.142/8). Kanun yoluna davacı, davalı hazine temsilcisi veya cumhuriyet savcısı başvurabilir (CMK m. 142/8). Ayrıca CMK'nın 262. maddesinin, kıyas yoluyla uygulanarak, davacının eşinin de davacı lehine istinaf yoluna başvurabileceğini kabul etmek gerekir.³²⁰ Tazminat isteminin gerek mahkemece kabul edilerek hükme bağlanan gerekse reddedilen kısımları, HMK uyarınca, kanun yoluna ilişkin parasal sınırının altında kalması halinde, kesin olup, istinaf ve temyiz edilemez.³²¹ İstinaf/temyiz kesinlik sınırı, hükmedilen maddi ve manevi tazminat miktarının toplamına göre belirlenir.³²²

³¹⁸ Yargıtay 12. CD, 13.2.2017, 2015/12961, 2017/971; Yargıtay 12. CD, 18.3.2016, 2015/10813, 2016/4481;

Yargıtay 12. CD, 10.12.2014, 2014/6667, 2014/25134, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

³¹⁹ Yargıtay 12. CD, 14.5.2018, 2018/1181, 2018/5444; Yargıtay 12. CD, 17.10.2016, 2015/11490,2016/11973, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.06.2019).

³²⁰ Yurtcan, s.768, 769.

³²¹ Yargıtay 12.CD, 19.2.2018, 2017/ 3799, 2018 / 1650; Yargıtay 12. CD, 26.2.2018, 2017/ 12229, 2018/2086; Yargıtay 12.CD, 19.2.2018, 2018/160, 2018 /1673, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

³²² Yargıtay 12.CD, 19.12.2017, 2017/9700, 2017 /10550, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (05.05.2019).

VIII. TAZMİNATIN GERİ ALINMASI VE RÜCU

A. TAZMİNATIN GERİ ALINMASI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 143/1. maddesinde hangi hallerde tazminatın geri alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre; *"Kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlar kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır"*. Tazminatın geri alınmasında esas olan mahkûmiyet süresi ile özgürlük kısıtlaması arasındaki süre farkıdır. Bu nedenle tazminatın geri alınması ancak gözaltı, tutuklama gibi koruma tedbirleri bakımından uygulanabilecektir. Geri alma işleminde, cezaların tümü esas alınarak, gözaltı ve tutukluluk süreleri, mahkûmiyet süresini aşkın değilse ödenen tazminat bütünüyle geri istenecek, aşkın ise o sürenin karşılığı kişiye bırakılıp, hukuka uygunluğu tartışmasız olan gözaltı ve tutukluluğun karşılığı olarak ödenen bedel geri alınacaktır.³²³ Tazminatın geri verilebilmesi için mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir. Geri alma ile ilgili herhangi bir süre öngörülmemiştir.³²⁴ Kanımızca Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi gereğince mahkûmiyet kararının kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tazminatın geri istenmesi mümkündür.

Tazminatın geri alınması talebi savcı tarafından yazılı olarak daha önce kararı veren mahkemeye yapılır. Mahkeme dosya üzerinde incelemesini yaparak, geri isteme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirerek, tazminatın kısmen geri verilmesi gereken hâllerde gerekçeli hesaplamayı yaparak kararını verip taraflara ve cumhuriyet savcısına tebliğ edecektir.³²⁵ Bu karara karşı cumhuriyet savcısı ve tarafların itirazı mümkündür (CMK m. 143/1). Mahkemenin tazminatın geri alınması kararı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yerine getirilir.³²⁶

³²³ CMK'nın 143. maddesinin gerekçesi.

³²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 573.

³²⁵ CMK'nın 143. maddesinin gerekçesi.

³²⁶ CMK'nın 143. maddesinin gerekçesi.

B. DEVLETİN RÜCU HAKKI

Kanunda devletin ödediği tazminatı iki halde ilgililerden rücu edebileceği düzenlenmiştir. Bunlardan ilki hâkim ve savcılara rücu, ikinci ise iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara rücu halidir. Kanun “rücu eder” ibaresine yer verdiğiinden her iki halde de devlet rücu etmek zorundadır.³²⁷

1. Hâkim ve Savcılara Rücu

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141/4. maddesine göre, “Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder”. Düzenlemede, “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” ibaresine yer verilmesi nedeniyle, sadece icrai davranışla görevi kötüye kullanan (TCK m.257/1) hâkim ve savcılara rücu edilmesi mümkün olup, suçun ihmali davranışla işleyen (TCK m.257/2) hâkim ve savcılara rücu edilmesi mümkün değildir.³²⁸ Anayasa’nın 129/5. maddesinde, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla...” demek suretiyle, ihmali ve icrai suç ayrımı yapılmadığından, söz konusu düzenleme, Anayasa hükmüne aykırıdır. Hâkim ve savcılara rücu edilebilmesi için görevi kötüye kullanma suçundan (TCK m. 257/1) kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması gerekir.³²⁹ Hâkim ve savcı hakkında disiplin soruşturması açılması veya disiplin cezası verilmesi yeterli değildir.³³⁰

2. İftira Eden veya Yalan Tanıklıkta Bulunanlara Rücu

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 143/3. maddesine göre; *iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözüaltına alınma ve tutuklama halinde; devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.* Tazminatı gerektiren hürriyet veya hak kaybının, kötü niyetli bir muhbir veya şikâyetçinin ihbar veya suç duyurusu veya tanık

³²⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 261; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.579.

³²⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.579; Şahin, s.287.

³²⁹ Soyaslan, s.339; Yenisey/Nuhoğlu, s.482; Şahin, s.287;Yurtcan,s.772. Aksi yöndeki görüş için bkz., Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.579.

³³⁰ Turhan, s. 309; Çolak/Taşkın, s.704.

olarak dinlenen bir kimsenin yalancı tanıklığı neden olmuştur. Bu gibi durumlarda haksız ihbar, şikâyet veya tanıklığı hürriyet ve hak kaybına etkisi mahkemesince değerlendirilecek, bu etkinin varlığı saptandığında ödemek zorunda kaldığı tazminat nedeniyle devletin, o kişi veya kişilere rücu hüküm altına alınmıştır.³³¹ Rücu edilebilmesi için iftira edenin iftira suçundan (TCK m. 267), yalan tanıklıkta bulunanın yalan tanıklık suçundan (TCK m. 272) kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması gerekir.³³²

SONUÇ

Hukuk sistemlerinde, suçlu olduğu henüz kesin olarak bilinmeyen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması dolayısıyla ortaya çıkan haksızlıklar mahsup veya tazminat ödenmek suretiyle giderilmektedir. Ülkemizde ise Anayasa'nın 19. maddesinde kanuna aykırı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılanların uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel ilkelerine göre devletçe ödeneceği düzenlenmiş ve CMK'nın 141 ila 144. maddelerinde, "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" başlığı altında, tazminat nedenlerinin yanı sıra uğranılan zararın tazminine ilişkin kurallara yer verilmiştir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemi, kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla getirilmiş bulunan kendine özgü bir kurumdur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, Anayasa'nın 19. maddesi, yakalama ve tutuklama halinde tazminat ödenebileceği hüküm altına alınmış iken, CMK'ya göre arama ve el koymaya ilişkin koruma tedbirleri için de tazminat ödenebileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan CMK'nın 141 ve devamı maddelerindeki düzenleme, AHİS ve Anayasa'ya göre, daha ileri bir aşamayı ifade etse de tüm koruma tedbirlerinin tazminat kapsamına alınmaması önemli bir eksikliklerdir. Örneğin, gözlem altına alma ve iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması, tazminat nedeni olarak öngörülmemiştir. Ayrıca CMK'nın 141/1. maddesinin (a) ve (e) bentlerinde yakalama ve tutuklama bakımından tazminat öngörülmesine karşın gözaltı için tazminatın öngörülmemesi de bir eksikliklerdir. Keza

³³¹ CMK'nın 143. maddesinin gerekçesi

³³² Soyaslan, s.339; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.579; Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s.241.

arama tedbiri açısından sadece “*arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi*” tazminat nedeni olarak öngörülmüştür. Koşulları oluşmadan verilen ve bu nedenle de hukuka aykırı olan bir arama kararı nedeniyle tazminat talep edilmemesi bir eksiliktir. Yine CMK’nın 141/1. maddesinin (c) bendinde, kanuni hakları hatırlatılmadan tutuklama kararı verilmesi tazminat nedeni olarak düzenlemesine karşın kanuni haklar hatırlatılmadan yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin yapılması tazminat nedeni olarak düzenlenmemiştir. Tutuklama ile gözaltı ve yakalama arasındaki bu ayrımın mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yapılacak bir kanun değişikliği ile tüm koruma tedbirlerinin maddeye eklenmesi ve arama ile ilgili her türlü hukuka aykırılıkların tazminat nedeni olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

5320 sayılı Kanun’un geçici 8. maddesine göre, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle açılacak tazminat davasının Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. ve devamı gereğince ağır ceza mahkemesinde görüleceği düzenlenmesine karşın, CMK’nın 141/1. maddesinde tazminat nedeni olarak sınırlı sayıda koruma tedbiri belirtilmiştir. Bu düzenleme nedeniyle CMK’nın 141/1. maddesinin kapsamı dışında kalan koruma tedbirleri nedeniyle HMK’nın 46 ila 49 maddelerine dayanılarak tazminat davası açılması mümkün değildir. Ayrıca CMK’nın 141/3. maddesi gereğince, CMK’nın 141/1. maddesinde belirtilmeyen koruma tedbirleri nedeniyle kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle, hâkim ve savcılara karşı dava açılamaz. Örneğin açıkça kanuna aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135) kararı nedeniyle zarar gören kişiler gerek CMK’nın 141 ve devamı gerekse HMK’nın 46 ve devamı maddelerine göre tazminat talep edemez. Keza Danıştay kararlarına göre, yargısal faaliyet nedeniyle Adalet Bakanlığı aleyhine de dava açılamaz. Bu durum hukuk devleti ilkesi (Anayasa m. 2) ve hak arama özgürlüğü (Anayasa m. 36) ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle 5320 sayılı Kanun’un geçici 8. maddesinin yürürlükten kaldırılarak CMK’nın 141/1. maddesinde belirtilmeyen koruma tedbirlerinin uygulanmasından zarar görenlere HMK’nın 46 ve devamı maddelerine göre dava açma imkânı tanınması veya bütün koruma tedbirlerinin CMK’nın 141/1. maddesinin kapsamına alınması gerekir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasının sadece hakkında tedbir uygulanan kişilerin açabileceği kabul edilmektedir. Ancak uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle üçüncü kişilerin de doğrudan zarar görmesi mümkündür. Örneğin tutuklunun eşi ve çocukları da maddi ve manevi zarara uğramaktadır. Bu kişilerin Danıştay kararlarına göre idari yargıda, CMK'nın 141/3. maddesi gereğince kararı uygulayan hâkim ve savcılara ve 5320 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi gereğince de HMK 46 ve devamı maddelerine göre Adalet Bakanlığı aleyhine dava açmaları mümkün değildir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yargı organlarının işlemlerinden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerekir. Bu nedenle koruma tedbirleri nedeniyle doğrudan zarar gören üçüncü kişilere de dava açma hakkının tanınmasına yönelik bir düzenleme yapılmalıdır.

Yargıtay tazminat hakkının, maddi ve manevi tazminat bakımından, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olması veya dava açılması durumunda mirasçılara geçeceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu uygulaması manevi tazminat bakımından Türk Medeni Kanunu'na uygun olmakla birlikte maddi tazminat bakımından kanuna aykırıdır. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 25/4. maddesinde, manevi tazminat istemi mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenleme gereğince, koruma tedbiri uygulanan kişi manevi tazminat davası açtıktan sonra veya dava açma iradesini ispatlanabilir bir şekilde izhar ettikten sonra vefat eder ise mirasçıları manevi tazminat davasını açabilir ve açılan manevi tazminat davasına devam edebilirler. Maddi tazminat bakımından ise özel bir düzenleme bulunmadığından, Türk Medeni Kanunu'nun mirasın intikaline ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. Kanun'un 599. maddesi, mirasbırakanın ölümü ile mirasın bir bütün olarak, kanun gereğince, mirasçılara intikal edeceği ve mirasçıların miras bırakanın aynı haklarını ve alacaklarını doğrudan doğruya kazanacaklarını düzenlemiştir. Kanunda alacak bakımından bir ayırım yapılmadığından, ölen kişi hakkında koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması nedeniyle, oluşan maddi zararlar da madde kapsamına girmektedir. Bu nedenle hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi maddi tazminat davasını açmadan önce ölmüş ve dava açma iradesini izhar etmemiş olsa bile mirasçıların maddi tazminat talebinde bulunabilmeleri gerekir.

Koruma tedbirleri nedeniyle dava açma süresi olarak öngörülen 3 ay ve 1 yıllık süreler çok kısa olup, hak yoksunluklarına neden olabilmektedir. Dava açma süresinin, 1 ve 5 yıllık süreler olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/2. maddesinde tazminat hakkının ilgiye bildirilmesi zorunluluğu, sadece 141/1. maddenin (e) ve (f) bentlerinde yer alan tazminat nedenleri için öngörülmesi, diğer haller için bu zorunluluğun bulunmaması yerinde olmamıştır. Zira Anayasa'nın 40/2. maddesine göre, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*". Devlet kavramının, 'idarenin' yanı sıra, ayrı bir erk olarak 'yargı' organını da kapsadığı ve Anayasa hükümlerinin, idare makamlarıyla birlikte yargı yerlerini de bağlayan kurallar olduğu dikkate alındığında, Anayasa'nın söz konusu emredici hükmü gereği tüm tazminat nedenleri için bu bildirim yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 19 ve CMK'nın 142/6. maddesine göre, koruma tedbirine maruz kalanların uğradığı zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirlenecektir. Avukatların çoğu zaman Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin üzerinde vekâlet ücreti aldıklarından dolayı serbest meslek makbuzu ve yazılı ücret sözleşmesi ile kanıtlanması durumunda, Asgari Ücret Tarifesi'nin üzerinde makul bir miktara hükmedilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle soruşturma ve kovuşturma aşamasında, özel müdafiyeye, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinde ödenen makul düzeydeki akdi vekâlet ücretinin maddi tazminat kapsamında ödenmesi gerekir. Keza uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle yapılan diğer her türlü harcamaların da (Cezaevinde yapılan masraflar vb.) maddi tazminat kapsamında ödenmelidir.

Uygulamada özgürlüğü sınırlandıran koruma tedbirlerine maruz kalan kişiler hakkında çok düşük miktarda manevi tazminata hükmedilmektedir. Özgürlüğün kısıtlanması bedelinin parasal olarak karşılanması mümkün olmamakla birlikte, tedbire maruz kalan kişiyi tatmin edecek ve hiç olmazsa üzüntüsünü hafifletecek miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarında tayin edilen alınan tazminat miktarları makul ve hakkaniyete uygun olup, derece mahkemeleri tarafından ölçü olarak alınabilir.

Tazminat davasının istinaf ve temyiz incelemesinin ivedilikle yapılacağı düzenlenmiştir. Bunun nedeni mağdur olan kişinin zararının en kısa sürede karşılanmasıdır. Ancak uygulamada istinaf ve temyiz incelemesi uzun süreler alabilmektedir. Bu nedenle, istinaf ve temyiz incelemesinin bir ay gibi kısa bir süre içinde yapılacağı düzenlenmesi yerinde olacaktır. Böylece koruma tedbirine maruz kalan kişinin ikinci defa mağdur olmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/4. maddesinde, hâkim ve savcılara rücu edilebilmesi için, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaları gerektiği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle rücu için, hâkim savcıların icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m.257/1) işlemeleri gerekir. Ancak Anayasa'nın 129/5. maddesinde, rücu için icrai ve ihmali suç ayrımı yapılmamıştır. Bu nedenle, madde de değişiklik yapılarak, hâkim ve savcılara rücu edilebilmesi, hâkim ve savcının icari veya ihmali davranışla görevini kötüye kullanmasının yeterli olacağını öngören bir düzenleme yapılmalıdır.

Kaynakça

- Alacakaptan Uğur, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", *AÜHFD*, Ankara C.18, S.1-4, 185-221.
- Antalya O. Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukuna Manevi Zararın İki aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", <https://dergipark.org.tr/download/article-file/333488>, (06.06.2019).
- Aydın Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2006, C.61, S.3,2-37.
- Baytar Serdal, "Koruma Tedbirinden Doğan Zararın Karşlanması", *TBBD*, Ankara 2005, S. 61, 359-373.
- Bıçak Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2013.
- Biçer Yılmaz, "Haksız Tutuklanana Devlet Ödencesi," *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1975, C. 4, S. 1-2, 93-113.
- Centel Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, Beta Yayınevi, İstanbul 1992.
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

- Çelik Ahmet Çelik, "Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminat", <http://www.tazminat-hukuku.com/arastirma-yazilari/haksiz-tutuklama-nedeniyle-tazminat.htm>, (01.06.2019).
- Çolak Haluk/Taşkın Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Donay Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007.
- Düzgün Nuri/Elmacı Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Erem Faruk, "Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklananlara Tazminat", *Adalet Dergisi*, Ankara 1964, S.7-8, 714-731.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Beta Yayınevi, C.1, İstanbul 1998.
- Feyzioğlu Metin, "Tutuklamadan Doğan Zararın Giderilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1993, S.1, 113-141.
- Feyzioğlu Metin, "Suçsuzluk Karinesi, Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, Ankara 1999, C.,48, S.1-4, 135-163.
- Feyzioğlu Metin/Ergün Okuyucu Güneş, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *AÜHFD*, Ankara 2010, S.59, 35-59.
- Hakeri Hakan, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- Hakeri Hakan/Ünver Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Gölcüklü Feyyaz/Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.
- Gözübüyük A.Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2001.
- Gündel Ahmet, Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları İle Yasa Dışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Kanmaz Fatih, Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Kunter Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Malkoç İsmail/Yüksektepe Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.
- Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Kirit Yasemin F. Saygılar/Özaydın Özden/Akcan Esra Alan/Erden Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

- Öztürk Emrah, AİHM-Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tutuklama Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarının Hukuki Dayanağı ve Tazminat Davalarında Usul, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, C.I, Ankara 2012.
- Tatar Onur, Haksız Yakalama Ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2012.
- Tezcan Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1989.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- Ungan Abdülkadir, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Ayrılıktan Doğan Tazminat, Seçkin Yayıncılık Ankara 2017.
- Uğuz İsmail, Ceza Muhakemesinde bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- Ünver M. Naci/Kavalalı A. Mümin, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.
- Yalvaç Gürsel, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C., 3, S. 2, 267-306.
- Yaşar Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanununun, Seçkin Yayınevi, C.I, Ankara 2009.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi Ankara 2017.

Diğer Kaynaklar

www.anayasa.gov.tr

www.yargitay.gov.tr

www.inhak.adalet.gov.tr

www.kazanci.com

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ MARUZ KALDIĞI ŞİDDETE KARŞI CEZA HUKUKU TEDBİRLERİ ALMANYA VE TÜRKİYE ARASINDA BİR KARŞILAŞTIRMA

MEASURES OF CRIMINAL LAW AGAINST VIOLENCE
EXPERIENCED BY HEALTH WORKERS A COMPARATIVE STUDY
OF GERMANY AND TURKEY*

Mehmet ARSLAN**

Özet: Bu çalışmanın amacı; sağlık çalışanlarının maruz kaldığı şiddete karşı alınan ceza hukuku tedbirlerinden bazı eylemlerin suç haline getirilmesine ilişkin mevcut fiili ve hukuki durumu karşılaştırmalı olarak ele almak ve buna ilişkin ceza hukuku siyasetinin geliştirilmesine katkıda bulunmaktır (I.). Çalışma, Türkiye ile Almanya arasında karşılaştırmalı bir incelemede bulunmaktadır. Bu kapsamda Almanya'da 2017 yılında ilkyardım ve acil servis çalışanlarının cezai korumasının genişletilmesine ilişkin ceza kanununda yapılan ilgili değişiklikler ele alınmaktadır (II.). Bunun dışında, Türk Ceza Kanunu'ndaki benzer düzenlemeler gözden geçirilmekte (III.), kanun değişikliği ihtiyacının varlığı ortaya konulup bunun giderilmesi için öneride bulunmaktadır (IV.).

Anahtar kelimeler: Sağlık Çalışanlarına Karşı Şiddet, Yardım Etmeme, Yardım Etmenin Engellenmesi, Fiili Saldırı, Kamu Hizmetinden Yararlanma Hakkının Engellenmesi, Görevi Yaptırmamak İçin Direnme

Abstract: The present article aims to comparatively deal with the measures of criminal law taken against the violence experienced by health workers and to contribute thereby to developing a respective criminal law policy (I.). This is a comparative study of Turkey and Germany. In this regard, in particular, the law amendments passed in 2017 in Germany, which extended the protection of workers of ambulance and emergency services by criminal law, will be explored (II.). Furthermore the corresponding provisions of Turkish Penal Code shall be reviewed (III.), the need for a change in the law will be examined and a respective proposal will be made (IV.).

Keywords: Violence against Health Workers, Omission to Help, Hindering to Help Others, Physical Assaults, Hindering to Enjoy Public Services, Resistance against Enforcement of a Public Duty

* Bu metin 7 Kasım 2018'de Eskişehir Osmangazi Üniversitesi'nde 'Sağlık Çalışanlarına Karşı Şiddet' konulu sempozyumda sunduğum tebliği metninin genişletilmiş halidir.

** Dr. LL.M (Freiburg), meharслан85@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3928-8887, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.04.2019, Kabul Tarihi: 19.04.2019

I. Fiili ve hukuki genel durum

1. Sorunun belirlenmesi

Sağlık çalışanlarına karşı şiddet fenomeni ceza hukukunu en azından iki şekilde ilgilendirmektedir: Birincisi, çalışanların bizzat kendilerinin maruz kaldığı kanunsuz muamelelerin suç teşkil edip etmemesi; ikincisi, bunun sonucunda veya bununla bağlantılı olarak üçüncü kişilerin faydasına yürütülen sağlık hizmetinin engellenmesinin cezalandırılabilmesi hususlarıdır. Sağlık çalışanlarına karşı şiddet, hem Türkiye’de hem de Almanya’da ceza hukukunda bu iki bakış açısından ele alınmaktadır.¹ Ancak şiddetin kendisinin uygulandığı durum ve gerçekleştirildiği şekiller her iki ülkede, bazı benzerlikler taşımasına rağmen, temel farklılıklar içermektedir. Bunların neler olduğuna geçmeden önce, hemen belirtelim ki, bu farklılıkların ana nedeni, her iki ülkenin sosyal yapısındaki farklılıklardır.

Medyaya yansıyan haliyle sağlık çalışanlarına karşı şiddet sorunu –ki bu hususun kanunlaşma sürecine etkisini yadsımamak gerekir–² Almanya’da daha çok ilkyardım görevlilerinin müdahalelerinin engellenmesi şeklinde karşımıza çıkarken, Türkiye’de aynı soruna daha ziyade ilkyardım servislerindeki müdahalelerde şahit olmaktayız. Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, Türkiye’de hasta yakınlarının kalabalık gruplarla acil servisi işgal etmeleri ve çalışanları darp etmeleri haberlere konu olurken, Almanya’da medyaya yansıyan ve hafızalarda kalan ilk olay türü, özellikle kazalardan sonra sansasyon meraklısı insanların olay yerinde toplaşması mefhumudur (Gaffer-Problem).³ Buna, teknoloji çağının beraberinde getirdiği hemen her-

¹ Polis Hukuku’nun tedbirleri için bkz. Almanya için Ernst Hunsicker/ Sebastian Belz, Das „Gaffer-Phänomen“ im Straßenverkehr. jM 2016, 160; Uwe Scheffler, Zur Strafbarkeit von „Gaffern“. NJW 1995, 232–234, s. 232; Türkiye için İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi (2012/39): Sağlık Çalışanlarına Karşı İşlenen Suçların Soruşturulması, <http://turkdermatoloji.org.tr/media/files/file/001.pdf>.

² Aynı husus Türkiye için geçerlidir. Sağlık çalışanlarına karşı işlenen şiddet suçlarında medyanın önemi için bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Ocak 2013, s. 197, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/110>.

³ Scheffler, s. 232; Dorothea Magnus, Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften – zur Reform der §§ 113 ff. StGB, GA 2017, 530–543,

kesin elindeki akıllı telefonlarına sarılıp fotoğraf çekme veya çekim yapıp paylaşma isteği eklendiğinde, “meraklı” sorununun ciddi boyutlara vardığı dile getirilmektedir.⁴ Almanya’da sağlık çalışanlarına karşı şiddet; genellikle toplumsal şiddet olayları kapsamında cereyan ederek hafızalarda belirli bir yer edinmiştir. 1992 yılında Rostock’ta mülteci kamplarının ateşe verilmesi olayında; halktan kişilerin ilkyardım görevlilerinin yaralılara veya tehlikede bulunan mağdurlara ulaşmasını engellemesi, sağlık çalışanlarına karşı şiddetin yaşandığı önemli olaylardan birisidir.⁵

Tabii, sağlık çalışanlarına karşı uygulanan şiddet sadece medyaya değil; sağlık çalışanları ve hizmetinin şiddetten muzdarip olduğu yapılan araştırmalara aynı şekilde yansımaktadır. Gerçekten her iki ülkede bu konuda hepsine değinilmesi mümkün olmayacak kadar araştırma yapılmıştır.⁶ Bununla beraber, mevcut fiili durumda yaşanan sorunları bir nebze olsun ortaya koymak ve her iki ülke hakkında elde edilen sonuçlar arasındaki kısmi benzerlikleri göstermek için, bazı araştırma sonuçlarına yer verilmesinde fayda mülahaza ediyoruz.

2. Almanya’da ilkyardım esnasında uygulanan şiddet

Almanya açısından değineceğim yedi araştırma 2008 ile 2018 yılları arasında yapılmış ve bahsedeceğim veriler, hepsinin sonuçları üzerinden hesaplanmıştır. Yapılan bu yedi araştırmada; ilkyardım sağlık

s. 540; Thomas Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen- 65. Auflage. München 2018, § 323c, Kn. 25; Karl Lackner/Kristian Kühl, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 29. Auflage. München 2018, § 323c, Kn. 13; Anja Schiemann, Das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften. NJW 2017, 1846-1849, s. 1848; Hunsicker/Belz, s. 160; Maximilian Lenk, Die Strafbarkeit des „Gaffers“ gem. § 323 c II StGB, JuS 2018, 219 - 233, s. 219.

⁴ Alexander Koch, Unterlassene Hilfeleistung durch Behindern von Rettungsmaßnahmen. Nichts tun ist bisweilen besser als Aktionismus - auf der Ebene der Gesetzgebung. GA 2018, 323-339, s. 323.

⁵ Scheffler, s. 232.

⁶ Türkiye’de yapılan araştırmalar için bkz. Harun Kırılmaz, Sağlık Personeline Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Hukuki Yardım Hakkında Personelin Bilgi Düzeyinin İncelenmesi, Bildiri Özeti, s. 3 http://www.uhgskongre2017.org/dosya/bildiri_ozeti.pdf.; Almanya’da yapılan araştırmalar için bkz. Matthias Rau/Fredericke Leuschner, Gewalterfahrungen von Rettungskräften im Einsatz - Eine Bestandaufnahme der empirischen Erkenntnisse in Deutschland. Neue Kriminalpolitik (NK) Jg. 30, Nr. 3/2018, s. 316-335.

personeline karşı şiddet, Türkiye’de olduğu gibi, genel olarak sözlü ve fiziki şiddet şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Araştırmalarda soru sorulan personelin % 60’ dan % 97,5’e kadarki oranı, son on iki ayda sözlü bir saldırıya uğradığını söylemiştir. Fiziki bir şiddete uğradığını ifade edenlerin oranı ise % 12,7 ile % 84 arasındadır.⁷ Şiddet vakalarının genelde büyük şehirlerde, hafta sonları ve geceleri, ilkyardım yerine varış veya teşhis konulduğunda ve büyük oranda hiç beklenmedik bir şekilde gerçekleştiği söylenmiştir.⁸ Şiddete eyleminin çoğunlukla (% 70 civarında) hastanın kendisinden ve daha düşük oranlarda yakınlarından veya arkadaşlarından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Soru sorulan kişiler; şiddeti uygulayanların büyük çoğunluğunun erkek ve 20 ile 39 yaş arasında olduğunu belirtirken, yarısından çoğunun alkollü olduğuna dikkat çekmişlerdir. Keza araştırmalar, göçmenlik geçmişi olan kişilerin ortalamasının üstünde bir oranla şiddet olaylarına karıştığına işaret etmektedirler. Son olarak, araştırmada verilen cevaplardan ihbar ve şikâyet oranının düşük olduğu görülmektedir.⁹ Genelde ciddi şiddet vakalarında ihbar ve şikâyette bulunulmakta, diğer vakalarda ise bunlardan şu sebeplerden dolayı sarfınazar edildiği belirtilmiştir: “İhbar ve şikâyet ek iş çıkarıyor”, “kişi muhtemelen ceza ehliyetine sahip değil”, “zaten bir şey değişmeyecek”, “savcı takip edilmesine gerek olmadığına karar verecek” veya “saldırı basitti”.¹⁰

Burada her ne kadar ilkyardım personeline karşı uygulanan şiddete ilişkin araştırmalara yer verilmişse de Almanya’daki araştırmalara yansıyan şiddet olayları, ne bu alanlarla sınırlıdır ne de araştırmalar sadece bunları kapsamaktadır. Hastanelerin acil servisleri¹¹ ile aile hekimlerine karşı veya özel muayenehanelerde aynı şekilde şiddet gözlemlenmekte ve araştırmalara konu olmaktadır.¹²

⁷ Rau/Leuschner, s. 328.

⁸ Rau/Leuschner, s. 329.

⁹ Rau/Leuschner, s. 329, bir araştırmaya göre soru sorulan kişilerin sadece üçte biridir.

¹⁰ Rau/Leuschner, s. 327.

¹¹ S Petersen/B Scheller/S Wutzler/K Zacharowski/S Wicker, Aggression und subjektive Gefährdung in der Notfallmedizin. Eine Umfrage, Anaesthesist 2016, s. 580-584.

¹² Maximilian Georg Feistle, Aggression gegen Allgemeinmediziner und praktische Ärzte – Bundesweite Befragungsstudie. 2016 Dissertation an der Medizinischen Fakultät der Technischen Universität München.

3. Türkiye’de acil servislerde uygulanan şiddete bir örnek

Türkiye’ye döndüğünde, benzer şekilde çok sayıda araştırmanın yapıldığı görülmektedir.¹³ Burada sadece 2014 yılında Türk Tabipleri Birliği’nce yayınlanan bir araştırmaya yer vermekle yetineceğiz. Adı geçen araştırma, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi’nde çalışan doktorlara sorulmuş sorulardan meydana gelmektedir.¹⁴ Almanya’daki araştırmalara benzer bir şekilde, verilen cevaplarda doktorlar, çoğunlukla sözlü şiddete uğradıklarını belirtmektedir. Araştırmanın yapılmasından iki ay öncesine kadar “şiddet görerek yaralandım” diyen katılımcıların oranı sadece % 2,3’tür ve yaralamaların hafif bir şekilde gerçekleştiği dile getirilmiştir.¹⁵ Klinik, poliklinik ve acil servis şiddetin en fazla gerçekleştiği yerler olarak araştırmada kayda geçmiştir. Cevaplara göre şiddete başvuranların % 81,4’ü hasta yakını iken % 9,3’ü hastanın kendisi olarak belirtilmiştir.¹⁶ Bu açıdan Almanya’daki araştırmalardan farklı bir sonuçla karşılaşılacaktır. Almanya’da ilkyardıma ilişkin araştırmalar, şiddeti uygulayanların çoğunluğu olarak hastanın kendisine işaret ederken; Türkiye’de yapılan araştırmalar ise şiddeti uygulayan kişilerin çoğunlukla acil servislerdeki hasta yakınları olduğunu belirtmektedir.¹⁷

2014 yılında Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi’nde yapılan araştırmaya göre; doktorlar, şiddet nedeni olarak olayların % 34,9’unda bekleme süresinin uzunluğunun ve % 25,6’sında hizmetten memnuniyetsizliğin ileri sürüldüğünü dile getirmişlerdir.¹⁸ Soru sorulan doktorların % 41,9’u “şiddete tepki vermedim” derken, % 23,3’ü “sözle karşılık verdim”, % 16,3’ü “güvenlik görevlisi çağırdım”, % 4,7’si “tutanak tuttum”, % 2,3’ü “fiziksel karşılık verdim” ve % 2,3’ü “hastanın doktoru olmayı reddettim” demiştir.¹⁹ “Neden kimseye bildirmediniz?” sorusuna ise % 69,7’si “işe yaramayacak”, % 13,9’u

¹³ Yapılan araştırmalar için bkz. Kırılmaz, s. 3.

¹⁴ Araştırma ayrıca Pakistan Karaçi Tıp Fakültesi Hastanesi’nde yapılmıştır.

¹⁵ Önlenebilir Bir Sorun. Hekime Yönelik Şiddet. Araştırmalardan Yararlanılan Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri. Türk Tabipler Birliği. Ankara 2014, s. 12, <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hekimesiddet.pdf>.

¹⁶ Önlenebilir Bir Sorun, s. 12.

¹⁷ Önlenebilir Bir Sorun, s. 12.

¹⁸ Önlenebilir Bir Sorun, s. 12.

¹⁹ Önlenebilir Bir Sorun, s. 12.

“önemli değil” ve % 4,7’si ise “olumsuz sonuçları olur”, demiştir.²⁰ Almanya’yla karşılaştırdığımızda, ceza adaletinin etkili işleyişine yönelik her iki ülkede sağlık çalışanlarının benzer kaygılara sahip olduğunu görmekteyiz. Türkiye açısından göze çarpan husus ise, doktorlardan, az bir oranı dahi olsa, bazılarının ihbar ve şikâyetin olumsuz sonuçlarından çekinmeleridir. Bu şekildeki bir çekinceye Almanya’daki araştırmalarda rastlanılmamaktadır.

İki ülke arasında şiddetin uygulandığı durumlar, şekilleri ve buna karşı verilen tepkilerde kısmen farklılıklar olmasına rağmen, soruna ceza hukuku tedbirleriyle yaklaşılmasında, yukarıda belirtildiği gibi, önemli benzerlikler bulunmaktadır. Türkiye ve Almanya’da sağlık çalışanlarının bahsedilen şekillerde şiddete maruz kalması; öncelikle ceza hukukunun genel korumasının konusunu teşkil etmektedir. Ayrıca üçüncü kişiler lehine yürütülen sağlık hizmetinin kendisi, farklı şekil ve sebeplerle ceza hukukunun özel korumasının altındadır. Ceza hukukunun müdahalesini gerektiren fiiller bir taraftan sağlık çalışanlarının hayatına, beden bütünlüğüne, kişisel özgürlüğü ile şeref ve irade özgürlüklerine karşı sözlü ve fiili saldırılar iken,²¹ diğer taraftan sağlık hizmetinin verilmesinin çeşitli yollarla engellenmesidir.

Aşağıda, öncelikle adı geçen genel koruma her iki ülkede ana hatlarıyla ortaya konulup, bu alanlardaki korumanın yeterli olup olmadığına değinilecek ve akabinde bu çalışmanın asıl konusu olan sağlık hizmetinin veya bundan yararlanılmasının engellenmesi mevzusuna geçilecektir.

4. Ceza hukukunun genel koruması

a) Suç tipleri ve teşebbüs

Almanya ve Türkiye’de sağlık çalışanları hizmetin sunumu esnasında hasta ve yakınları ile üçüncü kişilerin sözlü ve fiili şiddetleri-

²⁰ Önlenebilir Bir Sorun, s. 12; uygulamacıların sıklıkla dile getirdiği şikâyetten bir şey çıkmıyor nedeni için ayrıca bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 13 Aralık 2012 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 3.

²¹ Krş. Magnus, s. 531.

ne karşı öldürme,²² yaralama,²³ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma,²⁴ cebir,²⁵ tehdit²⁶ ve hakaret²⁷ suçlarıyla esasında ceza hukuku tarafından korunmaktadır. Esas itibarıyla bu hükümlerle her iki ülkenin ceza kanunu, sağlık çalışanlarını diğer vatandaşlara eşit bir biçimde korumaktadır.²⁸ Sağlık çalışanlarının kendisine karşı uygulanan şiddetin cezalandırılması konusunda her iki ülke arasında göze çarpan fark teşebbüsün kapsamına ilişkindir.

Türk ceza hukukunda teşebbüs sorumluluğunun doğması için, failin suçun maddi unsurlarını doğrudan doğruya gerçekleştirmeye başlayıp tamamlayamamış olmasından önce icra ettiği eylemlerin elverişli olması gerekirken (TCK md. 35 f. 1);²⁹ Alman ceza hukukunda, teşebbüs sorumluluğunun alanını daraltan bu son koşul mevcut değildir. Failin kendi tasavvurundaki fiile ilişkin tipikliği gerçekleştirmeye doğrudan başlamasıyla teşebbüs sorumluluğu doğar (AlmanCK 22 f. 1). Tanımda görüldüğü gibi elverişlilik ve suçun neden tamamlanamadığı, kural olarak, teşebbüs sorumluluğunun doğmasını ilgilendirmektedir. Örneğin, acil serviste yatmakta olan bir hastanın muayene esnasında doktoru yaralamak kastıyla elini masanın üstüne attığı ve masanın üzerinde olan eşyalardan eline geçen pet bardağı fırlattığını ve ancak doktora isabet ettiremediğini düşünelim. Türk ceza hukukuna göre; pet bardağın basit yaralama fiili için (TCK md. 86 f. 2) elverişsizliğinden dolayı hastanın teşebbüsten ceza sorumluluğuna gidilememektedir.³⁰ Buna karşın Alman hukukunda elverişlilik sorunu mevcut olmayıp, bardağın fırlatılmasıyla yaralamaya ilişkin tipik eyleme doğ-

²² AlmanCK md. 211 vd; TCK md. 81 vd. Bu suçların ayrıca taksirli hallerinin göz önüne alınması gerekir.

²³ AlmanCK md. 223 vd; TCK md. 86 vd.

²⁴ AlmanCK md. 239; TCK md. 109.

²⁵ AlmanCK md. 240; TCK md. 108.

²⁶ AlmanCK md. 241; TCK m. 106.

²⁷ AlmanCK md. 185; TCK md. 125.

²⁸ Krş. Mark A. Zöllner, Schutz von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften durch das Strafrecht? Überlegungen zum 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs. KriPoZ 3/2017, 143-150, s. 147.

²⁹ Bkz. İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, 2016, s. 474; suçun konusunda elverişsizlik için bkz. 13. YCD, E 2015/17287, K 2017/5738, T. 22.05.2017 (Yargıtay Karar Arama).

³⁰ Aracın elverişsizliği için bkz. 1. YCD, E 2016/4524, K 2017/1437, T 26.04.2017 (Yargıtay Karar Arama); 1. YCD, E 2015/1423, K 2015/5601, 19.11.2015 (Yargıtay Karar Arama); 12. YCD, E 2013/13545, K 2014/6497, T 17.03.2014 (Yargıtay Karar Arama); 12 YCD, E 2013/8447, K 2014/2291, T 03.02.2014 (Yargıtay Karar Arama).

rudan başlanıldığından yaralamaya teşebbüs sorumluluğunun doğması için bardağın pet olması önemli değildir.³¹ Bu örnekte görüldüğü gibi, sağlık personeline yönelik gerçekleştirilen fiili saldırıların bir kısmı, elverişsiz oldukları için Türk hukukunda teşebbüs sorumluluğuna gidilememektedir.³²

Yaralama suçu bakımından fiilin elverişsizliğinden dolayı teşebbüs sorumluluğu koşullarının oluşmadığı hallerde, sağlık çalışanlarına karşı şiddetin başka bir biçimde cezalandırılması yoluna gidilip gidilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir.³³ Bu soru çalışmada, özel korumayı ilgilendirdiği için aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

b) Cezaların artırılması ve caydırıcılığın sağlanması

aa) Nitelikli hal öngörülmesiyle

Ceza hukukunun genel koruması açısından her iki ülke ile ilgili olarak ayrıca şu soru gündeme gelmektedir: Acaba sağlık çalışanlarına

³¹ AlmanCK md. 22, 23 f. 1, 223. AlmanCK 23. maddenin üçüncü fıkrasına göre; teşebbüs failinin aracın elverişliliğine ilişkin hatası ağır bir anlamamazlıktan kaynaklanmış olsa dahi, teşebbüs sorumluluğu devam eder. Ancak bu hallerde üçüncü fıkra; hâkime cezanın tayini aşamasında, ceza verilmesine yer olmadığına hükmetme veya cezada indirim gitme yetkisi vermektedir. Pet bir bardağın yaralamanın meydana gelmesi için nedensel bir süreç başlatamayacak kadar elverişsiz bir araç olduğu düşünülse dahi, somut olayda failin bu konuda bir muhakeme yürüttüğü ve bu muhakemesinde ağır bir yanılığdan mustarip olduğunu iddia etmek zordur. Fail daha ziyade bu konularda herhangi bir muhakemede bulunmadan, eline geçen ilk kaba şeyi atmış olup ve bunun yaralayıcı olduğuna inanmaktadır; adı geçen ağır anlamamaktan kaynaklı hata hali için bkz. Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. München 2013, s. 301.

³² Ayrıntılar için bkz. Koray Doğan, "Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 183 - 228.

³³ Sağlık çalışanları tarafından bu yönde dile getirilen talepler için bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 5 Aralık 2012 tarihli Görüşme Tutanaqları, s. 7 (Dr. Murat Girginer: "Bizler sözel şiddetin altında fiziksel şiddete yol açacak altyapıyı oluşturduğumu düşünüyoruz çünkü yapılan sözel şiddet karşısında hekimlerin çoğu bir şiddet bildiriminde bulunmuyorlar. Karşı taraf da - karşı taraf demeyeyim - hastalarda ve hasta yakınlarında bununla ilgili yapılan şiddetin cezasız kalmasıyla ilgili bir öngörü geliyor ve bilinçaltından daha farklı bir boyuta, fiziksel şiddete varan yönelmeler olabilir. Dolayısıyla, bizler öncelikle küçük sözel şiddetlerin ceza alması gerektiğini düşünüyoruz ki büyük fiziksel şiddetlere yol açılmaması için, kuralların net konulması gerektiğini düşünüyoruz").

karşı öldürme, yaralama, hakaret, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, cebir ve tehdit suçlarının, sağlık hizmetinin ifası esnasında işlenilmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmeli midir?³⁴ Bu soruyu çalışmamızın kapsamını fazla genişletmemek için sadece Türkiye açısından ele alacağız.³⁵

Kamuoyundaki tartışmalarda çoğu zaman, ceza hukukunun esasında önemli amaçlarından biri olan aynı suçun tekrar işlenmesinin önlenmesi, yani caydırıcılığın,³⁶ sağlık çalışanlarına karşı uygulanan şiddete ilişkin vakıalar açısından sağlanamadığı dile getirilmektedir.³⁷ Bundan dolayı bu suçların sağlık çalışanlarına karşı işlenmesi durumunda, cezanın artırılması gerektiği dile getirilmekte ve kanun koyucudan buna ilişkin düzenlemelerde bulunması istenmektedir. Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında, her ne kadar yukarıda adı geçen suçların sağlık çalışanlarına karşı işlenmesi durumunda verilecek cezaların artırılmasına yönelik özel ve açık bir hüküm yoksa da; kamu görevlisi olan sağlık çalışanları bakımından yaralama,³⁸ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma³⁹ ve hakaret⁴⁰ suçları bakımından aslında belirtilen şekil-

³⁴ Krş. TCK md. 125 f. 3 a). Bu hükme göre “hakaret suçunun... kamu görevlisine karşı görevinden dolayı..., işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz”. Meclis çalışmalarında dile getirilen diğer düzenleme önerilerinden sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi kapsamında çıkarılması, verilen cezaların ertelenmemesi, bu suçlar için para ceza veya diğer alternatif müeyyidelere hükmetme imkânının ortadan kaldırılması için bkz. Komisyonu Raporu, s. 197; Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 31 Ekim 2012 tarihli Görüşme Tutanakları s. 18 vd.; aynı komisyonun 3 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 16 vd.; aynı doğrultudaki CHP'nin kanun tasarısı için ayrıca bkz. Sağlık Komisyonu Tutanakları, Tarih 01.11.2018, s. 18 vd., https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2202.

³⁵ Almanya'daki tartışmalar için bkz. Zöllner, s. 143 ve 144.

³⁶ Bkz. TCK md. 1.

³⁷ Buna ilişkin tartışmalar için bkz. Çalıştay, s. 40; Komisyonu Raporu, s. 194; Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 13 Aralık 2012 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 3; aynı komisyonun 20 Aralık 2012 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 11; aynı komisyonun 3 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 15 vd; aynı komisyonun 9 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 10 vd.

³⁸ TCK md. 86 f. 3 c).

³⁹ TCK md. 109 f. 3 c).

⁴⁰ TCK md. 125 f. 3 a).

de düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Yine, bu yöndeki talepler karşısında sağlık hizmetleri kanununda yapılan değişikliklerle; özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personelin bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacağı düzenlenerek,⁴¹ adı geçen suçlar bakımından sağlık çalışanı mağdurlar arasında statü kaynaklı farkın önüne geçilmiştir.⁴²

Genel olarak bu tür taleplerin yerine getirilmesinde gözden kaçırılmaması gereken bir husus bulunmaktadır: Salt cezalarının artırılmasıyla veya başka bir şekilde ağır ve uzun süreli hapis cezalarının verilmesiyle caydırıcılığın sağlanamadığı tecrübeyle sabittir. Ceza hukuku tarihi bu önermenin doğruluğunu gösteren örneklerle doludur. Ağır cezaların kişileri suç işlemekten alıkoyacağına ilişkin öngörü, suç mefhumunun karmaşıklığını göz ardı etmekte ve faili her zaman “suçtan elde edeceği gelir ve maliyet hesabı” yapan rasyonel bir varlık olarak kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, failin şu şekilde düşüneceği kabul edilmektedir: Şayet suçu işlemekle elde ettiğim menfaat, beni bekleyen cezaya “değmeyecekse” bu suçu neden işleyeyim?⁴³ Ancak durumun böyle olmadığı, gerek geçmiş genel tecrübelerle gerekse de burada bahsedilen suçlar açısından ele alınan fail profillerine bakıldığında kolaylıkla görülecektir. Yukarıda bahsettiğimiz araştırmalar, faillerin ya alkollü, yani algılama ve davranışlarını yönlendirme yetileri azalmış halde ya da hasta ve yakınları gibi aşırı stres altında olan kişiler olduklarını göstermektedir. Bu durumdaki kişilerin sözlü veya fiili şiddet uygulamadan önce ağır cezaları hesaba katıp, suç işlemekten vazgeçeceklerini düşünmek yanlış olsa gerek. Dolayısıyla bu tip durumlarda meydana gelen suç fiillerini önlemek için stresin azaltılmasına yönelik önleyici tedbirlere başvurulabilir; bekleme zamanlarının azaltılması veya bilgilendirmelerin yapılması gibi...⁴⁴

⁴¹ Ek md. 12 f. 2.

⁴² Aynı doğrultudaki talepler için bkz. Komisyonu Raporu, s. 194 ve 197.

⁴³ Krş. Zöllner, s. 148; Magnus, s. 532 vd; adı geçen düşünce antik çağdan günümüze farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Aristoteles’in bu doğrultudaki düşünceleri için bkz. Retorik, I. Kitap, 12. Bölüm (Ret. 1372a vd).

⁴⁴ Buna ilişkin tartışmalar için bkz. Çalıştay, s. 56 vd.; Almanya’da hastanelerde şiddetin önlenmesi için alınması talep edilen önleyici önlemler için bkz. Martin Schieron, Gewaltprävention im Krankenhaus, https://www.gesundheitsdienstportal.de/files/Krankenhaus_Gewaltpraevention_2015.pdf.

bb) Hızlı ve etkili takiple

Aynı faillerin tekrardan veya diğer kişilerin benzer suçları işle-mesinden caydırılması, suç işlendikten sonra failin kollukça tespiti ve özellikle hızlı ve etkili bir ceza hukuku takibiyle sağlanabilir.⁴⁵ Bu şekildeki bulma ve takiple caydırıcılığının sağlanması için; gerek meslek örgütleri ve gerekse kolluk görevlileri bazında bazı tedbirlerin alınması düşünülebilir. Nitekim uygulama ve mevzuatımıza bakıldığında buna yönelik tedbirlerin olduğu görülmektedir.

Örneğin tabip odalarında sağlık çalışanlarına karşı uygulanan şiddetin cezai takibine ilişkin avukatlardan oluşan birimlerin oluşturulması düşünülebilir. Bu şekildeki uygulamalar aslında Türkiye’de mevcuttur. Ankara Tabip Odası’nın bu konudaki örnek çalışmasına Avukat Ender Büyükçulha’nın paylaştığı rakamlarla değinmekte fayda mülâhaza ediyoruz. Verilere göre 2012-2014 yılları arası Ankara Tabip Odası’na 111’i sözlü, 29’u hem sözlü hem fiziki şiddeti içeren bildirimde bulunulmuş ve bunlara ilişkin 27 ceza davası takip edilmiştir. Bu davaların 7’sinde mahkûmiyet kararı verilmiştir. 2014-2016 yıllarında ise 65 bildirimde bulunulmuş, bu kapsamda 26 ceza davası açılmış ve 22 mahkûmiyet kararı verilmiştir.⁴⁶

Bahsedilen veriler dosyanın avukatla takip edilmesinin etkililik açısından faydalı olduğunu göstermekle beraber, açılmayan davaların nedenleri sorusuna cevap vermemektedir. Bunun yukarıda verilen örnekte olduğu gibi fiili saldırıların bazen suça teşebbüs teşkil edemesinden dolayı bir kanun boşluğundan veya delil yetersizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.⁴⁷ Aynı şekilde yukarıdaki araştırmalar çerçevesinde zaten sağlık çalışanlarının genelde düşük olan ihbar ve şikâyet sayıları göz önüne alındığında, mahkeme tarafından failin suçunu ispata yarayacak delil

⁴⁵ Zöller, s. 148; Magnus, s. 533; aynı doğrultuda Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 3 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 23.

⁴⁶ Çalıştay, s. 56; uygulamadan benzer sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlara ilişkin ceza davası takibi verileri için ayrıca bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 11 Ekim 2012 tarihli Görüşme Tutanakları s. 9 vd.

⁴⁷ Delil yetersizliğinin en önemli sonucu faile ulaşılamaması olacaktır.

ve etkili takiple caydırıcılığın sağlanmasının, olayların çoğunda hala bir sorun teşkil ettiğini söylemek gerekmektedir.

Nitekim kanun koyucu, uygulamanın bu sorunlarını görmüş olacak ki “sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçlardan şüpheli olanlar” hakkında yapılan soruşturmalar bakımından; gerek kolluk görevlileri ve gerekse adı geçen suçların şüphelileri için bazı özel düzenlemelerde bulunmuştur.⁴⁸ Özellikle sağlık çalışanlarının adı geçen suçlara ilişkin farklı sebeplerden kaynaklı düşük oranlı ihbar ve şikâyetleri karşısında ve delil kaybının önlenmesi için; müşteki, mağdur ve tanık olarak dinlenecek personelin ifadelerinin bizzat işyerlerinde alınacağı düzenlenmiştir (ek md. 12 f. 3).⁴⁹ Yine soruşturmanın devamına ilişkin işlemlerin Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat takip edileceği öngörülmüştür.⁵⁰ Sağlık hizmetleri kanunu bunların yanında, takip caydırıcılığının sağlanması için sağlık çalışanlarına karşı işlenen şiddet suçlarının şüphelilerine yönelik bazı hak sınırlamaları getirmektedir. Ek 12. maddenin üçüncü fıkrasında ise kolluk görevlilerine adı geçen şüpheliler için yakalama zorunluluğu getirilmektedir.⁵¹ Kanun ayrıca ya-

⁴⁸ Ayrıca bkz. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi (2012/39): Sağlık Çalışanlarına Karşı İşlenen Suçların Soruşturulması, <http://turkdermatoloji.org.tr/media/files/file/001.pdf>.; talep edilen diğer bir tedbir ise sağlık çalışanları savcılığının kurulmasıdır, bkz. Komisyonu Raporu, s. 197; CHP'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin teklifi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1239.pdf>.

⁴⁹ Adli kolluğun el koydukları olayla ilgili (CMK md. 161 f. 2) tanık dinlemeleri Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre bu kişilerin işyerlerinde ifadelerinin alması için talepleri gerekli olduğu gibi uygulamanın ayrıca yönetmelikte düzenleneceği öngörülmektedir. Ancak sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlar açısından böyle bir talep beklenmeyecektir.

⁵⁰ CMK md. 161'de diğer suçlar açısından Cumhuriyet savcısının soruşturmaları bizzat takip zorunluluğu yoktur. Fakat kanunun sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlar için bu zorunluluğu getirmektedir.

⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda diğer suç şüphelileri açısından böyle zorunlulukta söz konusu değildir. CMK md. 90 birinci fıkraya hükmü suçüstü hali, kaçma olasılığı veya kimliğinin tespit edilememesi hallerinde dahi sadece yakalanabileceğinden bahsetmektedir. Sağlık hizmetleri kanunuyla yapılan değişiklikle adı geçen hallerin olmaması durumunda dahi, kolluğun yakalama yetkisinin varlığı kabul edilmelidir. Çünkü kanun özel bir hükümle söz konusu şüpheliler “yakalanır” demektedir. Bununla beraber, bu yetkinin ve belirtilen hükmün aynı zamanda kolluğun CMK md. 90 f. 1'deki takdir yetkisini sınırlayıp sınırlamadığı sorusu gündeme gelmektedir. Sağlık hizmetleri kanunundaki hükmün metnine bakıldığında kullanılan emir kipinden dolayı bu sorunun olumlu cevaplanması gerekir.

kalanan şüphelinin Cumhuriyet başsavcılığına şahsen sevk edilmesini zorunlu kılmaktadır.⁵² Son olarak sağlık çalışanlarına karşı işlenmiş fiil kasten yaralamanın basit şeklini oluştursa dahi, şüpheli tutuklanması amacıyla sulh hâkimliğine sevk edildiğinde, hâkim sadece kuvvetli suç şüphesini tespit ederek tutuklama kararı verebilir.⁵³

Toparlamak gerekirse; sağlık çalışanlarına karşı işlenen öldürme, yaralama, hakaret, cebir ve tehdit suçları açısından cezaları artırmak amacıyla sadece nitelikli unsurlara yer verilmesiyle caydırıcılığın sağlanacağı düşünülmesi isabetli olmaz. Bu konularda caydırıcılık; ilgili suçların etkili takibi ve failerin teşhisine yönelik delil elde etme koşullarının oluşturulmasıyla sağlanabilir. Nitekim sağlık hizmetleri kanununun ilgili hükümleri bu koşulların sağlanmasına yönelik önemli düzenlemeler içermektedir.⁵⁴

Ancak bu öngörü sadece sağlık çalışanlarının ceza hukukunca genel olarak korunmasına ilişkindir. Birazdan değinileceği üzere, sağlık çalışanlarına karşı uygulanan şiddetin aynı zamanda sağlık hizmetinin ve bundan yararlanılmasının engellemesi boyutunu unutmamak gerekir. Çalışmanın başında değinilen Almanya'daki yeni kanuni dü-

Özellikle şüphelinin hakları konusunda oldukça ileri giden böyle bir sınırlamanın meşruluğu konusunda bu çalışmanın kapsamında değinmek mümkün olmadı.

⁵² CMK md. 90 ve 91'de böyle bir sevk zorunluluğu diğer suçlar için mevcut değildir. 91. maddenin birinci fıkrası sadece yakalanan şüphelinin savcılığa bırakılmaması, yani gözaltına alınması durumunu düzenlemektedir. Bunun için şahsen savcılığa sevk edilmesine gerek yoktur; sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlar için öngörülen adı geçen istisnanın caydırıcılığa katkısının olacağına ilişkin Sağlık Bakanlığı'nın öngörüsü için bkz. Sağlık Komisyonu Tutanakları, Tarih 01.11.2018, s. 167, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2202.

⁵³ CMK md. 100 f. 3 a) Numara 3'e göre başka bağlamlarda işlenen suçlar bakımından, kuvvetli suç şüphesinin yanında bir tutuklama nedeninin var olduğunu kabul edebilmek için, kasten yaralamanın silahla veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış halde işlenmesi gerekir; sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlarda tutuklama nedenlerinin genişletilmesine ilişkin talepler için bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 5 Aralık 2012 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 10; tutuksuz yargılamaların caydırıcılığı azaltığına ilişkin görüşler için bkz. Komisyonu Raporu, s. 197.

⁵⁴ Bu tedbirlerden bazılarının şüpheliler arasında, aynı suçu işleseler dahi mağdurlarının faklı olmasından dolayı fark yarattığını ve bazı şüphelilerin haklarını önemli bir şekilde sınırladıkları görülmektedir. Bu ek sınırlamanın meşruluğu ile ceza adaleti politikası için etkilerine bu çalışmanın kapsamında değinmek mümkün olmadı.

zenlemeler bu hususa ilişkindir. Şimdi öncelikle bunlara değinildikten sonra, daha önce belirtildiği gibi, Türk ceza hukukundaki durum ile değişiklik ihtiyacı ortaya konulduktan sonra ceza hukuku politikasına katkı amaçlı bir öneri sunulacaktır.

II. Almanya'da yapılan son kanuni düzenleme

Ayrıntılarına aşağıda değinilecek olan değişiklikler genel itibarıyla kazalarda, genel tehlike halinde veya zor durumda başkasına yardım eden veya etmek isteyen ilkyardım görevlileri veya acil servis çalışanlarının

§ engellenmesi (para veya bir seneye kadar hapis cezası: AlmanCK md. 323c f. 2)

§ cebir veya cebir tehdidiyle engellenmesi (para veya üç seneye kadar hapis cezası: AlmanCK md. 115 f. 3) veya, bu kişilere

§ fiilen saldırı (üç aydan beş yıla kadar hapis cezası: AlmanCK md. 115 f. 3)

suç olarak düzenlemiştir. Son iki suçun birden çok kişiyle beraber veya silahlı ya da tehlikeli alet yanında bulundurarak işlenmesi nitelikli hal teşkil etmektedir (AlmanCK md. 115 f. 3, md. 114 f. 2 ve md. 113 f. 2).⁵⁵ Her üç suç cürüm (Verbrechen) teşkil etmediklerinden⁵⁶ ve kanunda ayrıca düzenlenmediğinden bu suçlara teşebbüs cezalandırılmamaktadır.⁵⁷ Fakat suç teşkil etmeyen teşebbüslerin kapsamının ancak suçun unsurlarının belirlenmesinden sonra belirlenebileceğine şimdiden dikkat çekmek isteriz. Diğer taraftan bu suçlarla çoğu zaman fikri içtima halinde işlenebilecek yaralama,⁵⁸ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve⁵⁹ cebir⁶⁰ suçlarına teşebbüsün (elverişsiz dahi olsa!) mümkün olduğunu tekrardan belirtmek gerekir.⁶¹

⁵⁵ Ayrıntılar için bkz. Michael Kubiciel, Der Regierungsentwurf zur Neufassung der §§ 113, 114 StGB – Inhalt, Hintergrund und Legitimation. JurisPR-StrafR 5/2017 Anm. 1, 1-5, s. 2.

⁵⁶ Asgari ceza haddinin bir yıl ve üstü olması gerekir (AlmanCK md. 12 f. 1).

⁵⁷ AlmanCK 23 f. 1; ayrıca bkz. LK-StGB/Kühl, § 323c, Kn. 8; LK-StGB/Heger, § 115, Kn. 4.

⁵⁸ AlmanCK md. 223 f. 2.

⁵⁹ AlmanCK md. 239 f. 2.

⁶⁰ AlmanCK md. 240 f. 3.

⁶¹ Ayrıca bkz. MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 118 vd in; Wolfgang Joecks/Klaus

1. Yardım etmenin engellenmesi

a) Ana hatları

Yeni düzenlemelerden ilki AlmanCK md. 323c'ye ilişkindir. Adı geçen madde esasında yardım etmeme suçunu düzenlemektedir. Bu suçun aslında sağlık çalışanlarının korunmasıyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak üçüncü bir kişiye yardım eden sağlık çalışanları bakımından adı geçen madde hükmüne yeni bir ikinci fıkra eklenmiştir. Yeni eklenen ikinci fıkranın anlaşılabilirliği için, maddenin asıl düzenlediği yardım etmeme suçunu düzenleyen birinci fıkrasıyla beraber okunması gerekir. Onun için madde metnine burada tekrar yer vermekte fayda mülâhaza ediyoruz:

Madde 323c - [Yardım etmeme; yardım eden kişilerin engellenmesi]

(1) Kaza veya kazaya benzer olay veya genel tehlike veya genel zaruret halleri sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre kendisinden beklenebileceği halde, kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülüklerini ihlal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen yardım etmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.⁶²

(2) Bu durumlarda üçüncü bir kişiye yardım eden veya yardım etmek isteyen kişiyi engelleyen aynı şekilde cezalandırılır.

Maddenin ilk fıkrası kazalarda (sadece trafik değil), genel tehlike veya genel zaruret hallerinde yardıma ihtiyacı olan kişilere karşı dayanışma gösterme yükümlülüğünün ihlalini düzenlemektedir. Adı geçen kişilere, başına bir trafik kazası gelen, hastalığı aniden kötü bir şekilde nükseden, bir suç mağduru olan veya bir doğal afet halinde ilkyardıma muhtaç olanlarla ile aynı sebeplerden dolayı hastanelerin acil servislerinde bulunanlar örnek olarak verilebilir.⁶³ Bu durumdaki kişilere yardım edilmemesi AlmanCK 323c f. 1'e göre suçtur. Madde-

Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, München 2019; Schönke/Schröder/Hecker, StGB § 323c, Kn. 32 in: Adolf Schönke/Schröder Horst, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019.

⁶² Maddenin tercümesi Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu. Strafgesetzbuch (StGB). Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük. İstanbul 2015, s. 459.

⁶³ StGB/Fischer, § 323c, Kn. 6; ayrıca bkz. LK-StGB/Kühl, § 323c, Kn. 2 vd.

nin sadece belli bazı durumlarda yardım etme yükümlülüğünü düzenlemesi karşısında, verilen yardımın engellenmesi suçu bakımından her türlü ilkyardım ve acil servis müdahalesi AlmanCK 323c f. 2'nin kapsamına girmemektedir.

Yeni eklenen ikinci paragrafla, aslında adı geçen yükümlülüğü gereği yardımda bulunması gerekirken yardım etmeyip, yardım edenleri engelleyen kişi artık suç işleyecektir. Ancak az önce belirtildiği gibi, bu suçun kapsamına her türlü ilkyardım ve acil servis müdahalesi girmediğinden dolayı, sadece yukarıda adı geçen durumlarda yardımda bulunan ilkyardım veya acil servis sağlık çalışanlarının yardım faaliyetlerinin engellenmesi suçtur. Bu sınırlama aşağıda değinilecek ilkyardım halinde engelleyici fiillerin cebir veya cebir tehdidiyle işlenmesi (AlmanCK md. 115 f. 3 Cümle 1) ile yardım eden ilkyardım görevlilerine fiili saldırı (AlmanCK md. 115 f. 3 Cümle 2) suçları için aynı şekilde geçerlidir.

Yardım etmeme suçuyla korunan hukuki menfaat, tartışmalı olmakla beraber, bu durumlarda yardıma muhtaç olan kişilerin şahsi haklarıdır (genellikle yaşam ve beden bütünlükleri).⁶⁴ Gerçekten, yeni ikinci paragraf artık sadece adı geçen durumdaki kişilere yardım edilmesinden dolayı bunların maruz kalacağı somut bir tehlikeyi değil, soyut tehlikeyi, yani adı geçen durumlarda bulunan birine yardım etmek isteyen veya eden kişinin engellenmesiyle kurtulma ihtimalinin azaltılmasını (acı çekmeye devam edilmesi dâhil) suç olarak düzenlemiştir.⁶⁵ Engelleme amacıyla gerçekleştirilen davranışın gerçekten bu şekilde bir sonuç doğurmasına gerek yoktur.⁶⁶ Aynı şekilde yardımın gerçekten amacına ulaşacak olması yani adı geçen durumdaki kişiyi kurtaracak olması kural olarak önemli olmadığı gibi, yardıma başlanması veya yardım edilen kişi tarafından bilinmesine gerek yoktur. Başka bir ifadeyle yardım edilen kişinin veya hastanın daha sonra kurtarılmış olması veya başından itibaren kurtarılamayacak durumda

⁶⁴ Aynı şekilde kanun koyucu Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017; ayrıca bkz. Lenk, s. 230; MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 1-6; StGB/Fischer, § 323c, Kn. 2; Zöllner, s. 147.

⁶⁵ Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017; StGB/Fischer, § 323c, Kn. 2; Schöнке/Schröder/Hecker, StGB § 323c, Kn. 32; bu suçun neticeli, soyut tehlike veya sırf hareket suçu olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Lenk, s. 230.

⁶⁶ Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017; Magnus, s. 541.

olması önemli değildir.⁶⁷ Daha ziyade yardım edenin veya buna yeltenenin yardım etme isteğinin varlığı ve adı geçen kişinin engellenmesi suç haline getirilmiştir.⁶⁸

b) Uygulama alanı

Kanun koyucu, yukarıda belirtilen durumlarda ilkyardım veya acil servis müdahalesinin gerekmesi halinde, teknik aletlere zarar verilmesi, yolun kapatılması, kenara çekilmemesi veya ilkyardım personeli için açılmış yolların işgal edilmesi veya acillerdeki doktor ve hastane personelinin icraatlarının kötüleştirilmesini, örnek olarak saymıştır.⁶⁹ Bu örneklerden bazılarının cebir içermesi, örneğin teknik araçlara zarar verilmesi, Alman kanun koyucunun AlmanCK md. 323c ile aşağıda değinilecek AlmanCK md. 115 f. 3 arasındaki ayrımı başarılı bir şekilde yapamadığını göstermektedir.

Kanun koyucunun asıl amacına bakıldığında, bunun daha önce suç olarak düzenlenmeyen ilkyardım faaliyetlerinin (cebir kullanmadan) sadece izleyerek, fotoğraf çekerek, çekim yaparak veya arabayla durup bakmakla engellenmesinin suç haline getirilmesi olduğu görülmektedir.⁷⁰ Ancak öğretilerde bu konuda daha önce kanun boşluğu var olduğu konusunda şüpheler mevcuttur. Gerçekten gerçekleştirilen bir ilkyardım veya kurtarma faaliyetini örneğin araya girerek akamete uğratan bir kişinin icrai fiiliyle öldürme veya en azından buna teşebbüsten⁷¹ sorumlu tutulacağı eskiden beri Alman hukukunda hâkim bir görüştür.⁷² Bunun ilkyardım görevlilerini engelleyen ve mağdurun ölümünü en azından göze alan (olası kast) 'meraklılar' için *kural olarak geçerli olduğu* ileri sürülerek, kanun koyucunun yaptığı düzenlemenin gereksiz olduğu dile getirilmektedir.⁷³ Ancak böyle olaylarda kastın

⁶⁷ Bu hususun eleştirisi için bkz. MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 135; aynı doğrultuda Schönke/Schröder/Hecker, StGB § 323c, Kn. 32; krş. 4. YCD, E. 2014/31080, K. 2015/40852, T. 25.12.2015 [TCK md. 98: Mağdur yaşayan gerçek bir kişi olmalıdır] (Karar Ara); aynı şekilde 2. YCD, E. 2009/20201, K. 2010/32787 (Kararara).

⁶⁸ StGB/Fischer, § 323c, Kn. 21.

⁶⁹ Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017; bkz. ayrıca Schiemann, s. 1848.

⁷⁰ Koch, s. 324; MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 132.

⁷¹ Suç konusunun elverişsiz olması Alman ceza hukukunda teşebbüs sorumluluğunun doğması için bir engel teşkil etmemektedir. Bunun için bkz. yukarıda I.4.a) Suç tipleri ve teşebbüs.

⁷² Scheffler, s. 234; Koch, s. 324.

⁷³ Koch, s. 324; MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 139.

ispatı konusunda sorunlar yaşanabileceği gibi taksirli suçtan sorumluluğa gidilmesinde yine ispat sorunu yaşanabilir. Çünkü faille atfedilen eylemin ta kendisinin (yukarıda sayılan davranışların) neticenin gerçekleşmesinin en azından nedenlerinden biri olduğunun ispatı kolay değildir. Bu nedenlerden dolayı, böyle bir düzenlemeye gidildiği dile getirilmektedir.⁷⁴

Diğer bir eleştiri ise yardım etmeme suçunun (AlmanCK 323c f. 1), kanun koyucunun şimdi düzenlediği engellemeyi (izleyerek, fotoğraf çekerek, çekim yaparak veya arabayla durup bakmakla) zaten kapsadığı iddiasıdır. Buna göre bu durumdaki kişiler bu şekilde davranmakla yardım etmemiş olacaklarından, zaten adı geçen suç işleyeceklerdir. Kanun koyucunun şimdi kalkıp “engelleme” diye faillerin yardım yapmama hallerini olumlu tanımlamasının gerekli olmadığı iddia edilmiştir.⁷⁵ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü yeni eklenen ikinci fıkra, birinci fıkrada düzenlenen bazı durum ve koşullarda pasif şekilde yardım etmeme suçunun kapsamadığı bazı eylemleri şimdi suç olarak düzenlemektedir. Örneğin sağlık personelinin anında müdahalesinin mümkün olduğu hastanelerin acil servislerinde ağır yaralı bir kazazedeye yardım etmeyen kişi, birinci fıkradaki yardım etmeme suçunu işleyemeyecek iken (çünkü yardımı AlmanCK 323c f. 1 anlamında “gerekli” değildir),⁷⁶ bu düzenleme ile artık engelleme fiilinden dolayı sorumlu olabilecektir.

Yeni eklenen fıkranın neticeli bir suç olduğu konusunda bir şüphe yok iken,⁷⁷ kanun koyucu engellemenin sadece hissedilecek şekilde ve önemli derecede olması gerektiğini dile getirmiştir.⁷⁸ Öğretide bunun daha ziyade objektif üçüncü bir kişinin gözünden değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁷⁹ Nitekim ilkyardım ve acil servislerde yardım etmek isteyen veya eden doktor ve diğer sağlık personelinin

⁷⁴ Koch, s. 325; bkz. Scheffler, s. 234.

⁷⁵ Koch, s. 325 aynı doğrultuda Scheffler, s. 234; Lenk, s. 230; MüKo-StGB/Freund, § 323c, Kn. 138.

⁷⁶ StGB/Fischer, § 323c, Kn. 12; LK-StGB/Kühl, § 323c, Kn. 13.

⁷⁷ Alman ceza hukukunda neticeli suç türü ayrımı failin eylemi icra şekline göre yapılan bir ayrımdır. Suçun konusu üzerinde bir zararın gerçekleşmesi mutlaka aranmamaktadır. Başka bir deyişle, neticeli suçlar sadece zarar suçları değildir. Bundan dolayı sırf hareket suçu olmayan engellemenin neticeli bir suç sayılması konusunda doktrinsel bir zorluk yaşanmamaktadır.

⁷⁸ Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017; LK-StGB/Kühl, § 323c, Kn. 13.

⁷⁹ StGB/Fischer, § 323c, Kn. 26.

engellenmesi daha geniş bir şekilde yorumlanmaya müsaittir. Örneğin hastanelerde yeterince personel bulundurulmamasının doktorların veya hastane personelinin yardım edici gerekli müdahalelerde bulunulmasına engel olması durumunda, bu suç işlenir mi? Bu soruyu olumsuz cevaplamak gerekir. Yeni kanunun değişiklik amacına bakıldığında, kural olarak yardım etme yükümlülüğü olan veya somut olayda yardımı gerekli olmasa bile sağlık çalışanlarının işlerine engel olmaması beklenen birinin; yardım etmemesi veya yardım edilmesine izin vermemesini düzenlediği görülmektedir. İki fiil arasındaki bu bağlantı, bir kimsenin yardım edemese dahi engel olmaması, adı geçen personel sıkıntısı durumunda buna neden olduğu iddia edilecek hastane yöneticileri için mevcut değildir.⁸⁰

Son olarak yukarıda açıklanan araştırmaların Almanya’da ilkyardım durumunda sağlık çalışanlarına karşı şiddetin hastaların kendilerinden kaynaklandığı sorununa karşı, AlmanCK md. 323c yeni fıkra ikinin bir çözüm getirip getirmediğine değinilmesi gerekir. Bu bağlamda suçun kapsamına bakıldığında, ilkyardım ve acil servisteki hastaların kendilerinin sağlık çalışanlarının müdahalesini engellemesi açısından ne yukarıda adı geçen bağlantı mevcuttur, ne de kanunun metni hastanın kendisinin müdahalesine engel olunmasını kapsamaktadır. İkinci fıkraya bakıldığında, madde metninin üçüncü bir kişiye, yani başka birine yardım eden kişinin engellenmesinden bahsettiği görülmektedir. Bundan dolayı hastanın kendisine yapılan yardımı engellemesi AlmanCK md. 323c f. 2 açısından tipik, suç konusu bir eylem teşkil etmemektedir. Bundan dolayı AlmanCK md. 323c f. 2 hastanın ilkyardım veya acil serviste sağlık çalışanına karşı mukavemetini düzenlememekte, bunu aşağıda bahsedilecek AlmanCK md. 115 f. 3’te düzenlenen fiili saldırı suçuna bırakmaktadır. Ancak hastanın yakınları için AlmanCK 323c f. 2’de düzenlenen yardım etmemenin engelleyici fiille işlenmesi suçu açısından bir boşluk söz konusu değildir. Hasta yakınları açısından yukarıda adı geçen bağlantı mevcut olduğu gibi ikinci fıkra anlamında kendi hastaları ‘üçüncü kişidir’. Bundan dolayı hasta yakınları yardım etmeme suçunu kural olarak engelleyici fiillerle işleyebilirler. Ancak yardıma muhtaç kişinin yakınlarının normal koşullarda aslında yakınlarının iyileştirilmesini isteyecekleri düşünülür-

⁸⁰ Krş. StGB/Fischer, § 115, Kn. 10.

ğünde, doğrudan kastlarının olamayacağı ve bu suçu olsa olsa olası kastla işleyebilecekleri kabul edilebilir.

2. İlk yardımın cebirle veya cebir tehdidiyle engellenmesi

a) Ana hatları

2017 yılında Alman Ceza Kanunu'nda yapılan bir diğer değişiklikle, ilkyardım görevlilerinin kazalarda, genel tehlike veya zorda müdahale etmelerinin cebir veya cebir tehdidiyle engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir.

Yeni hüküm şu şekildedir:

Madde 115 - [Kamu görevini icra eden memurlara eşdeğer olan kişilere karşı direnme veya fiili saldırı]

...

(3) Kaza veya kazaya benzer olay veya genel tehlike veya genel zaruret hallerinde yardım eden itfaiyeyi, afet kurtarma veya ilkyardım ekiplerini cebirle veya cebir tehdidiyle engelleyen kişi, 113. maddeye göre cezalandırılır...

Yukarıda açıklanan engellenmenin cezası para veya bir seneye kadar hapis cezası iken (AlmanCK md. 323c f. 2) cebir veya cebir tehdidiyle engellenme halinde ceza, para veya üç seneye kadar hapis cezası şeklindedir (AlmanCK md. 115 f. 3 ve md. 113 f. 1). Böylece Alman Ceza Kanunu cebir veya cebir tehdidinin 240. maddede düzenlenen genel zorlama suçunun yanında, özel bir düzenlemeyle ilkyardım görevlilerini aynı eylemlere karşı koruma altına almaktadır. Alman kanun koyucusu her iki suçun ceza haddini ise kural olarak aynı bırakmakla beraber (para veya üç seneye kadar hapis cezası), ilkyardım görevlilerinin yardımının cebir veya cebir tehdidiyle engellenmesi halinde, suçun bazı nitelikli hallerinin cezası altı aydan beş yıla kadar çıkmaktadır (AlmanCK m. 115 f. 3 ve md. 113 f. 2.). Bunlar cebir veya cebir tehdidiyle engelleme suçunun (AlmanCK md. 115 f. 3) birden çok kişiyle beraber işlenmesi veya silahlı veya tehlikeli alet yanında bulundurarak işlenmesi durumlarıdır (AlmanCK md. 115 f. 3 ve md. 113 f. 2).

İlkyardım görevlilerine olay yerine varan doktor ve sağlık görevlileri dâhil olmakla beraber, Alman kanun koyucu acil servisteki doktor

ve sağlık çalışanlarını yukarıda belirtilen yardım etmenin engellenmesi suçundaki (AlmanCK md. 323c f. 2) gibi yeni düzenlenen ikinci suçun kapsamına almamıştır. Bunun sebebi, yukarıda yer verilen Alman medyasına yansıyan olaylarda olduğu gibi, sağlık çalışanlarına karşı engellemelerin daha çok kurum dışı müdahalelerde görülmesidir. Bu sadece kazalarda değil aynı zamanda toplumsal olaylarda çevredeki kalabalığın ilkyardım ekiplerinin görevlerini yapmasını engellemesinde söz konusu olmaktadır.

Yeni düzenlemenin diğer dikkat çekici yönü ise, kanun koyucunun bu düzenlemeyi görevini yerine getiren memura direnme (AlmanCK md. 113) suçuyla bağlantılı olarak düzenlemesidir. Bu bağlantı öncelikle düzenlemenin yeri açısından (madde başlığı: *kamu görevini icra eden memurlara eşdeğer olan kişilere karşı direnme veya fiili saldırı*) göze çarpmaktadır. Bunun yanında kanun koyucunun değişikliklerle sadece ilkyardım sağlık görevlilerinin faaliyetlerinin engellenmesini değil, bunun dışında kamu görevlisine karşı direnme suçunun kapsamını genişletmiştir. Ayrıntılarına konumuz dışında olduğu için burada girilmeyecek olan diğer değişikliklerin gerekçesinde, görevini yerine getiren memurlara karşı toplumda “saygı” ve “değer vermenin” azalmasına dikkat çekilerek devlet otoritesinin yeni hükümlerle korunmak istendiği dile getirilmiştir.⁸¹ Yine kanunun gerekçesine göre sadece bu memurlara karşı gerçekleştirilen yaralamalar sonucunda faile ceza verilmesi durumunda, gerçekleştirilen haksızlığın bir boyutu dikkate alınmamakta, ihmal edilmektedir: Şiddet tekeline sahip devletin temsilcilerine karşı bu yaralamaların gerçekleştirilmiş olması.⁸² Ancak bu tür kamu menfaatlerini koruyan suçlar açısından dikkat edilmesi gereken önemli ve doktrinsel sorunları beraberinde getiren husus, bu suçların koruduğu hukuki menfaatin adlandırılması ve gerekçelendirilmesidir.⁸³

⁸¹ Bu konuda eleştirel görüşler için bkz. Magnus, s. 542.

⁸² Bundestag Drucksache 15/12153 v. 26.04.2017.

⁸³ Aynı tehlikeye Magnus, s. 531, dikkat çekmektedir; Devletin şiddet tekeli, başlı başına, görevini icra eden memur veya ona eşdeğer kabul edilen başka bir kamu hizmeti icra eden kişinin engellenmesi, cebre veya tehdidine yahut saldırıya maruz bırakılmasıyla herhangi bir şekilde sorgulanmadığı gibi bu eylemlerin sonuç doğurması durumunda dahi devletin şiddet tekeline veyahut kamu hizmetlerinin gerçekleştirme tekeline hale geldiğini iddia etmek zordur. Bir terör örgütü devletin şiddet tekeline karşı tehlike oluşturabilir. Ancak normal mukavemet fiilleriyle devletin şiddet tekeli veya kamu hizmetinde bulunma görevini korumak gerekmez.

Alman kanun koyucusunun ilkyardım sağlık çalışanlarının görevlerini yerine getirmelerinin cebir veya cebir tehdidiyle engellenmesini, kamu otoritesine karşı saygının sağlanması veya bu otoritenin işlevselliğinin korunması amaçlarıyla beraber düzenlemesi akla şu soruyu getiriyor: Aynı hususlar sağlık çalışanları için söylenebilir mi? Özellikle sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçların sadece yukarıda belirtilen şekilde çalışanların kendisine karşı işlenmiş suçlar olarak görülüp takip edilmesi, acaba verilen sağlık hizmetinin engellenmesi mefhumunu göz ardı mı etmektedir? Alman kanun koyucusu bunu en azından ilkyardıma muhtaç kişilere müdahale eden sağlık çalışanlarına karşı işlenen cebir ve cebir tehdidiyle engelleyici fiiller bakımından, açıkça söylemese dahi, kabul etmiş görünmektedir. Ancak böyle durumlarda yardım etmenin engelleyici fiillerle yerine getirilmediği hallerde olduğu gibi, aslında bu durumlardaki kazazede veya hastaların şahsi hakları ve bununla bağlantılı olarak sağlık hizmetinin sağlanmasına ilişkin kamusal menfaat korunmaktadır. Ceza kanunlarının bazı meslek gruplarını başlı başına ve yeterince neden olmamasına rağmen özel bir korumaya alınması genel olarak kabul edilmekle beraber,⁸⁴ ilkyardım halinde kişisel hakların içinde bulunduğu nitelikli tehlike, sağlık çalışanlarının da bu yolla korunmasını meşru kılmaktadır. Bu şekilde bir kamusal menfaatin varlığının diğer gerekçesi ise, yukarıda işaret edildiği gibi, sağlık görevlilerinin aslında böyle durumlarda toplumsal dayanışmayı zorda bulunanlara kurumsal bir şekilde yardım ederek sağladıkları vakasıdır.

b) Uygulama alanı

Yeni suç tipinin uygulama alanına bakıldığında, madde metninde yardım *edenden* bahsedildiği için, ilkyardım görevlerinin belirli bir faaliyetin içinde olmaları lazımdır. Ancak öğretide faaliyetin olay yerinde ve doğrudan yardım edilmesi gereken kişinin huzurunda olması gerekmediği ileri sürülmektedir. Asıl müdahaleye ilişkin hazırlayıcı faaliyetlerin dahi bu kapsama girdiği kabul edilmektedir.⁸⁵ Bunun dışında, engelleme fiili konusunda yukarıda yardım etmeme suçunun (AlmanCK 323c) bu şekilde işlenmesi konusunda yapılan açıklamalar aynen burada geçerlidir. Özellikle engelleyici fiille ilkyardım çalışanlarının müdahale imkân ve ihtimallerinin soyut bir tehlikeye maruz kalması bu suç açısından yeterlidir. Yine cebir veya cebir tehdidinin doğrudan ilkyardım

⁸⁴ Krş. Magnus, GA 2017, s. 530.

⁸⁵ StGB/Fischer, § 115, Kn. 8; LK-StGB/Heger, § 115, Kn. 4.

sağlık çalışanlarına karşı yönelmiş olması zorunlu değildir. Hastanın kendisine karşı bu eylemler yönelmiş olabilir. Önemli olan bunun yardım etmeyi engellemesidir. Burada açıklanması gereken ve daha ağır cezayı gerektiren ek fiiller ise cebir ve cebirle tehdit edilmedir.

Cebir genel olarak, bir kişiye karşı fiilen söz konusu işi yerine getirmesinin engellenmesi amacıyla *maddi zora*, özellikle bedeni bir güce, *başvurulmasıdır*.⁸⁶ Zorlamanın kişi tarafından gerçekten hissedilmesi veya başarıya ulaşması gerekmediği gibi, bunun kişiye karşı fiili bir saldırı halinde olmasına dahi gerek yoktur. Ancak sadece pasif durmak kural olarak maddi bir zorlama teşkil etmediği gibi sadece istenilen bir şeyi yapmamak aynı şekilde zora başvurmak değildir. Örneğin ilkyardım çalışanlarının müdahalelerini sadece fotoğraf çekerek veya istenilmesine rağmen el atmayarak engellemek cebir teşkil etmez. Fakat yukarıda bahsedildiği gibi, pasif veya aktif şekilde yardım etmeme suçunu oluşturabilir (AlmanCK md. 323c f. 2). Ancak eşyaya karşı yapılan cebrin dolaylı olarak görevliye etkisi olduğu durumlarda, cebrin varlığı kabul edilmektedir.⁸⁷ Buna genelde yolun kapatılması, aletlere veya araçlara zarar verilmesi halleri gösterilmektedir.⁸⁸ Yukarıda değinildiği gibi kanun koyucu aslında eşyaya yönelik işlenen benzer örnekleri, yardım etmemenin engelleyici fiille işlenmesi suçuna örnek vermiştir (AlmanCK md. 323c f. 2). Bu özellikle ilkyardım görevlilerinin alet veya araçlarına zarar verilmesi açısından geçerlidir. Bundan dolayı iki suç arasındaki ayrımın tam yapılamadığı söylenebilir.

Tehdit ise genel olarak, kişinin bir şeyin gerçekleşmesi durumunda, kendi ifadelerine göre, buna yapabileceğini iddia ettiği bir kötülükle karşılık vereceğini dile getirmesidir.⁸⁹ AlmanCK md. 115 f. 3 açısından ise, bunun az önce açıklanan cebir tehdidi şeklinde olması gerekir.

⁸⁶ Krş. Magnus, s. 534; StGB/Fischer, § 113, Kn. 23; Türk ceza hukukundaki benzer tanım için bkz. 18. YCD, E 2015/21481, K 2016/10001, T 10.05.2016 [Cebir kamu görevlisine karşı fiziksel güç kullanılması, görevin yapılmasının engellenmesi için bu anlamda elverişli olan, doğrudan kamu görevlisine yönelik, görevini yapmasını engellemeye yönelik fiziksel güç kullanılmasıdır] (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁷ StGB/Fischer, § 113, Kn. 23.

⁸⁸ StGB/Fischer, § 115, Kn. 10.

⁸⁹ StGB/Fischer, §240, Kn. 31; Türk ceza hukukundaki benzer tanım için bkz. bkz. 18. YCD, E 2015/21481, K 2016/10001, T 10.05.2016 [Tehdit; kamu görevlisine görevini yerine getirmemesi için görevini yapması durumunda ilerde bir zarar verileceğini, kötülük yapılacağına kamu görevlisine bildirilmesi ve bu şekilde onun güvenlik duygusunun iç huzurunun bozulması endişeye sevk edilmesidir] (Yargıtay Karar Arama).

Son olarak AlmanCK md. 115 f. 3 açısından ilkyardım halinde cebir veya cebir tehdidinin kimin tarafından ve kime karşı yapılması gerektiği soruları gündeme gelmektedir. Madde metninde sadece adı geçen durumlarda ilkyardım ekiplerinin cebirle veya cebir tehdidiyle engellenmesinden bahsedilmektedir. Bundan dolayı ilkyarıma muhtaç kişinin bizatihi müdahaleyi engellemesiyle bu suçu işleyip işlemeyeceği sorunu ile karşılaşmaktadır. Yukarıda açıklanan yardım etme suçunun engellenmesi suçuyla karşılaştırıldığında (AlmanCK md. 323c f. 2), AlmanCK md. 115 f. 3'ün metninde üçüncü bir kişiye yardım eden şeklinde bir ibarenin olmadığı görülmektedir. Bunun yerine AlmanCK md. 115 f. 3 sadece ilkyarımda bulunandan bahsetmektedir. Müdahale edilenin fail olarak değerlendirilmemesini sağlayacak şekilde, üçüncü bir kişiye yardım eden, tabirini kullanmamaktadır. Ancak buna rağmen bu suçun ilkyarımda müdahalede bulunan hasta tarafından işlenmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Böyle bir durumda hasta kendisine, kendi sorumluluğu altında ve özgür bir şekilde zarar verdiğiinden dolayı AlmanCK md. 115 f. 3'te düzenlenen suçun koruduğu hukuki menfaatin ihlali söz konusu olamaz. Çünkü adı geçen suç hastanın kendisinin vazgeçtiği şahsi hakların korunmasından bağımsız bir şekilde sağlık hizmetinin verilmesi veya kurumsal bir şekilde toplumsal dayanışmanın sağlanmasına ilişkin kamusal menfaati başlı başına korumamaktadır. Böyle bir yorumla yukarıda değinilen araştırmaların dikkat çektiği ilkyardım müdahalelerinde yardıma muhtaç kişinin sağlık çalışanlarına yönelik fiilleri konusunda, zaten Alman Ceza Kanununda genel suçların (yaralama, hakaret, tehdit vb.) varlığı karşısında, ceza kanununda bir boşluk olmayacağını düşünmekteyiz. Diğer taraftan aşağıda değinilecek fiili saldırı suçu hastanın eylemlerini zaten kapsamaktadır. İlkyardım müdahalesinde bulunan kişinin yakınları ise kuşkusuz AlmanCK md. 115 f. 3'da düzenlenen suçun faili olabilirler.

3. İlkyarımda bulunanlara fiili saldırı

a) Ana hatları

2017 yılında Alman Ceza Kanunu'nda yapılan bir diğer değişikliklerle, yukarıda adı geçen durumlarda ilkyarımda bulunanlara fiili saldırıda bulunulması eylemi ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. AlmanCK md. 115 f. 3'ün ikinci cümlesindeki değişiklik şu şekildedir:

Madde 115 - [Kamu görevini icra eden memurlara eşdeğer olan kişilere karşı direnme veya fiili saldırı]

...

(3) Kaza veya kazaya benzer olay veya büyük tehlike veya zaruret hallerinde yardım eden itfaiyeyi, afet kurtarma veya ilkyardım ekiplerini cebirle veya cebir tehdidiyle engelleyen kişi, 113. maddeye göre cezalandırılır. Yardım edene bu durumlarda fiili saldırıda bulunan kişi, 114. madde hükmüne göre cezalandırılır.

Bu suçun her türlü ilkyardım hallerini değil de, bunlardan bazılarında ve sağlık çalışanlarından sadece ilkyardım çalışanlarını kapsamına aldığı, yani acil servis çalışanlarını korumadığını burada tekrar belirtmek gerekmektedir. Bunun sebebi, yukarıda belirtildiği gibi, Alman kanun koyucusunun sağlık çalışanlarının görevlerini yerine getirmesinin daha çok kurum dışı faaliyetlerinde zorlukla karşılaştığını düşünmesidir. Özellikle ilkyardım müdahalesi yapılan durumlarda müdahale edilen kişinin kendisi ve toplumsal olaylarda çevredeki kalabalığın ilkyardım ekiplerinin görevlerini yapmasına müdahale etmesi gündeme gelebilmektedir. Yukarıda birkaç defa değinildiği gibi, AlmanCK md. 115 f. 3'ün ikinci cümlesindeki fiili saldırı suçu ilkyardım müdahalesinde bulunulan hastanın kendisi tarafından işlenebilir. Bu açıdan Alman kanun koyucusunun araştırmalara yansıyan, uygulamadaki ilkyardım anında hasta şiddeti sorununa ceza kanununda bir çözüm bulduğunu söylemek mümkündür. İlkyardım müdahalesinde bulunan sağlık çalışanının kurumsal statüsü önemli değildir.⁹⁰

b) Uygulama alanı

Fiili saldırı, genel olarak, mağdura doğrudan doğruya bedensel etkide bulunmaya *yönelen* maddi şiddet içeren eylemdir. Bunun herhangi bir şekilde bir temasa veya yaralanmaya yol açması gerekmediği gibi,⁹¹ herhangi bir yaralamanın istenmiş olması veya fiili saldırının örneğin yaralama suçuna (elverişsiz hareketlerle dahi olsa!) teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmez.⁹² Bundan dolayı örneğin isabet

⁹⁰ Schönke/Schröder/Eser, StGB § 115, Kn. 21.

⁹¹ StGB/Fischer, § 114, Kn. 5; ayrıca bkz. Schönke/Schröder/Eser, StGB § 115, Kn. 1.

⁹² Ancak uygulamada fiili saldırıyla çoğu zaman görevli memura karşı yaralama suçu işlenmiş olmakta ve bu durumunda AlmanCK md. 52 gereği fikri içtimaya

menziline olmamasına rağmen, oradan geçmekte olan bir ilkyardım ekibini, tepkisini göstermek amacıyla, taşıyan kişi gibi kendisine ilkyardımda bulunan sağlık çalışanına üstünde bulunduğu sedyeden el atarak çekiştirmeye çalışan alkollü kişi bu suçu işleyebilir.⁹³ Gerçekten AlmanCK md. 115 f. 3'ün ikinci cümlesindeki fiili saldırı suçuyla Alman kanunun koyucusunun ceza sorumluluğunu önemli ölçüde öne çektiğini görmek mümkündür. Ancak hâkime üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmetme imkânı vererek, bir taraftan basit yaralamanın veya kişi hürriyetinden yoksun kılmaya teşebbüs dahi oluşturmaya durumlarından alt hadden ceza verebilmesini mümkün kılarken, diğer taraftan adı geçen suçlara teşebbüs edilmiş veya tamamlanmış olması halinde ise fikri içtimayla beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesini mümkün kılmaktadır (AlmanCK md. 115 f. 3 ve md. 114).⁹⁴ Hatta iki kişinin birlikte fiili saldırıda bulunması durumunda, suçun nitelikli hali gerçekleşecek ve ceza artık altı aydan beş yıla kadar olacaktır (AlmanCK md. 115 f. 3 Cümle 2, md. 114 f. 2, md. 113 f. 2).

Son olarak fiili saldırının yardımı engelleme amaçlı olması aranmamaktadır. Nitekim bunu hastanın kendisi tarafından yapılan saldırıda görmek mümkündür.⁹⁵ Görevini yerine getiren kişiye karşı herhangi bir sebeple kızması sonucu eylemini gerçekleştirmesi yoluyla failin fiili saldırıda bulunmuş olması mümkündür. Ancak tamamen şahsi sebeplerle saldırıda bulunmanın bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği dile getirilmektedir.⁹⁶

4. Özet ve değerlendirme

Çalışmanın başlarında yapılan ayırım takip edildiğinde, Almanya'da özel korumayla, bazı durumlarda üçüncü kişilere yöne-

(Tateinheit) gidilerek cezanın tayininde daha ağır cezayı gerektiren suçun alt ve üst sınır esas alınmaktadır, bkz. AG Hamburg-Mitte, Urteil v. 28.08.2017 - 259 Ds 128/17, <https://openjur.de/u/973043.html>.

⁹³ Kanuni değişikliğe ihtiyaç duyulmadığı, kanun koyucunun fiili saldırı suçu olarak düzenlemek istediği fiillerin zaten yaralamaya teşebbüs teşkil ettiği ve failerin bu durumlarda cezasız kalmayacağına ilişkin, Alman Hâkimler Birliği'nin görüşü için bkz. <https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/617/>

⁹⁴ Krş. AG Hamburg-Mitte, Urteil v. 28.08.2017 - 259 Ds 128/17, <https://openjur.de/u/973043.html>.

⁹⁵ LK-StGB/Heger, § 115, Kn. 4.

⁹⁶ StGB/Fischer, § 115, Kn. 10.

lik sağlık hizmetinin engellenmesiyle toplumsal dayanışmanın ihlal edilmesinin ve bu yardımı gerçekleştirenlere fiili saldırının suç haline getirildiği görülmektedir. Daha önce belirtildiği gibi 2017 yılındaki düzenlemelerin merkezinde ilkyardım durumları ve acil servislerde yaşanan, bazı suç faillerini destekleme (Rostock olayları), meraklı kalabalık sorunu ile hasta veya yakının yardım ve tedavi eden sağlık personeline karşı fiili saldırısı bulunmaktadır. Ancak Alman kanun koyucusu bu düzenlemelerde bulunurken üçüncü kişilere yönelik yapılan her türlü sağlık hizmetini ceza hukukunun koruması altına alma yoluna gitmediği gibi, kanunda yeni suç türlerinin sağlık çalışanlarından sadece belirli bir gruba karşı işlenmesi durumunda uygulanması gibi bir sınırlandırmada bulunmuştur. Yukarıda belirtildiği gibi bazı durumlarda, Alman ceza kanun koyucusunun neden farklılıklara gittiği Almanya'da sıklıkla meydana gelen olay türleri göz önüne alındığında anlaşılmakta, ceza hukukunun son çare olması ilkesine mümkün olduğu kadarıyla uyulmak istendiği görülmektedir. Ancak buna rağmen engelleme ve fiili saldırı fiilleri yukarıda gösterildiği gibi ceza sorumluluğunun alanını öne çeken ve önemli ölçüde genişleten suç türleri oluşturmuştur. Bu alandaki eylemlerin çoğu, yukarıda değinilen araştırmalarda, sağlık çalışanlarının önemli değil diye ihbar etmedikleri fiiller olabilir. Yeni suçlardan dolayı gerçekten ceza takibi yapılması, nihayetinde sağlık çalışanlarının ihbarına bağlı kalacak gibi görünmektedir.

Aşağıda, öncelikle Türk ceza hukukundaki benzer suçların üçüncü kişilere yönelik yapılan sağlık hizmetini ve sağlık çalışanlarını koruyup korumadığı Alman ceza hukukuyla karşılaştırmalı bir şekilde irdelenecek ve ardından bir değişiklik önerisi sunulacaktır.

III. Türk hukukundaki durum

Türk Ceza Kanunu açısından, üçüncü kişilere yapılan sağlık hizmetinin engellenmesi veya bu hizmeti veren sağlık çalışanlarına fiili saldırıların suç teşkil edip etmediği sorusuna;

- yardım yükümlüğünü düzenleyen 98. madde (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası)
- kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesini düzenleyen 113. madde (iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası) ile

- görevini yaptırmamak için direnmeyi düzenleyen 265. madde (altı aydan üç yıla kadar hapis cezası)

irdelenerek cevap aranacaktır. Adı geçen suçlara teşebbüs aynı zamanda suçtur (TCK md. 35 f. 1).⁹⁷

1. Yardım etmeme

Yardım etme yükümlülüğünü Türk kanun koyucusu yukarıda değinilen AlmanCK md. 323c'deki gibi sadece belirli durumlara hasretmiştir. Buna göre herkes için geçerli olan yardım etme yükümlülüğü, başka birinin 'kendisini idare edemeyecek durumda' olması halinde mevcuttur. Kişinin bu duruma yaşından, hastalığından, yaralanması veya başka herhangi bir nedenle düşmüş olması arasında bir fark yoktur. TCK md. 98 f. 1'in bu şekilde tasvir ettiği yardım etme yükümlülüğünü doğuran durumlar netice itibariyle büyük ölçüde AlmanCK md. 323c ile örtüşmektedir.⁹⁸ Bu çalışmanın konusunu ilgilendiren sağlık çalışanlarının yaptığı her türlü tedavi ve müdahaleler bakımından, yardım etme yükümlülüğünün doğduğunu Türk ceza hukukunda da kabul etmek mümkün değildir. Bunun için tedavi yapılan veya müdahalede bulunan kişinin kendisini idare edemeyecek durumda olması gerekir. Bu da genel itibariyle ilkyardım ve acil servis müdahalesini gerektirecek şekilde yardıma muhtaç hastalar veya yaralılar açısından geçerlidir. Bu bakımdan Alman ceza hukukuyla büyük bir benzerlik bulunmaktadır.

Yardım etmeme suçunun koruduğu hukuki menfaat Türk ceza hukukunda aynı şekilde tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre bu suçla toplumsal dayanışma yardımı muhtaç kişilerin şahsi haklarının ko-

⁹⁷ Yardım yükümlülüğünün ihmali suç bakımından teşebbüsün söz konusu olmayacağına dair görüş için bkz. Krş. krş. 4. YCD, E 2014/31080, K 2015/40852, T 25.12.2015 [TCK md. 98: 'İhmal kesintisiz bir nitelik taşıdığından, diğer yandan sonuca ulaşmamış bir ihmali hareketi değerlendirebilmek ve hangi sonuca yöneldiğini anlayabilmek imkânı bulunmadığından, bu suça teşebbüs mümkün değildir] (Karar Ara).

⁹⁸ Ayrıntılar için bkz. Meral Ekici Şahin, "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2014, 565-605, s. 574 vd; Önok R. Murat, TCK'da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar, *İKÜHFD*, Cilt 11, Sayı 1, Ocak 2012, s. 49.

runması yükümlülüğüyle sağlanmak istenmektedir.⁹⁹ Bunun yanında TCK md. 98 f. 1 yardım etmenin hal ve koşulların elverdiği ölçüde yapılması yükümlüğünü içerirken, AlmanCK md. 323c f. 1’den farklı olarak yardım etmenin gerekli olmasını aramamaktadır.¹⁰⁰ Sadece maddenin gerekçesinde “...belirtilen durumlarda bulunan kişilere gerekli müdahalenin yapılabilmesine yönelik olarak bir teşkilatlanmanın olduğu yerlerde, kişilerin yardım için girişimde bulunmamasının” suç oluşturmayacağı belirtilmektedir.¹⁰¹ Bundan dolayı örneğin yukarıda belirtilen şekilde kendini idare edemeyecek ve ilkyardım veya acil servis müdahalesi gerektiren durumlarda, bu kişilerin sağlık çalışanlarının nezaretinde olması veya daha sonra yoğun bakıma, başka şekillerde müşahedeye veya ameliyata alınması gibi durumlarda, üçüncü kişilerin yardım etme yükümlülüklerinin artık olmadığını kabul etmek gerekir. Sağlık çalışanlarının olduğu yerde artık yardım etme yükümlülüğünün ihlali söz konusu olamaz.¹⁰² Madde bu haliyle, sağlık çalı-

⁹⁹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2017, s. 320; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 268; Ekici Şahin, s. 570 vd; 4. YCD, E. 2014/31080, K. 2015/40852, T. 25.12.2015 (Karar Ara); krş. 2. YCD, E. 2009/20201, K. 2010/32787 (Karar Ara).

¹⁰⁰ Fakat öğretilerde bu unsurun var olduğu kabul edilmektedir, bkz. Ekici Şahin, s. 580; bu gerekçenin eleştirisi için ayrıca bkz. Önok R. Murat, TCK’da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar, *İKÜHFD*, Cilt 11, Sayı 1, Ocak 2012, s. 53.

¹⁰¹ İzzet Özgenc, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler). İkinci Bası. Ankara 2005, s. 814; aynı doğrultuda 4. YCD, E 2014/31080, K 2015/40852, T 25.12.2015 [‘başkalarının yardım veya bildirimde bulunması, failin yardım veya bildirimde bulunmasını gereksiz kılmış ise, bu durumda bu suçun olduğundan söz edilemez’] (Karar Ara)

¹⁰² Yardım etme yükümlülüğünün sağlık çalışanlarının kendisi tarafından ihlal edilebileceğini ve TCK md. 98 f. 1’deki suçun işlenebileceğini ayrıca belirtmek gerekir. Bunun yanında aynı zamanda kasten yaralama (TCK md. 88) veya öldürmenin (TCK md. 83) ihmalle işlenmesi dahi mümkündür. Doktrinde garantör olan sağlık çalışanının müdahale etmemesi ve bununla yaralama veya ölüme sebebiyet vermesi hallerinde; artık yardım etme suçunun faili olamayacağı dile getirilmektedir. Ayırtılar için bkz. Önok R. Murat, TCK’da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar, *İKÜHFD*, Cilt 11, Sayı 1, Ocak 2012, s. 49 vd. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü sağlık çalışanının müdahalede bulunmayarak ihmalle yaralama ve öldürme suçunu işlediği durumlarda dahi; yardım etmememe suçunun koruduğu hukuki menfaatin ayrıca ihlali söz konusu olabilir. Bu ihlalin ayrıca mahkûmiyet hükmünde açık bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Ancak bu hallerde kural olarak fikri içtima hükümleri gereği fail bu suçlardan (TCK md. 83, 88 ve 98) en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır (TCK md. 44).

şanlarına karşı müdahaleleri anında uygulanan şiddet açısından kural olarak bir öneme sahip değildir. Ancak sağlık çalışanlarının bu hallerde engellenip görevlerini yapamayacak duruma getirilmesi halinde, yardım etme yükümlülüğü tekrar doğacaktır. Bununla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer sorun, TCK md. 98 f. 1’de düzenlenen yardım etmeme fiilinin engellemeyi kapsayıp kapsamadığıdır.

Yardım etme yükümlülüğü olmamasına rağmen, başka birini, örneğin sağlık çalışanlarını kendini idare edemeyecek bir kişiye yardım etmesini engelleyen kişinin aynı zamanda yardım etmediği bir an için düşünülebilir. Gerçekten böyle bir kişinin, pasif duran biri gibi esasında aynı şekilde TCK md. 98 f. 1’deki suçu, yani yardımın etmediği savunulabilir. Bu açıdan yukarıda AlmanCK md. 323c f. 1’e ilişkin yapılan yorum buraya taşınabilir. Ancak biraz önce belirtildiği gibi özellikle bu çalışmanın ilgilendiği durumlarda, yani sağlık personeli tarafından yapılmak istenen veya yapılan yardımın var olduğu hallerde, zaten artık üçüncü kişilerin yardımı gerekli değildir. Nitekim Türk kanun koyucusu maddenin gerekçesinde bunu açık bir şekilde dile getirmiştir. Sadece yardım etmeme ve engellenmenin adı geçen bağlamda aynı sonucu doğurması, TCK md. 98 f. 1’in uygulanması için yeterli değildir.¹⁰³ Bunun için TCK md. 98 f. 1 açısından engelleme fiilinin, 2017’de Almanya’da yapılan değişiklik gibi madde metnine alınması düşünülmelidir. Böyle bir hükmün varlığı halinde üçüncü kişilerin ve özellikle hasta yakınlarının sağlık çalışanlarının yardımını engelleyici fiilleri suç teşkil edecektir. Sağlık çalışanlarının varlığına işaretle yardım etme yükümlülüklerinin olmadığını dile getirmeleri yeterli olmayacaktır. Her ne kadar böyle bir fiille ceza sorumluluğu genişletilecek ise de, yardım etmemeyi suç haline getiren bir kanunun bunun engellenmesi konusunda sessiz kalmış olması bir çelişki teşkil etmektedir. Keza böyle bir düzenlemenin sağlık çalışanlarının yardım ederek başkalarının hayat ve beden bütünlüklerini korumasını ciddi bir şekilde tehlikeye koyan şiddet vakıalarının çokluğu karşısında sosyal bir ihtiyaç teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim Türk ceza kanununda şimdi incelenecek suç (kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi) esasında bu yönde benzer bir düzenleme içermektedir.

¹⁰³ Netice itibarıyla aynı şekilde Ekici Şahin, s. 579 vd.

2. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi

Türk ceza kanunu açısından, üçüncü kişilere yönelik sağlık hizmetinin engellenmesi fiilinin cezalandırılması aynı zamanda 113. maddede düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu açısından gündeme gelmektedir. Adı geçen maddeye göre, failin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla mahkûm edilebilmesi için:

‘(1) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla;

a) Bir kamu faaliyetinin yürütülmesine,

b) Kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına,

engel olunması’ gerekir.

TCK’nın 113. maddesi bu halini 2014 yılında yapılan kanun değişikliğinden sonra almıştır. Esasında bu değişikliğe büyük ölçüde benzer bir hüküm 2004 yılındaki alt komisyondaki tasarıda Özgenç tarafından önerilmiş,¹⁰⁴ ancak adalet komisyonundaki muhalefetten dolayı kabul edilmemişti.¹⁰⁵ Yıllar sonra benzer bir şekilde kabul edilen maddede metnin sağlık hizmetini de maddenin birinci fıkrasının b bendi anlamında bir kamu hizmeti olarak kapsadığı konusunda bir şüphe yoktur.¹⁰⁶ Nitekim Özgenç’e göre buna kamu makamlarınca verilen bir

¹⁰⁴ Bu öneri şu şekildeydi: “(1) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla,

a) Devlet eliyle ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak verilen bir kamu hizmetinin yürütülmesine,

b) Kişinin kamu kurumlarında ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen hizmetlerden yararlanılmasına engel olunması halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 837’den naklen.

¹⁰⁵ 2005 ile 2014 yılları arasında 113. madde şu şekildeydi: “(1) Cebir ve tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, kamu kurumu faaliyetinin yürütülmesine, engel olunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur”.

¹⁰⁶ TCK md. 113’de düzenlenen kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, kamu faaliyeti ve kamu hizmeti arasında bir ayırım yaptığı gibi ilk seçimlik hareketle kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesini ve ikinci seçimlik hareketle ise kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesini suç haline getirmektedir. Bu çalışmanın konusu bakımından, faaliyet ve hizmet ara-

izinle özel hukuk kişileri tarafından sunulan sağlık hizmeti dâhildir.¹⁰⁷ Ancak madde metni, bu çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendiren suçun ikinci seçimlik hali olan sağlık hizmetinden yararlanılmasına engel olunması fiili açısından, bazı belirsizlikler barındırmaktadır.

İlk belirsizlik, hizmetten yararlanılmasının engellenmesi seçimlik hareketinin münferit olayları kapsayıp kapsamadığının tam olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun (TCK md. 113 f. 1 b.) münferit olaylarda dahi işlenebileceği kabul edildiğinde, ilkyardım ambulansının tekerini patlatan fail, bir kişinin dahi hastaneye götürülerek sağlık hizmetini almasına engel olması halinde bu suç işlemiş olacaktır.

Ancak madde metni belirli kurumlarda ‘sunulan hizmetlerden yararlanılmasına’ engel olunmasından bahsetmektedir. Kullanılan bu çoğul şahıs eki içeren ifadeden dolayı, hizmetlerden yararlanılmasına sadece bir kişi aleyhine değil, buna mevcut durumda hakkı olan kişilerin en azından nitelikli bir kısmı aleyhine engel olunması gerektiği çıkarılabilir. Diğer taraftan kanun koyucunun *hizmetlerden* tabiriyle engel olmanın niceliğini değil, suçun kamuda verilen her türlü muhtelif hizmetleri kapsadığını dile getirmek istediği savunulabilir; örneğin eğitim, sağlık vs.

Yukarıda belirtilen ilk alt komisyon önerisinde bu şekildeki yorum sorunlarını yersiz kılacak bir metne yer verilmişti. Öneri birinci fıkranın b bendinin başına ‘kişinin’ tabirini koyarak, madde metni münferit olayları kapsayacak şekilde kaleme alınmıştı. Ancak aynı önerinin 2014’ yılındaki kanunlaşmasında ‘kişinin’ kelimesine neden yer verilmediği anlaşılmamaktadır. Esasında Özgenç 2004 yılında kendi alt komisyon önerisine yer verilmeden çıkarılan (ve ancak daha sonra kendi önerisine kişi tabiri hariç büyük ölçüde uygun olarak değiştirilen) maddeyi eleştirirken aynı hususa daha o zaman dikkat çekmekteydi. Özgenç belirli bir kişinin hizmetten yararlanılmasının engellenmesinin maddenin 2004 yılında çıkarılan haliyle suç olmadığını, çünkü bu durumda hizmetin genel olarak verilmeye devam edildiğinin ileri sü-

sındaki ayrımın ayrıca açıklanması gerekmemektedir. Çünkü konumuz olan sağlık çalışanlarına uygulanan şiddeti zaten verilen sağlık hizmetinin veya bundan üçüncü kişilerin yararlanılması kapsamında ele almaktayız.

¹⁰⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 837.

rüleceğine, dikkat çekmişti.¹⁰⁸ Aynı durumun yukarıda belirtilen ‘kişinin’ tabirinin maddeye alınmamasından dolayı yaşanan belirsizlikten dolayı şu anda geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar bu çıkarımın aksine madde başlığındaki (kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi) hak kelimesinin tekilliği gösterilse de, *hizmetler* kelimesinin varlığı ve kişinin tabirinin olmaması durumları hala devam etmektedir. Ceza sorumluluğunu genişletici yorum yasağı karşısında, münferit engellemelerin bu suçun kapsamına girdiği kabul edilemez.

TCK md. 113 birinci fıkranın b bendinin barındırdığı bir diğer belirsizlik, suç konusu tipik fiilin edilgen bir şekilde kaleme alınmış olmasıdır. Madde bir özne veya etkin fiil kullanmadan “engel olunması”ndan bahsetmekte ve failden sadece cezanın belirlenmesinde bahsetmektedir. Bundan dolayı kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesinin zarar, tehlike veyahut neticeli suç mu veya sırf hareket suçu mu olduğu konusunda bir belirsizlik vardır. Madde bu haliyle şöyle bir yoruma müsaittir: ‘engel olunması’ suçunun tamamlanmış halinin işlenebilmesi için, sadece engelleyici hareketin yapılmış olması yetmemekte bunun dışında belirtilen şekilde bir engellemenin gerçekleşmesi yani bir hak yoksunluğunun olması gerekir. Nitekim ceza haddinin iki yıldan beş yıla kadar olması karşısında böyle bir yoruma öncelik verilebilir. Fakat vurgu ‘engel olunması’ şeklinde yapıldığında, TCK md. 113 birinci fıkranın b bendindeki suçun bir somut tehlike suçu içerdiği ileri sürülebilir. Bu şekilde yorumlandığında, her ne kadar engelleme hareketinin gerçekleştirilmesi ve bunun engelleyici bir etki doğurması gerekli ise de, engelleyici davranışın bundan başka gerçekten sağlık hizmeti hakkından yoksun bırakılmaya yol açması ve bunun sonucu örneğin hayat veya beden bütünlükleri açısından nitelikli bir tehlikenin veya zararın doğmasına gerek yoktur. Örneğin bir sağlık ocağının camlarının indirilmesinden dolayı bir günlüğüne hizmet vermeye ara vermesi ve bu süre içinde gelen hastaların başka bir kuruma yönlendirilmesi halinde dahi bu suç işlenmiş olacaktır.

Kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, sadece yukarıda açıklanan yorum sorunları ve belirsizliklerden dolayı değil, aynı zamanda sağlık çalışanlarına uygulanan şiddetin Türkiye’de-

¹⁰⁸ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 838.

ki araştırmalara yansıyan diğer verileri karşısında, sorunları çözücü nitelikte olup olmadığı hususu açısından da irdelenmelidir. TCK md. 113 birinci fıkrasının b bendindeki suçun, örneğin yukarıda değinilen TCK md. 98 f. 1’de düzenlenen yardım etmeme suçu karşısında, bu çalışmanın konusu açısından sahip olduğu avantaj, sağlık hizmetinin verildiği ve üçüncü kişilerin bundan yararlandığı her hali kapsamasıdır. Bunun için üçüncü kişilerin kendini idare edemeyecek bir durumda olmasına gerek yoktur. Ancak diğer taraftan yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı münferit olaylar bakımından kişinin sağlık hizmetinden yararlanmasının cebir veya tehditle engellenmiş olması bu suçun kapsamına girmemektedir. Keza Türkiye’deki araştırmalarda Almanya’dakilerin aksine ikincil öneme sahip fail grubu olarak yansıyan hastaların kendileri yardım etmeme suçu (TCK md. 98 f. 1) ile kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun (TCK md. 113 f. 1 b.) failleri olamazlar. Bu, yardım etmeme suçunun metninde yer alan (başka olarak anlaşılması gereken) “kimseye” kelimesinden çıkarılabileceği gibi¹⁰⁹ aynı husus kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu açısından ‘yararlanılmasına’ fiilinde üçüncü kişiden bahsedilmekte olmasından dolayı kabul edilmelidir. Ancak hasta yakınlarının en azından olası kastla bu suçları işlemesi kural olarak mümkündür. Fakat sağlık çalışanlarının olduğu yerde artık yardım etme yükümlülüğünün bulunmaması, bu durumlarda engellemenin ayrıca suç olarak düzenlenmemesi ve münferit olaylarda kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesinin suç teşkil etmemesi karşısında hasta yakınlarının adı geçen son suçu işleyebileceği durumlar daha sınırlıdır.

Bu açıklamalar karşısında, sağlık hizmeti veren çalışanlara hastalar tarafından şiddet uygulanması sorununun, genel koruma dışında, Türk ceza hukukunda ayrıca bir özel korumayla çözümlenmediği sorusu gündeme gelmektedir. Bunu yardım etmeme veya kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçları bakımından olumsuz bir şekilde cevaplamak gerekir. Ancak şimdi inceleyecek görevini yaptırmamak için direnme suçu aslında buna müsait gözükmektedir.

¹⁰⁹ Krş. 4. YCD, E 2014/31080, K 2015/40852, T. 25.12.2015 [TCK md. 98: ‘Suçun faili olaya sebebiyet veren kişi dışındaki herkes olabilir’] (Karar Ara).

3. Görevini yaptırmamak için direnme

Türk ceza kanunu açısından sağlık çalışanlarının kendilerine karşı işlenen fiiller karşısında ayrıca özel bir korumadan yararlanıp yararlanmadığı sorusunu son olarak 265. maddede düzenlenen görevini yaptırmamak için direnme suçu kapsamında irdelemek gerekir. Madde metnine göre:

(1) “Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Bu suç açısından esaslı olan kavramın kamu görevlisi olduğu ortadadır. Bunun yanında görev, engellemek ve amaç unsurlarına değinmek gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, kamu görevlisi olmayan sağlık çalışanları bu suçun korumasından yararlanamayacaklardır.¹¹⁰ Sağlık çalışanlarının kendisine karşı işlenen bazı suçlar bakımından (yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve hakaret) Sağlık hizmetleri kanununun özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personeli kamu görevlisi saymasına ilişkin düzenleme¹¹¹ TCK md. 265’de düzenlenen görevini yaptırmamak için direnme suçu için geçerli değildir. Bu suçla öncelikle şahsi menfaatler değil, kamusal menfaatler korunduğu gibi suç kamu görevlisinin şahsına karşı değil, ancak onun şahsında fakat kamu otoritesinin icrasına karşı işlenmektedir.¹¹²

Diğer taraftan kamu görevlisi olması şartıyla, kişinin yaptığı faaliyet¹¹³ veya icra ettiği eylemlerin türü açısından¹¹⁴ TCK md. 265 f. 1

¹¹⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 3 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 16 vd; 9 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 26 vd.

¹¹¹ Ek md. 12 f. 2.

¹¹² Aynı doğrultuda 18. YCD, E 2018/4632, K 2018/11152, T 17.09.2018 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹³ SGK ilçe müdürünün TCK md. 265 anlamında kamu görevlisi olduğu hususunda için bkz. 18. YCD, E 2015/22705, K 2016/3833, T 01.03.2016 (Yargıtay Karar Arama); köy muhtarının TCK md. 265 anlamında kamu görevlisi olduğu husus için bkz. 4. YCD, E 2014/5077, K. 2015/25491, T 30.03.2015 (Yargıtay Karar Arama); cami imamının TCK md. 265 anlamında kamu görevlisi olup olmadığı hususu hakkındaki belirsizlik için bkz. 4. YCD, E 2014/53641, K 2015/28210, T 30.04.2015 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹⁴ Gümrük sahasına girişin yasak olduğuna yönelik normun uygulamasının sağlanması için bkz. 18. YCD, E 2015/1942, K 2015/1370, T 14.05.2015 (Yargıtay Karar Arama).

herhangi bir ayrıma gitmemektedir.¹¹⁵ Sağlık çalışanı olarak ilkyardım yapan kamu görevlisi bir doktor olabileceği gibi, poliklinikte hasta muayenesi yapan kamu görevlisi doktor olabilir.

Keza suçun yukarıda açıklanan kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi suçundan (TCK m. 113 f. 1 b) farklı bir şekilde, tehlike suçu olduğu konusunda ise bir şüphe yoktur. Görevin yerine getirilmesinin gerçekten engellenmiş olması gerekmemektedir. Maddenin gerekçesinde kullanılan cebrin kasten yaralamanın temel veya daha az cezayı gerektiren halini oluşturacak şekilde gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁶ Bu haliyle kamu görevinin yerine getirilmesi nitelikli bir şekilde somut bir tehlikeye uğratılmaktadır. Bundan dolayı bu suç bir somut bir tehlike suçudur. Madde metninin içerdiği amaç unsuru ise özellikle bu çalışmanın konusu bakımından önemli bir sınırlama içermektedir. Gerçekten kanun maddesi, kamu görevlisinin kendisine karşı cebir veya tehdit kullanılarak görevini yerine getirmesinin engellenmesinden, bahsetmemektedir. Bunun yerine manevi unsur açısından özel bir amaç unsuru getirmektedir: cebir ve tehdidin *bizatili görevi yapmasını engellemek amacıyla* kullanılması gerekir.¹¹⁷ Bu sadece suçun olası kastla işlenmemesi sonucunu doğurmamakta,¹¹⁸ aynı zamanda bu çalışmanın konusu açısından suçun hastanın kendisi veya yakını tarafından işlenmesini önlemektedir. Normal bir durumda

¹¹⁵ Ancak kamu görevlisi sağlık çalışanlarını ilgilendiren TCK md. 265'in mahkemelerce uygulamasına rastlayamadık; buna karşın avukatların kamu görevlisi olması husus için bkz. 18. YCD, E 2017/542, K 2017/7739, T. 14.06.2017 (Yargıtay Karar Arama); ayrıca bkz. Failin yakalanmasını engellemek amacıyla polis memuruna direnmesi için bkz. 18. YCD, E 2018/2336, K 2018/10986, T 16.10.2018 (Yargıtay Karar Arama); failin üstünün aranmasına engel olmak amacıyla mukavemet göstermesi için bkz. 18. YCD, E 2018/4632, K 2018/11152, T 17.09.2018 (Yargıtay Karar Arama); icra memuruna haciz yapmasını engellemesi amacıyla bıçak çekmek için bkz. 4. YCD, E. 2014/23621, K. 2018/12964, T. 02.07.2018 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 1045.

¹¹⁷ Krş. 5. YCD, E, 2013/7922, K 2014/12160, T 04.12.2014 [TCK'nın 265. maddesinde... ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen...] (Yargıtay Karar Arama); 18. YCD, E 2017/542, K 2017/7739, T 14.06.2017 ['fiilin mağdur kamu görevlisinin yürüttüğü kamu görevini engellemeye yönelik olması] (Yargıtay Karar Arama); bkz. ayrıca X-Ray cihazından geçen failin tehdidi artık görevini engellemek amacıyla yapamayacağı husus için bkz. 18. YCD, E 2016/11621, K 2018/7832, T 22.05.2018 (Yargıtay Karar Arama); aynı doğrultuda 18. YCD, E. 2017/365, K 2017/3712, T 04.04.2017 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1145.

hasta ve yakınını *böyle bir amaçla* kamu görevlisi sağlık çalışanına cebir veya tehditle mukavemet etmesinden bahsetmek mümkün değildir.¹¹⁹ Netice itibariyle TCK md. 265 f. 1 hükmü bir taraftan suçun maddi unsurlarını geniş tutarak (kamu görevlisinin yaptığı faaliyet veya icra ettiği eylemlerin türü açısından herhangi bir ayrıma gitmeden) kamu görevlisi sağlık çalışanını her türlü görev icrasını kapsamına almakta, ancak daha sonra manevi unsur açısından sınırlamaya gitmektedir.

4. Özet ve değerlendirme

Yukarıda Türk Ceza Kanunu'nda, üçüncü kişilere yapılan sağlık hizmetinin engellenmesi veya bu hizmeti veren sağlık çalışanlarına fiili saldırının cezalandırılıp cezalandırılmadığı sorusu konusunda yapılan incelemeden sonra şu sonuçlara varılmıştır:

Türk Ceza Kanunu kendini idare edemeyecek durumdaki bir kişiye yardım etmemeyi cezalandırırken (md. 98 f. 1), bu durumdaki birine yardım etmek isteyen veya yardım edeni engelleyeni cezalandırma konusunda suskundur. Sağlık görevlilerinin varlığı karşısında, engelleyici eylemlerde bulunan üçüncü kişilerin ve özellikle hasta yakınlarının yardım etmeme suçunu işleyemeyecekleri (yardım etme yükümlülüğününün kalkması veya tekrardan doğmamış olması nedenleriyle) çelişkili bir durum yaratmaktadır. Oysa engelleyici eylemler aynı şekilde mağdurun yardım almamasına ilişkin somut bir tehlike doğurmaktadır. Fail, ancak sağlık görevlilerinin kendilerini devre dışı bırakmada başarıya ulaşırsa, o zaman yardım etmesi artık gerekli olacaktır TCK md. 98 f. 1'deki suçu işleyebilecektir. Kanun bu açılardan bazı değerlendirme boşlukları içermektedir. Sadece hasta yakınlarının sağlık çalışanlarını engelleyici fiilleri değil, aynı zamanda hastanın kendisince icra edilecek bu şekildeki filler TCK md. 98 f. 1'in kapsamı dışında kalmaktadır.

¹¹⁹ Keza amacın engellemeye ilişkin olmasından yola çıkılarak, sadece geciktirme veya yavaşlatma amacıyla hareket edilmesi halinde bu suçun işlenemeyeceği iddia edilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 1145). Ancak bu bir amaç sorunu değildir. Bu daha çok maddi unsur sorunudur: yani gecikme veya yavaşlatmanın engel teşkil edip etmemesine bağlıdır ki bu soruyu bunların da kısmen engelleme teşkil ettiği ve suçun tehlike suçu olması gerçeği karşısında olumlu cevaplamak icap eder. Suçun içerdiği haksızlığın bu tür eylemlerden daha ağır olduğu kabul edilmek isteniyorsa, o zaman kısmi engellemelerin teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür.

Türk ceza kanunu her ne kadar genel bir şekilde kamu hizmetinden yararlanma hakkının cebir veya tehditle engellenmesi fiilini suç olarak (md. 113 f. 1 b) içermekte ise de, bu suçun yorumlanmasında bazı belirsizlikler yaşanmaktadır. Bu sadece suçun münferit olayları kapsayıp kapsamadığı için değil, aynı zamanda bir zarar mı yoksa tehlike suçu mu olduğu konusunda geçerlidir. Ceza kanununun aleyhe kıyas oluşturacak şekilde geniş yorumlanamayacağı yasağı karşısında münferit olayların bu suç kapsamına girmediğinin kabulü gerekir (TCK md. 2 f. 3). Sadece tehlike suçu olduğu kabul edildiğinde bir sağlık kurumunun belirli bir süre için hizmet verememesine yol açan cebir ve tehdit kullanımlarının varlığı durumunda TCK md. 113 f. 1 b bendi sağlık çalışanları bakımından bir koruma sağlayacaktır.

Son olarak görevini yaptırmamak için direnme suçu (TCK md. 265 f. 1) sağlık çalışanları arasında statüsel bir ayrıma gitmektedir. Şayet Türk ceza kanunu sağlık çalışanları için yukarıda belirtilen özel bir koruma içerecekse, bunu yaparken çalışanlar arasında böyle bir ayrıma gitmesi anlaşılabilir. Bundan dolayı maddenin bu şekliyle sağlık çalışanlarının üçüncü kişilere verdiği sağlık hizmetini veya bu hizmeti veren sağlık çalışanlarına fiili saldırılara karşı koruma amacını tamamen yerine getiremediğini söylemek gerekir. Aynı şekilde hasta veya yakını tarafından kamu görevlisine karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit, engelleme amacının yokluğundan dolayı, bu suçun işlenmesi sonucunu doğurmamaktadır.

IV. Değişiklik önerisi

Buraya kadar yapılan açıklamalar ve tespit edilen kanun boşluğu ve belirsizlikler sonucunda meclisteki partilerin¹²⁰ kanun değişikli-

¹²⁰ CHP'nin şu şekilde bir kanun teklifi bulunmaktadır: "Sağlık personeline karşı şiddet içeren tavır ve sağlık hizmetini kesintiye uğratma. Madde 194/A- (1) Sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık personeline yerine getirdiği sağlık hizmeti nedeniyle yapmaması gereken bir işi yapması veya yapması gereken bir işi yapmaması için emir veren, baskı yapan, nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Bu Kanun'un 125., 106. maddelerinde düzenlenen fiillerin sağlık personeline karşı işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Sağlık personeline yöneltilen birinci fıkradaki eylemlerin şiddet içermesi durumunda mezkûr ceza yarı oranında artırılır. Bu fıkra hükmüne göre verilen cezalardan hükmün açıklanmasına geri bırakılması verilmez ve bu cezalar adli para

ği teklifi ve Türk Tabipler Birliği'nin¹²¹ bu konudaki önerileri dikkate alındığında,¹²² önerimiz şu şekildedir:

TCK md. 98'te düzenlenen yardım etmeme suçu, engelleme fiilini açıkça içermesi ve bu fiilin sağlık görevlilerinin olduğu durumlarda dahi suç oluşturması için, üçüncü bir fıkrayla tamamlanmalıdır:

[YENİ] (3) Yukarıda belirtilen durumlarda yardım eden veya etmek isteyen bir kişiyi engelleyen kişi hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

Sağlık hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesinin Türk Ceza Kanunu md. 113'teki genel suçtan ayrı bir şekilde düzenlenmesi cezai korumanın etkililiğini artırır.¹²³ Bu amaçla yapılacak yeni ve somut bir tehlike suçu içerecek düzenlemenin, sağlık hizmetinden yararlanılmasının engellenmesini bağlamında münferit olayları artık kapsamına alması gerekir.¹²⁴ Yeni düzenleme, kamu görevlisi olmayan sağlık çalışanlarını kapsayacak şekilde yapılmalı ve TCK md. 265'in yarattığı korumadaki farklılığı kaldırmalıdır. Keza hasta veya yakınlarının sağlık çalışanlarına karşı şiddet uygulaması, Almanya'da ilk yardım çalışanlarında olduğu gibi, yeni bir fiili saldırı suçuyla ceza

cezasına çevrilmez

(4) Şiddetin ölümlü sonuçlanması durumunda, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.

(5) Bu madde gereği yargılanan kişiler hakkında ceza indirim sebepleri uygulanmaz", Sağlık Komisyonu Tutanakları, Tarih 01.11.2018, s. 18 vd, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2202. MHP'nin TCK md. 265 (Görevi Yaptırmamak İçin Direnme) hükmünde sağlık çalışanları lehine değişikliğe gidilmesine ilişkin kanun teklifi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1122.pdf>.

¹²¹ Önerisi şu şekildedir: 'Sağlık Hizmetini Engelleme

(1) Sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık personeline karşı, sağlık hizmeti sunumu esnasında veya verilen sağlık hizmetinden kaynaklanan nedenlerle cebir, şiddet veya tehdit kullanan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu fiiller sonucu sağlık hizmeti kesintiye uğramış ise yukarıdaki fıkraya göre belirlenen ceza yarı oranında artırılır', <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/siddet.pdf>.

¹²² Bunları bu çalışma kapsamında ele alma imkânına yer sıkıntısı nedeniyle sahip olmadık.

¹²³ Aynı doğrultudaki meclis çalışmaları için bkz. Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, *Tutanak Dergisi*, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, 9 Ocak 2013 tarihli Görüşme Tutanakları, s. 11 vd; aynı komisyonun, 11 Ekim 2012 tarihli Görüşme Tutanakları s. 11; aynı komisyonun, 18 Ekim 2012 tarihli Görüşme Tutanakları s. 7.

¹²⁴ Aynı şekilde Komisyonu Raporu, s. 196.

hukukunun koruması kapsamına alınmalıdır.¹²⁵ Ancak bunun ilkyardımla sınırlı kalmasının haklı bir nedeni görülmemektedir. Son olarak uygulamada karşılaşılan suçun bazı işleniş halleri göz önüne alınarak nitelikli hallerine yer verilmesi gerekir.

Yeni hükmün düzenlenmesinde, bu öneri de göz önüne alınarak, şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesi önerilmektedir:

[Yeni] Kişinin sağlık hizmetinden yararlanmasının engellenmesi ve sağlık çalışanlarına fiili saldırı

(1) Kişinin sağlık hizmetinden yararlanmasını cebir veya tehditle engelleyen fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Sağlık hizmetinin sunumu esnasında veya verilen sağlık hizmetinden dolayı sağlık çalışanına karşı fiili saldırıda bulunan fail hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Yukarıdaki durumlarda failin,

a) yanında silah taşınması veya fiili birden çok kişiyle beraber işlemesi veya

c) saldırıya uğrayan sağlık personelinin ölüm veya ağır şekilde yaralanma tehlikesine maruz bırakılması,

hallerinde verilecek ceza üçte birinden yarı oranına kadar artırılır.

(4) Yukarıdaki fiiller sonucu sağlık hizmeti kesintiye uğramışsa Türk Ceza Kanunu'nun 113. maddesi hükmü ayrıca uygulanır.

Yeni maddenin ikinci fıkrası sağlık çalışanlarına karşı işlenebilecek yaralama veya buna teşebbüsten bağımsız bir varlığa sahip olmaktadır. Keza yeni suç şikâyete bağlı olmadığı gibi uzlaşma kapsamında değildir. Hastanın kendisi ve yakını tarafından işlenebilecektir. Özellikle elverişli olmadıklarından dolayı cezasız kalan teşebbüsler artık cezalandırılabilir. Gerçekten, basit bir yaralamaya (TCK md. 86

¹²⁵ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda benzer bir suç 266. maddede düzenlenmişti. Maddenin birinci fıkrasına göre "Bir kimse resmi sığa haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref veya şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakarete bulunursa, aşığıda gösterilen suretle cezalandırılır"; aynı maddenin varlığına Komisyonu Raporu, s. 195, dikkat çekmektedir.

f. 2) elverişli hareketlerle teşebbüs edilmemiş olması, elverişsizlikten dolayı eylemin içerdiği haksızlık içeriğinin az olması ve failin cezalandırılmaması gerek bir eyleminin olmadığı bir an için kabul edilebilir. Ancak aynı elverişsiz eylemin sağlık çalışanlarına karşı bir fiili saldırı teşkil etmesi durumunda, aynı zamanda üçüncü kişiler lehine verilen kamusal sağlık hizmetinin kendisinin ve bununla bağlantılı olarak sağlık çalışanlarının korunmasına ilişkin kamusal menfaatin ihlali söz konusu olacaktır. Bundan dolayı artık elverişsiz eylemin haksızlık içeriğinin düşüklüğünden bahsetmek mümkün değildir. Diğer taraftan hasta veya yakını tarafından teşebbüs aşamasına yaralama, kişi hürriyetinden yoksun kılma veya cebir suçları bakımından varmayan fiili saldırılarda dahi, sağlık çalışanlarının kendi şahsi menfaatleri değil de, verdikleri kamu hizmetinin kendisinin korunması gerekmektedir. Özellikle sağlık çalışanlarına karşı şiddetin ülkemizde yaygın bir sorun olması karşısında böyle bir koruma ihtiyacının var olduğunu kabul etmek gerekir.

Yukarıda ele alınan benzer bir fiili saldırı suçunun Almanya'da 2017'de düzenlenmesinin altında benzer sebepler yatmaktadır. Alman kanun koyucusu teşebbüs (elverişsiz dahi olsa!) ve hatta tamamlanmış yaralama suçunun varlığı halinde dahi, bazı kamusal görevleri yapanlara görevlerini yerine getirmeye direnme teşkil edip etmemesine bakmadan fiili saldırıları suç olarak düzenlemektedir. Çünkü bu tür fillerin sadece şahsi hakları ihlallerinden dolayı değil, ayrıca kamusal menfaatleri ihlallerinden dolayı bir haksızlığa sebep oldukları ve bundan dolayı ayrıca cezalandırılması gerektiğinden yola çıkmıştır.¹²⁶ Ancak Türk Ceza Kanunu açısından özel hükümlerde sağlık çalışanlarına karşı fiili saldırı suçu düzenlense dahi özellikle bu hükümle ilgili olarak yargı uygulamasında elverişlilik/elverişsizlik sorunu yaşanabileceğini düşünmekteyiz. Fakat sorunu fiili saldırı tabirinin her ne kadar yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, tehdit veya cebirle yakın bağlantısı olsa da somut tehlike suçu olarak anlaşılmasıyla çözülebileceğini düşünmekteyiz. Örneğin arada bulunan güvenlik görevlilerine

¹²⁶ Fiili saldırı suçuyla aynı zamanda görevli memura karşı yaralama suçunun işlenmiş olması durumunda AlmanCK md. 52 gereği fikri içtimaya (Tateinheit) gidilerek cezanın tayinine daha ağır cezayı gerektiren suçun alt ve üst sınır esas alınmaktadır, bkz. AG Hamburg-Mitte, Urteil v. 28.08.2017 - 259 Ds 128/17, <https://openjur.de/u/973043.html>.

rağmen sağlık çalışanlarına doğrudan doğruya bedensel etkide bulunmaya yönelmiş ve bunun için maddi şiddet kullanmaya kalkışan kişi, fiili saldırı unsurunu gerçekleştirmiş olacaktır. Yine isabet menziline olmamasına rağmen, oradan geçmekte olan bir ilkyardım ekibini taşıyan kişinin fiili saldırıda bulunduğunu kabul etmek gerekir.¹²⁷ Aynı şekilde ilkyarımda bulunulan alkollü kişinin sağlık çalışanına üstünde bulunduğu sedyeden el atarak hissedilecek şekilde çekiştirmesi fiili bir saldırı teşkil edecektir. Bu örnekler açısından cezai sorumluluğa ancak suçun diğer maddi ve manevi unsurlarının varlığı durumunda gidileceğini hatırlatmak isteriz.

Yukarıda verdiğimiz plastik bardağın doktora yaralama kastıyla hasta tarafından atılması durumunda bunun elverişli bir yaralama dahi teşkil etmediği gerekçe gösterilerek fiili saldırı unsurunu aynı şekilde oluşturmadığı ileri sürülebilir. Ancak böyle durumlarda bu suçun somut bir tehlike suçu olduğu ve pet bardağın her ne kadar bir zarar suçu olan yaralama açısından elverişsiz olduğu kabul edilse dahi, somut bir tehlike suçu olan fiili saldırı açısından elverişsiz olmadığının kabulü gerekir. Özellikle somut olayda hastanın o anda masanın üzerinde bulunan diğer şeylerin arasından eline gelen pet bardağı atması düşünüldüğünde, fiili bir saldırıya elverişli teşebbüste bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak sadece elindeki raporu doktora doğru havaya saçacak şekilde atan hasta yakını açısından kâğıtların somut bir tehlike doğuracak fiili saldırı için dahi elverişsiz olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu çalışma kapsamında, yapılacak böyle bir düzenlemeyi gerek ceza hukuku dogmatığı ve gerekse anayasa¹²⁸ ile temel hak ve özgürlükler teorisi bakımından sıkı bir şekilde inceleyemedik. Çalışmamamızın vardığı değişiklik önerisi hukuk karşılaştırmasıyla, Türkiye’de sağlık çalışanlarının korunmasına yönelik güncel kanuni düzenleme yapma çabaları kapsamında, ceza politikasına katkı amaçlıdır.

¹²⁷ Krş. Yasadışı eylemlerde polise taş atan kişinin görevini yaptırmamak için direnme suçunu işlediği husus için 16. YCD, E 2016/3440, K 2016/4672, T 20.09.2016 (Yargıtay Karar Arama); 16. YCD, E 2015/8154, K 2016/3585, T 31.05.2016 (Yargıtay Karar Arama); aynı şekilde 16. YCD, E 2015/1067, K 2015/390, T 30.03.2015 (Yargıtay Karar Arama).

¹²⁸ Bkz. Komisyonu Raporu, s. 196.

Kaynakça

- Aristoteles, Rhetorik. Übersetzer: Sievek, Franz Günter. 5. Auflage. München 1995.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2015.
- Doğan Koray, "Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2014, 183 - 228.
- Ekici Şahin Meral, "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 565-605.
- Feistle Maximilian Georg, Aggression gegen Allgemeinmediziner und praktische Ärzte - Bundesweite Befragungsstudie. 2016 Dissertation an der Medizinischen Fakultät der Technischen Universität München.
- Fischer Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen- 65. Auflage. München 2018.
- Hunsicker Ernst/Belz Sebastian, Das „Gaffer-Phänomen“ im Straßenverkehr. jM 2016, 160.
- Joecks Wolfgang/Miebach Klaus, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, München 2019.
- Kırılmaz, Harun, Sağlık Personeline Karşı İşlenene Suçlarla İlgili Hukuki Yardım Hakkında Personelin Bilgi Düzeyinin İncelenmesi, Bildiri Özeti, http://www.uhgsfkongre2017.org/dosya/bildiri_ozeti.pdf.
- Koch Alexander, Unterlassene Hilfeleistung durch Behindern von Rettungsmaßnahmen. Nichts tun ist bisweilen besser als Aktionismus - auf der Ebene der Gesetzgebung. GA 2018, 323-339.
- Kubiciel Michael, Der Regierungsentwurf zur Neufassung der §§ 113, 114 StGB - Inhalt, Hintergrund und Legitimation. JurisPR-StrafR 5/2017 Anm. 1, 1-5.
- Lackner Karl/Kühl Kristian, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 29. Auflage. München 2018.
- Lenk Maximilian, Die Strafbarkeit des „Gaffers“ gem. § 323 c II StGB, JuS 2018, 219 - 233.
- Magnus Dorothea, Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften - zur Reform der §§ 113 ff. StGB, GA 2017, 530-543.
- Önok R. Murat, TCK'da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar, İKÜHFD, Cilt 11, Sayı 1, Ocak 2012, 31-63.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku. Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, 2016.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), İkinci Bası, Ankara, 2005.
- Petersen S./Scheller B./Wutzler S./Zacharowski K./Wicker S., Aggression und subjektive Gefährdung in der Notfallmedizin. Eine Umfrage, Anaesthesist 2016, 580-584.
- Rengier Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Auflage. München 2013.
- Rau Matthias/Leuschner Fredericke, Gewalterfahrungen von Rettungskräften im Einsatz - Eine Bestandaufnahme der empirischen Erkenntnisse in Deutschland. Neue Kriminalpolitik (NK) Jg. 30, Nr. 3/2018, S. 316-335.

- Scheffler Uwe, Zur Strafbarkeit von „Gaffern“. NJW 1995, 232-234.
- Schiemann Anja, Das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften. NJW 2017, 1846-1849.
- Schieron Martin, Gewaltprävention im Krankenhaus, https://www.gesundheitsdienstportal.de/files/Krankenhaus_Gewaltpraevention_2015.pdf. Schönke Adolf/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2017.
- Yenisey Feridun ve Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch (StGB) - Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük, İstanbul, 2015.
- Zöller Mark A., Schutz von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften durch das Strafrecht? Überlegungen zum 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs. KriPoZ 3/2017, 143-150.

Rapor - Genelge - Tutanaklar

- Çalıştay. Her Boyutuyla Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet. Ankara Üniversitesi İbn-i Sina Hastanesi. Sağlık Çalışanlarının Sağlığı Çalışma Grubu, http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/yayinlar/Cesitli/Siddet_Calistayi_Mayis2017.pdf.
- İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi (2012/39): Sağlık Çalışanlarına Karşı İşlenen Suçların Soruşturulması, <http://turkdermatoloji.org.tr/media/files/file/001.pdf>.
- Önlenebilir Bir Sorun. Hekime Yönelik Şiddet. Araştırmalardan Yararlanılan Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri. Türk Tabipler Birliği. Ankara 2014, <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/hekimesiddet.pdf>.
- Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/110>.
- Sağlık Komisyonu Tutanakları, Tarih 01.11.2018, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2202.

ÖLÜM VEYA YARALANMA İLE SONUÇLANAN YASADIŞI ARABA YARIŞLARININ OLASI KAST-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI VE OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

AN EVALUATION OF ILLEGAL CAR RACES RESULTING
IN DEATH OR INJURY BASED ON THE SEPARATION OF
INTENTION AND CONSCIOUS NEGLIGENCE AND THEORY OF
OBJECTIVE IMPUTATION

Reşit KARAASLAN*

Özet: Berlin'in en işlek caddelerinden birinde 160-170 km/h sürat ve bir düzine kırmızı ışık ihlali yapılan bir yasadışı araba yarışı sonucu, yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan kişinin can verdiği bir kaza meydana gelmiştir. Bu kaza sonucu yapılan yargılamada Berlin Eyalet Mahkemesi sanıkları kasten adam öldürme suçunun nitelikli halinin olası kastla işlenmesinden birlikte fail olarak sorumlu tutmuş ve buna uygun şekilde cezalandırmış; Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise bu kararı sanıkların bilinçli taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulmaları gerektiğini belirterek bozmuştur. Berlin'de meydana gelen kaza sonucu yapılan yargılamalar gözleri yasadışı araba yarışları sonucu meydana gelen ölümlü veya yaralanmalı trafik kazalarına çevirmiştir. Bu çalışmada ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan yasadışı araba yarışları, sübjektif isnadiyetin temelini oluşturan kast ve taksir ayrımı çerçevesinde ve neticenin faile yüklenebilmesinin temelini oluşturan objektif isnadiyet teorisi temelinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku, Trafik Kazası, Araba Yarışı, Olası Kast, Bilinçli Taksir, Objektif İsnadiyet, Adam Öldürme, Adam Yaralama

Abstract: During an ongoing illegal car race on one of the most bustling streets of Berlin, with the racing cars making a speed of 160 to 170 kilometers and a series of traffic light violations, an individual who had nothing to do with the race died as a result of an accident. During the trial made after the death incident, Berlin State Court held the suspects responsible as joint perpetrators for voluntary manslaughter and convicted them accordingly. However, German Federal Supreme Court reversed that decision, ruling that the suspects must be held responsible for manslaughter (involuntary manslaughter), in other words, that the suspects behaved with

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, resitkaraaslan@anadolu.edu.tr. ORCID: 0000-0003-2931-4284, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.02.2019, Kabul Tarihi: 01.03.2019

conscious negligence. Traffic accidents resulting in death or injury during illegal car races became the focus of attention on the occasion of the trials made after the accident in Berlin. In this study, illegal car races resulting in death or injury are examined under the scope of the distinction between intention and negligence which serves as a basis of subjective imputation and based on the objective imputation theory which serves as a basis to impute the consequence to the perpetrators.

Keywords: Penal Law, Traffic Accident, Car Race, Oblique Intention, Conscious Negligence, Objective Imputation, Murder, Bodily Injury

I. GİRİŞ

A. Hukuki Sorunsalın Ortaya Konulması

Yasadışı araba yarışlarını konu alan yapımların sinemalarda yüksek gişe başarıları elde etmeleri şaşırtıcı değildir.¹ Ancak yasadışı araba yarışlarının sadece filmlerde yer alan bir olgu olmadığı, her gün bu tür yarışların sokaklarda da yapıldığı bilinen bir gerçektir. Bu tür yarışlara insanların tam olarak neden katıldıkları ya da daha doğru bir ifadeyle niçin sürücülerin kendilerinin ve başkalarının can ve mal güvenliğini bu denli tehlikeye attıkları ve de bu yarışlar sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanmaların genel toplamda tüm trafik kazalarına oranının ne olduğu tam olarak bilinmemekte ise de;² bilinen bir gerçek şudur: Bu kazalar sonucu söz konusu olan ceza sorumlusunun tam olarak belirlenebilmesi, neticenin faile objektif ve sübjektif açıdan isnadiyetini ele alan suç genel teorisine ilişkin problemlerin değerlendirilmesi ile mümkündür.

(1) Karşılaşılan ilk problem; failin olası kast ile mi yoksa bilinçli taksir ile hareket ettiğinin saptanmasıdır. Bu noktada yüksek mahkemelerin birbirlerinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Yarışta çok yüksek hızlarda makas atmak suretiyle gerçekleştirilen ve ilgili jargonda tek kişilik yasadışı yarış olarak adlandırılan bir olayda failin olası kast ile hareket ettiğini belirtirken,³ birden çok kişinin ka-

¹ "The Fast and the Furious" (Hızlı ve Öfkeli) film serisi başta olmak üzere birçok örnek mevcuttur.

² Konuya ilişkin en detaylı istatistiksel veriler için Gunhild Godenzi/ Jacqueline Bähli-Biétry, "Tötungsvorsatz wider Willen? - Die Praxis des Bundesgerichts bei Raserdelikten", in: Schaffhauser, René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG), Band 61, St. Gallen, 2009, s. 569 vd.

³ Yar. 12. CD., 13.06.2018, E: 2018/3564, K: 2018/6753.

tıldığı ve klasik anlamda yasadışı sokak yarışı olarak isimlendirilen olayları konu alan kararlarında ise farklı şekilde karar vermiştir. Bir kararında sanıkların bilinçsiz taksir ile hareket ettiğini kabul ederken,⁴ konuya ilişkin verdiği diğer kararlarında ise sanıklara bilinçli taksirden doğan subjektif sorumluluk yüklenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek zordur. Tek kişilik yarışı konu alan ve failin 240 km/h sürat yaptığı bir olayda olası kastın,⁶ failin 188 km/h sürat yaptığı olayda ise bilinçli taksirin varlığını kabul etmiştir.⁷ Sokak yarışını konu alan kararlarının bazılarında ise Yüksek Mahkeme, eylemin faile subjektif isnadiyetinin dolaylı kast⁸ bazılarında ise bilinçli taksir⁹ üzerinden yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Almanya'da ise konu, Berlin Eyalet Mahkemesi'nin (*LG Berlin*) bir kararına dek, nispeten çözüme kavuşturulmuş kabul edilmekteydi. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*BGH*), tek kişilik yarışı konu alan bir kararında, 1,1 promil alkollü olan ve hız sınırlarının çok üstünde seyreden bir motosiklet sürücüsünün ölümlü bir kazaya sebebiyet vermesini, bilinçli taksir ile adam öldürme kabul etmiştir.¹⁰ Failin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulüne *BGH*, sokak yarışlarını konu alan kararlarında da devam etmiştir.¹¹ *LG Berlin*'in önüne gelen olay ise tartışmalara neden olmuştur. Bu olayda yarışa katılanlar 160-170 km/h hız ile Berlin sokaklarında yarış yaparlarken aynı zamanda da bir düzine kırmızı ışık ihlali yapmışlar ve kendisine yeşil ışık yandığı için hareket eden ve yarış ile hiçbir bağı bulunmayan bir başka araba sürücüsünün ölümüne neden olmuşlardır. *LG Berlin* sanıkları, yani hem kazaya karışan hem de yarışa katılan ancak kazaya karışmayan sürücülerini kasten adam öldürme suçunun nitelikli halinin

⁴ YCGK, 29.03.2016, E: 2014/12-585 K: 2016/50.

⁵ Yar. 12. CD., 02.03.2017, E: 2017/248, K: 2017/1603; Yar. 12. CD., 06.11.2014, E: 2013/26403, K: 2014/22089; Yar. 12. CD., 30.04.2014, E: 2013/18930, K: 2014/10543.

⁶ Urteil des Kassationshofes in Strafsachen StR 61/86 vom 06.10.1986 (swisslex).

⁷ Urteil des Kassationshofes in Strafsachen StR 6B_1038/2009 vom 27.04.2010 (= BGE 136 IV 76, swisslex).

⁸ Urteil des Kassationshofes in Strafsachen StR 6B_168/2010 vom 04.06.2010 (swisslex); Urteil des Kassationshofes in Strafsachen StR 6P.138/2003 (= BGE 130 IV 58, swisslex).

⁹ Urteil des Kassationshofes in Strafsachen StR 6S.280/2006 (= BGE 131 IV 1, swisslex).

¹⁰ BGH, Urteil vom 01.03.2018 - 4 StR 311/17 (Juristische Rundschau (JR), 2018, s. 348 vd.).

¹¹ BGH, Urteil vom 01.03.2018 - 4 StR 158/17 (Juristische Rundschau (JR), 2018, s. 345 vd.).

olası kastla işlenmesinden birlikte fail olarak sorumlu tutmuş ve buna uygun şekilde cezalandırmıştır.¹² BGH ise ölüm neticesinin sanıklara yalnızca bilinçli taksir hükümleri üzerinden isnat edilmesi gerektiğini belirterek *LG Berlin*'in kararını kaldırmıştır.¹³ Genel olarak olası kastın bilinçli taksirden ayrımını ortaya koyarken benzer düşüncelerle hareket eden bu üç hukuk sistemini temsil eden yüksek mahkemelerin farklı sonuçlara ulaşması konunun zorluğunu gösteren ilk işarettir.¹⁴

(2) Yasadışı araba yarışları sonucu meydana gelen ölümlü veya yaralanmalı trafik kazalarının beraberinde getirdiği bir diğer sorun ise, meydana gelen neticenin kime isnat edilip edilemeyeceği ile ilgilidir. Bu, objektif isnadiyet teorisi ile yakından ilgilidir. Bu noktada yukarıdaki husus ile bağlantılı olarak bazı ayrımlar yapmak gerekmektedir. Kazaya karışan sürücünün sübjektif açıdan olası kast ile hareket ettiği kabul edilecek olursa, kazaya karışmayan ancak araba yarışına katılan diğer sürücü veya sürücüler neticeden birlikte fail olarak sorumlu tutulabilecekler midir? Ancak asıl problemlili husus, yüksek mahkeme kararları doğrultusunda, kazaya karışan sürücünün bilinçli taksir ile hareket ettiğinin kabulü halinde gün yüzüne çıkmaktadır. Yasadışı araba yarışı sonucu yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan kişinin ölmesi veya yaralanması halinde, kazaya karışmayan ancak araba yarışına katılan diğer sürücülere, kazaya karışan sürücünün taksirli davranışı sonucu meydana gelen netice objektif olarak isnat edilebilecek midir? Yargıtay bu soruya, nedensellik bağı bulunmaması gerekçesiyle olumsuz yanıt verirken,¹⁵ Stuttgart İstinaf Mahkemesi (*OLG Stuttgart*) nedensellik bağının varlığını kabul etmekle birlikte, böylesi bir isnadiyetin son tahlilde mümkün olamayacağına karar vermiştir.¹⁶ Buna karşın *BGH* hem nedensellik bağının hem de objektif isnadiyetin tüm şartlarının gerçekleştiğini belirterek tam aksi yönde görüş bildirmiştir.¹⁷

¹² LG Berlin, Urteil vom 27.02.2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 2017, s. 471 vd. = BeckRS 2017, 102417).

¹³ BGH, Urteil vom 01.03.2018 - 4 StR 399/17 (Juristische Rundschau (JR), 2018, s. 340 vd.= Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 2018, s. 409 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2018, s. 1621 vd. = BeckRS 2018, 2754).

¹⁴ Kıyaslayınız Hans Vest, "Vom Zufall abhängt? - Das bundesgerichtliche Indikatorenmodell zum Beweis des Eventualvorsates", in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Yıl 2018, s. 956, özellikle dn. 106.

¹⁵ Yar. 12. CD., 15.05.2014, E: 2013/10569, K: 2014/11944.

¹⁶ OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.04.2011 - 2 Ss 14/11 (Juristische Rundschau (JR), 2012, s. 163 vd.).

¹⁷ BGH, Urteil vom 20.11.2008 - 4 StR 328/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ),

(3) Bir diğer problem ise, kazaya karışan arabada bulunan sürücü dışındaki kimselerin ölümünün veya yaralanmasının hukuken nasıl değerlendirileceğidir. Tartışmaların odağında bulunan husus, bu kimselerin arabaya, bir yasadışı araba yarışına katılacağı bilinci ile binmesi durumunda verdikleri rızanın hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda toplanmaktadır.¹⁸

B. Hukuki Sorunsala İlişkin Örnek Olay

Bahsedilen tüm bu hususlar, çalışmada yüksek mahkemelerin kararlarına konu olan somut olaylardan esinlenerek kurgulanmış bir olay üzerinden tartışılacaktır. Böylece hem tekrarlardan kaçınılmış hem de genellikle soyut kavramlar olarak ele alınan olası kast-bilinçli taksir ayrımının ve objektif isnadiyet teorisinin tipik bir araba yarışı sonucu meydana gelen ölümlü veya yaralanmalı kazalarda nasıl uygulanacağına dair bir fikir verilmiş olacaktır. Bu noktada özellikle altı çizilmesi gereken birkaç husus mevcuttur: Bu çalışmanın gayesi, yasadışı araba yarışları söz konusu olduğunda ihlal edildiği hususunda şüphe bulunulmayan TCK m. 179/2 hükmünü incelemek değildir. Dolayısıyla çok zorunlu olmadıkça TCK m. 179/2 hükmünden bahsedilmeyecektir. Yine bu çalışma olası kast-bilinçli taksir ayrımını, objektif isnadiyet teorisini ve rıza kavramını her yönüyle incelemeyi amaçlamamaktadır. Bunun, bir makalenin izin verdiği hacim çerçevesinde mümkün olamayacağı ortadır. Bu nedenle, ilerleyen bölümlerde de fark edileceği üzere, çalışmada ceza hukuku genel hükümler kitaplarına atıf yapılmakla birlikte, öncelikle yasa dışı araba yarışlarına özgülenmiş yüksek mahkeme kararları ve literatür değerlendirilecektir.

Olay: Çok güçlü bir motora sahip olan ve bu sayede çok çabuk hızlanan (X) marka spor bir arabaya sahip olan (A) ve benzer özelliklere sahip (Y) marka spor bir arabaya sahip (C), birbirlerini daha önce katıldıkları yasa dışı sokak yarışlarından tanımaktadırlar. Bir akşam (A) ve (C) bir nargile barda karşılaşırlar ve birbirlerine arabalarını sokak

2009, s. 148 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 1155 vd. = BeckRS 2009, 1187 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 55 vd.).

¹⁸ BGH, Urteil vom 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2009, s. 148 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 1155 vd. = BeckRS 2009, 1187 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 55 vd.).

yarışlarında kullanmak ve olası bir kazada kendilerine bir şey olmasını engellemek üzere ne şekilde modifiye ettiklerini, bu ek donanımlar için ne kadar para harcadıklarını anlatmaya başlarlar. Bu konuşmaya (A)'nın kız arkadaşı (B) ve (C)'nin kız arkadaşı olan (D) de eşlik etmektedir. (B) ve (D) de birbirlerine o güne dek ön koltukta co-pilot olarak katıldıkları yarışları ve bundan ne kadar zevk aldıklarını anlatmaktadırlar. (A), (B), (C) ve (D) arasındaki konuşma sabahın ilk saatlerine kadar sürmüştür. Bu konuşmadan yavaş yavaş sıkıldığını söyleyen (B), biraz adrenalin istediğini belirtir. (B)'nin bu teklifini (D) de onaylar. Bunun üzerine (X) marka arabanın sürücü koltuğuna (A), yan koltuğuna (B); (Y) marka arabanın sürücü koltuğuna (C), yan koltuğuna (D) oturur ve yarış yapacakları ana caddeye doğru yola çıkarlar. Bu arada sabah saatleri olmuş, insanlar yavaş yavaş işyerlerine gitmek üzere evlerinden çıkmışlardır. Bu nedenle trafik akıcı olmakla birlikte, trafik yoğunluğu artmaya başlamıştır. (A), (B), (C) ve (D) yarış yapacakları yere geldiklerinde kırmızı ışıkta durmuşlar ve ışığın yeşile dönmesiyle yarışın başlayacağını bilerek beklemeye başlamışlardır. Bu arada (A) ve (C) arabalarına gaz vermekte, motorlarından çıkan yüksek sesin gücüyle birbirlerini etkilemeye çalışmaktadırlar. Trafik ışığının yeşile dönmesiyle (A) ve (C) yarışa başlamışlar; hızları yer yer 200 km/h sürata ulaşmakla birlikte ortalama 150-160 km/h hız ile daha önce belirledikleri son noktaya ulaşmaya çalışmaktadırlar. (A) ve (C) yarışın kazananı olmak için trafikte makas atarak ilerlemekte ve bazen birbirlerine, bazen de trafikte seyreden diğer arabalara 30 cm kadar yaklaşmaktadırlar. (A) ve (C) bu arada 6 defa da kırmızı ışık ihlali yapmışlardır. Yarışın başladığı noktadan yaklaşık 2,5 km ilerde, bitiş noktasına yaklaşık 1 km kala, bir kavşağa yaklaşan (A) ve (C) bir kez daha kırmızı ışık ihlali yapmış bir şekilde araçlarını yüksek hızlarda sevk ve idare etmektedirler. Bu arada kavşağın sol tarafında bekleyen ve kendisine yeşil ışık yanması sonucu hareket eden (Z) marka bir arabanın sürücüsü (E), kavşağın karşına geçmek için hareket etmiştir. Bunun üzerine (A) arabasının hâkimiyetini kaybetmiş ve (X) marka araba ile (Z) marka araba birbirlerine o denli şiddetli çarpmışlardır ki, (Z) marka araba takla atmış ve 50 metre ilerde ancak durabilmiştir. Kaza sonucu (E) ve (B) ölmüş, (A) ise ağır yaralı olarak hastaneye kaldırılmıştır. (C) ve (D)'ye ise herhangi bir şey olmamış; zira (C) arabasını vaktinde durdurmayı başarmıştır.

Hiçbir şekilde hayal gücüne dayanmayan, aksine mahkeme kararlarından esinlenen bu olayın doğurduğu hukuki problemler, yukarıda

yer alan açıklamalar ışığında, şu şekilde sıralanabilir: (1) Kaza yapan sürücü (A) subjektif isnadiyet açısından olası kast ile mi yoksa bilinçli taksir ile mi davranmıştır? (2) Yasa dışı araba yarışı ile hiçbir ilgisi olmayan (E)'nin ölümünün (A)'ya isnat edilmesi, ilk soruya verilecek cevaba göre olası kast veya bilinçli taksir üzerinden ancak son tahlilde her halükarda problemsiz olsa da, acaba (E)'nin ölümü diğer arabada bulunan sürücü (C) ve co-pilot (D)'ye de objektif olarak isnat edilebilir mi? (3) Bu yarışa tamamen kendi sorumluluğu çerçevesinde ve kendi iradesi ile sürücü olarak katılan (A)'nın yaralanmasının (C) ve (D)'ye objektif olarak isnat edilemeyeceği belli ise de; bu yarışa sürücü olarak olmasa da, isteyerek eşlik etmiş olan co-pilot (B)'nin ölümünün kazaya karışan arabanın sürücüsü (A), kazaya karışmayan ancak yasadışı araba yarışına sürücü olarak katılan (C) ve kazaya karışmaya arabada co-pilot olan (D)'ye objektif olarak isnat edilmesi mümkün müdür?

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu sorulara sırasıyla cevap verilmeye çalışılacaktır. Bu noktada bir hususun altı çizilmelidir: Bugün genel kabul gören görüşe göre suçun üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdur. Tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlık başlığı altında incelenmekte, bunlardan tipiklik ise tipikliğin objektif unsurları ve tipikliğin subjektif unsurları olarak iki alt başlığa ayrılmaktadır. Bu ayrım çerçevesinde nedensellik bağı ve objektif isnadiyet, kural olarak failin kast veya taksir ile mi davrandığının belirlendiği subjektif isnadiyet aşamasından önce incelenen kavramlardır.¹⁹ Oysaki bu çalışmada öncelikle subjektif isnadiyet daha sonra ise

¹⁹ Detaylarda bazı önemli farklılıklar mevcut olsa da, TCK'nın öngördüğü suç genel teorisinin kanun koyucu tarafından bu şekilde yapılandırıldığı genel kabul görmektedir, kıyaslayınız Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 193 vd., 211 vd., 344 vd., 413 vd., 480 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 195 vd., 221 vd., 315 vd., 403 vd., 492 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 205 vd., 229 vd., 285 vd., 350 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 201 vd., 223 vd., 268 vd., 347 vd.; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsurları - Teşebbüs - Suçların Birleşmesi - İştirak*, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019, kn. 61 vd., 74 vd., 240 vd., 435 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 113 vd., 127 vd., 301 vd., 378 vd.; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 213 vd., 253 vd., 297 vd., 401 vd.; Hakan Karakehya *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2018, s. 49 vd., 53 vd., 84 vd., 145 vd.; Mahmut Koca/

objektif isnadiyet incelenecektir. Bu husus üç aşamalı suçun unsurları öğretisinin reddi olarak anlaşılmamalıdır. Çalışmanın kurgusunun bu şekilde yapılandırılmasının nedeni, yani ilk olarak (A)'ya ilişkin sübjektif isnadiyetin incelenmesinin nedeni, taksirli suçlarda objektif isnadiyetin kabulünün veya reddinin, kasıtlı suçlardan bazı farklılıklar gösteriyor olmasıdır. Bu durum verilen olay çerçevesinde kısaca şöyle ifade edilebilir: (A)'nın meydana gelen neticeden (E'nin ölümünden) kasten sorumlu olduğu kabul edilirse, (C)'nin sorumluluğu müşterek faillğe ilişkin kurallar çerçevesinde çözülecekken; (A)'nın meydana gelen neticeden (E'nin ölümünden) taksirle sorumlu olduğu kabul edilirse, (C)'nin taksirle işlenmiş olan bir suçtan sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin objektif isnadiyet soruları cevaplanmak zorunda kalacaktır. İşte birbirinden farklı kurallara tabi bu hususların daha net bir biçimde ortaya konulabilmesi amacıyla, objektif isnadiyetin belirlenmesi ikinci aşamada değerlendirilecektir.

II. OLASI KAST - BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI VE YASADIŞI ARABA YARIŞLARI

Ceza sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, fail ile işlenen fiil arasında manevi unsur olarak adlandırılan bir manevi bağın var olması gerekmektedir. Ancak böylesi bir manevi unsurun varlığı halinde işlenen fiil faile sübjektif olarak isnat edilebilir.²⁰ “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” hükmünü içeren TCK m. 21/1'in de belirttiği üzere, manevi unsurun temel şeklini kast teşkil etmektedir. Buna karşın taksir ise sübjektifin isnadiyetin istisnai şeklini oluşturmaktadır; zira TCK m. 22/1 hükmüne göre “*taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*”

İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 85 vd., 106 vd., 145 vd., 264 vd., 310 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 193 vd., 205 vd., 207 vd., 275 vd., 349 vd.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 153 vd., 168 vd., 173 vd., 236 vd., 305 vd., 390 vd.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, kn. 238 vd., 290 vd., 390 vd., 488 vd.; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 165 vd., 184 vd., 191 vd., 238 vd., 305 vd., 363 vd.

²⁰ Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 260.

Kast ve taksirin birbirleriyle olan ilişkisi incelenirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur: Kast ve taksir arasındaki ilişki, *aliud* ilişki olarak kabul edilir. Bununla ifade edilmek istenen husus, suçun kasıtlı şeklinin taksirli şeklini içermediğidir. Diğer bir ifadeyle kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir fiilde kast ve taksir aynı anda bulunamaz. Bir somut olayda kastın veya taksirin varlığı, kasıtlı suçların ve taksirli suçların her birinin kendisine ait yapısal unsurları çerçevesinde ayrı ayrı incelenmelidir. Yapılacak olan değerlendirme sonucu eylemin faile kast üzerinden isnat edilemeyeceğinin anlaşılması, otomatik olarak isnadiyetin taksir üzerinden yapılacağı anlamını çıkartmayacaktır; zira *aliud* ilişkinin kabulü kast yoksa taksir vardır, taksir yoksa kast vardır gibi bir yaklaşımı engellemektedir.²¹ Bu husus özellikle olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır. Gerçekten de modern ceza hukuku öğretisinde sübjektif isnadiyetin kast ve taksirden başka bir görünümü olmadığı ve bu iki türün her birinin kendi içinde ikiye ayrıldığı (doğrudan kast/olası kast; bilinçli taksir/basit taksir) genel kabul görmekte ise (TCK m. 21, 22) de, bu dörtlü ayırımında birbirine en çok benzerlik gösteren ne basit taksirle bilinçli taksir ne de doğrudan kast ile olası kasttır; aksine olası kast ile bilinçli taksirdir.²² Bu nedenle sübjektif isnadiyete ilişkin yapılan tüm tartışmaların merkezinde bu iki kavramın yer alması hiç de şaşırtıcı değildir.

Ceza hukukunun en zor konularından biri kabul edilen olası kast – bilinçli taksir ayrımı²³ yasadışı araba yarışlarında da aşılması gereken

²¹ Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 38 vd.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, § 12 kn. 3; Gunnar Duttge, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB)*, Band 1, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, § 15 kn. 101 vd.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1996, S. 563; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 24 kn. 77; kastın taksiri içerdiği yönündeki farklı görüş Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993, § 9 kn. 4; Ingeborg Puppe, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, § 15 kn. 4 vd.

²² Hakan Karakehya, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 23.

²³ Hakeri, s. 265; Roxin, Band I, § 12 kn. 21.

engellerden biridir; zira “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” (TCK m. 21/1) olarak ifade edilen doğrudan kastın veya “dikkat veya özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmemekle gerçekleştirilmesi” (TCK m. 22/2) olarak ifade edilen basit taksirin, somut olayda ispatla ilişkin çok ciddi problemler söz konusu olmadığı sürece,²⁴ yasadışı araba yarışlarında uygulama alanı bulmayacağı aşîkârdır.

²⁴ YCGK, 29.03.2016, E: 2014/12-585 K: 2016/50: “Soruşturma aşamasında jandarma trafik görevlisi tarafından düzenlenen raporda; yol sathında fren izi saptaması yapılamadığı, kaza anında yayanın üzerinde koyu renk bir gömlek bulunduğu, tanık beyanına göre üç aracın yan yana yarış yapar vaziyette seyrettiği, diğer iki aracın kazadan sonra hızla devam edip gittiği, çarpan aracın olay mahallinde yaralıyı aracına alıp hastaneye götürdüğü, sanığın sevk ve idaresindeki aracın kontrolsüz seyretmesi sonucu yolun sağındaki toprak zemine girerek karşı istikametteki pastaneden yaya olarak gelmekte olan şahsa aracın sol ön far kısmıyla vurarak aracın ön camına çarptırıp düşürmesi sonucunda trafik kazasının meydana geldiği, sanığın karayolunda kontrolsüz seyrettiği, yerleşim yerinde hız limitinin elli kilometre olması gerektiği, kaza noktasının yerleşim yerine yakın bulunması sebebiyle karşısından ve yolun kenarından gelen yayayı görüp çarpmamak için bertaraf edici eylemde bulunmasının mümkün olduğu, ancak bu eylemin yol üzerinde gözükmediği, yolun sağ dışında toprak zeminde lastik izleri bulunduğu, sanığın karayolunda kontrolsüz seyrettiği, trafik güvenliği ve düzeni ile ilgili yönetmeliklerde gösterilen yükümlülük, zorunluluk, kural ve yasaklara uymama kusur ve kabahatini işlediğinden birinci derecede kusurlu bulunduğu, ölen yayanın ise herhangi bir kusurlu fiilinin tespit edilemediği bilgilerine yer verildiği görülmüştür. Ancak sevk ve idaresindeki otomobil ile gece vakti, alkollü şekilde, meskûn mahal dışında, yaklaşık on bir buçuk metre genişliğinde, aydınlatmanın mevcut bulunduğu, çift yönlü, refüjle bölünmemiş, zemini kuru, asfalt kaplama, görüşe açık düz yolda seyir halinde iken, önündeki aracı takibi esnasında direksiyon hâkimiyetine gerekli özeni göstermemesi sebebiyle yoldan çıkıp sağında ve yolun dışında bulunan yayaya çarptığı, ardından yaralıyı aracıyla hastaneye götürmek üzere yola çıktığı, yaralının karşılaşılan ambulansla hastaneye götürüldüğü, ancak hastanede hayatını kaybettiği, bilirkişi raporları doğrultusunda tam kusurlu bulunduğu sabit olan olayda, gece geç saatlerde önündeki araçları takip etmeye çalıştığı sırada yoldan çıkarak bankette yürümekte olan yayaya çarpıp yaralanmasına veya ölümüne sebebiyet verebileceğini istememekle birlikte, bu neticeyi öngörmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği, nitekim dosya içerisinde istemediği bu durumu öngörmesine rağmen, otomobiline, şoförlük tecrübe ve yeteneklerine, şansına, kullandığı yolun boş olacağı ihtimaline güvendiği ve böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketle bulunarak, öngördüğü fakat istemediği zararlı neticeye sebebiyet verdiğine veya kazanın tamamen almış olduğu alkolün etkisiyle güvenli sürüş yeteneklerini kaybetmesi ya da önünde bulunan araçlarla yarış halinde bulunması veya aşırı hızı sebebiyle direksiyon hâkimiyetini sağlayamaması neticesi meydana geldiğine dair herhangi bir delil de bulunmadığı, kaldı ki tıbbi verilere göre kanında tespit edilen ortalama altmış beş promil alkol miktarı, tek başına bilinçli taksirin varlığı için yeterli olamayacağından, somut olayda bilinçli taksir şartlarının gerçekleştiğinden söz edilmesine imkân bulunmamaktadır.”

A. (A) Olası Kast İle Mi Yoksa Bilinçli Taksir İle Mi Hareket Etmıştır?

Buraya kadar ki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere (X) marka spor araba sürücüsü (A)'nın kast veya taksir ile mi hareket ettiğinin belirlenmesi için, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki farkın belirlenmesi amacıyla ortaya konan görüşlerin ve TCK'nın kabul ettiği sistemin açıklanması, bunların değerlendirilmesi ve bu değerlendirmelerin yasadışı araba yarışlarına aktarılması gerekmektedir.

1. Olası Kast - Bilinçli Taksir Ayrımına İlişkin İleri Sürülen Görüşler ve TCK'nın Kabul Ettiği Sistem

Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrıma ilişkin birçok teori mevcuttur. Hatta bu teorilerin sayısı o denli fazladır ki, bunların farklı şekillerde tasnif edildiği de görülmektedir.²⁵ Sayının çok olması araba yarışlarını konu alan bu çalışmada yalnızca kendisine en çok taraftar toplayan teorilerin ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Ancak bu teoriler hakkında açıklamalara geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi için tartışmanın esas noktasını belirlemek faydalı olacaktır: Bilindiği üzere doğrudan kast suçun bilinerek ve istenerek işlenmesi olarak kabul edilmektedir (TCK m. 21/1). Bu anlamda doğrudan kastın bilme (*Wissen*) ve isteme (*Wollen*) olmak üzere iki unsurunun bulunduğu şüphesizdir.²⁶ Doğrudan kastta failin suçun bütün maddi unsurları hakkında bilgisi tamdır, kesindir. Bir suçu işlemeyi kararlaştıran failin, bu suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların mevcut olduğunu veya fiilin icrası sırasında gerçekleşeceğini ve bu nedenle suç tipinde belirtilen neticenin zorunlu yan netice olarak meydana geleceğini kesin olarak öngörmesi halinde, bilme unsuru mevcuttur. Doğrudan kastın bulunduğu kabul edilebilmesi için, bilme unsurunun tespitinden sonra ikinci bir inceleme daha yapılmalı ve failin iradesinin suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlara yönelmesi olarak betimlenen isteme unsurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu inceleme sonucu failin neleri biliyorsa onları iste-

²⁵ Kıyaslayınız Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, kn. 298 dn. 61.

²⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 11 kn. 7; Heinrich, C. I, kn. 298; Kristian Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2017, § 5 kn. 6; Roxin, Band I, § 10 kn. 62.

diğinin de kabul edilebildiği olaylarda, failin doğrudan kast ile hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir.²⁷ Buna karşın bir hareketin belli bir neticeyi meydana getirebileceği muhtemel olarak öngörülebileceği gibi, belli bir neticenin gerçekleştirilmesine yönelik işlenen fiilin, diğer bazı neticelerin meydana gelmesine muhtemelen sebebiyet vereceği de fail tarafından öngörülmüş olabilir. Bu muhtemel yan neticeler bakımından ise failin doğrudan kast ile değil, olası kast ile sorumlu tutulacağı yönünde görüş birliği mevcut ise de,²⁸ tüm tartışmaların başladığı nokta tam da burasıdır; zira olası kast ile bilinçli taksir ayrımına ilişkin ortaya çıkan tartışmaların odağında, failin muhtemel yan neticeden hangi şartlar altında kasttan hangi şartlar altında taksirden sorumlu tutulacağı yer almaktadır. İşte bilme (tasavvur/öngörme = *Vorstellungstheorien*), risk (normatif = *Risikotheorien*) ve isteme (irade = *Willenstheorien*) teorileri ile bu noktada karşılaşılır.²⁹

(1) Olası kast - bilinçli taksir ayrımı çerçevesinde savunulan bilme (tasavvur) teorisine göre, her kim neticenin ortaya çıkacağını yalnızca ihtimal dâhilinde görmesine (ihtimal teorisi = *Wahrscheinlichkeitstheorie*)³⁰ ve ilgili neticeyi olası kabul etmesine (imkân teorisi/olasılık teorisi = *Möglichkeitstheorie*)³¹ rağmen, hareketini gerçekleştirmişse kasten ha-

²⁷ Doğrudan kast kavramı ile ilgili olarak bakınız Akbulut, s. 359 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 329 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 364 vd.; Demirbaş, s. 387 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 562 vd.; Hakeri, s. 231 vd.; İçel, s. 429 vd.; Karakehya, s. 104 vd., 112 vd.; Koca/Üzülmez, s. 169 vd.; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 272 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 252 vd.; Özgenç, s. 247 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 526; Zafer, s. 252 vd.

²⁸ Olası kast kavramı ile ilgili olarak bakınız Akbulut, s. 361 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 331 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 364 vd.; Demirbaş, s. 387 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 562 vd.; Hakeri, s. 231 vd.; İçel, s. 430 vd.; Karakehya, s. 116 vd.; Koca/Üzülmez, s. 172 vd.; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 277 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 266 vd.; Özgenç, s. 248 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 527 vd.; Zafer, s. 253 vd.

²⁹ Tüm bu teoriler hakkında detaylı açıklamalar için Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 107 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 531 vd., 565 vd.; Mehmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 151 vd.; Heinrich, C. I, kn. 298 vd.; Thomas Hillenkamp, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Luchterhand Fachverlag, Neuwied, 2006, s. 1 vd.; Kühl, § 5 kn. 43 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 35 vd. Bozbayındır, s. 123 vd.; Heinrich, C. I, kn. 299; Hillenkamp, s. 2 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 45 vd.

³¹ Bozbayındır, s. 118 vd.; Heinrich, C. I, kn. 299; Hillenkamp, s. 2; Roxin, Band I, § 12 kn. 41 vd.

reket etmiştir. Bilme (tasavvur) teorisi taraftarlarına göre olası kastın kabulü açısından sadece kastın bilme unsuru yeterli görülmeli, isteme unsuru olası kastın varlığı için şart koşulmamalıdır. Bu yazarlara göre, isteme teorisi taraftarlarınca savunulan, olası kast ve bilinçli taksir bilme unsuru (*kognitives Element*) bakımından örtüşmekte, isteme unsuru (*voluntatives Element*) bakımından ayrılmaktadır görüşü,³² reddedilmelidir. İsteme teorisi taraftarlarına göre bilinçli taksir, kastın alanından taksir alanına dâhil edilen uydurma bir kavramdır;³³ zira neticenin gerçekleşmesini ihtimal dâhilinde gören ya da olası kabul eden kişi, yasak normunu ihlal ettiğini bilmekte; diğer bir ifadeyle haksızlığı gerçekleştirme kararını verdiği ilan etmektedir. Bir başka ifadeyle fail, somut olarak tipik neticenin gerçekleşmesini ihtimal veya imkân dâhilinde görmesine rağmen hareket etmiş ise, meydana gelen netice failin hukuki değeri ihlal etmek için verdiği kararın bir sonucudur. Olası kastın kabulü için buna ilave bir şarta da lüzum yoktur.³⁴

(2) Bilme teorisi gibi olası kastın isteme unsurunu reddeden ve kendi içinde sübjektif ve objektif varyasyon olarak ikiye ayrılan risk (normatif) teorisinin genel çıkış noktası, kast kavramının normatif bir yapıya büründürülmesi gerekliliğine ilişkin düşüncedir. Failin kendi değerlendirmesini temel alan sübjektif teoriye göre, suç tipinin gerçekleşmesi bakımından ihtimal dışı olmayan bir riskin farkına varmasına rağmen söz konusu fiili işleyen kişi, olası kastla hareket³⁵ etmiştir.³⁶ Risk teorisinin objektif varyasyonu savunan yazarlara göre ise, failin psikolojik-manevi durumuna ilişkin kıstaslar somut olayda olası kastın mı yoksa bilinçli taksirin mi kabul edilmesine ilişkin yapılan araştırmada değerlendirilmeye alınmamalıdır. Failin bilinçli olarak hareket etmiş olduğu hallerde, kastının varlığı kabul edilmelidir. Tipik kast tehlikesi teorisi (*typische Vorsatzgefahr*) olarak da adlandırılan objektif

³² Yar. 12. CD., 16.12.2015, E: 2015/9599, K: 2015/19317: "Olası kast ve bilinçli taksir öngörme unsuru itibariyle örtüşmesine rağmen, isteme unsuru bakımından ayrılmaktadır."

³³ Koca/Üzülmez, s. 177.

³⁴ Koca/Üzülmez, s. 174 vd., 177 vd.; Özgenc, s. 248 vd., 289 vd.; Jakobs, § 8 kn. 21 vd.

³⁵ Bozbayındır, s. 126 vd.; Heinrich, C. I, kn. 301; Hillenkamp, s. 4; Roxin, Band I, § 12 kn. 58 vd.

³⁶ Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004, § 7 kn. 35 vd.

risk teorisine göre,³⁷ subjektif varyasyondan farklı olarak, hareketin riskli olup olmadığı failin kendi değerlendirmesine göre değil, aksine objektif üçüncü kişinin bakış açısına göre yapılmalıdır. Dolayısıyla failin hareketiyle oluşturduğu tehlike makul bir üçüncü kişi (*vernünftiger Dritter*) tarafından riskli olarak addedilebiliyorsa, netice faile kast üzerinden isnat edilmelidir.³⁸

(3) İsteme teorisi taraftarlarına göre ise, olası kastın bilme unsurunun (bilişsel unsur/entelektüel unsur/öngörme unsuru = *kognitives Element*) yanında isteme unsuru (iradilik unsuru = *voluntatives Element*) da mevcuttur. Bu yazarlara göre failin, olası kastla hareket ettiğinin kabulü için: (a) failin neticenin ortaya çıkışını ihtimal dâhilinde hesaba katması ve ayrıca da neticeyi kabullenerek göze alması (kabullenme teorisi/rıza teorisi = *Billigungstheorie/Einwilligungstheorie*);³⁹ (b) ortaya çıkacak muhtemel neticeyi önemsememesi veya hatta bu sonucu olumlu karşılaması (kayıtsız kalma teorisi/önemsememe teorisi = *Gleichgültigkeitstheorie*);⁴⁰ (c) muhtemel neticenin ortaya çıkma ihtimalini ciddiye alması ve bu neticeyi kabullenmesi, neticeye razı olması (ciddiye alma teorisi/karar teorisi = *Ernstnahmetheorie/Entscheidungstheorie*);⁴¹ (d) iradesini ortaya çıkma ihtimalini ciddiye aldığı yan neticen kaçınmaya doğru yönlendirmemesi (kaçınma teorisi/neticeyi önleme iradesi teorisi = *Vermeidungstheorie*);⁴² gerekmektedir.

Oldukça karmaşık gibi gözükken isteme teorisi aslında çok basit bir mantıktan hareket etmektedir: Kast, suçun kanuni unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir (TCK m. 21/1). Bu ifade sadece doğrudan kastı değil, olası kastı da tanımlamaktadır. Mademki olası kast, kast kavramının içinde yer alır öyleyse olası kast da isteme unsuruna sahiptir. Olası kastın özellik gösterdiği tek husus, bilme ve isteme unsurlarının derecelerinin ve yoğunluklarının doğrudan kasttan farklı oluşudur. Kast, suçun unsurlarının istenerek gerçekleştirilmesi, taksir

³⁷ Bozbayındır, s. 129 vd.; Heinrich, C. I, kn. 301; Hillenkamp, s. 4 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 47 vd., 65 vd.

³⁸ Puppe, in: NK-StGB § 15 kn. 64 vd., 84 vd.

³⁹ Bozbayındır, s. 140 vd.; Heinrich, C. I, kn. 300; Hillenkamp, s. 6; Roxin, Band I, § 12 kn. 36 vd.

⁴⁰ Bozbayındır, s. 144 vd.; Heinrich, C. I, kn. 300; Hillenkamp, s. 6 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 40.

⁴¹ Bozbayındır, s. 148 vd.; Heinrich, C. I, kn. 300; Hillenkamp, s. 8 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 75 vd.

⁴² Bozbayındır, s. 146 vd.; Heinrich, C. I, kn. 300; Hillenkamp, s. 7 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 53 vd.

ise suçun unsurlarının istenmeyerek gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayırımın belirlenmesinde yalnızca bilme unsurundan hareket edilmemeli ayrıca isteme unsuruna da rol verilmelidir. Bu nedenle neticeyi manevi olarak reddeden ve gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareket eden kimse, kasten hareket etmiş olmaz.⁴³ Yine aynı şekilde bir kimsenin sadece yüksek bir risk veya tehlike bilincine sahip olması, tek başına olası kastın kabulü için yeterli değildir. Failin aynı zamanda söz konusu tipik neticeyi kabullenmesi, en azından göze alması (*billigend in Kauf nehmen/abfinden*), buna rıza göstermesi (*einwilligen*) gerekmektedir. Bu ise failin riskin gerçekleşme ihtimalini ciddiye almasına rağmen, suçu işlemeye devam etmesi ve böylece muhtemel neticeyi kendi iradesine dâhil etmesi halinde söz konusudur.⁴⁴ Öyleyse fail, mümkün gördüğü neticeye içsel olarak razı olmuşsa olası kasttan; hukuki değer ihlalinin içsel olarak reddetmiş veya gerçekleşmeyeceğini umut etmişse bilinçli taksirden söz edilecektir.⁴⁵

⁴³ Yar. 3. CD., 30.05.2016, E: 2015/33963, K: 2016/12749: “Sanığın olay tarihinde, sevk ve idaresindeki aracı ile seyir halinde iken ışıklı trafik işaret cihazı bulunan kavşağa geldiğinde kendisine kırmızı trafik ışığı yandığı halde ışıkta durmayıp devam ettiği ve sağ tarafından kendisine yeşil trafik ışığı yandığı için hareket eden katılanın sevk ve idaresindeki araca çarparak, katılanların yaralanmasına yol açtığı olayda, sanığın neticeyi öngörmesine rağmen somut olayda neticenin gerçekleşmeyeceği inancı ile yoluna devam etmesi sonucu katılanların yaralandığının anlaşılması karşısında, sanığın öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin gerçekleşmesinden dolayı 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesi uyarınca bilinçli taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek eylemin olası kastla işlendiğinin kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁴ Yar. 12. CD., 08.03.2017, E: 2017/277, K: 2017/1801: “Olay günü, gündüz, meskun mahalde, sanığın idaresindeki yolcu minibüsü ile Alhanlı kavşağında sarı ışıkta geçiş yaparak geldiği Valilik kavşağında kırmızı ışık ihlali ile geçişine devam edip olay yeri olan Sanayi kavşağına tanık beyanları ile doğrulandığı üzere, 100 km üzerinde bir hızla gelip, burada kendi yönüne yanan kırmızı ışıkta, minibüsün ön koltuğunda yolcu olarak bulunanın Toprakkale yolundan motosikletlinin yola çıktığı uyarısına rağmen, hızını azaltmadan geçişine devam ettiği sırada kendisine hitaben yanan yeşil ışıkta hareket ederek kavşağa giriş yapan ölenin motosikletine çarparak motosikleti 60 metre sürüklemesi ve çarpma noktasından itibaren 120 metre sonra durduğu ve motosiklet sürücüsünün ölümü ile sonuçlanan olayda, oluş ve dosya kapsamına göre kendisine yapılan uyarılara rağmen hızını azaltmadan, kırmızı ışık ihlallerini sürdüren ve bu şekilde meydana gelecek sonucu kabullendiği açıkça anlaşılan sanığın eyleminin, olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu yönündeki mahkeme kabulü isabetli görülmüştür.”

⁴⁵ Akbulut, s. 361 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 331 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 368 vd., 383 vd.; Demirbaş, s. 380 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 537, 568 vd.; Hakeri, s. 225 vd., 265 vd.; İçel, s. 430 vd., 454 vd.; Karakehya, s. 116 vd.; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 282 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 259, 266 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 527 vd.; Zafer, s. 253 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, §

Türk Ceza Kanunu da olası kast - bilinçli taksir ayrımında isteme teorisini temel almıştır.⁴⁶ Ancak kanun koyucunun bunu oldukça dolambaçlı bir şekilde TCK'ya yansıttığının da altı çizilmelidir. TCK m. 21/2'ye göre "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır." Hemen fark edileceği üzere, TCK olası kastın tanımında isteme unsuruna (iradi unsur = *voluntatives Element*) yer vermemiştir. Bu durum ilk bakışta kanun koyucunun bilme teorisini takip ettiği izlenimini yaratmaktadır. Kanun koyucunun TCK'nın 21. maddesine ilişkin kaleme aldığı gerekçe de bu izlenimi destekler niteliktedir.⁴⁷ Tüm bunlara rağmen kanun koyucunun olası kast - bilinçli taksir ayrımında isteme teorisini takip ettiği kabul edilmelidir. Kanun koyucu bir taraftan kastı "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" (TCK m. 21/1) şeklinde tanımlamış, diğer taraftan da bilinçli taksirin tanımına yer vermiştir. Gerçekten de TCK m. 22/3'e göre "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır." Öngörme unsuruna hem TCK m. 21/2'de hem de TCK m. 22/3'te yer verilmiş olması bir arada okunduğunda ortaya şu tablo çıkmaktadır: Kanun koyucu olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımı isteme unsuru üzerinden yapmış ve öngörülen fakat istenilmemiş olan neticeden doğan sorumluluğun bilinçli taksirin, öngörülmüş ve yine de kabullenilmiş, razı olunmuş neticeden doğan sorumluluğun ise olası kastın uygulama alanına girdiğini kabul etmiştir.

11 kn. 25 vd.; Heinrich, C. I, kn. 300; Jescheck/Weigend, s. 299 vd.; Kühl, § 5 kn. 84 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 21 vd.; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau, 44. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014, kn. 214 vd.

⁴⁶ Kanun koyucunun olası kast ve bilinçli taksirin tanımını yapmasının ve olası kastta ceza indirimi (TCK m. 21/2) ve bilinçli taksirde ceza artırımı (TCK m. 22/3) öngörmesinin yerinde olup olmadığı hususunda, Bozbayındır, s. 307 vd.

⁴⁷ TCK m. 21 gerekçesinin ilgili kısmı: "Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Mevzuatımıza giren yeni bir kavram olan olası kastla ilgili uygulamadan bazı örnekler vermek yararlı olacaktır. Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanar sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir."

Diğer bir ifadeyle isteme unsurunu istememe şeklinde kaleme alarak bilinçli taksirin unsuru kabul eden TCK, isteme unsurunun gerçekleştiğinin kabul edileceği halleri olası kastta dâhil etmiştir.⁴⁸ Nitekim Yargıtay uygulamasında da gerek bilinçli taksirdeki istememe unsurunun mefhumu muhalifinden gerekse de kastın tanımının bilme ve isteme unsurlarını içermesinden dolayı olası kastın isteme unsurunu (iradi unsur = *voluntatives Element*) da içerdiği kabul edilmektedir.⁴⁹

2. Değerlendirme

Yasadışı araba yarışı ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölümünden (X) marka spor araba sürücüsü (A)'nın olası kast sonucu kasten adam öldürmeden dolayı mı yoksa bilinçli taksir nedeniyle taksirle adam öldürmeden dolayı mı sorumlu tutulacağı, yukarıda görüşlerin hangisinin kabul edileceği ile yakından ilişkidir.

Olası kast - bilinçli taksir ayrımında bilme (tasavvur) teorisi temel alınarak hareket edilirse, (A)'nın olası kast sonucu kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere bilme (tasavvur) teorisi, kastı neticeleriyle beraber hareketin bilinmesi şeklinde tarif etmekte ve bilme ve isteme unsurlarını içeren geleneksel kast tanımını reddetmektedir. Dolayısıyla (A), (E)'nin ölümünü, yani neticeyi, hiç istememiş olsa dahi olası kastla hareket etmiş olacaktır; zira bilme (tasavvur) teorisi taraftarlarına göre olası kast - bilinçli taksir ayrımında kastın isteme unsuruna ilişkin tar-

⁴⁸ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 569.

⁴⁹ YCGK 25.03.2008, E: 2008/9-43, K: 2008/62: "Ego Genel Müdürlüğü tarafından verilen süresiz olarak toplu taşıma araçlarında çalışmama cezası bulunan sanığın kullanmakta olduğu halk otobüsü ile olayın olduğu kavşağa yaklaşırken 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 52/A ve 57/A maddeleri uyarınca hızını azaltması ve dikkatli olmak suretiyle geçiş hakkı olan araçların geçmesine imkân vermesi gerekirken süratli bir şekilde kavşağa yaklaşması, Trafik İşaretleri Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesine göre dur işareti anlamına gelen ve ancak gidilecek yolun açık olduğunu gördükten sonra hareket edilmesi gerektiğini belirten fasıllı kırmızı ışığın kendisine yanıyor olmasına karşın anılan Kanun'un 47/B maddesine aykırı olarak durmak bir yana hızını dahi azaltmadan kavşağa girmesi, kavşağın ortasındaki ikinci fasıllı kırmızı ışığı da geçtikten sonra kendisine fasıllı sarı ışık yanması nedeniyle kavşağa giren ölen Mehmet Çallar'ın kullandığı araca fren yapma fırsatı bile bulamadan yandan çarpması hususları bir bütün olarak göz önüne alındığında, sanığın meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK'nun 22/3. maddesi kapsamında öngördüğünün ancak istemediğinin dolayısıyla da olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu kabulü gerekir. Bu nedenle Yerel Mahkemenin direnme kararı isabeti olduğundan onanmasına karar verilmelidir."

tışmalara girmeye gerek kalmadan, yani (A)'nın neticeyi, (E)'nin ölümünü, istememiş olması savını hiç dikkate almadan karar verilmelidir. Dolayısıyla (A)'nın ihtimal dâhilinde olası gördüğü neticeyi gerçekleştirmeye dönük hareketi icra etmesi, olası kastın kabulü için yeterlidir. Bu çerçevede (A)'nın şehir içinde kırmızı ışık ihlalleri yaparak saatte 150-160 km hızla araba sürmesi, kasttan doğan sübjektif isnadiyetin kabulü için yeterli olacaktır.⁵⁰ Aynı sonuca risk teorisi çerçevesinde de, bu teorilerin bizzat yaratıcılarının da belirttiği üzere, ulaşılacaktır.⁵¹

Ancak ölüm neticesinin (A)'ya sübjektif isnadiyetinin kast mı yoksa taksir mi üzerinden olacağı isteme teorisi temel alınarak cevaplanmaya çalışacak olursa, verilecek olan cevap karmaşık bir yapıya bürünecektir. Cevabın karmaşık olması ise aslında çok basit bir nedene dayanmaktadır. Bu, TCK'nın kaleme alınış şekliyle ifade edilecek olursa, şu şekilde formüle edilebilir: Acaba (E)'nin ölümü, (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş olan bir netice midir, yoksa (E)'nin ölümü, (A) açısından hem öngörülmüş hem de kabullenilmiş bir netice midir?⁵² İşte tam da bu bıçak sırtı kadar ince ayırmadan dolayı, yasadışı araba yarışlarını isteme teorileri çerçevesinde ele alan yazarların bir kısmının olası kastın,⁵³ bir kısmının ise bilinçli taksirin⁵⁴ varlığını ka-

⁵⁰ Carsten Momsen, "Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment - Die Diskussion um die sog. Raser-Fälle als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur", in: Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ), Yıl 2018, s. 78.

⁵¹ Ingeborg Puppe, "Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz - Drei Entscheidungen des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2018, s. 324 vd.; Ingeborg Puppe, "Entscheidungsanmerkung - Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 - 535 Ks 8/17", in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2017, s. 441 vd.

⁵² Rita Vavra/Sascha Holznaegel, "Der bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2018, s. 560.

⁵³ Tatjana Hörnle, "Vorsatzfeststellung in Raser-Fällen", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 2018, s. 1577 vd.; Michael Kubiciel/Matthias Wachter, "Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement - Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 289", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s. 333 vd.; Michael Kubiciel/Elisa Hoven, "Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), Yıl 2017, s. 440 vd.; Tamina Preuß, "Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens als Mord?", in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrechts (NZV), Yıl 2017, s. 306; Tamina Preuß, "Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu illegalen Kraftfahrzeugrennen mit tödlichen Folgen", in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrechts (NZV), Yıl 2018, s. 346 vd.; Hartmut Schneider, § 212 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 4, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, kn. 23a vd.

⁵⁴ Nikolaus Bosch, "Bedingter Vorsatz und Indizienbeweis", in: Juristische Aus-

bul etmesi ve böylece aynı teoriyi savunan yazarların farklı sonuçlara ulaşması hiç de şaşırtıcı değildir. Bu noktada Yargıtay uygulamasının da çelişkili olduğunun altı çizilmelidir. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında failin olası kast ile hareket ettiğini belirtirken,⁵⁵ bazı kararlarında ise bilinçli taksirin varlığını kabul etmiştir.⁵⁶

bildung (Jura), Yıl 2018, s. 1234 vd.; Jörg Eisele, "Abgrenzung Vorsatz und Fahrlässigkeit - Berliner-Raserfall", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2018, s. 493 vd.; Matthias Jahn, "Folgenhaftes illegales Autorennen als Mord - Kurfürstendamm", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2017, s. 701 vd.; Christian Jäger, "Too Fast and Furious - Die Todesraser vom Kurfürstendamm", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2017, s. 787 vd.; Christian Jäger, "Too Fast and Furious - Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2018, s. 470 vd.; Paul Krell, "Zwischen Bewährungs- und lebenslanger Freiheitsstrafe: illegale Autorennen mit Todesfolge vor dem 4. BGH-Strafsenat", in: Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s. 240 vd.; Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 85 vd.; Tonio Walter, "Der vermeintliche Tötungsvorsatz von Rasern", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 2017, s. 1351 vd.; Christoph Zehetgruber, "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. Renn- bzw. Raserfällen", in: Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ), Yıl 2018, s. 359 vd.

⁵⁵ Yar. 12. CD, 13.06.2018, E: 2018/3564, K: 2018/6753: "Somut olaya gelince; olay günü sanığın sevk ve idaresindeki araç ile gece vakti, meskûn mahalde, zemini ıslak nemli, bölünmüş asfalt kaplama devlet karayolunda, araç içerisinde yolcu olarak bulunan yolcular ile seyir halinde iken, kendisi ile aynı istikamette önünde seyir halinde olan müştekinin sevk ve idaresinde bulunan aracı, makas tabir edilen biçimde ve yasal hız sınırlarının çok üzerinde bir hızla geçmeye çalıştığı, bu sırada aracının sağ orta kısımlarıyla, sağ şeritte seyreden ve müştekinin sevk ve idaresinde bulunan aracın sol arka yan kısımlarına çarpmasıyla, direksiyon hâkimiyetini kaybederek orta refüjde bulunan demir çitlerin 10 metrelik kısmını devirdikten sonra müştekinin aracını yan yatırmak suretiyle durması ile gerçekleşen çift taraflı ölümlü trafik kazasında, iki kişinin ölümüne bir kişinin de basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği somut olayda; sanığın 1,12 promil alkollü vaziyette şehir içinde seyir halinde iken, aracı çok hızlı kullandığı, kırmızı ışıklarda durmayarak yoluna devam ettiği, sanığın aracında bulunan tanıklar tarafından uyarılması üzerine sanığın yavaşladığı, hızını tekrar artırması üzerine uyarıldığında sanığın bu kez yapılan ikazları duymamak için müziğin sesini açtığı, tanık beyanları itibarıyla sanığın kullandığı aracın ibresinin 140 kilometreyi gösterdiği, kendisiyle aynı istikamette bulunan ve kırmızı ışıkta bekleyen fakat sanığın geçişi esnasında yeşil ışık yanması üzerine hareket eden araçların arasından birden fazla defa makas atmak suretiyle geçtiği anlaşılmakla, kendisine yapılan uyarılara rağmen sanığın eylemine devam edip seyrini sürdürmekle meydana gelecek neticeyi kabullendiği anlaşılmakla, sanığın eylemini olası kast ile işlediği ve olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılması yerine suç vasfında yanılıya düşülerek, bilinçli taksir hükümleri uygulanmak suretiyle, mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."

⁵⁶ Yar. 12. CD, 02.03.2017, E: 2017/248, K: 2017/1603: "Olay günü sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile hız sınırının 50 km olduğu ve yan yana düz çizgi ile bölünmüş caddede seyirle olay mahalline geldiğinde, kendi beyanına göre önünde ve kendisiyle aynı istikamette seyretmekte olan sanığın idaresindeki otomobili

geçmek için yolun soluna geçtiği sırada, sanığın idaresindeki otomobilin sağ kapı kısmının sanık idaresindeki otomobilin sol yanı ile temas etmesi sonucu, sanığın araç hâkimiyetini kaybedip sağa yönelen 16 metre tekerlek izi ile sağdaki okul önünde bulunan otobüs durağında bekleyen ölenlere çarparak yoldan çıkıp 23 metre ileride şarampole düşmesi, diğer sanığın ise 18 metre önünde aynı yöne seyreden kamyonetin arkasına çarparak hâkimiyetini kaybedip 35 metre ileride yoldan çıkıp şarampole girmesi şeklinde meydana gelen olay akabinde düzenlenen kaza tespit tutanağında, her iki aracın sürtünme anının, her iki sanığın seyrettiği yol bölümünün ortalarında gösterildiği, bilirkişi tespitlerine göre de, her iki araç yan yana geldiklerinde birbirlerine yakın ve yapışık seyretmeleri sonucunda temasın sağlandığı, sanıkların kendi beyanlarına göre, olay öncesi birbirlerini tanıyan her iki sanığın olay anından 1-2 dakika önce araç ile seyir halinde iken birbirlerini gördükleri, tanıkların beyanlarına göre de, olay öncesi her iki sanığın yan yana durup bir süre konuşuktan sonra çok süratli bir şekilde harekete geçip yarış halinde seyirlerine devam ettikleri, tek bilirkişi tespitlerine göre ise, her iki aracın yan yana temas ettikleri nokta itibariyle sanıkların yarış halinde olduklarının kabul edildiği anlaşılmakla, bu belirlemeler karşısında, meskûn mahal şartlarının çok üzerinde bir hızla ve diğer sanık idaresindeki araç ile yarışır vaziyette seyreden sanığın olayın meydana gelmesine bilinçli taksirle sebebiyet verdiği kabul edilerek sanık hakkında TCK'nın 22/3 maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi; bozmayı gerektirmiştir." Yar. 12. CD, 06.11.2014, E: 2013/26403, K: 2014/22089: "Olay tarihi olan 24.09.2011 günü saat: 00.20 sularında müteveffanın alkollü vaziyette sevk ve idaresindeki aracı ile araç içerisinde ayrıca arkadaşı müteveffanın da bulunduğu halde Büyükçekmece istikametinden Çatalca istikametine doğru seyir halinde olduğu, yine sanığın alkollü vaziyette sevk ve idaresindeki aracı ile araç içerisinde ayrıca arkadaşları olan tanıkların olduğu halde yine Büyükçekmece istikametinden Çatalca istikametine doğru seyir halinde oldukları sırada her iki araç sürücüsünün yolda giderken birbirlerinin araçlarını geçmek için hızlı gitmeye başladıkları bu şekilde yolda seyir halinde iken ve önlerine gelen araçların solundan ve sağından olacak şekilde yarış yaptıkları sırada kaza mahallin bulunduğu yere gelindiğinde müteveffa sürücüsünün sevk ve idaresindeki aracın sanığın kullandığı aracın önüne geçmek için sola doğru manevra yaptığı esnada aracının sol yan ve arka kısmı ile sanığı sevk ve idaresindeki aracın sağ ön kısmına çarpması neticesinde her iki aracın kontrolden çıkarak seyretmekte oldukları bölünmüş yolun karşı tarafında bulunan diğer bölünmüş yola geçtikleri, bu sırada Çatalca istikametinden gelmekte olan müteveffanın sevk ve idaresinde bulunan aracın kaza yapan ve karşı şeride geçen araçlardan önce sanığın kullandığı aracın arka kısmına daha sonra müteveffanın kullandığı araca çarpması neticesinde kazanın meydana geldiğinin kabul edilmesi karşısında sanığın eyleminin bilinçli taksirle işlendiğinin kabulüyle cezasının TCK'nın 22/3. maddesi gereğince artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir." Yar. 12. CD, 30.04.2014, E: 2013/18930, K: 2014/10543: "Kazadan 41 dakika sonra yapılan ölçümde 70 promil alkollü olduğu belirlenen sanığın olay günü gündüz saat 18:15 sularında açık havada, meskûn mahal dışında, bölünmüş, tek yönlü, 15,5 metre genişliğindeki yüzeyi kuru, asfalt kaplama, eğimsiz düz yolda idaresindeki otomobille, arkadaşının idaresindeki araçla yarış halindeyken, trafikteki araçların arasından makaslama yaparak şerit değiştirdiği esnada direksiyon hâkimiyetini kaybederek önünde aynı istikamete doğru idaresindeki kamyonetle seyreden katılanın idaresindeki araca arkadan tam kusurlu olarak çarpması şeklinde gelişen olayda, bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu nazara alınmadan 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinin uygulanmaması suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma konusu yapılmamıştır."

Bütün bu açıklamalar çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde yapılması gerekenleri ortaya koymaktadır. Öncelikle yukarıdaki teorilerden hangisinin neden kabul edilmesi gerektiği ortaya konulmalı, daha sonra ise kabul edilen teori çerçevesinde somut olay değerlendirilmelidir.

a. Teorik Değerlendirme

Gerek bilme (tasavvur) gerekse de risk (normatif) teorilerinin olası kast - bilinçli taksir ayırımına ilişkin getirdikleri basit, net ve hızlı çözüm bu teorilerin kabul edilmelerindeki en önemli gerekçe olarak belirmektedir. Pratik gerekçelerin yanında bu teorilere ilham veren ve ceza hukuku tarihine *Lachmann'*ın ünlü *atış alanı vakası* (*Schießbudenfall*) olarak geçen örnek, olası kastın isteme unsurunun neden bir kısım yazar tarafından reddedildiğini açıklar niteliktedir. Bu örnekte fail bir arkadaşıyla bir iddiaya girmiştir. Buna göre fail atış alanındaki kadının elindeki cam küreyi vuracak ve düşürecektir. Ancak neticede kadının elini vurmıştır.⁵⁷ Gerek bilme (tasavvur) gerekse de risk (normatif) teorilerinin taraftarlarına göre, failin burada olası kastla hareket ettiğinin kabulünde herhangi bir şüphe bulunmamalıdır; zira - tıpkı araba yarışında olduğu gibi - bahsi kazanma gayesi fail için o denli önemlidir ki, cam küreyi değil de kadını vurabileceği ihtimalinin bilincinde olmasına rağmen tipik neticenin gerçekleşmesini göze almaktadır.⁵⁸

Kabul etmek gerekir ki, bu örnek olası kastta bilme unsurundan bağımsız olarak isteme unsuruna yer verilmesinin bazı durumlarda zor kabul edilebilir sonuçlara yol açtığını gösterir niteliktedir. Elbette tüm trafik kazalarının olası kastla gerçekleştiğinin kabul edilmesi yerinde olmayacaktır, ancak bilme ve risk teorilerinin *atış alanı vakası* örneğindeki çıkış noktasını yasadışı araba yarışlarına aktarmakta da ilk bakışta bir sakınca olmamalıdır. Gerçekten de neden bu tür olaylarda failin neticenin meydana geleceğini öngörmesi yetmemekte de, olası kastın kabulü için ayrıca içsel olarak neticeyi kabul etmesi, onaylaması gerektiğinin ispatlanması gerekmektedir.⁵⁹ Ayrıca bu noktada ifade

⁵⁷ Bozbayındır, s. 142; Ozansü, s. 158.

⁵⁸ Puppe, in: JR 2018, s. 325; Puppe, in: ZIS 2017, s. 441.

⁵⁹ Kubiciel/Wachter, in: HRRS 2018, s. 333 vd.; Hans Vest, "Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsates bei Raserfällen", in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR), Yıl 2009, s. 451 vd.

edilmelidir ki, yasadışı araba yarışları da dâhil olmak üzere, olası kast – bilinçli taksir ayrımının tartışıldığı olayların çoğunda failin irrasyonel davranışları mevcuttur.⁶⁰ Bu anlamda, failin kişisel durumunu cezanın tayininde göz önünde bulundurmak doğru olsa da, failin mantık dışı davranışlarını sırf onun lehine değerlendirmeye almak ve böylece failin kişiliğini subjektif isnadiyet hususunda neredeyse tek karar verici durumuna getirmek, cezanın amacıyla da uyumsuz olacaktır. Cezanın genel ve özel önleme amaçlarının birlikte değerlendirildiği bir sistemde, yalnızca hukuk failden değil, fail de hukuktan öğrenmelidir.⁶¹ Son olarak belirtmek gerekir ki, olası kastta isteme unsuruna yer verilmesinin bugün genel kabul gören finalist öğreti ile uyumlu kabul edilmesi noktasında da sıkıntılar mevcuttur; zira finalist öğretiye göre failin hareketiyle neticeyi meydana getirme amacı gütmüş olması gerekmektedir. Oysaki olası kastın isteme unsuru bulunduğu kabulü, bu kast çeşidinin uygulama alanını muhtemel yan neticelerle sınırlı tutmak demek olmaktadır. Muhtemel yan netice halinde ise, finalist öğretinin öngördüğü şekilde bir gaiden bahsetmek hiç de kolay değildir.⁶²

Ancak sırf bu düşüncelerden dolayı bilinçli taksiri uydurulmuş bir kavram olarak nitelenmek, taksiri sadece basit taksirden ibaret görmek, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki tek ayırıcı kıstası bilme unsuru kabul etmek ve bunun doğal sonucu olarak da bilinçli taksir kabul edilen durumların her zaman olası kast olarak değerlendirilmesini istemek doğru olmayacaktır. Gerek bilme gerekse de risk teorilerinin TCK'nın öngördüğü sistem ile açık bir şekilde uyumsuz olması dışında, olası kastın bilme ve isteme unsurlarından müteşekkil bir yapı olduğuna dair gerekçeler şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle belirtmek gerekir ki, muhtemel yan neticeleri olası kast kapsamına dâhil etmek, finalist öğreti ile ilk bakışta zor gözükse de, finalist öğretinin gerçek amacı göz önünde bulundurulduğunda, imkânsız değildir. Bilindiği üzere finalist öğreti tipik hareketi sadece dış dünyadaki nedensellik sürecini harekete geçiren eylem olarak gören klasik öğretime ayrılmış, tipik hareketi failin gayesine göre yorumlamış ve bunun sonucu olarak da manevi unsurları klasik öğretime farklı olarak kusurluluğun kapsamından çı-

⁶⁰ Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 89.

⁶¹ Kubiciel/Wachter, in: HRRS 2018, s. 334; Puppe, in: ZIS 2017, s. 442.

⁶² Kıyaslayımız Bozbayındır, s. 65.

kartarak tipikliğe monte etmiştir.⁶³ Bir kişinin kasten ya da taksir ile ateş etmesi sonucu bir başka kişinin ölmesi halinde kasten öldürme, netice sebebiyle ağırlaşan yaralama ya da taksirle öldürme suçlarından hangisinin oluştuğu, failin iradesinden bağımsız olarak açıklanamayacağı düşünüldüğünde, olası kastın isteme unsuruna sahip olduğunu söylemek, finalist öğretiyi reddetmek değil, sadece olası kast – bilinçli taksir ayırımına yer veren TCK'ya uyumlu hale getirmek olacaktır.⁶⁴

Ayrıca isteme unsurunu reddeden teorilerin istediği şekilde failin psikolojik-manevi durumuna ilişkin kıstasları değerlendirme dışı bırakmak, modern ceza hukukunda aşılmış olan objektif sorumluluğun üstü kapalı şekilde tekrar kabul edilmesi olacaktır. Bu teoriye taraftar yazarların bizzat kendilerinin belirttiği üzere, *dolus eventualis* (olası kast) kavramının tarihsel arka planında yer alan kavram *dolus indirectus* kavramıdır.⁶⁵ Türkçeye dolaylı kast olarak çevrilebilecek bu kavram ile ifade edilmek istenen husus, hareketin objektif olarak tehlikeli olması halinde failin, genel hayat tecrübesine göre kendine isnat edilebilir tüm neticelerden de sorumlu olacağıdır. Diğer bir ifadeyle izin verilmeyen bir fiili işleyen, bu fiilin meydana getireceği muhtemel ve tesadüfi olanlar da dâhil olmak üzere tüm neticelerinden sorumlu olacaktır. Hemen fark edileceği üzere dolaylı kast failin başka bir neticeye yönelik kastı nedeniyle gerçekleştirdiği eylemin yan neticelerinin, sırf failin bu hareketi gerçekleştirmesi nedeniyle ona isnat edilmesidir.⁶⁶ Bu ise kabul edilebilir bir sonuç değildir.⁶⁷ Bu nedenle *dolus eventualis* kavramının içeriğini *dolus indirectus* kavramında olduğu gibi isteme unsurunu dışlayarak normatif temellere oturtmaya çalışmak ve böylece belli bir ölçüde risk içeren her halde olası kastın varlığını kabul etmek mümkün olmamalıdır. Bunu engellemenin yolu *dolus eventualis* kavramında isteme unsuruna yer vererek sübjektif sorumluluğun esaslarına bağlı kalmak ve *dolus eventualis* kavramının uygulama alanını failin yan neticeyi içsel olarak da kabul ettiği haller ile sınırlı tutmak olacaktır.⁶⁸

⁶³ Akbulut, s. 221 vd.; Koca/Üzülmez, s. 94 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 201 vd.; Özgenc, s. 162 vd.

⁶⁴ Kıyaslayınız Roxin, Band I, § 12 kn. 24 vd.

⁶⁵ Puppe, in: NK-StGB § 15 kn. 14 vd.

⁶⁶ Kavram hakkında Bozbayındır, s. 30 vd., 37 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 562; Ozansü, s. 175.

⁶⁷ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 562.

⁶⁸ Ozansü, s. 175; Florian Nicolai, "Die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und

İsteme unsurunun olası kastın bir bileşeni olduğunu belirtmek için öne sürülmesi gereken belki de en önemli gerekçe, olası kastın ve bilinçli taksirin icra ettikleri fonksiyon olmalıdır. Kastın kapsamının (*dolus*) muhtemel olana (*eventualis*) teşmili suretiyle (= *dolus eventualis*) kastın kavramı genişletilmekte ve böylece işlenen suç tipinin taksirle işlenebileceği kanunda açıkça yazmadığı hallerde failin cezasız kalmasının önüne geçilmektedir. Ancak bu durumun ceza hukukunun katlanılmaz biçimde katılaşmasına ve böylece onun sahip olması gerektiği son çare (*ultima ratio*) ilkesine aykırılık oluşturabileceği de ortadadır. Bu anlarda bilinçli taksir kavramının icra ettiği fonksiyon, yani olası kastın uygulama alanının taksir aleyhine genişlemesine mani olmak, sahneye çıkmaktadır.⁶⁹ Diğer bir ifadeyle olası kastın isteme unsuruna sahip olduğunu belirtmek, olası kastı bilme ve risk teorilerinden farklı olarak hukuki bir mesele olarak değil de failin psikolojik-manevi durumuna ilişkin kıstasları da değerlendirmeye almak suretiyle maddi bir mesele olarak değerlendirmek, yasadışı araba yarışları gibi sınır vaka olarak tanımlanan zor olaylarda doğru yöntem olacaktır. Bu, temel çıkış noktası kabul edilecek olursa, detayları biraz sonra etraflıca açıklanacak olan yasadışı araba yarışlarının değerlendirilmesinde de rol oynayacak üç önemli teorik nokta kendiliğinden aydınlanmış olacaktır:

(1) Somut olayda olası kastın mı yoksa bilinçli taksirin mi söz konusu olduğu tespit edilirken olaya ait tüm maddi ve manevi şartların bir arada değerlendirilmesi yöntemi benimsenmelidir. Bu yapılırken de olası kastın varlığının lehindeki ve aleyhindeki tüm emareler doğru bir şekilde değerlendirilmelidir.⁷⁰ Bu emareler değerlendirilirken de

bewuster Fahrlässigkeit in der Strafrechtsklausur", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2019, s. 32 vd.

⁶⁹ Bozbayındır, s. 80 vd.

⁷⁰ YCGK, 01.04.2014, E: 2013/1-484, K: 2014/162: "Sanığın tarihi altın sikkeler karşılığında ölene verdiği, ancak ölenin alıp kaçtığı parayı geri alabilmek amacıyla içerisinde ölenler ve mağdurun bulunduğu süratli bir biçimde seyreden aracı takibe başladığı, şehir merkezinde öndeki aracı durdurabilmek amacıyla iki kere arkadan çarptığı, birisi bagaj kapağının üzerine, diğeri tamponun hemen üstündeki kaportasına gelecek şekilde en az iki el ateş ettiği, buna rağmen aracın durmayarak şehirlerarası yola çıktığı, takibin şehirlerarası yolda da devam ettiği, her iki aracın ana yolda yaklaşık yüz altmış kilometre süratle seyrettiği, aralarındaki mesafenin bir metreye kadar düştüğü, birkaç kilometre sonra içerisinde ölenlerin bulunduğu aracın takla atarak orta refüjü aşip karşı şeride geçtiği, sanığın durmayarak yola devam ettiği, ihbar üzerine aracının durdurulup yakalandığı, kaza-

bazı belirtilerin varlığı ya da yokluğu, örneğin failin neticeyi kabullenmek için herhangi bir saikinin bulunup bulunmadığı, kendisine veya yakınına zarar vermeyi isteyip istemediği kıstas olarak kabul edilebilecektir.⁷¹

(2) Olası kastın isteme unsuruna sahip olması, failin sadece hareketi gerçekleştirmeyi değil, aynı zamanda netice de dâhil olmak üzere suçun kanuni unsurlarını da hareketin gerçekleştiği anda istemiş olması demektir. Ancak bu, fail tarafından öngörülmesine rağmen arzu edilmeyen her türlü neticenin olası kastın kapsamı dışında kalması demek de değildir; zira isteme unsuru günlük dildeki arzu etme veya hoşuna gitme demek değildir, aksine sadece ve sadece hukuki anlamda bir kabullenme demektir. Bu anlamda failin neticenin meydana gelme ihtimalini mümkün görmesi ve buna rağmen gerçekleştirmek istediği esas amaç uğruna yan neticenin meydana gelmesini göze almış olması halinde, olası kast mevcuttur. Öyleyse yan neticenin fail tarafından arzu edilmiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla olası kastın fail tarafından arzu edilmeyen ancak hukuken kabullenilen neticelere teşmil etmesi de mümkündür.⁷²

da iki kişinin öldüğü, bir kişinin de yaralandığı, öndeki aracı durdurup parasını almak ya da parasını atmalarını sağlamak amacıyla hareket eden ve uzman çavuş olup silah kullanma konusunda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip bulunmasına rağmen, ateş ederken kimseyi doğrudan hedef aldığı veya takip ettiği araca ana yolda arkadan vurduğuna ilişkin, her türlü şüpheden arınmış, kesin ve inandırıcı herhangi bir delil bulunmayan sanığın, doğrudan öldürme veya yaralama kastı ile hareket etmediği, ancak aşırı süratli bir biçimde takip ettiği araca kullandığı araçla arkadan vurduğunda ve silahla ateş ettiğinde sürücüsünün direksiyon hâkimiyetini kaybedebileceğini öngörmesine rağmen, takip ettiği içerisinde ölenlerin ve mağdurun bulunduğu araca şehir merkezindeki takip esnasında arkadan birden fazla kere vurduğu, isabet kaydedecek şekilde tabancayla ateş ederek camlarının kırılmasına neden olduğu, ana yolda yaklaşık yüz altmış kilometre hızla ve çok yakın mesafeden takip ederek sıkıştırdığı, bu durum karşısında öngördüğü neticeyi göze alıp kabullendiği, ısrarlı biçimde gerçekleştirdiği eyleminin ölümle sonuçlanabileceğini öngördüğü ve neticesini kabullendiği, başka bir deyişle muhtemel ölüm neticesine kayıtsız kaldığı ve sonucunda meydana gelen kaza da iki kişinin ölümüne neden olduğu, bu itibarla fiilin olası kastla öldürme suçunu oluşturacağı kabulünde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”

⁷¹ YCGK, 27.12.2005, E: 2005/1-131, K: 2005/167: “Esasen failin iç dünyasını ilgilendiren kastın niteliğinin belirlenebilmesi için dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle sonuç çıkarmak olanaklıdır. Başka bir deyişle, failin olay öncesi, sırası ve sonrasındaki davranışları kastının belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır.”

⁷² YCGK, 05.10.2010, E: 2010/1-132, K: 2010/183: “Somut olayda; kendisine küfür edildiğini düşünen sanık, bunun nedenini sormak için, motosikletin peşine düş-

(3) Olası kastın uygulama alanı bu açıklamalar eşliğinde belirlendiği zaman; bilinçli taksir, failin mümkün gördüğü neticeyi istememiş ve istemediği bu neticenin gerçekleşmeyeceğine de hukuken kabul edilebilir ölçüde güvenmiş olması halinde, söz konusu olacaktır.⁷³

müş, önüne geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla, öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada, sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle olası ölüm neticesine kayıtsız kalmış, olursa olsun demiştir.”

73 YCGK, 03.03.2015, E: 2013/12-636, K: 2015/21: “Suç tarihinde otobüs duraklarının karşısında bulunan otoparka gitmek isteyen ve kontrolsüz dörtlü kavşak çıkışında refüj ile bölünmüş tek yönlü taşıt yolunda kendi seyir şeridinden çıkarak karşı yöndeki trafiğin yol bölümüne giren sanığın, taşıt yolunu sağ taraftan sol tarafa doğru orta refüj üzerinden geçmekte olan ve park halindeki otobüslerin arasından çıkan mağdura çarparak ölümüne neden olduğu olayda; karşı yönden gelen trafik araçlarının kullandığı bölüme bilerek girdiği, ters yönde olduğu bilinciyle aracını sürmeye devam ettiği, karşı istikametten gelen bir araca ya da yayaya çarparak yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü halde tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, yolun boş olacağı ihtimaline, özellikle de şansına ve karşı istikametten gelenlerin kendilerini koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü ancak istemediği neticeye neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek olan objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanığın meydana gelen ölüm olayında bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 09.12.2014 gün ve 125-543 sayılı kararında da, karayollarında bölünmüş yollarda ters yöne bilerek giren sanıkların yaralama ve ölüme neden olma eylemlerinde bilinçli taksirle hareket ettikleri sonucuna ulaşılmıştır.” YCGK, 25.03.2014, E: 2013/12-11, K: 2014/139: “Sanık oturduğu sitenin kenarındaki orta refüjle bölünmüş yolda kendi beyanına göre güneş ışıklarının tam karşı yönden gözüne gelmesi nedeniyle önünü iyi göremediği halde ters yönde ve mağdurdaki yaralanmanın şekli ve neticelerine bakıldığında yavaş sayılamayacak bir hızla araç kullanmış ve orta refüjden karşıya geçmeye çalışan mağdura çarparak yaralanmasına neden olmuştur. Sanık acil işi olduğundan doğru istikamette gidip yolu uzatmak istememiş, kısa bir mesafeyi ters yönden giderek kestirmeden anayola çıkmaya çalışmıştır. Daha önce kendisinin ve sitede oturan birçok kişinin sorunsuz bir şekilde benzer şekilde davranmaları da kararında etkili olmuştur. Sanık ters yönde araç kullandığından yoldan geçmek isteyen bir kişinin kendisini fark edemeyeceğini ve karşı istikametten gelen güneş ışıkları nedeniyle görüş mesafesinin yetersizliğinden çarpmaya engel olabilecek bir mesafede aracını

b. Yasadışı Araba Yarışları Çerçevesinde Değerlendirme

Olası kastın bilme ve isteme unsurlarından teşekkül ettiği ortaya konulduktan sonra, yasadışı araba yarışı ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölümünden (X) marka spor araba sürücüsü (A)'nın olası kast sonucu kasten adam öldürmeden dolayı mı yoksa bilinçli taksir nedeniyle taksirle adam öldürmeden dolayı mı sorumlu tutulacağı somut olay çerçevesinde incelenebilir.

Neticenin, yani (E)'nin ölümünün, sübjektif açıdan (A)'ya olası kast çerçevesinde isnat edilmesi gerektiğini kabul eden ve somut olayın kurgusunda çok önemli yer teşkil eden "*Berliner Raser-Fall*" kararına imza atan Berlin Eyalet Mahkemesi'nin (*LG Berlin*) gerekçesi somut olaya kurgulanmış şekliyle şu şekilde özetlenebilir: "Bugüne kadar yasadışı araba yarışlarına dair gerek eyalet gerek istinaf gerekse de Federal Mahkeme tarafından verilen ve bilinçli taksirin varlığının kabul edildiği kararlara konu olan olaylarda, failer genellikle genç, 73 ila 115 km/h sürat yapan ve araba yarışına spontan karar veren kişilerdir. Ayrıca bu kararlara konu olan olayların bazılarında araba yarışı şehir merkezinde değil, çevre yolu veya otobanda gerçekleşmiştir. Mahkeme diğer mahkemelerin vermiş oldukları kararları sorgulamamaktadır, sadece bu kararlara konu olan olaylar ile somut olayın bir değerlendirilemeyeceğinin altını çizmektedir. Gerçekten de somut olayda yasadışı araba yarışına katılan (A) daha önce de birçok kereler bu tür yarışlara katılmış, sırf bu yarışlarda daha başarılı olmak için arabasına oldukça yüksek meblağlarda yatırım yapmıştır. Somut olayda (A) şehir merkezinde, izin verilen hız sınırlarını iki-üç kat aşarak ve sürekli olarak kırmızı ışık ihlal yaparak arabasını kullanmaktadır. Bu noktalar unutulmaksızın, yargı kararlarında sürekli belirtildiği üzere (A)'nın olası kastla hareket ettiğinin kabulü için (A)'nın neticenin ortaya çıkışını ihtimal dâhilinde hesaba katması ve ayrıca da neticeyi kabullenerek göze alması gerekmektedir. Ayrıca olası kastın, (A) tarafından arzu edilmeyen ancak hukuken kabullenilen neticelere, yani

durduramayabileceğini ve sonuçta da birisine çarparak yaralayabileceğini öngörmüş, ancak gideceği mesafenin kısa olmasına, tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, özellikle de şansına ve yoldan geçenlerin kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmiş ve böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü, ancak istemediği neticeye neden olmuştur. Bu nedenle sanığın eylemini bilinçli taksirle yaralama olarak vasıflandıran yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır."

(E)'nin ölümüne teşmil etmesi de mümkündür. Somut olayda tüm bu şartlar sağlanmıştır. Olası kastın bilme unsuru hiçbir şüpheye yer kalmayacak şekilde gerekçelendirilebilir; zira her ortalama insanın bildiği veya bilmesi gerektiği gibi, bu şekilde yüksek hızlarda ve kırmızı ışık ihlallerinin üst üste yapıldığı bir yarışta, yarışa katılmayan üçüncü kişilerin ölümü veya en iyi ihtimalle yaralanmasına neden olabilecek kazaların meydana gelmesi yüksek ihtimal dâhilindedir. Olası kastın isteme unsurunun da olaya ait tüm maddi ve manevi şartların bir arada değerlendirilmesi sonucu kabul edilmesinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır; zira, bir Rus ruletinde olduğu gibi, her kırmızı ışık ihlalinde kaza yapma oranı, riski artmaktadır. Gerçekten de (A)'nın son kırmızı ışık ihlalini yaparak arabasını bir kez daha yüksek hızlarda sevk ve idare ettiği ancak tam bu esnada kavşağın karşısına geçmek için hareket eden (E)'ye çarpmamak için sağ sola kaçmak veya fren yapmak gibi hiçbir hareket imkânı kalmadığı anda olası kastın isteme unsuru da mevcuttur. Bu anlamda (A)'nın kendisine, arabada bulunan kız arkadaşı (B)'ye ya da çok sevdiği arabasına bir şey olmamasını dilemesi, somut olayın hukuksal değerlendirilmesinde bir şey ifade etmemektedir. Dolayısıyla (A)'nın kastı yarışın başladığı anda mevcut olmasa da yarış sırasında mevcuttur. Ayrıca unutulmamalıdır ki, (A) çok hızlı bir şekilde hızlanan ve olası bir kazada kendisine bir şey olmaması amacıyla modifiye edilmiş arabasında kendisini bir tankın (panzer) içindeymişçesine gibi güvende hissetmekte ve böylece kendisini trafikte yer alan tüm diğer kişilerden üstün görmektedir. Kendi yaşam tarzında başkalarının hayat ve beden bütünlüğünü hiçe sayarak hareket eden (A), hiçbir şekilde her şeyin yolunda gideceğine ve yarışın kazasız bir şekilde sonuçlanacağına güvenemez. (A)'da haksız bir şekilde var olan böylesine bir güven hukuken korunmaya layık değildir. (A), (E)'nin ölümünü arzu etmemiş; ancak hukuken kabullenmiştir. Dolayısıyla sadece yarışı kazanmak amacıyla hareket eden ve bu amaç uğruna üçüncü kişilerin zarar görebileceği ihtimalini tamamen göz ardı eden (A)'ya (E)'nin ölümü sübjektif açıdan kasten adam öldürme suçundan dolayı isnat edilmelidir. Hiçbir şekilde tüm araba yarışlarında netice faile olası kast üzerinden isnat edilmelidir iddiasında bulunulmadan, somut olayın özellikleri bunu gerektirmektedir."⁷⁴

⁷⁴ LG Berlin, Urteil vom 27.02.2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2017, s. 471 vd. = BeckRS 2017, 102417).

Bu gerekçe ilk bakışta oldukça doyurucu ve bu nedenle de kabul edilebilir gözükmektedir. Ancak gerekçenin yasadışı araba yarışları sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanmaların toplumda yarattığı infialden bağımsız olarak, salt hukuksal bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda bazı eksikleri barındırdığı görülecektir. Özellikle kastın var olduğu kabul edilen zaman dilimi, failin kendisine de zarar vermesinin ceza sorumluluğuna etkisi, teşebbüs dilemması gibi hususlar gerekçeyi tartışmalı hale getirmeye müsaittir.

Gerçekten de somut olayın özellikleri dikkate alındığında, olası kastın bilme unsurunun dahi varlığını şüpheyeye düşürecek hususlar mevcuttur. Yukarıda da belirtildiği üzere olası kastın varlığı hususunda, isteme teorisinden hareket edildiği takdirde, failin psikolojik-manevi durumuna ilişkin kıstaslar da dikkate alınmalıdır. Somut olayda (A), birçok defalar araba yarışlarına katılmış, tüm hayatını araba yarışları çerçevesinde konumlandırmış bir kişidir. Bu nedenle (A) araba yarışına katıldığı zaman, tabiri caiz ise kendisine ait başka bir dünyada yaşamakta, bu dünyada hareket etmektedir; zira unutulmamalıdır ki yasadışı araba yarışına katılan herkes gibi (A) da kendi zayıflığını ve hiçlik duygusunu hayatta sahip olabildiği tek varlık olan arabasının direksiyonuna geçince bir süreliğine unutabilmekte; kısa bir süreliğine olsa da kendini diğer insanlardan ya üstün veya en iyi ihtimalle eşit seviyede görebilmektedir. Öyleyse, araba yarışlarına olan tutkunun TCK m. 32 anlamında bir akıl hastalığı kabul edilmediği düşünüldüğünde, (A)'nın ceza sorumluluğu hakkında karar verileceği zaman, her ortalama insanın yüksek hızlarda ve kırmızı ışık ihlallerinin üst üste yapıldığı bir yarışta, yarışa katılmayan üçüncü kişilerin ölümü veya en iyi ihtimalle yaralanmasına neden olabilecek kazaların meydana gelmesinin yüksek ihtimal dâhilinde olduğunu bilebilecek durumda olması, (A)'nın da aynı bilgiye sahip olduğu anlamına gelmeyecektir.⁷⁵ Bu zor hazmedilebilir sonuç TCK'nın da kabul ettiği isteme teorileri temelli kast öğretisinin doğal bir sonucudur.⁷⁶ Öyleyse (A)'nın psikolojik-manevi durumu tam olarak ortaya konulmalıdır: (A) bir taraftan kendisinin araba kullanma yeteneğine fazla değer atfetmekte diğer taraftan da üçüncü kişilerin beden bütünlüğünün hukuken koruma altında ol-

⁷⁵ Schneider, in: MüKo-StGB, § 212 kn. 23a dn. 117.

⁷⁶ Kıyaslayınız Jäger, in: JA 2017, s. 787; Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 87 vd.; Walter, in: NJW 2017, s. 1351 vd.; Zehetgruber, in: KriPoZ 2018, s. 359.

masını küçümsemekte ve bunların sonucu olarak da üçüncü kişilere ilişkin yarattığı tehlikeyi bilmemekte, bilememektedir. Oysaki tam da bu durumu ifade etmek için kullanılan bilinçsiz olası kast (*unbewusste Eventualdolus*) diye bir kavram bulunmamaktadır.⁷⁷

Ancak somut olayda bir şekilde bilme unsurunun varlığı kabul edildiği ve tartışmaya isteme unsuru odaklı devam edildiği hallerde de, olası kastın kabulüne şüpheyle yaklaşılmasına neden olacak hususlar mevcuttur. Bu hususlar şu şekilde ifade edilebilir:

Öncelikle kastın aranacağı zamana veya diğer bir ifadeyle failin kastının bulunması gereken ana ilişkin hususlar, (A)'ya neticenin bilinçli taksir çerçevesinde isnat edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Failin suçu işlerken kasta hangi anda sahip olması gerektiği hususunda TCK m. 21 herhangi bir açıklama içermemekle birlikte; genel olarak kabul edilen görüşe göre, failin suç oluşturan bir eylemi işlerken, o suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleştiğinin bilincinde olması ve suç yoluna (*iter criminis*)⁷⁸ girdiği andan itibaren o suça ilişkin kastla hareket etmesi gerekmektedir.⁷⁹ Diğer bir ifadeyle tipikliğin maddi unsurlarını oluşturan örneğin faillik niteliği, fiil, netice, nedensellik unsurları hakkında failin tasavvuru olmalı ve bu maddi unsurlar ile manevi unsurlar örtüşmeli (*Kongruenzprinzip*) ve bu tasavvur failin fiili icra ettiği sırada failde mevcut olmalıdır (*Koinzidenzprinzip*). Türkçeye eş zamanlılık prensibi olarak çevrilebilecek olan bu temel kurala göre, failin kastı tipikliği gerçekleştiren hareket ile aynı anda mevcut olmalıdır.⁸⁰ Öyleyse fiilin işlenmesinden önceki kast (*dolus antecedens*) gibi sonradan neticeye razı olma da (*dolus subsequenz*), failin olası kastla hareket edip etmediğinin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.⁸¹

Buna karşın Türk öğretisinin eş zamanlılık prensibini henüz tam anlamıyla eserlerine aktarmadığı, halen birçok eserde sonradan oluşan kast veya eklenen kast kavramlarına yer verildiği de görülmektedir.

⁷⁷ Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 91.

⁷⁸ Bilindiği üzere suç belli bir süreç içinde (hazırlık hareketleri, teşebbüs, icra, bitme ve sonlanma) işlenmektedir. Ceza hukuku doktrininde bu sürece suç yolu denilmektedir, Koca/Üzülmüş, s. 414; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 783; Özgenc, s. 485.

⁷⁹ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 551.

⁸⁰ Mahmutoglu/Karadeniz, s. 299 dn. 124.

⁸¹ Akbulut, s. 357; Koca/Üzülmüş, s. 167; Öztürk/Erdem, kn. 517 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 11 kn. 37 vd.; Kühl, § 5 kn. 22 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 89 vd.; ayrıca Hakeri, s. 229 vd.

Bu anlayış uyarınca kastın ortaya çıkış anı farklılıklar arz edebilir. İlk olarak konut sahibinin rızasıyla eve giren kişinin rızaya aykırı şekilde evden çıkmaması örneğinde olduğu gibi fail, başlangıçta hukuka uygun bir davranış içindeyken, daha sonra hukuka aykırı ve suç oluşturan bir harekette bulunabilir. İkinci olarak hırsızlığın yağmaya dönüşmesinde olduğu gibi failin malı vermeyen mağdura cebir ve tehdit uygulamasında halinde de icra edilen eylemin sonraki suçun unsuru olması söz konusu olabilir. Üçüncü ve son olarak da, yasadışı araba yarışları bakımından önem arz edebilecek bir durum olan, taksirle işlenen fiilin daha sonra meydana gelen kast ile kasıtlı fiile dönüşmesi gerçekleşebilir.⁸² Bu açıklamalar somut olay açısından oldukça önemlidir. İlk olarak (A)'nın kasten hareket ettiğinin sonradan oluşan kast veya eklenen kast kavramları ile açıklanabileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir düşünce yanıtıcı olacaktır; zira bu duruma örnek olarak bir kişinin taksir sonucu trafikte başka birine çarpması ve çarptığı kişinin düşmanı olduğunu anladıktan sonra bu kişiye yardım etmeyerek ölümüne sebebiyet vermesi gösterilmektedir.⁸³ Başka bir neticeye yönelmiş olarak oluşan kastın, failin ilk taksirli eyleminden de kasten sorumlu tutulmasına neden olacak bu düşünce tarzının somut olaya aktarılamayacağı ortadadır. Zira somut olayda (A)'nın (E)'nin arabasına taksirle çarptıktan sonra (E)'ye yardım etmeyerek veyahut başka bir şekilde onun ölümüne kayıtsız kaldığını gösteren hiçbir olgu mevcut değildir.

(A)'nın olası kast ile hareket ettiği sonradan oluşan kast veya eklenen kast kavramları ile açıklanamadığına göre, eş zamanlılık prensibinin de benzer sonuçlara ulaşacağı hayli hayli ortadadır.⁸⁴ (A)'nın (E)'nin ölümünden olası kast nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, (A)'nın hangi anda kasten hareket ettiğinin belirlenmesi ile mümkündür. Ne var ki somut olay zamansal çizelgede incelendiği zaman, *LG Berlin*'in iddialarının⁸⁵ aksine böyle bir anın belirlenmesi mümkün değildir. (A)

⁸² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 340 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 363; Demirbaş, s. 384 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 551 vd.; İçel, s. 435; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 298 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 259 vd., 266 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 527 vd.

⁸³ Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 300.

⁸⁴ Jäger, in: JA 2018, s. 470.

⁸⁵ LG Berlin, Urteil vom 27.02.2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2017, s. 471 vd. = BeckRS 2017, 102417).

araba yarışına başladığı andan araba yarışının son bulacağı ana kadar, tek bir amaç doğrultusunda hareket etmektedir, o da yarışı kazanmak. Bu belirlemenin önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır: Gerçekten de tehlike kastı ve zarar kastı ayrımı⁸⁶ çerçevesinde, (A) bir tehlike suçu olan trafik güvenliğini kasten tehlikeye düşürme suçundan (TCK m. 179/2) tartışmasız şekilde sorumlu tutulabilecektir, zira yasadışı araba yarışı ile bu suç tipi çerçevesinde korunan başkalarının hayatının, sağlığının veya malvarlığının tehlikeye sokulduğu açıktır. Ancak trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulmasının kabulü, otomatikman bu tehlike esnasında meydana gelen muhtemel yan neticeden, yani (E)'nin ölümünden, (A)'nın yine kasten sorumlu tutulması demek olmayacaktır; zira bunun kabulü için (A)'nın ölüm neticesine de dönük kastının mevcut olması gerekmektedir.⁸⁷ Oysaki

⁸⁶ Detaylar için Dönmezer/Erman, C. II, kn. 560 vd.

⁸⁷ Yargıtay'ın da benzer düşüncelerle hareket ettiği şu kararlarının mefhumu muhalifinden rahatlıkla çıkartılabilir, Yar. 12. CD, 24.04.2018, K: 2018/2224, K: 2018/4709: "Olay tarihinde sanığın, bir süredir tanıdığı tanık ile gece saatlerinde alkol aldıktan sonra, birlikte bir otele gittikleri, Amina'nın yakalaması olduğunu bu sebeple otele giriş yapamayacağını sanığa söylediği ancak sanığın kendisinin halledeceğini söylemesiyle burada bir süre buldukları ve alkol almaya devam ettikleri, daha sonra sanığın, çalıştığı şirkete ait ancak işi gereği kendi kullanımında olan kamyonet tipi araçla yanında tanık da bulunduğu halde Dikili'den Bergama'ya doğru Çanakkale İzmir karayolundaki bölünmüş tek yönlü yolda seyre başladıkları, tanığın sanığa alkollü olduğunu yol üzerinde uygulama olabileceğini, ehliyetinin alınabileceğini, kendisinin de yakalaması olması dolayısıyla yakalanabileceğini hatırlatmasına rağmen, sanığın kendi beyanına göre uzun süredir bu bölgede şirket aracıyla seyahat etmesi dolayısıyla avucunun içi gibi bildiği karayolu üzerindeki Ovacık Bölge Trafik Müdürlüğü önünde devamlı trafik uygulaması yapıldığını da bildiği halde bu güzergâhtan seyrine devam ettiği, saat 02.15 sıralarında bölge trafik önüne geldiğinde, 7 metre genişliğinde çift şeritli sağ tarafında 4,5 metre emniyet şeridi ve aydınlatması bulunan yolda çarpma noktasından yaklaşık 138 metre evvelden başlamak üzere ilk ikisi ışıklı olmak üzere dubalarla sağ şerit üzerindeki kontrol noktasına araçların yönlendirildiği, üzerinde reflektörlü yelek bulunan görevli polis memuru tarafından elindeki fenerle orta şerit çizgisi üzerinden ikaz dubalarının yanından kendisine durması konusunda ikaz verilmiş olmasına rağmen, hızını kesmeyerek seyrine devam ettiği, ilk ikazda bulunan memurun sanığın durmayacağını anlayarak kendisini orta refüje doğru atarak kurtulduğu, bu sırada durdurulan bir aracın işlemleriyle ilgilenmek üzere yolun sağındaki emniyet şeridinde tepe lambası çalışır vaziyette olan ekip aracı yanında bulunan polis memurunun da sanığı fark etmesiyle sol şeride doğru yönelerek kendisini durdurmak üzere elindeki fenerle işaret yapmasına rağmen yine hızını azaltmayarak aynı hızla sol şeridi takiben ilerlediği sırada orta şerit çizgisinin hemen sağında polis memuruna çarptığı, polis memurunun 3-4 metre havaya kalktıktan sonra yaklaşık 31 metre uzağa savrulup sağdaki emniyet şeridine düşerek vefat ettiği, sanığın idaresindeki aracın takip sistemine ait verilerden

tek amacı yarışı kazanmak olan (A) açısından meydana gelen kazanın ve bunun neticesi olan (E)'nin ölümünün, (A) açısından hem öngörül-müş hem de kabullenilmiş, razı olunmuş bir netice olmadığı, aksine (E)'nin ölümünün, (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş olan bir netice olduğu aşikârdır; zira yarışı kazanmanın tek koşulu (A)'nın yarışı kaza yapmadan tamamlayabilmesidir.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle ne (A)'nın gaz pedalına ilk kez bastığı an olan yarışın başladığı andan ölüm neticesinin meydana geldiği ana kadar ne de (A)'nın son kırmızı ışık ihlali yaptığı andan ölüm neticesinin meydana geldiği ana kadar yarattığı trafik güvenliğine ilişkin tehlike ve buna ilişkin kastı, tek başına (E)'nin ölümüne ilişkin de kastının kabul edilmesi sonucunu

anlaşıldığı üzere yaklaşık 140 km hızla, 154 promil alkollü olarak olay mevkiine geldiğinde alkollü olması ve ehliyetinin işinin bir parçası olması sebebiyle ehliyetine el konulmasını istemediğinden ayrıca yanındaki arandığını bildiği arkadaşının yakalanmaması amacıyla kendisine yeterli mesafeden alınmış önlemlerle birlikte yapılan dur ikazlarına rağmen hızını hiç azaltmadığı, bu şekilde seyrettiğinde kendisine müdahalede bulunulacağını ve müdahalede bulunan polis memurlarından birine çarpıp ölümüne yol açabileceğini öngörmesine rağmen, yakalanmamak için eylemine devam edip seyrini sürdürmekle meydana gelecek neticeyi kabullendiği anlaşılmakla, sanığın eylemini olası kast ile işlediği ve olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılması yerine suç vasfında yanılığa düşülerek, bilinçli taksir hükümleri uygulanmak suretiyle, mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yar. 12. CD, 18.12.2014, E: 2014/12325, K: 2014/26027: "Olay tarihinde gece saat 01:15 sıralarında emniyet müdürlüğüne gelen ihbarda sanığın idaresinde bulunan otomobilde yüklü miktarda ayırturucu olabileceğinin bildirilmesi üzerine görevli polis memurlarının yol ayırımında barikat kurdukları, aracıyla kontrol noktasına gelen, dur ihtarına uymayan sanığın, görevlilerce silah ile uyarı atışı yapmalarına rağmen yine durmayarak barikatı geçtiği ve müşteki polis memurunun da bulunduğu uygulama noktasına geldiği, bu sırada polislerin tepe lambaları açık olan araçları ile yolu kapatacak şekilde durup el fenerleri ile sanığı uyardıkları, ancak sanığın durmayarak kendi beyanına göre 140 km, müştekinin ve tanığın beyanına göre aracın hızının 160 km olacak şekilde müştekinin bulunduğu banket kısmına aracı sürmesi üzerine, müştekinin gelen araçtan korunmak ve kendisini korumak için banketin kenarına attığı, bu esnada vücudunda hayat fonksiyonlarını orta derecede etkileyecek şekilde yaralandığı olayda; ilgili iddianamede sanık hakkında yaralama suçundan dava açıldığı ve mahkemenin yaralama eylemini TCK'nın 44. maddesi kapsamında değerlendirdiği oysa yaralanan mağdurun şikayetinin devam ettiği olayda sanığın idaresindeki araçla güvenlik önlemi alınıp defalarca dur ihtarına rağmen uyarılara uymayıp 140-160 km hızla olay yerinden kaçmak için müştekinin üzerine aracı sürerek meydana gelecek zararı öngörmesine rağmen eyleme devam ettiği olayda olası kastın unsurlarının oluştuğunun gözetilmemesi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır."

⁸⁸ Jäger, in: JA 2017, s. 787; Krell, in: HRRS 2018, s. 241; Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 90 vd.

doğurmayacaktır.⁸⁹ (A)'nın birçok kere kırmızı ışık ihlali yapması da sonucu değiştirmeyecektir;⁹⁰ zira (A)'nın kaza yapma riski her kırmızı ışık ihlalinde aynı seviyededir.⁹¹ Diğer bir ifadeyle (A)'nın ilk kırmızı ışık ihlalinin yaptığı anda kaza yapma oranı ne ise, ikinci, üçüncü, beşinci, yüzüncü kırmızı ışık ihlali yaptığı anda da kaza yapma riski aynıdır.⁹² Aksinin kabulü, yani örneğin üçüncü kez kırmızı ışık ihlali yaptığı anda kaza yapma riskinin daha önce iki kere daha kırmızı ışık yaptığından bahisle arttığını iddia etmek, varsayımsal nedenselliğe önem atfetmek olur. Ancak varsayımsal nedenselliğin dikkate alınmayacağı, bugün ceza hukuku öğretisinin üzerinde fikir birliği sağladığı konulardan biridir.⁹³

Bütün bunların dışında başka bazı gerekçeler de somut olayda (A)'nın bilinçli taksirle hareket ettiğini gösterir niteliktedir:

Bu hususta altı çizilmesi gereken ilk nokta (A)'nın ölüm neticesine ilişkin bir saikinin bulunmadığıdır. İsteme unsuru, olası kastın bir unsuru kabul edildiğine göre, saikin olası kast - bilinçli taksir ayrımında rol üstlenmesi kaçınılmazdır. Öğreti bu durumu, failin neticeyi kabullenmek için herhangi bir saikinin olmadığı haller olarak ifade etmekte ve failin kendisini de tehlikeye soktuğu hallerde bilinçli taksirin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.⁹⁴ Bu duruma örnek

⁸⁹ Alexander Bechtel, "Die Raser-Fälle als Katalysator vorsatzdogmatischer Diskussion", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 115.

⁹⁰ Yar. 12. CD, 01.02.2016, E: 2015/4455, K: 2016/935: "Sanığın idaresindeki otomobili ile bölünmüş tek yönlü 3 şeritli asfalt kaplamalı düz yolda gündüz vakti seyir halinde iken olay mahalli ışık kontrollü 4 yönlü kavşağa geldiğinde CD tutanağı, tarafsız tanık beyanı ve trafik bilirkişi raporuna göre, sanığın kendi yönüne kırmızı yanan trafik ışığında durmayarak kavşağa girmesi ve solundaki yoldan kendine yeşil ışık yanmasıyla harekete geçerek kavşağı yarıl原因an ölenin sürücüsü olduğu motosiklete kavşak içerisinde çarpması sonucu, motosiklet sürücüsünün ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda; kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen bilerek kırmızı ışıkta kavşağa girerek yeşil ışıkta geçen motosiklete çarpan sanığın eyleminde, TCK'nın 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümlerinin uygulanma şartlarının oluşmadığının anlaşılması ve mahkemece tayin edilen ceza miktarında bir isabetsizlik görülmemesi karşısında tebliğnamedeki bozma görüşüne iştirak edilmemiştir."

⁹¹ Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 89.

⁹² Jäger, in: JA 2017, s. 787.

⁹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 284; Centel/Zafer/Çakmut, s. 270; Koca/Üzülmez, s. 137; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 239; Öztürk/Erdem, kn. 380.

⁹⁴ Bosch, in: Jura 2018, s. 1234 vd.; Eisele, in: JuS 2018, s. 493; Jäger, in: JA 2018, s. 471;

olarak, failin trafikte yüksek hızlarda ve makas atarak aracını sevk ve idare etmesini göstermektedir.⁹⁵ (A)'nın araba yarışına kamikaze niyetiyle katıldığına dair en küçük emare mevcut olmadığı somut olaya, bu düşünce olduğu gibi aktarılabilir. Kaldı ki, (A)'nın kendisine, kız arkadaşı (B)'ye ve arabasına bir şey olmasını istemediği bir durumda, trafikte yer alan diğer sürücülerin hayat ve beden bütünlüğüne zarar vermeyi istediğini belirtmek, mefhumu muhalifinden örneğin karşıdan karşıya geçen yayanın o sırada yolda seyretmekte olan ve kendisine çarpmamak için direksiyon kıran ancak son tahlilde ölen ya da yaralanan araba sürücünün ölümünü veya yaralanmasını istemiş ve buna razı olmuş olduğunu iddia etmek gibi olacaktır.⁹⁶ Böyle bir kabulün ise mümkün olmadığı Yargıtay tarafından da net bir şekilde ifade edilmektedir. Yargıtay bir kararında yayanın taksirden sorumlu olacağını,⁹⁷ bir kararında ise yayanın taksirden dahi sorumlu olmaya-

farklı görüş Kubiciel/Wachter, in: HRRS 2018, s. 334 vd.; Vavra/Holznagel, in: ZJS 2018, s. 564; Rita Vavra/Sascha Holznagel, "Der bedingte Tötungsvorsatz in der Rechtsprechung des BGH", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s. 471.

⁹⁵ Roxin, Band I, § 12 kn. 32.

⁹⁶ Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 85.

⁹⁷ YCGK, 18.02.2014, E: 2013/12-10, K: 2014/80: "Suç tarihinde sanığın seyir halinde olan araçların geçişini beklemeden sol taraf orta refüj aralığından yola inip sol şerite geçmek suretiyle motosiklet sürücüsü A'nın kendisine çarpmasına ve meydana gelen kaza sonucu ölümüne neden olduğu olayda, yolun karşı tarafına geçmeden önce seyir halinde olan araçları dikkate alma ve geçiş için emniyetli ortamın oluşmasını taşıt yolunun dışında bekleme yükümlülüğü olduğu halde, bu yükümlülüğe uymayarak ve böylece kendisi için öngörülmuş trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle yola çıkan sanık, bu davranışı ile bir kazaya sebep olacağını, bir aracın kendisine çarpabileceği gibi, çarpmamak için direksiyonu kırmak suretiyle seyir düzenini bozup başka bir yaya veya araca da çarpabileceğini, böylece kendisi dışındaki kişilerin yaralanma veya ölüm sonucunun meydana gelme ihtimalini düşünüp bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekirken söz konusu yükümlülüğe uymamış, böylelikle trafiğin tüm unsurlarının sorumlulukları ile ilgili düzenlemeler öngören ve hem yayaların hem sürücülerin can güvenliklerini koruma amacı güden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle ortak hayat tecrübesine göre öngörülebilir ölüm neticesini öngörmeden hareket etmiştir. Sanığın yola inme hareketinin iradi olması ve fakat meydana gelen ölüm neticesinin iradi olmaması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, olayın oluş şekline göre öngörülebilir olmasına rağmen sanık tarafından ölüm neticesinin öngörülememiş olması ve Türk Ceza Kanunu'nda öldürme suçunun taksirle de işlenebileceğinin hüküm altına alınmış bulunmasına göre, somut olayda, 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesi uyarınca taksirin şartları ve 85. maddesi uyarınca taksirle ölüme neden olma suçunun unsurları gerçekleşmiş olduğundan yaya olan asli kusurlu sanığın hukuki sorumluluğunun yanında cezai sorumluluğunun da mevcut olduğu kabul edilmelidir."

çağını⁹⁸ belirterek, çelişen kararlar vermiş ise de, konuyu hiçbir zaman haklı olarak olası kast çerçevesinde değerlendirmemiştir.

Son olarak belirtilmesi gereken husus ise, (E)'nin ölümünün (A)'ya olası kast çerçevesinde isnat edilmesinin yol açacağı teorik bazı zorluklardır:

Somut olayda olası kastın varlığının kabul edilmesi halinde karşılaşılabilecek ilk teorik problem birlikte faillik dilemmasıdır. (A)'nın olası kast ile hareket ettiğinin kabul edilmesi halinde, araba yarışına katılan ancak kaza yapmayan diğer sürücü olan (C)'nin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği muğlak kalacaktır; zira (A)'nın olası kast ile hareket ettiği kabul edilecek olursa (C)'nin de (E)'nin ölümünden birlikte fail olarak sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak bu, oldukça büyük

⁹⁸ Yar. 12. CD, 20.09.2011, E: 2011/4878, K: 2011/1530: "Taksirle öldürme suçunda; alkollü olan sanık yayanın aniden yola çıkarak trafik kazasına sebebiyet vererek araç sürücüsünün ölümüne sebebiyet verdiği olayda yayanın sebebiyet verdiği trafik kazasından dolayı sanık olup olmayacağı sorunu öncelikle çözümlenmesi gerekmektedir. Yayanın kusurlu olmaları tazmini sorumluluğu gerektirir. Meydana gelen kazadan dolayı cezai sorumluluğun var olduğu kabul edilemez. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu başkanlığı yayanın olayda 6/8 oranında asli kusurlu olduğunu belirtse bile sanığın beraati gerekir. Yayanın karşıdan karşıya geçerken kendisine motorlu bir vasıtanın çarpacağı ve bu vasıtada bulunanların yaralanacağını öngörebilmesinin kabulü toplumda yaygın olan ortak düşünceye aykırıdır. Yayanın motorlu taşıt sürücülerine zarar vereceklerini, bu nedenle daha fazla basiretli davranmaları gerektiğini bildikleri ve cezalandırılmaları gerektiği kabul edilemez. İntihar etmek için kendisini hızla gelen otomobilin altına atan ve kazaya neden olan şahsın amacı, kendi yaşamına son vermek olup sürücünün yaralanabileceğini de önceden görebileceği söylenemez. Bu nedenle taksirin neticinin öngörülebilmesi unsuru bu gibi olaylarda gerçekleşmemiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda yayalarla ilgili düzenlemelerde uyacakları kuralları belirtilmiş, ışıklı işaret veya yetkili kişilerin bulunmadığı geçitlerde veya kavşaklarda güvenlikleri açısından araçların uzaklık ve hızını göz önüne almaları, yolu kontrol ederek kendi güvenliklerini sağladıktan sonra en kısa zamanda taşıt yolunu geçebilecekleri hükme bağlanmıştır. Belirtilen kurallara uymayanlar hakkında ise idari para cezasına hükümlenacaktır. Kanun koyucu tarafından da yayanın kendi can güvenliğini sağlaması için bir takım kuralları konulmuş, trafik kazaları ile ilgili 81. madde ve devami maddelerinde sadece sürücülerden bahsedilmiş, yayaların motorlu taşıt sürücülerine veya başkalarına verebilecekleri zararlardan dolayı cezai sorumlulukları yönüne gidilmemiştir. Ayrıca ister kasti, isterse taksirli olsun, bir fiilin cezalandırılabilmesi için uygunluk, elverişlilik, yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Bir yayanın motorlu taşıt vasıtasına çarpmasında bu koşulların gerçekleştiği öne sürülemez. Örneğin bir yayanın otobüse çarpması halinde meydana gelen kazada otobüs içindekilerin ölmesinde veya yaralanmasında, aranın bu yeterlilik, elverişlilik ve uygunluk koşulları yoktur. Bu nedenle trafik kazasına karışan yayanın TCK'nın 85 veya 89. maddeleri gereğince cezalandırılması Ceza Hukukunun vurgulanan bu temel kriterlerine aykırıdır."

bir çelişkiyi beraberinde getirecektir; zira araba yarışında birbirlerine rakip olan ve bu nedenle birbirlerinin bir şekilde yarış dışı kalmasını temenni eden (A) ve (C)'nin, (E)'nin ölümü söz konusu olduğunda birlikte suç işleme kastıyla hareket ettiklerinin kabul edilmesi hiç de makul değildir.⁹⁹

Karşılaşılabilecek ikinci problem ise teşebbüs dilemması olarak adlandırılabilir. Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışması bu çalışmanın kapsamında olmamakla birlikte,¹⁰⁰ yasadışı araba yarışlarında sürücülerin olası kastla hareket ettiğinin kabul edilmesi ve olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün imkân dâhilinde görülmesi halinde, şans eseri hiç kimseye bir şey olmadığı durumlarda, sürücülerin yarış boyunca yolda bulunan herkese karşı ayrı ayrı olası kastla adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmaları gerekecektir. Bunun da makul olmadığı her türlü izahtan varestedir.¹⁰¹

B. (A)'nın Ceza Sorumluluğu Hakkında De Lege Ferenda Çözüm Önerileri

Şehir merkezinde 150-160 km/h sürat ve birçok defalar kırmızı ışık ihlali yapan (A)'nın, kendisine yeşil ışık yanması sonrası tüm trafik kurallarına uygun bir şekilde kavşağın diğer tarafına geçmek üzere hareket eden arabaya çarpması, bunun sonucunda da yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölmesi ve bu neticenin (A)'ya yalnızca bilinçli taksir çerçevesinde isnat edilmesi tüm yönleriyle hukuken tek doğru sonuç olarak görülse de, ulaşılan bu sonucun bazı yönleriyle zor hazmedilebilir olduğu da bir gerçektir. Diğer taraftan ise ceza hukukunun sırf toplumda oluşan infiale cevap vermek adına, olası kast – bilinçli taksir arasındaki ayrımı bulanıklaştırması da bir o kadar yanlış olacaktır.

Bu ikilemden kurtulmanın bazı yolları mevcuttur. Çok uzun bir zamandan bu yana olası kast – bilinçli taksir ayrımına yer veren ülke-

⁹⁹ Bosch, in: Jura 2018, s. 1235; Eisele, in: JuS 2018, s. 494; Jäger, in: JA 2017, s. 788; Jäger, in: JA 2018, s. 471; Momsen, in: KriPoZ 2018, s. 82 vd.

¹⁰⁰ Detaylar için Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 290 vd.

¹⁰¹ Bosch, in: Jura 2018, s. 1235; Jäger, in: JA 2017, s. 788; farklı görüş Kubiciel/Hoven, in: NStZ 2017, s. 442.

lerde, hukukçular kast ve taksir dışında üçüncü bir manevi unsurun kabul edilip edilemeyeceğini, kabul edilebilecekse de bunun içeriğinin nasıl doldurulması gerektiğine ilişkin tartışmalar yürütmektedirler. Bu çerçevede kendisine özel bir yer edinmiş bir görüş, *common law* memleketlerinde kendine yer bulan, hem olası kastı hem de bilinçli taksiri doğrudan kast ve basit taksir arasında tek başlık altında üçüncü bir kategori olarak konumlandırılan, Türkçeye kayıtsızlık olarak çevrilebilecek *recklessness* kurumunun olası kast - bilinçli taksir ayırımına çözüm olduğunu iddia etmektedir.¹⁰²

Bu iddianın doğru olup olmadığının tespiti, başlı başına ayrı bir çalışma konusu olacak kadar detaylıdır; dolayısıyla bu soruya bu çalışmada yanıt aranmayacaktır. Ancak şu noktanın altı çizilmelidir: Üçüncü bir manevi unsur türünün kabul edilmesi, bugün yapılacak bir yasanın yarın yürürlüğe girmesi kadar hızlı ve basit olmayacaktır; zira böyle bir değişiklik manevi unsura ilişkin tüm bilinenlerin yalnızca revize edilmesini değil, ayrıca tüm suç tiplerinde yasal değişikliklerin yapılmasını da gerekli kılacaktır.

Bundan dolayı mikro ölçekli çözüm önerileri üzerinde düşünmek daha gerçekçi olacaktır. Bununla anlatılmak istenen husus şudur: (A)'nın kasten hareket ettiği kabul edilecek olursa, neticeye göre (A) ya TCK m. 81 ya da TCK m. 86 uyarınca cezalandırılacak; buna karşın (A)'nın taksirle hareket ettiği kabul edilecek olursa, neticeye göre (A) ya TCK m. 85 ya da 89 uyarınca cezalandırılacaktır. Hangi durum gerçekleşirse gerçekleşsin, (A)'nın kasten hareket ettiği kabul edilecek olursa alacağı ceza miktarı, taksirle hareket ettiği kabul edildiği halde alacağı cezadan çok daha fazla olacaktır. Olası kast nedeniyle cezada indirim yapılması (TCK m. 21/2) veya bilinçli taksir nedeniyle cezada artırım yapılması (TCK m. 22/3) da bu sonucu değiştirmeyecektir.¹⁰³

¹⁰² Tartışmalar için Bozbayındır, s. 275 vd., 281 vd.; Roxin, Band I, § 12 kn. 74.

¹⁰³ Yine somut olayda her halükarda TCK m. 179/2 hükmünün ihlal edilmiş olması da, (A)'nın alacağı cezada herhangi bir artırımı neden olmayacaktır; zira adam öldürme veya adam yaralama eylemlerini düzenleyen normlar ile TCK m. 179/2 normu arasındaki ilişkinin fikri içtima kuralları çerçevesinde çözümlenmesini isteyen görüş de zarar suçu netice suçu çerçevesinde çözümlenmesini isteyen görüş de, farklı gerekçeler ile aynı sonuca ulaşmaktadır, Yar. 12. CD, 02.05.2016, E: 2015/9636, K: 2016/7620: "Olay tarihinde, sanığın idaresindeki aracı ile meskun mahalde yer alan kontrollü kavşakta kendi yönüne yanan kırmızı ışıkta durmayarak yoluna devam etmesi sonucu yaralamalı trafik kazasına sebebiyet verdiği olayda, TCK'nun Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma başlıklı 179. maddesinin 2. fıkrası

Görüldüğü üzere yürürlükteki hukuk, (A)'nın ceza sorumluluğu hakkında değerlendirme yapacak olan hukukçuyu, vicdanı ile suç teorisinin öngördüğü temel kavramlar arasında sıkıştırmaktadır. Diğer taraftan da (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesi noktasında sırf suçun kast ve taksirle işlenmiş olması arasında ciddi bir farkın mevcut olması ve somut olayın kendine has özelliklerinden dolayı, olası kast – bilinçli taksir arasındaki ayrımın muğlaklaştırılmaması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. İşte böylesi durumlarda kanun koyucunun devreye girmesi uygun olacaktır. Almanya'da da çok yakın tarihte böylesi bir süreç yaşanmıştır. Faillerin kasten hareket ettiğini kabul eden ve bu nedenle failleri § 211 StGB uyarınca nitelikli kasten adam öldürme suçundan dolayı müebbet hapis cezası ile cezalandıran *LG Berlin*'in kararını¹⁰⁴ fazla sert (*zu hart*); buna karşın yürürlükteki hukukun sunduğu olanaklar çerçevesinde elinde başka imkânı olmayan ve bu nedenle beş yıla kadar hapis cezası öngören taksirle adam öldürmeyi düzenleyen § 222 StGB uyarınca faillerin ceza sorumluluğunun doğduğunu kabul eden *BGH*'nin kararını¹⁰⁵ ise fazla yumuşak (*zu mild*) bulan kanun koyucu, yasadışı araba yarışlarını özel olarak düzenleme ihtiyacı görmüştür. 13.10.2017 tarihinden bu yana Alman Ceza Kanunu'nun 315d paragrafı (§ 315d StGB) yasadışı araba yarışlarını düzenlemektedir. Bu hükmün çalışmanın konusunu ilgilendiren kısmına göre *“her kim yasadışı araba yarışı sırasında neden olduğu kaza sonucu bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olursa on yıla kadar, hafif hallerde ise altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*¹⁰⁶

sında kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişinin eylemini suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suç tehlike suçu olup, somut olayda ise katılanların yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu ve bu suçtan mahkumiyetine karar verildiği dikkate alındığında; trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, beraat hükmü tesisi kanuna aykırıdır.” Detaylı bilgiler için Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 759 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 875 vd.

¹⁰⁴ *LG Berlin*, Urteil vom 27.02.2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) (*Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)*, 2017, s. 471 vd. = BeckRS 2017, 102417).

¹⁰⁵ *BGH*, Urteil vom 01.03.2018 - 4 StR 399/17 (*Juristische Rundschau (JR)*, 2018, s. 340 vd. = *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)*, 2018, s. 409 vd. = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2018, s. 1621 vd. = BeckRS 2018, 2754).

¹⁰⁶ Detaylar için Bernd Hecker, § 315d StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst,

Tüm bu açıklamalar ışığında ortaya çıkmaktadır ki, trafikte yer alan herkesin hayatını sorumsuzca tehlikeye atan (A) hakkında, TCK'nın sunmuş olduğu imkânların yetersiz olduğu düşünülüyorsa, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın muğlaklaştırılması yerine, yapılması gereken TCK m. 81, 85, 86 ve 89'un öngördüğü cezaların birbirleriyle olan ilişkilerini de dikkate alarak yeni bir suç tipi ihdas etmek olmalıdır. Böylesi bir değişikliğin getireceği avantajlar da ortadır. İlk olarak trafikte başkalarının can ve mal güvenliğini tehlikeye atan kimselerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususu, birbirine çok benzeyen olaylarda çok farklı sonuçlara yol açan ve bu yönüyle de özellikle hukukçu olmayanların gözünden hukuk güvenliğinin sorgulanmasına sebep olan olası kast - bilinçli taksir ayrımından bağımsızlaştırılmış olacaktır. İkinci olarak da, netice sebebiyle ağırlaşmış suç kavramını sadece kast - taksir kombinasyonu çerçevesinde ele alan, buna karşın taksir - kast veyahut taksir - taksir kombinasyonlarında ve dolayısıyla yasadışı araba yarışları sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanmalı kazalarda uygulama alanı bulamayan TCK m. 23 hükmünde bir değişiklik gerekip gerekmediği tartışmasına gerek kalmayacaktır.

III. OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ VE YASADIŞI ARABA YARIŞLARI

Ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan yasadışı araba yarışları söz konusu olduğunda cevaplanması gereken diğer bir soru, yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölümünün kazaya karışmayan ancak yasadışı araba yarışına eşlik eden diğer arabadaki sürücü (C) ve co-pilot (D)'ye objektif olarak isnat edilip edilemeyeceğidir. Ayrıca yasadışı araba yarışına sürücü olarak değil ancak co-pilot olarak, isteyerek eşlik etmiş olan (B)'nin ölümünün (A), (C) ve (D)'ye objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği de üzerinde tartışılması diğer bir konudur. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde öncelikle (E)'nin ölümü, (C) ve (D) açısından değerlendirilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, konu özellikle sürücü olarak yasadışı araba yarışına eşlik etmiş olan (C) açısından ele alınacaktır. (D)'nin ceza sorumluluğu hususunda ise

kısa bir açıklama yeterli olacaktır. (B)'nin ölümünün (A), (C) ve (D)'ye objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği hususunda ise, konunun kişilere göre ayrı ayrı değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır; zira bu noktada asıl cevaplanması gereken soru, bir yasadışı araba yarışına katılacağı bilinci ile hareket eden (B)'nin vermiş olduğu rızanın hukuken nasıl değerlendirilmesi hususunda toplanmaktadır.

A. (E)'nin Ölümü (C) ve (D)'ye Objektif Olarak İsnat Edilebilir Mi?

1. (E)'nin Ölümü İle İlgili Olarak (C)'nin Ceza Sorumluluğu

(C)'nin ceza sorumluluğuna ilişkin açıklamalardan anlaşılması gereken, bilinçli taksir ile hareket eden (A)'nın yapmış olduğu kaza sonucu yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölümünün, kazaya karışmayan ancak araba yarışına katılan sürücü (C)'ye isnat edilip edilemeyeceği hususudur.¹⁰⁷ Yargıtay bu soruya, nedensellik bağı bulunmaması gerekçesiyle olumsuz yanıt verirken,¹⁰⁸ Stuttgart İstinaf

¹⁰⁷ Diğer bir ifadeyle, (C)'nin TCK m. 179/2 hükmünü ihlal etmesi sebebiyle, her hâükarda trafik güvenliğini kasten tehlikeye düşürme suçundan sorumlu olacağı tartışmasız olsa da, tartışmalı olan husus (A)'nın bilinçli taksir nedeniyle sebep olduğu (E)'nin ölüm neticesinden (C)'nin sırf yasadışı araba yarışına katılması sebebiyle sorumlu olup olmayacağıdır.

¹⁰⁸ Yar. 12. CD, 15.05.2014, E: 2013/10569, K: 2014/11944: "28.03.2010 günü akşam üzeri saat 18.00-18.30 arası sanık sürücünün yönetimindeki spor model iki kapılı otomobille ile diğer sanık sürücünün ise yönetimindeki otomobille, yanında ölen arkadaşları ve tanık olduğu halde, birbirleriyle, akan trafik içinde üç tur 150 km ye yakın tehlikeli hızlarla aralarında yarış yaptıkları, en son saat 18.35 sıralarında, sanık sürücünün, yönetimindeki otomobille yerleşim yeri dışındaki, yüzeyi kuru ve asfalt kaplama, hafif iniş eğimli, asfalt kaplama üzerindeki 3 m genişliğindeki paralel iki devamlı çizgi ile oluşturulan alanla bölünmüş hale getirilmiş, seyir kesimlerinin genişliği 7'şer m. olan, 2'şer şeritli, kesiksiz yol şerit çizgileri ve her iki yanında banketi bulunan, görüşü açık yolda, önünde yönetimindeki otoyla giden diğer sanık ile 4. kez yarış halinde, savunmalarına göre 140 km civarındaki tehlikeli bir hızla akan trafik içinde seyir halindeyken, olay yeri olan korkuluksuz sola sert viraja geldiğinde, sol şeritten önünde yine aşırı süratle seyir halindeki sanığın yönetimindeki otomobili geçebilmek için, -paralel iki çizgi arası boşluk şeklindeki orta refüjü geçip diğer yol bölümüne girerek ilerde kestirmeden sanığın önüne geçmek için orta ayırıcıya girdiği ancak ayırıcı alanındaki sola viraj trafik işaret levhasına çarpmamak için manevra yaparken aracın sağ arka bölümüyle levhaya çarpmasıyla seyir dengesi bozularak dönmeye başlayan ve yanlamasına diğer yol kesimine geçen aracının direksiyon hâkimiyetini kaybederek, aracın sağ arka kesimiyle karşı yönden gelen sağ şeritte nizami şekilde seyir halindeki katılan sürücünün yönetimindeki otomobilin sol ön kısmına onun şeridinde çarparak, çarptığı araçtaki 4 katılanın ikisi ağır olmak üzere yaralanmalarına ve kendi aracındaki

Mahkemesi (*OLG Stuttgart*) nedensellik bağının varlığını kabul etmekle birlikte böylesi bir isnadiyetin son tahlilde mümkün olmayacağına karar vermiştir.¹⁰⁹ Buna karşın *BGH* hem nedensellik bağının hem de objektif isnadiyetin tüm şartlarının gerçekleştiğini belirterek tam aksi yönde görüş bildirmiştir.¹¹⁰ Öğreti ise herkesin yalnızca ve yalnızca kendi kusurundan sorumlu tutulması gerektiğini ifade şahsilik ilkesinin yani kişinin kendisinden sorumluluğu ilkesinin (*Selbstverantwortungsprinzip*) kaza yapmayan ancak yasadışı araba yarışına katılan sürücüler için de pek tabii ki geçerli olacağını ve bu nedenle (A)'nın taksirli hareketinin sonucu olan (E)'nin ölüm neticesinin (C)'nin sorumluluk alanına transfer edilemeyeceğini kabul etmekte;¹¹¹ ancak son tahlilde karayollarında trafiği düzenleyen normlara atıf yapmak suretiyle (C)'nin bizzat kendi taksirli hareketleri sonucu taksirle adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.¹¹²

yolcunun da ölümüne neden olması şeklindeki olayda, sanık sürücünün, diğer sanıkla birlikte kontrolsüzce, aşırı hızla, son derece tehlikeli şekilde seyrederek akan trafik içinde aynı gün birden çok kez ve olay anında yarış yaptığı hususunda, sanık savunmaları ve tanıkların anlatımlarıyla sabit ise de, sanığın, olay sırasında sanık sürücünün seyir dengesinin bozulmasına ve bölünmüş yolun diğer bölümüne geçip kaza yapmasına neden olacak, aracıyla diğer aracın şeridini kapatmak, aracı sıkıştırmak, önüne kırmak, çarpmak veya sürtmek gibi bir eylemde veya fiziki temasta bulunmadığı, salt onunla yarış halinde tehlikeli bir şekilde seyretmesiyle kaza olayı ve sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralanmalar arasında ceza hukuku anlamında uygun illiyet bağı bulunmayıp, olayın tümüyle sanık sürücünün kural dışı ve tehlikeli hareketleri nedeni ile meydana geldiği ve sanığın kural dışı eylemlerinin bütün halinde, taksirle öldürme suçunu düzenleyen TCK'nın 85/2. maddesinin değil, aynı kanunun trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu düzenleyen 179/2. maddesinin ağır derecede ihlalini oluşturacağını gözetilmemesi ve isabetsiz değerlendirilmeyle sanığın atılı taksirle öldürme suçundan beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."

¹⁰⁹ *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 19.04.2011 – 2 Ss 14/11 (*Juristische Rundschau* (JR), 2012, s. 163 vd.).

¹¹⁰ *BGH*, Urteil vom 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (*Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2009, s. 148 vd. = *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2009, s. 1155 vd. = *BeckRS* 2009, 1187 = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHSt) Band 53, s. 55 vd.); aynı yönde *OLG Celle*, Urteil vom 25.04.2012 – 31 Ss 7/12 (*Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* (NZV), 2012, s. 345 vd.); *LG Köln*, Urteil vom 14.04.2016 – 117 Kls 19/15 (*BeckRS* 2016, 17841).

¹¹¹ *Jakobs*, § 7 kn. 59; *Kühl*, § 4 kn. 84; *Otto*, § 6 kn. 49; *Tonio Walter*, Vor § 13 StGB, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (LK-StGB), Band 1, 12. Auflage, *Walter de Gruyter*, Berlin, 2007, kn. 103.

¹¹² *Tamina Preuß*, "Fahrlässige Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens – Anmerkung zu *LG Köln*, Urteil vom 14. April 2016 – 117 Kls 19/15 = *BeckRS* 2016, 17841", in: *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum*

Çalışmanın bundan sonraki bölümünde öncelikle Yargıtay'ın nedensellik bağı çerçevesinde konuya yaklaşımı irdelenecek, daha sonra da konu objektif isnadiyet bağlamında tartışılacaktır.

a. Nedensellik Bağına İlişkin Açıklamalar

TCK hareket ile netice arasındaki illiyet bağının hangi teori çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirtmemiş, konuyu doktrin ve içtihatlarla bırakmıştır. Hal böyle olunca da, konuya ilişkin birçok teorinin ortaya konulmuş olması şaşırtıcı değildir.¹¹³ Tüm bu teorilerin çalışmada etraflıca incelenmesi mümkün olmadığından, aşağıda Türk öğretisine yön veren uygun sebep teorisi (*Adäquanztheorie/Relevanztheorie*) ve şart teorisi (*Äquivalenztheorie/Bedingungstheorie*) üzerinde durulacaktır.¹¹⁴

Uygun sebep teorisine göre, bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet veren hareketlerden yalnızca neticeyi meydana getirmeye elverişli hareket veya hareketler nedensellik değeri taşır. Bir hareketin belirli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı, ortak tecrübe kurallarına ve hayatın olağan akışına göre tespit edilecektir. Bu, iki aşamalı bir incelemeyi gerektir. Öncelikle üçüncü kişi konumundaki hâkim kendi bilgi ve tecrübesine dayanarak, hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığına dair karar verecektir. Daha sonra ise hâkim, failin sübjektif durumunu dikkate alacak; kendi kararı ile failin hareketi gerçekleştirdiği andaki tasavvurunun, diğer bir ifadeyle failin öngörüsünün, örtüşüp örtüşmediğini kontrol edecektir. Hâkim tarafından yapılan objektif ve fail açısından yapılan sübjektif değerlendirmeler birbirleriyle uyumluluk gösteriyorsa, ne-

Strafrecht (HRRS), Yıl 2017, s. 28; Joachim Renzikowski, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen - Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 - 4 StR 328/08", in: Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2009, s. 351 vd.; Anna Schneider, "The Fast and the Furious - Zur Strafbarkeit von illegalen Autorennen bei Verletzung Unbeteiligter", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2013, s. 369 vd.

¹¹³ Detaylar için Dönmezer/Erman, C. II, kn. 177 vd., 201 vd.

¹¹⁴ Nedensellik bağı hakkında Akbulut, s. 280 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 272 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 266 vd., Demirbaş, s. 251 vd.; Hakeri, s. 189 vd., İçel, s. 280 vd., Karakehya, s. 68 vd.; Koca/Üzülmez, s. 131 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 231 vd.; Özgenç, s. 185 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 366 vd.; Zafer, s. 214 vd.

densellik bağının varlığı kabul edilecektir.¹¹⁵ Ancak bu teoriye, taraftarlarının kendi isimlendirmesi ile karma uygunluk teorisine,¹¹⁶ karşı ileri sürülmesi gereken çok önemli bir husus mevcuttur. Bu teori nedensellik bağıni öngörebilme unsuruyla açıklamakta ve böylece suçun tipikliği ile ilgili bir mesele olan nedensellik bağıni, suçun bir başka unsuru olan kusurluluk unsuruna ilişkin kavramlarla açıklamaya çalışmakta; bu da suçun unsurlarının yanlış anlaşılmalara müsait biçimde iç içe geçmesine neden olmaktadır.¹¹⁷

Tam da bu nedenden dolayı, nedensellik bağı şart teorisi çerçevesinde ele alınmaktadır. Şart teorisi, uygun sebep teorisinin aksine kuralcı ve tercih edici değildir; zira bu teori olmazsa olmaz formülünü (*conditio sine qua non*) temel almaktadır. Bununla anlatılmak istenen husus şudur: Şart teorisine göre, eğer şartlardan biri yok sayıldığı zaman, netice gerçekleşmiyorsa o şart söz konusu netice için nedenseldir. Öyleyse neticeyi meydana getiren her şey eşit değerdedir ve nedenseldir. Bunlar arasında önemli, önemsiz, neticeyi meydana getirmeye uygun ya da uygun değil, uzak ya da yakın ihtimal gibi ayrımlar yapılamaz; zira bütün şartlar neticenin gerçekleşmesini eşit değerde etkiler.¹¹⁸

Somut olayda (C), (A)'yı daha önce katıldığı yasa dışı sokak yarışlarından tanımasaydı; bir akşam (A) ile bir nargile barda karşılaşmasaydı; (A)'ya arabasını sokak yarışlarında kullanmak ve olası bir kazada kendisine bir şey olmasını engellemek üzere ne şekilde modifiye ettiğini, bu ek donanımlar için ne kadar para harcadığını anlatmaya başlamasaydı; yarış yapılacağı ana caddeye doğru yola çıkmasaydı; (C) arabasına gaz vererek, motordan çıkan yüksek sesin etkisiyle (A)'yı etkilemeye çalışmasaydı; trafik ışığının yeşile dönmesiyle (C) yarışa başlamasaydı; ortalama 150-160 km/h hız son noktaya ulaşmaya çalışmasaydı; (C) yarışın kazananı olmak için trafikte makas atarak ilerlemeseydi; bazen (A)'nın arabasına bazen de trafikte seyreden diğer arabalara 30 cm kadar yaklaşmasaydı; bu arada 6 defa da kırmızı ışık ihlali yapmasaydı; (A) trafik kazası yapmayacaktı ve dolayısıyla

¹¹⁵ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 235 vd.

¹¹⁶ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 237.

¹¹⁷ Bu hususa teoriye taraftar olan yazarların kendileri de atf yapmaktadır, Dönmezer/Erman, C. II, kn. 237 (son paragraf).

¹¹⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 10 kn. 6 vd.; Heinrich, C. I, kn. 222 vd.; Kühl, § 4 kn. 9 vd.; Roxin, Band I, § 11 kn. 6 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 156 vd.

(E)'nin ölüm neticesi gerçekleşmeyecekti. Dolayısıyla somut olayda nedensellik bağının tartışılmasını gerektirecek bir husus mevcut değildir. Somut olay tamamen objektif isnadiyet çerçevesinde ele alınmalıdır.¹¹⁹

b. Objektif Isnadiyet Teorisi – Genel Bakış

Şart teorisinin nedensellik bağını sınırsızca genişlettiği, en ufak ve ilgisiz unsurları dahi nedensel kabul ettiği bir gerçektir. Bunu bir örnek ile açıklamak mümkündür. Olmazsa olmaz formülü kullanılarak, somut olayda (A), (C) ve (E)'nin kullandığı arabaları üretenlerin, yasadışı araba yarışının yapıldığı yolun inşası sürecine katılanların ve hatta tüm bu kişilerin ebeveynlerinin dahi fiil ile netice arasında kurulacak olan illiyet bağında rol oynadıkları kabul edilebilecektir. İşte şart teorisinin getirdiği bu akıl almaz zamansal ve mekânsal genişlemeyi engelleyecek olan kavram objektif isnadiyet teorisidir.¹²⁰

Objektif isnadiyet teorisi, bir kimsenin hareketinin netice bakımından nedensel olmasına rağmen, ona bu neticenin isnat edilip edilemeyeceği hususu ile ilgilenir.¹²¹ Bunu yaparken de kendisini suçun diğer unsurlarından bağımsızlaştırır. Bu husus ünlü *bora olayı* (*Gewitter-Fall*) örneği üzerinden somutlaştırılabilir: (M), (N)'yi yaklaşan fırtınada ona bir yıldırımın çarpacağı ümidiyle ormana yollamıştır. Olaylar tam da (M)'nin umut ettiği gibi gerçekleşir ve (N) şimşek çarpması sonucu ölür. Bu örnekte (M) bilerek ve isteyerek yani kasten hareket etmiştir, zira (M) manevi olarak gerçekleşmesini istediği şeye maddi olarak da yol açmıştır. (M)'nin kastının kalkmasına neden olacak bir nedensellik bağında sapma olmadığı gibi, bilakis (M)'nin yaptığı plan ile olayların akışı birbirleri ile tam olarak uyumludur. Öyleyse olayların tamamen tesadüfi bir şekilde gerçekleştiği böylesi durumlarda, ölüm neticesinin kasten öldürme suçu çerçevesinde değerlendirilmeyecek olmasının tek yolu, isnadiyeti tipikliğin maddi unsurları içinde tartışmaktır.¹²² Objektif isnadiyet teorisine göre bu yorum tarzı suçun diğer unsurlarına da taşınmalıdır. Örneğin (P)'nin (R)'ye taş attığını ve bu

¹¹⁹ Schneider, in: ZJS 2013, s. 366.

¹²⁰ Hakeri, s. 202 vd.; Koca/Üzülmez, s. 139 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 240 vd.; Özgenc, s. 190 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 383 vd.

¹²¹ Roxin, Band I, § 11 kn. 44 vd.

¹²² Roxin, Band I, § 11 kn. 44.

taşın (R)'nin kafasına gelmek suretiyle onu ağır şekilde yaralayacağını gören (O), (R)'ye omuz atarak taşın (R)'nin omzuna gelmesine neden olsun. Bu örnekte (O)'nun hukuka uygunluk nedenlerinden yararlandığını kabul etmek ve bu şekilde (O)'yu sorumluluktan başışık tutmak mümkündür. Ancak bu değerlendirmeyi yapabilmek için (O)'nun eyleminin suç tipine uygun olarak bir hukuki değeri ihlal ettiğini kabul etmek zorunludur. Oysaki riskin azaltılmasının söz konusu olduğu bu örnekte tipe uygun eylemin bulunmadığını kabul etmek gerekir.¹²³

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere objektif isnadiyet teorisi için şart teorisi çerçevesinde kurulmuş olan nedensellik bağı bir ilk adımdan ötesi değildir; zira bir olayda nedenselliğin mevcut olduğunun belirlenmesi, neticenin faile yüklenebilirliğini ifade etmemektedir. Bunun için ayrıca bir değerlendirme yapılması gereklidir.¹²⁴ Objektif isnadiyet teorisi geniş ölçüde kabul görmüş olmakla birlikte,¹²⁵ neticenin objektif olarak faile yüklenebilmesi için gerekli kriterlerin neler olduğu hususunda tartışmalar mevcuttur. Ancak üzerinde hem fikir olunan bazı temel çıkış noktaları mevcuttur: Fail, tipik neticeyi gerçekleştiren hukuken önemli bir tehlike ya da risk yaratmış ise netice faile objektif olarak isnat edilebilir; zira artık netice üçüncü bir kişinin ya da bir rastlantının eseri değildir, bilakis failin eseridir. Bunun için de şu koşulların mevcut olması gerekmektedir: 1. Hareket ile netice arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır. 2. Netice her türlü hayat tecrübesinin dışında kalan atipik bir gelişme olmamalıdır. 3. Fail olayın gelişimine tüm yönleriyle egemen olmasa da, neticenin meydana gelmesine sebep olan silsileye etki edecek güçte olmalıdır. 4. Fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen neticede gerçekleşmiş olmalı ve bu netice normun koruma alanı içinde bulunmalıdır.¹²⁶

Bunlar ışığında somut olay değerlendirildiğinde görülecek ki, ilk üç husus tartışmasız şekilde mevcuttur. (E)'nin ölümü ile (C)'nin araba yarışına katılması arasında nedensellik bağı mevcuttur. Böylesi bir araba yarışı sonucu (E)'nin ölümü atipik bir gelişme değildir. Araba sürücüsü olarak yasadışı araba yarışına katılan (C), silsileye etki edebi-

¹²³ Roxin, Band I, § 11 kn. 53.

¹²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 176.

¹²⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 10 kn. 56 vd.; Heinrich, C. I, kn. 239 vd.; Köhl, § 4 kn. 36 vd.; Roxin, Band I, § 11 kn. 44 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 176 vd.

¹²⁶ Koca/Üzülmez, s. 140.

lecek durumdadır. Öyleyse (E)'nin ölümü ile ilgili olarak (C)'nin ceza sorumluluğu hususunda yapılacak açıklamalar dört numaralı son nokta üzerinde toplanacaktır.

c. Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Somut Olayın Değerlendirilmesi

Yasadışı araba yarışının yarattığı tehlikenin ve bu tehlike sonucu meydana gelen (E)'nin ölümünün (C)'ye isnat edilemeyeceği sorusu, objektif isnadiyet teorisinin detaylarına ilişkin bazı detay noktaların incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Zira (C), netice bakımından nedensel bir katkı sunmuş olmakla birlikte, son tahlilde (E), (A)'nın direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi sonucu ölmüştür. Taksirle hareket eden (A)'nın neden olmuş olduğu neticenin (C)'ye ne ölçüde isnat edilemeyeceği, edilebilecekse de bunun gerekçesinin ne olması gerektiği gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında tartışmalıdır.

OLG Stuttgart tarafından savunulan görüşe göre, (C) hiçbir şekilde taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulamaz, aksinin kabulü kusur ilkesine aykırılık oluşturur; zira netice (C)'nin yasadışı araba yarışına katılması sonucu değil, (A)'nın yapmış olduğu kaza sonucu meydana gelmiştir. Meydana gelen neticeden yalnızca (A) sorumludur.¹²⁷ Ancak bu görüş gerek öğretide¹²⁸ gerekse de yargı kararlarında¹²⁹ eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temel dayanak noktası, mahkemenin taksirle işlenen suçlarda failin geniş fail kavramından hareketle belirlenmesi gerektiğini göz ardı etmiş olmasıdır.

Bu düşüncenin TCK bakımından da değerli olduğu ortadadır. Bilişildiği üzere fail kavramını açıklamaya yönelik iki temel teori mevcuttur. Dar fail (*restriktiver Täterbegriff*) kavramını kabul eden ilk teoriye göre, fail ceza normunda tanımlanan suç tipindeki unsurları gerçekleştiren kişidir. Yalnızca suç tipini bizzat gerçekleştiren kişi fail ise, suçun

¹²⁷ OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.04.2011 – 2 Ss 14/11 (Juristische Rundschau (JR), 2012, s. 163 vd.).

¹²⁸ Wolfgang Mitsch, "Erfolgzurechnung bei tödlichem Wettrennen im Straßenverkehr", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2013, s. 22 vd.; Ingeborg Puppe, "Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.04.2011 – 2 Ss 14/11", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2012, s. 164 vd.

¹²⁹ OLG Celle, Urteil vom 25.04.2012 – 31 Ss 7/12 (Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), 2012, s. 345 vd.); LG Köln, Urteil vom 14.04.2016 – 117 KLS 19/15 (BeckRS 2016, 17841).

işlenmesine illi katkısı olan ancak suç tipindeki hareketleri gerçekleştirmeyen diğer herkes bu anlayışa göre şeriktir. Dolayısıyla suça iştirake ilişkin hükümler de suç tipini genişleten yani cezalandırılabilirlik alanını genişleten düzenlemelerdir. Kasten işlenen suçlar bakımından TCK'nın 37-39. maddelerinde yer alan düzenlemeler ışığında dar fail anlayışını kabul ettiği tartışmasızdır. Buna karşın fail-şerik ayrımını reddeden ve fail birliği prensibinden (*Einheitstäterprinzip*) hareket eden geniş fail (*extensiver Täterbegriff*) teorisine göre ise, illiyet ilişkisi çerçevesinde suçun işlenişine katkıda bulunan herkes faildir. Diğer bir ifadeyle bir hukuki değer ihlaline hukuka aykırı şekilde katılan herkes, bu katkının mahiyeti ne olursa olsun faildir. Kanun koyucunun taksirli suçlarda bu sistemi benimsediği açıktır.¹³⁰ Gerçekten de TCK m. 22/5 hükmüne göre “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, (C)'nin hiçbir şekilde (E)'nin ölümden sorumlu tutulamayacağını belirtmek, yalnızca taksirli suçlarda dar faillik anlayışının kabul edilmesi halinde mümkündür; zira (C) tipik hareketi gerçekleştiren kişi olmadığı gibi, suça iştirak için kasten işlenmiş bir fiilin varlığını şart koşan TCK m. 40/1 hükmü karşısında (C)'nin (A)'nın işlediği suça şerik olarak katılmaktan dolayı da sorumlu tutulması mümkün değildir.

Ancak böylesi bir düşüncenin TCK'nın taksirli suçlarda kabul ettiği geniş faillik sistemi ile bağdaşmadığı ortadadır. TCK m. 22/5 hükmü dikkatle incelendiğinde görülecektir ki, kanuni düzenlemeye göre, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticeyi birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu nokta dikkatli bir şekilde somut olaya aktarıldığında şu tablo ortaya çıkacaktır:

(1) (C) sırf araba yarışına katıldığı için ve bu yarışta (A), (E)'nin ölümüne neden olduğu için, neticeden sorumlu tutulamayacaktır.¹³¹

¹³⁰ Dar ve geniş fail kavramları hakkında Akbulut, s. 593 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 646 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 481 vd., Demirbaş, s. 499 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 877 vd.; Hakeri, s. 530 vd., İçel, s. 533 vd., Koca/Üzülmüş, s. 446 vd.; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 860 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 515 vd.; Özgenç, s. 519 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 725 vd.; Zafer, s. 461 vd.

¹³¹ Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre taksirli suçlarda müşterek faillik

Birden çok kişinin katkısıyla işlenmiş taksirli suçlarda iştirak kurallarının uygulanması mümkün olmadığı gibi, taksirle hareket eden kişilerin taksirlerinin toplanması, tek bir taksir gibi değerlendirilmesi ve isnadiyet hususunda bu kişiler arasında bir transfer yapılması, bir karşılıklı etkileşime izin verilmesi mümkün değildir.¹³²

(2) Buna karşın (C) bizzat kendi taksirli eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilecektir (TCK m. 22/5). Ancak bunun için bazı şartların mevcut olması gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere neticenin failin eseri olması için, fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen neticede gerçekleşmiş olmalı ve bu netice normun koruma alanı kapsamında bulunmalıdır. Dolayısıyla (C)'nin taksirle adam öldürme suçunun faili kabul edilmesi için, (C) öyle bazı normları ihlal etmiş olmalı ki, (E)'nin ihlal edilen yaşama hakkı bu normların koruma kapsamında bulunuyor ve bu normların ihlali sonucu (E)'nin ölüm neticesi meydana gelmiş olmalıdır. Bu tür normlar, söz konusu trafik güvenliği olduğu zaman, rahatlıkla gerek Karayolları Trafik Kanunu'nda gerekse de Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde bulunabilir. Gerçekten de bu düzenlemelerde hem yasadışı araba yarışlarını yasaklayan normlar (KTK m. 105; KTY m. 140) hem de sürücülerin uyması gereken trafik kurallarına ilişkin normlar (KTK m. 46 vd., 50 vd., 53 vd.; KTY m. 94 vd., 97 vd., 100 vd., 102 vd.) bulunmaktadır. Tüm bu normların düzenlenme amacı, trafikte seyrederken (C)'nin uyması gereken kuralları ortaya koyarak (E)'nin can güvenliğini garanti altına almaktır. Bu nedenden dolayı (C) de tıpkı (A) gibi fail olarak (E)'nin ölümünden bilinçli taksirle adam öldürme suçu çerçevesinde sorumludur.¹³³

mümkündür. Bu görüşe göre, nasıl ki kasten işlenen suçlarda faillerden biri, eylemin tamamını gerçekleştirirse de, eylemin tamamından sorumlu tutulmaktadır, birden çok kişinin ortaklaşa işlediği taksirli suçlarda da böylesi bir isnadiyet transferi mümkündür. Bu görüş kabul edilecek olursa (C), sırf (A)'nın (E)'nin ölümüne neden olduğu araba yarışına katıldığı için neticeden sorumlu tutulabilecektir, detaylar için Renzikowski, in HRRS 2009, s. 351 vd. Teorik olarak taksirli suçlarda da müşterek faillik mümkün olsa da, bunun TCK m. 22/5 hükmü ile ne ölçüde bağdaşacağı, bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır, kıyaslayınız Dönmezer/Erman, C. II, kn. 933.

¹³² Dönmezer/Erman, C. II, kn. 931.

¹³³ Preuß, in: HRRS 2017, s. 28; Renzikowski, in HRRS 2009, s. 351 vd.; Schneider, in: ZJS 2013, s. 369 vd.

2. (E)'nin Ölümü İle İlgili Olarak (D)'nin Ceza Sorumluluğu

(E)'nin ölümünün (D)'ye isnat edilip edilemeyeceği, uzun tartışmalara neden olacak bir sorun değildir. (D), (C)'nin sevk ve idare ettiği arabada yarışa ön yan koltukta oturmak suretiyle katılmaktadır. Dolayısıyla (D), yasadışı araba yarışına yön verecek bir kişi konumunda değildir. Oysaki bir neticenin failin eseri kabul edilebilmesi için, kişinin olayın gelişimine egemen olması gerekmektedir. Somut olayda bu şart mevcut değildir. Diğer bir ifadeyle (D)'nin yasadışı araba yarışına katılanlardan biri olması, (E)'nin ölümü açısından şart teorisi çerçevesinde nedensel olmakla birlikte, neticenin (D)'ye isnat edilmesi mümkün değildir. Aksi sonuca KTK ve KTY'de yer alan ve yukarıda (C) açısından atf yapılan hükümler yoluyla da ulaşmak mümkün gözükmemektedir; zira bu normların adresi sürücülerdir. KTK m. 3'e göre sürücü "*karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare kişidir.*" Sonuç olarak (D),¹³⁴ (A) ve (C)'nin aksine (E)'nin ölümünden taksirle adam öldürme suçu çerçevesinde sorumlu değildir. (D) bu neticeden şerik olarak da sorumlu tutulamaz; zira taksirli suça iştirak yürürlükteki hukuk açısından mümkün değildir (TCK m. 40/1).¹³⁵

B. (B)'nin Ölümü (A), (C) ve (D)'ye Objektif Olarak Isnat Edilebilir Mi?

Yasadışı araba yarışları sonucu meydana gelen ölümlü veya yaralanmalı kazaların isnadiyete ilişkin yarattığı diğer bir problem ise, (B) gibi sürücü olmayan ancak yine de bir yasadışı araba yarışına katılacağı bilinci ile hareket eden ve kendisi adına yarattığı tehlikenin tamamen farkında olan kimselerin ölüm veya yaralanmasının, yasadışı araba yarışına katılan diğer kimselere isnat edilip edilemeyeceği hususudur.¹³⁶ Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu soru objektif isna-

¹³⁴ (D) hakkında yapılan açıklamalar, eğer somut olayda (B) ölmemiş olsaydı, (B) için de geçerli olurdu.

¹³⁵ (D)'nin ceza sorumluluğu trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma (TCK m. 179/2) suçu çerçevesinde söz konusu olabilecektir. Ancak bu noktada unutulmaması gereken husus, TCK m. 179/2'de düzenlenen suçun bizzat işlenebilen suç olması sebebiyle failinin yalnızca sürücünün kendisinin olabileceği, sürücü dışındaki kimselerin ise sadece şerik olarak sorumlu tutulabileceğidir, Tezcan/Erдем/Önok, s. 861.

¹³⁶ Sürücü (A)'nın yaralanmasının hiç kimseye isnat edilemeyeceği izahından varestedir, Laura Katharina Sophia Neumann, "Klassische und aktuelle Probleme der Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen", in: Juristische Ausbildung

diyete teorisi temelli olarak yanıtlanmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken de, çalışmanın şu ana kadar ki kurgusundan farklı olarak, kişilere göre ayrımlar yapılmayacaktır. (B)'nin kendisi adına yarattığı tehlikenin tamamen farkında olmasına rağmen ölümünün sürücülere isnat edilmesi gerektiğine karar verilmesi halinde,¹³⁷ (A) ve (C) bilinçli taksirle adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaklardır; zira (B)'nin yaşam hakkının (A) ve (C)'nin ihlal ettikleri KTK ve KTY normların koruma amacıyla bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Buna karşın (D)'nin ise ölüm neticesinden sorumlu tutulmasının, mümkün olmadığı yine şu ana kadarki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Doğal olarak bu açıklamalar şu sorunun sorulmasına neden olacaktır: Mademki (B)'nin ölümünden kimin ne şekilde sorumlu tutulacağı şu ana kadar ki açıklamalar ışığında ortaya konulabilmektedir; öyleyse neden (B)'nin ölümünün (A) ve (C)'ye isnat edilip edilemeyeceği üçüncü bir sorunsal olarak ele alınmaktadır? Bu sorunun oldukça basit bir cevabı vardır. Şu ana kadar öncelikle sübjektif isnadiyet bağlamında olası kast - bilinçli taksir ayrımı ele alınmış; daha sonra ise taksirli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda herkesin fail olmasının ne anlama geldiği objektif isnadiyet çerçevesinde değerlendirilmiştir. Oysaki (B)'nin ölümünün (A) ve (C)'ye isnat edilip edilemeyeceği yine isnadiyet çerçevesinde ele alınan bir sorunsal olmakla birlikte, son tahlilde göz önünde bulundurulması ve tartışılması gereken hususlar bakımından ilk iki sorunsaldan büyük ölçüde ayrılmaktadır.

1. (B)'nin Ölümü Ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza

(B)'nin ölümünü objektif isnadiyet teorisi temelli incelemeye geçmeden önce, oluşabilecek her türlü yanlış anlaşılmayı engellemek için şu hususların belirtilmesinde fayda bulunmaktadır: (A) ve (C) yasadışı araba yarışına sürücü olarak katılarak, (B)'nin yaşam hakkı üzerinde risk yaratmışlardır. (B) ise, bu riskin bilincinde arabaya binerek, yaratılan bu riske rıza göstermiştir. Denilebilir ki, (B)'nin ölümünden araba yarışına katılan sürücüler sorumlu tutulamaz; zira rıza ehliyetine sahip (B) araba yarışına tamamen kendi rızası ile katılmıştır; (B)'nin

(JURA), Yıl 2017, s. 165 vd.
¹³⁷ Ancak şimdiden tüm yanlış anlaşılmaların önüne geçilmesi amacıyla belirtilmesinde fayda bulunan husus, detayları aşağıda açıklanacağı üzere böylesi bir isnadiyetin mümkün olmayacağıdır.

verdiği rıza hile ve benzeri başkaca bir nedenle sakatlanmamıştır. Yine denilebilir ki, (B)'nin ölümünden araba yarışına katılan sürücüler her halükarda sorumludur; zira (B)'nin yaşama hakkı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır ve bu nedenle verdiği rıza geçersizdir. Her iki görüş de kendi içinde haklı olmakla birlikte, yetersizdir.

Rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez (*volenti non fit iniuria*).¹³⁸ Bu ilkenin yansımalarını TCK'da da bulmak mümkündür. Her ne kadar TCK tipikliği kaldıran rıza (*Einverständnis*) ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza (*Einwilligung*) ayrımı¹³⁹ yapmamakta ve rızayı sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almakta ise de; ilgilinin rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmeyeceğini açıkça ifade etmiştir (TCK m. 26/2).¹⁴⁰ Böylelikle TCK, ilgilinin hukuk toplumunun kendisine sunduğu yararlarından vazgeçerek cezai korumayı reddetmesini mümkün kılmıştır. Diğer bir ifadeyle TCK, kişilerin kendilerine ait hukuksal değerler üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabileceklerini, böylelikle otonomi prensibinin ceza hukukunda da geçerli olduğunu kabul etmiştir (*Autonomieprinzip im Strafrecht*).¹⁴¹ TCK'nın kabul ettiği bu sistem (B)'nin oldukça etkin rol oynadığı, yasadışı yarıştan haberdar olarak bilinçli bir şekilde arabaya bindiği, yani (B)'nin tamamen kendi sorumluluğu çerçevesinde kendine zarar verdiği somut olaya aktarıldığı zaman, sürücülerin (B)'nin ölümünden sorumlu tutulması mümkün değildir. Diğer taraftan ise TCK rıza hususunda bir sınırlama öngörmüş ve rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasını şart koşmuştur (TCK m. 26/2). Dolayısıyla TCK bir taraftan otonomi prensibini benimsemiş, diğer taraftan ise bireylerin kendilerine ait olan hukuksal değerler üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunmasını *ideal* kabul edilen devletin çizdiği sınırlar içinde mümkün olabileceğini belirtmiştir (*Paternalismus im Strafrecht*).¹⁴² Bu nedenle somut olayda nasıl bir

¹³⁸ Heinrich, C. I, kn. 453.

¹³⁹ Detaylar için Roxin, Band I, § 13 kn. 2 vd.

¹⁴⁰ Hukuka uygunluk nedeni olarak rıza hakkında Akbulut, s. 438 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 472 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 323 vd., Demirbaş, s. 330 vd.; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 320 vd.; Hakeri, s. 356 vd., İçel, s. 380 vd., Koca/Üzülmez, s. 288 vd.; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 563 vd.; Özbek/Doğan/Bacak-sız/Tepe, s. 330 vd.; Özgenç, s. 366 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 460 vd.; Zafer, s. 348 vd.

¹⁴¹ Duttge, in: MüKo-StGB, § 15 kn. 152 vd.

¹⁴² Bernhard Hardtung, § 228 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch

rol üstlenirse üstlensin (B)'nin yaşama hakkı üzerinde verdiği rızanın geçerli olması mümkün değildir.

Birbirinden farklı sonuçların gösterdiği üzere rıza kavramını yalnızca bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almak, hem otonomi hem de paternalizm prensibini kabul eden bir sistemde (TCK m. 26/2), kendisine yüklenen görevi tam olarak yerine getirmesini engellemektedir. Bununla ilgili olarak eski tarihli bir *BGH* kararından esinlenen şu örnek açıklayıcı olacaktır: Hızlı bir motosiklete sahip (M) ve yavaş bir motosiklete sahip (N) yıllardan beri birbirini tanıyan iki yakın arkadaşdır. Bir gün (N), (M)'ye hiç kimsenin bulunmadığı boş bir arazide yarış yapmayı önerir. (M) ise kendisinin mutlaka kazanacağını, zira motosikletinin güçlü olduğunu belirtir. Yine de iki arkadaş (N)'nin 300 metre avantajla başladığı bir yarış yaparlar. Ancak kazanan yine de (M) olur. Bunun üzerine (N) bir kez daha yarış yapmak istediğini söyler. (M) ise, (N)'nin kullandığı motosikletin yavaş ve eski olduğunu ayrıca (N)'nin sırf kazanmak için tehlikeli manevralar yaptığını ve bunun (N) için tehlike yarattığını ifade ederek teklifi reddeder. Ancak (N)'nin ısrarlarına dayanamaz ve bu sefer (N)'nin 500 metre avantajla başladığı bir yarış yaparlar. Hiç kimsenin bulunmadığı boş bir arazide yapılan bu yarış esnasında (N) motosikletinin kontrolünü kaybeder ve ölür.

Bu olayda (M)'nin taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu, rızanın sadece hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınması halinde olumlu yanıtlanmalıdır. (N) kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir ve verdiği rıza bu nedenle geçerli de değildir. *BGH* tarafından savunulan bu görüşün,¹⁴³ mutlak surette doğru kabul edilemeyeceği ise aşikârdır;¹⁴⁴ zira rızayı sadece hukuka uygunluk nedeni olarak incelemek, bu örnekte sorunun temelini inilmesini güçleştirmektedir. Asıl tartışılması gereken mesele neticenin (M) için öngörülebilir olup olmadığı, diğer bir ifadeyle neticenin (M)'ye objektif olarak isnat edilip edilemeyeceğidir. Bu tartışmanın yapılabileceği yer ise hukuka aykırılık unsuru değildir; zira bu örnek

(MüKo-StGB), Band 4, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, kn. 20 vd.
¹⁴³ *BGH*, Urteil vom 25.01.1955 - 2 StR 366/54 (Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1955, s. 472 vd. = BeckRS 9998, 122028 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 7, s. 112 vd.).

¹⁴⁴ Roxin, Band I, § 11 kn. 108.

rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği diğer tek taraflı olaylardan önemli bir şekilde ayrılmaktadır. Gerçekten de örneğin tıbbi müdahalede, hastanın verdiği rıza ve bu rıza üzerine doktorun tek taraflı bir müdahalesi söz konusu iken, bu örnekte (N)'nin kendisi için bir tehlikeyi yaratması ve bu tehlikenin gerçekleşmesi hususunda (M) ve (N)'nin birlikte, bir organizasyon, işbirliği çerçevesinde hareket etmesi söz konusudur. İşte tam da bu tür organizasyon durumlarında rıza ve onun sınırları yalnızca hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde ele alınmamalı, ayrıca yaratılan rizikonun taraflar arasında nasıl bölüneceği meselesi de tartışılmalıdır.¹⁴⁵

Bu bakış tarzının Türk Ceza Hukuku'na ilişkin ders kitaplarında da artık kendine yer bulduğunun altı çizilmelidir. Örneğin yaşadığı travmalar sonucu hayatını sonlandırmak isteyen ancak bunu başaramayan bir kişi, kardeşine boş olduğunu inandırdığı dolu bir silah vererek tetiğe basmasını sağlamış olsun. Bu örnekte verilen rızanın geçersiz olması sebebiyle kardeşin TCK m. 84/1 uyarınca cezalandırılması gerekirken; öğretisi tam da riziko bölüşümü düşüncesiyle haklı olarak neticenin kardeş için öngörülebilir olması halinde kardeşin intihara yardım suçundan değil, taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulmasını istemekte; buna gerekçe olarak da kardeşin ateş etme suretiyle ölümü meydana getiren eylem üzerinde fiili hâkimiyete sahip olmasını göstermektedir.¹⁴⁶

Buraya kadar ifade edilen her şey olduğu gibi somut olaya da aktarılabilir. Bunun getireceği avantajlar da ortadadır. Gerçekten de (B)'nin tam olarak ne için, neye rıza gösterdiği belirlenmelidir. (B) acaba bindiği arabanın sürücüsü (A) tarafından yapılacak kaza sonucu yaşamını yitirmeye yönelik mi rıza göstermiştir yoksa konuşmaktan sıkıldığını ve adrenalin istediğini belirterek, arabaya daha sonra birçok defalar katılmak istediği yeni araba yarışlarının hayaliyle mi binmiştir. Bu soruları yalnızca hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ele almak şu açıdan yetersiz olacaktır: İlk ihtimalde rızanın geçersiz olduğunu TCK m. 26/2 hükmü açıklamaktadır. Bunun sonucu olarak da (A) ve (C) her halükarda (B)'nin ölümünden sorumlu olacaklardır; diğer taraftan ise (B)'nin örneğin intihar meyilli olduğunu ve araba yarışını

¹⁴⁵ Jakobs, § 14 kn. 12.

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 222 dn. 552.

bu amaç doğrultusunda kullandığını gösteren en ufak bir belirti bulunmamaktadır. İkinci ihtimalde ise (A) ve (C) hiçbir şekilde (B)'nin ölümünden sorumlu olmayacaklardır; zira (B)'nin verdiği rıza TCK m. 26/2 çerçevesinde hukuka uygundur. Diğer taraftan ise (B) yarış esnasında (A)'nın kullandığı arabada sadece yolcu koltuğunda bulunan, arabanın hâkimiyeti hususunda elinde en ufak bir imkân bulunmayan kişidir. İşte (A) ve (C)'nin ceza sorumluluğu hakkında götürü cevaplar vermektense, konuyu mağdurun bir organizasyon, işbirliği çerçevesinde kendisi için tehlike yarattığı durumları, rıza kavramını da dikkate alarak, özel olarak irdeleyen objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde ele almak daha doğru olacaktır.

2. (B)'nin Ölümü Ve Objektif Isnadiyet Teorisi

a. Mağdurun Kendisi İçin Tehlike Yarattığı Durumlar - Genel Bakış

Mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylarda, failin ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiği tam anlamıyla çözüme kavuşturulmuş değildir. Bunun altında yatan sebep, bu tip olayların oldukça çeşitlilik gösteriyor olmasıdır. Gerçekten de mağdur, üçüncü bir kişinin tehlikeli bir fiilini mümkün kılmış hatta üçüncü kişiyi buna teşvik etmiş ve bunun sonucunda da zarar görmüş olabileceği gibi; üçüncü kişi mağdurun kendi kendisini tehlikeye sokan fiilini mümkün kılmış, hatta onu motive etmiş ve bunun sonucunda da mağdur zarar görmüş olabilir. Örneğin mağdur, bir eroin satıcısından almış olduğu eroini kendisine enjekte etmiş ve bunun sonucunda ölmüş veya mağdur kendisinde bulunan eroini kendisi enjekte etmeyi başaramadığı için, bunu arkadaşından rica etmiş ve bunun sonucu ölmüş olabilir. Yine sigortadan para almak için bir binada yangın çıkartan bir failin hareketi sonucu, yangına müdahale eden itfaiye görevlisi binada mahsur kalan birini kurtarmak isterken dumandan etkilenerek ölmüş olabilir.¹⁴⁷ Ya da somut olayda olduğu gibi (B) biraz adrenalin istediğini belirterek yasadışı araba yarışına katılmış ancak meydana gelen kaza sonucu ölmüş olabilir.

¹⁴⁷ Tüm bu örnekler için Maximilian Lasso, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung - Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 359.

İşte tüm bu ve benzeri olaylarda neticenin oluşumuna bizzat mağdurun da katkı sağladığı belli ise de, bu katkının failin sorumluluğuna nasıl etki edeceği tartışmalara neden olmaktadır.

Bu tartışmaların yargı kararlarına da yansdığı görülmektedir. Ceza hukuku tarihine *Memel olayı (Memel-Fall)* olarak geçen karar bu konuda bir ilk olmuştur. Karara konu olan olayda, mağdurlar bir kayıkçıdan kendilerini nehrin diğer tarafına geçirmesini istemişlerdir. Kayıkçı ise nehrin yükseldiğini, bu nedenle karşıya geçmenin tehlikeli olduğunu belirtmiştir. Yine de mağdurlar isteklerini yenileyince, kayıkçı da mağdurları kayığına almıştır. Ancak yükselen nehirde kayık alabora olmuş, kayıkçı hayatta kalmış buna karşın yolcular boğulmuştur. Kayıkçının taksirle adam öldürmeden dolayı sorumluluğunu tartışan Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*), mağdurların olayda oynadıkları role atıf yapmış ve kayıkçıya neticenin isnat edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁸

Mahkemenin bu kararı, öğretiyi tarafından mağdurun kendisini tehlikeye soktuğu olaylarda failin taksirle katkısının bulunması halinde neticenin faile isnat edilemeyeceği olarak algılanmıştır.¹⁴⁹ Ne var ki öğretinin bu yaklaşımı başka bir karar ile - tam da araba yarışını konu alan bir karar sonrası - sekteye uğramıştır. *BGH* iki motosiklet sürücüsünün meyhaneden çıktıktan sonra yaptıkları yarış sırasında, sürücülerden birinin ölümünden diğer motosiklet sürücüsünün sorumlu olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁰ *BGH* bu yaklaşımını ünlü *eroïn şırıngası olayı I (Heroin-spritzenfall I)* kararında da sürdürmüştür. Mahkemeye göre eroini temin ederek bir eroïn bağımlısının ölümüne yol açan kişi, eğer eroïn bağımlısının eroini kendisine enjekte edeceğini ve eroinin tehlikeliliğini biliyorsa ya da biliyor olmak zorunda ise, taksirle adam öldürmeden sorumludur.¹⁵¹ Ancak ilerleyen zamanlarda *BGH* mağdurun kendisi için tehlike yarattığı durumları farklı bir bakış açısı ile değerlendirmeye başlamıştır. Bu hususta dönüm noktasını *eroïn şırıngası*

¹⁴⁸ RG, Urteil vom 03.01.1923 - IV 529/22 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) Band 57, s. 172 vd.).

¹⁴⁹ Roxin, Band I, § 11 kn. 122.

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 25.01.1955 - 2 StR 366/54 (Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1955, 472 vd. = BeckRS 9998, 122028 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 7, s. 112 vd.).

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 28.04.1981 - 1 StR 121/81 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 1981, s. 350 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1981, s. 2015).

olayı II (Heroinispritzenfall II) kararı teşkil etmektedir. Bu kararda BGH, mağdurun kendisini tehlikeye sokması, kendi sorumluluğunu doğuracak şekilde tamamen kendi hâkimiyeti çerçevesinde gerçekleşmiş olması halinde, neticenin mağdura uyuşturucuyu temin eden kimseye isnat edilmesinin, her ne kadar fail özen ve dikkat yükümlülüğüne ve kanuna aykırı davranışa dahi, mümkün olmadığını içtihat etmiştir.¹⁵² BGH bu içtihadını bugün de istisnasız şekilde sürdürmektedir.¹⁵³ Alman öğretisinde de bu yorum tarzı oldukça taraftar bulmuştur.¹⁵⁴ Türk öğretisinde de bu yaklaşımı benimseyen veya en azından göz ardı etmeyen yazarların sayısı özellikle TCK'nın kabulünden sonra gözle görülür bir şekilde artmaya başlamıştır.¹⁵⁵

Ancak bu anlatımların yanlış bir fikir yaratmaması açısından önemle belirtilmesi gerekir ki, ne yargı kararlarına göre ne de öğretiye göre, mağdurun kendisi için tehlike yarattığı durumlarda netice-

¹⁵² BGH, Urteil vom 14.02.1984 - 1 StR 808/83 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1984, s. 410 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1984, s. 1469 vd. = BeckRS 9998 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 32, s. 262 vd.).

¹⁵³ BGH, Urteil vom 07.02.2001 - 5 StR 474/00 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2001, s. 324 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2001, s. 1802 vd. = BeckRS 2001, 2098 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 46, s. 279 vd.); BGH, Urteil vom 11.12.2003 - 43StR 120/03 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2004, s. 204 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2004, s. 1054 vd. = BeckRS 2004, 940 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 49, s. 34 vd.); BGH, Urteil vom 20.11.2008 - 4 StR 328/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2009, s. 148 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 1155 vd. = BeckRS 2009, 1187 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 55 vd.); BGH, Urteil vom 29.04.2009 - 1 StR 518/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2009, s. 504 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 2611 vd. = BeckRS 2009, 12581 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 288 vd.); BGH, Urteil vom 28.01.2014 - 1 StR 494/13 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2014, s. 709 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2014, s. 1680 vd. = BeckRS 2014, 4267 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 59, s. 150 vd.); BGH, Urteil vom 05.08.2016 - 1 StR 328/15 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2016, s. 406 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2016, s. 176 vd. = BeckRS 2015, 20113 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 61, s. 21 vd.).

¹⁵⁴ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 10 kn. 10 vd.; Heinrich, C. I, kn. 252 vd.; Kühl, § 4 kn. 88 vd.; Roxin, Band I, § 11 kn. 106; Wesels/Beulke/Satzger, kn. 185 vd.

¹⁵⁵ Kıyaslayınız Akbulut, s. 306 vd., 311 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 285 vd.; Demirbaş, s. 399 vd.; Hakeri, s. 202 vd., 206 vd., Koca/Üzülmez, s. 220 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 249 vd.; Özgenç, s. 190 vd.; 278 vd.; ayrıca Dönmez/Erman, C. II, kn. 598 vd.

nin faile isnat edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir diye bir sonuç çıkartılamaz. Bilakis bu anlatımlardan çıkartılması tek doğru sonuç, mağdurun ölümü veya yaralanmasına nedensel katkı sağlayan kişinin bu ölüm veya yaralanma neticesinden otomatikman sorumlu tutulamayacağıdır. Zira gerek yargı kararları gerekse de öğreti birbiriyle karıştırılmaması gereken iki hususu net bir şekilde ayırmaktadır: (1) Eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim olarak, kendisinin zarar görmesini isteyerek neticenin meydana gelmesini sağlayacak şekilde hareket etmiş ise, bu neticeye katkı sunan üçüncü kişi neticeden sorumlu değildir (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*). (2) Buna karşın eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim değilse, kendi özgür iradesini sakatlayan durumlar mevcut ise ve üçüncü kişi de bunu bilerek mağdurun kendisi için tehlike yarattığı olaya nedensel katkıda bulunmuş ise, üçüncü kişinin sorumluluğu gündeme gelecek (*einverständliche Fremdgefährdung*).¹⁵⁶

Bu ayrımın nedeni çok basittir: Otonomi prensibinin doğal bir sonucu, kişinin ne tür tehlikelere atılacağına ve bu tür tehlikelere karşı nasıl ve hangi oranda kendisini koruyacağına ya da kendisine sunulan hukuki olanaklardan imtina edeceğine kendisinin karar vereceğidir. Diğer bir ifadeyle, kişi özgür iradesi ile kendisini tehlikeye sokmuş ise, bu tehlikenin sonucu üçüncü bir kişiye isnat edilemez. Örneğin kasten öldürme suçu, kişinin kendi hayatına son vermesine yönelik hareketleri cezalandırmaz. Dolayısıyla kişinin kendisine bir yükümlülük yüklemeyen bir norm, üçüncü kişiyi sorumlu tutmak için gerekçe olamaz (*argumentum a maiore ad minus*).¹⁵⁷ Bu düşünce TCK açısından da önemlidir. TCK'nın kasten ya da taksirle adam öldürme veya adam yaralamaya ilişkin normları mağdurun kendisini tehlike attığı eylemleri kapsamamaktadır; zira bu tür eylemler normun koruma amacında yer almamaktadır. Ulaşılan bu sonuç normatif olarak da temellendirilebilir. Kendisini tamamen özgür iradesiyle öldüren veya yaralayan kişi mademki TCK'nın kasten ya da taksirle adam öldürme veya adam

¹⁵⁶ Detaylı açıklamalar için Jörg Eisele, "Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2012, s. 577 vd.; Thomas Rönnau, "Grundwissen - Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 119 vd.; Gerhard Timpe, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2014, s. 53 vd.

¹⁵⁷ Eisele, in: JuS 2012, s. 578.

yaralamaya ilişkin normları çerçevesinde cezalandırılmamaktadır, öyleyse nedensel katkı sunarak eylemi adeta (*quasi-Mittäterschaft*) birlikte işleyen üçüncü kişiyi de iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırmak mümkün değildir; zira kişinin kendisine zarar vermesi TCK m. 81, 85, 86, 89 çerçevesinde tipe uygun eylem değildir.¹⁵⁸ Benzer düşüncelerle üçüncü kişinin garantörlük sıfatını kabul etmek ve üçüncü kişiyi TCK m. 83, 88 sebebiyle cezalandırmak da mümkün değildir.¹⁵⁹

Buna karşın kişinin verdiği rızanın geçersiz olması veya üçüncü kişinin mağdurun sahip olduğu bilgiden daha fazla bilgiye sahip olması ya da mağdurun sahip olmadığı özel bir bilgiye sahip olması sebebiyle rızanın sakatlandığı hallerde (*Einwilligungslösung*) veya hut kişinin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, geçici nedenler gibi sebeplerle vermiş olduğu kararın neticelerini tam anlayamadığı hallerde olduğu gibi (*Exculpationslösung*), otonomisini kaldıran, sekteye uğratan bir husus mevcut ise, üçüncü kişiyi neticeden sorumlu tutmak gerekmektedir.¹⁶⁰ Zira mağdur bağımsız ve özgür iradesiyle hareket edememektedir. Böylesi bir durumda üçüncü kişi tıpkı dolaylı faillikte olduğu gibi, mağduru adeta (*quasi-mittelbare Täterschaft*) mağdura karşı işlenen bir suçta araç olarak kullanılmaktadır.¹⁶¹ Hangi durumlarda neticenin üçüncü kişiye isnat edilip edilemeyeceği belirlenirken, kimin fail kimin şerik olarak bir suçtan sorumlu tutulacağı hususunda ortaya konan; doktrinde çoğunlukla savunulan¹⁶² ve fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran kişinin müşterek fail olarak tanımlandığı 37. maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere TCK'nın da kabul ettiği fiil hâkimiyet teorisi (*Tatherrschaftslehre*)¹⁶³ belirleyici olacaktır. Buna göre üçüncü kişi, mağdurun rızasının herhangi bir sebeple sakatlandığı bir

¹⁵⁸ Kıyaslayınız Wessels/Beulke/Satzger, kn. 190.

¹⁵⁹ Kıyaslayınız Roxin, Band I, § 11 kn. 112.

¹⁶⁰ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 189.

¹⁶¹ Lasson, in: ZJS 2009, s. 362.

¹⁶² Akbulut, s. 596; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 648 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 486; Demirbaş, s. 503; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 960, 963; Hakeri, s. 532; Koca/Üzülmez, s. 451 vd.; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 862 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 518 vd.; Özgenc, s. 521 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 735 vd.; Zafer, s. 472.

¹⁶³ TCK m. 37 gerekçesi: "Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir."

olayda, tipik eylemin geneline hâkim ise ve bu nedenle de tipik olayın gelişimini dizginleyebilme egemenliğine sahip ise, mağdur kendisi için bir tehlike yaratmış olsa dahi, neticeden sorumlu tutulacaktır.¹⁶⁴

b. Yasadışı Araba Yarışları Çerçevesinde Değerlendirme

Hatırlanacağı üzere (B), çok güçlü bir motora sahip olan ve bu sayede çok çabuk hızlanan (X) marka spor bir arabaya sahip olan (A)'nın, (D) ise benzer özelliklere sahip (Y) marka spor bir arabaya sahip (C)'nin kız arkadaşıdır. (A) ve (C) bir nargile barda karşılaşır ve birbirlerine arabalarını sokak yarışlarında kullanmak ve olası bir kazada kendilerine bir şey olmasını engellemek üzere ne şekilde modifiye ettiklerini, bu ek donanımlar için ne kadar para harcadıklarını anlatmaya başlarlar. Bu konuşmaya (A)'nın kız arkadaşı (B) ve (C)'nin kız arkadaşı olan (D) de eşlik etmektedir. (B) ve (D) de birbirlerine o güne dek ön koltukta co-pilot olarak katıldıkları yarışları ve bundan ne kadar zevk aldıklarını anlatmaktadırlar. (A), (B), (C) ve (D) arasındaki konuşma sabahın ilk saatlerine kadar sürmüştür. Bu konuşmadan yavaş yavaş sıkıldığını söyleyen (B), biraz adrenalin istediğini belirtir. (B)'nin bu teklifini (D) de onaylar. Tüm bunlar üzerine de (B)'nin ölümü ile sonuçlanan kazanın meydana geldiği yarış başlar.

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 14.02.1984 - 1 StR 808/83 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1984, s. 410 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1984, s. 1469 vd. = BeckRS 9998 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 32, s. 262 vd.); BGH, Urteil vom 07.02.2001 - 5 StR 474/00 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2001, s. 324 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2001, s. 1802 vd. = BeckRS 2001, 2098 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 46, s. 279 vd.); BGH, Urteil vom 11.12.2003 - 43StR 120/03 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2004, s. 204 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2004, s. 1054 vd. = BeckRS 2004, 940 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 49, s. 34 vd.); BGH, Urteil vom 20.11.2008 - 4 StR 328/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2009, s. 148 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 1155 vd. = BeckRS 2009, 1187 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 55 vd.); BGH, Urteil vom 29.04.2009 - 1 StR 518/08 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2009, s. 504 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 2611 vd. = BeckRS 2009, 12581 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 53, s. 288 vd.); BGH, Urteil vom 28.01.2014 - 1 StR 494/13 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2014, s. 709 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2014, s. 1680 vd. = BeckRS 2014, 4267 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 59, s. 150 vd.); BGH, Urteil vom 05.08.2016 - 1 StR 328/15 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2016, s. 406 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2016, s. 176 vd. = BeckRS 2015, 20113 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 61, s. 21 vd.).

Yukarıda yapılan teorik açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, (B)'nin ölümünün araba sürücülerine objektif olarak isnat edilmesi mümkün değildir.¹⁶⁵ Ulaşılan bu sonucun gerekçeleri şu şekilde ifade edilebilir:

Somut olayda (B)'nin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, geçici nedenler gibi sebeplerle araba yarışına eşlik etmeye yönelik verdiği kararın neticelerini tam anlayamadığını haklı kılacak herhangi bir olgu mevcut değildir. Yine (B)'nin yarışa katılmak üzere ne (A) ne de (Y) marka spor araba bulunan sürücü (C) tarafından maddi veya manevi cebir suretiyle zorlandığını da gösteren bir bilgi mevcut değildir. (B)'nin vermiş olduğu rızanın herhangi başka bir şekilde sakatlanmadığı da ortadadır. (B), arabaya bindiği andan itibaren yasadışı bir araba yarışına katılacağını bilmektedir. Öyleyse somut olay mağdurun yasadışı araba yarışından habersiz bir şekilde arabaya bindikten sonra, sürücünün ani gelişen bir kararı sonucu yarışa başladığı ve bu yarış sonucu mağdurun öldüğü olaylar ile kıyaslanamaz.¹⁶⁶ Aynı şekilde somut olay mağdurun tehlikeli bir sürüşe katılacağını bildiği, ancak bu sürüşün bir yasadışı araba yarışı olacağını bilmediği örneklerle de bir tutulmamalıdır. İlgili jargonda drift atma veya hızlanma testi olarak isimlendirilen tehlikeli sürüşler buna örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de mağdur bu şekilde bir sürüşe rıza gösterdikten sonra, sürücü veya sürücüler böylesi sürüş tekniklerinden sonra bir de yasadışı araba yarışına başlamış ve mağdur da bu yarış sonucu yaralanmış veya hayatını kaybetmiş olabilir. Tüm bu durumlarda sürücü veya sürücülerin mağdurun yaralanmasından veya ölümünden sorumlu olacakları hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.¹⁶⁷

Somut olay ise tamamen farklı bir hukuki değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır; zira üçüncü kişi, yani sürücüler, (B)'yi (B)'ye karşı işlenen

¹⁶⁵ Pupe, Ingeborg, "Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt - Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung", in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2007, s. 250 vd.; Ingeborg Puppe, "Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung - Teil 2", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2008, s. 606; Gerhard Timpe, "Übungsfall: Das Autorennen", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 173 vd.

¹⁶⁶ Neumann, in: JURA 2017, s. 164; Schneider, in: ZJS 2013, s. 362.

¹⁶⁷ Claus Roxin, "Zur einverständlichen Fremdgefährdung - Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20.11.2008 - 4 Str 328/08", in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2009, s. 400 vd.

bir suçta araç olarak kullanmamakta, aksine (B)'nin kendini tehlikeye atmasına ve bu tehlikenin muhtemel sonucu olarak zarar görmesine yalnızca nedensel katkıda bulunmaktadır. Dolayısıyla somut olay, kökleri *Aristoteles*, *Pufendorf* ve *Hegel* gibi filozoflara dayanan objektif isnadiyet teorisine¹⁶⁸ ceza hukuku alanında en çok katkı sağlayan yazar kabul edilen *Roxin*'in¹⁶⁹ verdiği bir örneğe benzemektedir. *Roxin*'e göre her kim, sürücünün alkollü olduğunu bilmesine rağmen, bu sürücüye kendisini arabaya almasını söyler ve kaza sonucu yaşamını yitirirse, ölüm neticesi alkollü sürücüye isnat edilemez; zira bu durumda kişinin kendisi için yarattığı tehlike ile üçüncü kişinin mağdur için yarattığı tehlike birbiriyle örtüşmekte, birbiriyle yarışmaktadır. Böylesi durumlarda otonomi prensibi uyarınca mağdurun özgür iradesiyle hareket ettiğinin kabulü gereklidir. *Roxin* buna gerekçe olarak da, böylesi durumlarda kendisini tehlikeye sokan kişinin en az üçüncü kişi kadar tehlikeyi öngörebildiğini veya öngörebilmek zorunda olduğunu göstermektedir.¹⁷⁰

Roxin'in verdiği bu örnek ile paralellik gösteren olaylar yargı kararlarına da konu olmuştur. *Araba sörfü olayı (Autosurfen-Fall)* bu duruma güzel bir örnek oluşturmaktadır. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin (*OLG Düsseldorf*) önüne gelen olayda, mağdur - tıpkı (B) gibi, biraz adrenalin tutkusuyla - herhangi bir aracın bulunmadığı bir yolda üçüncü bir kişinin kullanmakta olduğu arabanın üstüne çıkarak sörf yapmıştır. Ne var ki meydana gelen kaza sonucu hayatını kaybetmiştir. Olayı değerlendiren *OLG Düsseldorf* meydana gelen ölüm neticesini sürücüye isnat etmiştir. Ancak Mahkeme bu sonuca ulaşırken, sürücünün mağdurun sörf başlamadan önce belirttiği hız sınırına bilinçli bir şekilde uymamasını temel almıştır. Böylece Mahkemeye göre mağdurun vermiş olduğu rıza sakatlanmıştır.¹⁷¹ Somut olayın bu özelliğinden dolayı, öğretici Mahkeme'nin vardığı sonucu isabetli olarak değerlendirmiş ise de, sürücünün mağdurun belirttiği hız sınırını aşmamış olması halinde ölümün sürücüye isnat edilmesinin çok da kolay edilemeyeceğini belirtmekten de geri durmamıştır.¹⁷²

¹⁶⁸ Kay H. Schumann, "Von der sogenannten objektiven Zurechnung im Strafrecht", in: *Juristische Ausbildung (JURA)*, Yıl 2008, s. 408 vd.

¹⁶⁹ Schumann, in: *JURA* 2008, s. 413.

¹⁷⁰ Roxin, in: *JZ* 2009, s. 401.

¹⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.06.1997 - 2 Ss 147/97 (*Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)*, 1998, s. 76 vd.).

¹⁷² Martin Saal, "Zur strafrechtlichen Bewertung des Auto-Surfens", in: *Neue Zeitsc-*

Gerek *Roxin*'in verdiği örnek gerekse de *araba sörfü olayı* yukarıdaki genel açıklamalar ile birlikte okunduğunda ortaya şu tablo çıkmaktadır:

(1) Taksirli bir suçta mağdurun kendisi için tehlikeli bir durum yaratmış olmasının üçüncü kişinin ceza sorumluluğuna nasıl etki ettiği tartışılırken, mağdurun tam olarak neye rıza gösterdiği veya neye rıza gösterebileceği net olarak ortaya konulmalıdır. Kasıtlı bir suç söz konusu olduğunda, rızanın geçerli olması için rızanın hem harekete hem de bu hareket sonucu meydana gelecek neticeye ilişkin olması gerekmektedir. Bu hususta herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Buna karşın somut olayda olduğu gibi taksirli bir suç söz konusu olduğunda, eğer ki verilen rızanın neticeyi de kapsamaması gerektiği ileri sürülürse, rıza hiçbir zaman geçerli kabul edilemez; zira taraflar hiçbir zaman meydana gelen neticeyi istememişlerdir. Aksinin kabulü taksirli suçlarda rızanın mümkün olmayacağı gibi yanlış bir yoruma neden olacaktır. Bu nedenle öğretici taksirli bir suç söz konusu olduğunda verilen rızanın yalnızca harekete ilişkin olmasını yeterli görmektedir.¹⁷³

Öğretinin bu yaklaşımı, somut olay için oldukça önemlidir. Yaşama hakkının kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edemeyeceği bir hak olması (TCK m. 26/2), somut olayda (B)'nin vermiş olduğu rızanın hukuken geçerli olup olmadığı araştırılırken herhangi bir öneme sahip değildir; zira (B)'nin taksirli bir suçta neticeye rıza vermesi suç genel teorisi çerçevesinde mümkün değildir. (B)'nin vereceği rıza yalnızca (A) ve (C) tarafından yapılacak olan tehlikeli bir hareket olan yasadışı araba yarışına katılmaya ilişkin olabilecektir. İşte tam da bu, TCK m. 26/2 anlamında üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir haktır. Bu nedenle (B)'nin vermiş olduğu rıza geçerlidir, herhangi bir nedenle de sakatlanmamıştır.

(2) Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, tipik eylemin geneline kimin hâkim olduğu ve bu nedenle de tipik olayın gelişimini

¹⁷³ hrift für Verkehrsrecht (NZV), 1998, s. 53 vd.
Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 12 kn. 53 vd.; Janique Brüning, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.11.2008 - 4 StR 328/08", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 195; Heinrich, C. I, kn. 473; Jakobs, § 14 kn. 12; Jescheck/Weigend, s. 590 vd.; Kühl, § 9 kn. 29 vd., § 17 kn. 83 vd.; Renzikowski, in HRRS 2009, s. 353; ayrıca Wesels/Beulke/Satzger, kn. 379.

dizginleyebilme egemenliğine kimin sahip olduğu tartışılırken, en son hareketin kimin tarafından yapıldığının bir öneminin bulunmadığıdır. Dolayısıyla somut olayda arabanın sevk ve idaresinin (A)'da olması, tek başına (B)'nin ölümünün sürücüyü isnat edilmesine neden olmayacaktır. Aksinin kabulü objektif isnadiyet teorisinin tam da ulaşmak istediği sonuç olan rizikonun hakkaniyetli dağılımına aykırılık olacaktır. (B)'nin ölümünün (A)'ya isnat edilip edilemeyeceği tartışılırken sorulması gereken soru, somut olayda (A)'nın olayların gelişimine ilişkin olarak (B)'den daha fazla bilgi ve olanağa sahip olup olmadığıdır. Bu soruya verilecek olan cevap olumsuzdur; zira (A) kendi sürdüğü arabanın sevk ve idaresine hâkim olabilseydi ve böylece de tüm araba yarışının gelişimini dizginleyebilme egemenliğe sahip olsaydı, (B)'nin hayatını kaybettiği kaza zaten meydana gelmeyecekti. Diğer bir ifadeyle söz konusu yasadışı bir araba yarışı olduğunda, sürücü koltuğunda oturmayan (B) ne ölçüde olayların gelişimine hâkim ise, sürücü koltuğunda oturan (A) da ancak o ölçüde olayların gelişimine hâkimdir. Öyleyse (B) en az (A) kadar tehlikeyi öngörebilmekte ve (A) da en fazla (B) kadar yarışın gelişimine katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla (B)'nin ölümü ne (A)'ya ne de diğer arabanın sürücüsü (C)'ye objektif olarak isnat edilemez. (A) ve (C), (B)'nin ölümünden taksirle adam öldürme suçu çerçevesinde sorumlu değildir.¹⁷⁴

IV. SONUÇ

Bu çalışmada dört kişinin iki farklı arabaya binerek, anlaştıkları üzere şehir içinde çok yüksek hızlarda sürekli kırmızı ışık ihlali yaparak yasadışı araba yarışı yapmaları sonucu, yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü bir kişi olan (E)'nin ve yarışa co-pilot olarak katılan (B)'nin ölümü sonuçlanan kazanın ne gibi problemlere yol açtığı incelenmiştir.

Çalışmada ilk olarak, (E)'nin ölümünün (A), diğer arabanın sürücüsü (C) ve diğer arabada co-pilot olarak bulunan (D)'ye isnat edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Olası kast - bilinçli taksir ayırımına ilişkin teorik açıklamalar ve bunların somut olaya aktarımı göstermiştir ki,

¹⁷⁴ Puppe, in: ZIS 2007, s. 250 vd.; Puppe, in: ZJS 2008, s. 606; Timpe, in: ZJS 2017, s. 173 vd.; ayrıca Brüning, in: ZJS 2009, s. 197.

hem (A) hem (C), (E)'nin ölümünden bilinçli taksirle adam öldürme suçu çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Bu noktada altı çizilmesi gereken iki husus mevcuttur. Birincisi, yarış ile hiçbir ilgisi bulunmayan (E)'nin ölmesi ve bu neticenin (A)'ya yalnızca bilinçli taksir çerçevesinde isnat edilmesi tüm yönleriyle hukuken tek doğru sonuç olarak görülse de, somut olayın özellikleri dikkate alındığında ulaşılan bu sonucun bazı yönleriyle zor hazmedilebilir olduğu da bir gerçektir. Ancak sırf bu düşünce, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın muğlaklaştırılmasını haklı kılamaz. Yapılması gereken TCK m. 81, 85, 86 ve 89'un birbirleriyle olan ilişkilerinin dikkate alınarak yeni bir suç tipi ihdas edilmesidir. İkincisi, (C) sırf araba yarışına katıldığı için ve bu yarışta (A), (E)'nin ölümüne neden olduğu için, neticeden sorumlu tutulamayacaktır. Zira birden çok kişinin katkısıyla işlenmiş taksirli suçlarda iştirak kurallarının uygulanması mümkün olmadığı gibi, taksirle hareket eden kişilerin taksirlerinin toplanması, tek bir taksir gibi değerlendirilmesi ve böylece bu kişiler arasında isnadiyet transferi yapılması mümkün değildir. Ancak (C) bizzat kendi taksirli eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilecektir; zira (C)'nin ihlal ettiği KTK ve KTY normlarının düzenlenme amacı, trafikte seyrederken (C)'nin uyması gereken kuralları ortaya koyarak (E)'nin can güvenliğini sağlamaktır.

Çalışmada ikinci olarak, (B)'nin ölümünün sürücülere isnat edilemeyeceği tartışılmıştır. Konuya ilişkin teorik açıklamalar ve bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesi sonucu, (B)'nin ölümünün ne (A)'ya ne de (C)'ye objektif olarak isnat edilemeyeceği, sonucuna ulaşılmıştır. (A) ve (C), (B)'yi (B)'ye karşı işlenen bir suçta araç olarak kullanmamaktadırlar. (A) ve (C), (B)'nin kendini tehlikeye atmasına ve bu tehlike sonucu zarar görmesine yalnızca nedensel katkıda bulunmaktadırlar. Ancak bu, tek başına (A) ve (C)'nin cezalandırılması için yeterli değildir; zira (B)'nin vermiş olduğu rıza geçerlidir, herhangi bir nedenle de sakatlanmamıştır. Kendisini tamamen özgür iradesiyle öldüren veya yaralayan kişi mademki TCK'nın kasten ya da taksirle adam öldürme veya adam yaralamaya ilişkin normları çerçevesinde cezalandırılmamaktadır, öyleyse nedensel katkı sunarak eylemi adeta birlikte işleyen üçüncü kişiyi de iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırmak mümkün değildir.

Kaynakça

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang/Eisele Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.
- Bechtel Alexander, "Die Raser-Fälle als Katalysator vorsatzdogmatischer Diskussion", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 114-118.
- Bosch Nikolaus, "Bedingter Vorsatz und Indizienbeweis", in: Juristische Ausbildung (Jura), Yıl 2018, s. 1225-1238.
- Bozbayındır Ali Emrah, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Brüning Janique, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.11.2008 - 4 StR 328/08", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 194-197.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsuruları - Teşebbüs - Suçların Birleşmesi - İştirak, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Duttge Gunnar, § 15 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 1, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- Eisele Jörg, "Abgrenzung Vorsatz und Fahrlässigkeit - Berliner-Raserfall", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2018, s. 492-494.
- Eisele Jörg, "Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2012, s. 577-584.
- Godenzi Gunhild/Bähli-Biétry Jacqueline, "Tötungsvorsatz wider Willen? - Die Praxis des Bundesgerichts bei Raserdelikten", in: Schaffhauser, René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG), Band 61, St. Gallen, 2009, s. 561-638.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Hardtung Bernhard, § 228 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 4, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- Hecker Bernd, § 315d StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Hillenkamp Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Luchterhand Fachverlag, Neuwied, 2006.
- Hörnle Tatjana, "Vorsatzfeststellung in Raser-Fällen", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 2018, s. 1576-1578.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.
- Jäger Christian, "Too Fast and Furious - Die Todesraser vom Kurfürstendamm", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2017, s. 786-788.
- Jäger Christian, "Too Fast and Furious - Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2018, s. 468-471.
- Jahn Matthias, "Folgenhaftes illegales Autorennen als Mord - Kurfürstendamm", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2017, s. 700-703.
- Jakobs Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993.
- Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1996.
- Karakehya Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2018.
- Karakehya Hakan, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Savaş Yayınları, Ankara, 2010.
- Keçelioğlu Elvan, Taksirli Suçun Dogmatığı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Koca Mahmut/Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Krell Paul, "Zwischen Bewährungs- und lebenslanger Freiheitsstrafe: illegale Autorennen mit Todesfolge vor dem 4. BGH-Strafsenat", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s. 237-242.
- Kubiciel Michael/Hoven Elisa, "Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2017, s. 439-445.
- Kubiciel Michael/Wachter, Matthias, "Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement - Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 289", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s. 332-335.
- Kühl Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2017.
- Lasson Maximilian, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung - Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 359-368.
- Mahmutoğlu Fatih Selami/Karadeniz Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- Mitsch Wolfgang, "Erfolgzurechnung bei tödlichem Wettrennen im Straßenverkehr", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2013, s. 20-24.

- Momsen Carsten, "Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment – Die Diskussion um die sog. Raser-Fälle als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur", in: Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ), Yıl 2018, s. 76-100.
- Neumann Laura Katharina Sophia, "Klassische und aktuelle Probleme der Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen", in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2017, s. 160-170.
- Nicolai Florian, "Die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewuster Fahrlässigkeit in der Strafrechtsklausur", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2019, s. 31-36.
- Otto Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004.
- Ozansü Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Preuß Tamina, "Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu illegalen Kraftfahrzeugrennen mit tödlichen Folgen", in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrechts (NZV), Yıl 2018, s. 345-350.
- Preuß Tamina, "Fahrlässige Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens – Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 14. April 2016 – 117 KLS 19/15 = BeckRS 2016, 17841", in: Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2017, s. 23-30.
- Preuß Tamina, "Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens als Mord?", in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrechts (NZV), Yıl 2017, s. 303-306.
- Pupe Ingeborg, "Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt – Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung", in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2007, s. 247-253.
- Pupe Ingeborg, "Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.04.2011 – 2 Ss 14/11", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2012, s. 164-167.
- Pupe Ingeborg, "Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2008, s.600-609.
- Pupe Ingeborg, "Entscheidungsanmerkung – Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17", in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2017, s. 441-444.

- Puppe Ingeborg, "Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz – Drei Entscheidungen des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2018, s. 323-327.
- Puppe Ingeborg, § 15 StGB, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB), Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.
- Renzikowski Joachim, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen – Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2009, s. 347-355.
- Roxin Claus, "Zur einverständlichen Fremdgefährdung – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20.11.2008 – 4 Str 328/08", in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2009, s. 399-403.
- Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Rönnau Thomas, "Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung", in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 119-123.
- Saal Martin, "Zur strafrechtlichen Bewertung des Auto-Surfens", in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), Yıl 1998, s. 49-54.
- Schneider Anna, "The Fast and the Furious – Zur Strafbarkeit von illegalen Autorennen bei Verletzung Unbeteiligter", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2013, s. 362-372.
- Schneider Hartmut, § 212 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 4, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- Schumann Kay H., "Von der sogenannten objektiven Zurechnung im Strafrecht", in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2008, s. 408-415.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Timpe Gerhard, "Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2014, s. 52-63.
- Timpe Gerhard, "Übungsfall: Das Autorennen", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2009, s. 170-180.
- Vavra Rita/Holznagel Sascha, "Der bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem", in: Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Yıl 2018, s. 559-567.
- Vavra Rita/Holznagel Sascha, "Der bedingte Tötungsvorsatz in der Rechtsprechung des BGH", in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2018, s.467-475.
- Vest Hans, "Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsatzes bei Raserfällen", in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR), Yıl 2009, s. 443-457.
- Vest Hans, "Vom Zufall abhängt? – Das bundesgerichtliche Indikatorenmodell zum Beweis des Eventualvorsatzes", in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Yıl 2018, s. 945-962.

Walter Tonio, "Der vermeintliche Tötungsvorsatz von Rasern", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 2017, s. 1350-1353.

Walter Tonio, Vor § 13 StGB, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), Band 1, 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

Wessels Johannes/Beulke Werner/Satzger Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau, 44. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.

Zehetgruber Christoph, "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. Renn- bzw. Raserfällen", in: Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ), Yıl 2018, s. 358-361.

ALMAN CEZA KANUNU'NDA YARAR KABUL ETME SUÇU (YEMLEME) (Md. 331) THE CRIME OF ACCEPTING BENEFIT IN THE GERMAN PENAL CODE (FEEDING) (Art. 331)

Recep KAHRAMAN*

Özet: Kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesi Alman kanun koyucu tarafından değişik suç tipleri yaratılarak yaptırıma bağlanmıştır. Rüşvet suçuna benzer olan yarar kabul etme suçunda kamu görevlisi elde ettiği haksız menfaatin sebebi belirli olmasa da cezalandırılmaktadır. Kamu görevlisinin yerine getireceği eylem belli olmamasına rağmen menfaat elde etmesi onun yemlenmesi olarak ifade edilmektedir. Rüşvet suçunda menfaatin sebebi belirli olduğuna göre yarar kabul etme suçu kamu görevlisinin sorumluluk alanını genişletmektedir. Birey, kamu görevlisinin iradesini etkileyerek gelecekte tarafsız kalmamasını, kendi lehine hareket etmesini arzulamaktadır. Kamu görevlisi de bu teklifi kabul ederek kamu idaresine toplum tarafından duyulan güvene, itibara zarar vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu İdaresi, Kamu Görevlisi, Rüşvet, Yemleme, Haksız Yarar

Abstract: The unlawful benefit of the public official in exchange for the execution of public activity was imposed by the German legislator by creating different types of crimes. In the offense of accepting benefits similar to bribery, the public officer is punished, although the reason for the unfair benefit he has obtained is not clear. Although the action to be performed by the public official is unclear, gaining benefits is expressed as feeding him. Since the reason for the benefit in bribery is certain, the crime of accepting benefit increases the responsibility of the public official. The individual wishes to influence the will of the public official. He wishes that he will not remain neutral in the future and act in his own favor. By accepting this proposal, the public official undermines the trust and reputation of the public administration.

Keywords: Public Administration, Public Official, Bribery, Feeding, Unfair Benefit

* Dr., recepkehrmn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0991-9692, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.08.2019, Kabul Tarihi: 05.08.2019

Giriş

Geleneksel tanımına göre rüşvet, göreve dâhil belli bir işin yapılması ya da yapılmaması amacına yönelik, kamu görevlisi ile bireyin anlaşmasına dayalı olarak kamu görevlisi veya üçüncü kişinin doğru-
dan ya da dolaylı olarak haksız menfaat elde etmesidir. Rüşvet konusu iş ya da eylemin somut, belirli olması gerekir. Rüşvet anlaşmasında haksız menfaatin karşılığı olan iş ya da eylemin kararlaştırılmış olması gerekir.

Alman Ceza Kanunu başlıca yolsuzluk biçimi olarak rüşvet suçuyla ilgilenir. Rüşvet, tipolojik olarak “yararların kanuna aykırı olacak bir şekilde değiştirilmesi” olarak tanımlanabilir. Alman Ceza Kanunu'nda suç ortaklarının hareketlerinin niteliğine göre rüşvet suçu ayrıma tabi tutulmaktadır. Görevin niteliğine ve kapsamındaki işin belirli olmasının gerekip gerekmediğine göre rüşvet suçları ayrılmaktadır.¹

Rüşvet suçu (md. 332) yapısı gereği çok failli suçlardan olup rüşvet anlaşması kapsamında rüşvet alan ve rüşvet verenin iradelerinin birleşmesi zorunludur. Benzer suç tipi olan yarar kabul etme suçu da (md. 331) çok failli suçlardandır. Yarar kabul etme suçunda menfaati sağlayan bireyin (vorteilsgewährung) ve menfaati kabul eden (vorteilsannahme) kamu görevlisinin iradelerinin birleşmesi zorunludur. Diğer ifadeyle her iki suç tipinde de kamu görevlisi ile birey arasında ortak karar ve irade birliği sağlanarak suç işlenmektedir.²

Rüşvet suçunda anlaşma konusu işin belirlenmiş olması zorunlu iken yarar kabul etme suçunda iş ya da eylemin somutlaştırılması gerekli değildir.³ Bu nedenle yarar kabul etme suçunda kamu görevlisi bireyin gelecekteki projesinin parçası olarak yer almaktadır. Birey, kamu görevlisini yemlemektedir. Anlaşma konusu işin belirsizliğine karşın haksız menfaat sağlamanın cezalandırılmasının sebebi kamu görevlisinin görevinin kapsamında her işi menfaat karşılığında yap-

¹ Felix Walther, “Das Korruptionsstrafrecht Des StGB”, In: JURA- J. Ausbildung, Vol. 32, 7/2010, s. 512.

² Gunther Artz/Ulrich Weber/Bernd Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld, 2009, Rn. 34.

³ Yarar kabul etme suçunda kamu görevlisi, göreviyle alakalı menfaat elde ettiğinden esasen rüşvet suçları grubunda dar anlamda rüşvet suçu olarak kabul edilmektedir. Werner Vahlenkamp/İna Knauß, Korruption Hinnehmen Oder Handeln? BKA - Forschungsreihe, Wiesbaden, 1995, s. 256.

bileceğini kabul ettikten sonra belirlenmiş işleri de haydi haydi yapar düşüncesinin kanun koyucu tarafından tehlikeli bulunmasıdır.⁴

Alman Ceza Kanunu'nda yarar kabul etme suçunun rüşvet suçuna nazaran temel suç tipi olarak yer aldığıın ispatı suçlara verilecek cezaların farklı olmasıdır. Temel suç tipi olan görevin gereklerine uygun iş ya da eyleme bağlı yarar sağlama suçunda üç yıla kadar hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik ceza kabul edilmiştir. Görevin gereklerine aykırı işe bağlı rüşvet suçunda altı aydan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Bu durum rüşvet suçunun yarar kabul etme suçuna göre nitelikli suç olduğunu göstermektedir.

1. Yemlemenin Görev Sırasında İşlenen Suçlar Arasındaki Yeri

1.1. Genel Açıklamalar

Kamu görevlisinin yemlenmesi olarak ifade edilen yarar kabul etme suçu Alman Ceza Kanunu Görev Sırasında İşlenen Suçlar başlıklı Otuzuncu Bölüm md. 331'de düzenlenmiştir. Yarar kabul etme suçunda muayyen olmayan iş ya da eylemin karşılığında sağlanan haksız menfaatin suç olmasının sebebi görev ve yetkinin satışıdır. Bu nedenle gerçekleştirilen iş ya da eylem konusunda ya da gerçekleştirilecek iş ya da eylem konusunda görevli olunmaması halinde yarar kabul etme suçu oluşmaz. Diğer ifadeyle iş ya da eylemin belirsizliğini kamu görevlisinin görevli olmadığı konuda menfaat sağlaması şeklinde yorumlamamak gerekir.⁵

Rüşvet suçunda kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı hareket etmektedir. Yarar kabul etme suçunda ise menfaatin sebebi görevin gereklerine uygun davranmaktır. Yarar kabul etme suçunda

⁴ Vahlenkamp/Knauf, s. 164; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre kamu görevlisinden soyut beklentiler her ne kadar rüşvet suçunu oluşturmaya da görevine bağlı olarak elde edilen çıkarın yaptırma bağlanması gerekmektedir. (BGH, 14.10.2008, 260/08)

⁵ Peter W. Heermann, "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr", The Sponsors' Voice, 2014, s. 13; Yarar kabul etme suçu görevin ifası amacıyla işlendiğine göre kamu görevlisinin görevli olmadığı halde suç oluşmaz. "Göre" kavramı, kamu görevlisi tarafından kendisine verilen ve resmi olarak gerçekleştirilen faaliyetleri içerir. Walther, s. 516; Göreve başlamadan elde edilen menfaat suçuna neden olmazken görevlinin yemlenmesinden sonra görevini bırakması da suçun oluşmasını engellemez. Christian Franke, "Rechtsvergleich der Korruptionsstrafbarkeit in Frankreich und Deutschland", Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität, 2/2011, Hannover, s. 23.

kamu görevlisinin yapabileceği tüm işler menfaatin karşılığı olabilir. İşin göreve dâhil olup olmadığının değerlendirmesini mahkemenin yapması gerekir.⁶

Kamu görevlisinin yemlenmesi kamu hizmetinin ifasında yolsuzluk yapılması olup cezalandırılmaktadır.⁷ Alman Yargıtayı'na göre yarar kabul etme suçunda (md. 331) kamu görevlisine menfaat sağlanmasının sebebi onun yemlenmesi (klimapflege) ya da beslenmesidir (anffütterung). Gelecekte ona işi düşebilir amacıyla kamu görevlisini bugünden yanına çekmeyi amaçlamaktadır. Belirli bir zaman diliminde yerine getirilmesi gereken belirli bir işin karşılığı olmasa da kamu görevlisine sağlanan menfaat ile görevli, gebe bırakılmakta, oltaya düşürülmektedir. Gelecekte gerçekleştirilebilecek hizmetler için zemin hazırlanmakta, alt yapı oluşturulmaktadır. (BGH, 14.10.2008, 260/08)

“Yemleme” ceza hukukunda yer alan bir tanımlama değildir. Kamu görevlisiyle iyi ilişkiyi kurmaya yarayan ve kamu görevlisinin iyi niyetini teşvik etmesi gereken hediyeler veya diğer yararların verilmesidir. Sempati ve iyilik için bu tür çabaların arka planı genellikle, kişilerarası ilişkinin kamu görevlisinin kararları üzerinde olumlu bir etkisi olduğu umududur. Yemleme ifadesinin rüşvet suçunda kullanılmamasının sebebi rüşvet suçunda anlaşma konusu iş ya da eylemin anlaşmada somutlaştırılması zorunluluğudur. Diğer ifadeyle iş ya da eylemin satışıdır. Rüşvet suçunda kamu görevlisi geleceğe yönelik olarak bir proje değildir. Oysa yarar kabul etme suçunda iş ya da eylem belirli olmadığından görevlinin geleceğe yönelik olarak yemlenmesi-beslenmesi gerekir düşüncesi oluşmaktadır.⁸

⁶ Cornelia Gädigk, “Weite und Gefahren der Korruptionstatbestände”, Schiedsamt-sZeitung, 12/2010, s. 296.

⁷ Franke, s. 22.

⁸ Von Philipp Reinhold, “Zur Strafbarkeit Der „Klimapflege“ Nach §§ 331, 333 StGB”, HRRS, 4/2010, s. 213; Rüşvet suçunda sağlanan haksız menfaat, göreve dâhil iş ya da eylemin yaptırılması amacını taşımaktadır. Bu amacın da rüşvet anlaşmasında eylemin yapılmasından önce kararlaştırılmış olması gerekir. Önceden anlaşma olmaksızın tamamlanmış iş ya da eylemlerden dolayı kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesi rüşvet suçunu oluşturmaz. Yarar kabul etme suçunda ise menfaatin karşılığı olarak belli bir iş kararlaştırılmadığından diğer ifadeyle iş ile haksız menfaat arasında illiyet bağı zayıf olduğundan tamamlanmış iş ya da eyleme duyulan memnuniyetin karşılığı olarak kamu görevlisinin menfaat sağlanması da suçun kapsamındadır. Örneğin en yüksek notu alan öğrencinin notunu sisteme girdikten sonra notunu öğrenen öğrenci hocasına para vermiştir. Bu paranın verilmesinin amacı hem yapılan işe duyulan memnuniyeti göstermek hem de

1.2. Yemlemenin Rüşvet Sayılmamasının Nedenleri

Alman Ceza Kanunu md. 331'de yer alan yarar kabul etme suçunda kanun koyucu rüşvet ifadesini kullanmayı tercih etmemiştir. Sağlanan haksız menfaatin amacı olan göreve dâhil işin belirlenebilir olmaması halinde rüşvet suçunun oluşmamasının farklı gerekçeleri bulunur. İlk gerekçeye göre rüşvetin konusu iş ile sağlanan haksız menfaat arasında illiyet bağının kurulması gerekir. Diğer ifadeyle rüşvet suçunda edim-karşı edim ilişkinin kuvvetlendirilebilmesi için göreve dâhil işin belirli olması gerekir. Faaliyetin belirsizliği halinde bu bağ zayıfladığından rüşvet suçu oluşmaz.⁹ İkinci gerekçeye göre rüşvet suçunun varlığı, öncesinde rüşvet anlaşmasının yapılmasına bağlıdır. Anlaşmanın unsurları ise haksız menfaat ile menfaatin amacı olan göreve dâhil iştir. Diğer ifadeyle göreve dâhil işin rüşvet anlaşmasında somutlaştırılması gerekir. Göreve dâhil iş, rüşvet anlaşmasında yer almadığında anlaşma kurulmamış olur rüşvet suçu oluşmaz.¹⁰

Klasik rüşvet suçunda göreve dâhil olan belli bir işin satışı amacına uygun olarak haksız menfaat elde edilirken md. 331'de yer alan yarar kabul etme suçunda belli bir işin kararlaştırılması gerekli olmadığından satışı yapılan kamu görevi veya yetkisidir. Bu durumu rüşvet suçunun kapsamının genişlemesi olarak değil yapısının bozulması olarak kabul etmek gerekir. Alman kanun koyucu, klasik rüşvet tanımıyla çelişmemek amacıyla belirli olmayan iş ya da eylemin karşılığında haksız menfaat elde edilmesini rüşvet suçu olarak değil yarar kabul etme suçu olarak ifade etmiştir.

2. Yarar Kabul Etme Suçu (Yemleme)

2.1. Genel Açıklamalar

Alman ceza kanunu (StGB) md. 331'de görev ve yetkilerin kullanılması amacıyla işlenen yarar kabul etme suçu düzenlenmiştir. "Bir

gelecekte hocasından benzer beklentisinin olduğunu ona hissettirmektedir. Diğer ifadeyle öğrenci, hocasını yemlemektedir. Hans Joachim Rudolphi/Ulrich Stein, SK-StGB, Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Loseblatt, Stand, Band VI, Köln, 2005, Rn. 17.

⁹ Jürgen Baumann, Zur Problematik Der Bestechungstatbestände, Heidelberg, 1961, s. 23.

¹⁰ Reinhart Maurach/Friedrich Christian Schröder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Hamburg, 2012, s. 352.

kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen bir kişinin, görevi yerine getirmek için, kendisine veya üçüncü kişi için yarar talep etmesi, vaat ettirmesi veya kabul etmesi". Madde 332' de yer alan rüşvet suçunun aksine yarar kabul etme suçunda kamu görevlisi görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla menfaat elde etmektedir.¹¹ Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmasının birey ile yapılan anlaşmada somutlaştırılmış olması gerekli değildir. Diğer ifadeyle yarar sağlama suçu kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullanmak için menfaat sağlamasıyla birlikte işlenmiş olur.¹²

1997 tarihli Alman Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'yla (Gesetz Zur Bekämpfung Der Korruption) birlikte md. 331' de yer alan yarar kabul etme suçunda yapısal değişikliğe gidilmiştir. Değişiklikten önce yarar kabul etme suçu "görevine giren bir iş için" işlenmekteydi. Görevine giren bir işin karşı edimi olarak haksız menfaatin suç anlaşmasında açıkça yer alması gerekirdi. Belli bir iş veya karşı edim ifadelerine kanun koyucunun md. 331' de yer vermesinin sonucu olarak edim-karşı edim kuralı gereğince haksız menfaatin karşılık edimi olan işin taraflarca suç anlaşmasında belirlenmiş olması gerekirdi.¹³

2.2. Yarar Kabul Etme Suçunda Korunan Hukuki Değer

Yarar kabul etme suçunda genel olarak resmi faaliyetin fiili ve ticari olmayan doğasına olan toplumun güveni ve ayrıca toplumun kamu hizmetinin bütünlüğüne olan güveni korunmaktadır. Diğer ifadeyle yarar kabul etme suçunda iki farklı normatif amaç bulunur: Bir yandan kamu güveni, diğer yandan kamu idaresinin işleyişi. Kanun koyucu meşru beklentilerin korunmasına vurgu yaparken, yorum yapıla-

¹¹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 761; Bkz. md. 332: "Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen bir kişi, hizmet görevini ihlal ederek, yaptığı veya ileride yapacağı ve göreve ilişkin bir işlemin karşılığı olarak, kendisi veya üçüncü bir kişi için, yarar talep etmesi, vaat ettirmesi veya alması."

¹² P. Bringewat, "Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen", KommJur, 1/2015, s. 7.

¹³ Kamu kurumları ile bireylerin ilişkilerinin sıkı tutulması amacıyla sağlanan menfaatlere karşı kriminal risk artmış ve bu durum yaptırıma bağlanmıştır. Diğer ifadeyle 1997 değişikliği ile birlikte rüşvet suçlarının uygulama alanı genişletilmiştir. Bringewat, s. 5

rak esasen genel olarak kamu idaresinin korunmasına vurgu yapıldığı anlaşılabilmektedir.¹⁴

Alman hukukunda yarar kabul etme suçuyla korunan hukuki değerlere ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri kamu görevlisinin menfaat sağlamasıyla birlikte zedelenir. Bu duruma bağlı olarak suç kamu idaresinin düzenini hedef almaktadır.¹⁵ İkinci görüşe göre toplumun kamu idaresine duyduğu güven korunmaktadır. Yerine getirilen işin görevin gereklerine uygun veya aykırı olup olmadığına bakılmaksızın sağlanan haksız menfaat güven duygusunu yok etmektedir.¹⁶ Üçüncü görüşe göre yarar kabul etme suçuyla birlikte kamu disiplini zarar görmektedir. Kamusal faaliyeti yerine getirme yükümlülüğü olan kamu idaresinin temsilcisi olan kamu görevlisinin menfaat sağlamasıyla birlikte idarenin disiplininden kopma olur. Kamu görevlisi iş ya da eylemi kamu hizmeti amacıyla değil özel faaliyet niyetiyle yerine getirmektedir.¹⁷

Yarar kabul etme suçunda ileride yapılacak iş ya da eylemlerin görevin gereklerine uygun yapılacak olmasına karşın suç olarak düzenlenmesinin ana sebebi kamusal faaliyetin yerine getirilmesi için kamu idaresini temsil görevi olan kişinin kamu idaresine duyulan itibara zarar vermesidir.

2.3. Yarar Kabul Etme Suçunda İş Ya da Eylemin Belirsizliği

2.3.1. Genel Açıklamalar

1997 tarihli değişiklikle birlikte haksız menfaatin karşılığı olan işin belirli olması kuralı yarar kabul etme suçunda terkedilmiştir. Deği-

¹⁴ Franke, s. 22; Yarar kabul etme suçunda korunan hukuki değer Devlet kararlarının tarafsızlığı ve kamu hizmetinin bütünlüğü korumakla birlikte kamuoyunun bu bütünlüğe ve kamu hizmetinin devredilemezliğine duyulan güveni vurgulanmaktadır. Walther, s. 513

¹⁵ Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Baskı, Münih, 2014, s. 3090.

¹⁶ Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, Heidelberg, 2011, s. 335; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre korunan hukuki değer kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde kamu idaresinin objektif olduğuna yönelik toplumda var olan güvenin korunmasıdır. (BGH, 15,352)

¹⁷ Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, Baden-Baden, 2009, Rn. 2.

şiklikle birlikte yarar kabul etme suçunda haksız menfaatin “görev ve yetkilerin kullanılması için” sağlanması yeterlidir. Değişiklikten önce yerine getirilmesi kararlaştırılan işin karşı edim olarak somutlaştırılması gerekirken değişiklikten sonra ise somutlaştırılmayan ama görev ve yetkilerin kullanılması amacıyla verildiğinin ispatlandığı hallerde de yarar kabul etme suçu oluşmaktadır.¹⁸ Diğer ifadeyle yarar kabul etme suçunda rüşvet suçunun aksine belirli bir eyleme atıf yapılmadığından hizmetin etkisinin suçun üzerindeki etkisi zayıflatılmıştır. 1997 değişikliğinin temel amacı da budur.¹⁹

2.3.2. Haksız Menfaatin Karşılığı Olan İş Ya da Eylemin Belirsizliği

Yarar kabul etme suçunda hizmetten yararlanma ile sağlanan haksız menfaatten faydalanma arasında anlaşma şeklinde bir ilişki olması gerekir. Menfaatin, özellikle hizmetle ilgili olarak kamu görevlisine fayda sağlaması gerekir. Bu durumda, hizmet terimi genel olarak resmi faaliyetleri kapsar; belirli bir resmi faaliyet ile ilişki kurmaya gerek yoktur. Rüşvet suçuyla karşılaştırıldığında hizmet eyleminin fark edilmiş şekilde daraltılmış konsepti kullanılmıştır.²⁰

Yarar kabul etme suçunda işin belirsizliği unsur eksikliği olarak değerlendirilebilir ve suç olarak düzenlenemeyebilirdi. Maddi unsuru sadece görev olarak görmek suçun maddi unsurunun tamamlanmış sayılması için yeterli olmaz. Bireyin gelecekte işi düşebilir düşüncesiyle menfaat sağlamak tipe uygun hareketlerin belirli olmamasına

¹⁸ 1997 değişikliğinden önce işin somutlaştırılmadan kamu görevlisine menfaat tekliyi yarar kabul etme suçu olarak değil kamu görevlisine hakaret olarak cezalandırılmaktaydı. Heermann, s. 15

¹⁹ Reinhold, s. 215; İşin somutlaştırılmasına gerek olmaksızın sağlanan menfaatin yaptırma bağlanmasında kamu görevlisinin hareketinden öte kamu görevinin işlevi cezalandırılmaktadır. Diğer ifadeyle yeni tür suç tipinde hareketten işleve doğru geçiş yaşanmıştır. Marco Pelissero, “Gli accordi corruttivi tra atto e funzi- oni: La corruzione a due anni dalla Riforma Severino”, R. Borsari (Ed.) Padova University Press, 2015, s. 153.

²⁰ Heermann, s. 14; Yarar kabul etme suçunda anlaşma konusu iş ya da eylemin belirlenmesine ihtiyaç duyulmamasının sebebi şöyle açıklanabilir. Kamu görevlisi genel olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmez. Görevin gereklerine uygun hareket ettiği için menfaat sağladığından bu durumun somutlaştırılmasına gerek yoktur. Oysa görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğinde genellikle somut bir durum bulunmalıdır. Bu nedenle rüşvet suçunda anlaşma konusu işin belirlenebilir olması gerekir. Reinhold, s. 215.

bağlı olarak kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Somut eyleme dayalı olmayan işlevin karşılığında menfaat elde edilmesinin yaptırımı bağlanması uygulama pratiğinin vurgulandığı ceza hukuku politikalarının ihtiyaçlarını karşılamayı hedefler. Bu durum yasallık ilkesi ile uyum açısından sorgulanabilir ancak yargısal bir cevap almayı amaçlamıştır.²¹

Yarar kabul etme suçunda sağlanan menfaat kamu görevlisinin görevi ifa ederken iradesini etkileme amacını taşımalıdır.²² İşin belirsizliği söz konusu olsa bile bir anlaşmanın varlığı zorunludur. Bireyin kamu görevlisini menfaat karşılığında etkileme isteği bu anlaşmanın kurucu unsurudur. Kamu görevlisini etkileme niyetinden bağımsız sağlanan menfaatler yarar kabul etme suçuna neden olmaz. Çünkü bu menfaatler yerine getirilen görevden bağımsızdır.²³

Yarar kabul etme suçunda belirli bir fiile atıf yapılmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun hedefinde olan genel olarak kamu görevinin korunması düşüncesidir. Genel olarak görevine giren faaliyetler nedeniyle menfaat sağlaması ya da faaliyeti yerine getirdikten sonra menfaat sağlaması suç oluşturmaktadır.²⁴ Yarar kabul etme suçunda işin somutlaştırılması gerekli olmasa da ilişkinin somutlaştırılması gerekir. Genel olarak kamu görevlisinin hizmetiyle karşılıklılık ilişkisi bakımından bağlanması yeterlidir. Sağlanan yarar ile kamu görevlisinin resmi faaliyeti arasında bir ilişki olmalıdır. Haksız menfaatin karşılığı olan eylemin somutlaştırılması gerekli olmasa da görevin ifası ile menfaat bağlantısının somutlaştırılması zorunludur.²⁵

Yarar kabul etme suçunda kamu görevlisiyle iyi ilişkiler kurulması amaçlanmaktadır. Kanun koyucu iyi ilişkilerin karşılığında kamu görevlisinin menfaat elde etmesini hoş görmemektedir. Menfaatin karşı-

²¹ Pelissero, s. 158.

²² Reinhold, s. 216.

²³ Reinhold, s. 216; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre sağlanan menfaatin kamu görevlisini etkileme amacını taşıyıp taşımadığının delili olarak kamu görevlisinin rolü ve hak sahibinin görevleriyle olan ilişkisi, teklif ettiği, vaat ettiği veya verdiği avantajlar ve bu avantajların niteliği, değeri ve sayısı dikkate alınmalıdır. (BGH, 53, 6)

²⁴ Bringewat, s. 5; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre yarar kabul etme suçunda yararın karşılığının belirli olması gerekmemekle birlikte taslak olarak dahi konuşulması zorunluluk değildir. (BGH, 260,08)

²⁵ Gädigk, s. 295.

lığı olarak sadece somut eylem değil kamu görevlisinin yetkili olduğu tüm faaliyetleri kabul edilmektedir. Kamu görevlisinin beslenmesi-yemlenmesi genel olarak yetkili olduğu tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Bu nedenle yarar sağlama suçunda kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla menfaat elde etmektedir. Diğer ifadeyle menfaat - eylem ilişkisinin varlığından öte menfaat-yetki bağlantısının ispatlanması gerekir.²⁶

2.3.3. Türk Ceza Kanununda Yer Alan Düzenleme

5237 sayılı Kanun'a göre rüşvet suçunun düzenlendiği md. 252'de "bir iş" ifadesiyle görevin ifasıyla ilgili işin rüşvet anlaşmasında somutlaştırılması gerektiği kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. İşin belirli olması gerektiği madde gerekçesinde de yer almaktadır. Klasik rüşvet suçuna uygun şekilde soyut, belirsiz faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla kamu görevlisine sağlanan haksız menfaat rüşvet suçunu oluşturmaz. Görüldüğü gibi Türk kanun koyucu rüşvet suçunda sağlanan haksız menfaatin gerçek bir karşılığının olmasını suçun unsuru olarak aramaktadır.²⁷

2.4. Yemlemenin Kapsamı

2.4.1. Genel Açıklamalar

Yarar kabul etme suçunda görevlinin yemlenmesi ona veya üçüncü kişiye yarar sağlanması olarak ifade edilmektedir. Diğer ifadeyle

²⁶ Pelissero, s. 157; Görevlinin yemlenmesinde menfaat sağlayan birey belirli bir işi hedeflemeden profesyonel ilişki kurmaya çalışır. Yemlemeyle birlikte kısmen dostça kısmen ise bağlayıcı olan bu ilişki görevliyi etkilemeyi amaçlar. Diğer ifadeyle yemlemeyle birlikte görevli geleceğe hazırlanmaktadır. Başlangıçta ve görünüşte zararsız gibi görünen bu durumda birey görevliyi etkilemeye bağlı olarak onu sömürme eğilimindedir. Heermann, s. 16.

²⁷ Koray Doğan, "Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim", Nevzat Toroslu'ya Armağan, 2015, s. 341; Benzer görüşü savunan Türk Yargıtayı'na göre sağlanan haksız menfaatin karşılığının belirli olmaması halinde unsur eksikliğinden dolayı rüşvet suçu oluşmaz. "Rüşvet suçunda önemli olan yapılan işin memurun görevine giren belirli bir iş olması, anlaşmanın işin yapılmasından veya yapılmamasından önce olması ve rüşvet sonucu yapılması istenen eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığıdır" (5.CD. 18.04.2002, 1153/2678). "Rüşvet suçunun oluşması bakımından rüşvete konu olayda memur görevli olmalı ve rüşvet belli bir işin yapılması veya yapılmaması için alınmalıdır. Dosya içeriğinden sanığın görevi cümlesinden neleri yapması veya yapmaması gerektiği saptanamamıştır. Bu nedenle görevi bakımından yapması veya yapmaması gereken davranış ve işlemlerin neler olduğunun etraflıca araştırılması gerektiği gözetilmeden noksan soruşturma ile hükme varılması kanuna aykırıdır" (5.CD. 2002/1163, 2002/7850).

görevi yerine getirmenin karşılığı olmalıdır. Yarar terimi, geniş bir şekilde anlaşılmalıdır.²⁸ Alman Yargıtayı'na göre kamu görevlisi veya üçüncü kişinin ekonomik veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştirdiği herhangi bir katkı yemleme olarak kabul edilebilir. (BGH. 168/04)

Yemlemenin kapsamına nakit veya gayri nakdi yardımlara ek olarak, gerçekten ekonomik olarak yararlı bir etkisi olmasa bile bir indirim anlaşması da dâhil olmak üzere garantili faizsiz kredilerin kabul edilmesi de yemleme teşkil eder. Kamu görevlisinin eğilimini güvence altına almak amacıyla hediyeler veya diğer avantajlar verilmektedir. Kamu görevlisi veya üçüncü kişiye borç verilmesi, kefil olunması, kredi temin edilmesi, çocuğun okul taksitinin ödenmesi, yurt dışı gezilere davetiye verilmesi, piyango bileti verilmesi, Noel kutlamalarının masraflarının üstlenilmesi, kamu görevlisinin bir golf turnuvasına davet edilmesi, maç bileti gönderilmesi, yarar kabul etme suçunda haksız menfaatin kapsamındadır.²⁹

2.4.2. Yemleme Miktarının Suça Etkisi

Yarar kabul etme suçunda yemlemenin miktarının suça etkisi üzerinde doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Miktarın suça etkisi olmadığını savunan görüşe göre kamu görevlisine sağlanan her menfaatin yarar kabul etme suçunu oluşturması gerekir. Kamusal faaliyetin yerine getiren görevli, idareye karşı olan sadakat borcundan ayrılarak görevini kötüye kullanmaktadır. Bu nedenle yemlemenin miktarı konusunda değerlendirmenin objektif değil subjektif açıdan yapılması suç siyaseti açısından uygun olmaktadır.³⁰ Miktarın suça etkisi olduğunu savunan görüşe göre görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan menfaat ile aykırı hareketin karşılığında sağlanan

²⁸ Sahir Erman/Çetin Özek, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 1992, s. 1015.

²⁹ Walther, s. 517; Alman Yargıtayı'na göre maddi olmayan menfaatlerin yarar kapsamına dâhil edilebilmesi için nesnel olarak ölçülebilir içeriğe sahip olmalı ve aslında bir biçimde failin daha iyi olmasını sağlamalıdır. Golf turnuvalarına yapılan saf (ücretsiz) davetiyelere veya maddi menfaatleri olmayan davetlere ek olarak, cinsel eylemler de yemlemenin kapsamında kabul edilebilir. (BGHSt 47, 295)

³⁰ Nino Levi, Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 1935, s. 304; Somut eylemle ilişki zorunluluğu ortadan kalktığı için rüşvet suçunda aranan menfaat ile eylem arasındaki orantılılık yarar kabul etme suçunda terkedilmiştir. Pelissero, s. 161.

menfaatin miktarı, suçun oluşması üzerinde etkilidir. Görevin gereklerine uygun hareket eden görevli, bu görevi ifa etmek zorunda olduğu için sağlanan menfaatin idareden alınan ücretten daha fazla olması gerekir.³¹ Bu nedenle yarar kabul etme suçunda kamu görevlisine, görevinin gereklerine uygun hareket etmesinin karşılığında sağlanan menfaatin onu yemleme olarak değerlendirilebilmesi için basit olması gerekir.

2.4.3. Hediye Vermenin Yemleme Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu

Roma hukukunda rüşvet almak diye bir suç olmamasına rağmen Crimen Repetundarum başlığıyla malında artışa neden olan hediye kabul etmek, haksız vergi almak eylemleri yaptırıma bağlanmıştı. Görüldüğü gibi rüşvetin temeli olarak hediye almak cezalandırılmaktaydı.³²

Kamu görevlisine bireyin verdiği hediyelerin yarar kabul etme suçunun sebebi olan yemlemenin kapsamında olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunur.

Hediye vermenin yemleme sayılamayacağını savunanlara göre yarar kabul etme suçunda her ne kadar haksız menfaat somut işle ilişkilendirilemese de kamu görevlisinin genel performansı ile ilişkilendirilmelidir. Kamu görevlisine sadece hediye amacıyla sağlanan menfaatler genel performansla bağlantısı bulunmadığından yarar kabul etme suçu oluşmaz.³³ Kamu görevlisine hediye vermek her ne kadar onu etkileme

³¹ Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale: parte speciale, delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1986, s. 159.

³² Ahmet Mumcu, *Tarih İçindeki Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devletinde Rüşvet*, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015; 765 sayılı kanun md. 211'de rüşvetin tanımı yapılırken "para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler" ifadesi kullanılmıştır. Kamu görevlisinin aldığı hediyeler de rüşvet sayılmaktadır. Ancak md. 211'de yer alan tanıma göre hediye rüşvet sayılabilmesi için hediye "kanunen veya nizamden yapmaya veya yapmamaya mecbur olunan şeyi yapmak veya yapmamak için" alınması gerekirdi. Diğer ifadeyle hediye karşılığı göreve dâhil bir iş ya da eylem olmalıydı. Fransız ceza kanununda pasif rüşvet suçu olarak ifade edilen rüşvet alma suçu başlıklı md. 432-11'de suçun tanımı yapılırken "herhangi bir teklif, taahhüt, bağış, hediye veya avantajlar" ifadesi kullanılmıştır. Ancak hediye rüşvet sayılabilmesi için hediye "görevini yapmak, yapmamak ya da göreviyle bağlantılı bir işi kolaylaştırmak amacıyla" alınması gerekirdi. Diğer ifadeyle hediye karşılığı olmalıydı.

³³ Pagliaro, s. 130; Kamu görevlisine verilmiş olsa dahi karşılık beklemeden sağlanan

amacıyla verilmiş olsa da bu durum görevli üzerinde bir yükümlülük yaratır düşüncesi yerinde değildir. Diğer ifadeyle hediye vermek manevi sorumluluk yüklemeyen bir yarar olarak kabul edilmeli ve yaptırma bağlanmamalıdır. Kamu idaresiyle işi olan bireyin idareyle özel ilişki kurmasını engellemek amacıyla kamu görevlisine verilen hediye rüşvet olarak değerlendirilerek yaptırma bağlanması yerinde değildir. Menfaatin kamu görevlisince kabul edilmesiyle görevin ifası arasındaki sıkı ilişki kamu görevlisinin cezalandırılması için mutlak gerçektir. Bu gerçeğin varlığı için sağlanan menfaat ile görevin ifası doğru orantılı olmalıdır. Ancak kamu görevlisinin aldığı hediye birey ile arasında haksızlığı amaçlayan bir anlaşmanın varlığını kanıtlamaz. Diğer ifadeyle hediyenin saflığı bu ilişkiyi kanıtlamaktan uzaktır.³⁴ Hediye vermenin yemleme sayılması gerektiğini savunanlara göre sosyalleşmek adına bireylerin hediye alıp vermesinin hiçbir sakıncası yoktur. Ancak kamu görevlisine hediye verilmesi saf ve temiz bir niyet olarak görülemez. Hediye vermenin amacını kamu görevlisiyle ilişkilerin iyi tutulması olarak kabul etmek gerekir. Hediye veren birey bu durumun ileride kendi lehine olacağı beklentisine sahiptir. Diğer ifadeyle kamu görevlisinin vereceği kararların kendi lehine olumlu olacağı beklentisi hediyenin verilmesine bağlı olarak oluşmaktadır.³⁵

menfaate hediye denilmektedir. Kamu görevlisine hediye vermekle birlikte görevin ifasını etkileme amacı bulunmadığından hediye vermek kamu görevlisine yemleme amacını taşımamaktadır. Johann G. Lambsdorff/Björn, Frank, "Bribing versus Gift Giving- An Experiment", *Journal of Economic Psychology*, 31/2010, s. 348.

³⁴ Pagliaro, s. 130.

³⁵ Rudolphi/Stein, Rn. 4; Kamu görevlisine sağlanan menfaatin karşılığı olan işin belirsizliğine bağlı olarak bu durum kamu görevlisine hediye verilmesi olarak düşünülebilir. Toplumsal açıdan hediyenin verilmesi her ne kadar kabul edilebilir olsa da görevin başındaki kamu görevlisine verilmesi nedeniyle bireyin, hediyenin karşılığında beklentisi oluşmaktadır. Toplumsal açıdan bakıldığında iyiniyet göstergesi olarak açıklanabilecek hediyenin verilmesinin mazur görülmesi hukuka uygunluk sebebi olamaz ve kamu görevlisi yaptırma tabi tutulmalıdır. Doğan, s. 341; Alman Yargıtayı da benzer görüşü savunmaktadır: Yeniden seçim için başvuran bir belediye meclis başkanı, seçilmesi durumunda, yapılacak finansal kampanya karşılığında, bağışçının gelecekteki çıkarlarına elverişli bir karar vermeyi kabul ederse, bu kararı kabul etmekten md. 331'e göre sorumludur. Belediye başkanı A'nın yeniden seçilmesiyle ilgilenen kentteki en büyük inşaat yatırımcısı, A'nın yatırımcı dostu politikalarını takdir eder ve varoşlarda bir fabrika kurma konusunda A'dan fayda bekler. A'nın rakibi olan adayın kazanması halinde ise yatırımının gerçekleşmeyeceğini düşünmektedir. Bu nedenle B, akşam yemeği sırasında seçim kampanyasında A'ya maddi destek vermeyi teklif eder. A, doğrudan ödemeleri reddetmekle birlikte bunun yerine, partisine bağış yapılmasını ister. Başkan adayı A, B tarafından yapılan bağışın gelecekteki yatırım amacıyla

Kamu görevlisine sağlanan menfaatin suç kapsamında değerlendirilebilmesi için görevlinin bundan etkilenme amacının bireyde olması yeterlidir. Görevlinin bu durumdan gerçekten etkilenmiş olması gerekli olmaz. Bu nedenle yarar kabul etme suçu soyut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Diğer ifadeyle kamu görevlisinin gelecekteki kararını etkileme tehlikesi olmalı ama tehlikenin gerçekleşmesi aranmaz. Sponsorluk, hayır kurumuna bağış gibi menfaatler genellikle belli bir amaç taşımadan yapılır ve çalışanın kararlarını etkileme amacını taşımaz. Zarar tehlikesi bulunmadığından eylem tipik olmaz ve yarar sağlama suçunun oluşmaması gerekir.³⁶

Kamu görevlisine sağlanan her menfaat yemleme olarak değerlendirilmemelidir. Hediyein görevin ifasıyla ilgili verilmesi, kabul edilmesi, vaat edilmesi veya talep edilmesi gerekir. Bireyin, kamu görevlisine verdiği hediye ondan beklentisi olduğunu işaret etmekteyse bu durum yemleme olarak değerlendirilir. Hediyein verilmesinin göreviyle bağlantısı olduğu konusunda kamu görevlisinin şüphe duyması halinde de bunun geri çevrilmesi gerekir aksi halde md. 331'de yer alan yarar kabul etme suçu oluşur.³⁷

Hediye veren bireyin karşılığında genel olarak bir beklentisi bulunmaz. Ancak bireylerin birbirlerine hediye vermesinin bir sebebinin olabildiğini de düşünmek gerçekçi bir bakış açısidir. Özellikle kamu idaresini temsil ederken kamu gücüne sahip kişilere hediye verilmesini bireyin beklentisi yoktur şeklinde izah etmek doğru değildir. Yarar kabul etme suçunda menfaatin somut bir işle ilişkilendirilmesine gerek duyulmamasının sebebi işin ne olduğunun ispatlanamaması halinde bireylerin cezasız kalmasını engellemek olduğu düşünüldüğünde kamu görevlisine verilen hediyein de görevin ifasıyla ilişkisi ispatlandığı takdirde suçun oluşması gerekir. Bu durumda sağlanan menfaat hediye olarak değil görevliye verilen yem olarak kabul edilmelidir.

yapıldığının bilincindedir. B, A partisine yaklaşık 250.000 Euro öder. Bu paradan, A'nın seçim kampanyası onun bilgisi ile finanse edilir. (BGH, 28.10.2004-301/03)

³⁶ Dennis Bock/Lisa Borrmann, "Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) durch Kultursponsoring?" in: Zeitschrift Für Das Juristische Studium, 2009/6, s. 632.

³⁷ Gabriele Aicher Hadler, "Verantwortlichkeit Bei Amtsmissbrauch Und Korruption", Schriftenreihe Recht & Finanzen Für Gemeinde, 01/2013, s. 29.

2.5. Yarar Kabul Etme Suçunu Açıklayan Görüşler

2.5.1. Rüşvet Anlaşmasının Zayıflatılması Görüşü

Klasik rüşvet suçunda kamu görevlisi ile birey arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması konusunda serbest iradelerin uyuşmasına rüşvet anlaşması denilmektedir.³⁸

Alman ceza kanununda yer alan yarar kabul etme suçunda menfaatin sebebi olan işin belirsizliği söz konusu olsa bile yapılmış olan bir suç anlaşması mevcuttur. Bu anlaşmaya Alman doktrinin de haksız anlaşma (Unrechtsvereinbarung) denilmektedir.³⁹ Diğer ifadeyle işin belirsizliği taraf iradelerinin uyuşmadığı anlamına gelmemektedir. Bu açıdan bakıldığında klasik rüşvet suçu ile yarar kabul etme suçu arasında iradelerin uyuşması bakımından farklılık bulunmamaktadır. Hizmetin sunulması ile menfaat arasındaki ilişkinin haksız anlaşma ile ortaya çıkartılması gerekir.⁴⁰

Menfaatin karşılığı olan hizmetin somutlaştırılmasına gerek olmaması haksız anlaşmanın etkisini rüşvet suçuna nazaran yarar kabul etme suçunda azaltmıştır.⁴¹ Genel olarak görevin ifası amacıyla sağlanan haksız menfaat suçun oluşması için yeterli olduğundan iradelerin belli bir amaç için birleştirilmesi gerekli değildir. Sonuç olarak klasik rüşvet suçunda suçun özü rüşvet anlaşması iken yarar kabul etme suçunda ise suçun özü amacı belli olmasa da görevini ifa etmesi için kamu görevlisinin menfaat sağlamasıdır.⁴²

³⁸ Türkan Yalçın Sancar, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 207; Rüşvet anlaşması rüşvet suçunun en önemli unsuru olup haksız menfaat rüşvet anlaşmasına bağlı olmaksızın elde edildiğinde rüşvet suçu oluşmaz. Erman/Özek, s. 96; Türk Yargıtayı da benzer görüşü savunmaktadır: "Sanığın, Ç ve arkadaşlarına ait taşınmazın intikal işlemlerini tamamlayıp tapularını kendilerine verdikten sonra daireden çıkıp evine giderken adı geçen iş sahibinin hediye olarak verdiği yüzüğü ve bir taşınmazın satış işlemi bitirip tapusunu verdikten sonra alıcı İ'nin gönlünden koymuş diyerek masanın üzerine bıraktığı parayı aldığı anlaşılmış olduğuna göre; görevini kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslar dairesinde yapıp bitirdikten sonra iş sahiplerinin duydukları memnuniyetin ifadesi olarak verdikleri hediye ve parayı alması eylemi rüşvet suçunu oluşturmaz" (5. CD. 30.04.1987, 4612/2622).

³⁹ Baumann, s. 22.

⁴⁰ Bringewat, s. 7.

⁴¹ Franke, s. 22.

⁴² Vahlenkamp/Knauf, s. 256; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre klasik rüşvet suçunda göreve dâhil iş ve karşılığı olan haksız menfaatin rüşvet anlaşmasında somutlaştırılması için kamu görevlisi ile bireyin iradelerinin işin yapılmasından önce uyuşması gerekir. Yarar kabul etme suçunda ise haksız men-

Yarar kabul etme suçunda sağlanan menfaat ile kamu görevlisinin genel refahı ve rahatlığı birey tarafından satın alınmaktadır. 1997 değişikliğinden önce kamu görevlisini besleme, yemleme, iyi bir işbirliği için teşekkür etme, kamu görevlisinin rahatı için kazandırma niyetiyle ona menfaat sağlanması için belirsizliği nedeniyle kamu idaresine karşı işlenen suç olarak cezalandırılmamaktaydı.⁴³ Somut olayda işin belirliliği ile haksız menfaat arasında edim-karşı edim ilişkisinin varlığı ispatlanamadığı sürece kamu görevlisi menfaat sağlamasına rağmen cezalandırılmamaktaydı. Diğer ifadeyle rüşvet anlaşmasının varlığının ispatı oldukça zordu ve bu durum rüşvet anlaşmasının rüşvet suçunda zayıf yönü olarak nitelendirilirdi. Değişiklikle birlikte yarar kabul etme suçunda rüşvet anlaşmasının etkisi azaldığı için rüşvet suçunun normatif açıdan zayıf yönü ortadan kaldırılarak kamu görevlisinin sorumluluk alanı genişletilmiştir.⁴⁴

2.5.2. Edim-Karşı Edim İlişkisinin Zayıflatılması Görüşü

Rüşvet suçunda rüşvet alma ve rüşvet verme iradelerinin açıklanmasıyla edim-karşı edim kuralı arasında doğrudan bir ilişki bulunur.⁴⁵ Birey, menfaat sağlama iradesini açıklarken yerine getirilmesini istediği iş ya da eylemi de ifade ederek rüşvet teklif etmiş olur. Kamu görevlisi de karşı edimi yerine getirmeyi kabul ettiğinde rüşvet ilişkisi kurulmuş olur.⁴⁶

Yarar kabul etme suçunda haksız menfaatin karşılığı olan edimin somutlaştırılmaması rüşvet suçunun fiil unsurunu da etkilemektedir. Alman Yargıtayı'na göre yarar kabul etme suçunda ise belirli olmayan konuda bireyin rüşvet teklif etmesi ve kamu görevlisinin bunu kabul etmesi mümkün olmadığından ortada sadece bir menfaat teklifi ve bu teklifin kabulü ile birlikte kurulan ilişki bulunur. Bu ilişki, rüşvet ilişki-

faatin karşılığının belirsizliği anlaşmanın rüşvet suçundaki etkisini azaltmaktadır. (BGH, 02.02.2005,168/04)

⁴³ Heermann, s. 15

⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1018.

⁴⁵ Vincenzo Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione della Giustizia, Torino, 1986, s. 224

⁴⁶ Schönke/Schröder, s. 3122; Rüşvet suçunun tarihsel değerine ve anlamına bakıldığında taraflar eylem ile haksız menfaatin pazarlığının yapıldığı görülmektedir. Satış konusu olabilecek belirlenmiş bir eylem bulunmadığında cezalandırma gerçekçi olmaz. Bu durumda sadece kamu görevlisinin haksız menfaat alması cezalandırılmış olur. Francesco Gianniti, Studi sulla corruzione del Pubblico Ufficiale, Milano, 1970, s. 110.

si değil menfaat ilişkisi olarak ifade edilmelidir. Bu nedenle md. 331’de yer alan tipik eylemin rüşvet yerine yarar kabul etme suçu olarak nitelendirilmesi yerindedir. (BGH, 21.06.2007, 69/07).

Latince “do ut des” olarak ifade edilen kurala göre birey veriyorsa karşılığını alır. Kurala göre bireyin sağladığı haksız menfaatin karşılığında kamu görevlisinden somut, belli bir iş ya da eylemin yerine getirilmesini talep etmektedir. Rüşvet konusu için rüşvet anlaşmasında belirlenmesinin gerekliliğine bağlı olarak “do ut des” kuralı rüşvet suçunda geçerlidir. Yarar kabul etme suçunda ise kamu görevlisinden talep edilen somut bir iş ya da eylem bulunmadığından “do ut des” kuralı yarar kabul etme suçunda rüşvet suçunda olduğunun aksine katı uygulanmamaktadır. Ancak yarar kabul etme suçunda “görevini yerine getirmek için” tanımında yer alan “için” ifadesi kamu görevlisi ile birey arasında yine de karşılıklı bir ilişki gerektirmektedir. Diğer ifadeyle amaç anlamında “için” kelimesini kullanırken, düzenli bir karşılıklı ilişki vardır.⁴⁷

2.5.3. İlliyet Bağının Zayıflatılması Görüşü

2.5.3.1. Genel Açıklamalar

Klasik rüşvet suçunda göreve dâhil olan iş ile haksız menfaat arasında doğrudan illiyet bağının kurulması zorunluluğu bulunmaktadır. Madde 331’de yer alan yarar kabul etme suçunda ise haksız menfaat ile görev arasında illiyet bağının kurulması yeterlidir. Bu durumda illiyet bağının kurulması gereken alanın genişletilmesine bağlı olarak yarar sağlama suçunda illiyet bağının etkisi zayıflatılmış olmaktadır. İlliyet bağının kurulması gereken alan görevin tamamına yayıldığı için suçun alanı diğer ifadeyle kamu görevlisi ile ona menfaat sağlayan bireyin sorumluluk alanı klasik rüşvet suçuna göre oldukça genişletilmiş olmaktadır.⁴⁸

⁴⁷ Bock/Borrmann, s. 630; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı’na göre kamu görevlisine menfaat sağlanmasının kesinlikle bir karşılığı bulunmalıdır. Kamu görevlisinin edimi her ne kadar belirsiz olsa da menfaatin mutlaka karşı edimi olmalıdır. Karşılıklı ilişki kurulmadan kamu görevlisi yemlenmiş olmaz. Prensip olarak, hizmet herhangi bir resmi faaliyet olarak anlaşılmalı, somutlaştırılması gerekmemektedir. Bu nedenle menfaat sağlayan bireyin amacının genel olarak görevin ifası olması yeterlidir. Bu durum rüşvet ilişkisindeki karşılık prensibinin zayıflatılması olarak kabul edilmelidir. (BGH, 53, 6)

⁴⁸ Gädik, s. 295.

2.5.3.2. İlliyet Bağı'nın Zayıflatılmasının Suçun Niteliğine Etkisi

Yarar kabul etme suçunda işin belirlenebilir olmamasının sonucunda genel olarak kamu görevini yerine getiren görevlinin sağladığı menfaat suçun kapsamında yer almaktadır. Bu durumda yarar kabul etme suçu hem önceki hem de sonraki yarar kabul etme suçlarını kapsamaktadır. Anlaşmaya dayalı olarak ifa edilen görevin karşılığında sağlanan menfaatin oluşturduğu önceki yarar kabul etme suçunda anlaşma konusu iş ya da eylem ile menfaat arasında somut bir illiyet bağı bulunur. Kamu görevlisinin menfaat elde etme isteği suç işleminin temel sebebidir. Ancak anlaşmaya bağlı olmadan yerine getirilen görevin karşılığında sağlanan menfaatin neden olduğu sonraki yarar kabul etme suçunda sağlanan menfaatin sebebi esasen sorgulanmaz.⁴⁹ Sağlanan menfaat duyulan memnuniyetin ifadesi olarak ya da kamu görevlisini yanına çekmek amacına sahip olabilir.⁵⁰ Diğer ifadeyle sağlanan menfaat ile bağ kurulabilecek durum belirsizdir. Bu nedenle sağlanan menfaat ile yerine getirilmiş iş ya da eylem arasında somut, sıkı, kesin bir nedensellikten öte psikolojik bir nedensellik bulunmaktadır.⁵¹

Önceki durumun ödüllendirilmesinin amacı kamu görevlisini esasen gelecekte de yanında tutma isteğidir. Genel olarak görevin ifası için menfaat sağlandığında görevin, dün veya bugün ifa edilmesi ya da yarın ifa edilecek olması ayrımı yapılmamaktadır.⁵²

Sonraki yarar kabul etme suçunda kamu görevlisi görevini ifa etmiştir ve suç işleme kastı bulunmamaktadır. Unsur eksikliğinden dolayı fiilin yaptırma bağlanmaması gerekir. Görev tamamlandıktan sonra bireyden menfaat talep etmekte ya da görevliye menfaat teklif edilmektedir. Menfaati sağladıktan sonra kamu görevlisi her hangi bir eylemde bulunmamaktadır. Aynı şekilde her hangi bir eylemi yerine getirme iradesi de yoktur. Bu nedenle unsur eksikliğine bağlı olarak sağlanan menfaatin suç olarak yaptırma bağlanması yerinde değildir.

⁴⁹ Manzini, s. 242.

⁵⁰ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 299.

⁵¹ Levi, s. 297.

⁵² Reinhold, s. 218; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre kamu görevlisinin yemlenmesinin iki amacı olabilir. Birincisi görevlinin gelecekteki performansını bireyin tarafına çekmektir. Bu durumda menfaat geleceğe yönelik beklentiler için sağlanmaktadır. İkincisi ise kamu görevlisinin yerine getirdiği görevi dolayısıyla onu ödüllendirmek ve gelecekteki işler için onu teşvik etmektir. (BGH,53, 6)

Ayrıca ceza hukukunda eylemin yaptırım altına alınmasının amaçlarından birisi de toplum düzenini korumak ve suçun işlenmesini engellemektir. Tamamlanmış görevin sonucunda menfaat sağlanmasının ceza hukuku siyasetinde koruduğu herhangi bir hukuki değer bulunmaz.

2.5.4. Kastın Eksikliği Görüşü

Rüşvet suçunda haksız-hukuka aykırı anlaşma ile belirlenmiş iş arasında kuvvetli illiyet bağının bulunması tarafların cezalandırılmasının temel şartıdır. Bu halde suç işleme kastının bulunduğu kabul edilir. Kamu görevlisinin yemlenmesinde ise belirlenmiş iş olmadığından illiyet bağının zayıflamasına bağlı olarak suçun manevi unsuru olan kast bulunmadığından suç olarak kabul edilmemesi gerekir.⁵³

3. Yarar Kabul Etme Suçunda Hizmetin Meşruluğu

Kamu idaresini temsil eden kamu görevlisinin haksız menfaatin karşılığındaki faaliyeti görevin gereklerine uygun veya aykırı olabilmektedir. Kamusal faaliyeti yerine getirirken kamu idaresini temsil etme yetkisinin kötüye kullanılması görevin gereklerine aykırılıktır. Diğer ifadeyle kamu görevlisi görevin usul ve esaslarının belirlendiği mevzuat ve talimatlara aykırı hareket etmektedir. Görevin gereklerine uygunluk ise kamu görevlisinin faaliyetinin meşru olarak kabul edilmesidir. Diğer ifadeyle kamu görevlisi yapılması gerekeni yapmakta, yapılmaması gerekeni ise yapmamaktadır.⁵⁴

⁵³ Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, 1993, s. 1335; Benzer görüşü savunan Türk Yargıtayı'na göre belirlenmemiş iş dolayısıyla sağlanan menfaatin rüşvet suçunu oluşturmasının sebebi manevi unsur eksikliğidir. "Evinde arama yapan polis memurlarına kötü bir muameleye maruz kalmamak için çay parası adı altında para vermek isteyen kişinin, hangi amaçla hareket ettiğinin açıklığa kavuşturulması ve suç kastı bulunup bulunmadığının tayin edilmesi gerekir" (5. CD. 25.5.1982, 1624/1936); Aksi görüşe göre kamu görevlisine sağlanan her menfaatin yarar kabul etme suçunu oluşturması gerekir. Somut olayda maddi unsurun yanında manevi unsurunda bulunması gerekir. Suç ancak kasten işlenebilir. Yarar kabul etme suçunda bireyin kastı kamu görevlisini kendi tarafında çekerek bir takım ayrıcalıklar elde etmek iken kamu görevlisinin kastı ise bireyin yanında yer almasının karşılığında haksız menfaat elde etmektir. Diğer ifadeyle bireyin kamu görevlisini yemleme, kamu görevlisinin ise birey tarafından yemlenme isteği olmalıdır. Bringewat, s. 7.

⁵⁴ Manzini, s. 219.

Alman ceza kanunu, rüşvet alma başlıklı md. 332'de kamu görevlisinin, sağladığı haksız menfaatin karşılığında görevini ihlal etmesini suçun unsuru olarak aramaktadır. Madde 331'de yer alan yarar kabul etme suçunda ise kamu görevlisi görevini yerine getirmek için menfaat sağlarken görevinin gereklerine aykırı davranmamaktadır. Diğer ifadeyle rüşvet suçunda faaliyetin gayrimeşru olması aranırken yarar kabul etme suçunda ise faaliyetin meşruluğu suçun unsuru olarak aranmaktadır.⁵⁵

Görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaatin suç siyaseti açısından cezasız bırakılması düşünülemez. Kamu görevlisi haksız menfaat elde ederek kamu idaresine karşı dürist davranmadığı için kamu idaresine karşı olan yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Ayrıca faaliyet meşru olsa bile haksız menfaatin elde edilmesiyle birlikte görev ve yetkisini kullanmasının meşruluğu tartışmalı hale gelmektedir. Her ne kadar faaliyet meşru olsa da menfaat elde etmesi görevinin gereği olmadığından kamu görevlisi görevini kötüye kullanmaktadır.

4. Yemlemenin Yaptırıma Bağlanması Nedenleri

4.1. Genel Açıklamalar

Görevin gereklerine uygunluk halinde kamu görevlisi ve birey yasal zeminde buluşmaktadırlar. Birey açısından hakkı olanı elde etme amacı söz konusu iken kamu görevlisi ise mevzuat ve talimatlara aykırı hareket etmemektedir. Diğer ifadeyle kamu görevlisi yararı kabul etme suçunda esasen bireyin meşru talebini yerine getirmektedir.⁵⁶ Faaliyetin meşruluğu kamu görevlisinin her ne kadar yasal zeminde olduğunu kanıtlaya da elde ettiği haksız menfaat memuriyet sıfatının kötüye kullanılması olarak cezalandırılmalıdır.⁵⁷

Amacın meşruluğuna rağmen görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında haksız menfaat elde edilmesinin cezalandırılmasına ilişkin farklı nedenler bulunur.

⁵⁵ Heermann, s. 15.

⁵⁶ Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1987, s. 196.

⁵⁷ A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 3, 1970, s. 124

4.2. Yaptırımın Nedenleri

4.2.1. Kararların Objektifliğine Zarar Vermesi

Yarar kabul etme suçunda kamu görevlisinin elde ettiği haksız menfaatin belirlenebilir bir işle diğer ifadeyle somut bir eylemle doğrudan ilişkisi kurulamasa da kendisine menfaat sağlayan bireyle ilgili kararları sorgulanabilir hale gelmektedir. Kamusal faaliyetin sebebi olan kamu hizmetinin en temel ilkelerinden olan objektiflik ilkesi zarar görmektedir. Kararların objektifliğinin sorgulanmasının temel örneği ise menfaat sağlayan bireye yönelik kararların olumlu olacağı şeklinde bir karinenin oluşmasıdır.⁵⁸

4.2.2. Kamu Otoritesinin Korunması

Yarar kabul etme suçunda somutlaştırılmasına gerek olmayan işe bağlı olarak sağlanan menfaat geniş anlamda görevin ifası amacıyla elde edilmektedir. İdarenin temsilcisi konumunda olan kamu görevlisi bu temsil yetkisini kullanmasının karşılığında kamu idaresinden ücret aldığı idarenin otoritesine tabi iken bireyden menfaat sağlandığında ise bireyin otoritesine tabi olmaktadır. Diğer ifadeyle kamu görevlisi kendisini besleyen bireyin kölesi olmaktadır. Bu durumda kamu görevlisi üzerinde kamu idaresinin etkisi ortadan kalkmaktadır.⁵⁹

4.2.3. Kamu Disiplininin Sağlanması

Yarar kabul etme suçunda menfaatin sağlanmasının sebebinin belirsizliği, karşılığın hiç olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Kamu görevlisi hizmetin ifası amacıyla menfaat elde etmektedir. Hizmetin

⁵⁸ Rudolphi/Stein, Rn. 4; Kamu görevlisinin yemlenmesiyle birlikte kararların her zaman birey lehine oluşacağı şeklinde bir beklenti yaratılmış olur. Özellikle kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde geniş takdir yetkisine sahip olan kamu görevlisini kendi tarafına çekme amacı taşıyan yemleme, kamu görevlisini takdir yetkisini kullanırken objektif hareket etmekten uzaklaştırır ve onu bireyin lehine kararlar almaya zorlar. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 1092; Benzer görüşü savunan Alman Yargıtayı'na göre yemlemenin yaptırıma bağlanmasının sebebi, kamu görevlisinin karar alma iradesinin etkilenebilme ihtimalidir. Farklı durumlarda menfaate bağlı olarak kararları artık sorgulanabilecek hale gelmiştir. (BGH, 53, 6).

⁵⁹ Vahlenkamp/Knauf, s. 230; Faaliyetin meşru olması kamu idaresine duyulan güvenin bozulmasına engel olmamaktadır. Kamu görevlisi menfaat elde etmeden kamusal faaliyeti yerine getirmez düşüncesi kamu idaresinin itibarını zedelemektedir. Sulhi Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, 1984, s. 102.

ifasının bedelinin bireyden alınmasıyla birlikte kamu idaresine bağlı personeller arasında disiplinin sağlanması mümkün olmaz. Genel olarak görevin ifasıyla ilgili menfaat elde etme niyeti olan kamu görevlisi ahlaki açıdan zayıftır. Bu zayıflığına bağlı olarak uslandırılabilmesi amacıyla menfaat elde etme alışkanlığının yaptırıma bağlanması gerekir. Yaptırımın uygulanmasına bağlı olarak personel disiplin altına alınmış olur.⁶⁰

4.2.4. Kamu İdaresinin Tarafsızlığının Korunması

Kamu görevlisi ile birey arasında yapılan anlaşmada her ne kadar eylem somut olmasa da sağlanan menfaat idarenin tarafsız davranmayacağı beklentisini oluşturmakta ve idareye duyulan güven bozulmaktadır. Bu durumda cezalandırılan eylem kamu görevlisinin sadece menfaat elde etmesi olmayıp menfaati kamu idaresini temsil ederken kullanması gereken kamu gücünün karşılığında elde etmesidir.⁶¹

Yemlemenin yaptırıma bağlanmasının sebebi kamu idaresine duyulan güvene bağlı olarak kamu idaresinin zarar görmesini engellemeye çalışmaktadır. Örneğin kararların objektifliğine bağlı olarak kamu idaresinin tarafsızlığı sorgulanır. İdarenin tarafsızlığı sorgulandığında vereceği kararların nesnelliği sorgulanır. Aynı şekilde otorite ve disiplinin bozulmasına bağlı olarak en başta kamu idaresi zarar görmektedir. Kamu idaresine bağlı personeller arasında otoritenin sağlanması onları disiplin altına almakla da bağlantılıdır. Görevlinin, bireyden menfaat sağlaması engellendiği takdirde otorite ve disiplin sağlanmış olur.

4.3. Yemlemenin Yaptırıma Bağlanmasına Yönelik Eleştiriler

Alman Ceza Kanunu md. 331'e göre yarar kabul etme suçunda soyut faaliyetlerin karşılığında elde edilen haksız menfaatin suç ola-

⁶⁰ Bireylerin kamu görevlisiyle ilişkilerinde idarenin tarafsızlığını bozmayan hareketlere izin verilmektedir. Birey için çalışan kamu idaresinin işleyişinde bu durum zorunludur. Oysa şeffaf olmayan ve sosyalleşmenin ötesine geçilen ve sadece özel çıkarlara hizmet eden ilişkilerin kurulması kanun koyucu tarafından yasaklanmalıdır. Bu nedenle yarar kabul etme suçunun yaptırıma bağlanması yerindedir. Gädigk, s. 296.

⁶¹ Artz/Weber/Heinrich, Rn. 26; Meşru faaliyetin karşılığında haksız menfaat elde eden kamu görevlisi tarafsız kalma özelliğini kaybetmektedir. Kamu idaresini temsil çalışan olarak değil kendisine menfaat sağlayan bireyin çalışanı gibi hareket etmektedir. Bock/Borrmann, s. 630.

rak düzenlenmesi çeşitli açılardan eleştirilmektedir. İlk eleştiriye göre kamu görevlisinin yemlenmesi her ne kadar yarar kabul etme suç olarak ifade edilse de tipik eylem görevin gereklerine uygun hareketin karşılığı olan basit rüşvet suçudur. Haksız menfaatin karşılığı olan faaliyetin belirsizliği rüşvet verme iradesini temelsiz hale getirmekte ve rüşvet suçunun yapısına uygun düşmemektedir.⁶²

İkinci eleştiriye göre kamu görevlisini yemleme, suçun ispatı yükünü değiştirmektedir. Yarar kabul etme suçunda tarafların karşılıklı beklentileri şekle tabi olmayan anlaşmada yer almaktadır. Örneğin tapu müdürüne menfaat sağlayan birey, menfaatin karşılığında ilerleyen günlerde dairede işleri olduğunda kendilerine yardımcı olunmasını talep etmiş görevli de buna olumlu yanıt vermiştir. Göreve dâhil işin somutlaştırılması gerekli olmadığından somut olayda birey, tapu müdürüne menfaat sağladığında menfaati kabul eden görevli, sorumluluktan kurtulmak amacıyla anlaşma konusu işin belirsizliğini iddia edemez, görevini ifa etmek için sağlaması yeterlidir. Ancak menfaati kabul eden kamu görevlisinin bunu görevini ifa etmek için sağladığına dair bir karine oluşur. Diğer ifadeyle bireyin kamu görevlisini yemlediğine dair kanaat oluşur. Menfaatin sebebi görevine dâhil tüm iş ya da eylemler olabildiği için kamu görevlisinin sorumluluk alanı genişler. Kamu görevlisi, sorumluluktan kurtulmak amacıyla menfaati görevinden dolayı sağlamadığını kanıtlamak zorunda kalır.⁶³

Rüşvet suçunda sağlanan menfaat ile karşılık edimi olan hizmet arasında doğrudan illiyet bağı kurulmalıdır. Bu nedenle edimin belirlenebilir olması gerekir. Uygulamada iddia makamı, menfaatin somut iş karşılığında elde edildiğini ispat edemediğinde rüşvet suçundan dolayı kamu görevlisi ve birey cezalandırılmamaktadır. Menfaat anlaşması şekle tabi olmadığından somut iş ispatlanamamakta ve taraflar cezasız kalmaktadır.⁶⁴ Yarar kabul etme suçunda ise menfaatin genel

⁶² R. Pannain, *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, s. 131.

⁶³ Vahlenkamp/Knauf, s. 230; Sağlanan menfaat ile kamu görevlisinin beslendiğinin ispatı oldukça zordur. Özellikle yavaş yavaş ve kamu görevlisinin performansını dikkate alarak bir bağımlılık ilişkisi yaratan teşvik ödemeleri ispatlanabilirse de bu ödemelerin görevin ifası kapsamında yapıldığının ispatı oldukça zordur. Franke, s. 29.

⁶⁴ Gädigk, s. 296.

olarak göreve dâhil hizmetin ifası amacıyla elde edilmesinin yeterli olması işin ne olduğunun ispatı yükünü ortadan kaldırmakta ve tarafların cezalandırılma ihtimalini artırmaktadır.⁶⁵

Sonuç

Kamusal faaliyet kamu idaresi adına kamu görevlisi tarafından yerine getirilmektedir. Faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin birey ile anlaşarak hakkı olmayan yararı elde etmesi rüşvet suçunu oluşturmaktadır. Rüşvet suçunda taraf iradelerinin, haksız menfaat ve karşılığında görevin kapsamında yer alan iş ya da eylemin yapılması ya da yapılmaması konusunda uyuşması gerekir. Diğer ifadeyle menfaatin karşılığının rüşvet anlaşmasında belirlenmiş olması gerekir.

Alman Ceza Kanunu md. 331'de yer alan yarar kabul etme suçunda kamu görevlisinin elde ettiği haksız menfaatin karşılığının anlaşmada somutlaştırılmış olması aranmamıştır. Bu halde menfaat sağlayan birey, kamu görevlisini gelecekte yapılabilecek işler konusunda kendi lehine hareket etmesi amacıyla bugünden yemlemektedir. Menfaatin sebebi belirli olsaydı görevin satışına bağlı olarak rüşvet suçu oluşabilirdi. Ancak eylemin belirsizliğine rağmen görevliye menfaat sağlanması bugünden görevlinin birey tarafından beslendiğinin, yemlendiğinin kanıtıdır.

Alman kanun koyucunun yarar kabul etme suçunu rüşvet suçu olarak tanımlamamasının gerekçesi yarar kabul etme suçunda eylemin belirliliğinin zorunlu olmamasına bağlı olarak rüşvet suçunun aksine rüşvet anlaşması, edim-karşı edim kuralı, edim-karşı edim arasındaki illiyet bağı, eylem-menfaat orantısı zayıflatılmış olması gösterilebilir. Şayet rüşvet suçu olarak ifade edilmiş olsaydı menfaat sağlama eylemi unsur eksikliği nedeniyle cezasız kalabilirdi.

Basit rüşvet suçu, rüşvet suçunun temel halini oluşturmaktadır. Bu ayırmadan yola çıkarak Alman ceza yasasında yer alan yarar kabul etme suçu - rüşvet suçu farklılığının sebebi kanun koyucunun yarar kabul etme suçunu basit suç tipi olarak normlaştırma isteğidir. Diğer ifadeyle göreve dâhil işin somutlaştırılmasına gerek olmaması basit,

⁶⁵ Wessels/Hettinger, s. 334.

tipik bir eylem olarak cezalandırılmaktadır. Oysa işin somutlaştırılması hali esas cezalandırılması gereken eylem olarak rüşvet suçu adıyla cezalandırılmaktadır.

Yarar kabul etme suçunda 1997 değişikliğiyle birlikte göreve dâhil eylemin kararlaştırılması zorunluluğunun kaldırılması rüşvet suçuna göre yarar kabul etme suçunda görevlinin sorumluluk alanını oldukça genişletmiştir. Görevin ifasıyla ilgili menfaat alındığını fakat ne için alındığının ispatlanamadığı durumlarda bireyin ve kamu görevlisinin cezasız kalma ihtimali ortadan kaldırılmıştır.

Kamu görevlisine nezaket kuralları kapsamında sağlanan menfaatler her ne kadar kabul edilebilir olsa da sağlanan menfaatin sınırının aşılması halinde bu durumun nezaket kurallarıyla açıklanabilmesi zorlaşmaktadır. Bu durum sosyalleşmenin gereği olarak açıklanmaktan uzaktır. Nezaket kurallarının ötesinde kendisine sağlanan menfaatin gelecekte karşılığının olduğunun kamu görevlisi farkındadır. Yaptırımı bağlanmaması halinde idarenin tarafsızlığının zarar görme ihtimali artmaktadır.

Faaliyetin yerine getirilmesi meşru olmasına karşın yarar kabul etme suçunda kamu görevlisine menfaat sağlanmasında bireyin cezalandırılmasının sebebi hakkı olanı alamama korkusu değildir. Birey, hür iradesiyle menfaat sağlayarak görevliyi proje olarak görmektedir. Menfaat sağlamanın sebebi olarak baskı görmesi ihtimali ortadan kalktığında, haklı işini gördürme amacını taşıyarak menfaat sağlayan bireyin dürüst kabul edilmemesi gerekir ve bu nedenle yarar sağladığı için cezalandırılması gerekir.

Yarar kabul etme suçunda menfaatin alınmasının sebebi, kamu görevlisinin sahip olduğu gücü ileride kendisine menfaat sağlayan birey lehine kullanma beklentisidir. İleride yerine getirilecek iş ya da eylemlerin belirsizliği suçun oluşmasını engellemese de diğer ifadeyle soyut beklentiler söz konusu olsa da görevin ifası ile sağlanan menfaat arasında bağ bulunmalıdır. Menfaat sağlayan bireyin isteği kamu görevlisi olma sıfatını yanına çekmek olmayıp kamu görevlisinin kendi lehine görev ifa etmesini sağlamaktır. Diğer ifadeyle bireyin beklentisi kamu görevlisinin görevini ifa ederken kamu idaresini değil kendisini temsil etmesidir.

Kaynakça

- Artz Gunther/Weber Ulrich/Heinrich Bernd, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld, 2009.
- Baumann Jürgen, Zur Problematik Der Bestechungstatbestände, Heidelberg, 1961.
- Bock Dennis/Borrmann Lisa, "Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) durch Kultursponsoring?" in: Zeitschrift Für Das Juristische Studium, 2009/6, s. 625-636.
- Bringewat P., "Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen", KommJur, 1/2015, s. 1-9.
- Doğan Koray, "Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim", Nevzat Toroslu'ya Armağan, 2015, s. 337-361.
- Dönmezer Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, 1984.
- Erem Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, 1993.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 1992.
- Gädigk Cornelia, "Weite und Gefahren der Korruptionstatbestände", SchiedsamtsZeitung, 12/2010, s. 295-301.
- Gianniti Francesco, Studi sulla corruzione del Pubblico Ufficiale, Milano, 1970.
- Gözübüyük A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 3, 1970.
- Franke Christian, Rechtsvergleich der Korruptionsstrafbarkeit in Frankreich und Deutschland, Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität 2/2011, Hannover.
- Hadler Gabriele Aicher, "Verantwortlichkeit Bei Amtsmisbrauch Und Korruption", Schriftenreihe Recht & Finanzen Für Gemeinde, 01/2013, pp. 1- 64.
- Heermann Peter W., "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr", *The Sponsors' Voice*, 2014, s. 1-18.
- Kindhäuser Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, Baden-Baden, 2009.
- Lambsdorff Johann G./Frank Björn, "Bribing versus Gift Giving- An Experiment", *Journal of Economic Psychology*, 31/2010, s. 347-357.
- Levi Nino, Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 1935.
- Manzini Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano: Dei Delitti Contro la Pubblica Amministrazione e L'Amministrazione della Giustizia, Torino, 1986.
- Maurach Reinhart/Schröder Friedrich Christian/Maiwald Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Hamburg, 2012.
- Mumcu Ahmet, Tarih İçindeki Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devletinde Rüşvet, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015.
- Pagliaro Antonio, Principi di diritto penale: parte speciale, delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1986.
- Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1987.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

- Pannain R., *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966.
- Pelissero Marco, "Gli accordi corruttivi tra atto e funzioni: La corruzione a due anni dalla Riforma Severino, Borsari R. (Editör) Padova University Press, 2015, s. 153-166.
- Reinhold Von Philipp, "Zur Strafbarkeit Der „Klimapflege“ Nach §§ 331, 333 StGB", HRRS, 4/2010, s. 213-219
- Rudolphi Hans Joachim/Stein Ulrich, *SK-StGB, Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Loseblatt, Stand, Band VI, Köln, 2005.*
- Sancar Türkan Yalçın, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- Schönke Adolf/Schröder Horst, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Baskı, Münih, 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Vahlenkamp Werner/Knauß İna, *Korruption Hinnehmen Oder Handeln? BKA - Forschungsreihe*, Wiesbaden, 1995.
- Walther Felix, "Das Korruptionsstrafrecht Des StGB", In: *Jura - Juristische Ausbildung*, Vol. 32, 7/2010, s. 511-520.
- Wessels Johannes/Hettinger Michael, *Strafrecht Besonderer Teil I*, Heidelberg, 2011.

TÜRK HUKUKU'NDA DEVLET İŞLEMLERİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARINI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

OBLIGATION OF INDICATION OF THE REMEDIES FOR STATE ACTS IN TURKISH LAW

Emin KOÇ*

Özet: 1982 Anayasası ile düzenlenen devlet işlemlerine karşı başvuru yollarının gösterilme yükümlülüğü, hak arama hürriyetini kolaylaştıran bir hüküm niteliğindedir. Anayasal düzenleme gereği bu yükümlülük bütün devlet faaliyetleri için geçerlidir. Bu nedenle yükümlülüğün gereklerini bütün devlet organları yerine getirmek zorundadır. Yükümlülüğün yerine getirilme şekli, ihlali ve yaptırımı özellikle kanun ile düzenlenmelidir. Ancak bizim hukukumuzda yükümlülük daha çok bireysel idari işlemler özelinde tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasal Yükümlülük, Hak Arama Hürriyeti, Devlet İşlemleri, Kanun Yolları, Başvuru Süreleri

Abstract: Obligation of indication of the remedies for state actions regulated by the 1982 Constitution is a provision that facilitates the right to legal remedies. As required by the constitutional arrangement, this obligation applies to all state activities. Therefore, all state bodies must fulfill the requirements of the obligation. The manner of fulfillment, violation and enforcement of the obligation should be regulated by law. However, in our law, the obligation is mostly discussed in terms of individual administrative acts.

Keywords: Constitutional Obligation, Freedom of Seeking Rights, State Acts, Remedies, Period of Application

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, emin.koc@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8208-8429, Makale Gönderim Tarihi: 05.02.2019, Kabul Tarihi: 08.02.2019

I. YÜKÜMLÜLÜĞÜN ANAYASAL ÇERÇEVESİ VE KAPSAMI

A. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN DEĞERİ VE VARLIK AMACI

Devlet işlemlerinde kanun yollarını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü 1982 Anayasası'nda 3.10.2001 tarihinde, 4709 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile yapılan değişiklikle düzenlenmiştir. İlgili değişikliğe göre "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini¹ belirtmek zorundadır" (1982 Anayasası, m.40/2). Bu değişikliğin Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığını taşıyan 40. maddesinde yapılması temel hak ve özgürlükler açısından düzenlemenin önemine işaret etmektedir. Hukuk düzeninde devlet aygıtının farklı organ ve mercileri ile işlemleri bulunmaktadır. Bu işlemler karşısından ilgililerin başvuruda bulunması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İdari usulün bir parçası olan başvuru yollarının belirtilmesi zorunluluğu ile idari usulden beklenen faydaların gerçekleşmesi söz konusu olacaktır.² İlgililerin, hukuki statülerini doğrudan veya dolaylı etkileyebilecek her türlü işleme karşı geniş bir koruma alanı sağlaması bakımından ve genel ve kapsayıcı bir ifade olarak başvuru terimi yerindedir. Bu bağlamda devletin "irade açıklaması" niteliğinde olabilecek her bir faaliyeti karşısında ilgililere her türlü kolaylığın sağlanması gerekmektedir. Bu kolaylıkların sağlanması gerekliliğinin temelinde Devlet (kamusal faaliyeti yürüten) ve kamusal faaliyetin öznesi/idare edilen arasındaki eşitsiz ilişki yatmaktadır. Üstün olan taraf aynı zamanda işlemi yapan taraf da olacağı için hukuken kamu gücü karşısında zayıf olan tarafın üstün taraf işlemlerine karşı pratik ve etkili yollara sahip olması gerekmektedir.

Kamusal faaliyetlerin hukuka uygun şekilde yürütülmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Kamusal makamların talep ile hukuka uygun hareket etmeleri de ancak ilgililerin başvurusu ile mümkündür. Bu nedenle yükümlülük, hak arama hürriyetinin (m.36) bir sonucudur. Anayasamızda hak arama hürriyeti 36. madde çerçevesinde yargısal yol özelinde düzenlenmektedir: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan

¹ Çalışma içerisinde "kanun yolları, merciler ve sürelerini belirtme yükümlülüğü" çoğu zaman kısaca "yükümlülük" olarak ifade edilecektir.

² Zehra Odyakmaz, "İdari Usulden Beklediklerimiz, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu", Bildiriler, Ankara 1998, s. 2.

faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” . Ancak hak arama hürriyeti yargısal yol öncesi başvuruları da kapsayacak nitelikte yorumlanmalıdır. ³

Hak arama hürriyeti, şekli bir özgürlük olmanın ötesinde esas itibariyle kişilere her türlü kolaylık ve etkili araçları sağlayacak nitelikte olmalıdır. ⁴ Yükümlülüğe ilişkin düzenlemenin hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu madde gerekçesinde de vurgulanmıştır: “Bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir” . ⁵ Danıştay da yükümlülüğün “ salt şekle ve usule ilişkin bir düzenleme olmayıp bireylerin hak arama hürriyetlerini en iyi şekilde kullanmalarını tesis etme” amacı taşıdığına vurgu yapmaktadır. ⁶ Tabii ki hak arama yollarının açıklığı, yol gösterici niteliği hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. ⁷

³ Hak arama hürriyetinin Anayasamız ile lâfzen sadece yargı mercileri önünde düzenlendiği gözlemlense de hak arama hürriyetinin geniş manada yorumlanması gerektiği 1961 Anayasası döneminde hak arama hürriyetini düzenleyen madde tasarı çalışmalarında da tartışılmıştır. O dönemde İstanbul Tasarısı ile hak arama hürriyetinin hem yargı hem de idari makamlar önünde olması gereği düzenlemede vurgulanmıştır. Ancak nihai metinde bu kabul edilmemiştir. Bilgi için bkz. Dilşat Yılmaz, İdari İşlemde Başvuru Yollarının Gösterilmesi, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 20007, s.46-47; Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *AİD*, C: 14, S: 3, Eylül 1981, s. 42-43; Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Önünde Savunma Hakları”, *TODAİ Yayınları*, Ankara 1983, Kitap sonu ek- s.s.122-123, (http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/kitap_goster.php?kodu=184, (22.03.16).

⁴ Bkz. İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Yayınevi, Ankara 2002, s. 163; Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *AÜSBFD*, S.3, C. 61, Y. 2006, s. 2-37, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/38092>, (20.11.18)).

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, Ankara 2011, s.77, https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, (28.03.16).

⁶ Danıştay, 9. D, E 2008/559, K 2010/5801, KT 03.11.2010 , <https://www.kararara.com>, (20.12.2018).

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s.213. Danıştay da hak arama yollarının açıklığını hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak değerlendirmektedir. Bkz. Danıştay, 13. D, E 2012/1718, K 2013/2862, KT 07.11.2013, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2012-1718-k-2013-2862-t-7-11-2013>, (20.12.2018).

İlgililer için hak olan bu husus, devlet ve idari makamlar açısından ise bir yükümlülük haline gelmektedir.⁸ Bu nedenle yükümlükte geçen kanun yolları tabiri, hak arama hürriyetini somutlaştırması bakımından olabildiğince geniş yorumlanmalıdır. Yükümlülüğün yerine getirilmesi adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Çünkü yargısal yollara başvuru olanağı mahkemeye erişim hakkının bir gereğidir. Yükümlülüğün diğer idari usul ilkeleri (bilgiye erişim, dinlenme, hukuki yardım ve temsil, gerekçe) ile birlikte değerlendirilmesi de zarıdır. Böylece idarede şeffaflığın sağlanması ve bireyin korunması sağlanacaktır.

Yükümlülüğün yerine getirilmesi, kişilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan “etkili başvuru hakkı”nın da bir gereğidir. İlgili düzenlemeye göre; “*Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir*” (m.13). Sözleşmenin, Anayasa’nın 90. maddesi gereği iç hukukun bir parçası ve kanun üstü değerde olduğu düşünülürse yükümlülüğün hak arama hürriyeti açısından önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Başvuru yollarının belirtilme yükümlülüğünün varlığı kişilerin kendilerine ilişkin işlemlere karşı haklarını aramada pratik kolaylık ve zaman kazandıracaktır. Bu çerçevede başvuru yollarının idari ya da yargısal olması bakımından fark yoktur. Ayrıca ilgili kişi kendisi ile ilgili işleme karşı hukuki bir destek almadan da nasıl hareket edeceğini bilme olanağına sahip olacak böylece uyuşmazlıkların özellikle idari aşamada çözülmesi sağlanacaktır. İdari başvuru ile uyuşmazlık çözümünün yargı-dışı karakteri dikkate alınursa, adalet hizmetlerinin gereksiz yere meşgul edilmesi de önlenmiş olacaktır.

Kanun yollarının gösterilme yükümlülüğü aleniyet ilkesinin de bir gereğidir.⁹ Özellikle bireyin, idarenin işlemine karşı nasıl hareket

⁸ Akyılmaz, “İdari Usul İlkesi”, s.83; Emre Akbulut, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, Mart 2009, Ankara, s. 3. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-81-500>, (05.11.2018)).

⁹ Bkz. Cihan Kanlıgöz, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, *AÜHFD*, C.40, S:1-2, Ankara 1988, s.184.

edeceğini bilmesi her zaman mümkün değildir. İdari işlemin hem esas hem de usul açısından teknik bilgi ihtiva ettiği dikkate alınır, çoğu zaman birey işlem karşısında açık ve net, tereddüt oluşmayacak şekilde ne yönde hareket edeceğini bilmeyebilir. Bu noktada birey işlem karşısında her türlü başvuru bilgisine sahip olmalıdır.¹⁰ Bu çerçevede yükümlülüğün Danıştay'ın da vurguladığı üzere " ... Devlet kurumları tarafından bireylere yol gösterilmesi konusunda getirilen bir zorunluluk" karakteri de bulunmaktadır.¹¹

Başvuru yollarının gösterilme yükümlülüğünün bir diğer önemli sonucu da görevli yargı yerinin idari işlem metninde yer alması ile birlikte görev tereddütünün ortadan kalkmasıdır¹². Çünkü Anayasa ile idari yargının görev alanı belirlenmiş değildir. İdarenin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının mahfuz bir alanı yoktur.¹³ Çünkü Anayasa gereği "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*" (m.142) ve "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" (m.125). Anayasanın amir hükmü idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimin yapılma zorunluluğunu getirmektedir. Bu yargısal denetimin içeriğini kanun koyucu belirleyecektir. Nitekim hukukumuzda birçok idari faaliyet kanun koyucunun belirlemesi ile adli yargının görev alanına sokulmuştur.¹⁴ Bu nedenle kanun yollarını ve mercileri belirtme yükümlülüğünün görev tereddütlerini ortadan kaldıracı nitelikte pratik faydası da olacaktır.

¹⁰ Zehra Odyakmaz, "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, Ankara 1997, s.14.

¹¹ Danıştay, 9. D, E 2008/559, K 2010/5801, KT 03.11.2010, <https://www.kararara.com>, (20.12.2018).

¹² Yılmaz, s. 68-69.

¹³ Metin Günday, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı*, Sayı 14, Ankara, 1997, s.347-363.

¹⁴ Örneğin, idarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel kişilere karşı açtığı davalar, kamu görevlilerine karşı açılan davalar, tapu siciliyle ilgili davalar, kamuylaştırmadan doğan özel hukuk uyuşmazlıkları, nüfus kayıtlarına ilişkin davalar, icra -iflas dairesi görevlilerinin vereceği zararlardan doğan tazminat davaları, idarenin özel kişilere karşı açtığı davalar, fikri haklar ile ilgili bazı davalar, bazı idari yaptırımlar, idareye ait taşıtların yaptığı kazalardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür (Bkz. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayinevi, Bursa 2016, s.73-80; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.107-116; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku C.2-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010; s. 180-213).

Yükümlülüğün teknik bir boyutuna da değinmek gerekir. Kanun yolları ve mercileri tespit etmek temel bir hukuk bilgisini gerektirmektedir. Uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan bu alana ilişkin her idari merciin yeterli personelinin bulunması mümkün olmadığı gibi bu yükümlülüğün, anayasanın öngördüğü ölçüde hak arama hürriyetine hizmet edecek şekilde bildirilmesi de mümkün olmayabilir.¹⁵ Bu nedenle yükümlülüğün yerine getirilmesinde yanlış veya eksik bilgi verilmesi hüküm ile ulaşılmak istenen amaç ile tamamen zıt bir sonuç doğurabilir. Bu nedenle yükümlülüğün uygulanması aşamasında da amacına uygun şekilde bildirimlerin ve düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Kamusal makamların yükümlülüğü bildirimde gösterecekleri özen, kişilerin hak ve hürriyetlerini koruyucu niteliktedir. Kişiler açısından ise yükümlülük kişilerin başvuru yollarını rahatlıkla tespit etmesini sağlayacaktır. Bu durum muhtemel mağduriyetleri giderici niteliktedir.¹⁶ Ayrıca idare açısından idarenin “*kanunu bilmemek mazeret değildir*” mazeretinin arkasına sığınmasını engeller.¹⁷ Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucu verdiği bir kararında ilginç bir şekilde “başvurucunun yabancı olduğu, son derece karışık ve dağınık mevzuatı tam olarak bilemeyeceği iddiasını” yerinde görmüş ve yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmemesini mahkemeye erişim hakkını zedelediğine hükmetmiştir.¹⁸ Ancak bu husus yabancılar için olduğu kadar Türk vatandaşları için de geçerlidir. Sıradan bir vatandaşın hatta hukukçuların çok istisnai olarak bildikleri/ihtiyaç duydukları kanunlardaki özel dava açma sürelerini bilmemeleri/gözden kaçırmaları mümkündür.¹⁹ Yine kademeli zorunlu başvuru yollarının

¹⁵ Hikmet Tülen, “3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun’la Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/3-10-2001-tarihli-ve-4709-sayili-kanunla-yapilan-anayasa-degisiklikleri-uzerine-genel-bir-degerlendi-yrd-doc-dr-hikmet-tulen/>, (22.01.2018), (Pdf Versiyon, s.219).

¹⁶ Danıştay, 10. D, E 2006/7298, K 2008/7138, KT 27.10.2008, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2012-1718-k-2013-2862-t-7-11-2013>, (20.12.2018).

¹⁷ Akyılmaz, İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 214; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2018, Şavaş Yayınevi, s.511.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Mohammed Aynosah Başvurusu, Başvuru No:2013/8896, K.T.:23.02.2016, RG, T.24.03.2016, s.29663 (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2018, s.515, dn.103).

¹⁹ Murat Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu, Ankara 1988, s.224. Yazar, bu hususa işaret etmek için Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 tarih ve 486 numaralı Kanun’un Bazı Maddelerini Muaddil Kanun’un 5. maddesi-

öngörüldüğü idari uyuşmazlıklar açısından da başvuru yollarının tespiti o kadar kolay değildir. Örneğin ihale uyuşmazlıkları açısından “idareye şikâyet” ve “Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet” yollarının bilinmesi ilgililer açısından zordur.²⁰ Sonuçla, *Akıllıoğlu*’nun da işaret ettiği üzere Anayasa’nın 40. maddesinde yer alan bu hüküm salt yargı yerlerini değil idare makamları önünde de ileri sürülebilecek bir hak/düzenleme niteliğindedir. Bu bağlamda başvuru yolları ve sürelerinin belirtme yükümlülüğü hak arama özgürlüğü alanında yer alan yönetsel ve koruyucu nitelikte bir hak niteliğindedir.²¹

B. DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Türk Hukuku’nda -istisnai olarak bazı yasalarda düzenlense de- kamusal faaliyetlere karşı başvuru yollarının gösterilme zorunluğunu düzenleyen genel bir yasa yoktur.²² Aynı şekilde 2577 sayılı Kanun ile de genel bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu Anayasal düzenleme devlet işlemleri için genel bir kural koyma karakteri nedeniyle ilk olma özelliği taşır.²³ İstisnai olarak bazı kanunlarda yargısal yol ve süre belirtme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 12. maddesinde düzenlenen “(...) başvurunun reddedilmesi halinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir” hükmü²⁴, Vergi Usul Kanunu’nun 35. maddesi gereği vergi ihbarnamesinde bulunması gereken hususlar arasında vergi

ni örnek vermekte ve Kanun gereğince tebliğden itibaren 5 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulması gerekliliğini vurgulayarak merci ve süre konusunda kişilerin tereddüt yasayacağını ifade etmektedir (Şezginer, s.224). (Kanun’ın ilgili maddesi 2008 yılında yürürlükten kalkmıştır).

²⁰ Bu yönde Danıştay verdiği bir karar ile başvuru yollarının karışıklığı ve belirsizliği gerekisiyle işlem metninde gerekli bilgilendirmenin yapılmamasını hukuki güvenlik ilkesine aykırılık olarak görmüştür ve davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını usul yönünden bozmuştur (Emre Can, İdari İşlemin Şekil Unsuru, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.355). Danıştay, 13.D., E.2012/1718, K.2013/2862, K.T.07.11.2013, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2012-1718-k-2013-2862-t-7-11-2013>, (20.12.2018).

²¹ Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.89.

²² Bkz. Yeliz Şanlı Atay, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.96, Ankara 1996, s. 295 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-idari-islemde-basvuru-yollarinin-gosterilmesi-yukumlulugu-1143>, (22.03.18)).

²³ Akyılmaz, “İdari Usul İlkesi”, s.83.

²⁴ Şanlı Atay, s.295, dn.7

mahkemesinde dava açma şekli ve sürenin bulunma zorunluluğuna ilişkin hükmü²⁵, Gümrük Kanunu'nun²⁶ 242. maddesi²⁷, Kabahatler Kanunu'nun²⁸ 26. maddesi²⁹, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun³⁰ 20. maddesi³¹, ayrıksı düzenlemelerdir.

Başvuru yollarının belirtilme yükümlülüğün doğrudan Anayasa ile düzenlenmesi ile bu hükmün doğrudan uygulanabilir özelliğine sahip olup olmadığı da tartışılmalıdır.³² Doğrudan uygulanabilir olma, araya başka bir hüküm girmeden bir hukuk normunun uygulama alanı bulmasıdır. 1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*”. Bu bağlamda bütün devlet organları ve özelde idare makamları normlar hiyerarşisi gereği anayasal hükme uygun hareket etmek zorunda olduğu için anayasal hükmün doğrudan uygulanması gerekir. Diğer yandan doktrindeki diğer görüşe göre soyut hukuk kuralları, somut alt kurallar ile uygulama alanı bulur.³³ Bu noktada “*kuralların üstünlüğü ile uygulanması arasın-*

²⁵ Yılmaz, s.72, dn. 200.

²⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2018, s.511.

²⁷ “1. Yükümlüler kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilir. 2. İdareye intikal eden itirazlar otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir.3. İtiraz dilekçelerinin süresi içinde yanlıştır makama verilmesi halinde, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve idarece yetkili makama ulaştırılır.4. İtirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilir”. Bu hüküm İYUK m.11'e uygun idari başvuru süresini düzenlemesi, özel başvuru süresi belirlenmesi, yanlıştır makama verilen itiraz dilekçelerinin itiraz süresinde verildiğinin kabulü ile doğru makama iletilmesi gerekliliği gibi hak arama hürriyeti bakımından çok önemli düzenlemeler içermesi bakımından ilginç ve de önemlidir.

²⁸ Can, s.340.

²⁹ “... Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir...”. (Kabahatler Kanunu, m.26/2).

³⁰ Can, s.340.

³¹ “... Kurum, inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve başvurana bildirir. Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da gösterir ...” Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, m.20/2).

³² Şanlı Atay, s. s.296 vd.

³³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2018, s.512, dn.97. Yazarlara göre anayasal bu hüküm mutlak surette yasal bir düzenlemeyi gerektirmektedir, çünkü idarenin yaptığı işlemler bakımından sadece ilgililer değil, idarenin kendisi de çoğu zaman bilgisizdir (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2018, s.511, dn.97).

da ters orantı” olduğu ifade edilmektedir.³⁴ Bu görüşün esas alınması, anayasanın ancak yasalarla uygulandığı ve anayasa kurallarının doğrudan uygulama alanı bulmadığı yorumunu da zorunlu kılmaktadır.³⁵ Ancak Anayasa’nın da geniş anlamda kanun kavramı içerisine girdiği dikkate alınır Anayasa’nın da bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olduğunu söylemek gerekir. Çünkü esas olan kanuna değil hukuka uygunluktur. İYUK m. 2 ile idari yargı yetkisinin – *kanuna değil*- hukuka uygunluk denetimi maksadıyla kullanılacağı vurgulanmaktadır.³⁶ Doğrudan uygulanabilir olması için daha özelden de anayasal normun açık, ayrıntılı ve somut olması da aranacaktır.³⁷ Sonuçla Anayasa’nın normlar hiyerarşisinde en üst norm olması, hükümlerinin anlaşılır ve belirgin olması koşuluyla doğrudan uygulanmasını gerektirmektedir. Kanun ve diğer alt normlar (düzenleyici işlemler) ihtiyaç duyulduğu ölçüde somutlaştırma ve detaylarını ortaya koyma fonksiyonuna sahip olduğu için anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmelidir.³⁸ Anayasa Mahkemesi de başvurulacak kanun yolu

³⁴ Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s.53.

³⁵ Lütfi Duran, “Anayasa, Kanun ve Hâkimler”, *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, S.4, 1970, s. 274(Aktaran, Can, s.340, dn.969); Şanlı Atay, s.296.

³⁶ Can, s.341.

³⁷ Akıllıoğlu, Savunma Hakkı, s.88. Bu görüş ve diğer tartışmalar için bkz. Şanlı Atay, s.298.

³⁸ “İdari işlemlere karşı başvurulacak kanun yolu veya varsa idari makamın ve başvuru sürelerinin gösterilmesi gerekmekte olup, bu gereklilik ise ilgili makamların takdirinde olmayıp, en üst hukuki norm olan Anayasanın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucudur. Bu nedenle, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur”. Danıştay, 4. D, E 2005/2134, K 2006/2156, KT 13.11.2006, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (20.11.18). Ayrıca bkz. Danıştay, 10. D, E 2005/1607, K 2007/2429, KT 09.05.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (20.11.18); Danıştay, 10. D, E 2006/2232, K 2007/6691, KT 31.12.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2006-2232.htm>, (20.11.18); Danıştay, 10. D, E 2006/7298, K 2008/7138, KT 27.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (24.12.2018) (Kararlara işaret eden, Şanlı Atay, s.303-304), Danıştay, VDDK, E 2011/40, K 2011/594, KT 12.10.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (24.12.2018); Danıştay, VDDK, E 2010/310, K 2012/98, KT 21.03.2012 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (24.12.2018). Danıştay’ın güncel bir içtihadı da bu yöndedir: “Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu düzenleyen Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen,

ve süresinin her bir yasa özelinde düzenlenmesine gerek olmadığına, Anayasa m. 40/II'in her yasada özel düzenleme yükümlülüğü getirmediğini vurgulamaktadır.³⁹

Bu usul ilkesinin doğrudan Anayasa ile düzenlenmesinin gereksiz hatta aleyhe sonuç doğurabileceğine de işaret edilmektedir. *Gözler'*e göre usule ilişkin bu ilkenin doğrudan anayasa ile düzenlenmesine gerek yoktur. Bu düzenlemenin kanun, (*kanun hükmünde kararname*) hatta bir genelge ile yapılması mümkündür. Böyle bir usul kuralının doğrudan Anayasa ile düzenlenmesi anayasa kavramın saygınlığını zedeleyici niteliktedir.⁴⁰ Yine Yazar'a göre usul ilkeleri bir bütünlük içerisinde düzenlenmelidir. Tek bir düzenlemenin istenileni sağlaması mümkün değil hatta aksi sonuçlara neden olabilir.⁴¹ Diğer yandan bu ilkenin hak arama hürriyetinin bir parçası olması nedeniyle anayasa ile hiç düzenlenemese dahi uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.⁴²

Son olarak vurgulamak gerekir ki kanuni düzenlemeye konu olmaması ile kanuni düzenlemeye gerek olmaması farklı konulardır.⁴³ Bu nedenle anayasal hükme rağmen ilgili yükümlülüğün yasa ile somut ve detaylı olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak bu düzenlemenin genel bir idari usul yasası ile yapılma ihtiyacına da işaret etmek gerekir.

doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur". Danıştay,.13. D, E 2015/50, K 2018/357, T 09.02.2018, <https://www.memurlar.net/haber/742422/idari-isleme-karsi-basvuru-yollari-v-e-suresi-gosterilmediği-takdirde-dava-acma-suresi-islemez.html>, (22.11.2018).

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2004/84, K 2004/124, KT 08.12.2004 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051202-9.htm>, (22.11.2018); E 2004/69, K 2009/6, KT 08.01.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090611-15.htm>, (22.11.18). Bu kararları referans alan Danıştay kararları da mevcuttur: Danıştay, VDDGK, E 2011/235, K 2013/95, KT 30.04.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (20.10.2018); Danıştay VDDGK E 2009/173, K 2012/19, KT 25.01.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (18.09.18). (Kararlara işaret eden, Can, s. 343, dn.975).

⁴⁰ Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, (20.10.17).

⁴¹ Gözler, Anayasa Değişikliği, <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, (20.10.17).

⁴² Yılmaz, s. 75.

⁴³ Şanlı Atay, s.302.

C. BAŞVURU KAVRAMI VE TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 40. maddesi ile başvuru hakkı imkânının mutlak olarak sağlanma gereği vurgulanmıştır: "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*". İlgili düzenleme çerçevesinde başvuru olanaklarının sağlanması hususunda sınırlayıcı herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bu noktada hukuken başvuru ile ne anlatılmak istendiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Sözlük anlamı ile başvuru "*başvurma işi, müracaat, bilgi sahibi olmak için bir kaynağı kullanma, bilgiye ulaşma*" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴ Hukuki olarak ise bireylerin kendi sübjektif hukuki durumlarını etkileyen hususlara ilişkin kamusal makamlardan bilgi istemesi, sübjektif durumlarını etkileyen, değiştiren kaldıran yol ve yöntemlere sahip olma olanağı olarak düşünülebilir.⁴⁵

Başvurular idari ve yargısal olarak temelde ikiye ayrılabilir.⁴⁶ Bu ayrımı en basit ölçüt çerçevesinde ortaya koyarsak, kişinin hukuksal durumuna ilişkin istemini idari usul ve yöntemlerle ile talep etmesi durumunda idari başvuru, yargısal usul ve yöntemlerle gerçekleştirmek istemesi durumunda da yargısal başvuru yolu söz konusu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yargısal başvuru idareye karşı başvuruları kapsayacak şekilde de yorumlanmaktadır.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin de yargısal başvuruları idari başvuruları kapsayacak şekilde yorumladığı kararları mevcuttur.⁴⁸

Bu ayrımında temel olarak maddi kriterin, şekli kriter ile daraltılması esas alınmalıdır. Çünkü yasama ve yargı organlarının idari fonksiyona dâhil işlemlerine ilişkin başvurularda bu işlemlerin değiştirilmesi, kaldırılması, düzeltilmesi idari usul ve yöntemler ile istenebileceği

⁴⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56f8fa8e818e12.33764792, (20.10.17).

⁴⁵ Bkz. Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında idarenin Sükûtu Meselesi", İÜHFİM, Yıl:1946, C: 12, S: 1, s. 132 (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005763>, (28.03.16)); Ramazan Yıldırım, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.9.

⁴⁶ Bkz. Duran, s. 132 vd.

⁴⁷ Yılmaz, s. 47.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Akıllıoğlu, Savunma, s. 122-123

gibi yargısal yollar ile de istenebilir. Görüldüğü üzere başvurunun türü başvuru makama göre değil, başvurunun değerlendirme usul ve yöntemine bağlıdır. Yine yasama ve yürütme organlarının maddi olarak yargı fonksiyonuna giren işlemlerinde işlemin içeriği değil başvurunun niteliği esas olacaktır. Yasama organının ve yargı organının idari fonksiyona dâhil olan işlemlerine karşı yapılan başvurular da idari başvuru olarak kabul edilecektir.

2. İdari Başvurular

İdari başvuruların⁴⁹ pozitif anayasal temeli iki maddede yer almaktadır. Öncelikle temel hakları koruyan anayasanın 40. maddesi ve sonra dilekçe hakkını düzenleyen 74. madde idari başvuruların temel iki dayanağıdır.⁵⁰ Dilekçe hakkı çerçevesinde “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esaslı 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*”. Bu başvuruyu genel bir başvuru yolu olarak kabul etmek gerekir. Kişiler kendileriyle ilgili olduğu kadar kamu ile ilgili konularda da dilekçe ve şikâyetlerde bulunabilir. Ancak bu başvuru yolu idari makamlara yapıldığı ölçüde idari başvuru olarak değerlendirilebileceği üzere TBMM’ye yapılması ölçüsünde de “*yasama organına başvuru*” olarak da değerlendirilmesi gerekir. Bu yönüyle idari başvuru kategorisine girmez.

Genel idari başvuru yolunun yanında İYUK m.10 ve 11. çerçevesinde özel idari başvuru yollarının yer aldığını ifade etmek gerekir. Ancak dilekçe hakkının geniş konu perspektifinin yanında İYUK m.10 ve 11 ile daha sınırlı ve şartlara tabi bir başvuru mekanizmasının düzenlendiğini belirtmek gerekir. Örneğin kamuyu ilgilendiren genel bir konu dilekçe hakkının konusunu oluşturabilirken, 10 ve 11. maddeler ile dava açılacak işlemlerin başvuru konusu olması söz konusudur. Bu nedenle yükümlülüğünün bir parçası olarak TBMM’ye başvuru yolunun belirtilmesine gerek yoktur.

Yukarıda da ifade edildiği üzere idari işlemler açısından başvuru isteğe bağlı bir başvuru olabileceği gibi zorunlu (tüketilmesi

⁴⁹ Bkz. Yasin Sezer/Hüseyin Bilgin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, *AÜHFD*, Ankara 2008, s.337-366.

⁵⁰ Yılmaz, s.48.

gereken) bir başvuru da olabilir. Bu durumda idare her iki başvuru yoluna ilişkin merci ve süreyi belirtmek zorunda mıdır? Hem zorunlu (tüketilmesi gereken) idari başvurular hem zorunlu olmayan yargı-dışı mekanizmalar ile uyumsuzluğu çözmeyi hedefleyen İYUK m.11’de düzenlenen genel başvuru yolu olan “üst makamlara başvuru” yolu idari işlem ile belirtilmek zorundadır. Çünkü Anayasal hüküm temel olarak ilgililerin hak arama hürriyeti ve dava açma hakkını etkin bir şekilde kullanmasını amaçlamaktadır. Hak arama hürriyetinin somutlaşmış hali olan dava açma hakkından daha geniş olduğu dikkate alınır ise idari başvuru yollarının her iki türünün de belirtilmesi gerekir. Başvurunun tercihe dayalı veya zorunlu olası hak arama hürriyetinin kapsama açısından değil ilgililerin tercihte bulunması bakımından farklılaşmaktadır. Üst makamlara başvuru yollarının gösterilmesi zorunluluğu, yargı öncesi ve yargı-dışı çözüme mekanizmalarının önemi dikkate alınır ise, uyumsuzlukların idari yollardan çözülmesini sağlaması bakımından gerekliliktir. Bu noktada İYUK m.10 ile düzenlenen “*ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idari makamlara başvurusu*” mekanizması için bu yükümlülük pratikte uygulanamayacaktır. Çünkü burada idare tarafından tesis edilmiş doğrudan bir idari işlem olmayacağı için bu işleme karşı da kanun yollarına başvurma yolunu belirtmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda dahi başvuru sonucu idare tarafından tesis edilen işlemde mutlaka yükümlülüğün gerekleri yerine getirilmelidir. Ancak bu başvuru sonucu idarenin suması durumunda ise yazılı bir idari işlem oluşamayacağı için idare yükümlülüğünden kaçınabilecektir.⁵¹

Başvurular özel kanunlar ile özel sürelerle de tabii kılınmış olabilir.⁵² Hatta zorunlu başvuru yolları birbirini izleyen birden fazla idari mercie karşı olabilir. Bu durumda her iki merciinin de ayrı ayrı belir-

⁵¹ Şanlı Atay, bu halde dahi yasal düzenleme ile Fransız Hukuku’ndan ilhamla bir çözüm üretilebileceğine işaret etmektedir. Fransız İdare Hukuku’na göre idareye yapılan her türlü başvuruda, idare ilgisine “alındı makbuzu” vermektedir ve bu belgenin içeriğinde başvuru tarihi, ret ya da kabul tarihinin, zımni ret kararının oluşacağı tarihin, işleme karşı başvuru yol ve sürelerinin belirtilmesi gerekmektedir (Şanlı Atay, s.308, dn. 52).

⁵² Örneğin, Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun’un 7. maddesi, (Mülga) 3434 Oyun Alet ve Vasıtalarından Belediyelere ve Köy İdarelerince Alınacak Resim Hakkında Kanun’un 103. maddesi, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu’nun 36. maddesi, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 11. maddesi.

tilmesi gerekir. Örneğin kamu ihale uyuşmazlıklarında hem idareye başvuru hem de Kamu İhale Kurumu'na başvuru ayrı ayrı düzenlenmelidir.

Başvuru yollarının gösterilmesinde başvuru türleri açısından olağan başvuru yolları ile sınırlı tutmak gerekir. Bu çerçevede Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Kararına⁵³ uygun olarak ilgililerin ilk aşamada başvurulabilecekleri idari ve yargısal başvuruların yükümlülük kapsamında olması beklenmektedir. Yoksa doğrudan ya da dolaylı olarak kamusal işlemlerin denetlenmesini sağlayan karşı kamu denetçiliği, insan hakları kurulları, bilgi edinme kurulu, devlet denetleme kurulu gibi mekanizmaların yükümlülük kapsamında belirtilmesi hem pratik hem de amaca uygun değildir.

3. Yargısal Başvurular

Yargısal başvuru, kişilerin hak arama hürriyeti çerçevesinde yargı organlarından yargısal fonksiyona dâhil ve yargısal usullere tabi bir şekilde haklarının korunmasını talep etmesidir.⁵⁴ Vurgulamak gerekir ki usul kanunlarının "*kanun yolları*" tabirini üst (istinaf/temyiz) kanun yollarını kapsayacak sistematikte düzenlese de ilk derece mahkemelelerinde yargısal yollarla hak aranmadan üst derece mahkemelere başvurulamayacağı aşikârdır. Bu nedenle kavramın geniş bir perspektifte ele alınması gerekmektedir. Kanun yolları, her bir usul kanununda ayrıca düzenlenmiştir. Kanun yolu tabiri, geniş anlamı itibariyle kanun ile (yasama organı tarafından) belirlenmiş her türlü yoldur. Anayasa'da geçen kanun yolu tabiri ise hak arama hürriyetini sağlayan bir araçtır ve geniş yorumlanmalıdır. Kaldı ki yargısal başvurular öncesi gidilebilecek yargı-dışı başvurular (özellikle idari başvurular) ile uyuşmazlığın çözümü mümkün olacaktır. Bu nedenle kanun yolu tabiri idari başvuru ve aynı amaca hizmet eden yargısal başvuru yollarını kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.⁵⁵ Bu nedenle kanun yolu tabiri yargı-

⁵³ Akıllıoğlu, Savunma Hakları, s.198-199; Tekin Akıllıoğlu, "Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *AİD*, C: 14, S: 3, Eylül 1981, s. 53-54.

⁵⁴ Bkz. Yıldırım, s. 11.

⁵⁵ 1982 Anayasası ile "başvuru" tabiri genellikle yargı organlarına "başvuru" durumlarına özel tercih edilmiş ve vurgulanmıştır. Örneğin, m.29/2, m.59,m.79,m.90,m.

lama usul kanunlarında ilk derece mahkeme kararlarının hukukilik ve esas açısından denetimi olarak somutlaşsa da sadece usul hukuku terimi olarak sınırlı anlaşılabilir. En azından anayasal terimin bu yönde anlaşılmasını zorlayan kısıtlayıcı bir hüküm yoktur. Bu çerçevede kamusal kararların içeriğinde mutlaka o karara karşı hangi idari ve yargısal başvuru yollarına gidilebileceği yolları gösterilmelidir. Özellikle kanun ile zorunlu başvuru yollarının belirlendiği durumlarda yargısal yola başvurabilmek için zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi gerekir. Aksi halde idari merci tecavüzü oluşacaktır. Ancak bu yükümlülüğün öznesi ve kapsamı kamusal işlem ve onun akıbetine göre farklılık gösterebilir. Kamusal işlemin niteliğine göre varsa ilk derece mahkemesinin gösterilmesinin zorunlu olmasının yanında ilk derece mahkemesinin verdiği karara karşı ise kanun yollarının gösterilmesi bir zorunluluk değildir. Çünkü kanun yolları aşamasında yargılama mercii kararın muhatabı açısından eğer varsa bu karara karşı başvurulabilecek kanun yollarını belirtme yükümlülüğündedir. Bu noktada yargılama makamı genel çerçevesini ortaya koyarak da olsa olağanüstü kanun yollarından ve de şartları taşıyorsa anayasa mahkemesine bireysel başvuru hakkından bahsetmelidir.

İlgililer üzerinde dolaylı etki yaratabilecek siyasi başvuru (yasama organı eliyle denetim) yolları da mümkündür.⁵⁶ Dilekçe hakkı kapsamında TBMM'ye karşı yapılacak başvurular bu kapsamdadır. Ancak bu başvuru yolu sonucu doğrudan kişileri etkilemeyeceği için yükümlülük kapsamında değerlendirmem gerekir.⁵⁷ Genel İdari Usul Kanun Tasarı'nda "... ilgilinin hangi idarî makam, yargısal merci veya alternatif uyumsuzluk çözüm usullerine başvurabileceğini ..." belirtilerek işlemi yapan idareye başvuru ve yargısal yollar haricindeki başvuruların da bildirim yükümlülük kapsamında değerlendirilmiştir. Hatta bu başvuru yollarına kanımızca cezai denetim aracını dahi sokabiliriz.

105,m.148,m.149,m.152,m.159,m.160,

⁵⁶ İfade etmek gerekir ki başvuruları idari ve yargısal olarak daraltsak da siyasi başvuru yolunun önemli bir başvuru mekanizması olduğuna işaret etmek gerekir. Özellikle idarenin hem idari hem de siyasi karakterinin hükümet denetleme araçları ile denetlenmesi, geniş anlamı ile meclis çalışmaları (genel kurul çalışmaları, komisyon faaliyetleri, siyasi grup faaliyetleri...) idarenin denetlenmesi kavramı içerisinde yer alacaktır. 1982 Anayasası ile başvuru terimi siyasi denetimi kapsayacak şekilde de kullanılmıştır. Örneğin, m.110,m.114.

⁵⁷ Şanlı Atay, s. 307.

Çünkü dolaylı da olsa idareyi temsil eden kamu görevlilerinin cezai sorumluluğuna sahip olması, cezaların önleyicilik ve cezalandırıcılık etkisinin bir sonucu olarak idarenin denetlenmesini sağlayacaktır. Ancak yükümlülüğün kapsamı kamusal işlemlerin denetlenme yol ve yöntemlerini belirleme olduğu için cezai başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülük kapsamında değildir.

Başvurucular “*devlet işlemlerinin*” muhataplarıdır. Bu nedenle her türlü kamusal işlemin muhatabı, teknik olarak başvuru kavramına girecektir. Daha önce açıklandığı üzere devlet işlemleri tabiri geniş olarak yorumlanmak gerekmektedir. Bu nedenle yasama faaliyetlerinin, yürütme faaliyetlerinin ve de yargılama faaliyetlerinin muhatapları teknik olarak başvuru kavramına girecektir. Bunun haricinde ise devlet dışında örgütlenmiş kamu tüzel kişileri işlemleri hatta kamu gücü ayrıcalığı ile donatılmış özel hukuk işlemlerinin muhatapları dahi başvuru kavramına girecektir.

Yükümlülük bağlamında ele alınması gereken bir diğer sorun ise yükümlülüğün içeriğinin nasıl ve hangi makamlar tarafından belirleneceğidir. Çünkü yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi teknik bir konudur ve her idari makamda bu teknik yeterliliğin bulunması mümkün değildir.⁵⁸ Bireyin korunmasına ilişkin karar yorumunda da belirtildiği üzere, başvuru ile birlikte başvuru makamları ve süresi belirtilirken başvuru için yapılması gereken usuli işlemleri ve bilgileri de vermesi beklenmektedir.⁵⁹

II. DEVLET İŞLEMLERİNİN BELİRLENMESİ

A. DEVLET İŞLEMLERİ KAVRAMININ KAPSAMI

Anayasamızda başvuru yollarını gösterme yükümlülüğü bütün devlet işlemlerini kapsayıcı nitelikte düzenlenmiştir. Bazı uluslararası hukuk metinlerinde ise devlet işlemlerinin özelinde sadece idari işlemleri, idare karşısında bireyi koruma amaçlı/kapsamlı düzenlemeler yer almaktadır. Bu noktada en önemli ve ilk düzenleme Avrupa Kon-

⁵⁸ Gözler, Anayasa Değişikliği, <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, (20.10.17). Örneğin müşavirlikleri olmayan köy idareleri, küçük belediye idareleri bu yükümlülüğü tam olarak yerine getiremeyebilir (Gözler, Anayasa Değişikliği, <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, (20.10.17).).

⁵⁹ Kuntbay, s. 11; Akıllıoğlu, Savunma, s. 199.

seyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Kararı'dır⁶⁰. Bu karar genel olarak bireyin korunmasını, savunma hakkının etkili kullanılmasının olanaklarını düzenlerken 5. maddesi özelinde de işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesi düzenlenmektedir.⁶¹

Anayasa'nın ilgili fıkrasında "*Devlet, işlemlerinde*" terimi kullanılmaktadır. Ancak bu ifade ile hangi işlem gruplarının yükümlülük kapsamında olduğuna ilişkin belirsizlik bulunmaktadır. Çünkü "*devlet işlemleri*" tabiri birçok işlem grubunu kapsayıcı niteliktedir. Ancak bu ifade ile çoğu zaman idari işlemler anlaşılmakta ve diğer devlet organları ve bu organların işlemleri konusundan yeterince değerlendirme yapılmamaktadır. Bu düzenleme işlem terimi en geniş anlamıyla kullanılmakta, işlemi daraltıcı bir ön ek barındırmamaktadır. Bu nedenle yükümlülük devletin egemenlik yetkisini kullandığı tüm faaliyetler için geçerlidir. Devletin yasama- yürütme ve yargı organları için geçerli olan bu yükümlük ayrıca devletin egemenlik yetkisinin uzantısı olan idare organları (kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayalı olarak kurulan diğer kamu tüzel kişileri) için de geçerlidir. Bu nedenle yükümlülük, devlet organları için geçerli olduğu kadar devlet dışı örgütlenen kamu tüzel kişileri için de geçerlidir. Anayasa koyucunun devlet organları ve bu organlarının faaliyetleri çerçevesinde bir sınırlama/belirleme yapmadığına göre sadece yürütme(idare) ve yargı organlarına hitap eden bir düzenleme olduğu yönündeki görüşlere⁶²

⁶⁰ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009032&SecMode=1&DocId=752646&Usage=2>, (22.03.16). 77/31 sayılı Karar dışında "Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı" (Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration) zikretmek gerekir. Kararın 22. maddesi ile İdari İşlemlere Karşı Başvurular düzenlenmiştir. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Onur Karahanoğulları, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec(2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı", (İngilizceden çeviri), *Danıştay Dergisi*, s.116, 2007, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, (22.03.18).

⁶¹ Kararın Türkçe çevirileri için bkz. Akıllıoğlu, Savunma, s.191-199; İhsan Kuntbay, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", *Amme İdaresi Dergisi*, S.11/4, Ankara 1978, s.3-11, (http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/a54bf108ca06d26_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi, (22.03.18)

⁶² Tülen, s.219.

katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üzere “*somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemler*”⁶³ bakımından anayasal yükümlülük geçerlidir.⁶⁴ Sonuçla düzenlemenin esas olarak idari işlemler özelinde geçerli olduğu şeklinde değerlendirmeler düzenlemenin maksadına işaret edici nitelikte olmakla birlikte pozitif düzenlemeler çerçevesinde yetersizdir.

B. YASAMA ORGANININ İŞLEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Kanunlar

Kanunlar yasama organı tarafından çıkarılan genel, soyut, kişilik dışı kural koyucu işlemlerdir. Kanunlar genel işlemler olduğu ve doğrudan subjektif bir sonuç doğurmadığı için kural olarak bu yükümlülüğe tabi olmadıkları düşünülebilir. Ancak kanunlarda dahi kanunların uygulanmasından dolayı ilgililerin başvurabileceği yollar bulunmaktadır. Bu çerçevede ilgililer somut bir uyuşmazlıkta kendilerine uygulanan kanun maddesinin anayasaya aykırılığını-belirli şartlar altında ileri sürebilir. Bu durumda ilgililerin kendilerine uygulanan kanunun anayasaya aykırılığını somut norm denetimi çerçevesinde ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Anayasal yükümlülüğün bir görünümü olarak kanunlarda “*kanunlarda yargısal başvuru yolu*” başlığını taşıyan bir madde ile ilgililerin anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilecekleri düzenlenebilir. Bu hakkın doğrudan anayasa ile düzenlenmesi tabii ki yeterlidir. Ancak yükümlülüğün belirtilme zorunluluğunun bütün devlet faaliyetlerini kapsayacak şekilde düzenlenmesi, kanunlar özelinde de yorumlamayı ve bir anlam yüklemeyi zorunlu kılmaktadır. Zorlama gelebilecek ve kanun yapma yöntemi açısından yadırganacak bu yorumun/yöntemin faydası, ilgililerin hukuki teknik bilgiye sahip olmasalar da kanun metninden bu yönde bir hakları olduğunu kolayca anlayabilmelerine katkı sağlamasıdır.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, E 2004/84, K 2004/124, KT 08.12.2004, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051202-9.htm>, (22.11.2018).

⁶⁴ Benzer yönde bkz. Yılmaz, s.344; Bahtiyar Akyılmaz, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_6.pdf, (17.12.2018); Can, s.344.

2. Parlamento Kararları

Parlamento kararları, meclis kararları yâda TBMM kararları olarak da ifade edilir. Parlamento kararları parlamentonun iç işleyişine, yasama - yürütme ve yargı organlarına veya bu organlara ilişkin aldığı kararlardır.⁶⁵ Örneğin, anayasaya göre meclisin kendi seçimlerinin yenilenmesine karar vermesi (m.77/2), açık oylama kararı (İçtüzük, m.143, yasama dokunulmazlığının kaldırılması (m. 83), meclisin tatile girmesi kararı (m.93/2) parlamento kararlarına örnek olarak verilebilir.⁶⁶

Kural olarak parlamento kararları yargısal denetime tabi değildir. Bu nedenle parlamento kararları açısından bu yükümlülüğün işler hale gelmesi mümkün değildir. Ancak anayasamıza göre üç tür parlamento kararına karşı yargısal denetim mümkündür. Bunlar ise “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü”, “dokunulmazlığın kaldırılması kararı”, “milletvekilliğinin düşmesi” kararlarıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, meclisin kendi iç çalışma düzenini belirleyen kurallardır. İçtüzük, kural işlem niteliğinde olması ve doğrudan milletvekilleri üzerinde subjektif durum yaratmaması bakımından yükümlülüğün kapsamı dışındadır. Dokunulmazlığın kaldırılması kararları ise milletvekillerinin cezai takibata uğramalarına neden olması bakımından subjektif durum yaratıcı niteliktedir. Anayasa gereği dokunulmazlığın kaldırılması kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Buna göre dokunulmazlığı kaldırılan bir milletvekili veya herhangi bir milletvekili yedi gün içinde Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir. Anayasa Mahkemesi de 15 gün içinde bu başvuruyu karara bağlayacaktır (1982 Anayasası, m.85). Bu çerçevede dokunulmazlığın kaldırılması kararlarının da yasama organı eliyle devlet işlemi kapsamına girdiğine göre yükümlülüğün bu işlemler için de işlemesi gerekmektedir. Uygulamada dokunulmazlığın kaldırılması kararlarında kamun yolları, merci ve süre belirtme yükümlülüğüne ilişkin herhangi

⁶⁵ Ergun. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2010, Yetkin Yayınevi, s.231; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 286-287; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, Yapı Kredi Yayınları, s. 285-289; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, Seçkin Yayınevi, s. 206-210.

⁶⁶ Özbudun, s.231; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 286-287; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 285-289; Atar, s. 206-210.

bir içerik bulunmamaktadır.⁶⁷ Yargı denetimine açık olan son parlamento kararı ise “milletvekilliğinin düşmesi” kararlarıdır. Bu kararlar da yine muhatabı üzerinde subjektif durum yaratan işlemlerdir. Düşme kararları da dokunulmazlığın kaldırılması kararlarındaki sürece tabi olarak yargı denetimine açıktır. Düşme kararları TBMM'nin alacağı bir karar ile milletvekilliği statüsünün sona ermesidir. Bu ise “istifa”, “milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmesi hali” ve “devamsızlık” hallerinde TBMM'nin alacağı ek bir karar ile mümkündür.⁶⁸ İstifa durumunu istisna tutarsak özellikle bağdaşmazlık ve devamsızlık halleri kişinin subjektif durumunu etkilemesi bakımından önemlidir. Bu nedenle yükümlülük bu kararlar bakımından da geçerli olmalıdır. Ancak uygulamada dokunulmazlığın kaldırılması kararlarında olduğu gibi anayasa ve komisyona raporlarına atıf haricinde herhangi bir bildirimde bulunulmamaktadır.⁶⁹

Parlamento kararları bağlamında son olarak TBMM'nin bazı kişileri seçme görev ve yetkisinden bahsetmek gerekir. Örneğin Sayıştay başkanını, RTÜK üyelerini, Anayasa Mahkemesi üyelerini, Kamu Baş Denetçisini seçmek gibi görevler⁷⁰ maddi anlamda idari işlem niteliğinde olsalar da organik anlamda yasama faaliyetine dâhildir ve parlamento kararı niteliğindedirler. Bu nedenle söz konusu kararlara karşı idari ve yargısal denetiminin bir parçası olan anayasal yükümlülük geçerli değildir.

3. Yasama Organının İdari Fonksiyona Dâhil İşlemleri

Yasama organının idari fonksiyona tabi işlemleri bulunmaktadır. Bu noktada anayasal yükümlülüğün bu işlemler açısından da geçer-

⁶⁷ Kararlarda Anayasa ve komisyon kararlarına dayanılmaktadır. Örneğin, Isparta Milletvekili Ömer Bilgin'in yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair karar şu şekildedir: “Isparta Milletvekili Ömer Bilgin'in yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyonca hazırlanan ilişikteki rapor, Genel Kurulun 8.10.1998 tarihli 4. birleşiminde kabul edilmiştir”. https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar597.html, (08.10.18). Benzer kararlar için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar595.html, https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar585.html, https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar584.html (21.10.18).

⁶⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.311 vd. Özbudun, s. 298; Atar, s. 244-245

⁶⁹ Bkz. İstanbul Milletvekili Şafak Pavay'in Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliğinin Düşmesine İlişkin Karar, https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar1166.html, (09.10.18).

⁷⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.284.

li olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu işlemler yasamanın yasama fonksiyonuna tabi olmayan işlemleri olarak karşımıza çıkabilir. Bu bağlamda yasama organının idari nitelikli işlemleri farklı hallerde karşımıza çıkabilir.⁷¹ Bu işlemleri birkaç başlık altında toplayabiliriz. Örneğin TBMM Başkanlığı'nın personele ilişkin işlemleri idari fonksiyona dâhildir.⁷² TBMM başkanlığı da en nihayetinde kamusal faaliyetlerin yürütüldüğü birimlerdir. Bu kurumda görev alan kamu görevlilerine ilişkin tesis edilen atama, terfi, izin, disiplin, emeklilik gibi işlemler idari niteliktedir ve idari yargının görev alanına girer.⁷³ Yine TBMM Başkanlığı'nın düzenleyici işlemleri olabilir. Başkanlığın "yönetmelik" gibi düzenleyici işlemleri idari işlem niteliğindedir⁷⁴ ve idari yargının denetimindedir. Örneğin Danıştay "Milli Saraylar... Yönetmeliği"ni denetlemiştir.⁷⁵ Yine TBMM Başkanlığı'nca yapılan idari sözleşmeler olabilir.⁷⁶ Bu süreçte sözleşmeden ayrılabilen tek taraflı işlemler de idari fonksiyona dâhildir. Yukarıda kısaca örneklendirilen işlemler organik anlamda yasama işlemi olsa da idari fonksiyona dâhildir ve anayasal yükümlülük kapsamındadır.

C. YÜRÜTME ORGANININ İŞLEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Hükümet Tasarrufları

Hükümet tasarrufu ya da yargı kısıntısı teorisi yürütmeye ait bazı işlemlerin siyasi bazı nedenlerden kaynaklı olarak yargı denetimine tabi olmamasını ifade eder.⁷⁷ Bu teori yürütmenin her türlü işlemlerini değil üstün siyasi yarar gerekçesiyle bazı işlemlerinin yargı organın kararı ile denetlenemeyeceğine işaret etmektedir.

Özellikle 1930 ve 1940'lı yıllarda Danıştay kararları ile mukabele-i bilmisil, vatandaşlık, iskân, yabancıların sınır dışı edilmesi gibi işlem-

⁷¹ Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s.165-169; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.96-100; İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 117.

⁷² Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.167-168.

⁷³ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.96-100; Gözler, İdare Hukuku, s.515 vd.

⁷⁴ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.96-100; Gözler, İdare Hukuku, s.518.

⁷⁵ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.19.

⁷⁶ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.99; Gözler, İdare Hukuku, s.518.

⁷⁷ Gözler/Kaplan, s.242-246.

lerinin hükümet tasarrufu olarak değerlendirilerek denetlenmediğini görmekteyiz.⁷⁸ Günümüzde de yürütmenin idari nitelikli olmayan bazı işlemleri vardır ve bu işlemler de yargı denetimi dışındadır. Örneğin, Cumhurbaşkanının bakan ataması, meclisi feshetmesi, elçi kabulü gibi işlemler.⁷⁹ Hükümet tasarrufu teorisi gereğince bu işlemlere yargı denetimine tabi değildir. Bu nitelemeyi yapan ise esas olarak yargı organıdır. Bu nedenle hükümet tasarrufları açısından yükümlülüğün uygulama alanı yoktur. Ancak bu durumda da akla şu soru gelmektedir. Hükümet tasarrufu niteliğini nasıl bilecektir? Hükümet tasarrufu bu kararı alan makamın/kişinin nitelemesine mi bağlıdır? Öyle ise bu durumda hükümet tasarruf nitelemesi işlemleri yargı denetiminden kaçırma ve de dolaylı olarak yükümlülüğe tabi olmama sonucunu doğuracaktır. Anayasa “devlet, işlemlerinde” ifadesiyle her türlü kamusal irade açıklamasının yükümlülük kapsamına almaktadır. Geleneksel veya içtihatlar ile hükümet tasarrufu kabul edilen işlemle bakımından yükümlülüğün uygulama alanı bulmayacağını kabul etsek dahi yine bunun belirlenmesi kolay değildir. Bu nedenle kural olarak hükümet tasarrufları açısından anayasal yükümlülüğün uygulama alanı bulmayacağını ifade etmek gerekir.

2. Cumhurbaşkanlığı İşlemleri

1982 Anayasası'nın 2017 tarihli değişik yeni haline göre Cumhurbaşkanı yürütmeyi temsil etmektedir. Yürütmeyi temsil etmesinin bir sonucu olarak cumhurbaşkanı hem düzenleyici hem de bireysel idari işlemler yapabilecektir. Bu işlemler özelinde de anayasal yükümlülüğün değerlendirilmesi gerekir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütme işlemi niteliğindedir. 1982 Anayasası'nın yeni haline göre “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı

⁷⁸ Cemil Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik/Egemenlik Hakkı Teorisine”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, s.639 (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000194685>, (25.01.17)); Ragıp Sarıca, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.8, S. 3-4, (1942), s. 457, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005707/1023005231>, (22.12.18).

⁷⁹ Örnekler için bkz. Gözler/Kaplan, s.244-245.

kararnamesi çıkarabilir" (m.104/17).⁸⁰ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri düzenleyici işlem niteliğinde kabul edilir.⁸¹ Çünkü anayasal düzenleme yürütme yetkisine ilişkin ibaresi ile bireysel- düzenleyici ayrımı yapmamaktadır.⁸² Uygulamada yeni sistem ile birlikte çıkarılan bütün kararnameler düzenleyici niteliktedir⁸³ ve yükümlülük bakımından düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabidir.

Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri: Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri de idarenin düzenleyici işlemleri arasında yer alır. Yeni düzenleme gereği Cumhurbaşkanı, "*kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda*" yönetmelik çıkarabilir. Yönetmelikler kanuna ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanmak zorundadır. Bu nedenle yürütme başlığı altında incelemek de en nihayetinde idarenin düzenleyici işlemlerinin hukuki rejimine tabidir.

Cumhurbaşkanlığı'nın Diğer Düzenleyici İşlemleri: Cumhurbaşkanlığı makamı da icrai bir makam olarak kararnameler ve yönetmelikler haricinde düzenleyici işlemler yapabilir. Bu işlemler kanun, kararname de yönetmeliklerin uygulanması, emrettiği işlerin yapılması veya da detaylandırılması maksadıyla olabilir. Bu işlem grubu diğer idari işlemler veya adsız düzenleyici işlemler olarak adlandırılır. Diğer idari işlemlerin yönetmeliklerin hukuki rejimine tabi olduğu kabul edilir.⁸⁴ Bu nedenle diğer düzenleyici işlemler için de düzenleyici işlemler için vurguladığımız hususlar geçerlidir.

⁸⁰ Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanun'da açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir(m.107/14).

⁸¹ Gözler/Kaplan, s.386.

⁸² Gözler/Kaplan, s.386. Hukuki niteliği, bu nitelemenin sonuçları ve öneriler için bkz. Gözler/Kaplan, s. 385-387.

⁸³ Örneğin, Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 2), Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 3), Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 4).

⁸⁴ Gözler/Kaplan, s.411; Değerlendirmeler için bkz. Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 140 vd.

Cumhurbaşkanı'nın Bireysel İşlemleri: Cumhurbaşkanlığının icrai bir makam olmasının gereği cumhurbaşkanı bireysel işlem yapabilir. Bireysel işlemler için Anayasa ile “Cumhurbaşkanlığı kararı” tabiri kullanılmaktadır.⁸⁵ Bu çerçevede Cumhurbaşkanı'nın bireysel işlemleri de bireysel işlemler için ön görülen hukuki rejime tabidir.

Cumhurbaşkanı'nın Salt Siyasi Nitelikteki İşlemleri: 1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişiklik ile birlikte Anayasa'nın 101. maddesinin son fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir” ibaresi kaldırılmıştır. Yeni duruma göre Cumhurbaşkanı'nın varsa partisi ile ilişkisi devam edebilir. Cumhurbaşkanı bir siyasi partinin genel başkanı sıfatını da taşıyabilir. Bu sıfat çerçevesinde de bazı salt siyasi görev ve yetkilerini kullanabilir. Örneğin parti grup konuşması yapmak gibi, parti MKYK toplantılarına başkanlık etmek gibi, parti kurullarına, parti teşkilatlarına atama yapmak gibi görev ve yetkileri salt siyasi nitelikte olduğu için idari fonksiyona dâhil değildir. Bu nedenle idari işlem niteliğinde olmayan bu faaliyetleri yükümlülük kapsamında değildir.

Cumhurbaşkanı'nın İdari Nitelikte Olmayan İşlemleri (Hükûmet Tasarrufları): Cumhurbaşkanı'nın bazı işlemleri ise yürütmeyi temsilen ama idari nitelikte değildir. Bu tür işlemler yukarıda kısmen izah ettiğimiz üzere hükûmet tasarrufu kavramına dâhildir. Bu tür işlemler yargı denetimine tabi olmadığı için yükümlülük kapsamında değildir.

3. Yürütme Organının Maddi Anlamda Yasama ve Yargı Faaliyetleri

Yürütme organının maddi anlamda yasama fonksiyonuna giren işlemleri olabilir.⁸⁶ Örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri, yönetmelikler, diğer düzenleyici işlemler maddi anlamda yasama fonksiyonuna girmektedir. Ancak maddi kriterin devlet fonksiyonlarının çok genişletmesi belirsizliğe neden olmakta ve bu kriterin şekli kriter ile

⁸⁵ Karar ve kararname teriminin işlemin bireysel veya düzenleyici olması konusunda mutlak belirli olamayacağına dair bkz. Gözler/Kaplan, s.386.

⁸⁶ Maddi kriter gereğince devletin fonksiyonları kural -işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu kriter gereğince yasama işlevi genel, soyut kişisel olmayan kurallar koyar (Gözler/Kaplan, s. 16; Günday, s.10; Atay, s.24 vd.).

daraltılmasını gerektirmektedir.⁸⁷ Bu kritere göre yasama organı tarafından yapılan bütün işlemler yasama işlemi, İdare fonksiyonu tarafından yapılan bütün işlemler idari fonksiyonu ve yargı organı tarafından yapılan bütün işlemler yargı faaliyeti olarak kabul edilir.⁸⁸ Bu nedenle yürütme organının maddi anlamda yasama işlemleri yürütme işlemi olarak kabul edilecek ve yürütme işlemlerinin hukuki rejimine tabi olacaktır. Sonuçla yürütmenin düzenleyici işlemleri maddi kriterin şekli kriter ile sınırlanması çerçevesinde idari işlem olarak kabul edilmektedir. İdari mercilerin maddi anlamda yargısal faaliyette buldukları yani bir uyuşmazlığı çözdüğü durumlar söz konusu olabilir.⁸⁹ Söz konusu faaliyetlerin içeriği her ne kadar yargı- benzeri usul ve içeriğe sahip olsa da en nihayetinde şekli kriter gereği idari bir faaliyettir ve idari işlem niteliğindedir.⁹⁰

D. YARGI ORGANININ İŞLEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Yargı Organının Yargı Fonksiyonuna Giren İşlemleri

Devlet işlemleri kavramına yargı organının yargılama fonksiyonuna giren işlemleri de girmektedir. Danıştay bu hususu “*Devlet, kavramının ‘idarenin’ yanı sıra ayrı bir erk olarak ‘yargı’ organını da kapsadığı ve Anayasa hükümlerinin, idare makamlarıyla birlikte yargı yerlerini de bağlayan kurallar olduğu dikkate alındığında, Anayasanın 40. maddesinde belirtilen yükümlülüklerin yargı organları bakımından da geçerli olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır*”⁹¹ Yargılama fonksiyonu yargı organları tarafından hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddia-

⁸⁷ Gözler/Kaplan, s. 18-22

⁸⁸ Gözler/Kaplan, s. 18-22.

⁸⁹ Maddi kritere göre yargı fonksiyonu hukuki uyuşmazlıkları çözme işlevidir. Yargı işlevi iddia - tespit ve müeyyide aşamalarının sonucu oluşan bir süreçtir (Günday, s.11; Gözler/Kaplan, s. 15).

⁹⁰ Özellikle düzenleyici-denetleyici kamu kurumlarının idari yaptırım süreçlerinde yarı- yargısal veya yargı benzeri usullerin uygulandığı görülmektedir. Bu işlemler organik ölçüte göre idari işlemlerdir ve idari işlemlerin hukuki rejimine tabidirler. Bkz. Emin Koç, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S.98, s.231-277.

⁹¹ Danıştay, 10. D., E. 2009/5891, K. 2009/7313, K.T. 01.07.2009, www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd16.htm, (15.09.18).

larını çözme fonksiyonudur.⁹² Yargılama fonksiyonu da bir devlet faaliyeti olması hasebiyle bu yükümlülüğe tabidir. Yargı organları da verdikleri kararlar ilişkin öngörülen başvuru yolları, mercileri ve süreleri belirtmek zorundadır. Bu yükümlülük mahkemeye erişim hakkı bağlamında adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Özellikle konu özelinde ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı durumlar bakımından yükümlülük daha da önemli hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruya konu olmuş bir uyuşmazlıkta asliye hukuk mahkemesinin iş mahkemesi sıfatıyla yargılama yaptığını belirtmemesi, başvuru mercileri açısından ise yasal yollara başvuru şeklinde genel bir ifade ile yetinmesi “mahkemeye erişim” ve “adil yargılanma” haklarının ihlali olarak görülmüştür.⁹³

Mahkeme kararları ara kararlar – nihai kararlar olmak üzere ikiye ayrılır.⁹⁴ Ara kararlar yargılamayı nihayetlendirmeyen yargılamanın bir sonraki aşamasına geçmeyi sağlayan veya yargılamanın devamını sağlayan kararlardır. Örneğin yargılama gereği, delil ve belgelerin istenmesi, bilirkişi incelemesi, keşif yapılması kararları ara karar niteliğindedir. Kural olarak bu kararlar tek başlarına kanun yoluna götürülemezler. Ancak istisnai olarak özel itiraz yolu düzenlenmiş olabilir.⁹⁵ Nihai kararlar ise yargılamayı sonlandıran ve bu nedenle yargıcın yargılamadan el çekmesini gerektiren kararlardır.⁹⁶ Nihai kararlar ise kendi içinde ikiye ayrılır: Esas ve usule ilişkin nihai kararlar. Esas ilişkin nihai kararlar, taraflar arasında uyuşmazlığı sona erdiren ve esasa ilişkin bir çözüm getiren kararlardır. Usule ilişkin nihai karar ise usule ilişkin sorunların çözümlendiği ve yargılamanın sona erdiği kararlardır.⁹⁷ Bu çerçevede başvuru türleri başlığında da ifade ettiğimiz üzere yargısal başvuru yollarının gösterilme yükümlülüğü çerçevesinde yargı kararlarında da kanun yollarının gösterilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik ara kararlar için olduğu kadar nihai kararları için de geçerlidir.

⁹² Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa 2012, s.425 vd.

⁹³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, BN 2012/855),K.T: 26/6/2014 <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, (15.10.18).

⁹⁴ Bkz. Çağlayan Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları*, Asil Yayınevi, Ankara 2004, s. 25–26.

⁹⁵ Çağlayan, *İdari Yargı Kararları*, s.25; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usûl Hukuku*, Ankara 2011, Yetkin Yayınevi, s.537 vd.

⁹⁶ Çağlayan, *İdari Yargı Kararları*, s.26.

⁹⁷ Çağlayan, *İdari Yargı Kararları*, s.26. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.537 vd.

Kural olarak ara kararların tek başlarına kanun yoluna konu olmayacağı dikkate alınır, özel bir itiraz/başvuru mekanizması olmayan ara kararlar için böyle bir yola gerek yoktur. Özel bir itiraz mekanizması olan ara kararlar için ise bu düzenlemeler anayasa ile uyum içerisinde olacaktır. Örneğin ara karar karar karakteri baskın olan⁹⁸ yürütmeyi durdurma kararları için 2577 s. İYUK ile özel itiraz mekanizması düzenlenmiştir. Bu itiraz usulünün de mutlaka bu kararlara belirtilmesi gereklidir. Ancak ne 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre kararlarda bulunması gereken hususları hüküm altına alan 24. maddesinde ne de yürütmenin durdurulması başlığını taşıyan 24. madde başvuru yollarının gösterilme zorunluluğuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen uygulamada yürütmemenin durdurulması istemi sonucu verilen kararlarda başvuru yolları gösterilmektedir.

Kanun yollarına ilişkin pozitif düzenlemelerin yer aldığı Anayasa ile uyumlu usul kanunları da bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu "*Hükmün Kapsamı*" çerçevesinde "*...varsa kanun yolları ve süresini*" belirtme zorunluluğu getirmektedir(m.297/1-ç). Yine istinaf sonucu verilen kararların içeriğinde "*Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi*"nin belirtilmesi bir zorunluk olarak düzenlenmiştir(m.359/1-f). Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre de "*Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir*"(m.34/2). Hatta Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince yükümlülüğün yerine getirilmemesi eski hale getirme nedenidir. Eski hale getirme ceza muhakemesi hukukunda bir sürenin kaçırılması durumunda, sürenin bitmesi ile doğacak sonuçların doğmamış yani sürenin kaçırılmamış sayılmasını sağlayan bir kurumdur⁹⁹. Bunun yanında hükmün açıklanması ve hükmün açıklan-

⁹⁸ Yürütmeyi durdurma kararlarının ara karar niteliği tartışmalıdır. Ara kararlar yargılamanın bir sonraki aşamasına götüren nihai karara ortam hazırlayan kararlardır. Çünkü ara kararlar taraflara kazanılmış hak yaratır. Ancak yürütmenin durdurulması kararı davacıya bir kazanılmış hak yaratmaz. Yürütmenin durdurulması kararı verilse dahi yargılama sonunda işlemi iptal edebilir. Ara karar mahkeme kendisi de verebilir, ancak YD kararı istem üzerine verilir. Bkz. Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.451-453.

⁹⁹ Bkz. Nur Centel, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme", <http://asosindex.com/cache/articles/ceza-muhakemesi-hukukunda-eski-hale-getirme-f414628.pdf>, (20.11.18). Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre "Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir. Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz

masının geri bırakılması kararlarında “Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir” (CMK, m.231/2). Yine hüküm fıkrasının içereceği hususlardan birisi de “Hüküm fıkrasında, ... verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve mercii'nin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir” (CMK, m.232/6). 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre kararlarda bulunması gereken hususları hüküm altına alan 24. maddesinde başvuru yollarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasal hükmün bir sonucu olarak kanun ile bu yönde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

2. Yargı Organının İdari Fonksiyona Dâhil İşlemleri

Yargı organının yargılama faaliyetine girmeye idari fonksiyona dâhil birçok işlemi olabilmektedir. Bunlar özellikle yargı organlarında istihdam edilen personele ilişkin özlük işleri, disiplin işlemleri, yargı organının iç işleyişine ilişkin işlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁰ Bu işlemler idari fonksiyona dâhildir ve idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olarak anayasal yükümlülük bu işlemler için de geçerlidir. Bunun yanında bazı hallerin idari fonksiyona girip girmediği ise tartışmalı niteliktedir. Örneğin “hâkimlere verilen notlar”, “mahkeme başkanlarının seçimi”, “yargı yerlerinin”, “yüksek mahkemelere aday gösterme işlemleri”, “çekişmesiz yargı kararları”, “özgürlüklere ilişkin hâkim kararları” bu niteliktedir.¹⁰¹ Bu işlemler kanımızca idari fonksiyona girmediği için anayasal yükümlülük bu işlemler için geçerli değildir.

3. Diğer Yargısal Karar Veren Mercilerin Durumu

Yargı organı karakterleri tartışmalı olmakla birlikte yargısal nitelikli kararlar veren organlar da bulunmaktadır. Bunların en önemlileri Sayıştay ve Yüksek Seçim Kurulu'dur. Sayıştay anayasal mali bir

¹⁰⁰ sayılır” (m.40). Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.169 vd. ; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.100-103

¹⁰¹ Gözler/Kaplan, s.241-242; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.169 vd., Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.100-103.

denetim organıdır. Sayıştay denetimini TBMM adına yapmaktadır.¹⁰² Yargı yetkisi Anayasa gereği ve egemenlik yetkisinin bir uzantısı olarak Türk Milleti adına kullanılabilirken Sayıştay ise denetimini TBMM adına yapmaktadır. Sayıştay Anayasa'da yargı bölümünde düzenlenmiş olsa da yüksek mahkeme niteliğinde değildir. Hatta Sayıştay mahkeme olarak da kabul edilmezken¹⁰³ Anayasa Mahkemesi 2012 yılında verdiği bir kararı ile 'sorumlular hakkında kesin hükme karar vermesi' karakteri bağlamında "*mahkeme*" niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁴ Sayıştay Kanunu çerçevesinde Sayıştay kararlarına karşı "*temyiz*" (m.55), "*karar düzeltme*" (m.57) ve şartlar oluşursa "*yargılamanın iadesi*" (m.56) yollarına başvurulabilir. Ancak Sayıştay ilamlarında bulunması gereken hususları düzenleyen maddede (m.51/2) bu ilamlara ilişkin başvuru yolları, mercileri ve de süreleri belirtilmemiştir. Ancak Sayıştay'ın da sorumluların hukuki durumlarını etkileyen, sübjektif sonuçlar yaratan işlemleri bulunmaktadır. Özellikle sorumlular hakkında verilen tazmin kararları bu çerçevededir. Bu nedenle yükümlülük Sayıştay ilamları için de geçerlidir. Sayıştay ilamlarında da Sayıştay Kanunu bir zorunluluk getirmese de bu ilamlara karşı başvuru yolları, mercileri ve de süreleri belirtilmelidir. Tabii ki Sayıştay Kanunu'nda bu husus açıkça düzenlenmeli, düzenlenmesi dahi anayasal amir hüküm gereği Sayıştay kararlarında bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmelidir.

Bu çerçevede bir diğer organ ise Yüksek Seçim Kurulu'dur. Anayasamıza göre, "*seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır*" (m.79) ve Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları kesindir. Yüksek Seçim Kurulu, yüksek mahkeme niteliğinde değildir¹⁰⁵. Anayasanın "*yasama*" bölümünde düzenlenmiştir. Bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesin olması ve başka bir mercie başvurulamaması nedeniyle anayasal yükümlülük kurul kararları için geçerli değildir. İl ve ilçe seçim kurul-

¹⁰² Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.235 vd., Günay, s.417 vd., Gözler/Kaplan, s.164-165; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.58-60.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, E 1990/39, K 1991/21, KT 11.07.1991, Anayasa Mahkemesi, E 1996/58, K 1996/43, KT 20.11.1996, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk1990-39.htm>, (26.12.18).

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, E 2012/102, K 2012/107, KT 27.12.2012, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130402M1-4.htm>, (21.10.18).

¹⁰⁵ Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.60.

larının verdiği yazılı veya sözlü kararlarda, bu kararlara karşı başvuru mekanizmasının var olması nedeniyle mutlaka başvuru merci süresi ve yolu belirtilmelidir. Ancak 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un "Kararların bildirilmesi ve tebliği" başlığını taşıyan ilgili maddesinde bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

E. İDARİ İŞLEMLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Düzenleyici İdari İşlemler

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi kamu gücü kullanılarak idarenin soyut- genel- kişilik dışı işlem yapma yetkisidir. Yürütme yetkinin kanuna dayanma ve uygun olma gereğinin bir sonucu olarak idarenin düzenleyici işlemleri de Anayasa, kanunlara veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanmak ve uygun olmak zorundadır. İdarenin düzenleyici işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve diğer idari işlemlerden oluşur. İdare günlük hayatın gereklerine göre çok farklı adlar altında düzenleyici işlemler yapabilir.¹⁰⁶ İdarenin düzenleme ve detaylandırma gereksiniminden doğan bu işlemlere, isimleri Anayasa'da geçemediği için genelleyici ve kapsayıcı bir ifade ile idarenin diğer işlemleri veya idarenin adsız düzenleyici işlemleri denir.¹⁰⁷ İdarenin diğer düzenleyici işlemleri uygulamada yönerge, esas, talimat, genel emir, kararname, kodeks, plan, ilan, sirküler gibi farklı adlar altında çıkabilir. Bu işlemler hukuki statüyü etkilemeleri ölçüsünde icraidir ve dava konusu edilebilir. Diğer idari işlemler veya "adsız düzenleyici idari işlemler" de - farklı görüşler olsa da - esas olarak yönetmeliklerin hukuki rejimine tabidir. Bu nedenle genel olarak düzenleyici idari işlemler ve de yönetmelikler için ifade edilen hususlar adsız düzenleyici işlemler için de geçerlidir.¹⁰⁸

Düzenleyici işlemler yargısal denetime tabidir. Hatta düzenleyici işlemin uygulama işlemlerine karşı da yargısal denetime tabi olduğu dikkate alınırsa düzenleyici işlemlerde de kanunların 'yürürlük' maddesine benzer 'yargısal yol, mercileri ve süre' maddesini taşıması öneri-

¹⁰⁶ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.111 vd.

¹⁰⁷ Özay, 375; Gözler/Kaplan, s.443.

¹⁰⁸ Gözler/Kaplan, s. 411; Değerlendirmeler için bkz. Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 140 vd.

lebilir. Bu madde ile düzenleyici işlemler ile bu işlemlerin uygulama işlemlerinde başvurulabilecek yargısal yol, merci ve süreler hüküm altına alınabilir. Bu yönde bir öneri haliyle “*kural koyma tekniğine ve sanatına aykırı, garip bir uygulama*”¹⁰⁹ olarak görülebilir. Ancak anayasal amir hüküm bu yönde bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle ya ilgili anayasa maddesi değiştirilmeli ya da çok daha doğru olarak çıkarılabilecek bir idari usul yasası ile bu yükümlüğün çerçevesi düzenlenmeli ve belirgin hale getirilmelidir.¹¹⁰ Genel İdari Usul Kanun Tasarısı’nda bu yönde düzenleme yer almaktaydı: “*Düzenleyici işlemlerde, bu işleme karşı doğrudan veya uygulama işlemi üzerine, hangi yargı merciine, hangi süreler içinde başvurulabileceği ayrı bir maddede gösterilir*”. Bu hükmün ideal bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü kişilerin hukuki statüsünü doğrudan düzenleyici işlemler etkileyebileceği gibi uygulama işlemleri de etkileyebilmektedir.

2. Bireysel İdari İşlemler

Bireysel idari işlemler, idarenin kamu gücünü kullanarak kişisel veya duruma özel hukuki sonuç doğuran işlemleridir.¹¹¹ Bu çerçevede anayasal yükümlüğün mutlak olarak ve tartışmasız uygulanma alanı bulacağı işlem grubu bireysel idari işlemlerdir. Hatta çoğunlukla yükümlülüğün bireysel işlemlere has anlam taşıdığı da kabul edilmektedir. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı’nda da “*Bireysel işlem metninde idare, ilgilinin hangi idarî makam, yargısal merci veya alternatif uyuşmazlık çözüm usullerine başvurabileceğini ve sürelerini belirtmek zorundadır*” hükmü yer almaktadır.

Yükümlülük kapsamında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Kararı’nda da bireysel menfaate dokunan işlemlere işaret edildiğini vurgulamak gerekir. Bireysel idari işlemler açısından bu yükümlülüğün çerçevesine baktığımızda yargısal yol yanı sıra İYUK m.11 ile

¹⁰⁹ Gözler, İdare Hukuku, s. 838.

¹¹⁰ Genel İdari Usul Kanun Tasarı’nda da uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dava açılabilmesinin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir: “*Düzenleyici işlemin uygulanması niteliğindeki işlemlerde, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dava açılabilmesi işlem metninde ayrıca belirtilir*” (m.33/2)

¹¹¹ Günday, s.123; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 433, 442 vd.

düzenlenen başvurunun da düzenlenmesi gerekecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere kanun yolları kapsamına idari başvuruların da düzenlenmesi düşünüldüğünde yargı-dışı uyuşmazlık çözme mekanizması olarak karşımıza çıkan üst makamlara başvuru yollarının gösterilmesi de gerekecektir.

İdari işlemlerin yazılı olması esastır. Ancak istisnai olarak idari işlemler sözlü de olabilir.¹¹² Bu durumda yazılılığın bir parçası olan usul kuralının sözlü idari işlemler açısından uygulanması pratik olarak mümkün olmayacaktır.¹¹³ Aslında sözlü idari işlemlerin de yargı denetimine tabi olduğu düşünülürse yükümlülüğün bu tür işlemler açısından da gerekliliği ifade edilebilir. Ancak mahiyetleri itibariyle sözlü idari işlemler açısından yükümlülüğün uygulanma kabiliyeti yoktur. Yazılılık bağlnda son olarak işaret etmek gerekir ki yazılı idari işlemler için öngörülen bu zorunluluk yine zorunluluktan kaçmak için idareleri zımni idari işlem yapmaya teşvik edebilecektir.¹¹⁴

Yukarıda bahsedilse de bireysel idari işlemler açısından idari başvurular özel bir önem arz etmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu ile İdari başvurular “*ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idari makamlara başvurusu*” (İYUK, m.10) “*üst makamlara başvuru*” (İYUK, m.11) şeklinde **ikiye ayrılmaktadır**. “*idari makamların sükûtu*” başlığını taşıyan İYUK, m.10 gereği “*ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idari makamlara başvurusu*” mümkündür. Buradaki idari makam “*yetkili idari makam*” olmak zorundadır. Dikkat edilmesi gereken husus burada başvuru işlemi “*ilk kez*” yaptırmak için yapılmaktadır. Haliyle ilk kez işlem yaptırmak için öngörülen bu başvuru mekanizması gösterilmesi gereken idari başvuru yollarından birisi olamaz.¹¹⁵ Ancak bu yöntemin kullanılması durumunda, idarenin tesis edeceği sarıh idari işlemler açısından bu işlemlere karşı gidilebilecek kanun yolları ve mercileri ile süresinin bildirilmesi gerekir. Bu başvuru yoluna başvurulması durumunda altmış gün içinde bir cevap

¹¹² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2018, s.511.

¹¹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Kararı'nda yazılı idari işlemler vurgusu bulunduğu için sözlü idari işlemler ilgili düzenleme kapsamında değildir.

¹¹⁴ Yılmaz, s.78.

¹¹⁵ Şanlı Atay, s. 308.

verilmezse istek ret edilmiş sayılacaktır.¹¹⁶ İsteğin ret edilmesi ile oluşan zımni ret işlemlerinde ise yazılılık mümkün olmadığı için pratik olarak bu işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve mercileri ile sürelerinin bildirilmesi mümkün olmayacaktır. İYUK m. 11 gereği ise *“ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan istenebilir”*. Bu nedenle kanun yollarını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü gereğince İYUK m. 11 çerçevesinde yapılabilecek üst makamlara başvuru yolunun da gösterilmesi gerekir. Hatta ilgili düzenlemenin hukuki sonuçlarını kapsayacak şekilde detaylandırılmalı ve *“başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı”, “altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılacağı”, “isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı”* belirtilmelidir.¹¹⁷ Bazı durumlarda da ihtiyari başvuru yolu özel olarak da düzenlenmiş olabilir.¹¹⁸ Örneğin 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu gereğince personel 7 gün, öğrenciler 15 gün içinde söz konusu disiplin cezasına (öğrenci için sadece Yükseköğretim kurumundan çıkarma) itiraz edebilir. Bu durumda varsa özel idari başvuru yolları işlem metninde mutlaka bildirilmelidir. İYUK m.11 gereğince idareye yapılan başvurular sonucu idarenin yapacağı işlemler de bağımsız idari işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle başvuru sonucu idare tarafından yapılan işlemler açısından da yükümlülük gerekliliklerine uyulmalıdır.

Yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken işlem grubu haliyle yükümlendirici, kişi aleyhine sonuç doğurucu işlemler olacaktır.¹¹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Ko-

¹¹⁶ İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, kesin cevabı bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez (İYUK, m.10).

¹¹⁷ Şanlı Atay, s.309.

¹¹⁸ Yılmaz, s. 61.

¹¹⁹ Yükümlendirici idari işlemler, ise muhatapları üzerinde bir edimi yapma veya yapmama sorumluluğu yükleyen, belirli bir hareket tarzına zorlayan işlemlerdir. Örneğin; kapatma, para cezası verme, okuldan uzaklaştırma, aylıktan kesme gibi (Günday, s. 132; Gözler/Kaplan, s. 290; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, Değişim Yayınları, s.100; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.392-393).

runmasına İlişkin 77(31) sayılı kararı da ancak bireyin haklarını ihlal edici idari işlemlerin yazılı bildiriminde bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekliliğine işaret etmektedir.¹²⁰ Anayasal yükümlülük idari işlemlerin bazı özellikleri ve ayrımlarına göre özellik gösterebilir. Yararlandırıcı idari işlemler¹²¹ açısından muhatabı üzerinde olumlu bir etki doğurduğu düşüncesiyle anayasal yükümlülüğün gereksiz olduğu düşüncesi akla gelebilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Kararı ile de *"ilgilinin haklarını, özgürlüklerini, ya da yararlarını zedeler nitelikte ise"* idari işlemlerin yükümlülük kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak yararlandırıcı işlemin ölçütünü belirlemek kolay değildir. İşlemin yararlandırıcı olup olamadığı ilk başta belirlenemeyebilir. Yine idari işlem muhatabı açısından yararlandırıcı olmakla birlikte diğer başka kişiler (menfaat ihlali koşuluyla dava açma hakkı olanlar) açısından yükümlendirici olabilir. Bu nedenle yararlandırıcı işlemler için anayasal yükümlülüğün yersiz olduğunu düşünmek yanlışa sevk edebilecek bir ön kabuldür. Yine yararlandırıcı veya yükümlendirici işlem şeklinde bir ayırım yapmak bu değerlendirmenin sübjektif olabilme tehlikesinden dolayı elverişsizdir.¹²² Çünkü sadece doğası gereği sadece yükümlendirici işlemler açısından bu usul kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmek, idari makamlara işlemin niteliğini belirleme hakkını da verecektir. Bu ise idarenin, işlemin yükümlendirici bir işlem olmadığı gerekçesiyle usul kuralını ihmal etmesine neden olabilir.

İdari işlemler açık olabileceği gibi zımni de olabilir.¹²³ İdarenin dış dünyaya yansıyan irade açıklaması olmaması durumunda ise susması-

¹²⁰ Şanlı Atay, s.295.

¹²¹ Etkilerine göre idari işlemler yararlandırıcı ve yükümlendirici idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Yararlandırıcı idari işlemler, muhatabları üzerinde olumlu bir edinin sağlayan onların yararlanmasını, menfaat elde etmesini sağlayan işlemlerdir. Yararlandırıcı idari işlemlerde bireysel bir yararlanma olsa da bu kamu yararının bir gereği olarak değerlendirilir. Örneğin, okula kayıt, diploma verilmesi, memur atama, kademe ve derece ilerlemesi, emeklilik, ruhsat alma gibi(Günday, s. 132; Gözler/Kaplan, s. 290; Kalabalık, s.100; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.392-393).

¹²² Yılmaz, s.77; Berk Kahraman, İdari Yargılama Usulü ile Bütünleştirilmiş Olarak Yönetel Yöntem Yasası, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.192

¹²³ Açık (sarih) idari işlemlerde, irade açıklamasının varlığı somut ve belirlenebilir niteliktedir. Bunun yanı sıra anlam ve konu itibarıyla de idari işlem yeterince açıktır. Bu nedenle açık idari işlemler açısından genel açıklamalarımız geçerlidir(Günday, s. 129-132; Gözler/Kaplan, s.292; Çağlayan, İdare Hukuku, s.453-455; Akılmaz/Sezginer/Kaya, s.387-389).

na anlam yüklemek gerekmektedir. İdarenin susması sonucu oluşan işlemlere ise zımni idari işlemler denir.¹²⁴ Zımni idari işlemler bakımından ise zımni kabul işlemlerinde ilgilinin talebi kabul edildiği için anayasal yükümlülüğün fiilen yerine getirilmesi mümkün olmadığı gibi kişi güvencesi açısından gerekli de değildir. Zımni ret işlemlerinde ise işlem susma sonucu oluşacağı için anayasal yükümlülüğün doğrudan zımni ret işlemi ile yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu noktada Fransız “Yararlanan ve İdare Arasındaki İlişkiler Hakkındaki Kanun” un öngördüğü yol referans alınarak makul bir çözüm getirilebilir. İlgili Kanun’a göre idareye başvuran kişilere gerekirse zımni ret kararlarına karşı müracaat süreleri ve yollarının gösterilmesi gerekir.¹²⁵ Bu bağlamda idareye yapılan başvurularda başvuru ile birlikte idarenin başvuruyu alır almaz kişiye idarenin sarıh işlemine veya 60 gün içinde susması ile oluşacak ret işlemine karşı dava açabileceği bildirilmelidir.

İdari işlemler sözlü ya da yazılı olabileceği gibi mekanik, işaret ve semboller ile de olabilir. Örneğin trafik ışıkları, trafik işaretleri, yol çizgileri, gıda paketlerinde yer alan işaretler, semboller, sesli veya ışıklı uyarı işaretleri bu tür işlemlere örneklerdir. Bu tür işlemler bireysel ve düzenleyici işlemin özelliklerini kısmen barındırdıkları için “genel karar” olarak adlandırılan işlem kategorisine dâhildirler.¹²⁶ Bu tür işlemler belirli ya da belirlenebilir sayıda birden fazla kişi ya da nesneye ilişkin olabilir. Genele hitap eder, ama bu genel belirlenebilir niteliktedir ve uygulanmakla işlem tükenir.¹²⁷ Bu işlemler uygulanmak tükenme karakterinden dolayı anayasal yükümlüğe tabi değildirler.

İdari işlemlerin icrai olup olmaması yükümlüğü etkiler mi sorusu da akla gelmektedir. İcrailik¹²⁸ idari makamın kamu gücü kullanarak

¹²⁴ Susma iki şekilde anlamlandırılmakta ve iki şekilde işlem oluşmaktadır. Mevzuatımızda susmaya genel kural olarak ret anlamı verilmeyle birlikte istisnai düzenlemeler ile de kabul anlamı verilebilmektedir. Bu durumda susma ile “zımni ret” ve “zımni kabul” idari işlemleri oluşmaktadır. Bkz. Çağlayan, İdare Hukuku, 454; Gözler/Kaplan, s.293.

¹²⁵ Şanlı Atay, s.308, dn. 52

¹²⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.332-33; Gözler, İdare Hukuku, s.669. Otobüs duraklarının tespiti, otobüs seyrüsefer güzergâhını belirleyen çizelge, caddelerin kullanımına ilişkin kararlar, su koruma alanlarının tahsisine ilişkin kararlar, sesli ve ışıklı trafik işaretleri trafik polisinin işaretleri gibi işlemler de genel kararlara örnek olarak verilebilir (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.332).

¹²⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.332-33; Gözler, İdare Hukuku, s.669.

¹²⁸ Özel hukuk ilişkilerinin aksine idari işlemlerin etki doğurması işlemin muhatabı-

tek taraflı hukuksal etki doğurmasıdır. Ancak bazı idari işlemler icrai nitelikte değildir. İdari makamlar tarafından açıklansa da bazı idari işlemler tek başına hukuk bir etki yaratmazlar. Bu işlemlere icrai olmayan idari işlemler denir.¹²⁹ İdari işlemin icrailiğinin tespiti işlemin iptal davasına konu olması bakımından önemlidir.¹³⁰ Çünkü İYUK gereği sadece icrai işlemler iptal davasını konusu olabilir. Bu noktada icrai işlemler açısından yükümlüğün gerekliliği açıktır. Ancak teorik olarak yaptığımız icrai- icrai olmayan işlem ayırımının pratikte yapılması o kadar da kolay değildir. Öncelikle hangi işlemlerin icrai hangi işlemlerin icrai olmadığını tespit edilmesi gerekir. En nihayetinde bir işleme icrai olup olmama nitelmesi yapma yetkisi mahkemelere aittir. İdareler, işlemin icrai olmadığını iddia ederek başvuru yollarını gösterme yükümlülüğünden kaçınmazlar. Bu nedenle idareler, icrai olmadığı yargısal içtihatlar ve hayatın olağan akışına göre belirlenebilir işlemleri haricinde her türlü işleminde bu yükümlülüğe uygun hareket etmek zorundadır. Ancak bu şekilde bir belirlemenin de mutlak ve objektif bir ölçütünün olmadığını, yanıltıcı olabileceğini ifade etmek gerekir.

1982 Anayasası'nın yargı yolu başlığını taşıyan 125. maddesine göre "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*". Ancak yasama organını tasarrufu anayasal veya yasal hükümler ile yargı denetimi dışında kalan ve "*yasama kısıntıları*" olarak adlandırılan işlemler yer almaktadır. Kanun yolunun gösterilmesi yükümlülüğü yasama kısıntıları açısından daha da bir önem arz etmektedir. Çünkü yasama kısıntıları ile idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmakla birlikte idari başvuru yollarına başvuru açısından bir sakınca yoktur. Bireylerin dava açmalarının mümkün olmaması nedeniyle ihlal olan haklarına ilişkin idari yollara başvurması daha da önemli hale gelmektedir. Bu nedenle yasama kısıntısı niteliğinde işlemlerde, bu işlemlere karşı

nın onayına veya rızasına bağlı değildir. icrailiğin gereği kamu gücüne dayanan idari işlemler üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir işleme gerek duymadan hukuki etki doğurur. İdarenin tek taraflı dış dünyada değişiklik yaratma gücü idarenin üstünlüğün bir gereğidir. (Gözler/Kaplan, s. 279-281; Günday, s. 124; Özey, s.325-328; Atay, s.349-358).

¹²⁹ Bu işlemler kamusal faaliyetlerin yürütülmesi sürecinde çok farklı adlar altında karşımıza çıkabilir. Örneğin, hazırlık işlemleri, öneri, danışma işlemleri, bilgilendirme işlemleri, ilanlar, görevlendirmeler, temenniler, uyarılar icraii olmayan işlemler grubuna girmektedir (Bkz. Gözler/Kaplan, s. 279-281; Günday, s. 124; Özey, s.325-328; Atay, s.349-358).

¹³⁰ Çağlayan, İdare Hukuku, s.423-424.

hangi yargı-dışı mercilere hangi sürede başvurularının bildirilmesi gerektiği önemlidir. Çünkü bu işlemler özelinde yargı yolunun kapalı olması idari başvuru yollarını daha da önemli hale getirmektedir.

İdari sözleşmeler açısından da yükümlülüğün ele alınması gerekir. İdari sözleşmeler idarenin iki taraflı işlemi niteliğindedir. Bu nedenle aksi düşünceler olsa da ağırlıklı olarak idari sözleşmelerin ‘akdi’ niteliklerinden dolayı iptal davasına konu olamayacağı kabul edilir. İdari sözleşmelerden ayrılabilir tek taraflı idari işlemler ise dava konusu olabilir.¹³¹ Ancak sözleşmeden doğan zararlar tam yargı davasına konu olabilir. İdari sözleşmelerin akdi niteliği ve Anayasa’nın “Devlet, işlemlerinde” ifadesiyle tek taraflı işlem vurgusu nedeniyle idari sözleşmeler açısından bu yükümlülüğün uygulanma kabiliyeti yoktur. Diğer yandan görevli ve yetkili yargı ve de idari mercilerin belirlenmesinin kamu düzeninin bir parçası olduğu ve tek taraflı olarak kanuna dayalı olarak belirlenebileceği de unutulmamalıdır.

İdari işlemler idari makamlar tarafından yapılabilir. Ancak istisnai olarak kanuni düzenleme olmak kaydıyla özel hukuk kişilerinin de idari işlemleri olabilir. Örneğin özel hukuk kişisi kabul edilen kamu Türkiye Jokey Kulübü’nün bazı işlemleri idari işlem olarak kabul edilebilir. Yine kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi hallerinde özel kişiler kamu gücü ayrıcalıklarından faydalanabilir ve bazı işlemleri idari işlem olarak kabul edilir.¹³² Bu noktada özel hukuk kişilerinin idari işlemleri de idari işlemlerin hukuki rejimine tabidirler ve de yükümlülük bu tür işlemler için de geçerlidir.

III. YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİ

A. İHLALİN İŞLEME ETKİSİ

Söz konusu yükümlülüğün ihlalini belirleyebilmemiz için yükümlüğe verilen anlamı tespit etmeliyiz. Eğer yükümlüğü işlemin bir unsuru olarak kabul edersek bu durumda unsur sakatlığı olarak de-

¹³¹ Ancak Fransız hukukunda yargı denetimi konusunda kısıtlamalara gidildiği de görülmektedir. Bkz. Gürsel Kaplan, Fransız İdare Hukukunda İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü İle İlgili Yeni Hukuki Gelişmeler, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-sozlesme.pdf>, s. 32-33.

¹³² Tan, s. 226-227; Gözler/Kaplan, s.236-237; Çağlayan, s.53-54; Yıldırım/Yasin/Özdemir/Üstün/Okay, s.37-41.

ğerlendirmek gerekecektir. Yargısal yol ve mercileri gösterme yükümlülüğü idari işlemin içeriğinin yani şekil unsurunun bir parçasıdır. Bu nedenle işlemin içeriğinde yargısal yol ve mercilerinin gösterilmemesi işlemi şekil unsuru açısından sakatlayacaktır. Ancak bu sakatlığın niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Şekil kuralları kuralın işlemin akıbetini etkileme potansiyeline göre "asli" ve "tali" şekil kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır.¹³³ İşlemin akıbetini/sonucu/muhatabı üzerindeki etkisini değiştirebilecek nitelikteki şekil kuralları asli şekil kuralı iken bu yönde gücü olmayan şekil kuralları ise tali niteliktedir. Bu noktada yargısal yol ve mercilerin gösterilmesinin niteliğini değerlendirmek gerekir. Yargısal yol ve mercilerin gösterilme yükümlülüğü işlemin kurucu bir unsuru olup eksikliği idari işlemin akıbetini değiştirme gücüne sahip olan bir özellik değildir. Bu nedenle yargısal yol ve mercilerin belirtilme yükümlülüğünü asli bir şekil kuralı ve eksikliğini de asli bir şekil sakatlığı olarak görmemek gerekir.¹³⁴ *Günday* da Anayasa m.40/2 ile şekil kuralı ihdas edilmediği gerekçesiyle eksikliğin işlemi sakatlamayacağı, ilgilinin bu eksiklikten dolayı zarar uğraması durumunda idarenin sorumlu olacağı görüşündedir.¹³⁵ İdari işlemler için belirttiğimiz bu husus diğer devlet işlemleri için de geçerlidir. Yasama faaliyetleri kanun yolları ve sürelerini birleştirmediği gerekçesiyle hukuk aykırı hale gelmediği gibi yargı organlarının verdiği kararlarda kanun yolları ve sürelerinin belirtilmemiş olması kanun yolu nedeni olarak sayılmamıştır. Bu noktada idari işlemin oluşumu, hukuka uygunluğu ile yükümlülüğün hak arama hürriyeti bağlamında etkisini birbiri ile karıştırmamak gerekir. Bu nedenle dava açma süresi içinde açılan bir davada yükümlülüğün gösterilmemesi gerekçesiyle işlemin iptal edilmemesi gerekmektedir. Danıştay da yükümlülüğün gösterilmemesini başlı başına bir iptal nedeni olarak görmemektedir.¹³⁶ Bu durumda idari işlemin içeriğinde yükümlülüğün belirtilmemesi işle-

¹³³ Gözler/Kaplan, s. 341-343; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.478-479,494-495; Atay, s.391; Günday, s. 149-150; Çağlayan, s.485-486.

¹³⁴ Emrah Özcan, "Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin "Pozitif" ve "İdeal" Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S.1, s.278; Akbulut, s.-9-10; Aksi yönde k. Evren Çınar Can, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", *TBBĐ*, S.91, Ankara 2010, s.130.

¹³⁵ Günday, s. 144-145; Benzer yönde Can, s.360.

¹³⁶ Danıştay, 9. D, E 2008/559, K 2010/5801, KT 03.11.2010 Danıştay, 9. D, E 2008/559, K 2010/5801, K.T 03.11.2010 , <https://www.kararara.com>, (20.12.2018).

min geçerliliğini değil yürürlüğe girişini/tebliğini etkileyici niteliktedir.¹³⁷ Ancak çıkarılacak bir idari usul kanunu ile idari işlemlerde bu yükümlüğe uymamanın yaptırımı düzenlenebilir.¹³⁸ Çünkü anayasal düzenleme olsa da hâlihazırda İYUK hükümleri gereği yükümlülüğün belirtilmemesi işlemi sakatlama sonucu doğuramaz.

B. İHLALİN DAVA AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ

Yükümlülüğe ilişkin düzenlemeye uygun hareket edilmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu haliyle anayasal hüküm sanki '*iyi idare*'ye yönelik bir tavsiye niteliği görünümündedir. Yargısal yolların gösterilmemesi durumundan karşımıza çıkabilecek en önemli sorun işlem özelinde dava açma sürelerinin genel dava açma süresinden farklı olması durumudur. İYUK'a göre "*dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde almış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür*" (m.7/1). Bu hüküm gereği kanun koyucu özel dava açma süreleri belirleyebilir.¹³⁹ Bu durumda özel dava açma süresinde dava açması gereken birey gerekli bilgilendirmenin yapılmaması durumunda dava açma süresini kaçırabilir. Bu nedenle hak arama hürriyeti kapsamında dava açma süresinin işlem metninde bulunmaması durumunda özel dava açma süresi kaçırılrsa dahi genel dava açma süresi içinde açılan davaların süreaşımı nedeniyle ret edilmemesi gerekir.¹⁴⁰

Dava açma süresin kamu düzeninden olması nedeniyle hak düşürücü süre niteliğindedir.¹⁴¹ Bu nedenle süresi içinde dava açılmaması durumunda dava açma hakkının düşmesi gerekir. Yükümlülüğün iş-

¹³⁷ Aksi görüş için bkz. Hasan Dursun, "İdari İşleme Karşı Dava Açma Süresinin Gösterilmemesi", İşlemi Hukuka Aykırı Hale Getirir Mi?, www.jurix.com.tr/article/672, (15.01.19).

¹³⁸ Genel İdari Usul Kanun Tasarı'nda anayasa ile benzer düzenlemeler yer alsa da yükümlülüğe uymamanın yaptırımı düzenlenmemektedir (m.33/2)

¹³⁹ Pozitif düzenlemelerimizde de özel dava açma süreleri bulunmaktadır. Örneğin, ödeme emrine karşı vergi mahkemesinde 15 gün, Kamulaştırma Kanunu'na göre kamulaştırma işlemlerine karşı 30 gün, Danıştay yüksek disiplin kararlarına karşı 15 gün içerisinde dava açılması gerekmektedir (Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, s.290-295; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.237; Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s.926-930)

¹⁴⁰ Şanlı Atay, s.309.

¹⁴¹ Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s.921-926; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.288-290;

lem içeriğinde belirtilmemesi durumunda dava açma süresinin başlamayacağı yönündeki görüş hak sürenin hak düşürücü olma niteliği ile çelişir görünebilir. Ancak idari işlemin usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi koşuluyla dava açma süresinin başlayacağına dikkat çekmek gerekir. Ayrıca dava açma süresinin hak düşürücü karakteri, işlem içeriğinde yükümlülüğü belirtme gerekliliğini daha da önemli hala getirmeli, idareyi daha özenli davranmaya itmeli. Aksi yönde bir durum yükümlülüğün belirtilmemesi ile sürenin hak düşürücü karakterinden faydalanarak yargısal denetimden kaçınmayı teşvik edebilir.¹⁴²

Anayasanın lafzı esas alındığında yükümlülüğün mutlak bir kural olduğu bu nedenle yükümlülüğü içermeyen idari işlemlerin tebliğinin dava açma süresini işletmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak dava açma süresinin belirsiz ve sınırsız olması idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinin belirli sürelerde çürütülebilmesi, idari istikrar, idari faaliyetlerin belirliliği gibi ilkeler dikkate alınırca mümkün değildir. Bu nedenle yükümlülüğü içermeyen idari işlemler için sınırsız bir dava açma süresi mümkün değil iken anayasanın amir hükmüne somut bir anlam yükleyen düzenlemenin yapılması ise zaruridir. Bu nedenle anayasal hükme verilen teorik anlamın hukuken ve pratik uygulanabilirliğinin sağlanabilmesi mutlak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Danıştay ise genel olarak bildirim içeriğinde yükümlülüğün ortaya konmamasını dava açma süresini etkileyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu tartışma daha çok özel dava açma süresinin kaçırılması durumunda yapılmaktadır.¹⁴³ Örneğin ilgili Danıştay kararına göre ödeme emrine karşı dava açma süresinin bildirilmemesi durumunda 7 günlük dava açma süresi geçirilse bile dava açma süresinin geçirildiği iddiası ile süreaşımı nedeniyle davanın reddi mümkün değildir. Danıştay'a göre aksi yönde bir yorum hak arama hürriyetinin kısıtlanmasına neden olacak ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını

¹⁴² Benzer yönde bkz. Hanife Öztaş Bayram, İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının ve Sürelerinin Gösterilmesi Zorunluluğu, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s.96-97.

¹⁴³ Şanlı Atay, s. 311.

sağlayan Anayasa'nın 40. maddesine aykırı olacaktır.¹⁴⁴ Bu çerçevede geliştirilen içtihatlar ile de özel dava açma süresi geçse dahi genel dava açma süresinin esas olduğu ve bu süre içerisinde dava açılması gerekliliği işaret edilmektedir.¹⁴⁵ Danıştay'ın bu yorumu da genel dava açma süreleri açısından sorunu çözücü nitelikte değildir. Ancak bu çözüm şeklinin özel dava açma süresinin istisnai bir durum olması genel dava açma süresine nazaran göz ardı edilebileceği ihtimaline binaen yerinde olduğunu ifade etmek gerekir. Danıştay söz konusu kararı ile Anayasa gereği idari işlemlere karşı dava açma süresinin yazılı tebliğ ile başladığı, usulüne uygun olarak tebliğ edilen idari işlemler için öngörülmüş olan dava açma süresinin bilindiğinin kabulün gerekli olduğuna vurgu yapmaktadır.¹⁴⁶ Özel dava açma süresi bakımından gösterilen bu hassasiyetin genel dava açma süresi bakımından gösterilmesi gerekmektedir.

Danıştay'ın 17.03.2014 tarihli ilke kararında idari işleme karşı dava açma süresinin ancak anayasanın amir hükmüne uygun bir tebliğ ile başlayacağı, Anayasa m. 40'ın gerekliliklerini taşımayan bir tebliğin dava açma süresini başlatmayacağı vurgulanmaktadır: *“Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlatması düşünülemeyecektir”*.¹⁴⁷ Danıştay bu ilke kararına binaen de dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davaların süreaşımı nedeniyle ret edilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu ilke kararına dayalı daha sonra verdiği kararlarda sürenin kaçırılmasının nedeni başvuru mercilerinin yanlış gösterilmesi olsa da Danıştay uygun olmayan tebliğin dava açma süresini başlatmayacağına işaret etmektedir.¹⁴⁸ Böylece Danıştay özel dava açma süresinin ka-

¹⁴⁴ Danıştay, 4. D, E 2005/2134, K 2006/2156, KT 13.11.2006, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (20.11.18).

¹⁴⁵ Danıştay İDDK, E 2005/1558, K 2008/1803, KT 17.10.20068 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2005-1558.htm>, (20.11.18).

¹⁴⁶ Benzer yönde bir başka Danıştay kararı ile de sınavlar için öngörülmüş 10 günlük dava süresinin bildirilmesi durumundan genel dava açma süresinin geçerli olacağı yönünde karar alınmıştır. Danıştay, 10. D, E 2015/3801, K 2015/10789, KT 09.05.2007, <https://www.memurlar.net/haber/630553/idari-yazida-basvuru-yolu-gosterilmezse-genel-dava-acma-suresi-uygulanir.html>

¹⁴⁷ D 13 D, 17.03.2014 tarihli İlke Kararı (Can, s.359).

¹⁴⁸ “Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında, idari işlemlere karşı açılacak

çırılması durumunda davanın süreaşımı nedeniyle ret edilemeyeceği, genel dava açma süresinin geçerli olacağı yorumundan daha ileri bir yorumu benimsemiştir.

Bir taraftan dava açma süresinin mutlaka gösterilme gerekliliği bir taraftan dava açma süresinin hak düşürücü süre olması ortalama, makul bir çözümü zorunlu kılmaktadır. Kanımızca dava açma süresinin özel veya genel olması tali bir durumdur. Dava açma süresi tebliği izleyen günden başladığına göre hak arama hürriyeti usulüne uygun tebliğ ile başlayacaktır. Bu nedenle anayasal gerekliliği yerine getirmeyen ve başvurulacak kanun yolları, mercilerini ve süresini içermeyen bir tebliğ usulüne uygun bir tebliğ olarak kabul edilemeyeceği için dava açma süresinin başlamadığı kabul edilmelidir. Bu usuli işlemin ihlaline bu kadar ağır bir yaptırım gerekmesi kuralın anayasal öneminden kaynaklanmaktadır. Ancak bu görüşün de dava açma süresini belirsiz hale getirmesinden dolayı uygulama kabiliyeti yoktur. Belki dava açma süresi gösterilmeyen idari işlemler açısından dava açma süresi geçtikten sonra bir defaya mahsus tekrar başladığı kabul edilebilir. Böylece kişinin süresi içinde dava açmadığı hallerde ikinci bir dava

davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmiş; 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle Anayasa'nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkrada ise, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercileri başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Anayasa'da yer alan düzenlemeler, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer aldığından bu kuralların birbirine üstünlüklerinden söz etmek mümkün olmamakla birlikte, Anayasal normlar değerlendirilirken normun kabul edildiği tarihe bakılarak yorum yapılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda, her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz. Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi yanlış bildirilen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davalar süre yönünden reddedilmeyip işin esasının incelenmesi gerekmektedir. Danıştay, 13. D, E 2015/50, K 2018/357, KT 09.02.2018, <https://www.memurlar.net/haber/742422/idari-isleme-karsi-basvuru-yollari-ve-suresi-gosterilmediği-ta-kdirde-dava-acma-suresi-islemez.html>, (12.11.18); Yine aynı yönde Danıştay, 13. D, E 2014/3745, K 2014/3772, KT 26.11.2014, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13d-2014-3745.html>, (12.11.18)

açma süresi içerisinde hak kaybının engellenmesi sağlanabilir. Bu düşünce de birkaç açıdan eleştirilebilir. Bir defa özel dava açma süresi için genel/kural düzenleme olmaması nedeniyle yorumla genel dava açma süresi makul görülebilir ancak genel dava açma süresi varlığını doğrudan İYUK' tan almaktadır. Bu nedenle dava açma süresinin bir defaya mahsus tekrar başlaması gerektiğine dair herhangi bir mantiki, hukuki veya içtihadi temel bulunmamaktadır. Bu yorum ancak bir temenni niteliğinde değerlendirilebilir. Ancak uyuşmazlıklarda avukat ile temsil zorunluluğunun olmadığı bir hukuk sisteminde kişilerin özel dava açma sürelerinin yanı sıra genel dava açma sürelerini kaçırmaları mümkündür. Anayasal amir hükmün hak arama hürriyetini koruma amacı ile uyumlu bir yorum ve çözüm de zaruridir.

Yazılılık ilkesinin kapsamında idari işlemin metninde idari başvuru merci ve süresinin yanlış gösterilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda yanlış göstermenin sonuçlarına yanlışlığın konusuna göre bakmak gerekir. Eğer başvuru mercii yanlış gösterilmiş ise bu durumda zorunlu başvuru merciiine gidilmemesi nedeniyle idari merci tecavüzü kararının verilmemesi gerekir. Sürenin yanlış gösterilmesi durumunda ise eğer yanlış süre dava açma süresinden daha kısa bir süre ise genel dava açma süresi kaçırılmadığı sürece ret nedeni olmayacaktır. Genel İdari Usul Kanun Tasarı'nda da "*başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesinde idarece hata yapılması, hak kaybına neden olmaz*" (m.33/3) hükmü de bu görüşü destekler nitelikte bir hükümdür. İdari işlemin içeriğinde yükümlülüğün gösterilmemesine rağmen ilk işlemin uzantısı olan yükümlülüğün gereklerini yerine getiren yeni işlemler yapılması durumunda dava açma süresi sonraki tebliğ/ler ile başlaması gerekir.¹⁴⁹

Yükümlülüğün ihlali bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise yargısal yol merciiinin yanlış gösterilme ihtimalidir. Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa ile idari işlemler için idari yargının mahfuz bir alanı yoktur. Kanun ile idari işlemler idari yargının olduğu kadar adli yargının görev alanına dâhil edilebilir. Bu nedenle yargısal mercii yanlış yargı yolu olarak düzenlenebilir. Bu durumda görevsiz yargı yerinde dava açılması durumunda 30 günlük ek dava açma süresi nedeniyle yargısal yola başvurma konusunda pek muh-

¹⁴⁹ Danıştay, 10. D, E 2005/ , K 2007/2429, KT 09.05.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (20.11.18).

temelen hak kaybı olmayacaktır. Görevsiz yargı yerinde dava açma tarihi görevli yargı yerinde dava açma tarihi olarak kabul edilecektir. Danıştay bu durumda dahi başvuru merciin yanlış gösterilmesinin anayasaya uygun bir tebliğ olmadığı bu nedenle dava açma süresini başlamayacağı görüşündedir.¹⁵⁰

SONUÇ

Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin başvuracağı kanun yolları, mercileri ve sürelerini belirtme yükümlülüğü anayasal amir bir hüküm niteliğindedir ve kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan uygulanması esastır. Çünkü Anayasa'ya göre “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” (m.11).

Doktrinde bu ilke daha çok idari işlem (ve de özel dava açma süreleri) özelinde incelenmiştir. Ancak bu ilke genel kapsayıcı bir ilke olarak bütün devlet işlemlerinde uygulama alanı bulması gereken bir ilke niteliğindedir. Bu çerçevede hem yasama hem de yargı organlarının da uyması gereken ve bu organ işlemleri özelinde de somut düzenlemelerin yapılması gereken bir ilkedir. Uygulamada da bu ilkenin bilinirliği ve gereklerinin yerine getirilmesi hususunda kamusal makamların (özellikle idari mercilerin) gerekli özeni göstermediği gözlenmektedir. Doktrinde bu yükümlülüğün öngörülmesi, uygulanması çoğu durumda tuhaf veya gereksiz şekilde yorumlanmakla birlikte, kuralın amacı teknik hukuku bilmeyenlere yol göstermekten ziyade hak arama hürriyeti çerçevesinde ilgililerin her türlü yolu etkin bir şekilde kullanmasını sağlamaktır. Bu nedenle gerekliliği tartışmasıdır.

Anayasal yükümlülüğün en geniş uygulama alanı bulacağı bireysel idari işlemler özelinde matbu bir bilgilendirmenin yapılması uygun olacaktır. Bu bilgilendirme de İYUK m. 10 çerçevesinde şekillenebilir. Bu çerçevede bireysel idari işlemler özelinde “*bu işlem nedeniyle ilgililer idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdaki isteyebilir veya 60 gün (özel dava açma süresi var ise bu süre belirtilmeli)*

¹⁵⁰ Danıştay, 13. D, E 2015/50, K 2018/357, T 09.02.2018, <https://www.memurlar.net/haber/742422/idari-isleme-karsi-basvuru-yollari-ve-suresi-gosterilmedigi-ta-kdirde-dava-acma-suresi-islemez.html>, (20.11.18).

içinde idare mahkemesinde ('idari yargı dışında başka bir mahkeme görevli ise o mahkeme belirtilmeli')dava açabilirler" formunu esas alan bir bilgilendirme yapılması doğru olacaktır. Tabii ki bu genel çerçeveyi çizen bir bilgilendirme niteliğindedir. Her idari makam kendi işlemi özelinde gerekli bilgileri taşıyan matbu bir bilgilendirme yapacaktır.

Kaynakça

- Akbulut Emre, İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, Mart 2009, Ankara, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-81-500>, (05.11.2018)).
- Akıllıoğlu Tekin, "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *AİD*, C: 14, S: 3, Eylül 1981.
- Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
- Akıllıoğlu Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, TODAİ Yayınları, Ankara 1983, Kitap sonu ek, (http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/kitap_goster.php?kodu=184, (22.03.16) (Metin içinde "Savunma Hakları").
- Akyılmaz Bahtiyar, İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_6.pdf, (17.12.2018).
- Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, (Metin içinde "İdari Usul İlkeleri").
- AkyılmazBahtiyar /Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2018, Savaş Yayınevi, (Metin içinde "İdare Hukuku")
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, Seçkin Yayınevi.
- Aydın Mesut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, *AÜSBFD*, S.3, C. 61, Y. 2006, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/38092>, (20.11.18)).
- Berk Kahraman, İdari Yargılama Usulü ile Bütünleştirilmiş Olarak Yönetimsel Yöntem Yasası, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Can Emre, İdari İşlemin Şekil Unsuru, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme, <http://asosindex.com/cache/articles/ceza-muhakemesi-hukukunda-eski-hale-getirme-f414628.pdf>, (20.11.18).
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları, Asil Yayınevi, Ankara 2004.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, (Metin içinde "İdari Yargılama Hukuku").
- Duran Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında idarenin Sükutu Meselesi", *İÜHFİM*, Yıl:1946, C: 12, S: 1, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005763>, (28.03.16)).

- Duran Lütfi, "Anayasa, Kanun ve Hâkimler", *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, S.4, 1970.
- Dursun Hasan, İdari İşleme Karşı Dava Açma Süresinin Gösterilmemesi, İşlemi Hukuka Aykırı Hale Getirir Mi?, www.jurix.com.tr/article//672, (15.01.19).
- Evren Çınar Can, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", *TBB*, S.91, Ankara 2010.
- Gözler Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa 2012.
- Gözler Kemal, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, (20.10.17), (Metin içinde "Anayasa Değişikliği").
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, (Metin içinde "Türk Anayasa Hukuku").
- Gözler Kemal, *Türk İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2018 (Metin içinde "Türk İdare Hukuku").
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku C.2-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, (Metin içinde "İdari Yargılama Hukuku").
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, (Metin içinde "İdare Hukuku").
- Günday Metin, "İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı*, Sayı 14, Ankara, 1997.
- Kaboğlu İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Kaboğlu İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Yayınevi, Ankara 2002.
- Kalabalık Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul 2004, Değişim Yayınları.
- Kanlıgöz Cihan, *İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim*, *AÜHFD*, C.40, S:1-2, Ankara 1988.
- Kaplan Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin yayınevi, Bursa 2016, (Metin içinde "İdari Yargılama Hukuku").
- Karahanoğulları Onur, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, (**İngilizce'den** çeviri), *Danıştay Dergisi*, s.116, 2007, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, (22.03.16)
- Kaya Cemil, Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000194685>, (25.01.17)).
- Koç Emin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S.98.
- Kuntbay Ç. İhsan, İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar, *Amme İdaresi Dergisi*, S.11/4, Ankara 1978, (http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/a54bf108ca06d26_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi, (22.03.16)).
- Odyakmaz Zehra, Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, Ankara 1997.

- Odyakmaz Zehra, İdari Usulden Beklediklerimiz, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara 1998.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2010, Yetkin Yayınevi.
- Özcan Emrah, Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin “Pozitif” ve “İdeal” Bir Değerlendirme, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S.1.
- Öztaş Bayram Hanife, İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının ve Sürelerinin Gösterilmesi Zorunluluğu, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özkes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011, Yetkin Yayınevi.
- Sarıca Rağıp: “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.8, S. 3-4, (1942), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005707/1023005231>, (22.12.18).
- Sezer Yasin/Bilgin Hüseyin, Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, *AÜHFD*, Ankara 2008.
- Sezginer Murat, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu, Ankara 1988.
- Şanlı Atay Yeliz, İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.96, Ankara 1996, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-idari-islemde-basvuru-yollarinin-gosterilmesi-yukumlulugu-1143>, (22.03.18)).
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, Yapı Kredi Yayınları.
- Tülen Hikmet, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme, <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/3-10-2001-tarihli-ve-4709-sayili-kanunla-yapilan-anayasa-degisiklikleri-uzerine-genel-bir-degerlendi-yrd-doc-dr-hikmet-tulen/>,(22.01.2018).
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gereğçeli, Ankara 2011, https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, (28.03.16).
- Yıldırım Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- Yılmaz Dilşat, İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 20007.

İDARİ YARGIDA DURUŞMANIN ADİL YARGILANMA HAKKI AÇISINDAN İNCELENMESİ

EXAMINATION OF HEARING IN TERMS OF RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Memduh OCAK*

Özet: Türk idari yargı sisteminde yazılılık ilkesinin geçerli olmasının bir sonucu olarak, duruşmaya ilişkin yasal düzenlemeler, oldukça dar kapsamlı ve yoruma açıktır. Bu düzenlemelerin uygulamada katı ve taraflar açısından sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmasıyla, idari yargıda duruşma, çoğu zaman kendisinden beklenen faydayı verememektedir. Şüphesiz ki duruşma, tüm yargı sistemlerinde olduğu gibi, idari yargıda da gereksiz bir aşama değildir. Aksine, adil yargılanma hakkı kapsamında bu aşamanın varlığı, neredeyse bir zorunluk olarak görülmektedir. Bu nedenlerle yapılacak düzenlemeler ve mahkeme kararlarıyla oluşturulacak uygulama değişiklikleri ile idari yargıda duruşmanın yargılamanın aydınlanmasına ve kişilerin adil yargılanma hakkına hizmet edecek şekilde düzenlenmesi ve uygulanması yerinde olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargı, Duruşma, Adil Yargılanma Hakkı, Tanık, Sözlü Yargılama Usulü

Abstract: As a result of the validity of the writing principle in Turkish administrative jurisdiction system, the legitimate regulations for hearing are quite limited and open to interpretation. In consequence of the strict and restrictive interpretation of these regulations in practice, the hearing in the administrative judiciary does not meet, in most cases, the expected benefits. The hearing without doubt, is not an unnecessary phase in administrative jurisdiction as in all judicial systems. On the contrary, the existence of this phase in the right to a fair trial is almost considered to be a necessity. For these reasons, by regulating and implementing the amendments to be made by the court decisions, it will be appropriate to have the hearing regulated and implemented in order to clarify the proceedings and to serve to the right to a fair trial of the individuals in the administrative jurisdiction.

Keywords: Administrative Jurisdiction, Hearing, Right to a Fair Trial, Witness, Spoken Trial Procedure

* Avukat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, memduhocak@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5287-678X, Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2019, Kabul Tarihi: 19.04.2019

GİRİŞ

Yürürlükteki hukuku somut olaya uygulayacak olan hâkimin, olayı tüm yönleri ile tahlil edebilmesi, buna göre bir kanaate varması ve bu kanaat doğrultusunda yargılamayı sonuçlandırması gerekmektedir.¹ Duruşma evresi, bu kanaatin doğru şekilde oluşmasına hizmet edecek en önemli araçlardan biridir. Hâkim, duruşmada edindiği bilgiler ve izlenimler neticesinde somut olayla ilgili bir yargıya varacak ve buna göre uygulayacağı hukuku belirleyecektir. Gerçeğe ulaşmada, tarafların iddialarını ve delillerini bizzat kendi ağızlarından dinlemenin önemi yadsınamaz. Bununla ilgili olarak John Stuart Mill, hakikate ulaşmada, delilleri, o delillere inanan, onları müdafaa eden ve onlar için ellerinden gelenin azamisini yapan kimselerin ağzından dinlemenin önemini vurgulamış ve hakikati yalnızca, münakaşanın her iki tarafını tarafsızlıkla dinlemiş ve her iki tarafın sebeplerini en kuvvetli bir ışık altında görmeye gayret etmiş olanların bileceğini dile getirmiştir.²

Duruşma yargılamanın aydınlanmasına hizmet etmenin yanında, Anayasa'nın 36. maddesinde geçen tabirle, iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine aracılık eden meşru vasıta ve yollardan biridir. Bizzat uyuşmazlığı çözecek olan yargılama makamları önünde, sözlü olarak savunma yapmanın veya iddialarını dile getirmenin etkisi yadsınamaz.³ Bu etki ve güç düşünüldüğünde, sözlü aşamanın yargılamanın içinden sökülüp çıkartılması veya kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacak şekilde tırpanlanması, kimi hallerde en açık tabiriyle meşru bir yargılamayı ortadan kaldıracaktır. Bu nedenlerle özellikle kişiler üzerinde ağır yaptırım uygulanması ihtimali olan ceza yargılamasının kovuşturma evresinde sözlü yargılama uygulamasının benimsenmiş olduğunu görmekteyiz.⁴

¹ Ernst E..Hirsch, Pratik Hukukta Metod, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3.Baskı, Ankara 1978.,s.5-7.

² John Stuart Mill, Hürriyet, MEB yayınları, Ankara 1988.s.69-70.

³ Sözlü savunma o kadar etkili bir aşamadır ki, bundan neredeyse iki bin beş yüz yıl önce ünlü filozof Sokrates'in ölümüne mahkûm olmadan önce yapmış olduğu sözlü savunma, bugün hala ününden bir şey kaybetmemiş, öğrencisi Platon tarafından sonradan kaleme alınan ve kitaplaştırılan bu sözlü savunma, çağlar boyu en çok okunan metinlerden biri olmuştur.

⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 175. maddesine göre, iddianamenin kabulüne karar veren mahkeme ilk iş olarak duruşma günü verir.

Türk idari yargı sisteminde geçerli olan yazılı yargılama usulü⁵ ve evrak üzerinden inceleme uygulamasının⁶ bir sonucu olarak, duruşmaya istisnai olma özelliği atfedilmiş ve sınırlandırma noktasında, adli yargıdaki düzenlemelerin ve uygulamanın daha ilerisine gidilmiştir.⁷ Bu durum, duruşmaya ilişkin yasal düzenlemelerin yetersiz, eksik ve yoruma açık olması sonucunu doğurmuş; bu eksik düzenlemelerin mahkemelerce dar bir şekilde yorumlanmasıyla da, bu sınırlandırmalar, uygulamada kendini daha katı bir şekilde göstermiştir. Bugün için idari yargı organlarınınca duruşma bir yük, bir prosedür olarak görülmekte, bu haliyle davanın aydınlanmasına hizmet etmemektedir. Taraflar açısından ise bu safha çoğu zaman beyanlarının mahkemece önemsenmediğini hissettikleri, bu nedenle yargılamaya olan güvenlerinin azaldığı bir aşama olmaktadır. Tüm bu sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde, getirilen bu kısıtlamaların idari yargılamanın sıhhati açısından bir zorunluluk mu, yoksa bir keyfiyet mi olduğu sorusu ve bu sınırlandırmaların adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir sakınca arz edip etmediği konusu tarafımızca tartışılmaya değer bulunmuştur. Tüm idari davalar, adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS'nin 6. maddesi kapsamında kalmasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce idari yargı içerisinde görülen birçok dava bu madde içerisinde değerlendirildiğinden, idari yargıda duruşmanın bu hak açısından incelenmesi çalışmamızın konusu yapılmıştır.⁸

Çalışmamızda öncelikle duruşmanın adil yargılanma hakkı ile bağlantısından bahsedilecek; sonrasında idari yargı usulünde yer alan duruşma ile ilgili düzenlemelere ve bu düzenlemeler doğrultusunda idari yargıda duruşmanın tartışılmaya değer bulunduğu kısımlarına değinerek çalışmamıza son verilecektir.

⁵ Yasal düzenlemede yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu düzenlenmekle birlikte, duruşmanın istisnai olarak da var olması, doktrinde Türk idari yargı sisteminin karma sistem olarak değerlendirilmesine de yol açmaktadır. bkz. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1966, Cilt III, s.1936,1937,1985.

⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun m.1/2 hükmüne göre "Danıştay, bölge idare Mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır."

⁷ Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü Ve Tanık Dinlenilmesi Hakkında Kısa Değerlendirme" *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2004, S.13.1, s.33-46.

⁸ Nuala Mole, Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2005, s.12.

I. DURUŞMANIN ADİL YARGILANMA HAKKIYLA İLİŞKİSİ

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin 1.fıkrasında yer alan "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" şeklindeki düzenleme ile adil yargılanma hakkı, tüm yargı organlarında taraf olan kişiler için anayasal olarak güvence altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası "*Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*" şeklindedir. Maddede geçen "davanın açık olarak görülmesini isteme hakkı" tabirinden, kişilerin taraf oldukları davalarda, açık bir duruşma yapılmasını isteme hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır.⁹ Açık bir duruşmanın gerçekleştirilmesini isteme hakkı, yargılama usullerinde kişilerin kendilerini sözlü olarak ifade edebildikleri bir yargılama safhasının varlığını zorunlu kılmaktadır.¹⁰ Yargılamanın bu şekilde gerçekleşmesi, yargılamanın gizli yürütülmesini önlemekte ve mahkemenin, kamunun ve tarafların denetimini üzerinde hissetmesi nedeniyle keyfi karar vermesinin önüne geçmektedir.¹¹

AİHM, birçok kararında, duruşma yapılmasını gerektirmeyecek istisnai haller dışında, özellikle ilk derece mahkemesinde, kişilere söz-

⁹ A.Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 313.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 12.11.2002 tarih ve 28394/95 Başvuru nolu Döry/İsveç kararı, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 11.10.2018).

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 12.04.2006 tarih ve 58675/00 Başvuru nolu Martine/Fransa kararı, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 08.10.2018). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü) s.44, www.echr.coe.int (Erişim: 06.10.2018).

lü duruşma (oral hearing) hakkı verilmesi gerektiği yolunda hüküm kurmuştur.¹² Somut olayın özellikleri, davanın tarafı olan ülkelerin iç hukuku ve davanın niteliğini göz önünde bulundurarak farklı nitelikte kararlar verdiği de görülmektedir.¹³ Yılmaz/Türkiye kararında “Hükümet’in de altını çizdiği gibi, Türk hukukunda idari yargılamaların esas itibariyle yazılı yargılamalar olduğunu ve ayrıca başvuranın yürürlükteki iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde ihtilaflı yargılamanın her aşamasında duruşma talep etme imkânının olduğunu tespit etmektedir. Oysa ilgili şahsın böyle bir talepte bulunmadığı açıkça görülmektedir.” gerekçesiyle ilgili tarafça talep olmadığı için duruşma yapılmamasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır.¹⁴ AİHM yine bir başka kararında “Duruşma yapılmamasıyla ilgili olarak, bunun gerekli olup olmadığına karar vermek yetkisi ulusal mahkemelerde olsa da, başvurucular duruşma yapılmasını talep etme konusunda herhangi bir engelle karşılaşmamışlardır. İdari yargı organları duruşma talebini incelemiş ve ret kararlarını gerekçelendirmişlerdir. Başvurucular tezlerini yazılı olarak uzun uzadıya sunma ve karşı tarafın iddialarına cevap verme olanağını bulmuş olduklarından adil yargılanmanın gerekleri yerine getirilmiştir. Dolayısıyla duruşma yapılmamasından kaynaklanan bir 6. maddede ihlali yoktur.” denilerek, somut davada duruşma yapılmamış olmasının 6. maddenin ihlali sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir.¹⁵

Anayasa Mahkemesi de AİHM ile benzer şekilde, kararlarında genel olarak yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılmasının önemini vurgulamakta; ama bazı istisnai hallerde (usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi) duruşma yapılmadan da karar verilebileceğine hükmetmektedir.¹⁶

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 17.05.2001 tarih ve 45835/99 Başvuru nolu Hesse Anger ve Anger/Almanya kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 08.02.2005 tarih ve 55853/00 Başvuru nolu Miller/İsveç kararı <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 11.10.2018).

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 08.02.2005 tarih ve 55853/00 Başvuru nolu Miller/İsveç kararı <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 11.10.2018).

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 30.09.2008 tarih ve 37829/05 Başvuru nolu Melek Sima Yılmaz/Türkiye kararı, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 08.10.2018).

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 19.04.2007 tarih ve 63235/00 Başvuru nolu Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya kararı, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 08.10.2018).

¹⁶ “Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler ve kararlar ışığında, duruşmanın adil yargılanma hakkı açısından önemli bir evre olduğu görülmektedir.¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası gereğince, yargılamada öncelikle, kişilerin açık bir duruşmayı talep etmelerine imkân verilmelidir. Bu evrenin gerçekleşmesi halinde ise, tarafların duruşmada kendilerini tam anlamıyla ifade edebilmeleri, delilleri özgürce tartışabilmeleri ve duruşmanın açıklık ilkesine uygun bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Şüphesiz ki, yargılamada kişilerin duruşma talep etmelerinin engellenmesi veya duruşma talep etmeleri halinde, bu taleplerinin yerinde olmayan gerekçelerle reddedilmesi, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı bir durum teşkil edecektir.

II. MEVZUAT HÜKÜMLERİNDE DURUŞMA

İdari yargı mevzuatımızda, duruşma ile ilgili en temel ve neredeyse tek düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almaktadır. İYUK'un 17. maddesinde, iptal davalarında ve değeri belli bir miktarın üzerinde olan tam yargı ve vergi davalarında, taraflardan birinin istemi üzerine duruşma yapılacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddede, temyiz ve istinaf aşamalarında duruşma yapılmasının tarafların istemi ve mahkeme kararına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Bunun dışında mahkemece, yargılamanın her aşamasında, dava değerine bakılmaksızın re'sen duruşma yapılmasına karar verilebilecektir. 17. maddenin devamında duruşma talebinin dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılacağı, duruşma davetiyelerinin duruşma gününden en az 30 gün önce taraflara gönderileceği düzenlenmiştir.

saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiligi önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur. Ancak bu her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz." Anayasa Mahkemesi, 17.09.2013 tarih, 2013/664 Başvuru numaralı karar, <http://kararlar-yeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 16.10.2018).

¹⁷ Müslüm Akıncı, "İdari Yargıda Duruşma" *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara Eylül 2010, S.49, s.128-130.

Görüldüğü üzere kanun koyucu 17. maddede, duruşma öncesinde tarafların hazırlık yapabilmeleri amacıyla, duruşma davetiyelerinin duruşma gününden en az 30 gün önce taraflara gönderileceğini düzenlenmiştir. Buradaki 30 günlük sürenin başlangıç tarihi olarak, postaya verilmiş tarihinin mi, yoksa taraflara tebliğ tarihinin mi esas alınacağı noktasında doktrinde fikir ayrılıkları yaşanmaktadır. Biz burada, tebliğat tarihinin öngörülmesinin güç olması ve kanunda belirtilen sürenin “en az” olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, esas alınacak tarihin, postaya verilmiş tarihi olması gerektiğini düşünmekteyiz. Danıştay da kararlarında bu şekilde hüküm kurmaktadır.¹⁸

İYUK’un 18. maddesinde duruşma ile ilgili şu düzenlemelere yer verilmiştir: *“Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli daire veya mahkemenin kararı ile duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır. Duruşmaları başkan yönetir. Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiç biri gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinde yapılır. Danıştay’da görülen davaların duruşmalarında savcının bulunması şarttır. Taraflar dinlendikten sonra savcı yazılı düşüncesini açıklar. Bundan sonra taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir. Duruşmalı işlerde savcılar, keşif, bilirkişi incelemesi veya delil tespiti yapılmasını yahut işlem dosyasının getirtilmesini istedikleri takdirde, bu istekleri görevli daire veya kurul tarafından kabul edilmezse, işin esası hakkında ayrıca yazılı olarak düşünce bildirirler.”*

19. maddede ise, duruşma yapılan davalarda, duruşma yapıldıktan sonra en geç on beş gün içinde karar verileceği, ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, bu dosyaların öncelikle inceleneceği düzenlenmiştir. İYUK’un “Kararda Bulunacak Hususlar” başlıklı 24. maddesinin “d” bendinde *“Duruşmalı davalarda duruşma yapıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları”* kararda bulunacak kayıtlar arasında sayılmıştır. Duruşmalı davalarda bu hususlara kararda yer verilmemesinin Danıştay tarafından bozma gerekçesi yapıldığı görülmektedir.¹⁹ 55. maddenin 4. fıkrasında ise *“yargılamanın yenilenmesi”* halinde duruş-

¹⁸ Danıştay 4. Daire, 24.09.1969 tarih, E.1967/2458, K.,1969/3738, Karavelioğlu, a.g.e., s. 1194.

¹⁹ Danıştay 12. Daire, 11.09.2007 tarih, E. 2007/1570,K. 2007/3749, <https://www.corpus.com.tr>, (Erişim: 17.10.2018).

ma yapılmasının, görevli daire veya mahkemenin takdirinde olduğu düzenlenmiştir.

İdari yargıda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ve Vergi Usul Kanunu'na atıf yapılan hallerin düzenlendiği, İYUK 31. maddede, duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde HMK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Duruşmanın uygulamasına ilişkin, farklı bir kanunun hükümlerinin uygulanacağını düzenlediği başka bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun dışında, Anayasa'nın 141. maddesinde "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli olduğu hallerde karar verilebilir*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, idari yargıda duruşmaya ilişkin düzenlemeler, yetersiz ve yoruma açıktır. İdari yargıda istisnai bir safha olarak düzenlenmiş olsa bile, duruşmaya ilişkin bu düzenlemelerin, yoruma açık olmayacak şekilde, daha ayrıntılı olması gerektiği ortadadır.

III. İDARİ YARGIDAKİ DURUŞMAYA İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLERİN ADİL YARGILANMA HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Duruşmanın İstisnai Oluşu

İdari yargılamamızda yazılılık usulünün bir sonucu olarak, duruşmanın zorunlu olduğu bir dava türü ve buna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.²⁰ İdari yargıda duruşma yapılabilmesi için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir.²¹ Bu nedenle idari yargıda duruşma istisna niteliğinde bir uygulamadır. İdari yargıda görülen bir davada duruşma mekanizmasına iki şekilde başvurulabilmektedir. Birincisi, taraflardan birinin talebi ve mahkemenin bu talebi kabul etmesi hali, diğeri de mahkemenin re'sen duruşma yapılmasına karar vermesi halidir. İYUK'un 17. maddesi gereğince, kanunda gösterilen

²⁰ Turgut Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009,s. 576.

²¹ A.Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan kitabevi, 36. Baskı, Ankara 2017, s.351.

parasal sınırın altında kalan tam yargı ve vergi davalarında ve tüm davaların temyiz ve istinaf aşamasında, taraflar duruşma istese bile takdir mahkemede olduğundan, mahkemece bu talep karşılanmaya-bilecektir.²² Uygulamada parasal sınırın altında kalan davalarda çoğu zaman tarafların duruşma talepleri reddedilmekte, ayrıca verilen bu ret kararı gerekçelendirilmemektedir.²³ Danıştay, talep halinde duruşma yapılması zorunlu olan hallerde, duruşma yapılmamış olmasını bozma nedeni olarak görse de, parasal sınırın altında kalan davalarda talebin karşılanmamış olmasını bozma konusu yapmamaktadır.²⁴

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İYUK'un 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, temyiz ve istinaf aşamalarında da tarafların talebi duruşma yapılması için yetmemekte, aynı zamanda mahkemenin aynı yönde kararı da aranmaktadır. Yani duruşma bu aşamada nihai olarak mahkemenin takdirine bırakılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istinaf ve temyiz aşamasında 6. maddedeki açık yargılanma hakkını esnek yorumlamakta ve özellikle ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmışsa, bu aşamalarda açık duruşma yapılmamasının kimi hallerde hakkın ihlali anlamına gelmeyebileceğini değerlendirmektedir.²⁵ Anayasa Mahkemesi ise AİHM'nin değerlendirmesinin daha ötesine giderek, ilk derece mahkemesindeki yargılamada duruşma yapıldıktan sonra, temyiz ve istinaf aşamalarında yapılan duruşma taleplerinin reddinin hiçbir şekilde adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmayacağı yönünde hüküm kurmaktadır.²⁶

²² Danıştay 3. Daire, 09.12.1999 tarih, E.1999/1443, K.1999/4364., Danıştay 3. Daire, 31.05.2011 tarih, E.2010/2830, K. 2011/2621, <https://www.corpus.com.tr>, (Erişim: 15.10.2018).

²³ Selçuk Hondu, "İdari Yargılama Usulünde "Duruşma" Yapılması ve Uygulamadaki Durum" *Danıştay Dergisi*, Ankara 1995, S. 89,s.5-6.

²⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 09.05.1996 tarih, E.1996/222, K.1996/261, <https://www.corpus.com.tr>, (Erişim: 15.10.2018).; Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 6. Baskı, 2006, s 1191-1192.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19.04.2007 tarih ve 63235/00 Başvuru nolu Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya kararı, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 08.10.2018).

²⁶ "Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin dosya üzerinden yapılması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez." Anayasa Mahkemesi, 09.09.2015 tarih, 2013/1943 Başvuru numaralı karar, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 16.10.2018).

Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2014 tarih ve 2013/2370 başvuru numaralı kararında “Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle, hukuk devletini gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biridir. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur.” denilmiştir; ancak bazı istisnai hallerde adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla duruşma yapılmamasının anayasal hakların ihlali anlamına gelmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kanımızca, adil yargılanma açısından kararda belirtildiği üzere asıl kural, yargılamanın duruşmalı bir şekilde yapılması olmalıdır. Duruşmasız yargılama, istisnai hallerde söz konusu olmalıdır. Türk idari yargı sisteminde, bahsettiğimiz durumun tam tersi şekilde duruşmalı yargılamanın istisnai nitelikte oluşunu adil yargılanma hakkı açısından yerinde bulmamaktayız. Avrupa'da mevcut idari yargı uygulamalarına bakıldığında, Hollanda gibi idari yargıda duruşmanın asıl olduğu ülkeler olduğu gibi, İspanya gibi bazı ülkelerde, ülkemizde olduğu gibi idari yargıda duruşmanın istisnai hallerde başvuru olan bir evre olduğu görülmektedir.²⁷

B) Kararın Aleni Verilmemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Adil Yargılanma Hakkı” kenar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında “Karar aleni olarak verilir” şeklinde düzenlemeye yer verilmesine rağmen, Türk idari yargısında kararların açık olarak verileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada bu durumdan kaynaklı, kararlar, duruşma yapılan hallerde dahi tarafların yokluğunda verilmekte, kişilere sonradan gerekçeli karar tebliğ edilmektedir. İYUK'un 19. maddesinde yer alan, duruşma yapılan davalarda, duruşma yapıldıktan sonra en geç on beş gün içinde karar verileceği, ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, bu dosyaların öncelikle incele-

²⁷ Akıncı, a.g.m., s.131-132.

neceği şeklindeki düzenlemeden, böyle bir kısıtlamaya ve zorunluluğa gidilmediği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenleme ve uygulamadaki mevcut durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki "Karar aleni olarak verilir" ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kanımızca, davanın devamını gerektirecek haklı bir neden olmadığı sürece, en azından duruşmalı yapılan davalarda, kararın duruşma sonunda verilmesi yerinde olacaktır. Duruşmalarda tutanak tutulmadığından, yani tarafların beyanları zapta geçmediğinden, mahkemenin tarafların haklılığına ilişkin edindikleri izlenim, karar aşamasının uzun sürmesi durumunda -mevcut iş yoğunluğu da düşünüldüğünde- unutulup gidecektir. Bu nedenle duruşmalı davalarda duruşma sonunda karar verilmesinin ve verilen kararın açıklanmasının duruşmayı daha işlevsel hale getireceğini düşünmekteyiz. Nitekim İtalya, İspanya ve Almanya gibi birçok Avrupa ülkesinde bu şekilde, yani duruşma yapılan hallerde, duruşmanın yargılamanın sonunda yapıldığını ve mahkemece duruşma sonunda karar verildiğini görmekteyiz.²⁸ Bu açıdan mahkemelerin, dilekçe safhası tamamlandıktan, davaya ilişkin gerekli tüm bilgi ve belgeleri temin ettikten, yani dosya tekâmül ettikten sonra duruşma safhasına geçmeleri²⁹ ve duruşma sonunda verdikleri kararı açıklamaları adil yargılanma hakkı açısından yerinde olacaktır.

C) Duruşmanın İstenebileceği Safhaların Sınırlı Oluşu

Mevcut idari yargı sistemimizde taraflar yargılamanın her aşamasında duruşma talebinde bulunamamakta, yalnızca kanunda gösterilen safhalarda duruşma talebinde bulunulabilmektedirler. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrasında duruşma talebinin dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabileceği düzenlenmiştir.³⁰ Yani davacı, dava dilekçesi ile cevaba cevap dilekçelerinde, davalı ise cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde duruşma talep edebileceklerdir.³¹ Bu safhalar sonrası yapılan duruşma talepleri bu hüküm uyarınca reddedilmektedir.³² Duruşma talebine ilişkin olarak

²⁸ Akıncı, a.g.m., s.130-134.

²⁹ Turan Yıldırım, İdari Yargı, Beta Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul 2010, s. 497.

³⁰ İYUK 17/3.md. "Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir"

³¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan kitabevi, 4.Baskı, Ankara 2010, C 2, s 1110.

³² Danıştay 3. Daire, 26.02.2010 tarih, E.2008/892, K.2010/563 . <https://www.cor->

getirilen bu sınırlama, doktrinde tartışılmaktadır. Kanunla getirilen bu sınırlamanın yerinde olmadığını, yargılamanın her safhasında duruşma istenebilmesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi,³³ böyle bir sınırlamanın, yargılamanın çabuk bir şekilde neticelenmesi ve hakkın kötüye kullanmasının engellenmesi açısından gerekli olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.³⁴ Biz burada kişinin talep ve dilekçe verme hakkının belirli sürelerle mutlak şekilde kısıtlanamayacağı ve buradaki sürenin düzenleyici nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle 17. maddenin 3. fıkrasındaki bu hükmü kesin bir kural olarak görmekte, kişilerin bu aşamalardan sonra da makul gerekçelerle duruşma talebinde bulunabileceğini; fakat bu durumda talebin kabulünün ve duruşma yapılmasının mutlaka mahkemenin takdirinde olacağını düşünmekteyiz.

D) Duruşmanın Sayı Sınırlaması Var Mı?

Türk idari yargısında istisnai bir uygulama olarak düzenlenen duruşmanın, sayısının sınırlandırıldığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁵ İYUK'un 19. maddesinde yer alan "duruşma yapıldıktan sonra 15 gün içinde karar verilir" ibaresinden sonra gelen "Ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, dosyalar öncelikle incelenir" ibaresi, uygulamada, duruşma sonrasında hâkimin 15 gün içinde yargılamayı bitirme zorunluluğunun olmadığı, bu süre içerisinde ara karar vererek yargılamaya devam edebileceği şeklinde yorumlanmakta ve bu şekilde uygulanmaktadır.³⁶ Bu düzenlemelerden idari yargıda duruşma sayısına ilişkin açık bir sayı sınırlanması olmadığı, İYUK'ta belirtilen şartlar varsa talep üzerine veya gerek görülürse re'sen yeni bir duruşma yapılmasına karar verilebileceği sonucu çıkmaktadır.³⁷ Örneğin, taraflardan birinin, kendisinin veya vekilinin mazeretleri dolayısıyla duruşmaya katılamayacağını

pus.com.tr, (Erişim: 16.10.2018).

³³ Kazım Yenice, Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık,1. Baskı, Ankara 1983,s 531.

³⁴ Celal Işıklar, "İdari Yargıda Duruşma" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2,S.4,s 59.

³⁵ Akıncı, a.g.m., s.140.

³⁶ Gözübüyük, a.g.e., s.497.

³⁷ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara2008, s. 240.

beyan ederek yeni bir duruşma günü verilmesini talep etmeleri halinde, mahkemece mazeret geçerli görülüyorsa, bu talebin karşılanması ve yeniden duruşma günü verilmesi yerinde olacaktır.³⁸ Duruşmada tartışılmamış ve yargılamanın sonucuna etki edecek bir delilin duruşmadan sonra dosyaya girmesi durumunda, şartları varsa bir kez daha duruşma yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi bir durum duruşmayı idari yargıda bir prosedürün icrasından öteye götürmeyecektir. Yine, duruşmanın yetkili ve görevli olmayan mahkemede yapılması halinde, dosya yetkili ve görevli mahkemeye geldiğinde yeniden duruşma yapılması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Danıştay 8. Daire'nin 29.4.1991 tarih ve E.1990/1045 K.1991/781 sayılı kararında *"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun değişik 17. maddesi uyarınca, İdare Mahkemelerinde açılan iptal davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı kuralı yer almıştır. Taraflarca son sözlerin söyleneceği ve kanıtların sunulacağı duruşmanın yetkili ve görevli mahkemede yapılması zorunlu olduğu halde, yetkisiz mahkemede yapılan duruşmanın geçerli sayılarak, yeniden duruşma yapılmadan verilen idare mahkemesi kararında usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır."* denilmek suretiyle, yetkili mahkemede yeniden duruşma yapılmamasını bozma nedeni olarak değerlendirilmiştir.³⁹

E) Duruşmada Zabıt Kâtibinin ve Tutanak Tutma Zorunluluğunun Olmaması

İdari yargıda, yargılama esnasında duruşma yapılması halinde zabıt tutulması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle duruşmalarda tutanak tutulmamakta ve zabıt kâtibi bulunmamaktadır. Bununla birlikte "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler İle Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin" 69. maddesinde *"Tutanaklar, her dava dosyası için görüşmelere katılan başkan ve üyeler ile tarafların ad ve soyadları, incelenen dosyanın numarası, dava konusu, verilen kararların sonucu ile çoğunlukta ve azınlıkta bulunanları gösterir şekilde düzenlenir. Bu tutanaklar görüşmelere katılanlar tarafından aynı toplantıda imzalanır ve dosyasında saklanır. Duruşmalara ait tutanaklarda,*

³⁸ Hondu, a.g.m., s.13

³⁹ Karavelioğlu, a.g.e., s. 1192.

ayrıca, taraf ve vekillerinin iddia ve savunmaları ile duruşma safahatına ait kısa bir özet yazılır. Tutanaklar kâğıdın bir tarafına yazılır ve her sayfa başına sıra numarası konulur.” denilmek suretiyle, duruşmada tutulan tutanaklardan bahsedilmiştir; fakat bu düzenlemeden duruşma esnasında tutanak tutulma mecburiyetinin olduğu sonucu çıkmamaktadır.

Oysaki kayda geçmeyen bir duruşma, adil yargılanma hakkı içerisinde yer alan “açık duruşma” olarak nitelendirilemez. Tutanak tutulmayan duruşmada taraflar, duruşmadaki beyanlarını, taleplerini ispat edecek hiçbir somut veriye sahip olmayacaklardır. Ayrıca kişiler bu durumda, duruşma aşamasının nafileliğine kanaat getirecek ve beyanlarının mahkemece önemli görülmediği hissiyatını duyacaklardır.⁴⁰ Bunun sonucunda duruşmaya katılan taraflar, manevi olarak yargılamaya duydukları güvenlerini yitireceklerdir. Ayrıca duruşma esnasında tarafların davanın akıbetini etkileyecek beyanda bulunmaları mümkündür (feragat, kabul vb.). Bu hususların mutlaka tutanak altına alınması ve gerekiyorsa ilgili tarafların imzalarının alınması gerekmektedir.⁴¹

Bu nedenlerle duruşmada tutanak tutup tutmama keyfiyeti mahkemenin takdirine bırakılmamalı, duruşma yapılması halinde mutlaka tutanak tutulmalıdır. Bunun sonucu olarak zabıt kâtibi bulundurulması da zorunlu hale getirilmeli ve tutulacak tutanaklar kanunda gösterilecek usul ve şekle göre tutulmalıdır. Ayrıca duruşma zaptının bir örneğinin duruşma sonunda taraflara verilmesi de yerinde olacaktır.

F) Duruşmada Tanık Dinleme Usulünün Olmıyışı

İdari yargı mevzuatımızda tanık deliline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kimi özel kanunlarda⁴² idari yargıda bazı

⁴⁰ Akıncı, İdari Yargıda Duruşma, s.141.

⁴¹ Hondu, a.g.m., s. 11.

⁴² 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 378. maddesinde “Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulunduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Yine 659 sayılı “Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinin 4. fıkrasında “İdari davalarda; gerekli görülmesi halinde, idarede görevli bir personel, uzmanlığından faydalanılmak üzere idare

kişilerin dinlenebileceği öngörülmüşse de, öğretide bu kişilerin tanık olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴³ Yargılama makamları idari yargı mevzuatında bu şekilde tanığa ilişkin düzenleme olmamasını ve özellikle İYUK'un hangi hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını gösterildiği 31. maddesinde tanık delilinin sayılmamış olmasını, nedense bu delile idari yargıda dayanılamayacağı şeklinde yorumlamaktadırlar.⁴⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187. vd maddelerinde delillere ilişkin geniş bir düzenlemeye yer verilmişken,⁴⁵ İYUK'ta delillere ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁶ İdari yargı mevzuatında böyle bir düzenleme olmamasını re'sen araştırma ilkesi gereğince geniş yorumlayarak, yargı yerlerine tanınan bir serbestlik olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.⁴⁷ İYUK'ta da HMK'daki gibi başvurulacak deliller tek tek sayılmış olsaydı, sayılan deliller dışında kalan delillere başvurulamayacağı şeklinde bir yorum anlaşılabilirdi; fakat böyle bir tasnif yapılmamasına rağmen, davayı aydınlatmada önemli rol oynayacağını düşündüğümüz tanık deliline başvurulmamasını, adil yargılanma hakkı açısından yerinde görmemekteyiz. Bu nedenlerle mevzuatta hüküm bulunmadığı gerekçesiyle tanık deliline idari yargıda yer verilmesi gerektiği yönündeki uygulamadan yargı kararları ile dönülmesi yerinde olacaktır.⁴⁸ Aksi bir durum, yargılamanın taraflarının, yargı-

vekilli veya temsilcisi ile birlikte duruşmalara iştirak ettirebilir." şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

⁴³ Gürsel, a.g.m., s. 7.; Gamze Gümüşkaya "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma" *İÜHFİM*, Aralık 2011, C. 66, S. 2, s. 39.

⁴⁴ "...Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'na atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir..." Danıştay 8.Daire, 25.02.2004 tarih, E.2003/3369, K. 2004/917, (<https://www.corpus.com.tr>) Erişim: 17.10.2018.

⁴⁵ Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, 24. Baskı, Ankara 2013 s.351 vd.

⁴⁶ Ramazan Çağlayan, "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2003, 11.3-4 (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı)

⁴⁷ Kaplan, a.g.m. s.7.; Gözübüyük, a.g.e, s.468; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayinevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Bursa Ağustos 2017, s. 447-448.

⁴⁸ Çağlayan, a.g.m., s. 206.; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 448.; Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, XII Levha yayınları, İstanbul Ağustos 2015, s. 42.

lamayı aydınlatacak önemli bir delilden mahrum kalması sonucunu doğurur ki, bu durum adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır.⁴⁹

SONUÇ

Çoğu zaman idare tarafından menfaatleri veya hakları ihlal edilen kişilerin haklarını aradığı mercii olan idari yargı mahkemelerinde, duruşma yapılmayan hallerde, idare tarafından mağdur edilen bu kişilerin kendilerini ifade etmelerine, hâkimlerin de bu kişilerin beyanıyla karşılaşmalarına fırsat veren tek imkân, dava dilekçesi ile cevaba cevap dilekçeleridir. Davanın eksiksiz biçimde aydınlatılabilmesi için, davacı taraf bu dilekçelerde, dava konusu olayı eksiksiz özetlemek ve hukuki zeminini de oluşturmak suretiyle, hâkimin kafasında soru işareti bırakmayacak şekilde haklılığını anlatmak zorundadır. Şüphesiz ki vekil ile temsil edilmeyen ve hukuk eğitimi görmemiş bir kişinin yargılamanın etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlayacak bir dilekçe yazması zor olacaktır. Hâkim tarafından dilekçeler yeterli görülmediği takdirde, re'sen duruşma verilmesi imkânı elbette ki vardır; fakat mevcut iş yoğunluğu ve bu durumun yasal bir zorunluluk olmadığı düşünüldüğünde, bu hususun gözden kaçması ve eksik veya hatalı kanaatle hüküm kurulması ihtimali yüksektir. Bu nedenlerle, sadece idari yargılama sisteminde değil, herhangi bir yargılama sisteminde duruşma evresinin istisnai olmaması gerektiğini, tam tersi duruşmasız yargılamanın istisnai olması gerektiğini düşünmekteyiz. Hondu'nun da belirttiği gibi *"İdari davalarda duruşma yapılması gerçeğe yaklaşma, mahkeme ile taraflar arasında diyalog, tarafların davanın çözümüne katkıları, mahkemede vicdani kanaat oluşması bakımından son derece faydalıdır. Bu nedenle idari davalarda duruşma yapılması davanın çözümünü geciktiren faydasız bir faaliyet değildir"*.⁵⁰ Her dava için duruşmanın zorunlu olmasının beklenemeyeceğini düşünmekle birlikte, adil yargılanma hakkı göz önünde bulundurulduğunda, tarafların duruşma isteme hakkının engellenmemesi ve tarafların duruşma talep etmeleri halinde haklı bir gerekçe olmadığı sürece bu talebin karşılanması yerinde olacaktır.

⁴⁹ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s 448.; Artuk Ardıçoğlu, "İdari Yargıda Tanık", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara Kasım 2010, Y:18, S:215, s. 301.

⁵⁰ Hondu, a.g.m., s. 16.

Genel kanaatimiz, çalışmamızda bahsettiğimiz eksiklerin yeni bir yasal düzenlemeyle çözülmesi gerektiği yönünde olmakla beraber, bazı eksikliklerin mevzuat değişikliğinden önce aşağıda belirttiğimiz şekilde, mahkemelerin takdiri, duruşmaya ilişkin usul kurallarının daha yumuşak yorumlanması ve uygulama birliği ile kısa vadede çözülebileceğini düşünmekteyiz.

- * Türk idari yargısında yazılılık ilkesinin geçerli olmasının bir sonucu olarak, duruşma yargılamanın doğal bir parçası olmadığından, bu duruma vakıf olması beklenemeyen taraflara, yargılamanın başında bu hakka sahip oldukları ve bu hakkı ne şekilde kullanabileceklerinin kendilerine yazılı olarak bildirilmesi yerinde olacaktır.
- * Bugün için duruşmada tutanak tutulması önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Bu nedenlerle her dosyada tutanak tutulması, bu tutanak tutulurken de Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler İle Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin” 69. maddesinde belirtilen usule uygun şekilde hareket edilmesi ve tutanağın bir örneğinin de taraflara verilmesi şeklindeki sistemli bir uygulamaya geçilmesi sağlanmalıdır.
- * Duruşmalarda tutanak tutulmadığından ve bunun sonucunda tarafların beyanları kayıt altına alınmadığından, mahkemenin tarafların haklılığına ilişkin edindikleri izlenim karar aşamasının uzun sürmesi durumunda –mevcut iş yoğunluğu da düşünüldüğünde– unutulup gidecektir. Bu nedenle duruşmalı yargılama yapılan davalarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Adil Yargılanma Hakkı” kenar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Karar aleni olarak verilir” hükmüne uygun olarak duruşma sonunda, verilen kararın açıklanması şeklindeki uygulamanın yerleşmesi yerinde olacaktır.
- * Yukarıda izah ettiğimiz üzere, idari yargılamamızda tanık deliline ilişkin özel bir düzenleme olmamakla birlikte, bu delile başvurulamayacağı şeklinde yorumlanabilecek bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle özellikle idari yargı mercilerince bu delile başvurulabileceğinin kabul edilmesi ve böylece yargılamanın aydınlanmasına büyük fayda sağlayacağını düşündüğümüz bu delilin idari yargıda kullanılmaya başlanması gerekmektedir.

Şüphesiz ki yukarıda yerinde olacağını söylediğimiz uygulamalar, gereğinden fazla iş yükü altında ezilen yargı makamlarınca, işlerinin daha da artması ve zaman kaybı olarak değerlendirilecek ve bu nedenle eleştirilecektir. Yargılamanın uzamadan bir an önce bitmesi tabii ki ideal olanıdır; ama yargı makamlarının tek amacı bu olmamalıdır. Kaldı ki bugüne kadar yargılamanın uzamasına çözüm olması amacıyla tarafların hak arama hürriyetine ilişkin getirilen kısıtlamalar, sorunun asıl sebebi olmadıklarından yargılamanın hızlanmasına bir katkı sağlamamıştır. Ayrıca tarafların kendilerini tam anlamıyla ifade edemediklerini düşündükleri veya beyanlarına itibar edilmediği hissiyatını duydukları yargılama, hızlı neticelense bile adil bir yargılanma olarak değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle özellikle yargı yerleri mevzuat hükümlerini yorumlarken, sadece yargılamanın daha hızlı ve daha az usul işlemiyle bitirilmesi amacıyla hareket etmemeli, ayrıca kişilerin adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüklerini de göz önünde bulundurmalarıdır.

Kaynakça

- Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Akıncı Müslüm, "İdari Yargıda Duruşma" *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara Eylül 2010,S.49, s. 127-143.
- Ardıçoğlu Artuk, "İdari Yargıda Tanık", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara Kasım 2010, Y.18, S.215. s.297-303.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı(Medeni Hukuk Yönü), www.echr.coe.int
- Candan Turgut, "İdari Yargılama Usulü Kanunu", Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2003,11.3-4 (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı), s. 195-206.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan kitabevi, 36. Baskı, Ankara 2017.
- Gözübüyük A. Şeref; Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Gözübüyük A. Şeref; Tan Turgut, İdare Hukuku Turhan Yayınevi, 4.Baskı, Ankara 2010.
- Gümüşkaya Gamze "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma" *İÜHFİM*, İstanbul Aralık 2011, C. 66, S. 2, ,s. 15-47.
- Hirsch Ernst E., Pratik Hukukta Metod, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3.Baskı, Ankara 1978.

- Hondu Selçuk, "İdari Yargılama Usulünde "Duruşma" Yapılması ve Uygulamadaki Durum" *Danıştay Dergisi*, Ankara 1995,S 89, s 2-16.
- Işıklar Celal "İdari Yargıda Duruşma" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2,S.4,s45-100.
- Kaplan Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme" *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2014, S.13.1, s 33-46.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Bursa Ağustos 2017.
- Karavelioğlu Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 6. Baskı,2006.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan; Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Mill John Stuart, Hürriyet, MEB yayınları, Ankara 1988.
- Mole Nuala; Harby Catharina, "Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz" Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, 3.Baskı, İstanbul 1966.
- Yasin Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha yayınları, İstanbul Ağustos 2015.
- Yenice Kazım, Esin Yüksel, İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık,1. Baskı, Ankara 1983.
- Yıldırım Turan, İdari Yargı, Beta Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul 2010.
- <https://www.corpus.com.tr>
- <https://hudoc.echr.coe.int>
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

AKADEMİK ÇALIŞMA ALANI OLARAK KAMU İHALE HUKUKU: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme

PUBLIC PROCUREMENT LAW AS AN ACADEMIC FIELD: An Analysis on the Concept and the Scope

Eren TOPRAK*

Özet: Bu çalışmada kamu ihale hukukunun bir akademik çalışma alanı olması savından hareketle bu alanın kavramsal tanımlaması ve kapsamı değerlendirilmiştir. Öncelikli olarak Türk hukukunda ihale işlemlerinin ne anlama geldiği değerlendirilmiş; ardından kamu ihale hukukunun kamu kaynağı kullanılan harcama işlemlerine ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Bu durumun kamu hizmeti algısındaki değişimle koşut olduğu; dolayısıyla alanın yeni dönem idare hukukunun bir alt başlığı olduğu tespit edilmiştir. İdare hukukunun iktisadi ve yönetsel kavramlarla yakın ilişkisi nedeniyle de kamu ihale hukukunun başta borçlar hukuku olmak üzere anayasa, ceza, ticaret, iş hukuku gibi alanlarla ilişkisi de ortaya konulmuştur. Son olarak mevcut çalışmalar içinde içerik analizi yapılmış ve alanın ağırlıklı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki alanına sıkıştığı gözlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhale, Kamu İhale Hukuku, Yeni İdare Hukuku, Kamu İhale Sözleşmeleri

Abstract: In this study, the conceptual definition and the scope of public procurement law are evaluated by considering the fact that this is an academic field of study. Firstly, the definition of procurement procedures in Turkish law is evaluated; then its relation with the public expenditure transactions is mentioned. This term is parallel to the change in public service perception; therefore, it was determined that the field is a sub-title of the new administrative law. Due to the close relationship between administrative law and with economic and administrative sciences, the relationship between public procurement law and the law of obligations, constitution, criminal, trade and labour law has been put forward. Finally, content analysis was conducted within the existing studies and it has been observed that the area was became narrowed to the legal area of the Public Procurement Law No: 4734.

Keywords: Tender, Public Procurement Law, the New Administrative Law, Public Procurement Contracts

* Dr., Kamu İhale Kurumu Kamu İhale Uzmanı, erentoprak@kik.gov.tr, ORCID: 0000-0002-6024-1506, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.4.2019, Kabul Tarihi: 30.04.2019

Giriş

Sosyal bilimlerde uzmanlaşma daha çok son iki yüzyılın ürünü olarak değerlendirilebilir. Özellikle 19. yüzyılın ilk yarısındaki bilimsel etkinliklerle karşılaştırıldığında günümüzde çok çeşitli akademik çalışma alanları gözlemlenmektedir. Bu durumun hukuk çalışmaları özelinde de ortaya çıktığını savlamak da mümkündür. Gerçekten de Hukuk Fakültelerinde okutulan seçmeli derslerde son 30 yıllık süreçte ortaya çıkan değişiklikler bile büyük anlatisi olan borçlar hukuku, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi alanların alt başlıklar altında şekillendiğini ortaya koymaktadır.

Sıklıkla ve isabetle tekrarlandığı üzere hukuki ilişkileri sosyal ilişkilerden bağımsız düşünmek mümkün değildir. M.Ö. 753 yılına tarihlenen Roma kentinin kurulmasından itibaren mülkiyet ve mübadele ilişkilerinin ortaya çıkması, bunun bir siyasal yapı doğurması Romanist nitelik taşıyan hukuk yapısını ortaya çıkarmıştır.¹ Bunun sonucunda da en temelde kamu hukuku ve özel hukuka dayanan ayırımın ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Batı toplumlarında özel hukukun tarihi modern kamu hukukuna göre daha eskidir. Doğu toplumlarında ise -modern anlamda olmasa bile- siyasal erki kullanan yöneticinin oluşturduğu ve yönettiği hukuk kurallarından söz edilebilir.² Ancak gerek kamu hukukunda gerekse özel hukukta alt başlıkların oluşması bu alana ilişkin kural koyma ve düzenleme ihtiyacının oluşmasına koşuttur. Örneğin günümüzde kullanıldığı anlamda nesnel-modern ticaret hukuku algısı 19. yüzyıldan sonra ortaya çıkmıştır.³

Kamu hukuku alanındaki alt çalışma başlıklarının oluşması ise modern devletin ortaya çıkmasıyla koşuttur. Her ne kadar ceza hukukunun tarihi daha eski olsa da Anayasacılık hareketlerinin başlaması, hukuk devleti algısı ve kanuni idare ilkeleri bugün kullanılan anlamıyla anayasa ve idare hukuku disiplinlerine yön vermiştir. Kanun sayılarındaki artış ve bu metinlerin anayasaya uygunluğu anayasa yargısı gibi alt başlıklara yön vermiştir.

¹ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, 17. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 36

² Coşkun Üçok - Ahmet Mumcu - Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 8. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 1996, s. 12.

³ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 24. Basım, BTHAE Yayınları, 2018, s. 2

20. yüzyıl tarihi, bir modern olgu olarak devlet kavramının anlamının derinleşmesi ve yüzyıl boyunca farklılaşması süreçlerini gösterir. Özellikle kapitalist yığın üretimin yaygınlaşması, klasik liberalizmin bir iktisadi ve siyasal kavram olarak yaygınlaşması ancak 1929 krizi ve toplam talep eksikliğinin sorun olmasının anlaşılması yüzyıl başındaki önemli gelişmelerdendir. Bu süreç Keynesyen refah devleti kavramını ortaya çıkarmış, kamu harcamalarının eksik olan makro iktisadi toplam talebi kapatması beklenmiştir. Bu kamu politikası belirli düzeyde başarılı olsa da 1980'lere gelinirken ortaya çıkan arz şokları, klasik liberalizm ve onun üretim biçimlerinin yeni liberalizm adı altında tekrar ortaya çıkmıştır. 21. yüzyıla girilirken de yeni liberalizm belirli ölçüde devlet müdahalesiyle sağlıklı piyasa işleyişini amaçlar hale gelmiştir.

Yukarıdaki paragrafta kısaca özetlenen gelişmeler de devletin bir aktör olarak etkilediği hukuki alanlarda sonuçlar doğurmuştur. Bu sonuçlar özellikle idare hukuku alanında kendisini göstermiş, devletin piyasadaki etkin aktör rolünden düzenleyici ve denetleyici role geçiş yapması idarenin hukuki yapısında da değişiklikler ortaya çıkarmıştır. Değişikliklerin konuyla ilgili önemli olan tarafı kamu hizmeti sunumu ve kolluk yapılanmasında kendisini göstermiştir.⁴ Kamu hizmetinin kural olarak doğrudan kamu yönetimi eliyle yürütülmesi uygulamaları değişmiş; ayrıca iktisadi kolluk faaliyetleri idare hukukunun ilgi alanına girmiştir. Bu durum da hukuka ilişkin akademik çalışma alanlarında başkaca alt başlıkları oluşturmuştur. Örneğin iktisadi kolluk faaliyetlerinin para ve sermaye piyasalarının düzenlenmesi, yabancı sermaye hareketlerinin incelenmesi, piyasa gözetimi, destekleme işlemleri gibi unsurları içermesi; bankacılık hukuku, sermaye piyasası hukuku, rekabet hukuku gibi başlıkları ortaya çıkarmıştır.⁵

İdare hukukunun çalışma alanlarındaki değişikliklerden bir tanesi de kamu hizmetiyle ilgilidir. Yukarıda da değinildiği üzere kamu hizmeti yürütüm yöntemleri emanet usulünden sözleşme usulüne doğru bir değişim göstermiştir. Böyle olunca da idarenin taraf olduğu sözleşmelerin incelenmesi idare hukuku açısından daha önemli bir başlık

⁴ Müslüm Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", *Rekabet Dergisi*, Sayı:5, Ankara, 2001, s.4

⁵ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 1. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 258 vd.

olarak belirmiştir. Bu sözleşmelerin kendisi ve akdedilme usulü de ihale olarak adlandırıldığı için kamu yönetiminin bir idari işlem olarak tesis ettiği ihale işlemleri ve bunun hukuki sonuçlarını araştırmak üzere kamu ihale hukuku bir akademik çalışma alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda kısaca betimlenen genel çerçeve içinde bu çalışmada kamu ihale hukukunun kavramsal analizi ve bir akademik çalışma alanı olarak kapsamına ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Bu amaçla öncelikli olarak Türk hukukunda uluslararası alanda ihale işlemleri tespit edilecek; ardından kamu ihale hukukuna yönelik konumlandırma yapılacaktır; son olarak da bu alana yönelik yapılan çalışmalar özet olarak değerlendirilecektir.

Türk Hukukunda ve Uluslararası Yazında İhale İşlemleri

İhale sözcüğü, Büyük Türkçe Sözlük'te "*İş, mal ve bu gibileri birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma*" olarak tanımlanmıştır.⁶ Dikkat edileceği üzere bu tanımda iki farklı öznen söz edilmektedir. Birincisi herhangi bir edim konusunda yükümlü olanıdır. İkincisi ise ilk öznenin bu işi yaptırmayı tasarladığı isteklidir. Bu nedenle bir edimin asıl sorumlusu yerine ikinci bir kişi tarafından yapılmasına veya sorumluluğun havalesine *ihale* işlemi denebilir. Bir hukuk işlemi olarak *ihale*'nin hangi alanlarda kullanıldığını tespit etmek üzere asli düzenleme yetkisine sahip olan kanun koyucunun terimi nasıl kullandığı incelenebilir. Bunun için de Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Mevzuat Bilgi Sisteminde arama yapılabilir

Mevzuat Bilgi Sistemi, arama ölçütü olarak seçilen herhangi bir sözcüğü gerek başlık gerekse metin olarak içeren bütün kanunları taramaktadır. Bu yöntem kullanılarak "*ihale*" sözcüğüne ilişkin tarama yapıldığında 6 kanunun bulunduğu görülmektedir. Öte yandan sadece başlık değil de kanun metninde de arama yapıldığında 250'den fazla sonuca ulaşılmaktadır.

İhale işlemini düzenleyen 250'den fazla kanunun düzenleme başlıkları incelendiğinde kavramın dört farklı kamusal veya özel hukuk

⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707 (Erişim Tarihi: 31.1.2019)

işlem başlığını adlandırmak için kullanıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bunlar kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri, gelir getirici ihale işlemleri, devlet borçlanmasına ilişkin ihale işlemleri ve özel hukuk kişilerinin ihale işlemleri olarak adlandırılabilir. Aşağıda bu alanları düzenleyen kanunlara ilişkin kısa açıklamalar yapılmıştır.

Kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri, ihale sözcüğünün ilk ve en yaygın kullanım alanı devletin kendisine ait kamu kaynağını kullanarak yine kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetini sözleşme kullanarak çeşitli yüklenicilere yaptırmasını ifade etmektedir. Devlet örgütü hizmetin yürütümü konusunda kendi öz kaynaklarını kullanmak yerine sözleşme ilişkisindeki karşı tarafın hizmeti yürütmesini satın almaktadır. Açıklanan bu ölçüt çerçevesinde yürürlükte bulunan kanunlara bakıldığında aşağıdaki düzenlemelerin bu alanın yasal dayanağını oluşturduğu söylenebilir.

- 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun
- 16.8.1961 tarih ve 351 sayılı Yükseköğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Kanunu
- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun
- 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 22.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

Yukarıdaki kanunların birçoğu ihale işlemlerini düzenlemekle birlikte 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanun metinlerinde açıkça ihale işleminden söz edilmemektedir. Ancak düzenlemenin içeriği ve bu maddelere dayanılarak çıkarılan uygulama yönetmelikleri açıkça ihale işlemlerini düzenlemektedirler.

Gelir getirici ihale işlemleri ise nakdi kamu kaynaklarında bir artışı ifade etmektedir. Esasında bu türden işlemlerde de bir kamu kaynağı harcaması söz konusu olabilir. Örneğin bir devlet birimi elinde atıl durumda bulunan bir taşıtı satmaya karar verdiğinde bütçesine nakit girişi olmakla birlikte taşınır varlıklardan eksilme olmaktadır. Dolayısıyla elindeki bir kaynağı harcamaktadır. Ancak burada amaç satış işleminden gelir elde etmek olduğu için sınıflandırmanın başlığı bu şekilde belirlenebilir.

Aşağıda gelir getirici ihale işlemlerini düzenleyen kanunla bulunmaktadır.

- 26.6.1939 tarih ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun
- 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
- 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun
- 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu (Md. 178 vd.)
- 27.4.2005 tarih ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Md. 33)
- 27.2.2008 tarih ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilere Yaptırılması Hakkında Kanun

Devlet borçlanmasına ilişkin ihale işlemleri, 28.3.2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve devamında Hazine'nin iç borçlanma yöntemi olarak senet ve tahvil ihaleleri düzenlenmektedir. Esas olarak burada doğrudan bir kamu hizmeti sunma sorumluluğu veya düzenlenmesi söz konusu olmamakla birlikte kamu yönetimi ve yatırımların finansmanı için yapılan bir idari işlem düzenlenmektedir.

Özel hukuk kişilerinin ihale işlemleri, ilk üç başlıkta taraflarından birisinin organik anlamda idare olduğu ihale işlemleri sınıflandırılmıştır. Ancak bazı kanunlarda özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptığı veya devletin cebri icra gücüyle özel hukuk kişileri lehine yaptığı ihale işlemleri düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden ilki Türk Borçlar Kanunu'nun 274. maddesi ve devamında açık arttırma başlıklı özel bir satış türü olarak düzenlenmiştir. İkincisi ise İcra ve İflas Kanunu'nun 114. maddesi ve devamında düzenlenen ihale işlemleridir.

Yukarıda yapılan dörtlü ayırım çerçevesinde kamu ihalesi tamlamasının ilk üç başlıkta idarelerin birer idari işlem olarak tesis ettiği ihale işlemlerine ilişkin tanımlama yaptığı tespit edilebilir. Dolayısıyla bu durum sözlük tanımında olduğu gibi bir kamu idaresinin birden fazla istekliyle hukuki ilişkiye girmesini ifade etmektedir.

Kamu ihale hukuku üzerine uluslararası yazındaki durum ise daha tektip bir görüntüdedir. Özellikle Avrupa'da konuya ilişkin çalışmalar incelendiğinde İngilizcede "*public procurement law*" kullanımı dikkat çekmektedir. Ancak içerik olarak bakıldığında Türkçedeki kamu ihale işlemlerinden farklı olarak sadece kamunun harcama işlemleri çerçevesinde mal, hizmet veya yapım işlerini satın alması öne çıkmaktadır.⁷ Ayrıca yine aynı çalışmalarda kamu hukukuna tabi kuruluşların piyasadan satın alma işlemi yapabilmesinin kamu ihale hukukunun inceleme alanını oluşturduğu da belirtilmektedir.⁸

Kamu ihale işlemlerinin küresel anlamda gelişimi 20. yüzyılın ortalarına karşılık gelmektedir. Özellikle 1960'lı yıllardan itibaren gelişen piyasa mekanizması ve ortak pazar düşüncesi Avrupa Birliği hukukunda kamu ihalelerinin önemli birer başlık olarak belirmesi sonucunu doğurmuştur.⁹ Bu amaçla da Avrupa Birliği hukukunda kamu ihalelerinin konumu uluslararası düzeyde kamu ihale hukukunun çalışma alanının tespiti açısından önemlidir.

Avrupa Birliği'nin kamu alımları konusunda düzenleme yapma çabaları 1970'li yıllara kadar uzanmaktadır. Ana amaç Avrupa Birliği tek

⁷ Christopher Bovis, *Public Procurement in European Union*, Palgrave Mc Millan, New York, 2005, s. 17

⁸ Bovis, 2005, s. 82

⁹ Sue Arrowsmith, "Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standart", *International and Comperative Law Quarterly*, 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, s. 17-18.

pazarını oluştururken kamu harcamaları konusunda bütün üye ülkelerin bilgisine açık, rekabetçi, şeffaf ve ayrımcı olmayan bir ihale sistemini hayata geçirmektedir. Dolayısıyla bu durumun direktifler yardımıyla düzenlenmesi o yıllarda ortaya çıkmıştır. Bu anlamda kamu ihalelerini düzenleyen ilk direktif 1971 yılında çıkan 71/305 sayılı Yapım İşleri Konsey Direktifidir. Ardından 1976 yılında 77/62 sayılı Mal Alımları Konsey Direktifi yürürlüğe girmiştir. Bu iki direktif günümüzdeki düzenlemelere nispeten daha az kapsamlı olsa da 1980 yıllara girerken daha nitelikli kamu alımları mevzuatı oluşturulması amacını içermektedir. Bu direktifler topluluğun GATT Kamu Alımları anlaşmasına taraf olması sürecine kadar yürürlükte kalmıştır. Daha sonraki süreçte GATT etkisi ve Avrupa'da yaygınlaşmaya başlayan yeni liberal politikalar kamu alımları konusunda değişiklikler yapılmasını da zorunlu kılmıştır. Bu anlamda 1985 yılında hazırlanan Beyaz Kitap'da 1990'lı yıllara kadar kamu alımları konusunda ortak kavramlar geliştirilmesi ve buna ilişkin çalışmalar yapılması gereği belirtilmektedir. Buna göre 1987 mal alımları 1988 yılında yapım işleri direktifleri değiştirilmiştir.

Bütün bu çalışmaların sonucunda 1992 ve 1993 yıllarında o güne kadar yapılmış direktifler bir araya getirilip konsolide edilerek ortak kamu alımları mevzuatı oluşturulmuş ve 92/50/EEC sayılı hizmet alımları, 93/37/EEC sayılı mal alımları ve 93/38/EEC sayılı yapım işleri direktifleri yürürlüğe girmiştir.

92/50/EEC sayılı hizmet alımları, 93/37/EEC sayılı mal alımları ve 93/38/EEC sayılı yapım işleri direktifleri uzun süre yürürlükte kalmıştır. Ancak 2000'li yıllarla birlikte değişen konjonktür ve direktiflerin bazı konularda yetersiz kalmasıyla yeni çalışmalar yapılmıştır. Bu amaçla 2004 yılında iki yeni direktif yayımlanmıştır. Bunlardan ilki 2004/17/EC sayılı sektörler direktifi ve ikincisi de 2004/18/EC sayılı klasik direktiftir. Bu direktiflerde kamu alımlarına ilişkin çok çeşitli öneriler getirilmiştir. Bunların genel çizgisi, şeffaf, rekabetçi, hızlı ve istekliler arasında ayırım gözetmeyen bir kamu alımları sisteminin kurulmasını amaçlamaktadır. Anılan amaç çerçevesinde, elektronik ihalenin hayata geçirilmesi, belli istekliler arasında ihale ileri teknoloji gerektiren alımların yapılması, hızlı alım yapmak amacıyla çerçeve sözleşmelerin uygulanması, ortak kamu alımları terimlerinin yaygınlaştırılması, eşik değerlerin rekabete imkân verecek biçimde düzenlenmesi direktiflerde yer alan ana konulardır.¹⁰

¹⁰ Avrupa Birliği'nde kamu ihalelerinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için

Kamu ihale işlemlerindeki niceliksel artış ve kamu hizmetinin yürütümündeki değişimler bu alanda yeni düzenlemeleri ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla 2014 yılında klasik direktif ve sektörler direktifi tamamen değişikliğe uğramıştır. Özellikle idare tanımındaki genişleme, yeni ihale usulleri, eşik değerler, istisnalar ve güncel satın alma teknikleri gibi konular 2014/24/EC ce 2014/25 EC direktiflerinde düzenlenmiştir.¹¹ Bu değişiklikler uluslararası alanda UNCITRAL Model Kanunu ve Dünya Ticaret Örgütü gibi düzenleyici örgütlerin çalışmalarını da etkilemiştir.

Uluslararası alandaki çalışmaların kapsamı ayrı bir tartışma konusu olsa da bu metnin araştırma alanı açısından ihale işlemlerinin sadece harcama boyutunu ilgilendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bir idari işlem olarak ihale sözcüğü özellikle batı yazınında Türkçe yazına kıyasla daha dar bir anlama karşılık gelmektedir.

Konumlandırma: Hukukta Akademik Çalışma Alanları İçinde Kamu İhale Hukuku

Bir hukuki işlem olarak ihalenin dört farklı anlamda kullanıldığı; ancak taraflarından bir tanesinin idare olduğu durumlarda kamu ihalesi kavramının öne çıktığı daha önce de ifade edilmiştir. Anılan tespitin ardından kamu ihale hukuku tamlamasının hangi hukuki alanda çalıştığı değerlendirilebilir. Öncelikli olarak harcama işlemi, gelir getirici işlemler veya devlet borçlanmasına ilişkin işlemlerinin tamamı bu başlığı içine alınarak bir açıklama yapılabilir. Ancak devlet borçlanmasının daha çok iktisadi ve mali karakteri olan bir işlem olması (ve bu nedenle çok fazla hukuki tartışmaya neden olmaması); gelir getirici işlemlerin de niceliksel olarak çok büyük boyutta olmaması gerek akademik gerekse gündelik yazında ihale işlemlerinden kamu harcamalarına dayanak olan işlemlerin anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kamu ihale hukukunun bir harcama işlemi olarak ihaleleri incelediği söylenebilir. Nitekim bu tespit uluslararası yazınla da uyumludur.

Konuya yukarıdaki açıdan bakıldığında iki tespitin daha yapılması gerekmektedir. Birincisi ihalenin özü itibarıyla idari işlem olmasıdır.

bkz. Servet Alyanak, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 25-37.

¹¹ Alyanak, 2015, s. 139.

Gerçekten de gerek tek yanlılığı gerekse icrai niteliği düşünüldüğünde bu durum daha açıktır. İkincisi de ihalenin çok önemli bir idare hukuku terimi olan kamu hizmetiyle yakından ilgili olmasıdır.

İhalenin özünde bir idari işlem olması yeni ortaya çıkan bir sonuç değildir. Ancak kamu hizmeti algısında özellikle son 30 yıllık süreçte meydana gelen değişim ihale kavramını (ve doğal olarak ihale sözleşmelerini) çok daha önemli ve ilgiye değer bir hale getirmiştir. Bu nedenle de anılan değişimin bir idari işlem olarak ihale ve idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmeleriyle ilişkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İdare hukuku yazınında kamu hizmetinin ne anlama geldiği üzerine az çok birbirine benzeyen çeşitli hukuki açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamaların birçoğu -diğer benzerlerinde de olduğu üzere- Fransız idare hukuku kaynaklı olmakla birlikte kavrama yönelik tartışma ve açıklamaların çoğunluğu Türkçe yazına da taşınmıştır. Fransız hukukunda kavrama yönelik önemli değerlendirmeler Gaston Jeze ve Leon Duguit tarafından yapılmıştır. Jeze, idare hukuku alanındaki çalışmalarında kamu hizmeti, yöneticilerin sunmayı tasarladıkları ve yurttaşlara ulaştırdıkları hizmetler olarak tanımlamıştır.¹² Aslında kısa gibi görünen bu tanım hukuksal durum ile siyasal tercihlerin birlikteliğini ifade etmesi bakımından önemlidir. Çünkü kamu hizmetini, *kamusal-siyasal* niteliğiyle ve devlet faaliyetleri çerçevesinde tanımlamaktadır. Öte yandan Duguit ise kamu hizmetini devletten doğru değil devlete doğru yapmaktadır. Yani kamu hizmetini ortaya çıkaran devlet değil; devleti ortaya çıkaran kamu hizmetidir. Buradan hareketle de, kamu hizmeti yönetenlerin yönetilenlere karşı uyguladıkları hizmetlerdir.¹³ Dolayısıyla kamu hizmeti iktidarın kullanılmasıyla yakından ilgilidir ve bir anlamda devletin varlık nedenini ortaya çıkarmaktadır. İfade edilen bu yorumlar kamu hizmetinin idare hukukunun temeli olarak gören düşünceye de kaynaklık etmektedir.

¹² Bu tanım yazarın İdare Hukukun Genel Kuralları başlıklı çalışmasında geçmekte olup Onur Karahanoğulları'nın çalışmasında aktarılmıştır. Bkz. Gaston Jeze, *Les Principes Generaux de Droit Administratif*, Paris, 1930 ve Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Yayınevi Ankara, 2002, s. 39 vd.

¹³ Süheyl Derbil, "Kamu Hizmeti Nedir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 29

Yukarıda aktarılan tanımlamalar uzun yıllar boyunca kabul görmüş ve Türk hukuk öğretisinde kullanılmıştır. Örneğin Cumhuriyet döneminin ilk idare hukukçularından Mustafa Şeref Özkan'ın dönemin devlet yapılanmasının korporatist-müdahaleci yapısıyla uyum içinde bir kamu hizmeti tanımı yaptığı görülmektedir.¹⁴ Daha sonraki dönemde Sıddık Sami Onar ise kavram üzerine daha objektivist biçimde eğilmekte ve kamu hizmetini içinde dört farklı unsuru taşıyan bir kavram olarak tanımlamaktadır.¹⁵ Bunlardan ilki hizmetin devlet tarafından ya da devletin denetimi altında yapılmasıdır. Burada bireylerin yapamayacağı işlerin kastedilmesi asıl olsa da iktisadi kamu hizmetleri adı verilen kategorinin önemli olduğu belirtilmektedir. Ancak vurgulanan kamusal yürütüm esaslarının uygulanmasıdır (*gestion publique*). İkinci olarak kamu hizmetinin genel ve ortak amaçlar için kamu yararını sağlamak üzere kurulmasıdır. Bu unsur hizmetin ilk ve asli özelliğidir. Üçüncü olarak, kamu hizmetinin bütün topluma yayılması ve kamusal çıkarın hedeflenmesinden söz edilmektedir. Burada özel hukuk kişilerinin hizmetin muhatabını seçerken öznel olma şansları varken devletin kamu hizmetini sunarken böyle bir takdir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Son olarak da kamu hizmetinin sürekli ve düzenli faaliyetleri içerdiği belirtilmektedir.

Kamu hizmetine yönelik aktarılan geleneksel tanımlamalar son 30 yıllık süreçte farklılaşmaya başlamıştır. Özellikle konunun sadece hukuki boyutunun değil iktisadi boyutunun da çalışılmaya başlanması bu gelişimin önemli ayaklarından biridir.¹⁶ Gerçekten de 1980'li yıllarda kamu politikalarında ortaya çıkan değişim kamu hizmeti alanını da yakından etkilemiş ve bu kavramın algılanmasındaki değişiklik ihale ve ihale sözleşmelerini önemli birer gündem konusu yapmıştır.

Kamu hizmetindeki değişim esas olarak iktisatçıların Keynesyen refah devleti olarak tanımladıkları anlayıştan kopuşla başlamıştır. Çünkü kamu hizmetinin geleneksel tanımında yer alan, devlet tarafın-

¹⁴ Mustafa Şeref Özkan, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, 1935, s. 11 ve 17-189.

¹⁵ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Cilt: 1, 1966, s. 12-27.

¹⁶ Kamu hizmeti tartışmalarında hukuki ve iktisadi boyut farklılaşmasıyla ilgili bkz. Cüneyt Ozansoy, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 85, 86.

dan görülmesi, faydasının toplumun tamamına (ya da büyük kısmına) yayılması, eşitlikçi, sürekli ve düzenli faaliyetler olması refah devletinin kullandığı sosyal ve siyasal kavramlara koşuttur. Bu yüzden kamu hizmeti kavramının 1980'li yıllardan itibaren bir değişime girdiğini ifade etmek ve bunu değerlendirmek, ilk elde Keynesyen refah devletinden kopuşu açıklamayı zorunlu kılmaktadır.

Keynesyen devlet, esas olarak 1929 krizi sonrası ortaya çıkmıştır. Bu krizde piyasanın kendi kendine işleyebileceğine yönelik inanç sarsılmış, özel sermaye birikimi yerine kamusal sermaye birikiminin gerekli olduğu ifade edilmiş, bunun için de devletin ekonomiye etkin biçimde müdahale etmesi gerektiği savunulmuştur. Tarihsel süreç bir yana, Bob Jessop tarafından bu devlet yapılanmasının dört önemli ayırt edici özelliği olduğu değerlendirilmiştir.¹⁷ Buna göre Keynesyen devlette, iktisat politikaları, tam istihdam, talep yönetimi ve yığın üretim ve tüketime yönelik alt yapı oluşturulması; sosyal politikalar, toplu pazarlık, toplu tüketimin yaygınlaşması için devlet yardımları ve sosyal refah harcamalarının artması gibi kavramları içermektedir. Bu anlamda sistemin birincil ölçüğü, üretimin ulusal temelde ve merkezden planlanarak yapılmasıdır. Karma iktisadi sistemde, piyasa başarısızlıklarını devletin aşması beklenmektedir. Jessop'un özellikle bu son tespitinden hareketle Keynesyen devlette, kamu hizmetinin piyasa risklerini taşımayan bir üretim alanı olduğu yorumu yapılabilir. Bu da kavramı devlet toplum ilişkilerinde önemli bir konuma getirmektedir.

1929 krizi ile ortaya çıkan bu yapılanma, 1971 petrol krizi ile birlikte değişim eğilimine geçmiştir. Devletin talep yönlü politikaları enflasyon sorununu ortaya çıkarmış, bu durum arz şoklarından kaynaklanan durgunlukla birleşince refah devleti uygulamaları sorgulanmaya başlanmıştır. Anılan sorgulama yeni sağ politikalar aracılığıyla yapılmış ve 1980'den sonra hız kazanmıştır. Bu dönemde etkin bir devletten, savunma gibi birkaç özgül alana sıkışmış iktisadi ve sosyal herhangi nitelikli eyleme girmeyen bunun sonucu olarak da özelleştirmeler, yetki ve görev devirleri, devletten ziyade hükümetin güçlenmesi gibi kavramlar öne çıkmıştır. Sonuçta, Keynesyen refah devleti uygulamaları terk edilmeye başlanmış ve devlet örgütlenmesi yüzyıl

¹⁷ Bob Jessop, *The Future of The Capitalist State*, Polity Press, Cambridge, 2002, s. 58-71

başındaki klasik ödevlerine dönme yolunda değişimlere uğramıştır.¹⁸ Bu dönemin asıl getirmek istediği, kaybolduğu düşünülen serbest rekabeti yeniden inşa etmek ve ekonomik-sosyal bir yeniden üretim öngörmektedir. Bunun için arz yönlü bir ekonomik sisteme adapte olmak için talep dalgalanmalarını kontrol etmekten ziyade iktisadi büyümeyi gerçekleştirmek hedef olmakta ve bunun için de üretimi arttırmak, pazarları serbestleştirmek, ulusal ekonomilerin ulus ötesi rekabetçiliğe adapte olmasını sağlamak hedefleri öne çıkmaktadır.

Kamu hizmeti ise bu dönemde yukarıda belirtilen değişime koşut değişimler göstermektedir. Öncelikli olarak devletin etkin bir piyasa aktörü olması artık gerekmediği için iktisadi kamu hizmetleri büyük ölçüde özelleştirilmiştir. İkinci olarak piyasa risklerinin olmadığı ve ikincil olarak nitelenebilen kimi kamu hizmetleri, imtiyaz, yap işlet devret, kamu özel işbirliği gibi ihale sözleşmeleri yoluyla özel sektöre açılmıştır. Kolluk hizmeti büyük ölçüde devlet tekelinde kalmış ancak idari kamu hizmetlerinin bazı bölümleri özel hukuk sözleşmeleri yoluyla özel sektöre ihale edilmiştir. Bu durum kamu hizmetini kamu personeli sıfatıyla gören kişi sayısının da önemli ölçüde azaltmıştır.¹⁹

Bu noktada vurgulanması gereken en önemli durum, önceki dönemde kamu hizmeti olarak görülen alanların hiçbirisinin yok olmasıdır. Değişim, kamu hizmetini gören özne çerçevesinde olmuş ve bunun da bazı sonuçları ortaya çıkmıştır. Bu öznenin artık devlet olmadığı, kamu hizmetinin tamamen özelleştiği, devletin edilginleştiği abartılı bir yorumdur. Her ne kadar elde önemli niceliksel veriler bulunmasa da kamu hizmetlerinin özel sektöre tarafından görülmesi, hizmetin süresiz olarak özel kişilere bırakılması anlamına gelen özelleştirme yoluyla değil devletin asıl yürütücü olmadığı ancak denetleyici konumunda bulunduğu imtiyaz, ihale gibi yollarla yapılmaktadır. Bu da aslında, devletin tamamen küçülüp klasik liberalizm dönemindeki halini almadığına işaret eder.

¹⁸ Söz konusu değişimlerin önemli görülen bir çözümlemesi için bkz. Jessop, 2002, s. 95-140

¹⁹ Aslında burada ifade edilen kamu istihdamının toplam istihdama göre büyüklük oranıdır. Devletin birçok alandan çekilmesi asli ve sürekli görevi kamu hizmeti görmek olan kişilerin sayısında azalma doğurmuştur. Bu durumun sistemli ve amaçlanan bir kamu politikası çıktısı olduğu vurgulanmalıdır. Ayrıntı için bkz. Paul C. Light, *The New Public Service*, Brookings Institution Press, Washington, 1999, s. 1-19

Yapılan açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde kamu hizmetinin değişimi için bazı önemli sonuçları saptamak mümkündür. İlk olarak, birincil kamu hizmetleri olarak nitelendirilen savunma ve adalet gibi alanlar bir yana bırakılırsa kamu hizmetinin yürütüm esası kural olarak imtiyaz-ihale yöntemi haline gelmiştir. Bunun temel amacı devletin aynı hizmetleri daha ucuza sunma olanaklarının araştırılmasıdır. İkinci olarak, bu süreçte kamu hizmeti piyasaya açılmıştır Böylelikle geleneksel olarak genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak için kullanılan kamusal ayrıcalıklar yerini rekabet alanlarına bırakmıştır. Bunun sonucunda da kullanıcıların hizmet bedeli ödediği kamu hizmeti konularında artışlar meydana gelmiş; bu da anayasal eşitlik ilkesi için bir tartışma başlığı olmuştur. Üçüncü olarak, kamu hizmetindeki değişim devletin küçültülmesine aracılık etmiştir. Yeni sağ politikaların en önemli amacı, devlet örgütlenmesinin fazla hantal olduğu, bu nedenle ekonominin bütünü için fazlalık oluşturduğudur. Onun için devletin olabildiğince küçülüp, elinde alanları piyasaya bırakması kamu hizmetinin özelleşmesiyle mümkün olacaktır.

Yukarıda kamu hizmeti kavramı çerçevesinde değerlendirilen bütün bu süreç idarenin örgütlenmesi ve hukuki yapısında dikkate değer etkiler doğurmuştur. Kamu hizmeti görmek için kamu personeli istihdam etmek yerine bir yüklenici ile özel hukuk sözleşmesi imzalanması giderek artan bir hizmet yürütüm yöntemi olmuştur. Konunun devlet tarafındaki değişimi bu yönde olmakla birlikte kamu hizmeti gördürmek için daha fazla sözleşme imzalanacak olması piyasa tarafında da karşılık bulmuştur. Diğer iktisadi ilişkilere göre önemli ölçüde risksiz bir alan olarak görülen kamu hizmeti yürütümü için birçok yerli veya yabancı girişimci yüklenici adayı haline gelmiştir. Bunun sonucunda da ihale sözcüğü basit idari işlem olmaktan çıkmış; kuralları küresel ölçekte belirlenen ve küresel bir dille kurulan; iktisadi etkileri açısından da ülkelerin milli gelirlerinin yüzde 15'ine yaklaşan büyüklüklere ulaşan bir işlemler bütünü olmuştur.²⁰

Yapılan açıklamalar sonucunda kamu ihale hukukunu konumlandırma çabasının ilk sonucuna ilişkin tespit yapılabilir: bu konu yine de temelinde bir idare hukuku alanıdır ancak ekonomik kamu hukuku,

²⁰ İktisadi etkiler konusunda rakamlar için bkz. OECD, Government at a Glance, OECD Publishing, 2017, s. 148

ekonomik idare hukuku veya tek başına ekonomi hukukunun içinde de yer alır. Daha açık bir ifadeyle, kamu ihale hukukunun idarenin piyasaya etkileşime girdiği ve bunun hukuki sonuçlarını inceleyen *yeni idare hukuku* kavramı olarak oluşmuştur.²¹

İdarelerin kamu kaynağı kullanarak yaptıkları harcama işlemleri temel olarak iki aşamadan oluşur. Bunların ilkinde ihale ikincisinde de sözleşme aşamaları bulunmaktadır. Her iki işlemde de idarelerin kamu hizmeti görme sorunlulukları çerçevesinde bir piyasa aktörüne işi yaptırmak için bu aktörlerle hukuki ilişki kurmaları söz konusu olmaktadır. Öte yandan yine son 30 yıllık süreçte kamu ihalelerine ilişkin hukuki kurallar küresel ölçekte tektipleştirmiştir. Örneğin Türkiye’de 1980 sonrası kamu ihale düzenlemelerinin genel mantığını *yerel* uygulamanın *küresel* olana uyumlaştırılması olarak tanımlamak mümkündür.²²

Kamu ihalelerinin *yeni idare hukuku* terimi olmasına dayanak olabilecek bir diğer gerekçe ise –yine Cassese’nin ölçütlerinden hareketle– idari yargının denetim sınırlarına ilişkin değişikliktir. Önce Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadıyla başlayan daha sonra da 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndaki sözleşme taraflarının eşitliği ilkesinden hareketle kamu ihale sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın temel sonucu, her ne kadar ihale aşaması idari yargının görev alanında kalsa da sözleşme uyuşmazlıklarında adli yargının görevli hale gelmesidir. Konusu doğrudan kamu hizmeti dahi olsa bu tür sözleşmeler, idari sözleşme kabul edilmediklerinden uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmemektedir.

²¹ Yeni idare hukuku tamlamasını kullanmak için Avrupa’nın önemli idare hukukçularından Sabino Cassese’ye atıf yapılabilir. Cassese, Türkçe’ye de çevrilen bir makalesinde idare hukukunun; küreselleşme, tek yanlı üstünlüklere dayalı işlem iradesinde farklılaşma, common law sistemine yakınsama ve idari yargının görev alanında değişim gibi başlıklarda farklılığa uğradığını bunun da yeni bir idare hukukunu tanımlama gereksinimi ortaya çıkardığını belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. Sabino Cassese, “19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Çev: Eren Kalanyuva, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, Sayı: 15/2, s. 159-165.

²² Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı değerlendirme için bkz. Eren Toprak, *Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetimsel ve Siyasal Boyutu*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s. 150-155.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılmasında idare hukuku ilişkisinden sonraki ikinci adım, alanın etkileşimde olduğu diğer hukuk başlıklarının tespitidir. Bu tespitite ilk sözü edilmesi gereken başlık da borçlar hukukudur. Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu ihale hukukunun inceleme alanına giren ve *ihale'*den sonraki ikinci aşama olarak görülen *sözleşme'*nin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu öğretide kabul görmektedir.

Türkiye'de 2002 yılından önce bu alandaki sözleşmelerin niteliğini tespit için ağırlıklı olarak yargı içtihatları kullanılmıştır. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1990'lı yılların ikinci yarısında verdiği şu karar bu açıdan incelenebilir;

"(...) Dolayısıyla, görevli yargı yerinin belirlenebilmesi için, uyuşmazlık konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.

İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, *idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler "idari sözleşme" olarak adlandırılırlar.* İdarenin, genel ehliyetini kullanarak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerinin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Kanun'un idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere *"genel hizmetlerden birinin yürütülmesi" amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.*

(...) Buna göre, idarenin sözleşme yapabilmesi için: bu Kanun kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelik taşıyan ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız ise de; sonuçta gerçekleştirilen sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olacağıın tespiti, bu sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşullar yönünden yapılacak incelemeyle mümkündür.

Olayda, Şişli Belediyesi'nce, 2886 sayılı Kanun'un 45. maddesinde öngörülen yöntemle göre yapılan ihale sonucunda, belediye nikâh salonunda fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşmenin, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibarıyla, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşıması ve belediyeye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkiler tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idari sözleşme olmadığı; ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında, idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.”²³

Dikkat edileceği üzere kararda idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak iki başlıkta incelenebileceği; buradaki temel ayırım ölçütünün kamu hizmeti yürütülmesi amacıyla kamusal yetki ve ayrıcalıklarından yararlanma veya sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların eşitliğine dayanıp dayanmama olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Tanımdaki ölçüt sözleşmenin niteliğinin tespiti konusunda taraflara yüklenen edim yükümlülüklerine bakmayı önermektedir. Bu yükümlülüklerde tarafların eşitliği söz konusu ve idare de bir özel hukuk kişisi/piyasa aktörü olarak davranmışsa sözleşmenin özel hukuka tabi olduğu söylenmektedir.

İdari sözleşmelerdeki ölçüt sorunu hakkında alan bazında da çeşitli tartışmalar yürütülmüştür. Bu anlamda kamu hizmeti yürütümüne ilişkin olan ve idareye özel hukuku aşan yetkiler tanıyan sözleşmelerin özel hukuka dahil olduğu genel olarak kabul görmüştür.²⁴ Geleneksel olarak -özellikle de Fransız idare hukuku geleneğinin etkisiyle oluşturulan- bu ölçütlerin yanında konuya ekonomi hukuku çerçevesinden bakılması gerektiği ve rekabet odaklı irdelenmesi gerektiği de savunulmaktadır (Çal, 2010).²⁵ Bu bakış açısı sadece idarenin organik konumuna değil aynı zamanda sözleşme konusunun etkilediği iktisadi ilişkileri de dikkate almaktadır.

²³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E: 1999/8, K: 1999/17; 21.6.1999. (vurgular benim. E.T.)

²⁴ Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt: 55, Sayı: 2, s. 229-248.

²⁵ Sedat Çal, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 223-274.

İdare hukuku yazınında bu konu ilgi çekici olmasına rağmen yasama yetkisinin asliliği ve genelliğinden hareketle Kanun koyucunun iradesinin bu alanda önemli bir ölçüt olduğu söylenmelidir.²⁶ Gerçekten de yasama organının –özellikle de Anayasa’nın 47. maddesinin son fıkrasındaki yetkiden hareketle- idarenin tarafı olduğu bazı sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu tespitini yapması durumunda bu tartışmalar son bulacaktır. Türkiye’de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan *“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur”* hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çok açık biçimde kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu söylememektedir. Ancak özellikle aynı Kanun’un 36. maddesindeki Türk Borçlar Kanunu’nun tamamlayıcılığına yönelik hükümle birlikte düşünüldüğünde yasa koyucunun iradesinin bu türden sözleşmeleri idari sözleşme saymamak yönünde olduğu söylenebilir. Nitekim gerek konuyla ilgili yargı içtihatları bu konuda tamamen istikrar kazanmış olup kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu tespit etmektedirler.²⁷

Özel hukuk ilişkisi ve sözleşmeler söz konusu olduğunda borçlar hukukunun ilgi alanında bulunduğu tartışmasızdır. Bu konuyla ilgili olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenen özel sözleşme tiplerinden bağımsız yeni bir sözleşmeden söz edilebileceğinin iddiası mümkün olsa da Yargıtay’ın kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, sözleşmelerin konusuna göre Türk Borçlar Kanunu’ndaki özel hükümlere göre değerlendirdiği görülmektedir.²⁸ Bu durumda kamu ihale hukuku alanındaki çalışmaların idare hukukundan sonraki ikinci konumlanma noktası borçlar hukukudur.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde kamu ihale hukukunun idare hukuku ve borçlar hukukunun kesişim alanında konumlan-

²⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002, Cilt: 2, s. 11

²⁷ Vedat Buz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 101-114.

²⁸ Yargıtay’ın şu kararlarında kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıkların eser sözleşmelerinden kaynaklandığı tespiti yapılmıştır: Yargıtay 15. HD, E: 2010/3026, K: 2010/4179, 19.7.2010. Yargıtay 15. HD, E: 2014/6559, K: 2015/5004, 14.10.2015. Yargıtay 15. HD, E: 2015/5695, K: 2016/2561, 4.5.2016

dığı iddia edilebilir. İdarelerin kamusal yetki ve ayrıcalıklara dayanarak kamu ihale sözleşmesinin tarafını seçmek adına yürüttüğü işlemler idare hukuku kavramlarına; sözleşmenin yürütülmesi aşamasındaki işlemler ise borçlar hukuku kavramlarına atıf yapmaktadır.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılması açısından bu başlığın ikincil düzeyde ilişkide olduğu diğer konulara da kısaca değinilmesi gerekir. Bu başlıklardan ilki anayasa hukukudur. Yukarıda da belirtildiği üzere bir kamu ihalesinden söz edilmesi kamu hizmeti yürütümüyle birebir ilişkilidir. Bu nedenle de her kamu hizmetinin yürütülmesi için ihale yapıp yapılamayacağı sorusu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 47 ve 128. maddeleriyle yakından ilgilidir. Ayrıca ihale işlemlerine ilişkin düzenlemelerin piyasa yapılarını etkilediği düşünüldüğünde bu ilişkinin yine Anayasa'nın 167. maddesiyle yakın ilgisi vardır.

Kamu ihale hukuku ve ceza hukuku ilişkisi de önemlidir. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235 ve 236. maddelerinde düzenlenen ihaleye veya edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının tanımlanması, suçun maddi ve manevi unsurunun değerlendirilmesi kamu ihale hukuku kavramlarıyla yakından ilgilidir. Nitekim bu alanda yapılan çalışmalar da kamu ihale hukukunun inceleme alanına sıklıkla atıf yapmaktadır.²⁹ Ceza hukukunun yanında ihaleye teklif veren isteklilerin hukuki konumları açısından ticaret hukuku ilişkisi ve ihale sözleşmelerine dayanılarak çalışan işçilerle idare arasındaki ilişkiyi betimlemek açısından ise iş hukuku da ilişkide olunan alanlara örnek olarak verilebilir.

Kamu ihale hukukunun konumlandırılmasının ardından Türkçe yazında yapılan çalışmaların hangi konulara yöneldiği tespit edilerek buna ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır.

İçerik: Kamu İhale Hukuku Çalışmalarının Değerlendirilmesi

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, bu alana ilişkin akademik ilgi geçtiğimiz on yıllık süreçte önemli ölçüde artış göstermiştir. İhale iş-

²⁹ Bu açıdan verilecek iki örnek için bkz. Çetin Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 ve Didar Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

lemelerine ilişkin değerlendirme yapılırken atıfta bulunulan sayısal veriler de bu tespiti desteklemektedir. Bu başlıkta kamu ihale hukuku alanının çalışma kapsamına giren harcama/kamu kaynağı kullanma yöntemi olarak ihale konusunu irdeleyen Türkçe çalışmaların hangi konulara odaklandığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Konuyla ilgili olarak sıklıkla atıf gören idare hukuku temel metinlerine bakıldığında ilk olarak Kemal Gözler'in *traite* olarak nitelendirdiği geniş çaplı çalışması incelenebilir.³⁰ Gözler, kamu ihale sözleşmesini esas olarak bir idari sözleşme tipi olarak nitelendirmiş ve bu sözleşmenin akdedilmesini ele almıştır. Bu kapsamda bir kamu kaynağı harcama yöntemi olarak ihale işlemi konu edinen bütün yasal kurallar Gözler'in çalışmasında yer bulmuştur. Bu anlamda özellikle ihale usulleri konusunda sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun çizdiği çerçevenin dışına çıkmıştır. Gerçekten de aşağıda atıf yapılacak çalışmaların hemen tamamında Türkiye'de ihale işlemleri için genel usul mevzuatı olarak 4734 sayılı Kanun'a gönderme yapılmışken Gözler Türkiye'de genel bir ihale usul kanununun olmadığını, ihale kanunlarının özel olarak bazı alanları düzenlediğini tespit etmektedir.³¹

Gözübüyük-Tan çalışmasında ise idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki ayrım tanımlandıktan sonra kamu ihale sözleşmelerinin ikinci başlık altında sınıflandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca kamu ihale süreci başlığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale süreci tanımlamaları hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.³²

Günday'ın İdare Hukuku kitabında da kamu ihaleleri idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak başlıklandırılmış ve değerlendirilmiştir. Diğer çalışmalarda olduğu üzere ihale işlemi sadece 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar çerçevesinde ele alınmış ve buradaki ilkeler ve satın alma süreçleri değerlendirilmiştir.³³

³⁰ Gözler, 2002, s. 100-143.

³¹ Gözler, 2002, s. 104.

³² A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, Cilt: 1, s. 563 vd.

³³ Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015, s. 196

İl Han Özey'in *Günüşiğinde Yönetim* kitabında doğrudan "Kamu İhale Hukuku" başlıklı bir bölüm bulunmaktadır. Burak Oder tarafından kaleme alınan bölümde ihale işleminin anayasal temelleri açıklandıktan sonra Türkiye'de bu işlemler için genel bir usul mevzuatı olan 4734 sayılı Kanun ve bu Kanun'un düzenlediği hukuki alan açıklanmıştır.³⁴

Genel idare hukuku metinleri çerçevesinde son olarak Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'nın çalışmasına bakılabilir. Bu metinde ihale işlemleri idarenin taraf olduğu sözleşmeler başlığında incelenmiş ve kamu ihaleleri idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak sınıflandırılmıştır. Harcama işlemleri ise sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde incelenmiştir.³⁵

Yukarıda atıf yapılan kitapların çoğunda, harcama işlemleri çerçevesinde biçimlenen kamu ihale hukuku için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun genel bir usul mevzuatı olarak kabul gördüğü, ihaleye ilişkin temel ilke ve süreçlerin adı geçen Kanunun çizdiği genel çerçeve ile oluşturulduğu görülmektedir.

Türkçe yazında doğrudan "kamu ihale hukuku" başlığını kullanan çalışmalar da yapılmıştır. 2017 yılında yayımlanan Sezer, Kalkan ve Şahin tarafından hazırlanan çalışma tamamen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki çerçevesi üzerine kurulmuştur.³⁶ 2018 yılında yayımlanan ve Ozan Can'ın yazarı olduğu çalışmada ise harcama ve gelir getirici ihale işlemlerine ilişkin ayırım yapıldıktan sonra yine Kamu İhale Kanunu'na göre ihale işlemleri değerlendirilmiştir.³⁷

İhale işlemlerini konu edinen ve kitap olarak basılan çalışmalara bakıldığında bu metinlerin önemli bir çoğunluğunun akademik kaygıdan çok mesleki nitelikte veya uygulama rehberi boyutunda olduğu görülmektedir. Akademik temelde yapılan çalışmalarda ise yukarıda-

³⁴ Burak Oder, "Kamu İhale Hukuku", *Günüşiğinde Yönetim*, (der. İl Han Özey.), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 547-600

³⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 531-558.

³⁶ Yasin Sezer - Recep Emre Kalkan - Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

³⁷ Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi Yayınevi, Ankara, 2018

ki genel eğilimin sürdüğü söylenebilir. Örneğin Gürsel Özkan'ın kamu ihalelerinde temel ilkeleri incelediği çalışması Devlet İhale Kanunu ayırımına değindikten sonra uluslararası kurallara da atıf yaparak Kamu İhale Kanununda düzenlenen ilkeleri incelemektedir (2015).³⁸ Benzer bir örnek olarak doğrudan "Kamu İhale Hukuku" başlığında düzenlenen bir kongre kitabı incelenebilir. Üçışık, Arslan ve Hakkakul'un editörlüğünü yaptığı kitap derlemesine giren kongre sunumların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve buradan kaynaklanan hukuki ilişkileri üzerine çalışmıştır.³⁹

Kamu ihale hukukuna ilişkin akademik ilginin yoğunlaştığı başlıkları tespit etmek için Ulusal Akademik Dergiler veri tabanı (dergi-park) ve Ulusal Tez Merkezi üzerinde de tarama yapılmıştır.

Öncelikli olarak Dergipark üzerindeki sonuçlar incelendiğinde tarama kapsamına giren 85 akademik makale tespit edilmiştir.⁴⁰ Bu makalelerden 32 tanesi hukuk, 15 tanesi kamu yönetimi, 20 tanesi işletme, 14 tanesi mühendislik, 4 tanesi de kamu maliyesi başlıklarına aittir. Kamu yönetimi çalışmaları ağırlıklı olarak doğrudan hizmet sunumu ve ihale tercihi arasındaki farklara yoğunlaşmışken işletme çalışmaları satın alma teorisi, muhasebe, fiyatlama güdüsü gibi konularda olmuştur. İhale işlemleri projelendirme, maliyet tespit yöntemleri gibi konularda mühendislik çalışmalarının da ilgi alanına girmiştir. Bütçe ve mali planlama konularında da kamu maliyesi ilgisi bulunmaktadır.

Hukuk çalışmalarına daha özelde bakıldığında 32 çalışmanın 24'ünün kamu harcama usullerine yöneldiği, 3'ünün gelir getirici veya özelleştirme işlemlerini içerdiği, 5'inin de icra hukuku, Roma hukuku ve hukuk tarihi gibi diğer alanlarda yazıldığı görülmüştür. Daha da özele inildiğinde 24 olarak tespit edilen harcama usulü makalelerinin

³⁸ Gürsel Özkan, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

³⁹ Fehim Üçışık - Çetin Arslan - Ahmet Hakkakul (ed.), Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Aristo Yayınları, İstanbul, 2016

⁴⁰ Tarama "<http://dergipark.gov.tr/>" alan adı üzerinde yapılmıştır. Dergipark taramasının ihale işlemini konu edinen bütün çalışmaları içermediği vurgulanmalıdır. Konuyla ilgili bütün dergiler taranmadığı gibi taramanın da bütün dönemleri içermediği anlaşılmaktadır. Ancak veri tabanının ihale işlemleriyle ilgili bir örneklem olabileceği düşüncesinden hareketle ortaya koyduğu sonuçların anlamlı olacağı değerlendirilmiştir.

21'inin kamu hukuku dallarına 3'ünün de özel hukuka ilişkin olduğu; kamu hukuku çalışmalarında 2 makalenin anayasa hukuku temelinde değerlendirme yaptığı diğerlerinin de tamamen idare hukuku konularından oluştuğu görülmüştür. Son olarak şu tespitinde belirtilmesi önemlidir: idare hukuku çalışmalarının 2'si hariç diğerleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun düzenlendiği hukuki çerçeve ile ilgilenmektedir.

Akademik bir ilgi alanı olarak kamu ihale hukuku üzerine değerlendirme yapılırken veri kaynaklarından birisi de Ulusal Tez Merkezi kayıtları olabilir. Bu amaçla anılan sisteme kayıtlı olan tezler üzerinde "ihale" veya "kamu alımları" kavramlarını dizinlerinde içeren tez metinleri taranmış ve 130 sonuç elde edilmiştir.⁴¹ Bu sonuçlar 1988-2019 yılları arasındaki yaklaşık 30 yıllık süreci içermektedir. Bu süreç onar yıllık dilimleri bölünse çalışmaların 21'inin 1990'lı yıllar; 34'ünün 2000'li yıllar ve 75'inin 2010'lu yıllarda üretildiği görülmektedir. Her ne kadar üretilen toplam tez sayısında da artış olsa da kamu ihalelerinin giderek artan bir ilgi konusu olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca tezlerin ağırlıkla yüksek lisans düzeyinde olduğu (100 adet) ve doktora tezlerinin daha az sayıda olduğu (30 adet) görülmüştür.

Akademik alanlar açısından sınıflandırma yapıldığında en çok çalışmanın 38 teze hukuk başlığında; daha sonra mühendislik (34), kamu yönetimi (22), kamu maliyesi ve iktisat (20) ve işletme alanları (16) olarak biçimlendiği görülmektedir. Bu dağılım çalışma nesnesinin çok farklı disiplinlerin ilgi alanına girebilecek nitelikte olduğunu da ortaya koymaktadır.

Hukuk çalışmaları özeline inildiğinde 38 tezin 32'sinin kamu hukukuyla ilgili olduğu; kamu hukuku tezlerinden 4'ünün ihaleye ve edimin ifasına fesatla ilgilendiği kalan 28 tezin bir idare hukuku kavramı olarak ihale konusunda olduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan ihale işlemlerine yönelik sınıflandırma çerçevesinde bakıldığında ise tezlerin 35'inin bir harcama işlemi olarak ihale ile ilgilendiği, 2'sinin gelir getirici işlemlere yöneldiği, 1 tanesinin de İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlendiği haliyle ihale konusuna eğildiği görülmektedir.

⁴¹ Tarama alanı: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> ve Tarama tarihi: 3.2.2019

Kamu İhale Hukuku'nun akademik çalışma alanı değerlendirilmesinde bir diğer ölçüt de üniversitelerde okutulan dersler olabilir. Konuyla ilgili olarak hukuk fakültelerindeki ders programları incelendiğinde, Ankara, Dokuz Eylül, İstanbul Kültür, MEF, TOBB, Yalova, İnönü, Başkent, Kırıkkale ve Ankara Yıldırım Beyazıt üniversitelerinin lisans programlarında; Gazi, Hacettepe, Galatasaray, Kocaeli, Erzinacan, Akdeniz, Bilkent, Medipol, Antalya Bilim üniversitelerinin lisansüstü programlarında kamu ihale hukukunun bulunduğu görülmektedir. Bu derslerin sorumlu akademisyenlerinin ağırlıklı olarak idare hukukçularından oluştuğu da belirtilmelidir.

Gerek akademik dergiler, gerek çalışılan tezler gerekse yükseköğretim dersleri incelendiğinde elde edilen sonuçlarla ilgili bir ara değerlendirme yapılmalıdır. Öncelikle konuya ilişkin akademik ilginin giderek arttığı tespit edilmelidir. Örneğin bir önceki paragraftaki kısa araştırma 5 yıl önce yapılırsa kamu ihale hukuku derslerinin sayısının çok daha az bulunacağı yüksek olasılıktır. İkinci ve en önemli sonuç, kamu ihale hukukunun büyük oranda idare hukukuyla bağlantılı çalışılmasıdır. Her ne kadar kamu ihale hukuku dersleri seçmeli olsa da zorunlu idare hukuku derslerinde ihale işlemleri önemli bir yer tutmaktadır.

Yapılan incelemeden çıkan üçüncü sonuç, alandaki hukuki çalışmaların ağırlıklı olarak bir harcama işlemi olarak ihale konusunun incelenmesi; daha da özelde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun çalışılmasıdır. Bu anlamda gelir getirici ihaleler ve özelleştirme işlemleri üzerine yapılan çalışmaları çok daha azdır. Ayrıca kamu özel işbirlikleri gibi ihale işlemlerine yönelik akademik ilgi son birkaç yılda biraz artış göstermiştir. Özellikle ulusal tez merkezinden elde edilen sonuçları bu tespiti desteklemektedir: 38 hukuk tezinden 3 tanesi bu konuya eğilmiştir.

Son olarak çalışmaların yöntemsel ve epistemolojik boyutuna baktığımızda, akademik etkinliklerin hukuki çalışmaların bütününe koşut biçimde betimsel ve pozitivist çizgide ilerlediği görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, çalışmalar birer idare hukuku terimi olarak ihaleye veya idarenin taraf olduğu sözleşmeleri açıklamakta, betimlemekte ancak bunun eleştirel veya yorumsamacı analizini yapmamaktadırlar.

Sonuç

Kamu ihalesi tamlaması gerek akademik metinlerde gerekse gündelik yazılarda giderek daha fazla artan biçimde kendine yer bulan bir kavramdır. Bu durum ihale işleminin kapsadığı iktisadi büyüklüklerin çok yüksek miktarlara ulaşması kadar ihale işlemlerine yönelik kamuoyu denetiminin de artmasıyla ilgilidir. Konuya ilişkin ilginin artışı özünde bir hukuki işlem olan ihaleye yönelik hukuk biliminden kaynaklı akademik çalışmaları da arttırmıştır. Bu durum da özel bir çalışma alanı olarak kamu ihale hukukunu doğurmuştur.

Bu çalışmada kamu ihale hukukunun bir akademik çalışma alanı olması savından hareketle bu alanının kavramsal tanımlaması ve kapsamı değerlendirilmiştir. Öncelikli olarak Türk hukukunda ihale işlemlerinin ne anlama geldiği değerlendirilmiş; ardından kamu ihale hukukunun kamu kaynağı kullanılan harcama işlemlerine ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Bu durumun kamu hizmeti algısındaki değişimle koşut olduğu; dolayısıyla alanın yeni dönem idare hukukunun bir alt başlığı olduğu tespit edilmiştir. İdare hukukunun iktisadi ve yönetsel kavramlarla yakın ilişkisi nedeniyle de kamu ihale hukukunun başta borçlar hukuku olmak üzere anayasa, ceza, ticaret, iş hukuku gibi alanlarla ilişkisi de ortaya konulmuştur. Son olarak mevcut çalışmalar içinde içerik analizi yapılmış ve alanın ağırlıklı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hukuki alanına sıkıştığı gözlenmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde yakın zamanda bu alana ilişkin ilginin artacağı öngörülebilir. Ancak kamu kaynağı harcanmasına dayanan ihale işlemlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yanı sıra kamu özel işbirliği modellerinin yaygınlık kazanması alandaki çalışmaların bu işlemleri de kapsayacak şekilde genişlemesine yol açabilir. Hatta bu durum bir olasılıktan ziyade zorunluluk olarak da belirtilmelidir. En temelde bir modern devlet kavramı olan bütçe hakkı ile yakın ilgisi bulunan kamu ihale hukukunun kamu kaynağının kullanıldığı her alanla yakın ilişki kurması genelde entelektüel özeldir akademik bir zorunluluk olarak belirlemektedir.

Kaynakça

Basılı Kaynaklar

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat-Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 8. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017
- Akıncı Müslüm, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", *Rekabet Dergisi*, Sayı:5, Ankara, 2001, s.4

- Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Basım, BTHAE Yayınları, 2018
- Arrowsmith Sue, "Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standart", *International and Comperative Law Quarterly*, 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, s. 17-46
- Arslan Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- Bovis Christopher, Public Procurement in European Union, Palgrave Mc Millan, New York, 2005
- Buz Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007
- Can Ozan, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi Yayınevi, Ankara, 2018
- Cassese Sabino, "19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri", Çev: Eren Kalanyuva, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, Sayı: 15/2, s. 159-165.
- Çal Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 223-274.
- Derbil Süheyl, "Kamu Hizmeti Nedir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 28-36.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt: 2, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002
- Gözübüyük A. Şeref-Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt: 1, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, Cilt: 1
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2015
- Jessop Bob, The Future of The Capitalist State, Polity Press, Cambridge, 2002
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, 17. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014
- Karahanoğulları Onur, Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Yayınevi Ankara, 2002
- Light Paul C., The New Public Service, Brookings Institution Press, Washington, 1999
- Oder Burak, "Kamu İhale Hukuku", *Günışığında Yönetim*, (der. İl Han Özay), Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2004
- OECD, Government at a Glance, OECD Publishing, 2017
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Cilt: 1, 1966
- Ozansoy Cüneyt, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı: 46, Cilt: 1, s. 85-100
- Özdemir Didar, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- Özkan Mustafa Şeref, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No: 5, 1935
- Sezer Yasin-Kalkan Recep Emre-Şahin Mustafa Emre, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

Tan, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 1. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010

Tekinsoy Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt: 55, Sayı: 2, s. 229-248

Toprak Eren, Kamu İhaleleri: Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmelik ve Siyasal Boyutu, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016

Üçışık Fehim- Arslan Çetin-Hakkakul Ahmet (ed.), Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Aristo Yayınları, İstanbul, 2016

Üçok Coşkun-Mumcu Ahmet-Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 8. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 1996

Elektronik Kaynaklar

<http://dergipark.gov.tr/>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707 (Erişim Tarihi: 31/1/2019)

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>

Yargı Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E: 1999/8, K: 1999/17; 21.6.1999

Yargıtay 15. HD, E: 2010/3026, K: 2010/4179, 19.7.2010

Yargıtay 15. HD, E: 2014/6559, K: 2015/5004, 14.10.2015

Yargıtay 15. HD, E: 2015/5695, K: 2016/2561, 4.5.2016

KADIN VE ERKEĞİN EŞİT HAKLARA SAHİP OLMASI İLKESİNİN AİLE HUKUKU ALANINDA UYGULANMASI

THE PRACTICE OF THE PRINCIPLE OF EQUAL RIGHTS OF WOMAN AND MAN IN THE AREA OF FAMILY LAW

Sera REYHANI YÜKSEL*

Özet: Günümüz hukukunda kadının hukuki statüsü daha çok kadın erkek eşitliği bağlamında değerlendirilmekte olup uluslararası düzenlemelerde veya anayasalarda kanun önünde eşitlik ilkesi esas alınmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda da kadın-erkek eşitliğini sağlamak yolunda önemli hükümler getirilmiştir. Ancak gerçek anlamda kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması toplumu oluşturan bireylerin bu eşitliği içselleştirmesi ile mümkün olabilir. Bunun için de önce ailede, sonra okulda verilecek eğitimle bakış açılarının, toplumdaki kadın algısının değişimi sağlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kadın-Erkek Eşitliği, Aile, Türk Medeni Kanunu

Abstract: The legal status of woman in today's law is evaluated in the context of equality between man and woman and the equal protection of law is taken as a basis in international regulations or constitutions. Important provisions have also been introduced in the Turkish Civil Code to ensure the equality of woman and man. However, ensuring equality between man and woman in real terms can only be possible with the internalization of this equality by the individuals forming the society. For this, it should be ensured to change their viewpoints and the woman perception in the society by education provided first in the family, then in the schools.

Keywords: Equality of Woman and Man, Family, Turkish Civil Code

* Dr. Öğr. Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ryuksel@dogus.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7969-6949, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.04.2019, Kabul Tarihi: 08.04.2019

“Tanrı kadını yaratırken, bir melek gelmiş yanına ve şöyle sormuş; Neden onun üzerinde daha fazla zaman harcıyorsun? Tanrı cevaplamış: Onu şekillendirirken oluşturmam gereken tüm spesifik özellikleri fark ettin mi? Kadının, her tür durumda tüm fonksiyonları işlemeli, aynı anda pek çok çocuğu kucaklayabilmeli, zedelenmiş bir dizden, kırılmış bir kalbe kadar şifalayabilen bir ele ve sarılışa sahip olmalı. Tüm bunları sadece iki elle yapmalı, hastayken kendini tedavi edebilmeli ve bir günde 18 saat çalışabilmeli. Melek çok etkilenir. Şaşkınlıkla, tüm bunları sadece iki eli ile mi yapacak? Bu imkânsız! Peki, bu standart bir model mi? diyerek Tanrı’nın şekil vermekte olduğu kadının yanına sokulur ve ona dokunur. Melek: Ama Tanrım onu çok yumuşak yapmışsın, der. Evet, o yumuşaktır der Tanrı da ve devam eder: Fakat onu güçlü yaptım. Onun ne kadar dayanıklı, tahammüllü ve sabırlı olduğunu, nelerin üstesinden gelebileceğini tahmin bile edemezsin. Melek: Peki o, düşünebilir mi? diye sorar. Tanrı yanıtlar: Tabii ki! Hatta sadece düşünmekle kalmaz, nedenleri analiz edebilir, müzakereler yapabilir. Melek, kadının yanaklarına dokunur. Tanrım, öyle görünüyor ki bu yaratılıştta çatlaklar oluşmuş, su sızdırıyor! Ona çok yüklenmişsin. Hayır, o su sızdırmıyor, bunun adı gözyaşı diye düzeltir Tanrı. Melek sorar: Peki, gözyaşı ne işe yarar? Gözyaşları onun kederini, acısını, şüphelerini, sevgisini, mutluluğunu, yalnızlığını, hüznünü, gururunu ifade etme biçimidir, diye yanıtlar Tanrı. Melek bundan çok etkilenir. Tanrım sen bir dâhisin. Her şeyi düşünmüşsün. Bir kadın kesinlikle olağanüstü bir varlık. Tanrı: Evet, kesinlikle öyle. O, bir erkeğin aklını başından alabilir. Problemleri çok iyi yönetebilir ve omzunda ağır yükler taşıyabilir. Mutluluğu, sevgiyi ve fikirleri, görüşleri aynı anda ele alabilir. Çılgık atmak isterken gülümseyebilir. Ağlamaklı iken şarkı söyleyebilir, mutluyken ağlayabilir ve korkarken kahkaha atabilir. İnandığı şey için savaşıır. Sevgisi koşulsuzdur. Sevdiklerini kaybettiğinde veya ihanete uğradığında kalbi kırılır fakat hayata devam edecek gücü yine kendinde bulur. O zaman o, mükemmel bir varlık öyle değil mi? diye sorar Melek. Hayır değil, der Tanrı. Onun sadece bir kusuru var. O da, çoğu zaman ne kadar değerli olduğunu unuttur.”¹

¹ Bilge İnal, “Kadına Dair Neşeli Bir Yaratılış Hikayesi”, <https://disibilgelik.wordpress.com/tag/kadin/>, Erişim Tarihi: 02.04.2019.

Giriş

Toplumun iki ana unsuru olan kadın ve erkek, biyolojik özellikleri bakımından farklıdır; buna cinsiyet denir. Kadın ve erkek olmanın biyolojik özellikler dışında toplumsal anlamı da bulunmaktadır ve aslında kadın-erkek denildiğinde aklımıza gelenler bu toplumsal anlamla ilişkilidir.² Erkek ve kadın genetik kodlarının %99'dan fazlası aynıdır ve insan genomundaki otuz bin genin sadece %1'inden daha azı cinsiyetler arasında değişkenlik gösterir ama bu farklı olan yüzde, acıyı ve zevki kaydeden sınırlardan algıyı, düşünceleri ve duyguları belirleyen nöronlara kadar vücudumuzdaki tüm hücreleri etkiler.³ Ama bu %1'den daha az olan farklılık yalnızca hücreleri değil, toplumun kadın ve erkeğe olan bakışını da kadının aleyhine olacak şekilde farklılaştırır.

Tüm dünyada yaşanan hızlı toplumsal değişimin bir sonucu olarak kadın, giderek cinsiyet ayrımı engelini aşarak aktif işgücü olarak ekonomik yaşamda yerini almaktadır.⁴ Buna rağmen toplumdaki var olan kabuklaşmış anlayışı değiştirmek çok kolay olmamaktadır. Toplum, kadın ve erkeğe farklı davranmakta; hatta onlara farklı özellikler, davranışlar, görevler yüklemektedir. Kadın ve erkek birlikte çalışma yaşamının içinde olsa da, genelde kadının ev işlerini yürütmesi; erkeğin ise ailenin gelirini sağlaması gerektiği düşünülmektedir. İş dönüşü erkeğin yerinin televizyonun karşısı; kadının yerinin ise mutfak⁵ olması hiç yadırganmamakta, olması gerekenin bu olduğu anlayışı sarsılmaz şekilde devam etmektedir. Toplumsal açıdan kadın ve erkek rolleri bu şekilde algılanırken, hukuki açıdan kadını erkekle eşit haklara sahip kılabacak düzenlemeler getirilmeye çalışılmaktadır. Nitekim günümüz hukukunda kadının hukuki statüsü daha çok kadın erkek eşitliği bağlamında ele alınmakta olup uluslararası düzenlemelerde veya anayasalarda kanun önünde eşitlik ilkesi esas alınmış ancak bu eşitlik çoğu zaman gerçeği yansıtmadığı için kadın hakları ayrıca tartışılmaya açılmıştır.⁶ Aslında kadın hakları deyimi bile kadın erkek eşit-

² Zehra, Y. Dökmen, *Toplumsal Cinsiyet*, İstanbul 2014, s. 11.

³ Louann Brizendine, *Kadın Beyni*, (Çeviren: Zeynep Heyzen Ateş), İstanbul 2014, s. 21.

⁴ Fiğen Ereş, "Türkiye'de Kadının Statüsü ve Yansımaları", *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, Ankara 2006, Sayı 19, s. 41.

⁵ Dökmen, s. 17.

⁶ Nuran Koyuncu/Tuğba Bayraktar, "Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kadının Hukuki Statüsü", *International Congress on Politic, Economic and Social Studies*, 2017, s. 96.

sizliğini ortaya koyduğu için bu ifade biçimi reddedilmelidir; çünkü asıl olan erkek veya kadın hakkı değil, insan haklarıdır.⁷ Kadın veya erkek şeklinde yapılan ayrımlar cinsiyetçi bir yaklaşımı ortaya koymaktadır; ancak bu ayrımların uzunca bir süre yapılmaya, kullanılmaya devam edeceği açıktır. Bu çalışmada da, tüm bu ayrımlara karşı olmakla birlikte, hukukun bir alanında, yani aile hukuku alanında erkek ve kadının eşit haklara sahip olması ilkesinin nasıl uygulama alanı bulduğunun değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. Aile Kavramı ve Önemi

İnsanoğlu tarihin başlangıcından itibaren sürekli olarak birlikte yaşama, beraber olma içgüdüsünü taşımıştır. Bu içgüdü, onun yardımlaşma, dayanışma ve güvenliği sağlama ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmış olup toplumun temel yapıtaşı olan ailenin ortaya çıkmasındaki en önemli etkenlerden biri olmuştur.⁸

Aile toplumun temelini, insan topluluğunun çekirdeğini⁹ oluşturur. Toplum, aile adını verdiğimiz küçük insan topluluklarının bir araya gelmesiyle oluşur. Görkemli bir mimari yapının inşa edilmesinde kullanılacak malzeme ne derece gerekli ve önemliyse, bir milletin doğuşu ve var oluşunda da aile o derecede gerekli ve önemlidir. Toplumun sağlıklı şekilde gelişebilmesinin, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürüyebilmesinin yolu aile kurumunu sağlam temellere oturtmaktan ve ideal bir hukuki düzenlemeye kavuşturmaktan geçmektedir.¹⁰

Aile hukuku alanına giren ilişkiler, en eski dönemlerden itibaren her toplum tarafından üzerinde önemle durulan bir konu olmuştur. Ancak aileye yüklenen anlam her devirde farklılık arz etmiştir. Sanayi kapitalizmi öncesinde aile bir ekonomik üretim birimiydi ve aynı za-

⁷ Zehra, Odyakmaz Altınbaş, "Anayasalarımızda Kadın Hakları", s. 455, <http://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/Zehra-Odyakmaz-Altınbaş-C5%9E-Anayasalar%C4%B1m%C4%B1zda-Kadın-Hakları-C4%B1n-Hakları-C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 17.02.2018).

⁸ Şahin Akıncı, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, Ankara Haziran-Aralık 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 16.

⁹ Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2018, s. 2.

¹⁰ Cem Baygın, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 454.

manda aile babası denilen erkeğin kapalı mülkiyet kulübüydü. Familianın “pater familias” a ait malları ve köleleri kapsayan bir hukuksal birim olarak nitelendirilmesi de bu gözlemi doğrulamaktadır.¹¹

Roma ailesi, Roma sosyal ve hukuki yaşamında önemli bir role sahiptir. Roma hukukuna göre, Roma toplumu ailelerden oluşur ve gerçekte bir Romalının ait olduğu yer ailesidir.¹² Roma toplumunun sosyal yapısı gereği günümüzden farklı niteliklerde bir aile tanımlaması vardır. Bireylerden çok topluluklara bağlı bir sosyal ve ekonomik düzen mevcut olduğu için Roma'nın eski devirlerinde aile, günümüzdeki durumun aksine kan hısımlığına değil,¹³ hâkimiyet esasına dayanan bir kurumdur. Aile yapısını korumak için aileyi bir reisin sahiplenmesi ve temsil etmesi gereği kabul edildiği için aile babası hâkimiyeti altındaki aile üyeleri ve malvarlığı aileyi oluşturmuştur.¹⁴

Eski Türklerde de ailenin, çok önemli olduğu görülmektedir. Türk aile sisteminin esasları tüm siyasî ve sosyal kuruluşların bünyesine nüfuz etmiş ve fertlerin davranışlarına yansımıştır.¹⁵

Toplumsal olgu ve kurumların her biri gibi aile kurumu da zaman içinde değişip gelişmiştir. Günümüzün ailesi çekirdek¹⁶ yani küçük aile denilen eşler ve evlenmemiş çocuklardan oluşan aile tipiyken; daha eski devirlerdeki aile, bir babaya bağlı çocuklar, onların çocukları ve kan ilişkisi olmayan yardımcıların oluşturduğu büyük aile biçimindedir.¹⁷

¹¹ Rona Serozan/ Başak Başoğlu/Berk Kapancı, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, Cilt II, Ankara 2016, s. 536.

¹² Fulya İlçin Gönenç, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 36.

¹³ Familia kavramı ile ifade edilen aile, kan hısımlığını içerir ama bazı istisnaları vardır. Pater familias (aile babası) çocukları evlat edinebilir veya onları özgürleştirerek aileden çıkarabilir ya da onları evlatlık verebilir, bkz. Bruce W. Frier/Thomas A. J. McGinn, A Case on Roman Family Law, Oxford University Press Newyork 2004, p. 20.

¹⁴ Buse Aksaray, Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, İstanbul 2012, s. 34.

¹⁵ Akıncı, s. 17.

¹⁶ 19. yüzyılda Osmanlı'da İstanbul, Selanik, İzmir gibi imparatorluğun büyük liman şehirlerinde çekirdek aile yaygındır. Hatta 16. yüzyılda Bursa'da ailelerin %27'si çocuksuz, %20'si tek çocuklu, %18'i iki çocuklu, gerisi çok çocukludur. 17. yüzyıl tereke defterlerindeki tespitlerden hareketle, İstanbul ve Edirne'de 1000 erkeklik bir kümenin %92'sinin tek kadınla evlendiği ve ortalama çocuk sayısının iki olduğu görülmektedir, konu hakkında bkz. İlber Ortaylı, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2018, s. 21.

¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1; En geniş anlamda aile, bir ev başkanının yönetimi altında aynı çatıda hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş insan

Aslında tüm bu tanımlamalar ailenin kadın ve erkek olmak üzere iki ana unsuru olduğunu ortaya koymaktadır. Bu gerçeği unutan cinsiyetçi, ataerkil toplum yapısında kadınlar ayrımcılığa, şiddetin her türüne ve hak ihlallerine maruz bırakılmaktadır.¹⁸ Çeşitli hukuk alanlarında kanun koyucu görevini yerine getirmiş, mesela aile hukuku alanında geçerli olan erkeğin üstünlüğünü ortadan kaldırarak, kadınlara erkeğin eşit haklara sahip olması ve partnerliği ilkesini getirmiştir.¹⁹ Türk Medenî Kanunu'nda getirilen yenilikler kadın erkek eşitliğini sağlamada önemli olsa da toplumsal bakış açısında erkeği ailenin reisi kabul eden yaklaşım varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle bu çalışmada önce hukuksal açıdan Türk Medeni Kanunu'ndaki bazı eşitlikçi düzenlemeler ortaya konulacak, sonrasında ilgili düzenlemenin toplumun gözünden analizi yapılacaktır. Kadının soyadına ilişkin TMK m. 187 düzenlemesi kadın ve erkek eşitliğini ihlal eden bir hüküm olarak eleştiriye hedef olsa ve sıkça tartışmalara konu olsa da yargı kararlarıyla²⁰ bu ihlal önlenmiştir. Bu sebeple soyadı meselesi bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

topluluğudur, bkz. Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Aile Hukuku, İstanbul 2017, s. 6; Bu ailenin içine, dar ve geniş manada aile kavramının içinde yer alanlarla, kan bağı yoluyla ya da kayın hısımlığı sıfatıyla akraba olanlar ve bunlara ek olarak, bir sözleşme ilişkisi nedeniyle (bahçıvan, hizmetçi, şoför, dadı, bekçi, işçi vs. gibi) aile halinde bir arada yaşayan kişiler dâhildir, bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 5; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 4; Akıntürk/Ateş, s. 6.

¹⁸ Seda Kocabıyık, "Feminist Bakış Açısıyla Türk Medeni Kanunu", Türk Hukukunda Kadın (Editörler: Necla Öztürk/Güven Yerar/Şule Arslan), Ankara 2017, s. 42; Kadim zamanlar boyunca, Hristiyanlıktan önce, erkek karısı üzerinde yaşam ve ölüm iktidarına sahipti; ama kadın erkeğe karşı hiçbir yasayı çalıştıramazdı. Erkek ise kadının yegâne mahkemesi ve yasasıydı. Uzun bir süre erkek, kadını boşayabilirken kadın, erkeğe karşı böyle denk bir güce sahip olmamıştır, bkz. John Stuart Mill, Kadınların Köleleştirilmesi (Çeviren: Ahmet Özcan), İstanbul 2017, s. 68.

¹⁹ Zafer Gören, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998, s. 61.

²⁰ Anayasa Mahkemesi 2013/2187 başvuru no'lu ve 19.12.2013 tarihli bireysel başvuru kararında, TMK m. 187 hükmünün Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 2015 yılında verdiği karar ile "mesleki ve sosyal yaşam ortamında tanınabilirliği" ve "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, bunlara bağlı protokol ve tavsiye kararları hükümleri ile evlendikten sonra önceki soyadını kullanma hakkının korunması" gerekçeleriyle kadın olan eşin evlilik birliği devam ederken bekârlık soyadını kullanabilmesini kabul etmiştir, bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161.

II. Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği Bağlamında Değerlendirilecek Kimi Düzenlemeler

Türk Medeni Kanunu getirdiği düzenlemeler itibariyle, değişmesi gerekli birkaç husus dışında, yasal düzlemde kadın erkek eşitliğini sağlamış görünmektedir. Ancak özellikle evlenme yaşı, eşlerin meslek ve işi, ortak konutun seçimi, velayet hakkının kullanılması gibi konularda uygulama kadının aleyhinedir. Bu nedenle kanuni düzenlemenin nasıl olduğu dışında uygulamanın ne yönde olduğu ayrıca ele alınıp irdelenmelidir. Sadece kadın için var olan “bekleme süresi” ise kadın-erkek eşitliğini bozan bir düzenleme olarak hala varlığını sürdürmektedir. Aşağıda sırasıyla tüm bu meselelere hem yasal yönüyle hem toplumsal bakış açısıyla yer verilecektir.

A. Evlenme Yaşı

Bir bireyin soyut düşüncüyü de kapsayacak şekilde düşünebilmesi, karar verebilmesi ve sorumluluğunu da üstlenerek yaşayabilmesi fiziksel, ruhsal ve zihinsel olarak belirli bir olgunluğa erişmeyi gerektirir. Bu da fizyolojik olarak on sekiz yaşına kadar devam eden bir sürece karşılık gelmektedir.²¹ Evlenmenin de, niteliği gereği belli bir bedeni olgunluk yanında zihinsel ve ruhsal olgunluğu gerektirdiği ve her ülkenin kendi özelliklerini de göz önünde bulundurarak evlenme bakımından yaş kriterleri getirdiği görülmektedir. Kanunun evlenme için belirlediği yaşa evlenme erginliği denilmektedir.²²

TMK m. 124 uyarınca, “*Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. /Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple*²³

²¹ Hilal Özcebe/Burcu Biçer Küçük, “Önemli Bir Kız Çocuk ve Kadın Sorunu: Çocuk Evlilikler”, *Türk Pediatri Arşivi Dergisi*, İstanbul 2013, 48(2), s. 86-87.

²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 49; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara 2017, s. 37.

²³ Olağanüstü durumu ve pek önemli sebebi hâkim takdir edecektir. Mesela evlenecek olan kızın kaçmış olması, hamile kalması ya da kendisine bakacak kimsenin olmaması gibi durumların mevcut olması gerekir, yoksa böyle bir durum yokken tek başına evlenmek istenilmesi, evlenmeye izin vermek için yeterli değildir, bkz. Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Ankara 2018, s. 50; “Evlenmesine izin istenen Çiğdem 03.04.1987 doğumlu olup vesayet altındadır. Akrabaları tarafından bakılmakta, düzenli bir aile yaşamı bulunmamaktadır. Bu durum Türk Medeni Kanunu’nun düzenlediği 124/2 maddesine uygun pek önemli bir sebeptir. Davacı bir an önce evlenerek başkalarının yardımına bağımlı olmaktan kurtulacaktır. Evlenmeye ehliyet koşulları bu şekilde gerçekleştiğinden davanın kabulü gerekirken reddi ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yarg. 2. HD

on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulunduğunda karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” Buna karşılık eTMK 88’inci maddesinde normal evlenme yaşı erkek için 17, kadın için 15 yaşın doldurulması olarak aranmıştır. Fevkalade hallerde, pek önemli sebeplerle²⁴ hâkimin 15 yaşını dolduran erkek ve 14 yaşını dolduran kadının evlenmesine müsaade edebileceği düzenleme altına alınmıştır.²⁵ Bu düzenleme şekli kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu için Türk Medeni Kanunu’nun kadın ve erkek ayrımı yapmadan her ikisi için de olağan ve olağanüstü evlenme yaşını aynı belirlemesi şüphesiz kadın-erkek eşitliğine uygundur. Ancak düzenlemenin bu haliyle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile uyumlu olmaması²⁶ bir yana, normun uygulanma şekli eşitliği zedeler niteliktedir. Nitekim çocuk evlilikleri, yani bilinen diğer adıyla erken evlilik, 18 yaşın altında, çocuğun fiziksel, fizyolojik ve psikolojik olarak evliliğe ve çocuk sahibi olmaya hazır olmadan yapılmakta ve erken evlilikler, erkeklerden çok kız çocuklarını etkilediğinden daha çok çocuk gelinlerle karşılaşmaktadır.²⁷ Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından yapılan nüfus ve sağlık araştırmalarında Türkiye’de kızlarda evlenme

T 5.6.2003, E 2003/7198, K 2003/8271; “Hâkim tarafından evlenme izni verilebilmesi için on altı yaşını doldurmuş olmak koşulunun yanı sıra olağanüstü durumların ve pek önemli bir sebebin varlığı zorunludur. Tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşmalarının, 4721 sayılı TMK’nın 124. maddesinde de belirtilen olağanüstü durum olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır.” Yarg. 2. HD T 6.5.2015, E 2015/3626, K 2015/9331 Kararlar için bkz. Erdem, s. 50, dpn. 75.

24 “...Kanunu Medeni’nin seksen sekizinci maddesinin fıkrai istisnaiyesinde yazılı fevkalade hal ve mühim sebep tayin ve tahsis edilmeyerek mutlak bırakılmış ve bu ıtlakı takyit edecek bir kayıt ve karine dahi bulunmamış olmasına göre keyfiyetin hâkim tarafından taksiri icap edip mühim sebebin haml bulunması haline kasrı muvafık olamayacağı ittifakla kararlaştırılmıştır...” Yarg. İBK T. 7.6.1935 K. 1935/15 E. 1935/103 Karar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=16664>.

25 Tahir Büyüktanır, “Medeni Kanun Yasa Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1998/1, s. 56.

26 Kocabıyık, s. 49; Evlenme yaşının BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medeni Kanunu’ndaki Evlenme Yaşına İlişkin Düzenlemenin Çocuk Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul 2015, Cilt 7, Sayı 17, s. 36-37.

27 Sera Reyhani Yüksel, “Çocuk Gelinlerin Kürtaj Başvurusu Halinde Ortaya Çıkan Çeşitli Meseleler Hakkında Tüketici Hukuku Perspektifinden Düşünceler”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları (6’ncı Tüketici Hukuku Kongresi)*, Editörler: İsmail Çakır/Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık/Hamide Zafer, İstanbul 2017, s. 319.

yaşı 12 olarak tespit edilirken; en erken evliliğin 8 yaşında gerçekleştiği ortaya çıkmıştır.²⁸ Üstelik her ne kadar Türkiye’de çocuk damatlar sorunu olsa da bu tehlikenin daha ziyade kızlar bakımından söz konusu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla evlenme yaşı bakımından TMK m. 124 ile getirilen eşitçi yaklaşım toplumsal zeminde karşılığını bulamamakta ve kızlar aleyhine eşitsizliğe neden olacak şekilde çocuk gelin vakalarıyla²⁹ sıkça karşılaşmaktadır.

B. Bekleme Süresi

eTMK m. 95 düzenlemesi, *“kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla müddet biter./Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir”* şeklindeydi. Önceki Medeni Kanun zamanında bu düzenlemenin sebebi nesep karışıklığını önlemek olarak açıklanmıştır; çünkü kadın evlilik sona erince hemen ikinci bir evlilik yapsa ve bir süre sonra bir çocuk doğursa bu çocuğun hangi kocaya ait olduğunu hukuken tayin etmenin büyük güçlükler yol açacağı ifade edilmiştir.³⁰

Türk Medenî Kanunu’nun 132. maddesinin 1’inci fıkrası şu şekildedir: *“Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez”*. Yasal bekleme süresi, doğacak çocuğun soybağının tayini ve tespiti amacıyla kanun koyucunun evliliği sona eren kadın için öngördüğü bir süre olup bu süre evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gündür.³¹ Bu süre azami gebelik süresidir ve önceki Medeni Kanun’a benzer şekilde düzenleme getirilmiştir. Daha önceki kanaatimizi, kadının anne olmak gibi doğuştan getirdiği biyolojik özelliği sebebiyle hak ehliyetine getirilen bu sınırlamanın Medenî Kanun’daki kadın erkek eşitliğini bozan bir hüküm olarak algılanamayacağı; çünkü kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması

²⁸ Yusuf Arslan, Oyundan Dügüne Hayatlar: Güneydoğu’da Çocuk Gelinler, İstanbul 2015, s. 69.

²⁹ Kızların babaları, dedeleri yaşında erkeklerle evlendirildikleri görülmektedir, bkz. Arslan, s. 71.

³⁰ Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, İstanbul 2001, s. 74.

³¹ Öztan, s. 154.

veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkemenin bu süreyi kaldıracağına ilişkin 132. maddenin 3. fıkraya hükmünün 300 gün bekleme zorunluluğunu mutlak olmaktan çıkardığı³² şeklinde açıklamıştık. Bu kanaatimizden vazgeçmiş bulunuyoruz. Nitekim günümüzde DNA testleri ile %99.99'a varan bir kesinlikle babanın kim olduğu anlaşılabilir, dolayısıyla yaşanan gelişmeler karşısında bu bekleme süresinin bir anlamı kalmamıştır.³³ Kaldı ki Medeni Kanun'da kadın için getirilen bekleme süresi kesin olmayan bir evlenme engelidir ve bu engelin varlığına rağmen evlilik gerçekleşmişse bu durumun bir yaptırımı olmamaktadır.³⁴ Çocuğun soybağının sağlıklı şekilde belirlenmesi çok önemli olmasına rağmen kadının bekleme süresinin kesin bir evlenme engeli olmaması, aslında babanın başka türlü tespit edilebilmesinin mümkün olmasından ileri gelir. Bekleme süresine ilişkin düzenleme getirilirken, DNA testi sürecinin taraflar için zorlayıcı olduğu düşünülmeğe, hâkim kararına gerek olmaksızın mesela hamile olmadığını hekim raporuyla belgeleyen ve evlenme başvurusu sırasında bu belgeyi sunan kadının evlenmesine müsaade edilmelidir. Nitekim hâkime başvurmanın ve başvurudan netice alınmanın çok uzun süre aldığı düşüncesi yeniden evlenmek isteyen kadını bekleme süresince evlenme yoluna gitmekten alıkoymaktadır. Düzenleme bu haliyle, evliliği sona eren erkeğin herhangi bir şekilde hâkim kararı alması gerekmeksizin ve hiç beklemeden evlenmesinin mümkün olduğu düşünüldüğünde, kadının anneliği üzerinden kadını eşitsizleştirmektedir.

Kanun'un yaşanan gelişmelere kayıtsız kalması bir yana bu düzenlemeyi kadının biyolojik özellikleri sebebiyle zorunlu olarak yaratılan bir eşitsizlik olarak görmek mümkün değildir; çünkü bir zorunluluk yoktur. Bir hukuk kuralını sosyolojik alt yapısından bağımsız düşünmemek gerekir. Aslında çocuğun babasının kim olduğunu tespit etmek teknolojik gelişmeler sayesinde çok kolay hale gelmişken kadının yeniden evlenebilmesi için getirilen bekleme süresinin temelinde, evliliği bir şekilde sona eren kadının yeniden evlenmemesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Nitekim kadın annedir. Eşinin ölmesi

³² Sera Reyhani Yüksel, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 186-187.

³³ Dural/Öğüz/Gümü, s. 61.

³⁴ Erdem, s. 58.

veya eşinden boşanması durumunda eğer varsa yaşamını çocuklarına admalıdır. Kadının çok sayıda evlilik yapması hoş karşılanmaz. Bu sebeple bekleme süresi toplumun kadına bakışı nedeniyle varlığını sürdürmektedir.

C. Eşlerin Meslek ve İşi

eTMK m. 159'a göre, "*Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zimnen müsaadesi ile bir iş veya san'at ile iştigal edebilir*". Kadının kendi yeteneği, uzmanlık alanına göre evin gelirini arttırmaya çalışması, ekonomik şartlar açısından çoğunlukla zorunluluk halini alsa da evlilik birliğinin mutluluk ve huzurunu gölgeleyecek bir çalışma tarzına her halde müsaade edilemeyeceği düşüncesiyle bu düzenlemenin getirilmiş olduğu ifade edilmektedir.³⁵ Bu hüküm evli kadının ehliyetiyle ilgili olmayıp kocanın rızası olmasa da kadın olan eş bir meslek veya san'atla uğraşabilmekte, bunun sonucunda geçerli olarak haklar kazanıp borç altına girebilmekteydi. Hatta MK m. 159/f. 2'de hâkimden izin alınması imkânına yer verilmişti.³⁶ Anayasa Mahkemesi 29.11.1990 tarihinde 30/31 sayılı kararıyla bu maddeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme iptal kararında, "...Medeni Kanun'un 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleği yürütmesine izin verilmesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyetinin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş "kadın erkek eşitliği" ve "karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları" kuralına ve bu kurullarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır...Kadının, tıpkı erkek gibi mesleğini ve işini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır. Anayasa'nın 12. maddesine göre kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki çalışma hak ve özgürlüğü, evli kadının da temel haklarından biridir. Kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğü ile aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalık yoktur. Şüphesiz, eşler evlilik birliğinin korunması, çocukların yetişmesi için karşılıklı özveride bulunacak ve çalışma hak ve özgürlüklerini kullanmayı da karşılıklı uyum ve anlaşma sağlaya-

³⁵ Feyzioğlu, s. 195.

³⁶ Oğuzman/Dural, s. 159.

rak gerçekleştirileceklerdir. Fakat çalışmak, mesleğini yürütmek, kişiliğini geliştirmek, ailesine ve topluma çalışmasıyla katkıda bulunmak isteyen kadına, Medeni Kanun'un 159. maddesine dayanarak kocanın tek taraflı olarak izin vermemek suretiyle anlaşmazlık çıkarması ve bu yasaklamaya karşı çalışmasını sürdüren karısını kusurlu duruma düşürüp boşanma nedeni yaratmasına...olanak veren Medeni Kanun'un 159. maddesi, Anayasa'nın 49. maddesinde yerini bulan temel haklardan olan çalışma özgürlüğüne de aykırılık oluşturur..." demiştir.³⁷ Böylece evli kadının izin alması gerekmeden bir meslek ya da sanatla uğraşma imkânı doğmuştu.

TMK m. 192 uyarınca, eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Madde bu haliyle, eşler için eşit olarak meslek ve iş seçme, seçilen iş ve mesleği yürütme ve meslek değiştirme hakkını tanımaktadır ve bu hak diğer eş tarafından genel ve sürekli bir biçimde kısıtlanamaz.³⁸

Eşlerin meslek ve iş seçiminde evlilik birliğinin huzur ve yararının ön planda tutulması öngörülmüştür. Doktrinde, bir eşin sağlığını tehlikeye sokacak, eşine ve çocuklarına ayıracak zaman bırakmayacak, onların ihmal edilmesi sonucunu doğuracak, kötü anılmaya ve şöhret olmaya yol açacak bir meslek ya da iş seçmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir.³⁹ Özellikle evlilik birliğinde eşlerin çocuk sahibi olmadığı hallerde meslek veya iş seçme özgürlüğünün daha geniş olduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Kanun koyucu önceki Kanun'dan farklı olarak, sadece kadın bakımından değil, her iki eş bakımından geçerli olan bir sınırlamaya yer vermiştir ve eşlere kural olarak meslek ve iş seçiminde, yürütümünde serbesti tanımakla birlikte, eşlerden seçecekleri meslek ya da işin ailenin huzurunu bozacak ya da ailenin huzuru aleyhine sonuçlar doğuracak nitelikte olmamasına dikkat etmelerini istemiştir.⁴¹ Doktrinde haklı olarak bu durum değerlendirilirken iş ve

³⁷ RG 2.7.1992, S.21272 gerekçe hakkında bkz. Akıntürk/Ateş, s. 116; Oğuzman/Dural, s. 159-160.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164.

³⁹ Kılıçoğlu, Aile, s. 183.

⁴⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 165.

⁴¹ Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımın-

meslek seçimi yapan eş bakımından, bu seçimin onun kişilik haklarını da ilgilendirdiğinin unutulmaması gerektiği ve makul bir gereklilik yokken eşin iş değiştirmesinin istenemeyeceği belirtilmiştir. Mesela hastanede çalışan doktordan evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılayabildikten sonra kendi muayenehanesini açmasının istenemeyeceği örneği verilmektedir.⁴²

Eşlerin uğraşacakları meslek veya iş konusunda açıkça ya da zımnen anlaşmaları mümkündür; ancak eşlerin uyumsuzluğa düşmesi halinde ne olacağı sorusunun yanıtı TMK m. 192 hükmünde verilmemiştir. Doktrinde bu durumda eşlerden birisinin veya her ikisinin talebiyle MK m. 195 kapsamında hâkimin müdahalesinin istenebileceği ve hâkimin yapacağı tek şeyin uyarı ve arabuluculuk olacağı belirtilmiştir.⁴³ Bundan da sonuç alınmaması halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gibi bir durumun ortaya çıkmasına yani boşanma nedeninin gerçekleşmesine yol açacağı hem doktrinde⁴⁴ hem yargı kararlarında⁴⁵ ifade edilmektedir. Ancak Türk Medeni Kanununda kadın lehine yapıldığı söylenen bu değişiklik toplumun kadına bakışını değiştirememiştir. Ev yönetimi, çalışma hayatı ve sosyal içerikli devlet hizmetleri, sanki geleneksel ev kadınlığı rolünde hiçbir değişme

dan Getirdiği Yenilikler", *AÜHFD*, Ankara 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 119-120.

⁴² Erdem, s. 214-215.

⁴³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 165; Kılıçoğlu, Aile, s. 183.

⁴⁴ Erdem, s. 214; Doğan, s. 120; Kılıçoğlu, s. Aile, 183.

⁴⁵ "...Dava, boşanma istemine ilişkindir. Davalı-davacı kadının evlilik yaşamı ile bağdaşmayan şekilde eşinin karşı çıkmasına rağmen gazinolarda konsomatris olarak çalıştığı ve bu sebeple evlilik birliğinin huzur ve yararının bozulduğunun davacı koca tarafından kanıtlandığı anlaşılmaktadır... Karşı Oy : Türk Medeni Kanunu'nun 192. maddesi uyarınca eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Davalı kadının kocasının olumsuz görüş bildirmesine rağmen, toplumda değer yargısı olarak, evli bir kadına yakışmadığı genel olarak kabul edilen bir işte çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Değerli çoğunluk, eşin meslek ve işini kategorize ederek evlilikle bağdaşmayan bir işte çalışmayı boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Düşünceme göre; işin kendisinin evlilikle bağdaşıp bağdaşmadığı değerlendirilmesine gidilemez. Önemli olan, eşin meslek ve işine diğer eşin yaklaşımı ve bu işin evlilik birliğinin huzur ve yararını bozup bozmadığı noktasıdır. Davacı koca, davalı eşinin yaptığı işin evliliğin huzur ve yararını bozduğunu kanıtlamış; davalı ise bu olguyu gösterdiği delillerle çürütememiştir. Açıkladığım sebeplerle değerli çoğunluğun bozma/onamaya dair kararına katılmakla birlikte gerekçedeki kusura dair evlilik birliği ile bağdaşmayan yerlerde ifadesine katılmıyorum". Yarg. 2. HD E 2013/4708, K 2013/8647 T 28.3.2013 Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2013-4708.htm>.

olmamış gibi eski örgütlenme biçimlerini sürdürmektedir. Nitekim ev işlerinin görülmesinde kadın hala temel taş olma görevini üstlenmektedir ve erkekler eşlerini hala haftada en az kırk saat çalışan, işe gidip gelmek için zamanını ve enerjisini harcayan insanlar olarak görmedikleri için onlardan tüm vaktini ev işlerine ayıran geleneksel ev kadını rolünü sürdürmelerini beklemektedirler.⁴⁶ Kadın her alanda çalışabilecekken ancak öğretmenlik, psikologluk, eczacılık gibi bazı meslekler kadınlar için uygun bulunmaktadır.⁴⁷ Mesela bir erkeğin uzak yol kapmanı olup aylarca eve gelmemesi yadırganmaz, evlilik birliğinin huzur ve yararı açısından bu durum sorgulanmazken; kadın olan eşin bu tür bir meslek icra etmesi evlilik yaşamı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle hoş karşılanmayacaktır. TMK bağlamında kadın olan eşin mesleğini icra ederken erkek olan eşten izin alması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen bu gereklilik çoğu zaman erkek olan eşin olaya bakışında, hatta toplumun algısında vardır. Her ne kadar TMK m. 192 düzenlemesi kadın-erkek eşitsizliğini gideren bir yapıya kavuşmuşsa da toplumun gözünde “yuvayı dışı kuş yapar” ve dolayısıyla evlilik birliğinin huzurunu, yararını gözetmesi gereken kadındır. Aslında kadın yapacağı işi seçerken sadece erkek olan eşin değil, tüm toplumun onayını almalıdır.

D. Konutun Seçimi, Birliğin Yönetimi ve Giderlere Katılma

eTMK m. 152 düzenlemesi, “*Koca, birliğin reisidir./Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi ona aittir*”, şeklindeydi. Kanun koyucunun aile içinde ahenk ve düzenin sağlanması için birlik başkanını re’sen belirlediği bu hükmün kadın-erkek eşitliğine aykırı görülebilirse de, kocanın evlilik birliğinin kanuni başkanı sıfatının bir kanun hükmü olarak yaşadığı ve kocanın bu sıfatının ona birtakım haklar sağladığı, birtakım ödevler yüklediği belirtilmiştir.⁴⁸ Ancak aksi görüşte olacak şekilde Medeni Kanun’da kadın-erkek eşitsizliğini vurgulayarak belirten hükümlerden birinin TMK m. 152/f. 1 hükmü olduğu da ileri sürülmüştür.⁴⁹ Aynı Kanun’un 153. maddesinde, 152. maddenin

⁴⁶ Tülay Arın, “Kadın Çalışınca”, Feminizm Kitabı, (Hazırlayan: Hülya Osmanağaoğlu), Ankara 2015, s. 141.

⁴⁷ Dökmen, s. 203.

⁴⁸ Feyzioğlu, s. 185.

⁴⁹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, AÜHFD, Ankara 1988,

ilk fıkrasının devamı olacak şekilde “Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar” denilmekteydi. Buna göre evlilik birliğinin başkanı koca olup kadının konumu ise ona yardımcılıktı.⁵⁰

Önceki Medeni Kanun’un 152. madde hükmüne göre oturulacak evi seçme hakkı kocaya aitti ve bu aynı zamanda kocanın görevi kabul edilmekteydi. Kocanın seçtiği evin uygun olup olmadığı her olayın kendi şartları içinde tayin edilmekteydi. Evi oturulur hale getirmek ve bunun için gerekli eşyayı sağlamak da kocaya aitti, kocanın geliri ve ailenin sosyal durumu önemli bir faktör olarak göz önüne alınırdı.⁵¹ Kadın erkek eşitliğine aykırı olan bu hüküm eski Medeni Kanun zamanında da çok eleştirilmiştir. Kadının bütün bir yaşam boyu kocasıyla birlikte oturacağı evin seçiminde ona söz hakkı verilmediği, birliğin mutluluğunu sağlama, gerektiğinde de evin ihtiyaçları için kocaya malî yardımla yükümlü tutulan kadına bu konuda söz hakkının verilmemesinin kadın-erkek eşitliği ile bağdaşmadığı ve günümüzde koca gibi belli bir meslek ve sanat icra ederek evin masraflarına katılan, hatta birçok hâlde oturulan evin kira bedelini bizzat ödeyen kadına evin seçiminde inisiyatif verilmemesinin eskimiş bir hüküm niteliğini aldığı ifade edilmiştir.⁵² Aynı şekilde önceki Medeni Kanun’da erkeğin sahip olduğu toplumsal role uygun olarak karısının ve çocuklarının geçimini sağlamakla görevli olduğu belirtilmiştir. Doktrinde kocanın bu kapsamdaki görevinin içeriğine, günlük geçimi sağlamak kadar, hastalık halinde tedavi gibi geçici hususların da dâhil olduğu vurgulanmıştır.⁵³

TMK m. 186 uyarınca, “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler./Birliği eşler beraberce yönetirler./Eşler birliğin giderlerine güçleri

Cilt 40, Sayı 1, s. 253.

⁵⁰ Sevgican Aydın, “Türk Aile Hukukunda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 1, İstanbul 2009, s. 391.

⁵¹ Oğuzman/Dural, s. 153.

⁵² Ahmet Kılıçoğlu, “Medeni Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1991/1, s. 11.

⁵³ Oğuzman/Dural, s. 154; Feyzioğlu, kocanın, karısı ve çocukları için barınacakları bir ev bulmak, o evi döşemek, bir yuvanın idamesi, bir ocağın tütmesi için gerekli sair giyecek, yiyecek ihtiyaçlarını karşılamak, çocukların eğitim giderlerini, harçlıklarını, sosyal ve medeni yaşantılarının gereklerini sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir, bkz. Feyzioğlu, s. 186-187.

oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar". TMK m. 186/f. 1 düzenlemesi ile eşlerin beraberce oturacakları ortak konutu seçmeleri ilkesi getirilmiştir. Böylelikle konutun seçiminde kadına göre üstün konuma getirilmiş bulunan kocanın tek başına konutu seçmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Eşlerin birlikte konut seçmeleri mümkün olmazsa, TMK m. 195'e göre eşlerden biri veya her ikisi, uyuşmazlığın giderilmesi için mahkemeye başvurabilir; çünkü oturulacak olan aile konutunun seçimi önemli bir konu olup bu konudaki uyuşmazlık TMK m. 195 kapsamına girmelidir.⁵⁴ Erkek artık aile reisi olmadığı için eşler konut seçiminde anlaşamazlarsa erkeğin oyuna öncelik verilmeyecektir.⁵⁵ Konut seçiminde kadın ve erkeğe eşit söz hakkı tanıyan bu düzenleme Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Anlaşma⁵⁶ ile de uyum içerisindedir. Nitekim ilgili sözleşmede kadının yerleşim yerini seçme konusunda erkek ile eşit haklara sahip olduğu öngörülmüştür.⁵⁷ Eşlerin seçeceği konutun, bağımsız bir konut olması da gerekir; çünkü eşlerden biri, diğer eşi kendi anne ve babasıyla oturmaya zorlayamayacaktır.⁵⁸ Zaten bu davranış, birlikte seçmek kuralıyla bağdaşmaz ve tek taraflı seçme dayatma olur.⁵⁹ Eşlerin seçecekleri bu konuta "aile konutu"⁶⁰ denilmektedir. Önceki Medeni Kanun'da yer almayan bu kavramın tanımına⁶¹

⁵⁴ Zafer Zeytin, "Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, 1661; Akıntürk/Ateş, s. 110; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161.

⁵⁵ Pınar Özlem Demir, "Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 521-522.

⁵⁶ M. 15/f. 4: "Taraf Devletler, kadın ve erkeğe hukuki olarak ikametgâh seçme taşımada eşit yasal hak tanyacaklardır".

⁵⁷ Aydın, s. 390.

⁵⁸ Demir, s. 522; Akıntürk/Ateş, s. 110.

⁵⁹ Akıntürk/Ateş, s. 110.

⁶⁰ Aksi görüşte Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161; Erkan da, Dural/Öğüz/Gümüş ile aynı doğrultuda, maddede yer alan konuttan kastın evlilik konutu olduğunu söylemiştir. Evlilik konutu, ailenin birlikte yaşadığı her türlü konut olup aile konutundan daha geniş bir kavramdır. Ancak yazar, çoğu halde evlilik konutunun aile konutu niteliğine sahip olduğunu ve çoğu zaman eşlerin yerleşim yeri olduğunu ifade eder, bkz. Vehbi Umut Erkan, "Türk Medeni Kanununda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara Ocak-Şubat 2018, Sayı 134, s. 433; Öztan da TMK m. 186/f. 1'de geçen konutun eşlerin aile konutu dışında kalan, kullandıkları konut veya konutlar olduğunu; yani evlilik konutu olduğunu ifade eder, bkz. Öztan, s. 220.

⁶¹ Doktrinde aile konutunun çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Mesela Barlas'a göre, aile konutu, eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anla-

Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesinde yer verilmiştir. Buna göre, *"aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır"*.⁶² Eşler, kendilerine tanınmış olan ortak konutu seçme hakkını kullanırken akla uygun davranmalı, ödeme güçlerini aşacak ve aileyi sıkıntıya sokacak seçimlerden kaçınmalıdır; yani ailenin ekonomik durumunu ve ödeme gücünü dikkate almalıdır.⁶³

TMK m. 186/f. 2 düzenlemesi birliği eşlerin beraberce yöneteceğini belirterek evli kadını, evlilik birliğinin yönetiminde kocayla aynı seviyeye getirmiş ve böylece ona bu konuda hak tanımaktan başka evlilik birliğinin yönetimi konusunda yükümlülük getirmiştir. Evlilik birliğinin yönetimine kadın ya da kocanın katılmaması veya katılımlarının engellenmesi durumlarında TMK m. 195'e göre mahkemeye başvuru olarak evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin alınması imkânı vardır.⁶⁴

Türk Medeni Kanunu'nun 186'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılacaklardır. Evlilik birliğinin giderlerine katılma açısından temel ölçüt eşlerin ödeme güçleri ve finansal olanaklarıdır. Birlik ihtiyaçları kavramı kişisel kapsamı itibarıyla tüm ailenin ihtiyaçlarını kapsar. Eşlerin birlik giderlerine katkısının belirlenmesinde ilk iş olarak birlik giderleri tespit edilmelidir. Birlik giderlerine en başta gıda, konut, giyim, kişisel bakım ve sağlık gibi temel ihtiyaçlar için yapılan harcamalar girer; kültürel ihtiyaçlar için yapılan harcamalar da kapsama dâhildir. Eşlerin sahip oldukları ve aileye hizmet eden malvarlığı değerleri için yaptıkları harcamalar, sağlık harcamaları ve sosyal güvenlik harcamaları da birlik gideri kabul edilmelidir.⁶⁵ Kanun koyucu, giderlere katılmada kıstas olarak eşlerin kişisel ve ekonomik durumlarını, isteklerini, yeteneklerini, gayretlerini ve hayat tarzlarını göz önünde tutmaktadır ve

şılablecek biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arz edecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesidir, bkz. Nami Barlas, "Yeni Medeni Kanuna Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi", Makalelerim, İstanbul 2008, s. 335-336; Serozan'a göre, "aile konutu, eşlerin kendilerinin ve çocuklarının yaşam merkezi olarak seçtikleri konuttur", bkz. Rona Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 281.

⁶² Aydın, s. 390.

⁶³ Akıntürk/Ateş, s. 110.

⁶⁴ Erkan, s. 434; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 158.

⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 162-163.

burada matematiksel bir değerlendirme yapmadan emekle veya kazançla katılmayı eşit değerinde kabul etmiştir.⁶⁶ Bu bağlamda, evlilik birliği içerisinde özellikle çalışmayan kadının birliğin giderlerine emeğiyle yaptığı katkı önemli hale gelmektedir. Çalışmayan kadın, ev işlerini görmek, çocukların bakımı ya da yürüttüğü meslek ve sanatın icrasında kocaya yardım etmek şeklinde evlilik birliğinin giderlerine emeğiyle katılabilir.⁶⁷ Bu şekilde evli kadınların emeklerinin ilk defa Medeni Kanunumuzla değerlendirmeye alınmasının memnuniyet verici olduğu ve özellikle boşanmalarda hesaba katılmak yoluyla belirli bir geliri olmayan, ama evde ve eşinin işyerinde veya tarlada tüm gücüyle çalışarak eşine destek olan fedakâr ve cefakâr kadınlarımızın mağdur olmalarının önüne geçildiği vurgulanmıştır.⁶⁸ Yıllar yılı ev kadınları için çalışmıyor denilmiştir ve karşılıksız olarak ev işlerini yapmaları doğal ve toplumsallaşma dışı görülerek ekonomik sisteme dâhil edilmemiştir.⁶⁹ Bu nedenle TMK'nın getirmiş olduğu bu düzenleme önemli olduğu kadar çok da anlamlı bir değişikliktir. Son olarak belirtilmelidir ki, evlilik birliğinin giderlerine katılmada kanun koyucu eşlerin güçleri oranında katılması ilkesini benimsediği için çok varlıklı olan eş giderlere daha fazla, az varlığı olan eş ise daha az katlanacaktır; yani eşlerin birlik giderlerine eşit olarak katlanması söz konusu değildir.⁷⁰

Toplumun bakış açısıyla kocanın evin reisi olduğu, her konuda son sözü söyleme hakkının ona ait bulunduğu ve evin geçimini sağlama gereken tarafı oluşturduğu olgusu hiç değişmemiştir. Toplum tarafından ailenin ekmeğini kazanma rolü verilen erkek çok para kazanma, ailesini en iyi koşullarda yaşatma ve ekonomik güç elde etme zorunluluğu duyduğu için⁷¹ eşinin ve çocuğunun geçimini sağlama borcunun sadece kendisine ait olduğunu düşünmektedir. Belki de daha doğru tabirle bu toplum tarafından düşündürülmektedir. Önceki Medeni Kanunda olduğu gibi kadının görevinin kocaya yardım etmek olduğuna dair güçlü bir kabul ediş vardır. Üstelik ekonomik yönden erkekler kadınlara göre genellikle daha iyi durumda oldukları, daha

⁶⁶ Öztan, s. 227-228.

⁶⁷ Erkan, s. 436.

⁶⁸ Akıntürk/Ateş, s. 115.

⁶⁹ Françoise Heritier/ Michelle Perrot/ Sylviane Agacinski/ Nicole Bacharan, Kadınların En Güzel Tarihi (Çeviren: Yonca Aşçı Dalar), İstanbul 2016, s. 216.

⁷⁰ Kılıçoğlu, Aile, s. 168.

⁷¹ Y. Dökmen, s. 220.

çok para kazandıkları⁷² için ve hala gelir getiren bir işte çalışmayan kadının ev işlerinde harcadığı mesai hor görüldüğünden mesela aile konutunun seçimi gibi önemli bir konuda “parayı veren düdüğü çalar” anlayışı ile koca kendi isteklerini dayatmaktadır. Aslında kadının ailenin geçimindeki rolünün, kazancıyla katkıda bulunması değil, evine ve çocuklarına emek harcamasıyla anlamlı olacağı eskilerden beri gelen yaygın bir anlayıştır. Mesela Mill, kadının kazanç sağlamaya çalışmak gibi ek bir çaba üstlense bile bu ilave çabanın onu nadiren önceki uğraşlarından kurtaracağına; tam tersine yalnızca bunları düzgün şekilde icra etmesini engelleyeceğine ve böylece çocuklarına ve evine ilgi gösteremeyen kadının bıraktığı boşluğu başka hiç kimsenin dolduramayacağına ve yaşamayı başaran çocukların kendi başlarına yetişeceğine, evin durumunun kötüleşeceğine, tüm bunların kadının kazançlarının değeriyle karşılaştırıldığında ekonomik anlamda dahi büyük bir hasar olduğuna vurgu yapar.⁷³

E. Velayet Hakkının Kullanılması

eTMK m. 263 düzenlemesi, “evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir”, şeklindeydi. Bu hükümle velayet hakkının eşler tarafından nasıl kullanılacağı sorunu düzenlenmiştir. Velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai hallerde akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi nedenlerle kısıtlanan çocuklarının şahıs varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi, mallarına özen gösterilmesi ve bunlara ek olarak onların temsil edilmesi konularında anne ve babanın veya bunlardan birinin sahip oldukları yükümlülük ve hakların tümüdür.⁷⁴

⁷² “DİE'nin anketine göre, 2002 yılında çalışan fertlerin yüzde 32,4'ünü kadınlar, yüzde 67,6'sını erkekler oluşturmasına rağmen esas iş gelirlerinin sadece yüzde 10,4'ü kadınlar, geriye kalan yüzde 89,6'sı ise erkekler tarafından elde edildi. Ücretli, maaşlı olarak çalışanların yüzde 18,7'sini oluşturan kadınların, toplam esas iş gelirinin yüzde 15,1'ini elde ettiği ifade edilen açıklamada, “Çalışan kadınların elde ettikleri ortalama yıllık gelir, 1 milyar 236 milyon 704 bin 481 lira iken, erkeklerin geliri 4 katı daha fazla olup 5 milyar 83 milyon 928 bin 510 liradır” denildi”, ilgili veriler için bkz. Y. Dökmen, s. 206; Fransız kadınlarının çalışma hakkı ve malvarlığının yönetimi konusunda erkeklerle tamamen eşit haklara sahip olabilmeleri için 1980'li yılları beklemeleri gerekmiştir. Eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulamaya konulması devlet memurluğuyla başlamıştır, bkz. Heritier/Perrot/Agacinski/Bacharan, s. 177.

⁷³ Mill, s. 94.

⁷⁴ Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s. 20.

Önceki Medeni Kanun'da anne ve baba arasında velayet hakkının kullanılması açısından bir ayırım yapılmış ve babaya anne karşısında üstünlük tanınmıştır. Bu sebeple çocuğun öz adının konmasında, okulunun saptanmasında, işe verilmesinde, tıbbi müdahalede, nişanlanmada, akrabalarla ve arkadaşlarla ilişkilerde son söz hep babaya ait oluyordu.⁷⁵ Bu düzenleme, önceki Medeni Kanun'daki karı kocanın çocukların iştah ve terbiyesine beraberce ihtimam etmekle yükümlü oldukları ve eve kadının bakacağı hükmüyle beraber okunarak kadına, çocukların yetişmesi ve bakımı konusunda büyük bir külfet getirirken, velayet hakkının kullanılması gündeme geldiğinde kadının son sözü söyleme hakkının olmayıp bu hakkın kocaya ait olması yönünden mantık dışı ve adaletsiz kabul edilmekteydi.⁷⁶ Babaya göre çocuklar üzerinde daha fazla emek sahibi olan, babayla kıyaslandığında çocukların sağlığı, beslenmesi ve eğitimi gibi konularda daha fazla uğraş veren, zaman ayıran annenin hatta belki de velayet hakkının kullanılmasında babadan daha üstün durumda olması gerektiği dahi ifade edilmiştir.⁷⁷ Ancak bu eşitsizliğin bazı zorunlulukların ürünü olduğu ve makul esaslara dayandığı gerekçesiyle adalet duygularını zedelediği ve insan haklarına aykırı olmadığı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür.⁷⁸ Hatta bu hükmün eşlerden birinin diğerine tahakküm etmesi amacına yönelik olmadığı; babanın oyuna üstünlük tanınmasının esasında velayetin ortak bir yetki olmasından kaynaklandığı ve sınırını çocuğun çıkarının belirlediğini belirttikten başka, kanun koyucunun anne ve babanın anlaşamadıkları her konuda mahkemeye başvurup hâkimin aile hayatına gereksiz müdahalelerini önlemek için bu kuralı getirdiği⁷⁹ şeklinde hükmü savunmaya çalışmışlardır. Ancak bu savunma, eşlerden birinin görüşü diğerine üstün tutulacaksa, bu eşin neden kadın olmadığı sorusuna cevap verememektedir. Dolayısıyla önceki Medeni Kanununun 263. madde hükmü her şekilde kadın-erkek eşitliğine aykırı kabul edilmelidir.

TMK m. 336/f. 1 uyarınca, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Bunun için fiil ehliyetine sahip olmaları

⁷⁵ Reyhani Yüksel, Velayet, s. 41.

⁷⁶ Kılıçoğlu, Medeni Kanun, s. 15.

⁷⁷ Kılıçoğlu, Medeni Kanun, s. 16.

⁷⁸ AYTEKİN ATAAY, "Bir İnkılap Yapıtı Olarak Medeni Kanun", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 45, Sayı 1-4, s. 56.

⁷⁹ Oğuzman/Dural, s. 274.

gerekir.⁸⁰ Bu hüküm uyarınca anne ve baba, velayet hakkının kapsamına giren her konuda, yani çocuğun bakım, eğitim, korunma ihtiyaçlarının karşılanması, kişiliğine özen gösterilmesi, çocuğun temsil edilmesi ve mallarının yönetilmesi konularında birlikte hareket edeceklerdir.⁸¹ Türk Medeni Kanunu, eşlerin evlilik birliği için önem taşıyan bir konuda farklı fikirlere sahip olması halinde eşlerden birisi ya da her ikisine hâkime başvuru imkânı tanımıştır. Eşler, kişisel çekişmelerin ötesinde evlilik birliğinin hayati menfaatleri için hâkimin ihtarını veya arabuluculuğunu isteyebilirler. Mesela çocuğun adının konması, okuyacağı okulun seçilmesi gibi hususlara ilişkin uyuşmazlıklarda hâkimin müdahalesi istenebilir.⁸²

Velayet hakkının kullanımı konusunda anne ve babanın anlaşmazlığa düşmesi durumunda babanın oyuna üstünlük tanıyan düzenlemenin yerini evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanacaklarına dair hüküm almıştır. Ancak önceki Medeni Kanun'un konuyla ilgili hükmü kadın-erkek eşitliğini sağlayacak bir hale evrilmiş olsa da, tıpkı diğer konularda olduğu gibi, toplumdaki ataerkil bakış açısı kadının erkekle eşit konumda olmasına izin vermemektedir. Çocukların sorumluluğu erkeklere değil, kadınlara verilmiş olmasına rağmen⁸³ çocukla ilgili önemli bir konuda baba son sözü söylemek isteyecektir. Mesela kadın olan eşin, eşim benim rızam olmadan çocuğa kendi babasının adını verdi, serzenişlerini sıklıkla duymak mümkündür. Böylesi önemli bir konuda yani eşlerin aralarındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulamaması durumunda, TMK m. 195/f. 1'deki evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşlerin ayrı ayrı hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri yolundaki düzenlemeden hareketle mesela kadın olan eşin mahkemeye başvurabileceği söylenmektedir. Ancak bu yola başvurmanın mahzurları arasında gösterilen eşler arasındaki geçimsizliği körükleme, evlilik birliğini sarsması ve bu nedenle boşanma riskini yükseltme tehlikelerini göze almak çok kolay olmadığından⁸⁴ kadın olan eş kendi çocuğu ile ilgili karar verici konumda olmayacaktır.

⁸⁰ Öztan, s. 1079.

⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 353.

⁸² Reyhani Yüksel, Velayet, s. 43.

⁸³ Y. Dökmen, s. 82.

⁸⁴ Kudret Güven, "Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, Cilt 2, Sayı 1, s. 29.

Sonuç

Türk Medeni Kanunu'nda önceki Medeni Kanunumuza göre kadın-erkek eşitliğini sağlama yolunda, birkaç istisna hariç olmak üzere, çok önemli ve olumlu değişiklikler yapılmıştır. Kocanın artık evin reisi kabul edilmemesi ve evlilik birliğini ilgilendiren konularda, ortak konunun seçilmesinde eşlerin ortak karar alması ilkesinin getirilmiş olması, eşlerin bir meslek seçiminde diğer eşin rızasına ihtiyaç duymaması, evlenme yaşı bakımından kadın ve erkek için evlenme yaşının aynı belirlenmiş olması, velayet hakkının kullanılmasında kocanın oyunun üstün tutulmasından vazgeçilmesi gibi gelişmeler yaşanmıştır. Ancak kanun koyucunun tüm bu çabalarına rağmen aile hayatında kadın ve erkek arasında arzu edilen eşitlik yaşanmamıştır. Çünkü hukuk kuralları vazederek istenen değişimin yaşanması mümkün olmamakta, toplumun kadına bakışının ve ona yüklediği rolün farklılaşmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ataerkil bir toplumun tortuları hala atılmadığı için kocanın evin reisi olduğu, evin geçimini sağlamanın onun borcu olduğu ve kadının birincil görevinin anne olmak ve eve bakmak olarak görülmesine rağmen çocuklarla ilgili konularda son sözü söyleme hakkının babaya ait bulunduğu algısı hala varlığını devam ettirmektedir. Bu sebeple hukuk kurallarını değiştirmekten ziyade, bu konuda önce ailede, sonra okulda verilecek eğitimle bakış açılarının, toplumdaki kadın algısının değişimi sağlanmalıdır. Aksi takdirde kadın-erkek eşitliği yasalarda yer alan kelimelerin ötesinde bir anlam taşımayacaktır.

Kaynakça

- Akıncı Şahin, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, Ankara Haziran-Aralık 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 15-31.
- Akıntürk Turgut/ Ateş Derya, *Aile Hukuku*, İstanbul 2017.
- Aksaray Buse, *Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti*, İstanbul 2012.
- Arın Tülay, "Kadın Çalışınca", *Feminizm Kitabı*, (Hazırlayan: Hülya Osmanağaoğlu), Ankara 2015, s. 141-143.
- Arslan Yusuf, *Oyundan Düğüne Hayatlar: Güneydoğu'da Çocuk Gelinler*, İstanbul 2015.
- Ataay Aytakin, "Bir İnkılap Yapıtı Olarak Medeni Kanun", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 45, Sayı 1-4, s. 49-58.
- Aydın Sevgican, "Türk Aile Hukukunda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, İstanbul 2009, s. 387-408.

- Barlas Nami, "Yeni Medeni Kanuna Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi", Makalelerim, İstanbul 2008, s. 331-356.
- Baygın Cem, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 453-462.
- Brizendine Louann, Kadın Beyni, (Çeviren: Zeynep Heyzen Ateş), İstanbul 2014.
- Büyüktanır Tahir, "Medeni Kanun Yasa Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1998/1, s. 54-63.
- Demir Pınar Özlem, "Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 509-562.
- Doğan Murat, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", *AÜHFĐ*, Ankara 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 93-129.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.
- Ereş Fiğen, "Türkiye'de Kadının Statüsü ve Yansımaları", *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, Ankara 2006, Sayı 19, s. 40-52.
- Erkan Vehbi Umut, "Türk Medeni Kanununda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara Ocak-Şubat 2018, Sayı 134, s. 431-450.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- Frier Bruce W./McGinn Thomas A. J., A Case on Roman Family Law, Oxford University Press Newyork 2004.
- Gönenç Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.
- Gören Zafer, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998.
- Güven Kudret, "Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, Cilt 2, Sayı 1, s. 11-35.
- Heritier Françoise/Perrot Michelle/Agacinski Sylviane/Bacharan Nicole, Kadınların En Güzel Tarihi (Çeviren: Yonca Aşçı Dalar), İstanbul 2016.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2017.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1991/1, s. 9-17.
- Kocabıyık Seda, "Feminist Bakış Açısıyla Türk Medeni Kanunu", *Türk Hukukunda Kadın* (Editörler: Necla Öztürk/Güven Yarar/Şule Arslan), Ankara 2017, s. 41-57.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", *AÜHFĐ*, Ankara 1988, Cilt 40, Sayı 1, s. 251-279.
- Koyuncu Nuran/Bayraktar Tuğba, "Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kadının Hukuki Statüsü", *International Congress on Politic, Economic and Social Studies*, 2017, s. 95-103.

- Mill John Stuart, Kadınların Köleleştirilmesi (Çeviren: Ahmet Özcan), İstanbul 2017.
- Odyakmaz Altınbaş Zehra, "Anayasalarımızda Kadın Hakları", s. 455, <http://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/Zehra-Odyakmaz-Altınbaş-C5%9E-Anayasalar%C4%B1m%C4%B1zda-Kad%C4%B1n-Haklar%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 17.02.2018).
- Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 2001.
- Ortaylı İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2018.
- Özcebe Hilal/Biçer Küçük Burcu, "Önemli Bir Kız Çocuk ve Kadın Sorunu: Çocuk Evlilikler", *Türk Pediatri Arşivi Dergisi*, İstanbul 2013, 48 (2), s. 86-93.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Reyhani Yüksel Sera, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 175-200.
- Reyhani Yüksel Sera, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Evlenme Yaşına İlişkin Düzenlemenin Çocuk Hakları Açısından Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul 2015, Cilt 7, Sayı 17, s. 21-42.
- Reyhani Yüksel Sera, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016.
- Reyhani Yüksel Sera, "Çocuk Gelinlerin Kürtaj Başvurusu Halinde Ortaya Çıkan Çeşitli Meseleler Hakkında Tüketici Hukuku Perspektifinden Düşünceler", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları (6'ncı Tüketici Hukuku Kongresi), Editörler: İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer, İstanbul 2017, s. 314-341.
- Serozan Rona, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 279-288.
- Serozan Rona/Başoğlu Başak/Kapanıcı Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt II, Ankara 2016, s. 531-560.
- Y. Dökmen Zehra, Toplumsal Cinsiyet, İstanbul 2014.
- Zeytin Zafer, "Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1649-1680.

ÖLÜM RİZİKOSUNA KARŞI YAPILAN HAYAT SİGORTASINDA LEHTAR OLAN MİRASÇININ MİRASI REDDİ HALİNDE VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ ÖDEME SORUNU

INHERITANCE AND TRANSFER TAX PAYMENT PROBLEM OF
THE HEIR WHO IS THE BENEFICIARY
IN THE LIFE INSURANCE AGAINST THE RISK OF DEATH
IN THE CASE OF REJECTION OF HERITAGE

Meltem ERTUĞRUL*

Gülşah YILMAZ**

Özet: Ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortasında lehtar belirtilmemişse, Türk Ticaret Kanunu m. 1494/2 uyarınca sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine yapıldığı kabul edilmektedir. Sigorta şirketi 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 17. maddesi gereğince vergi ödemesinin yapıldığını gösteren vergi dairesinden alınmış bir belge kendisine sunulmadan lehtara ödeme yapamaz. Vergi uygulamasına bakıldığında lehtar olarak hakkı bulunan mirasçıların mirası reddetmiş olması halinde, sigorta tazminat alacağı miras hakkı ile karıştırılmaktadır. Dolayısıyla vergi daireleri mirası reddetmiş kişilere vergi beyannamesi verme hakkı tanımamaktadır. Konu ile ilgili çıkarılan Maliye Bakanlığı düzenlemelerinde sigorta tazminatları ticaret hukuku ve miras hukuku kurallarının aksine miras olarak değerlendirilmektedir. Bu çelişki nedeniyle mirası reddetmiş olan lehtarlar, hak ettikleri sigorta bedelini alamamaktadırlar. Ortaya çıkan çelişkinin açıklığa kavuşması amacıyla bu çalışmada ilk olarak lehtarın hakkının Veraset ve İntikal Vergisi karşısındaki durumu incelenmiştir. Akabinde Maliye Bakanlığı düzenlemeleri ile Türk Ticaret Kanunu hükümleri ve miras hukuku kuralları karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hayat Sigortası, Lehtar, Ölüm Rizikosu, Mirasın Reddi, Veraset ve İntikal Vergisi

Abstract: If the beneficiary is not specified in the life insurance policy against the risk of death it is accepted that the contract is made in favor of the heirs of the policyholder according to Turkish Commercial Code Article 1494/2. The insurance company cannot pay

* Av. Dr., meltemdemiral@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7265-5119

** Av. Dr., gulsahaslan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7589-2064, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.03.2019, Kabul Tarihi: 01.04.2019

the beneficiary without submitting a document from the tax office showing that the tax payment has been made in accordance with the 17th Article of the Inheritance and Transfer Tax Law No. 7338. In practice, if the heirs, who are entitled as beneficiaries, have rejected the legacy, insurance claim is confused with the right to inheritance. For this reason, tax authorities do not grant the right to give tax returns to persons who have rejected the legacy. In accordance with the regulations of the Ministry of Finance issued in this respect, insurance claims are considered as inheritance in contrast to the rules of commercial law and inheritance law. Due to this contradiction, the beneficiaries who have rejected the legacy cannot get insurance payment they deserve. In this study, in order to clarify this contradiction, firstly the situation of beneficiary's right against Inheritance Tax was examined. Then, the regulations of the Ministry of Finance and the provisions of the Turkish Commercial Code and the rules of inheritance law were compared.

Keywords: Life Insurance, Beneficiary, Risk Of Death, Rejection Of Heritag, Inheritance And Gift Tax

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun 1487 vd. maddelerinde sigortalının ölümü veya hayatta kalması rizikosuna bağlanmış olan hayat sigortaları düzenlenmiştir. Ölüm rizikosuna bağlanmış sigortalara, özellikle kredi kuruluşlarından kredi çekildiği durumlarda sıklıkla başvurulmaktadır. Kredi kuruluşları, kredi çekenin ölümü halinde geri kalan borç tutarının ödenmesinin teminini bu yolla sağlamaktadır. Bu hallerde, kredi çeken sigortalı olmakta ve ölümü halinde, çekilen kredinin toplam tutarı sigorta firması tarafından lehtarlara ödenmektedir. Burada çekilen kredinin toplam tutarından, sigortalının kredi veren kuruluşa ödemiş olduğu borç tutarı, kredi veren kuruluşa ödenmekte; sigortalının kredi veren kuruluşa o zamana kadar ödemiş olduğu tutar ise sigortanın diğer lehtarına ödenmektedir.

Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda sözleşmede lehtar önceden belirlenebilir, ancak lehtarın sigorta sözleşmesinde gösterilmemiş olması da mümkündür. Bu durumda lehtarın kim olduğunun belirlenmesi için, TTK'nın 1494. maddesinde yorum kuralı getirmiş ve lehtarın sigorta ettirenin mirasçılığı olacağını düzenlemiştir. Aynı hükümde mirasın reddi veya mirastan vazgeçmenin lehtarın hakkı üzerinde etkili olmayacağı da belirtilmiştir. Sigorta sözleşmesinde lehtarın mirasçılar olarak düzenlenmiş olması da mümkündür, bu hallerde de mirasın reddi lehtarın hakkını engellemeyecektir. Ancak, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 17. maddesine göre, sigorta şirketinin

lehtara ödemede bulunabilmesi için, buna ilişkin vergi ödemesinin yapıldığını gösteren, vergi dairesinden alınmış bir belgenin kendisine sunulması gerekmektedir. Lehtar olarak hakkı bulunan mirasçılardan mirası reddetmiş olması halinde ise, bu tazminat alacağı miras hakkı ile karıştırılarak, mirası reddetmiş kişilere vergi daireleri tarafından vergi beyannamesi verme hakkı tanınmamaktadır. Bu konuda çıkarılan Maliye Bakanlığı özelgelerinde de bu sigorta tazminatları Türk Ticaret Kanunu'nun ve miras hukuku kurallarının aksine miras olarak değerlendirilmektedir. Bu çelişki nedeniyle mirası reddetmiş olan lehtarlar, hakları olan sigorta tutarını alamamaktadırlar.

Bu çalışmada, ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortalarının niteliği, lehtar atanması ve değiştirilmesine ilişkin düzenlenmeler, lehtar olarak kabul edilen mirasçılardan genel olarak kimler oldukları ve genel hatlarıyla mirasın reddi incelenerek, sigorta alacaklısı olan lehtarların hakkının tereke kapsamına giren bir değer olmadığı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda lehtarın hakkının Veraset ve İntikal Vergisi karşısındaki durumu ile TTK hükümleri ve miras hukuku kurallarıyla bu konudaki Maliye Bakanlığı özelge ve sirküleriyle karşılaştırılması yapılmaya çalışılmıştır.

I. ÖLÜM RİZİKOSUNA KARŞI YAPILAN HAYAT SİGORTASI

A. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) 1487. maddesi uyarınca hayat sigortası ile sigortacı, belli bir prim karşılığında, sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, sigortalının ölümü veya hayatta kalması halinde, sigorta bedelini ödemeyi üstlenir. Hayat sigortası, sigortacının sigorta ettirenin prim ödeme borcunu yerine getirmesi karşılığında, lehtara, riziko şahsının ölümü halinde veya sözleşmede belirtilen tarihte hayatta kalması koşulu ile belirli bir tutarı ödeme sorumluluğu taşıdığı sözleşmedir.² Bundan başka kaza sonucu sakat kalma, çalışamaz duruma gelme ile bakıma muhtaç hale gelme rizikoları da ek bir anlaşma ile temin edilebilmektedir. Ölüm ihtimaline karşı sigortalarda riziko münhasıran sigorta ettirenin ya da riziko şahsının ölümüdür.³

¹ R.G., 14.02.2011, S. 27846.

² Işıl Ulaş, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 19.

³ Kemal Şenocak, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 13.

Sigorta ettiren hayat sigortası yaptırarak hayatı sırasında ortaya çıkacak bazı belirsizliklerin yol açacağı mali rizikoyu sigortacıya aktarır. Bu çerçevede içinde hayat sigortasının amacı hayat üzerine sigorta yaptırılan kişinin yaşlanmasına karşı tedbirli olmak ve/veya bu kişinin ölümü üzerine geride kalanların ekonomik açıdan elverişsiz bir duruma düşmelerini önlemektir.⁴

Ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortasında sigorta ettiren, kendisinin veya başkasının hayatını ölüm ihtimaline karşı sigorta ettirebilir. Ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin mutlak cenaze giderlerini aşması halinde sigortalının veya varsa kanuni temsilcisinin yazılı izni gerekir. Sigortalı on beş yaşından büyükse kanuni temsilcinin dışında ayrıca onun da izni alınır. İzin olmadan yapılan sözleşme, icazet verilmediği takdirde geçersizdir (TTK m. 1490).

B. LEHTAR ATANMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

Hayat sigortası sözleşmesinden sigorta ettiren lehine doğan haklar başkasına temlik edilebileceği gibi rehin de edilebilir. Sigorta ettiren genel hükümlere tabi olan bu tasarrufların yanında hayat ve kaza sigortalarına özgü diğer bir yöntem olan lehtar tayini yoluyla da sigorta sözleşmesinden doğan haklar üzerinde tasarrufta bulunabilir.⁵ Hayat sigortası sözleşmesi sigorta ettirenin yanı sıra, üçüncü kişi konumundaki gerçek veya tüzel kişiler lehine de yapılabilir (TTK m. 1493/1). Sigorta edilen riziko gerçekleşince sigorta bedelini talep hakkı, lehine sözleşme yapılan kişiye aittir.⁶ Lehine sigorta sözleşmesi yapılan kişiye lehtar adı verilir. Lehtar atama yalnızca risk priminin alındığı ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortalarında veya yaşama koşuluyla yapılan sigortalarda mümkün olduğu gibi birikim amaçlı yapılan sigortalarda da mümkündür.⁷

⁴ Samim Ünan, *Hayat Sigortası Sözleşmesi*, Beta, İstanbul 1998, s. 1 (Sözleşme).

⁵ Ünan, *Sözleşme*, s. 29.

⁶ Örneğin, A, kendisinin ölümü şartına bağlanan sigorta sözleşmesinde, ölümü halinde sigorta bedelini alma yetkisini eşi B'ye tanıdıysa bu sözleşme üçüncü kişi lehine yapılmış olur (Mustafa Çeker, *Sigorta Hukuku*, 19. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2018, s. 314).

⁷ Samim Ünan, "Hayat Sigortalarda Lehtar Atama İle İlgili Bazı Sorunlar", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, s. 296, (Lehtar).

Lehtarın zarar sigortalarındaki sigortalıdan farkı rizikonun şahsında gerçekleşmemesidir.⁸ Sigorta ettiren, atadığı lehtar sigortacıya bildirmek zorundadır (1493/2). TTK. m. 1493/7 uyarınca sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça lehtara aittir. Lehtarın, sigortacıya karşı istem hakkını kazanamaması halinde, bu hak sigorta ettirene, onun da ölmüş olması halinde, mirasçılara geçer (TTK. m. 1495). Kendisine yapılan başvuruya rağmen süresi içerisinde ödemedede bulunmayan sigorta şirketi temerrüde düşer ve bu tarihten itibaren borcunu temerrüt faiziyle birlikte ödemek zorundadır. Lehtar sigorta sözleşmesinin kuruluş aşamasında belirlenebileceği gibi sözleşmenin yapılmasından sonra da belirlenebilir.⁹ Lehtar tayini tek taraflı bir işlemdir; bu nedenle lehtar atanması ve değişiklikleri sigortacının iznine tabi değildir, dolayısıyla sigortacı dilediği kişiyi lehtar olarak atayabilir.¹⁰ Sigorta ettiren bu durumda da atadığı lehtar sigortacıya bildirmek zorundadır. Aksi halde, sigortacı iyi niyetle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur (TTK. m. 1493/3).

TTK. m. 1490/2 uyarınca başkasının hayatı üzerine yapılan sigortaların geçerli olması için lehtar, riziko kişinin hayatının sürmesinde çıkar sahibi olmak zorundadır. Dolayısıyla sözleşme yapılırken sigorta ettiren tarafından lehtar atanmamışsa yasal lehtarın, lehtar sözleşme yapılırken atanmışsa bu atanmış lehtarın, sigorta ettiren yasal lehtarı sonradan değiştirirse yeni lehtarın çıkar sahibi olmaları şarttır.¹¹

Lehtar atama hakkının hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre lehtar tayini alacağın temlikinden tamamen farklı ve sigorta hukukuna özel bir kurum olarak kabul edil-

⁸ Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 223. Lehtar ile sigortalının aynı kişi olmalarında hukuki bir engel bulunmamaktadır (Şaban Kayıhan/ Ömer Bağcı, *Türk Sigorta Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli 2018, s. 149).

⁹ Ulaş, s. 42. Ünan, Lehtar, s. 296.

¹⁰ Lehtar sözleşme yapılırken belirtebileceği gibi daha sonra da tespit edilebilir. Ayrıca önceden belirlenen lehtarın daha sonradan değiştirilmesi de mümkündür. Örneğin, A kişisi kendi adına yaptırdığı hayat sigortasında lehtar olarak eşi B’yi göstermiştir. Ancak A ile B’nin daha sonra boşanmaları nedeniyle, A, yaptırdığı sigortada lehtar olarak gözükken eşi B’nin adının silinmesini ve onun yerine oğlu C’nin geçmesini sağlayabilir. Bu kuralın tek istisnası vardır: Sigorta ettiren, lehtar değiştirme hakkında vazgeçtiğini poliçeye yazdırmış ve bunu lehtara teslim etmişse artık o kişiyi değiştiremez (TTK m. 1493/4) (Bu konuda bkz. Çeker, s. 316).

¹¹ Ünan, Lehtar, s. 297.

melidir.¹² Başka bir görüşe göre ise sigorta sözleşmesinde değişiklik yapan bir hak olması açısından yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Sigorta ettiren lehtar atama hakkını kullandığında tarafı olduğu hayat sigortası sözleşmesinde farklı ve yeni bir durum ortaya çıkmaktadır. Sigorta bedeli üzerinde başka bir kişi derhal veya lehtar atama işlemi yürürlükte tutulduğu ve sınırlanmadığı takdirde riziko gerçekleşince hak kazanmaktadır.¹³ Lehtar atama hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir. Temsilci aracılığıyla kullanılabilir. Lehtar atama işlemi tek taraflı bir işlem olup lehtarın bu işleme katılması veya onayı gerekli değildir; ayrıca sigorta ettiren sigortacının da onayını almak zorunda değildir.¹⁴

Lehtar değişikliğinden vazgeçmeye ilişkin iradenin açık olması gerekir. Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini lehtara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez. Tereddüt halinde, sigorta ettirenin lehtarı değiştirme hakkını saklı tuttuğu kabul edilir. Sigorta ettirenin lehtarı değiştirme hakkından açıkça vazgeçtiği ve sigorta poliçesinin lehtara verildiği hallerde bile, mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu halleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehtar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise lehtar değiştirilebilir (TTK. m. 1493/4).

Lehtarın değiştirilemeyeceği durumlarda, sigorta ettiren tarafından ayrılma ve ödünç alma hakları kullanıldığı takdirde, ödenecek tutar üzerinde lehtar hak sahibi olduğu gibi, rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacının iflası sonucu ödenecek miktar üzerinde de aksi kararlaştırılmadıkça, lehtar hak sahibidir (TTK. m. 1493/6).

C. LEHTAR ATANMASINA İLİŞKİN YORUM KURALI

1. Genel Olarak

Ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortalarında, lehtar tayin edilmediğinde ve sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi olması halinde, sigorta tazminatının kime ödeneceği problemi yaşanmaktadır. Bu nedenle, TTK. m. 1494/2 ile bir yorum kuralı getirilerek ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortada lehtar tayin edilmemişse, sözleşmenin

¹² Kenan Tunçomağ, "Hayat Sigortalarında Sigorta Sözleşmesinin Devri", *Kamu-İş Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 1999, s. 2.

¹³ Ünan, *Lehtar*, s. 298; Şenocak, s. 49.

¹⁴ Ünan, *Lehtar*, s. 299.

sigorta ettirenin mirasçuları lehine, yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortada ise sigortalı lehine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.¹⁵

Ölüm rizikosuna karşı yapılmış sigortalarda, birden fazla kişi payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanmışsa, sigorta bedeli üzerinde hepsi eşit oranda hak sahibidir. Hak sahiplerinden biri tarafından alınmayan pay, diğerlerinin payına eklenir. Mirasın reddi veya mirastan vazgeçme lehtarın hakkı üzerinde etkili olmaz (TTK. m. 1494/1). Dolayısıyla mirası reddetme mirasçuların sigorta tazminatını almasına engel teşkil etmeyecektir. Madde gerekçesine bakıldığında bu husus şu şekilde belirtilmiştir: *“Tasarının bu maddesi ödenecek sigorta bedeli üzerindeki lehtarların payına ilişkin bir yorum kuralını içermektedir. Lehtar tayini, sağlar arası bir muamele olup, üçüncü şahıs lehine sözleşmelerin bir uygulamasıdır. Sigortanın ölüm ihtimaline karşı yapılmış olması onu ölüme bağlı tasarruf haline getirmez. Bu nedenle, lehtarın mirası ret etmiş olması veya mirastan feragat etmiş olması hakkına tesir etmediği gibi, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortada, sözleşmede özel bir düzenleme yoksa lehtarların hepsi de sigorta bedeli üzerinde miras hisselerine bakılmaksızın hepsi eşit oranda hak sahibidir. Ancak, lehtarlardan herhangi biri payım almak istemezse, onun payı diğerleri arasında eşit olarak paylaşılır”*.¹⁶

2. Poliçede Lehtarın Belirtilmemesi Halinde Lehtar Olan Mirasçılar

a. Genel Olarak

TTK'nın 1494. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçuları lehine, yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda ise sigortalı lehine yapıldığı kabul olunur.”* Bu hükme göre bu tür sigortalarda lehtarın belirtilmemesi halinde, lehtar sigorta ettirenin mirasçuları olacaktır. Kanunda yasal mirasçı¹⁷ veya atanmış mirasçı¹⁸

¹⁵ Maddede sözü geçen mirasçuların yalnızca yasal mirasçuları mı hedeflediği yoksa atanmış mirasçuları da mı kapsadığı açıklanmamıştır (Ünan, Lehtar, s. 298).

¹⁶ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, (www.sinerjimevzuat.com).

¹⁷ Kanun gereği mirasçı olan kişiler “yasal mirasçı” olarak ifade edilmektedir (Mustafa Dural/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 5; Bilge Öztan, Miras Hukuku, Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 17; Gökhan Antalya, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 67)

¹⁸ Mirasbırakanın iradesiyle atanarak mirasçı sıfatını kazanan kişiler, “atanmış mi-

ayrımı yapılmadığından,¹⁹ atanmış mirasçılarının da bu kanun kapsamında lehtar olarak değerlendirilmesi gerekir.

b. Kanuni Mirasçılar

Türk Medeni Kanunu'nda²⁰ (TMK), kanuni mirasçılar kan bağına (örneğin altsoyun mirasçılığı), sözleşme bağına (örneğin, eşin mirasçılığı), mahkeme kararına (örneğin, evlatlığın mirasçılığı) ve vatandaşlık bağına (örneğin, devletin mirasçılığı) göre belirlenmişlerdir.²¹

Kan bağına dayanan mirasçılık zümre sistemine göre belirlenmektedir. Buna göre kanunda mirasçı olabilecek kişiler önceden gruplandırılarak üç zümre içerisine alınmıştır. Öncelikle birinci zümredeki mirasçılar mirasçı kabul edilmekte, bu zümrede mirasçı bulunmaması halinde ikinci zümredeki kişiler, ikinci zümrede de mirasçı bulunmaması halinde üçüncü zümredeki kişiler mirasçı olmaktadır. Zümre prensibine göre bir sonraki zümredeki kişilerin mirasçı olabilmeleri için, bir önceki zümrede hiçbir mirasçının bulunmaması veya var olan mirasçılarının mirası ret, mirastan çıkartma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat gibi sebeplerle veya mirasbırakandan önce ölmüş olmaları nedeniyle mirasa sahip olamamaları gerekir.^{22/23}

Mirasbırakanın sağ kalan eşi de zümre mirasçılarıyla birlikte mirasçı olmaktadır. Sağ kalan eşin miras payı, kaçınıcı zümredeki mirasçılarla birlikte mirasçı olduğuna göre değişmektedir. Ancak TTK'da birden fazla kişi payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanmışsa, sigorta bedeli üzerinde hepsinin eşit oranda hak sahibi olacaklarına yönelik düzenleme (TTK m. 1494/1) lehtar olarak kabul edilen mirasçılar bakımından da uygulanmalıdır. Bu durumda, mirasçılarının kanuni miras pay oranları önemli olmaksızın hepsi sigorta tazminatı bakımından eşit olarak hak sahibi olacaktır.

19 rasçı" olarak ifade edilmektedir (Dural/Öz, s. 5; Öztan, s. 17; Antalya, s. 67).
 20 Maddede sözü geçen mirasçılarının yalnızca yasal mirasçıları mı hedeflediği yoksa atanmış mirasçılarının da mı kapsadığı açıklanmamıştır (Ünan, s. 298).
 21 R.G., 8.11.2001, S. 24607.
 22 Ali Naim İnan / Şeref Ertaş/ Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 81; Öztan, s. 28; Antalya, s. 68.
 23 TTK'nın 1494. maddesi kapsamında mirası reddeden veya mirastan feragat eden mirasçılar da lehtar sıfatını sürdüreceklerinden, bu kişilerin mirası reddetseler dahi, sigorta tazminatına yönelik hak bir alt zümreye geçmez.
 24 Zahit İmre, Hasan Erman, Miras Hukuku, 12. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2016, s. 20; İnan/Ertaş/Albaş, s. 86; Dural/Öz, s. 18-22; Antalya, s. 74-75.

Mirasçı bırakmaksızın ölen kişinin mirası Devlete geçeceğinden (TMK m. 501), Devlet de bu kişilerin sigortaları bakımından lehtar olabilir.

Birinci zümredeki mirasçılar, mirasbırakanın altsoyundan oluşmaktadır (TMK m. 495). Buna göre mirasbırakanın çocukları, mirasbırakanın torunu/torunları ve bunların altsoyu birinci zümredeki mirasçılarını oluşturur. TMK'nın 500. maddesi gereği, evlâtlık ve altsoyu da evlât edinene kan hısmı gibi mirasçı olurlar. Buna göre, mirasbırakanın evlatlık edindiği bir kişinin veya evlatlığın altsoyunun bulunması halinde, bu kişiler de birinci zümre mirasçıları gibi kabul edilmelidir.²⁴

Birinci zümrede mirasçı bulunmaması halinde, ikinci zümre kapsamında mirasçı olacak olan kişiler, mirasbırakanın anne babası ve bunların altsoyundan oluşmaktadır (TMK m. 496). Yani mirasbırakanın anne babası, kardeşleri, kardeşlerinin çocukları ve bunların altsoyu ikinci zümredeki mirasçılardır.²⁵

Üçüncü zümredeki mirasçılar ise, mirasbırakanın büyük anne ve büyük babaları ile, bu kişilerin altsoyundan oluşmaktadır (TMK m. 497). Ancak üçüncü zümredeki kişilerin sağ kalan eşle birlikte mirasçı olması durumunda, üçüncü zümredeki mirasçılar sadece büyük ana, büyük baba ve bunların çocuklarından oluşur. Bu kişilerin mirasçı olmaması halinde, bunların da altsoyu (büyük ana büyük babanın torunları ve bunların da altsoyu) sağ kalan eşle birlikte mirasçı olamazlar. Sadece bu kişilerin bulunması halinde mirasın tamamı sağ kalan eşe kalır (TMK m. 497/V, m. 499/I, b.3).²⁶

Zümre içinde mirasçı olan kişiler, öncelikle zümre başları (örneğin, ikinci zümre için anne, baba), bu kişilerin mirasçı olamamaları halinde bu kişilerin altsoyu, altsoyundaki kişilerin de mirasçı olamamaları halinde de bunların altsoyu mirasçı olurlar. Yani zümre içinde ön sıradaki kişilerin mirasçılığı, bir alt sıradaki mirasçıların mirasçılığını engeller.²⁷

²⁴ İmre/Erman, s. 34; Dural/Öz, s. 35; Öztan, s. 37; Antalya, s. 86.

²⁵ İmre/Erman, s. 24; İnan/Ertas/Albaş, s. 105; Dural/Öz, s. 20; Antalya, s. 73.

²⁶ İmre/Erman, s. 49; Dural/Öz, s. 41; Öztan, s. 68; Antalya, s. 79.

²⁷ İnan/Ertas/Albaş, s. 86, 87; Dural/Öz, s. 24; Öztan, s. 40; Antalya, s. 75.

c. Atanmış Mirasçılar

TMK'nın 516. maddesine göre; *"Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir. (-) Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır."*

Atanmış mirasçılık, vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla mirasbırakanın bir veya birden fazla kişiyi terekesinin tamamı veya belirli bir oranı üzerinde hak sahibi yapması halinde söz konusu olur.²⁸ Terekenin kesirli bir oranı üzerinde değil de, terekedeki belirli bir mal veya mal varlığı değerinin bir kişiye bırakılması halinde atanmış mirasçılık değil, belirli mal bırakma ve vasiyet alacaklısı konumu söz konusu olur.²⁹ Mirasbırakan ancak tasarruf nisabını aşmayan ölçüde mirasçı ataması yapabilir. Yani mirasçı atayarak saklı paylı mirasçıların saklı pay oranları azaltılamaz.³⁰

Atanmış mirasçı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.³¹ Atanmış mirasçılar miras ortaklığına dahil olarak, terekenin aktif değerleri üzerinde hak kazanacakları gibi, terekenin pasif değerlerinden de sorumlu olurlar.³²

II. MİRASIN REDDİ

Mirasın reddi, mirasın ölümüyle miras hakkına sahip olan mirasçılara mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânı sağlayan hukuki bir yoldur.³³ Mirasçıların kendi iradeleri olmaksızın, mirasbırakanın ölümüyle mirasçılık sıfatını otomatik olarak kazanmaları neticesinde, mirasbırakanın borçlarından da kişisel ve sınırsız şekilde sorumlu tutulmalarının yaratabileceği sakıncalı sonuçlarının önlenmesi için mirasın reddi kurumu getirilmiştir.³⁴

²⁸ İmre/Erman, s. 121; İnan/Ertas/Albaş, s. 227, 228; Dural/Öz, s. 141; Antalya, s. 191.

²⁹ İmre/Erman, s. 121; Dural/Öz, s. 142.

³⁰ İnan/Ertas/Albaş, s. 227; Antalya, s. 192.

³¹ Dural/Öz, s. 142; Antalya, s. 192.

³² İmre/Erman, s. 122; İnan/Ertas/Albaş, s. 228; Dural/Öz, s. 142.

³³ İmre/Erman, s. 355; İnan/Ertas/Albaş, s. 501; Öztan, s. 328; Dural/Öz, s. 410.

³⁴ Antalya, s. 376; Hasan Petek, "Mirasın Hükmen Reddi", Journal of Yasar University, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/3-Hasan-PETEK.pdf> (Erişim Tarihi: 17.03.2019), s. 2191-2192; Fevzi Karagözoğlu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Uygulaması, Eğitim Yayınları, İstanbul 1983, s. 81.

Türk Medeni Kanunu'nun 605. maddesine göre; "*Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. (-) Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır.*"

Düzenlemeye göre mirasın reddi ya mirasçının iradesiyle yapılabilir ya da kanuni bir karine gereği miras reddedilmiş sayılır. Birinci durum "*gerçek ret*", ikinci durum ise, "*hükmi ret*" olarak ifade edilmektedir.³⁵

Mirasçılık sıfatını kazanan kişinin, kendi iradesiyle mirasçılık sıfatını sona erdirmesi mirasın gerçek reddi olarak ifade edilmektedir. Mirası reddetmek isteyen mirasçı bu yola, mirasın kendisine geçmesinden, yani mirasbırakanın ölümünden sonra başvurabilir.³⁶

Mirası reddetmek isteyen mirasçı, kural olarak mirasbırakanın ölümünü öğrenmesinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde bu iradesini mirasbırakanın son yerleşim yeri Sulh Hukuk Mahkemesine açıklamalıdır. Bu beyan yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir. Ret beyanının açıkça anlaşılması gerekir.³⁷

Mirası ret beyanı kayıtsız şartsız olmalıdır. Ret beyanının (sonra gelen mirasçı lehine retteki istisna hali dışında) kayıt veya şarta bağlanması halinde, mirası ret geçersiz sayılır. Mirasçı süre sona ermeden tekrar kayıtsız ve şartsız olarak ret beyanında bulunabilir.³⁸

Mirası ret beyanının geçerli olabilmesi için ret beyanında bulunan kişinin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Kural olarak tam ehliyetsizlerin ve sınırlı ehliyetsizlerin adına mirası ret beyanını yasal temsilcileri yapabilecek ise de menfaat çatışması oluşabilecek hallerde bu kişilere kayyım atanması aranmalıdır.³⁹ Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızası ile de mirası reddedebilir.⁴⁰

Özel yetkiye sahip temsilciye yetki verilerek de temsilci vasıtasıyla ret açıklamasında bulunulması mümkündür.⁴¹

³⁵ İnan/Ertas/Albaş, s. 502; Öztan, s. 328; Dural/Öz, s. 410.

³⁶ İnan/Ertas/Albaş, s. 502; Dural/Öz, s. 410.

³⁷ Yargıtay 14. HD., 19.2.2018 T., 2017/4915 E., 2018/1179 K. (Kazancı İçtihat Bankası); İmre/Erman, s. 365-366; İnan/Ertas/Albaş, s. 503, 505; Dural/Öz, s. 411; Antalya, s. 377; Petek, s. 2192.

³⁸ İmre/Erman, s. 366; Dural/Öz, s. 412; Öztan, s. 330; Antalya, s. 379.

³⁹ Yargıtay. 14. HD., 10.9.2018 T., 2016/315 E., 2018/5394 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Dural/Öz, s. 412; Antalya, s. 378.

⁴⁰ Dural/Öz, s. 411-412; Öztan, s. 329; Antalya, s. 378.

⁴¹ İnan/Ertas/Albaş, s. 503; Dural/Öz, s. 411; Antalya, s. 378.

Mal ortaklığı rejimine tabi evliliklerde, eşlerden birine ortaklığa girecek bir miras kalması halinde, bu eşin mirası reddedebilmesi için diğer eşin rızası aranır. Eşin haklı sebep olmaksızın rıza vermemesi veya eşin rızasının alınmasının mümkün olmaması hallerinde, rıza alınması için sulh mahkemesinde dava açılabilir (TMK m. 265).

Yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için ise miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren üç ay içinde ret beyanında bulunmaları gerekir (TMK m. 606). Aksi halde mirasçının mirası kabul ettiği sonucu ortaya çıkar. Ancak ret süresi dolmadan sulh hakiminden önemli sebeplerin varlığı nedeniyle ret süresinin uzatılması veya yeni ret süresi tanınması talep edilebilir (TMK m. 615).

Mirasçının ret süresi dolmadan mirası açıkça kabul etmesi veya mirasçı sıfatıyla tereke işlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan⁴² veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası artık mirası reddedemez. Ancak terekedeki hakların kaybının önlenmesi amacıyla zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebrî icra takibi yapılmasının, ret hakkını ortadan kaldırmayacağı da açıkça düzenlenmiştir. (TMK m. 610).

Türk Medeni Kanunu'nun 605. maddesinin ikinci fıkrasında, miras bırakanın ölümü tarihinde ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, mirasçılarının herhangi bir ret açıklamasında bulunmasalar da mirası reddetmiş sayılacakları düzenlenmiştir. Bu durum mirasın hükmen reddi olarak ifade edilmektedir. Miras bırakanın ödemedi aczi, terekenin borçlarını ödeyemeyecek durumda olması, bunun açıkça belli olması da en az miras bırakanın çevresi tarafından bu durumun biliniyor olması anlamına gelmektedir. Resmen tespit edilmiş olmadan da miras bırakan hakkında aciz vesikası alınmış olması anlaşılır.⁴³

⁴² Yargıtay, mirasbırakanın ölüm tarihinden sonra kamu borcu için yapılandırma talebinde bulunan mirasçı ile, borç için ödemedi bulunan mirasçının terekeyi kabul etmiş sayılacağı, mirasın hükmen reddedildiği iddiasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay 14. HD., 20.3.2017 T., 2016/5093 E., 2017/2120 K. (Kazancı İçtihat Bankası)).

⁴³ İmre/Erman, s. 356; İnan/Ertaş/Albaş, s. 508; Dural/Öz, s. 419; Öztan, s. 329; Pe-

Mirasın hükmen reddi için herhangi bir ret açıklaması gerekmesi de ileride ihtilaf ve ispat sorunları yaşanmaması için mirasçılarının yine de sulh mahkemesinde ret beyanında bulunması lehlerine olacaktır.⁴⁴ Mirasçılar hükmen rettin tespiti için de dava açılabilirler.⁴⁵

Mirasın hükmi reddine yönelik karineye rağmen mirası kabul etmek isteyen mirasçılarının, açıkça mirası kabul beyanında veya kabule yönelik davranışlarda bulunması gerekir.⁴⁶

Mirasın reddiyle mirasçılık sıfatı, mirasbırakanın ölümü anından itibaren sona ermiş olur.⁴⁷ Mirasın reddiyle, yasal veya atanmış mirasçı sıfatına sahip olan kişiler mirasın terekesini kabul etmemiş olmaktadır.

III. VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN MİRASI REDDİN LEHTARIN HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Genel Olarak Veraset Ve İntikal Vergisi

Veraset ve intikal vergisi vergi hukukunun özel hukuk karakteri gösteren en önemli bölümlerinden birini teşkil etmektedir. Bu anlamda miras hukukunu tamamlayıcı bir işlevi bulunmaktadır. Bir kişinin ölümü sadece miras hukukunun değil veraset ve intikal vergisinin de temel unsurudur. Dolayısıyla bir kişinin ölümü bu iki hukuk kuralını harekete geçirmektedir.⁴⁸ Veraset ve intikal vergisi, periyodik olarak alınan bir vergi olmayıp, verginin konusu itibariyle, ölüm olayının veya karşılıksız intikallerin gerçekleşmesi sonucu arızı olarak alınan bir vergidir. Hiç şüphesiz, toplumlardaki gelir dağılımı adaletinin sağ-

tek, s. 2208, 2212. Mirasbırakanın borç ödemediği aciz halde olmasının terekenin borca batık olmasından farklı bir anlama geldiği, aciz halde olmadan mirasbırakanın borçlarını ödeme konusunda sürekli olarak iktidarsız olmasının anlaşılması gerektiği konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Petek, s. 2208 vd.

⁴⁴ Dural/Öz, s. 419.

⁴⁵ İmre/Erman, s. 357; İnan/Ertaş/Albaş, s. 508; Öztan, s. 329; Antalya, s. 382; Petek, s. 2221 vd.

⁴⁶ Dural/Öz, s. 419; Öztan, s. 329; Petek, s. 2198.

⁴⁷ İmre/Erman, s. 367-368; Dural/Öz, s. 419; Öztan, s. 334; Antalya, s. 388; Karagözoğlu, s. 82.

⁴⁸ Yusuf Karakoç, Türk Miras Hukuku Açısından Veraset ve İntikal Vergisi, DEÜ Yayınları, Ankara 1990, s. 1, 2.

lanması, vergi yükünün adil bir şekilde dağılımı gibi amaçları sağlama yönünden veraset ve intikal vergisinin yeri oldukça önemlidir.⁴⁹ Uygulamada veraset ve intikal vergisiyle ilgili ortaya çıkan uyumsuzlukların çoğunda tartışmalar vergiyi doğuran olayın niteliği başka bir deyişle intikalın ivazsız olup olmadığı konusunda yoğunlaşmaktadır.⁵⁰

7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun⁵¹ (VİVK) 71. maddesinde verginin konusu belirtilmiştir. Buna göre; T.C. uyuşunda bulunan kişilere ait mallar ile Türkiye'de bulunan malların veraset yoluyla veya herhangi bir suretle karşılıksız bir tarzda bir kişiden diğer kişiye intikali veraset ve intikal vergisine tabidir. Bu vergi, Türk uyuşunda bulunan kişilerin yabancı memleketler de aynı yollardan elde edecekleri malları da kapsar. Veraset ve intikal vergisinin mükellefi, veraset yoluyla veya ivazsız bir tarzda mal edinen kişidir (VİVK. m. 5). Kanun'un 2. maddesinde ayrıca kişi kavramına gerçek kişiler ile tüzel kişilerin girdiği açıkça belirtilmiştir. VİVK' nun 7. maddesine göre, ise veraset yoluyla veya sair suretiyle ivazsız bir tarzda mal iktisap edenler, iktisap ettikleri malları, 5602 sayılı Kanun kapsamında şans oyunları düzenleyen ilgili kurum ve kuruluşlar ile yarışma ve çekilişi düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ikramiyeye kazananların ikramiyelerinden kesilen vergileri, bir beyanname ile bildirmeye mecburdurlar.

B. Sigorta Tazminatının Lehtara Ödenmesi İçin Öncelikle Vergi Ödenmesi Zorunluluğu

Ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortasında sigorta şirketi VİVK'nun 17. maddesi gereğince vergi ödemesinin yapıldığını gösteren vergi dairesinden alınmış bir belge kendisine sunulmadan lehtara ödeme yapamaz. VİVK. m.17'ye göre; "*Amme idare ve müesseseleri, bankalar, bankerler, kasa kiralayanlar, sigorta şirketleri, sair şirket ve müesseseler, mahkemeler ve icra daireleri istihkak sahiplerine bu verginin mevzuuna giren herhangi bir muamele dolayısıyla para ve senet verebilmek için evveleminde*

⁴⁹ Havva Şafak, Hatice Yurtsever, "Servet Vergilerinden Veraset Ve İntikal Vergisi Üzerine Değerlendirmeler", *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, 2015, s. 27-37.

⁵⁰ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 373. Bu kapsamda sigortalı kişinin ölümü ile mirasçılara şirketçe yapılacak ödemelerin de ivazsız kabul edilip edilmeyeceği tartışmaya açıktır (Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 377).

⁵¹ R.G., 15.6.1959, S. 10231.

verginin ödenmiş olduğuna dair vergi dairesinden verilmiş bir tasdikname taleb ederler". Bu hüküm gereği, sigorta şirketinin lehtara sigorta tazminatı ödemesi için, lehtarın/lehtarların bu bedel hakkında veraset ve intikal vergisini ödemiş olması gerekmektedir. Her ne kadar, sigorta, tasdikname ibraz etmeyen hak sahiplerinin istihkaklarından, veraset yoluyla intikallerde %5, ivazsız intikallerde %15 oranında vergi karşılığı olarak tevkifat yaptıktan sonra, bakiyesini hak sahiplerine ödeyebilecek (VİVK. m. 17/2) ise de uygulamada bu yola pek başvurmamaktadırlar. Zira kesilecek vergi oranının tespitinde hata yapılması ihtimali bulunduğundan, sigorta, hak sahipleri tarafından verginin ödenmesini ve vergi bakımından sorun kalmamasını istemektedir. Kaldı ki aşağıda açıkladığımız üzere, mirası reddeden lehtarlara beyanname verme hakkı dahi tanınmamaktadır. Bu durumda sigortanın da vergi tutarını keserek, daha sonra bu tutarı vergi dairesine ödemesinde problem yaşanacaktır.

Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'na göre, vergilendirilecek değerler ya veraset yolu kazanımlardan ya da ivazsız intikal yoluyla kazanımlardan dolayı gerçekleşir. Veraset, miras, vasiyet ve miras sözleşmesi gibi ölüme bağlı tasarrufları; ivazsız intikal ise, bağışlama yoluyla veya herhangi bir tarzda olan ivazsız kazanımları ifade etmektedir (VİVK. m. 2/I, b. c, d).

Ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortasında lehtarın alması ya hak kazandığı sigorta tazminatı üzerinden hangi verginin alınması gerektiği konusunda sigorta tazminatının, mirasbırakandan mirasçılara geçen tereke içerisinde değerlendirip değerlendirilmeyeceği hususu önem arz etmektedir. Sigorta tazminatının tereke içerisinde mirasçılara geçtiğinin kabul edilmesi halinde mirasçılar veraset vergisi ödemeli, aksi durumda ivazsız intikal vergisi ödemelidir. Bu nedenle öncelikle terekenin ne olduğu ve içerisine hangi değerlerin girdiği incelenmelidir.

1. Sigorta Tazminatının Terekeye Dahil Olup Olmadığı Sorununun Değerlendirilmesi

Tereke, mirasbırakanın ölümü halinde mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tamamıdır.⁵² Mirasbırakanın ölümüyle malvarlığına

⁵² İmre/Erman, s. 10; İnan/Ertaş/Albaş, s. 68; Dural/Öz, s. 8; Antalya, s. 31; Karagöz, s. 65.

dahil değerler geçeceğinden, kural olarak tereke malvarlığıyla eşit anlamdadır. Ancak bazen ölenin malvarlığında olmasına rağmen ölümle sona eren intifa hakkı gibi haklar ile daha önce ileri sürülmemiş olan manevi tazminat istemi mirasçılara geçmeyeceği gibi; tersine ölüm esnasında terekede olmayan bazı değerlerin tereke içerisinde değerlendirilerek mirasçılara intikali de söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde tereke her zaman mirasbırakanın malvarlığıyla eşit olmayacaktır.⁵³

Ölüm anında mirasbırakanın malvarlığında olmayan ancak terekede yer alan hukuki ilişkiler, denkleştirmeye tabi mallar ile edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşten olan artık değere katılma alacağıdır.⁵⁴ Sigorta tazminatının terekeye eklenecek değer olup olmadığı konusunda ise TMK' da mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü başlığı altında 509. maddede ve tenkise tabi kazandırmalar başlığı altında da 567. maddede düzenleme yer almaktadır. Bu hükümlerde lehtarın üçüncü kişi olduğu hayat sigortalarındaki satın alma değerleri, terekeye eklenecek değerler arasında sayılmıştır.

TMK'nın 509. maddesine göre; *"Mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapması veya böyle bir kişiyi sonradan lehtar olarak tayin etmesi ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri terekeye eklenir."*

TMK'nın 567. maddesine göre; *"Mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası yaptığı veya böyle bir kişiyi lehtar olarak sonra belirlediği ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devrettiği hâllerde, sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değeri tenkise tâbi olur."*⁵⁵

Türk Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemeler mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesinin önlenmesi için getirilmiştir. Üçüncü kişi-

⁵³ Dural/Öz, s. 8; Öztan, s. 15; Antalya, s. 32-33.

⁵⁴ Dural/Öz, s. 10-11; Öztan, s. 15.

⁵⁵ Bu hükümler nedeniyle terekeye eklenecek olan değer, lehtarın alacağı sigorta tazminatı değil, sigortalının ölüm anı tarihinde poliçeyi sigortaya iade etseydi TTK'nın 1500. maddesine göre sigortacıdan alacağı poliçe karşılığıdır (İmre/Erman, s. 244; İnan/Ertaş/Albaş, s. 358; Dural/Öz, s. 271).

lere yönelik bu şekilde bir kazandırmada bulunulması, ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilerek, bu tasarrufun mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırlarında yapılması için Kanunda düzenleme getirilmiştir. Lehtarın mirasçılar olduğu hallerde ise zaten korunmak istenen mirasçılar bu bedeli aldığından, saklı payın ihlali söz konusu olmayacaktır. Düzenlemelerde sadece üçüncü kişiler lehine yapılan sigortalar bu kapsama alındığından, kanun koyucunun mirasçılarının lehtar olduğu hallerde bu düzenlemelerin uygulanmasını istemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle sigorta poliçesinde lehtar olarak mirasçılarının düzenlendiği ya da lehtarın düzenlenmemiş olması nedeniyle TTK'nın 1494/2 hükmü gereği lehtarın mirasçılar olduğu hallerde sigorta satın alma değeri terekeye eklenmemelidir.⁵⁶

Sigorta hukuku açısından da sigorta tazminatı terekeye dahil edilen bir varlık değildir. TTK m. 1494'ün gerekçesinde belirtildiği gibi lehtar tayini, sağlar arası bir muamele olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşme üçüncü kişi lehine sözleşmelerin bir uygulamasıdır. Sigortanın ölüm ihtimaline karşı yapılmış olması onu ölüme bağlı tasarruf haline getirmemektedir. Bu sebeple, lehtarın mirası reddetmiş olması veya mirastan feragat etmiş olması hakkına tesir etmediği gibi, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortada, sözleşmede özel bir düzenleme yoksa lehtarların hepsi de sigorta bedeli üzerinde miras hisselerine bakılmaksızın hepsi eşit oranda hak sahibi olarak kabul edilmektedir.

Lehtar, üçüncü kişi lehine yapılmış bir sözleşmeye istinaden hak sahibi olduğundan, ölüm hali için yapılan bir sigortada doğrudan doğruya sigorta alacağına hak kazanmaktadır. Dolayısıyla bu durum bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmemektedir.⁵⁷ Lehtarın sigorta alacağı terekeye dahil olmaz ve lehtar da tereke borçlarından sorumlu tutulamaz. Bu tasarruf sigorta hukukuna tabi bir tasarruftur. Ölüm sadece rizikonun gerçekleşmesini ifade eder; bu anda lehtar sigortacıya karşı sigorta bedelini talep hakkına sahip olur.⁵⁸ Bu tasarruf sigorta

⁵⁶ İmre/Erman, s. 244.

⁵⁷ Kender, s. 225. Şenocak, s. 116. F. Dilek Kabukçuoğlu Özer, Mukayeseli Hukukta Ve Uygulamada Hayat Sigortası, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014, s. 147.

⁵⁸ Kender, s. 225. Lehtar tayini sağlar arası bir işlem olarak kabul edildiğinden bedeli alan lehtar bu bedeli doğrudan sigorta ettirenin malvarlığından almakta, tereke-den almamaktadır. Bu nedenle tereke alacaklıları asla sigorta bedeli üzerinde hak talep edemezler (Ali Uygur Selçuk, Başkası Hesabına Sigorta Sözleşmesi & Üçün-

hukukuna tabi olduğundan lehtar sigorta ettirenin mirasçısı olsa dahi riziko gerçekleştiği takdirde sigorta bedelini miras hükümleri çerçevesinde değil, sigorta hukuku kuralları içinde talep etme hakkına sahip olacaktır.⁵⁹ Lehtarın sigorta bedeli üzerindeki hakkı sigorta ettirenin malvarlığı üzerinden sigorta ettirene geçmemektedir. Dolayısıyla lehtar sigorta bedeli üzerindeki hakkı sigorta ettirenin halefi sıfatıyla kazanmaz. Bu anlamda lehtar sigorta bedeli üzerindeki hakkı aslen kazanmaktadır. Aslen kazanmanın en önemli sonucu lehtarın sigorta bedeli üzerindeki hakkını sigorta ettirenin terekesinden kazanmıyor olmasıdır.⁶⁰

Mirasın reddi sadece miras bırakanın terekesi üzerinde sonuç doğuran bir işlemdir. Bu bedel tereke içerisinde değerlendirilemeyeceğinden, ölüme karşı yapılan hayat sigortasında lehtar olan mirasçının mirası reddi halinde, lehtar olması sebebiyle kazandığı tazminat hakkı, TTK. m. 1494/1 uyarınca mirasın reddinden etkilenmez. Nitekim TTK. m. 1494/1’de bu durum açıkça ifade edildiği gibi, hükmün gerekçesinde lehtar tayininin sağlararası bir muamele olduğu, sigortalın ölüm ihtimaline karşı yapılmış olmasının onu ölüme bağlı tasarruf haline getirmeyeceği açıklanmıştır. Bu nedenle ölüm ihtimaline karşı yapılan bu sigortada rizikonun gerçekleşmesi durumunda mirasçı olan lehtara ödenecek olan bu bedel miras bırakanın terekesine dahil olan bir değer değil, mirasbırakanın ölmesi halinde lehtara ödenecek olan bir tazminattan ibarettir.

2. Mirasın Reddi Halinde Sigorta Tazminatı Üzerinden Alınan Vergi

a. Vergi Hukuku’nda Yer Alan Düzenlemeler

Vergi hukuku açısından hayat sigortası sözleşmelerine dayanılarak sigorta lehtarının elde ettiği menfaatin kendine özgü bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir. TMK’nın 509. maddesi gereğince terekeye eklenen satın alma değerinin veraset yoluyla gerçekleşen bir intikal olarak vergilendirilmesi, kalan diğer kısmın ise lehtar için ivazsız bir kazanım

cü Kişi Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 60, 2011, s. 30).

⁵⁹ Ulaş, s. 43.

⁶⁰ Şenocak, s. 133.

olduğundan bu kısmın ivazsız intikal olarak vergilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶¹

Bu konuyla ilgili vergi uygulaması, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 31.08.2007 tarihli Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu-3/2007-1 sayılı sirkülerine göre yapılmaktadır. Bu sirkülerin konusunu birikimli, birikimsiz ve karma sigorta poliçeleri kapsamında sigortalının ölümü üzerine kanuni mirasçılara veya poliçe lehtarlarına yapılacak ödemelerle Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 17'nci maddesi kapsamındaki sigorta tazminatlarının veraset ve intikal vergisi yönünden nasıl değerlendirileceği hususu oluşturmaktadır. Sirkülere göre hayat sigorta poliçesine istinaden sigortalının ecelen vefat etmesi sonucu mirasçılara sigorta şirketince yapılan vefat tazminatı ödemelerinin, terekeye dahil edilerek veraset ve intikal vergisine tabi tutulması gerekir. Sigorta akdinde mirasçı olmayan üçüncü bir şahıs lehtar olarak gösterilmiş ise bu takdirde lehtara ödenecek miktarın tamamı ivazsız iktisap olarak vergiye tabi olacaktır.⁶² Mirasın red-

⁶¹ Karakoç, s. 58. Danıştay da aynı yönde bir karar vermiştir. İlgili karar şu şekildedir: "7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye'de bulunan malların veraset tarihiyle veya herhangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer bir şahsa intikali veraset ve intikal vergisine tabidir, denilmekte ve 2. maddesinin (c) fıkrasında veraset tabirinin miras, vasiyet ve miras mukavelesi gibi ölüme bağlı tasarrufları; (d) fıkrasında da ivazsız intikal tabirinin; hibe yoluyla veya herhangi bir tarzda olan ivazsız iktisapları ifade edeceği hükmü yer almış; Medeni Kanun'un 456. maddesinde de, müteveffa tarafından, vefatı halinde ödenmek üzere kendi namına ve üçüncü şahıs lehine akdedilen sigortaların ancak, vefat anındaki iştirah (satın alma) kıymetleri ile terekeye dâhil olacağı açıklanmıştır. Buna göre; ölüme bağlı hayat sigortasından alınan tazminat bedellerinin, vefat anına kadar ödenmiş olan primler tutarındaki kısmının terekeye dâhil sayılacağı; bunun dışında kalan kısmın ise, ivazsız intikal olarak vergilendirileceği açık bulunduğu; aksine verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir, Diğer taraftan; olayda, söz konusu tazminatın iştirah bedelini aşan kısmının Medeni Kanun'un 456. maddesi uyarınca sigorta şirketince mirasçılara yapılan bir bağış olduğundan bahisle Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 16. maddesinin 3. sütununa göre vergi tahakkuk ettirilmişse de, akrabalık bağı mirasçılar ile sigorta şirketi arasında değil, muris arasında aranılması gerektiğinden murisin kızına ait verginin, anılan kanunun 4. maddesinin (d) fıkrasındaki ivazsız suretle vaki intikaller için belirlenen istisna miktarı düşüldükten sonra 16. maddeye ekli 1 inci sütuna göre hesaplanması zorunlu görülmüştür. Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına, 12.10.1998 gününde oybirliği ile karar verildi". Danıştay 7. D., 12.10.1998 T., 1997/2974 E., 1998/3246 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁶² İlgili sirkülere bu adresten ulaşılabilir: <http://www.gib.gov.tr/node/86915> (Erişim Tarihi, 16.03.2019).

di durumunda hayat sigortası tazminatının durumuna ilişkin Maliye Bakanlığı'nın 03.01.2014 tarih ve 51421814-160[1-2013/98]-4 sayılı özelgesinde ise mirası reddeden mirasçının veraset ve intikal vergisi beyannamesi vermeye hukuken yetkisinin olmadığı belirtilmektedir.⁶³

Bu düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortası neticesinde ödenmesi gereken sigorta bedeli, terekeye dahil edilen bir varlık olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle terekeye dahil olan bu varlığa ilişkin talep hakkı mirasçı sıfatına sahip olan kişilere ait olacaktır. Mirasçı sıfatına sahip olanlardan veraset, mirasçı olamayan üçüncü bir kişi lehtar **gösterilmişse bu kişiden de ivazsız iktisabın** var olduğu kabul edilerek intikal vergisi alınacaktır. Mirası reddeden mirasçı ise bu iki ihtimalden hiçbirine dahil edilemeyeceğinden bu kişinin veraset ve intikal vergisi beyannamesi vermeye hukuken yetkisinin olmadığı kabul edilecektir. Sonuç olarak mirası reddeden mirasçı sigorta tazminatını vergisini ödeyemediği için sigorta şirketinden alamayacaktır.

⁶³ "...Mirasçılık külli halefiyet, yani mirasçının murisin borçlarından sınırsız olarak sorumlu olması sonucunu doğurduğundan, kanun mirasın reddi imkânını tanımıştır. Buna göre, red sadece murisin borçlarından mesuliyeti bertaraf etmekle kalmaz, mirasçılığa ilişkin hakların da kaybedilmesi sonucunu doğurur. Red hakkının kullanılması inşai bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğundan geri alınmaz. Red beyanı, mirasın açıldığı andan itibaren hükümlerini usule getirir, red mirasın açılması (ölüm) anına kadar geriye yürür. Mirası reddeden mirasçılar ölüm anında terekeye dâhil olan tüm malvarlığına dair hak ileri süremez. Yukarıdaki hükümler ve açıklamalar çerçevesinde, usulüne uygun yapılmış bir mirasın reddi söz konusu olup, başka bir yargı kararı ile red kararının iptal edilmesi söz konusu olmadığı müddetçe; reddin ölüm anına kadar geriye yürütülmesi nedeniyle, ölüm anından itibaren reddeden mirasçıların mirasçı sıfatının kalmadığı, buna bağlı olarak da bu tarih itibarıyla murisin borçlarından sorumlu olmayacakları gibi murisin ölüm anında terekeye dâhil olan tüm malvarlığına dair talep ve haklarının da bulunmadığı gözönünde bulundurularak; mirasçıları olarak murisin vefatı nedeniyle ödenecek hayat sigortası tazminatına ilişkin veraset ve intikal vergisi beyannamesini vermeye hukuken yetkiniz bulunmadığından, red nedeniyle mirasın intikali söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla vergi ilişkisi kesilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle, babanız'in mirasını diğer mirasçılarla birlikte red etmeniz nedeniyle adınıza veraset ve intikal vergisi mükellefiyetinin tesis ettirilemeyeceği ayrıca ilgisinin mirasın reddi nedeniyle terekenin tasfiyesini sulh hukuk mahkemesinden talep etme olanağı bulunduğundan, tasfiye neticesinde tarafınıza kalan bir miktar olması halinde bu miktar için veraset ve intikal vergisi beyannamesinin verilmesi gerekir" http://guncelvergikitaplari.com/Content/userfiles/new_files/VUK.Madde-342.pdf, (Erişim tarihi: 16.03.2019).

b. Mirasın Reddi Halinde Alınması Gereken Vergi Hakkındaki Görüşümüz

Yukarıda izah edilen durum TTK. m. 1494/1 düzenlemesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere mirasın reddi ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortasında lehtarın hakkı üzerinde etkili değildir. Bu çelişkinin temel nedeni sigorta tazminatının terekeye dahil edilen bir malvarlığı olarak kabul edilmesidir. Yukarıda açıkladığımız üzere mirasçıların lehtar olarak kabul edildiği hallerde sigorta bedeli ne miras hukuku kurallarına göre ne de sigorta hukuku açısından terekeye dahil edilen bir varlık olarak kabul edilmiştir. TTK. m. 1494'ün gerekçesinde belirtildiği gibi lehtar tayini, sağlararası bir muamele olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşme üçüncü kişi lehine sözleşmelerin bir uygulamasıdır. Sigortanın ölüm ihtimaline karşı yapılmış olması onu ölüme bağlı tasarruf haline getirmemektedir. Bu sebeple, lehtarın mirası reddetmiş olması veya mirastan feragat etmiş olması onun hakkına tesir etmediği gibi, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortada, sözleşmede özel bir düzenleme yoksa lehtarların hepsi de sigorta bedeli üzerinde miras hisselerine bakılmaksızın eşit oranda hak sahibi olarak kabul edilmektedir.

Dolayısıyla sigorta tazminatının sirkülerde belirtildiği üzere terekeye dahil edilmesi ve mirası reddeden mirasçının sigorta tazminatını alabilmek için gerekli olan vergiyi ödemek için beyanname vermeye hukuken hakkı olmadığı hususları, TTK. m. 1494/1'de düzenlenen açık kanun hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Normlar hiyerarşisi açısından bakıldığında kanuni düzenlemeye aykırılık oluşturan bu düzenlemelerin hukuki niteliğinin ne olduğu ve bağlayıcı olup olmadıkları kanaatimizce incelenmelidir. Zira bu düzenlemeler bağlayıcı düzenlemeler olarak kabul edilirlerse birçok kişi mağdur duruma düşecektir. Mirası reddeden mirasçı sigorta tazminatını vergisini ödeyerek alma hakkına sahip iken, bu durumda hak ettiği ödeme kendisine gerekli vergiyi ödememesi hatta ödeyememesi nedeniyle verilmeyecektir.

Vergi Usul Kanunu⁶⁴ (VUK) 413. maddesi uyarınca mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kılınan makam-

⁶⁴ R.G., 10-11-12.1.1961, S. 10703, 10704, 10705.

lardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir. Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir (VUK. m. 413/1, 2)

Sirküler ve özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde, Gelir İdaresi Başkanı veya tevkil edeceği bir başkan yardımcısının başkanlığında en az üç daire başkanından müteşekkil bir komisyon marifetiyle oluşturulur. Söz konusu komisyonda oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta izahat talebinde bulunulması halinde, komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya özelgelere uygun olmak şartıyla Gelir İdaresi Başkanlığı taşra teşkilatı tarafından da özelgeler verilebilir. Sirküler ve vergi mahremiyetine ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmak şartıyla özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığınca internet ortamında yayımlanır. VUK m. 413'ün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenmiştir (VUK. m. 413/3-6).

VUK. m. 413'ün uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanan Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik⁶⁵ sirküler ve özelgenin tanımlarını vermiştir. Buna göre mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüşe özelge denmektedir. Sirküler ise vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından açık olmayan ve tereddüt edilen konular hakkında aynı durumda olan tüm mükellef ve vergi sorumluları için uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere Gelir İdaresi Başkanlığınca yayımlanan görüşü ifade etmektedir (Yönetmelik m. 3/1-f, g).

Özelgeler sadece verildiği mükellef açısından geçerli iken, sirkülerler tüm mükellefler için uygulanabilecek Bakanlık görüşleridir. Sirkülerlerin ve özelgelerin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı ile ilgili olarak

⁶⁵ R.G. 28.08.2010, S. 27686.

yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak vergi incelemeleri ile ilgili olan VUK. m. 140'a göre vergi incelemesi yapanlar, yaptıkları inceleme sırasında sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemezler (VUK. m. 140/5). Dolayısıyla sirkülerlerin vergi idaresini bağlama yanında artık mükellefleri de bağlayıcı hale geldiği kabul edilmektedir. Zira mükellefler inceleme raporlarının sirkülere aykırı düzenlenemeyeceğini bildikleri için sirkülere uymak zorunda kalacaklardır.⁶⁶ İnceleme elemanları özelgelere aykırı rapor düzenleyebilirlerse de bu raporlar ilgili komisyonda⁶⁷ özelgelere uygunluk bakımından da değerlendirmeye tabi tutulacaklardır (VUK. m. 140/7). Bu komisyonda özelgelerin yanlışlığı hakkında kanaat oluşursa durum sirküler ve özelge verme konusunda yetkili komisyondan iki üyenin de katılacağı beş kişilik karma komisyonda incelenecektir. Bu düzenlemeler de özelgelerin bağlayıcı niteliğe büründüğünü göstermektedir.⁶⁸ Yargı kararlarına bakıldığında da sirkülerlerin idarenin düzenleyici işlemi olarak kabul edildikleri ve iptal yaptırımına tabi oldukları görülmektedir.⁶⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu bu hususu bir kararında

⁶⁶ Ümit Süleyman Üstün, "Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukunda Yeri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 2012, s. 217.

⁶⁷ VUK m. 140/7: "Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmeden önce, meslekte on yılını tamamlamış en az üç Vergi Müfettişinden oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin Cumhurbaşkanı kararı, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar komisyon arasında uyuşmazlık oluşması halinde uyuşmazlığa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik merkezi rapor değerlendirme komisyonu tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar, bu komisyon tarafından yapılacak değerlendirmeye uygun olarak düzenleyecekleri vergi inceleme raporlarını işleme konulmak üzere bağlı oldukları birime tevdi ederler."

⁶⁸ Üstün, s. 218.

⁶⁹ "Davayı, Sirkülerin, "Bilgi Verme Zorunluluğu Getirilen Şirketler ve OSB Tüzel Kişiliklerinin Kapsamı" başlıklı 2. bölümünde yer alan "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan elektrik veya doğalgaz dağıtım lisansı almamış ancak çeşitli kaynaklardan elektrik veya doğalgaz temin edip elektrik veya doğalgaz dağıtım hatlarını kullanarak nihai tüketiciye satan şirketler veya Organize Sanayi Bölgeleri tüzel kişilikleri de bu Tebliğ kapsamındadır." şeklindeki düzenlemesine hasren inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 10.7.2017 gün ve E:2014/2646, K:2017/6026

şu şekilde gerekçelendirmiştir: “Maliye Bakanlığına sirküler yayımlama konusunda verilen yetkinin amacı, mükelleflerin vergi durumları ve vergi

sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanun’unun 140. maddesinin 5. fıkrasına göre vergi incelemesi yapanlar tarafından, vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenlenemeyeceğinden ve üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Tebliğde yer alan düzenlemenin yeniden yorumlanmasıyla, davacının menfaatini doğrudan etkiler nitelikte uygulamalar içerdiğinden, iptali istenen düzenlemenin yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinde ve davaya konu edilmesi mümkün olduğundan, davalı idarenin usule ilişkin iddialarında yasaya uyarlık görülmediği, 213 sayılı Vergi Usul Kanun’unun 148. maddesi ve mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendi ile ona verilen yetkiye istinaden yayımlanan Genel Tebliğin “Bilgi Verme Zorunluluğu Getirilen Şirketler ve OSB Tüzel Kişiliklerinin Kapsamı” başlıklı 3. bölümünde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan elektrik dağıtım lisansı almış tüm elektrik dağıtım şirketleri ile OSB tüzel kişilikleri ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan doğalgaz dağıtım lisansı almış şirketlere, abone bilgileri ile tüketim bilgilerini belirlenen format ve standartlara uygun olarak na gönderilmesi zorunluluğunun getirildiği, Genel Tebliğ kapsamında elektrik ve doğalgaz abone bilgileri ile tüketim bilgilerinin alınma süresinin uzatılmasına dair açıklamaya ilişkin davaya konu Sirkülerin 2. bölümünde, Tebliğin kapsamına ilişkin açıklamalara da yer verildiği, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan elektrik veya doğalgaz dağıtım lisansı almamış ancak, çeşitli kaynaklardan elektrik veya doğalgaz temin edip elektrik veya doğalgaz dağıtım hatlarını kullanarak nihai tüketiciye satan şirketlerin veya OSB tüzel kişiliklerin de bu Tebliğ kapsamında olduğunun belirtildiği, kayıt dışılığın önlenmesi için ülke düzeyinde elektrik ve doğalgaz abone bilgilerinin alınması amacıyla yayımlanan Tebliğle getirilen bildirim yükümlülüğünün, elektrik dağıtım lisansı almış şirketler ve OSB tüzel kişiliklerini kapsadığı, elektrik dağıtım lisansı almamış şirketler açısından Tebliğde bir düzenleme bulunmadığı halde, yükümlülüğün kapsamı genişletilmek suretiyle, elektrik dağıtım lisansı olmayıp, çeşitli kaynaklardan temin ettiği elektrik hatlarını kullanarak nihai tüketicilere satış yapan tedarik lisansı sahibi şirketlere, abone ve tüketim bilgilerini elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getiren Sirkülerin dava konusu edilen kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Davalı idare tarafından; genel düzenleyici işlem niteliğine haiz olmayan sirkülerin dava konusu edilemeyeceği, sirkülerin, Tebliğin kapsamını genişletmediği, davacının bildirim için gerekli olan şifre talebinde bulunmasına rağmen süresi içinde bildirimde bulunmadığı, davacının durumundaki diğer şirketlerin tamamının bilgi gönderiminde bulunduğu ileri sürülerek, kararın bozulması istenmiştir. Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur. Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir. Türk Milleti Adına Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü: Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi yukarıda açıklanan Danıştay Dördüncü Dairesi’nin, 10.7.2017 gün ve E:2014/2646, K:2017/6026 sayılı kararı, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir. Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, 17.1.2018 gününde oy çokluğuyla karar verildi”. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 17.01.2018 T., 2017/592 E., 2018/1 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

uygulaması bakımından müphem ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları izahatın, her mükellefe ayrı ayrı verilmesi yerine, aynı durumda bulunan tüm mükelleflere aynı anda ve tek işlemle duyurulmasının sağlanmasıdır. Davaya konu edilen işlemlerin düzenleyici işlem niteliğinde olup olmadığının tespitinde, işlemin adının ne olduğundan öte, içeriğinin nitelenmesinin yapılması önem arz etmektedir. Kamu gücüne dayanılarak kurulan, kesin ve yürütülmesi zorunlu, yani etkili olan ve düzenleyici olma niteliğini kural koymasından aldığı için normatif değer taşıyan düzenleyici işlem niteliğindeki davaya konu sirkülerin, 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca Danıştay'da davaya konu edilmesinde ve Dairece davanın esasının incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bu nedenle bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir".⁷⁰

Dolayısıyla sirküler ve özelgeler belirtilen nedenlerden dolayı hukuk bağlayıcılığı olan düzenlemeler gibi kabul edilmektedir. Bu nedenle veraset ve intikal vergisinin uygulamasında da ilgili sirküler ve özelgelere uygun olarak hareket edilmesi gerekecektir. Yukarıda belirtilen sirküler ve özelge bu noktada mirası reddeden mirasçının TTK m. 1494/1 uyarınca korunma hakkını hukuka aykırı olarak çiğnemektedir.

Kanaatimizce ölüme bağlı hayat sigortasında lehtar olan mirasçıdan mirası reddetmesi durumunda sigorta tazminatı terekeye dahil edilmeyeceğinden veraset vergisi alınmamalıdır. Bu durumda mirası reddeden mirasçıdan ivazsız intikal vergisinin alınması gerektiği kabul edilebilir.

Netice itibariyle halihazırdaki yasal düzenlemeler birbirleriyle çelişmektedir. Bu çelişkinin çözümü ise vergi hukukuna ilişkin düzenlemelerin ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelere uygun bir şekilde yapılmasıdır. Normlar hiyerarşisi bakımından TTK. m. 1494/1'in sirküler ve özelden daha üstün konumda olduğu şüphesizdir. Bu nedenle ölüm rizikosuna bağlı hayat sigortası sebebiyle elde edilen sigorta tazminatından bu tazminatın terekeye dahil bir değer olmadığı kabul edilerek ve TTK m. 1494/1'de yer alan düzenlemeye uyularak vergi kesintisi yapılmalıdır.

⁷⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 01.10.2014 T., 2014/534 E., 2014/841 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

SONUÇ

Ölüm rizikosuna karşı yapılmış hayat sigortası sözleşmesiyle, sigorta ettirenin prim ödeme borcunu yerine getirmesi karşılığında sigortacı, lehtara, riziko şahsının ölümü halinde belirli bir tutarı ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu sigortalarda lehtarın önceden belirlenmemesi halinde lehtarın kim olacağı sorusu, TTK'nın 1494. maddesiyle yanıtlanmıştır. Düzenlemeyle, bu sigortalarda lehtar belirtilmemişse sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine yapıldığı kabul edilmiştir.

Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtarın sözleşmede belirtilmemesi halinde, lehtarın ayırım yapılmadan sigorta ettirenin mirasçıları olacağı belirtildiğinden, kanuni mirasçılar dışında atanmış mirasçılar da lehtar olabilirler. Lehtar olan mirasçıların kim olduğu miras hukuku kurallarına göre belirlenir.

Kanuni veya atanmış mirasçılar, murisin mirasını kabul etmek istemezlerse, mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânları bulunmaktadır. Bu imkân mirası ret olarak ifade edilmektedir. Mirası reddetmek isteyen mirasçı, kural olarak mirasbırakanın ölümünü öğrenmesinden itibaren üç ay içinde ret iradesini mirasbırakanın son yerleşim yeri Sulh Hukuk Mahkemesine açıklayarak mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır. Mirasbırakanın ölümü tarihinde ödemediği aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise de mirasçıların herhangi bir ret açıklamasında bulunmasalar da mirası reddetmiş sayılacakları kanunda düzenlenmiştir.

Mirasın reddiyle, kanuni veya atanmış mirasçı sıfatına sahip olan kişiler murisin terekesini kabul etmemiş olmaktadır. Bu yol sadece murisin terekesindeki değerler üzerinde etki doğurmaktadır. Tereke ise, mirasbırakanın ölümü halinde mirasçılarına geçen özel hukuk ilişkilerinin tamamıdır. Mirasbırakanın ölümü anında mirasbırakanın malvarlığında olmayan ancak terekede yer alarak mirasçılara geçen değerler de olabilir. Ölüm rizikosuna karşı yapılmış sigortalarda mirasçı olan lehtara ödenecek olan sigorta tazminatı ise ölüm anında malvarlığına dahil olan bir değer olmadığı gibi, terekeye eklenecek değerler arasında da değildir. Zira bu tazminat, murisin malvarlığına giren bir değer olmayıp, murisin ölümü şartına bağlanmış ve rizikonun gerçekleşmesiyle direk lehtarın malvarlığında doğan bir haktır.

Bu nedenle, mirası reddeden bir kişinin TTK'nın 1494. maddesine göre lehtar olarak kazandığı sigorta tazminatı üzerindeki hakkının mirasın reddi veya mirastan vazgeçmeden etkilenmeyeceği aynı hükümde açıkça belirtildiği gibi, hükmün gerekçesinde lehtar tayininin sağlarası bir muamele olduğu, sigortalının ölüm ihtimaline karşı yapılmış olmasının onu ölüme bağlı tasarruf haline getirmeyeceği açıklanmıştır.

Lehtarın hak kazandığı bu bedeli alabilmesi için, VİVK'nun 17. maddesi gereğince vergi ödemesinin yapıldığını gösteren vergi dairesinden alınmış bir belgeyi sigorta şirketine sunması gerekmektedir. VİVK'na göre vergilendirilecek olan değerler ya veraset yolu kazanımlardan ya da ivazsız intikal yoluyla kazanımlardan dolayı gerçekleşir. Veraset, miras, vasiyet ve miras sözleşmesi gibi ölüme bağlı tasarrufları ifade ettiğinden, sigorta tazminatı da ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmadığından bu tazminat veraset olarak nitelendirilmemeli ve vergilendirilmemelidir. Ancak Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan sirküler ve özgelelerde ayrıca vergi dairelerindeki uygulamalarda bu tazminat tereke içerisinde değerlendirilmekte olduğundan, mirası reddeden lehtarlara vergi beyannamesi verme hakkı tanınmamaktadır. Oysaki mirasçı olmayan üçüncü kişilerin sözleşmede lehtar olarak düzenlenmesi halinde bu kişiler ivazsız intikal kapsamında beyanname verebilmektedirler. Sigorta sözleşmesinde lehtarın mirasçılar olarak belirlendiği veya kanun gereği kabul edildiği hallerde bu kişiler mirası reddetseler de lehtar olarak TTK'ya göre sigorta tazminatı almaya hak kazansalar da vergi beyannamesi veremediklerinden hakları olan sigorta tazminatını alamamaktadırlar. Bu uygulama TTK. m. 1494/1'de düzenlenen kanun hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan tüm bu sebeplerle, ölüm rizikosuna karşı yapılmış sigortalarda lehtarın mirasçılar olarak belirlendiği veya kanun hükmü gereği lehtarın mirasçılar olarak kabul edildiği hallerde, rizikonun gerçekleşmesi halinde doğan tazminat hakkı terekeden bağımsız olarak lehtarların malvarlığında doğduğu kabul edilmelidir. TTK'da açıkça düzenlendiği üzere bu kişiler mirası reddetseler dahi bu tazminata hak kazanırlar. Hak kazandıkları bu bedeli alabilmeleri için vergi hukuku bakımından da TTK'daki hükme uygun düzenleme yapılması ve lehtarların haklarını alamadıkları hatalı uygulamaya son verilmesi gerekir.

Kaynakça

- Antalya Gökhan, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Çeker Mustafa, Sigorta Hukuku, 19. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2018.
- Dural Mustafa/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, İstanbul 2018.
- İmre Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 12. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2016.
- İnan Ali Naim/Ertaş Şeref/Albaş Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Karağözoğlu Fevzi, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Uygulaması, Eğitim Yayınları, İstanbul 1983.
- Karakoç Yusuf, Türk Miras Hukuku Açısından Veraset ve İntikal Vergisi, DEÜ Yayınları Ankara 1990.
- Kender Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 12. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Kayıhan Şaban/Ömer Bağcı, Türk Sigorta Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli 2018.
- Öncel Mualla/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Özer F. Dilek Kabukçuoğlu, Mukayeseli Hukukta Ve Uygulamada Hayat Sigortası, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Petek Hasan, “Mirasın Hükmen Reddi”, *Journal of Yasar University*, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, ss. 2191-2235, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/3-Hasan-Petek.pdf> (Erişim Tarihi: 17.03.2019).
- Şafak Havva/Yurtsever Hatice, “Servet Vergilerinden Veraset ve İntikal Vergisi Üzerine Değerlendirmeler”, *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, 2015, ss. 27-37.
- Selçuk Uygur, “Başkası Hesabına Sigorta Sözleşmesi & Üçüncü Kişi Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 60, 2011, ss. 25-30.
- Şenocak Kemal, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Tunçomağ Kenan, “Hayat Sigortalarında Sigorta Sözleşmesinin Devri”, *Kamu-İş Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 1999, ss. 1-8.
- Ulaş Işıl, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Ünan Samim, Hayat Sigortası Sözleşmesi, Beta, İstanbul 1998, (Sözleşme).
- Ünan Samim, “Hayat Sigortalarında Lehtar Atama İle İlgili Bazı Sorunlar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, ss. 295-330, (Lehtar).
- Üstün Ümit Süleyman, “Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukunda Yeri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7 Sayı: 1-2, 2012, ss. 189-222.

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLARIN PRİME ESAS KAZANÇLARININ TESPİTİ

DETERMINATION OF INCOME BASED ON PREMIUMS OF THE EMPLOYEES WORKING WITH SERVICE CONTRACT IN SOCIAL SECURITY LAW

Halil YILMAZ*

Özet: Sosyal güvenlik sisteminde, çalışmaya başlama ile sigortalıların her ay için çalışma gün sayıları ve kazançlarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmesi gerekmektedir. Sigortalının hizmet hesabında yer alan bilgiler, diğer sigorta kollarından sağlanan yardımlarda, sigortalıların emeklilik şartlarının belirlenmesinde ve emekli aylıklarının hesaplanmasında kullanılmaktadır. Bu nedenle, SGK'nın prime esas kazancın belirlenmesinde doğrudan hukuki yararı bulunmaktadır. Prime esas kazanç matrahı ne kadar yüksek olursa, Kurum'un edim sonucu o kadar yüksek, düşük olursa edim sonucu da o kadar düşük olacaktır, prime esas kazançların tespitinde sigortalıların da hukuki yararı bulunmaktadır. Geçmişe dönük olmak üzere bazı gelirlerin prime esas kazançta dâhil edilmesi, aldıkları yaşlılık aylığı miktarında da doğrudan etkili olabilmektedir. Örneğin, halen yaşlılık aylığı almakta olan sigortalı, geçmiş dönem prime esas kazancının tespiti ile eksik hesaplanan yaşlılık aylığı farkının Kurum'dan tahsilini isteyebilmektedir. İşte bu noktada, çalışılan dönemde sigortalının prime esas kazancına, çalıştığı işyerinden yapılan kimi ödemelerin eklenip eklenmeyeceği tartışma konusu olabilmektedir. Bu nedenle, prime esas kazançların tespiti önemlidir. Bu makalede prime esas kazancın önemi, kapsamı ve uygulamada tartışmalı olan konulara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Tespiti, Emeklilik, Ücret, Ek Ödemeler

Abstract: In the social security system, the number of working days and incomes of the person, who started to work and has social security, must be notified to the Social Security Institution (SSI) for each month. The information in the service account of the person is used in the contributions provided by other insurance branches, in determining the pension conditions of the person with social security and in the calculation of pensions. Therefore, SSI has a direct legal benefit in determining incomes based on premiums. Employees with social security also have a legal benefit in determining incomes based

* Doç. Dr., yilmazhalil03@gmail.com.tr, ORCID: 0000-0001-6672-7067, Makale Gönderim Tarihi:01.03.2019, Kabul Tarihi: 06.03.2019

on premiums, as the income tax base based on premium is higher, the Authority's performance outcome will be higher or as the income tax base based on premium is lower, the Authority's performance outcome will be lower. Including some retroactive earnings into incomes based on premium can also have a direct effect on the amount of old-age pensions that persons have received. For instance, the person, who is still receiving old-age pension, can request the Institution to collect the differential old-age pension which is undercalculated with the determination of the income based on premium of the previous period. At this point, it can be a matter of debate whether some payments made from the workplace in which the person with social security worked will be added to the income based on premium during the working period or not. Therefore, it is essential to determine incomes based on premium. In this article, the importance, the scope of the incomes based on premium and the controversial issues in practice are discussed.

Keywords: Determination of Service, Retirement, Wages, Additional Payments

Giriş

Sosyal sigorta priminin hangi tutar üzerinden hesaplanıp tahakkuk ettirileceği, başka bir deyişle hangi kazançların ne kadarı üzerinden sigorta primi kesileceği sorusu sosyal güvenlik hukukunun temel konularından birini oluşturur. Üzerinden sigorta primi hesaplanacak kazanç, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda "sigorta primine esas kazanç" (SPEK) adı verilmiştir. Bazı kazançların SPEK tutarına dâhil olup olmadığı açıkken, bazı kazançlar yönünden tereddüt ortaya çıkabilmektedir. Sigorta primine esas tutulacak kazançlar 5510 sayılı Kanun'da (m. 80, 82, geçici 15 ve 16), Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde (m. 97, 98 ve 99) ve İşveren Uygulama Tebliği'nde düzenlemeye konu yapılmıştır. Ancak yargıya intikal eden uyuşmazlıkların çoğunlukla geçmiş döneme ilişkin olması nedeniyle, mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulanmasına devam edilmektedir. Konu, adı geçen Kanun'un 77. maddesinde düzenlenmişti. Düzenlemeye konu kazançlar bakımından önceki ve sonraki kanun arasında benzerlik bulunmaktadır. Sonraki kanun (5510), 506 sayılı Kanun'da sayılan kazançlara ek olarak, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı niteliğindeki toplu ödeme, keşif ücreti ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik

katkı payları tutarlarını prime esas kazançlar olarak tespit etmiştir (m. 80/1-b). 5510 Sayılı Kanun'dan önceki dönemde, çocuk zammı miktarı hesap edilirken, 18 yaşını geçmiş olsa bile yaşı ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla birlikte sonradan boşanan kız çocukları için yapılan ödemeler dikkate alınmakta iken, 5510 sayılı Kanun'la birlikte kız ve erkek çocuk ayırımı kaldırılmıştır.

I. Kavram

Ülkemizde sosyal sigortanın finansı, sigortalılar ile onlar adına işverenler tarafından ödenen primler ile karşılanmaktadır. Konu 5510 sayılı Kanun'un dördüncü kısmının "Primlere İlişkin Hükümler" alt başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin ilk maddesi olan 79. madde hükmüne göre, "*Kısa ve uzun vadeli sigortalılar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır.*" Bir sonraki 80. maddenin başlığı ise 'Prime Esas Kazançlar' dır.

Belirtmek gerekir ki, prime esas kazanç kavramı, SSK'lılar için bilinen, ama 5510 sayılı Kanun ile birlikte memurlar ve kendi adına bağımsız çalışanlar için yeni bir kavramdır. Ancak prime esas kazanç, genel kabul gören bir kavram olup, özellikle sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde bu kavrama oldukça sık rastlanmaktadır (Örneğin 5510 sayılı Kanun, m. 5, 17, 27, 29, 30, 38, 41, 45, 46, 47, 52, 53, 55, 59, 68, 81, 82, 85, 86, 88. maddeleri). Bu da göstermektedir ki, prime esas kazanç kavramı sosyal güvenlik hukukunun temel kavramıdır.

5510 sayılı Kanun, "prime esas kazançlar" konusunu düzenlerken, nelerin prime esas kazançların kapsamında olmadığı ve diğer kanunlardaki muafiyet ve istisnaların bağlayıcı olmadığı belirtilerek, bütün ödemelerden prim alma anlayışını esas almıştır.

İş ve sosyal güvenlik hukukunda "kazanç", sigortalının elde ettiği nakdi menfaatleri ifade eder. Prime esas kazanç, belli tutarda bir prim borcu olarak doğabilmesi için gerekli olan gelirin ortaya çıkması şeklinde tanımlanabilir. Hem sigortalı hem de onun adına işvereni tarafından ödenecek sosyal sigorta primleri, sigortalının statüsüne (işçi, memur, bağımsız çalışan) göre kazancı esas alınarak belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle sigorta primlerinin matrahını sigortalının kazancı

oluşturmaktadır.¹ Birbiri ile bağlantılı olmakla birlikte kazanç kavramı “ücret” kavramından daha geniştir.² Zira prim, sadece ücret üzerinden değil, ücret eki niteliğinde olan diğer ödemelerden de kesilmektedir.

Prime esas kazançla ilgili yasal düzenlemelere bakıldığında, prim borcunun doğumu için kendisine sonuçlar bağlanan gelirlerden oluştuğu görülmektedir. Prime esas kazançlar uygulamada kimi zaman tereddütlere neden olan pek çok olumlu (içeren) ve olumsuz (dışlayan) unsurlardan oluşmaktadır. Bu anlamda kanun koyucunun, prime esas kazançlar bakımından bir tipiklik unsuru aradığından, kazanca dâhil unsurların somut olarak ortaya çıkması halinde tipikliğin gerçekleştiğinden söz edilir. Ortaya çıkan sonuç prim alınmasıdır. Sigortalıya yapılan ödemeler bakımından, hangilerinin sigorta primine esas kazançta dikkate alınacağı, hangilerinin alınmayacağı veya hangilerinin kısmi olarak alınacağı ve miktarı hususu yasal düzenlemeyle belirlenmiştir (5510 sayılı Kanun m. 80). Kaynağını Anayasa’nın 2’inci maddesindeki hukuk devleti ilkesinde bulan hukuki güvenlik ilkesi, prime esas kazançlar bakımından boşlukların idarenin takdirleriyle doldurulmasını engellemektedir. Bunun dışında kalan düzenlemelerle, prime esas kazançları genişletme veya daraltma olanağı yoktur. Sigorta primine esas kazanca dâhil edilip edilmemesi bakımından diğer kanunlarda yer alan hükümler, daha açıkçası istisnalar ve muafiyetler dikkate alınmayacaktır.³ Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun’un prim alınabilir olarak öngördüğü soyut tipe uygun bir somut kazancın diğer kanunlar gereği prim istisnasından yararlanıyor olması, prime esas kazanç sayılmasına engel değildir. Bu bakımdan, sigortalılara yakacak, temizlik, aydınlatma ve benzeri nitelikteki giderleri için yahut tahsil veya mesken yardımı gibi kanunda ismen sayılmayan nedenlerle yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazanca dâhil edilecektir.

Öte yandan, 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanun’la 6212 sayılı

¹ Nüket Saracel, “Sosyal Sigortalar Uygulamasında Kazanç Kavramı”, Kamu - İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.4, Sa:3, Ocak 1998, s. 17.

² M. Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013, s. 195; Coşkun Saraç, İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Ankara 1998, s. 36.

³ Örneğin; 2914 sayılı YÖK Personel Kanunu’nun Ek 1. maddesinde belirtilen eğitim-öğretim ödeneğinin hiçbir kesintiye tabi olmaması, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 61 inci maddesi gereğince yıllık ücretli izin döneminde ödenecek ücretlerden prim kesilmemesi yönündeki düzenleme gibi.

Kanun'un 2. maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun'a istinaden ödenmekte olan ikramiyeler ile ilave tediyeprime tabi tutulacağı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesindeki istisnai hüküm üzerinde durulmaksızın hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerden de kısa vadeli sigorta kolları primi kesilecektir. Örneğin, 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında" kanun hükmünde kararnamede pek çok ödemenin hiçbir kesintiye hatta açıkça prim kesintisine tabi tutulamayacağı belirtilmekte ise de, 5510 sayılı Kanun'un 80/1-c maddesi gereği bu istisnanın uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Diğer taraftan, kadrolu öğretmenlere ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinden 657 sayılı Kanun'un Ek Madde 32/2'nci fıkrası gereğince, Kurum tarafından kesinti yapılmamasına rağmen, sözleşmeli öğretmenlerin aldığı öğretim yılına hazırlık ödeneğinden kesinti yapılması sebebiyle, Kurum işleminin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve mevzuata aykırı olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Yargıtay, memur statüsünde çalışan öğretmenler ile sözleşmeli öğretmenlerin farklı hukuksal konumda olmaları nedeniyle farklı uygulama yapılmasına ilişkin Kurum işlemi yönünden eşitlik ilkesini zedeleyecek bir durum olmadığına karar vermiştir.⁴

II. Prime Esas Kazançların Tespitinin Önemi

Sosyal güvenlik sisteminde, çalışmaya başlama ile sigortalıların her ay için çalışma gün sayıları ve kazançlarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmesi gerekmektedir. Bildirilen çalışma gün sayısı ve kazançlar, sigortalı bazında oluşturulan hizmet hesabında toplanmaktadır. Hizmet hesabında yer alan bilgiler, diğer sigorta kollarından sağlanan yardımlarda, sigortalıların emeklilik şartlarının belirlenmesinde ve emekli aylıklarının hesaplanmasında kullanılmaktadır. Ne var ki, işverenlerce sigortalılara ait kazançların SGK'ya bildiriminde,

⁴ Y 10. HD'nin 2.12.2013 tarih, 2012/9082-24142 sayılı kararı (UYAP).

sigortalının aldığı ücret içinde yer alan tüm unsurlar ve ücret dışında başka adlar altında yapılan diğer ödemelerin tamamı prime esas alınmamaktadır. Bunlardan ancak sosyal güvenlik mevzuatıyla belirlenmiş olan ücret kalemleri ve diğer ödemeler, belirlenen oranlar dâhilinde Kurum tarafından “sigorta primine esas kazanç” olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, prime esas kazançların tespiti önemlidir.

Sosyal sigortanın finansmanı, temel olarak sigortalıların kazançları üzerinden alınan primlerle karşılanmakta ve prim borcu, kanunun prime bağladığı kazancın gerçekleşmesi (hak etme/ödeme) ile doğmaktadır. Dolayısıyla, SGK'nun prime esas kazancın belirlenmesinde doğrudan hukuki yararı bulunmaktadır.

Prime esas kazançların tespitinde sigortalıların da hukuki yararı bulunmaktadır.⁵ Prime esas kazanç matrahı ne kadar yüksek olursa, Kurum'un edim sonucu o kadar yüksek, düşük olursa edim sonucu da o kadar düşük olacaktır.⁶ Sigortalılara bağlanan yaşlılık aylığı ve diğer ödemeler (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde verilecek ödenekler veya bağlanacak gelirler veyahut aylıklar⁷), primler esas alınmak suretiyle belirlenmektedir. Geçmişe dönük olmak üzere bazı gelirlerin prime esas kazançta dâhil edilmesi, aldıkları yaşlılık aylığı miktarında da doğrudan etkili olabilmektedir. Örneğin, halen yaşlılık aylığı almakta olan sigortalı, geçmiş dönem prime esas kazancının tespiti ile eksik hesaplanan yaşlılık aylığı farkının Kurum'dan tahsilini isteyebilmektedir.⁸ İşte bu noktada, çalışılan dönemde sigortalının prime esas kazancına, çalıştığı işyerinden yapılan kimi ödemelerin eklenip eklenmeyeceği tartışma konusu olabilmektedir.

Prime esas kazançların bir başka önemi ise, yurtdışında Türk vatandaşlığında geçen sürelerin borçlanılması bakımından ortaya çıkmaktadır. 3201 sayılı Kanun'un “Borçlanma Tutarı ve Borçlanma Tutarının İadesi” başlıklı 4. maddesi, “borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82. maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'si kadar” olacağını belirtmektedir.

⁵ Y 21. HD'nin 20.4.2015 tarih, 2014/13648-8505 sayılı kararı (UYAP).

⁶ Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s. 183.

⁷ Korkusuz/Uğur, s. 195.

⁸ Y 21. HD'nin 26.03.2015 tarih, 2015/3348-6346 sayılı kararı.

III. Prime Esas Kazancın Konusu

Prime esas kazancın konusu, yani primin hangi kazançlar sonucunda doğacağı veya doğması gerektiği sorusunun cevabıdır. Nelerin prime esas kazancın konusunu oluşturacağını önceden sınırlandırmak mümkün değildir. Çünkü prime esas kazancın konusunu oluşturan gelirler zaman içinde sürekli değişmektedir. Prime esas kazancın konusu kanun gereği üzerinden prim alınan ve prim gelirinin kaynağı olan nakdi gelirlerdir. Prime esas kazancın doğması (4/a'lılar) için Kanunun prim borcunu doğuran bir sebep olarak kabul ettiği iş sözleşmesi ilişkisinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Prime esas kazancın konusunu oluşturabilecek çok çeşitli ekonomik kaynaklar bulunmakta olup, bu kaynaklar ekonomik, sosyal veya siyasal nedenlerle çeşitli şekillerde primin konusu olarak seçilebilmektedir. Bu açıdan ücret ve ücret eki gibi ekonomik unsurlar primin konusunu oluşturabilmektedir. Prime esas kazançların belirlenmesi bakımından temel dayanak 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesidir. Kanun gereğince, 80. maddenin 1/b fıkrasındaki istisnalara girmemesi koşuluyla iş sözleşmesi karşılığı elde edilen her türlü gelirden sigorta primi kesintisi yapılabilecektir.⁹ Prim borcuna ilişkin ilişki, zorunlu bir ilişki olması nedeniyle kamusal bir borç ilişkisidir.¹⁰ Bu nedenle, tereddüt uyandırmayacak kadar açık olmalıdır. Kanun, sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödeyecekleri primlerin hesabında göz önünde tutulacak kazanç unsurlarını esas itibariyle üç grupta toplamış:

1. Hak edilen ücretler,
2. Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarları,
3. İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınacak şekilde belirtmiştir.

⁹ Saraç, s. 37.

¹⁰ Mesut Balcı/Halil Yılmaz, Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014, s. 19 vd.

Ödeme, hukukta genellikle para borçlarının ifası anlamında kullanılmaktadır. Bu durumda 80. madde hükmünde geçen 'ödemeler' ifadesi, sadece parasal yardımların hükmün kapsamına girdiği sonucuna ulaştırmaktadır. Aynı yardımlar için ödeme ifadesi kullanılmaması da bunu doğrulamaktadır.

Prime esas kazanca hangi unsurların girdiğinin tespiti bakımından, kazancın gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan hukuk kuralları uygulanmalıdır. Bu nedenle, gerek primlendirme ile ilgili işlemlerin tesisinde idari makamlar tarafından, gerekse prim uyumsuzluklarının çözümünde yargı organları tarafından uygulanacak hukuk kuralları, prime esas kazancın gerçekleştiği zamana göre belirlenecektir. Yargıtay'a göre, sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve daha önceki kanunlarda olmayıp 5510 sayılı Kanun'la getirilen ve sigortalıların lehine olan hükümlerin 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelmiş olaylara uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.¹¹

A. Ücretler

Sigorta primine esas kazançların ilki, sigortalıların o ay içinde hak ettikleri ücretlerdir. Bir ücretten söz edebilmek için, karşımıza çıkan ilk unsur ücrete hak kazananın işverene tabi olarak (iş sözleşmesi ile) çalışmış olmasıdır. İşverene tabi olma özellikle bağımsız çalışanların kazancı ile ücret arasındaki farkı ortaya koyan en önemli unsurdur. Süreklilik, kazançlar bakımından mutlak bir özellik değildir.¹² Türk iş mevzuatında ücretle ilgili farklı tanımlamalar bulunmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücretin tanımı yapılmıştır. Buna göre: "*genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*" Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda ücretin tanımı yer almazken, Deniz İş Kanunu'nda (m. 29), 4857 Sayılı İş Kanunu'nda yer alan tanıma benzer şekilde, "*gemiadamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen bir meblağdır*" anlatımına yer verilmiştir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ücreti, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara

¹¹ Y 10. HD'nin 18.3.2013 tarih, 2013/359-5041 sayılı kararı (UYAP).

¹² Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014, s. 289.

hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler olarak tarif etmiştir (m. 61). 5510 sayılı Kanun ise tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde ücreti, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar" olarak tanımlamıştır.

Ücret, niteliği yönünden çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Çıplak (asıl) ücret kavramına karşılık olarak kullanılan giydirilmiş ücret, asıl (çıplak) ücrete ek olarak, fazla sürelerle/fazla çalışma ve tatil ücretleri, prim, ikramiye, yemek, yakıt, barınma, ısıtma gibi para ve parayla ölçülebilir menfaatlerin toplamından oluşan ücrettir. Zamana göre ücret, akort ücret, yüzde usulü ücret, götürü ücret, komisyon ücreti ve kardan pay alma şeklinde gerçekleşen ödemeler ücretin kapsamına dâhildir.¹³

Kanun koyucu ücret kavramı içerisinde değerlendirilebilecek olan ödemeler bakımından, çalışma ilişkisi ve ödeme şekli (zaman esasına göre, parça başına, yüzde usulüne göre ücret) konusunda bir ayrıma gitmeyerek tümünü prime esas kazanç kavramı içinde kabul etmiştir.¹⁴ Sigortalı ücretini bahşişlerden alıyorsa veya ücrete ek olarak alınan bahşişler sigortalıya ödeniyorsa, bahşişlerden de prim kesilmelidir. Bu ücretlerin sigortalıya fiilen ödenmesi şart olmayıp, onun adına o ay için tahakkuk ettirilmiş olması (hak edilmesi) prime esas kazançta dâhil edilmesi için yeterlidir.¹⁵ Tahakkuk ettirilmiş olma, prime esas kazancın ödenme zamanı bakımından somutlaşmasını sağlayan hukuki durumdur. Ücret, fiilen ödenmese de nitelik ve tutar olarak kesinleşmiş, dolayısıyla ödenmesi gereken safhaya gelmiş olmalı, başka bir ifadeyle hukuken ücrete hak kazanan tarafından talep edilebilir olmalıdır. İşçinin ekonomik tasarrufuna sunulmasına karşın, ücretin tahsil edilmemiş olması elde edilmediği anlamına gelmez.

Belirli bir miktar para borcu olan ücret ödeme borcu, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli borcudur. Para borcunun, borçlunun

¹³ A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2017, s. 171;Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 289;Sözer, s. 184;Saracel, s. 18;Berna Öztürk, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler, Ankara 2016, s. 165;Yusuf Alper, "5510 sayılı Kanun'da m. 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Primler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, Aralık 2008, s. 161 vd.

¹⁴ Saraç, s. 38.

¹⁵ Y 10. HD'nin 02.02.2012 tarih, 2011/2914-1231 sayılı kararı (UYAP).

şahsına bağlı bir edim yükümlülüğü içermemesi nedeniyle, mutlaka işverenin kendisi tarafından ödenmesi gerekmez (TBK m. 83). Üçüncü bir kişi tarafından da ödeme yapılabilir. Kaldı ki, Deniz İş Kanunu ücretin “işveren veya işveren vekili” tarafından ödeneceğini öngörmektedir (m. 29/1). İş Kanunu ise ücreti, onu ödeyecek kişi bakımından daha geniş bir şekilde, “işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan” tutar olarak açıklamaktadır (m. 32/1).

Asıl ücret nakdi bir ödeme olup, belirli bir miktar parayı ifade eder. Bu itibarla, işveren ücret ödeme borcunu aynı olarak ifa edemez. Ancak işverence işçinin asıl ücretine ek olarak, parayla ölçülebilen aynı ödemelerin yapılması mümkündür. Ücret unsurunda temel olan, sigortalının mali ve ekonomik riske maruz kalmamasıdır.

Kanun hak edilen ücretler üzerinden prim alınacağını belirtmektedir. Uygulamada anlaşıldığı şekliyle avans (TBK m. 406'nın aksine), hak edilmemiş bir ücretin ileride hak edildiği zaman mahsup edilmek üzere önceden ödenilmesi durumudur. Burada prim alınmasına esas olma bakımından iki koşul ortaya çıkmaktadır. Bunlar “hak edilme” ve “ödeme” dir. Avans almış olan sigortalıya yapılan ödeme koşullardan birisini karşılamaktadır ki, o koşul ödemedir. Diğer koşul olan hak edilme burada gerçekleşmemektedir. Ücretlilere avans olarak yapılan ödeme, hak edilmeden yapılan ödemedir. Yargıtay, “sözleşmeli personele ödenen avans üzerinden prim tahakkuk ettirilmelidir” ifadelerine yer veren bir karar vermiştir.¹⁶ Avans ödemesi üzerinden prim alınması gerektiğinin kabul edilmesi durumunda, avans almış bir sigortalı, aldığı avansı karşılayacak bir süre çalışmadan işten ayrıldığı takdirde ne olacaktır? Kanaatimizce, avans alan kişi, aldığı avans miktarını karşılayacak kadar çalışmaz ise, artan miktar sigortalının kişisel borcu durumuna gelir. Ancak, yapılan ödemelerin gerçekten avans olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Yargıtay, çeşitli dönemlerde maaş dışında iş avansı gibi isimlerle değişik kalemlerde işveren tarafından işçinin banka hesabına yatırılan paraların ücret değil, şirket parası olduğunun ve işte kullanılmak üzere havale edildiğinin beyan edilmesi karşısında, iş avansı adı altında yatırılan paraların iş sözleşmesine dayalı çalışmanın karşılığı olup olmadığının araştırılmasını aramıştır.¹⁷

¹⁶ Y 10. HD'nin 18.6.1991 tarih, 4681/6499 sayılı kararı (Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s. 1248).

¹⁷ Y 10. HD'nin 30.3.2015 tarih, 2015/628-5981 sayılı kararı (UYAP).

B. Ücret Ekleri

Primlerin hesabında göz önünde tutulması gereken kazanç unsurlarından bir diğeri ise prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerdir. 5510 sayılı Kanun açısından bakıldığında, 'prim' ve 'ikramiye' şeklindeki ödemeler örnek olarak belirtilmiştir. Tam anlamıyla ücret ya da örnek olarak sayılan prim ve ikramiye gibi kavramların içine girmeyen, ancak nitelikçe onlara yakın olan veya onları andıran her çeşit ödeme de prim hesabında dikkate alınacaktır.¹⁸ Bu ödemelerin bir çeşit istihkak sayılmasının nedenine gelince, bunların Kanun'un 80. maddesinin sonraki fıkralarında belirtilen istisnalara girmemesidir.¹⁹

Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan yapılan ödemelerin prime esas kazançta tabi olması için, bunların ücretten farklı olmaları gerekmektedir. Ücretle aynı olsa idi kanun koyucu ayrıca belirtme gereği duymazdı. Ücret ekleri, işçiye asıl ücret yanında işverence devamlı şekilde sağlanan, kanundan veya sözleşmeden doğan, nakdi menfaat anlamına gelmekte olup, değişik şekillerde karşımıza çıkabilir.²⁰ Kıdem zammı, vardiya veya gece zammı, yıpranma zammı, eleman teminindeki güçlük zammı biçimindeki ödemelerin de ücret eki kavramına girdiği kabul edilecektir.

Prim ve ikramiye gibi ödemelerin primlerin hesabında göz önüne alınabilmeleri için ücretten farklı olarak, sigortalı tarafından hak edilmiş olmaları (tahakkuku) yeterli değildir. Ayrıca primlerin kuruma verilmesinin zorunlu bulunduğu ay içinde ödenmiş olmaları da gerekir. Daha açık bir ifadeyle prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaka ilişkin gelir sigortalının malvarlığına girmelidir. Malvarlığına girmesi demek, sigortalının bu gelirin üzerinde ekonomik olarak ve hukuken fiili egemenlik sağlaması ve tasarruf olanağını elde etmesidir.

1. Prim

Buradaki primden amaç, Kurumun tahsilatına ilişkin primler olmayıp, işverence sigortalıya yapılan ödemelerdir. Dolayısıyla, işçinin gösterdiği üstün emek sonucu veya başarılı bir şekilde yapmış olduğu

¹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 291;Saraç, s. 41;Saracel, s. 20;Öztürk, s. 169.

¹⁹ Saracel, s. 20.

²⁰ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s. 293.

iş karşılığı ödenen ücret ekleridir.²¹ Yargıtay'a göre de prim, özel bir çaba gösterilerek, iyi bir şekilde yerine getirilen işin karşılığında ödenen ek ücrettir.²² İşverenin bu anlamda bir prim ödemesinin mutlaka sözleşmeye dayanması gerekmez. Tek taraflı ve devamlı surette aynı koşullarla sağlanması durumunda, işyeri uygulaması olarak ortaya çıkar ve işçiye talep hakkı sağlar (İK m. 22). Ancak işverence prim adı altında yapılan her ödeme onun hukuken ücret eki olduğu anlamına gelmez. Çalışma hayatında işverenlerin, asıl ücretin yüksek olmasının getirdiği dezavantajlardan kurtulmak için, ücreti düşük gösterip, ücretin bir kısmını prim adı altında ödemeleri mümkündür. Prime esas kazançlar bakımından böyle bir ödemenin adına değil, içeriğine bakmak gerekir. Kanunda sayılan istisnalara girmiyorsa, ödemenin prim ya da başka bir adla yapılması çok da önemli değildir. Belki hesaplama bakımından, ücret sayılması halinde hak etme, ücret eki olması durumunda ise ödeme tarihi önem arz edebilir. Buna karşılık, gerçekte ücret olduğu halde, bunların prime esas kazanç tabii olmayan görev yolluğu adı altında ödenmesi bu ödemenin gerçek niteliğinin tespitini gerektirebilir. Yargıtay'ın, uzun yol şoförüne prim adı altında yapılan ödemeyi ve yine satış elemanı olarak çalışan işçinin sürekli olarak aldığı primleri asıl ücretten sayan kararları örnek olarak verilebilir.²³ Kıdem teşvik primi ödemesinin, sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde dikkate alınması gerekir.²⁴

2. İkramiye

İkramiye, işverence bir memnuniyet ifadesi olarak, işçinin işyerinde belli bir süreyi tamamlaması, bir işin iyi yapılması veya bazı özel günler/nedenler (evlenme, doğum, yılbaşı, bayram, kuruluş yıldönümü vb.) gerekçe gösterilerek işçiye verilen bir karşılık (satış primi, üretim primi) olan ücret ekidir (TBK m. 405).²⁵ İkramiyeler kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olabilir. Öte yandan, devamlılık arz etmesi halinde işverence yapılan tek taraflı ödemeler işyeri uygulaması haline gelerek işçiye talep hakkı verir. İşveren ik-

²¹ Narmanlıoğlu, s. 297.

²² 15.05.1975 tarih, 13/10 sayılı içtihadı birleştirme kararı (Kişisel arşiv).

²³ YHGK'nın 07.10.1998 tarih, 1998/622-681 sayılı kararı (Kişisel arşiv).

²⁴ Y 10. HD'nin 20.03.2012 gün, 2011/19295-5324 sayılı kararı (UYAP).

²⁵ Narmanlıoğlu, s. 293.

ramiye ödemelerinde eşit davranmak zorundadır.²⁶ Sözleşmenin sona ermesi halinde, işçinin ücreti ve para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi gerekir (İK m. 32/6). Bu nedenle, sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen, işçiye çalıştığı süreyle orantılı olarak ikramiye ödemesi yapılmalıdır (TBK m. 405). İşverenin, yasal veya sözleşmesel dayanağı olmayan, işyeri uygulaması olarak da nitelenemeyen ikramiye adı altındaki değişken ödemeleri ücret eki değil, bağış olarak değerlendirilmelidir. Bu tür bir ödeme, ücret ya da istihkak olarak değerlendirilemeyeceğinden (kanundaki istisnalara girmiyorsa) prime esas kabul edilmemelidir.

3. Bu Nitelikteki Her Çeşit İstihkaktan Yapılan Ödemeler

Prime esas kabul edilebilecek kazançlara somut olarak hangilerinin girdiğinin sayma yoluyla belirtilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu da bunun güçlüğünü göz önüne alarak madde 80/1-a/2 de; "*Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan ...*" demek suretiyle bunun sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmiş ve bu konuda Kurum'a takdir hakkı tanımıştır. Her çeşit istihkaktan yapılan ödeme, temel ücrete ek olarak yapılan ödemedir. Kanun bu konuda prim ve ikramiyeyi örnek olarak vermekte, bu nitelikteki her çeşit istihkak demek suretiyle benzer ödemeleri de matraha katmaktadır.²⁷ Bazı işverenlerce makam tazminatı, ek tazminat, yakacak, aydınlatma, temizleme, konut veya sağlık yardımı, tabii afet yardımı, askerlik yardımı, öğrenim parası, dinlenme parası, vasıta ücreti adı altında ödeme veya ödemeler yapıldığına rastlanmaktadır. Bu konuda akla gelebilecek uygulama sıklığına sahip ödeme, fazla çalışma ücreti ve diğer tatil ücretleridir. Bu kapsamda olmak üzere görev tazminatı, huzur hakkı, dinlenme ödemeleri, hafta tatili, ulusal bayram genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, bayram ücreti de ek ücret niteliğindedir.²⁸ İlave tediye ödemelerinin de bu kapsamda düşünülmesi gerekir. Bu alacağın kapsamı, yararlanacaklar, yararlanma koşulları, miktarı ve ödeme zamanı 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir.²⁹ Kanun'un 4. maddesinin

²⁶ Çağlar Çopuroğlu, Ücret ve Koruması, Ankara 2013, s. 25.

²⁷ Sözer, s. 188.

²⁸ Öztürk, s. 167; Y 21. HD'nin 19.9.2016 tarih, 2015/17155-11190 sayılı kararı.

²⁹ Y 9. HD'nin 12.09.2011 tarih, 2011/36505-29278 sayılı kararı (UYAP).

son cümlesi, “*bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalarının icabettirdiği primler kesilmez ve bu paralar borç için haczedilemez*” şeklindedir. Kanunun özel olarak getirdiği bu muafiyet 5510 sayılı Kanun’un 80/1-c hükmü karşısında geçerli olmayacaktır. Bu nedenle, ücretin eki niteliğindeki ilaveediye ödemesi, sigorta prim kesintisine tabidir (m. 80/1-c ve m. 105).³⁰ Ayrıca komisyon ücreti, işçinin işverene sağladığı menfaatin maddi değeri üzerinden yüzdeli veya sabit olarak belirlenen ödeme de ücret eki olup,³¹ prim kesintisine tabidir.³² Cumartesi günü ücreti, profesyonel futbolcuya ödenen ücret, transfer ücreti, transfer verimi ücreti, belirsiz zaman ve miktar üzerinden ödenen ücret, hazırlama ücreti, tamamlama ücreti, temizleme ücreti gibi ödemeler prime esas kazanç tabidir.³³

Çalışma hayatında, genellikle üst düzey yönetici veya satış bölümünde çalışanlara, bazen de işletmenin tüm çalışanlarına kardan pay ödenmesi, işletmenin karına işçinin belirlenmiş oranlarda katılması olarak tanımlanabilir. Ücret eki olarak kararlaştırılan kardan pay alma ile işletmenin ortakları arasında pay edilen kar, birbirinden farklıdır. Gerçekten, bu şekilde ödenen kardan pay almada işçi, halen bir iş sözleşmesine bağlı olarak işverenin bağımlılığı altında çalışmakta ve işletmenin zarar etmesi durumunda zarara katılmamaktadır. İşletmenin karını aylık dönemler halinde tespit etmek mümkün olduğu için, kardan pay alma asıl ücret olarak kararlaştırılabilir. Ancak bu durumda yılsonu bilançosunda işletmenin karlılık durumu kesin olarak tespit edildikten sonra, işverenin geçmiş aylarda ödediği kar paylarının fazla olduğunu ileri sürerek iadesini talep etmesinin mümkün bulunmaması gerekir.³⁴ Böyle bir ödeme, prim kesintisine tabidir.

İşverenin çeşitli adlandırmalar altında veya “diğer ödemeler” adı altında ya da hiçbir niteleme ve adlandırma olmaksızın yaptığı ödemelerin kanundaki istisnaya girmemesi halinde prime esas kazanç

³⁰ Y. 10. HD’nin 22.5.2012 tarih, 2011/1540-9373 sayılı ve Y 9. HD’nin 15.11.2011 tarih, 2011/48313-43574 sayılı kararları (UYAP);Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 292;Öztürk, s. 170.

³¹ Çopuroğlu, s. 27.

³² Y 10. HD’nin 11.5.1984 tarih, 2507/2629 sayılı kararı (Aslanköylü, 2009, s. 1248).

³³ Y 21. HD’nin 11.7.2000 tarih, 4716/5504 sayılı kararı (Kişisel arşiv); Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 293;Öztürk, s. 166.

³⁴ Çopuroğlu, s. 28.

kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁵ Yüksek mahkemenin burada iki ölçü üzerinden hareket ettiği görülmektedir. Birincisi ödemelerin içerik ve niteliği, ikincisi ise bu ödemelerin bir defalık mı olduğu yoksa süreklilik gösterip göstermediğidir.³⁶ Sürekliliği olan bir ödeme, prime esas kazanç kapsamında sayılacaktır. Diğer taraftan isimsiz (örneğin 'diğer' adı altında yapılan) ödemelerin kaç sigortalıya, hangi süreyle ve ne miktarda yapıldığı, maktu ve düzenli ödeme niteliğinde olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.³⁷

C. İdare veya Yargı Mercilerince Verilen Karar Gereğince Sigortalılara Yapılan Ödemeler

Prime esas kazanç açısından önemli bir ödeme biçimi de, idare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerdir. Prim alınması için, söz konusu yargı kararının kesinleşmiş olması gerekecektir. Kararın kesinleşmesinden önce işverence ödeme yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Kanunda, idare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince sigortalılara yapılan ödemeler konusunda, özel olarak herhangi bir kazanç türünden söz edilmemektedir. Bu nedenle, sigortalılara yapılan bu tür ödemeler kanunda belirtilen ücret türlerinden ve eklerinden (m. 80/1-a ve b) farksızdır.³⁸ Fark, önceki bentlerdeki ödemelerin işverence rızai ödemeler olmasına karşılık, burada belirtilen ödemelerin yönetim ve yargı mercilerinin kararıyla yapılmış olmasıdır.

Yargı merciinin kararı gereği yapılan ödemeler, ödendikleri ayın prim matrahına dâhil edilerek prim hesabında göz önünde tutulur. Bu yargı kararının hangi yargı merci tarafından verilmiş olması konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Bu karar, adli ya da idari yargı kararı olabilir. İdare ya da yargı mercilerince verilen kararların sadece tespit hükmü içermesi halinde infazı mümkün olmayacağından, işverenin böyle bir karara istinaden yaptığı ödeme ancak rızai ödeme sayılır. Kanunun amacı, idare veya yargı merci kararının zorlama yoluyla infaz kabiliyetini (eda hükmünü) haiz olmasıdır. Keza, dava devam ederken

³⁵ Y 21. HD'nin 05.02.2007 tarih, 2006/4180-1193 sayılı kararı (UYAP).

³⁶ Y 10. HD'nin 25.03.2014 tarih, 2014/1398-6794 sayılı ve 17.7.2012 tarih, 2010/3459-14013 sayılı kararı (UYAP).

³⁷ Y 10. HD'nin 15.7.2008 tarih, 2008/9839-10566 sayılı kararı (UYAP).

³⁸ Saracel, s. 21.

yapılan ödeme de rızai ödeme sayılır. Bu tür kazançlara salt hak kazanmak, bu kazançların prime esas alınması için yeterli bulunmamaktadır.³⁹ Bunların prime tabi tutulması için, sigortalıya fiilen ödenmiş olması da gerekmektedir.⁴⁰

Yargı kararlarına dayalı yapılan ödemeler, hangi aşamada prime esas kazanca eklenecektir? Yargıtay, yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki fark kazançların, ilgili oldukları dönemlere değil, bu ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına eklenmesi gerektiğini, ancak işçi ödeme tarihinden önce işten ayrıldıysa, söz konusu ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancına eklenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴¹ Yargıtay, geçmişteki toplu sözleşme farklarının ödenmesine ilişkin bir kararında, "...sözü edilen bentlerin uygulanmasında, hak etme geçmiş aylara ilişkin olsa dahi, henüz hak etmenin söz konusu olmadığı geçmiş yıllar değil, hak etme olgusunun gerçekleştiği ay göz önünde tutulmalıdır..."⁴² derken, toplu sözleşme farkı talebine ilişkin daha sonraki bir kararında ise, söz konusu farkların, ödendiği ayın ücretine eklenmesinin Kurum aleyhine sonuç doğuracağını, zira bu farkların ödemenin yapıldığı ayın ücretini yükselteceğini ve yükselen ücretin tavanı aşan kısmından prim alınamayacağını belirtmiştir. O sebeple ilgili kararında, toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince, geçmiş aylara ait olmak üzere işçilere verilecek ücret farklarının, SSK. 77/1-a (5510 m. 80/a-1) hükmü kapsamında düşünülerek ve ilgili olduğu aylarda hak edilmiş ücretler olarak nitelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴³

Toplu iş sözleşmesine tabi işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri başlamasıyla birlikte kısa zamanda sonuçlanmamakta ve uza-

³⁹ Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s. 439.

⁴⁰ Saraç, s. 42

⁴¹ Nurşen Canıklıoğlu, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014, s. 481; Levent Akın, Karar incelemesi, "Mahkeme Kararı Gereği Yapılan Ödemelerin Prime Esas Kazanca Etkisi", Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2012, s. 37; Y. 10. HD nin 02.02.2012 tarih, 2010/9799-3613 sayılı kararı.

⁴² Y 10. HD'nin 26.12.1978 tarih, 3069/10451 sayılı kararı (Aslanköylü, s. 1249).

⁴³ Y 10. HD'nin 20.12.1988 tarih, 4094/753 sayılı kararı (YKD, Mayıs 1989, s. 675); YHGK'nın 17.05.1989 tarih, 250/361 sayılı kararı (Kişisel arşiv); Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, s. 197.

maktadır. Sonuçlandıktan sonra TİS hükümleri uyarınca geriye dönük olarak sigortalılara ücret ödemesi yapılmaktadır.⁴⁴ Kimi zaman böyle bir ödemenin yapıldığı tarihte, iş sözleşmesi mevcut olmamakta veya askıda olabilmektedir (m. 80/1,d). Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi ile kabul edilen geçmişe etkili ödemeler prime esas kazanç kabul edilerek bunlardan prim kesintisi yapılacaktır.⁴⁵ Geçmişe etkili olarak yapılacak ücret ödemeleri, ait oldukları ayların prime esas kazançları ile birleştirilecektir.⁴⁶ Bu aylar için ek aylık sigorta primleri bildirelileri ve ek sigorta prim bordrosu düzenlenmesi gerekir. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına göre, yargı kararı ile hak kazanılan ve ücret niteliğinde olan kazançlar hak kazanıldığı değil, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilecektir. Sözleşme sona ermiş ise, sözleşmenin sona erdiği son ayın kazancına dâhil edilecektir.⁴⁷ Ücret dışındaki kazançların iş sözleşmesinin mevcut olmadığı bir dönemde ödenmesi halinde, prime esas kazancın tabi olduğu en son ay kazancına dâhil edilecektir.⁴⁸

IV. Özellik Arzeden Prime Esas Kazançlar

1. Bir İş Karşılığı Olmaksızın Yapılan Ücret Ödemeleri

İş sözleşmesinin sinallagmatik bir sözleşme olması çerçevesinde, işçinin edimi olan emeğinin karşı edimini ücret oluşturur. Bununla birlikte işverenin yaptığı bir kısım ödemeler bir iş karşılığı yapılan ödeme niteliğinde değildir. Nitekim işçi bazı dönemlerde herhangi bir çalışma karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanır. İşçinin çalışmadığı halde ücrete hak kazanacağı haller belirlidir (4857 m. 46, 47, 57). Kanun'da işçilere, zorlayıcı nedenler, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil gibi bir iş karşılığı olmaksızın ücret ödenmesi gereken haller düzenlenmiştir. İşçilerin, iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmalarında (İK. m. 83), iş sözleşmesinin geçersiz şekilde feshinde mahkemece işe iade kararı verilmesi durumunda işçinin boşta geçirdiği sürede (İK. m. 21), işverenin temerrü-

⁴⁴ Ercüment Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, İstanbul 2014, s. 246.

⁴⁵ Saraç, s. 39.

⁴⁶ Tuncay/Ekmekçi, s. 174.

⁴⁷ Y 10. HD'nin 01.03.2012 tarih, 2010/9799-3613 sayılı kararı (UYAP);Y 10. HD'nin 2.2.2012 tarih, 2010/9799-3613 sayılı kararı.

⁴⁸ Özkaraca, s. 258.

de düşmesinde (TBK. m. 408) işçilerin çalışmadıkları halde ücrete hak kazanacakları öngörülmüştür. Kanunla düzenlenen ödemelerin yanı sıra, sözleşmeyle de bu tarzda ödemelerin öngörülmesi mümkündür.

Sigortalılara, çeşitli nedenlerle (ücretsiz izin, istirahat gibi) çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazanç dâhil olacak nitelikte ücret dışında yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların sigorta primi kazancına dâhil edilmektedir.⁴⁹ Ancak, ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler sigorta primine esas kazanç dâhil edilmemektedir.

5510 sayılı Kanun'un 80. maddesindeki düzenlemeye göre yıllık izin ücreti sigorta primi yönünden istisna kapsamında değildir. Başka bir anlatımla işçinin çalıştığı sırada kullandığı izin dönemine ait ücretler gibi, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken yıllık izin ücreti de sosyal sigorta primine tabidir. Ancak kanundaki sınırlamaya göre ödenmesi prim ödeme gün sayısında bir artış meydana getirmeyen yıllık izin ücreti, hak edildiği ayın sigorta primi tavanını aşmamak üzere prime tabi tutulmalıdır. Bu durumda sigortalıların hak kazanıp da kullanmadıkları yıllık izin sürelerine ait ücreti, iş sözleşmesinin sona erdiği anda muaccel olmakta dolayısıyla, yıllık izin ücretine sözleşmenin feshedildiği tarihte hak kazanılmaktadır (4857 m. 59). Yıllık izin ücretinden iş kazası ve meslek hastalığı sigorta primi kesilmemektedir. Bunun nedeni, izin içinde çalışma yapılmayacağı dolayısıyla, bu dönemde söz konusu risklerin meydana gelmeyeceği düşüncesidir. İş kazası açısından böyle düşünülebilir ise de, meslek hastalığı yönünden konu tartışmalıdır. İşverenlerin yıllık izin döneminde de bütün primleri ödemesine bir engel bulunmamaktadır.⁵⁰ Yıllık izin sürelerine ilişkin ücretlerin, fesih tarihindeki prime esas kazançlar dikkate alınarak ve tavan esaslı gözetilerek, sözleşmenin feshedildiği ayın kazancına dâhil edilerek prime tabi tutulması gerekir.⁵¹ Daha açık bir ifadeyle,

⁴⁹ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 290; Süleyman Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, s. 107; Öztürk, s. 169.

⁵⁰ Başterzi, s. 123.

⁵¹ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 289; Tuncay/Ekmekçi, s. 171; Sözer, s. 188; Alper, s. 172-173.

iş sözleşmesinin son bulunduğu aya ait prime esas kazançların tamamı dikkate alındığında yıllık izin ücretinin tavanı aşmayan kısmı sigorta primine tabi tutulmalıdır. **Öte yandan** 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamındaki Sigortalılar ile Sadece Genel Sağlık Sigortasına Tabi Sigortalıların Prime Esas Tutulacak Kazançlarına Dair Tebliğin,⁵² "Kanunda istisna olarak sayılmayan diğer ödemeler" başlıklı bölümünde, "hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerden de kısa vadeli sigorta kolları primi kesilecektir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Yıllık izin ücretinden yapılacak olan sigorta primi kesintisi bu esaslara göre belirlenmelidir.⁵³

2. İş Sözleşmesinin Feshinin Geçersizliğinin Tespiti Halinde Yapılacak Ödemeler

İş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı dava üzerine, sözleşmenin işveren tarafından feshinin geçerli bir nedene dayanmadığını tespit eden, mahkeme bu tespitle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/3 maddesinde belirtilen "*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir*" hükmü uyarınca da karar vermek zorundadır. Ücret ve diğer hakları elde eden sigortalının sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakılması mümkün değildir. Bu süreler hizmetten sayılır. Her ne kadar anılan dönemde, işverenin fesih kararı ile birlikte taraflar arasındaki iş sözleşmesinin son bulacağı düşünülebilir ise de, mahkemece verilen feshin geçersizliği kararı ile birlikte taraflar arasındaki iş sözleşmesi hukuken geçerli hale geldiğinden işveren, bu döneme ilişkin sigorta prim borcundan sorumlu olup, bu borcu kuruma ödemesi gerekir.⁵⁴ İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşe başlatılsın veya başlatılmasın feshin geçersizliğinin tespiti kararı ile birlikte işverene başvuran sigortalıya bu süre için ödenen ücret ve diğer haklar sözleşmenin feshedildiği aydan başlanılarak ilgili

⁵² 28.09.2008 tarih 27011 sayılı Resmi Gazete.

⁵³ Y 9. HD'nin 12.06.2014 tarih, 2012/16959-19234 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁴ Y 10. HD'nin 01.02.2007 tarih, 2006/12679-1436 sayılı kararı (UYAP); Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 290.

ayların prime esas kazançlarına dâhil edilir ve işsizlik sigortası primi de dâhil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primler kesilir. İhbar ve kıdem tazminatı daha önce ödenmiş olan işçinin işe başlatılması ve bu tazminatların ödenecek en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklardan mahsup edilmemesi halinde, tümü prime esas kazançta tabi tutulur.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki belirtilen 21. madde hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. İşverenin işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmaması halinde ödemesi gereken bu tazminat uygulamada işe başlatmama veya iş güvencesi tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Mahkeme feshin geçersizliği kararıyla birlikte talep olmasa dahi kendiliğinden iş güvencesi tazminatına karar verir. İşçinin iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshine karşı güvence oluşturması amacıyla getirilmiştir. Bu tazminat nitelik olarak ücret sayılabilecek bir kazanç olmadığı gibi bir zararın telafisine hizmet eden bir tazminat da değildir. Bu yolla işverenin iş sözleşmesini keyfi olarak feshetmesi önlenmek istenmiştir. Bu nedenle, anılan tazminat prime esas kazanç özelliği göstermez. Esasen işe başlatılmayan işçinin işe başlatılmaması nedeniyle sigortalılık vasfının kaldığından söz edilemez. Sonuç olarak işe başlatılmama halinde işçiye ödenecek olan iş güvencesi tazminatı üzerinden sigorta primi alınmaz.

V. Kısmen Prime Dâhil Kazançlar

Kanun, Yönetmelik ve Tebliğ'e bakıldığında bir kısım kazançların prime esas kazanç kapsamına girmesi bakımından tamamen kabul edilmediği gibi tamamen dışlanmadığı da görülmektedir. Dolayısıyla, bu kazançların sigorta primine esas kazançta kısmi olarak dikkate alınması gerekmektedir. Yemek parası, çocuk zammı (yardımı), aile zammı (yardımı), özel sağlık sigortası ve BES (Bireysel Emeklilik

Sistemi)'e yapılan ödemeler belli oranlarda istisnaya tabi tutulmuş, bu istisnayı aşan kısımlar ise prime tabi kılınmıştır. Bu kazançların prime esas miktar ve oranları yıllar itibariyle, 5510 sayılı Kanun'la birlikte SGK tarafından belirlenmektedir. Son belirleme, 01.09.2012 tarihi itibariyle Resmi Gazete'de yayınlanmış olan İşveren Uygulama Tebliği ile yapılmış bulunmaktadır. Söz konusu yardımların sınırı aşan kısımları prime esas kazanca dâhil edilecektir. Ayrıca, çalışanlara yapılan aile-çocuk yardımı ödemelerinin fiili duruma uygun olup olmadığı da belirlenmelidir. Zira yapılan aile-çocuk yardımı ödemelerinin bütün çalışanlara mı, yoksa evli ve çocuklara mı yapıldığı tespit edilip, fiili duruma uygun yapıldığı tespit edilen ödemeler bakımından da belirlenen miktarlar içerisinde kalıp kalmadığı belirlenmelidir. Fiili duruma uygun olmayan ödemeler sair ödemeler kapsamında kabul edilerek prime esas kazanca dâhil edilmelidir.⁵⁵

1. Yemek Parası

Sigortalılara “yemek parası” adı altında yapılan ödemelerin fiilen çalışılan gün sayısı dikkate alınarak 16 yaşından büyükler için her yıl belirlenen günlük asgari ücretin %6'sının yemek verilecek olan gün sayısı ile çarpılması sonucunda bulunacak miktarı, aylık sigorta primine esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.⁵⁶ Başka bir deyişle, belirtilen bu tutardan sigorta primi kesilmemekte, geriye kalan tutar üzerinden sigorta primi tahakkuk ettirilmektedir. Bu sigorta primi istisnasının uygulanabilmesi için işyerinde veya müstemilatında yemek verilmemesi ve işçinin fiilen çalışması şartı bulunmaktadır. Yemek parası olarak nakit bir ödeme yapılmaksızın, işyeri dışında yemek üretimi yapan başka kişiden (örn. yemek kuponu karşılığında) yemek alınması nedeniyle, işveren tarafından bu kişi/firmaya yapılan fatura bedelleri prime esas kazanca dâhil edilmeyecektir. Yemek parasının fiilen çalışılan günler için olan tutarı istisnaya konu edilebilir.

2. Çocuk Zammı

Sigortalılara “çocuk zammı” adı altında yapılan ödemelerden sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı ne-

⁵⁵ Y 21. HD'nin 23.10.2014 tarih, 2014/10186-20923 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁶ Y 10 HD'nin 01.07.2019 tarih, 2017/893-5645 sayılı kararı.

deniyle gelir ve aylık bağlanmamış olan çocukların 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ya da işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yükseköğretim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış olmaları ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın 5510 sayılı Kanun'a göre malul olduğu tespit edilen evli olmayan çocuk başına her yıl 16 yaşından büyükler için belirlenen aylık asgari ücretin %2'si oranındaki tutarı, aylık sigorta primine esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacak, diğer bir deyişle bu miktarlardan sigorta primi kesilmeyecektir.

Çocuk zammında uygulanan prim istisnası için fiilen çalışma şartı aranmaz. Ancak iş sözleşmesinin devam ediyor olması gerekir. İki den fazla çocuğu olan sigortalılar için bu tutar yalnızca iki çocuğa kadar (ikinci çocuk dâhil) hesaplanacaktır. İlk iki çocuk için sigorta priminden istisna tutulan %6'lık tutar dışındaki "çocuk zamları" adı altında ödenen kısım ile iki çocuktan sonraki çocuk zammı adı altındaki ödemelerin tümü üzerinden sigorta primi hesaplanır.

3. Aile Zammı

Sigortalılara "aile zammı" adı altında yapılacak ödemelerin, sigortalının eşinin 5510 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışmaması ve herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir veya aylık almaması şartıyla, her yıl 16 yaşından büyükler için belirlenen aylık asgari ücretin %10'u oranındaki tutarı aylık sigorta primine esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmamakta, söz konusu miktardan sigorta primi kesilmemektedir. Bu oranı (%10'luk tutar dışında kalan) aşan aile zammı ödemeleri sigorta primine esas kazançtandır. Her ay için hesaplanacak bu tutarın hesabında, sigortalının o ay fiilen çalışmasının olup olmadığına bakılmaz, yalnızca sigortalının iş sözleşmesinin devam etmesi şartı aranır.

4. İşverenler Tarafından Sigortalılar İçin Özel Sağlık Sigortalarına ve Bireysel Emeklilik Sistemine Ödenen Tutarlar

İşverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık primi ve bireysel emeklilik katkı pay-

ları tutarları, prime esas kazanca tabi tutulamaz (m. 80/1-b). Bu oranı aşan (%30'un üzerinde kalan) tutar ise ödendiği ayın prime esas kazancına dâhil edilecektir.

506 sayılı Kanun'da "özel sağlık sigortası primi" ne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. Adı geçen kanunda 2003 yılında 4958 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, 77. maddede sayılan ödemeler dışında her türlü ödemenin prim kesintisine tabi olduğu kabul edilmiştir. Ancak, o dönem itibariyle özel sağlık sigortalarına yapılan ödemelerin, prim kesintisine tabi olup olmadığı uygulamada tereddüt uyandırmakta idi. Yargıtay, bunların prim kesintisine tabi olmadığına karar vermektedir.⁵⁷

Özel sağlık sigortası, genel ve özel şartlar çerçevesinde sigortalının sigorta süresi içinde gerek çalışma gerekse özel yaşamında oluşabilecek kaza ve hastalık durumunda, doktora muayene olması, tanı veya tedavi için hastaneye yatırılması ve cerrahi müdahale dâhil her türlü tedavi olanağının sağlanması, tedavileri için gerekli masraflar ile varsa gündelik tazminatları poliçede yazılı meblağlara kadar güvence altına almaktadır. Ödenen prim riziko bedeli primidir. Özel sağlık sigortasına ilişkin primler işverence karşılanmaktadır. Haliyle bu tür ödemeler esas itibariyle işçiye yapılan bir ödeme niteliğinde olmayıp, işverence ödenen bedel ile işçilerin sağlık hizmetlerinden yararlandırılması sağlanmaktadır. Kaldı ki, çalıştığı süre boyunca herhangi bir sağlık sorunu ortaya çıkmayan işçi, özel sağlık sigortasından hiç yararlanmamış da olabilir.⁵⁸ Özel sağlık sigortasından amaçlanan, (Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanan sağlık yardımlarına ek olarak) sigortalılara özel sağlık kuruluşlarından sağlık desteği teminidir. Tasarruf unsuru yoktur. Bu nedenle, özel sağlık sigortası primlerinin sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde dikkate alınmayacağı kabulü gerekir.⁵⁹ Ancak bugün itibariyle 5510 sayılı Kanun'da, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların belirli bir oran dâhilinde prime esas kazanca tabi olduğu açıkça belirtilmiştir (m. 80/1-

⁵⁷ Y 21. HD'nin 05.02.2007 tarih, 2006/4180-1193 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁸ Ömer Ekmekçi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s. 326-327.

⁵⁹ Y. 10. HD'nin 26.01.2009 tarih, 2007/21097-443 sayılı kararı (UYAP).

a/2). Aynı gerekçeler işveren tarafından, hayat sigortası primi olarak çalışanları için yaptığı ödemeler bakımından da geçerlidir. Yargıtay'a göre, hayat sigortasının sosyal sigortalar kapsamında ve Kurum'un giderlerini azaltıcı niteliğinin bulunmaması, belli şartların gerçekleşmesi durumunda lehine ödeme yapılanın veya mirasçılarının malvarlığının artmasına yönelik tasarruf niteliğinde bulunması nedeniyle prime esas kazançta dâhildir.⁶⁰

Bakanlar Kurulu kararı ile her maden çalışanı için zorunlu olarak yapılması öngörülen 'maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası' ile sigortalı, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan tesis personeli teminat kapsamına alınmıştır. Bu sigortanın primleri, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler tarafından ödenmektedir. Söz konusu sigorta kapsamında yapılan ödemelerin işçiye yapılmaması nedeniyle, kanaatimizce prime esas kazançta dâhil edilmemesi gerekir.

VI. Sigorta Primine Dâhil Olmayan Kazançlar

Sosyal amaçlı olarak veya işverenin kanun ve sözleşme dışında sigortalısına yaptığı yardım ve ödemeler prim hesabında dikkate alınmazlar. Bu ödeme veya yardımlar ücret ve benzeri ödemelerden tamamen farklı nedenlere dayanır. İşin karşılığı olmaktan çok insani değer yargıları sonucu verilirler. Kanun (m. 80) bunları sayarak belirtmiştir. Bu yardımlar ölüm, doğum, evlenme yardımları; görev yollukları; kıdem tazminatı veya kıdem tazminatı niteliğinde toplu ödeme; ihbar tazminatı, kasa tazminatı, seyyar görev tazminatı, iş sonu tazminatı; keşif ücreti ve aynı yardımlardır.⁶¹ Kanun'da "bunların dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançta tabi tutulur (m. 80/1-c)" denmektedir.

1. Görev Yollukları

5510 sayılı Kanun'un 80/2. maddesinde ifade edildiği biçimde, yolluklar prim hesabında nazara alınmazlar ve prime tabi tutulmazlar. Zira yolluk ödemesi ücret ve benzeri ödemelerden tamamen farklı

⁶⁰ Y. 10. HD'nin 07.03.2011 tarih, 2009/14740-2879 sayılı kararı (UYAP).

⁶¹ Y 21. HD'nin 05.02.2007 tarih, 2006/4180-1193 sayılı kararı(UYAP).

nedenlere dayanır. Yolluk, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 3. maddesinde açıklanmıştır. Anılan maddede belirtilen yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı niteliğinde yapılan ödemeler yolluk kapsamındadır. Bu bakımdan, sigortalılara bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanılarak ve işveren tarafından sigortalının geçici bir görevle başka yere gönderilmesi veya görev yerini değiştirmesi nedeniyle verilen ve yolluk kavramına giren ödemeler prime esas kazanca dâhil edilmeyecektir. Bu ödemeler, sigortalının başka yere gönderilirken yapacağı ek masrafa karşılık yapılan ödemelerdir. İşveren tarafından tır sürücülerine her sefer için yapılan ödemelerin bu nitelikte olduğu şüphesizdir. Çünkü işyeri sigortalıya ücreti dışında sefer başına ödeme yaparken asıl amacı sigortalının yapacağı ek masrafları karşılamak olup, onun ücretini artırmak gibi bir amaç içinde değildir. İşin karşılığı olmaktan çok işçinin görevi sırasında ihtiyaçlarını (otel, yemek vs. ihtiyaçları) karşılama amacına dayalıdır. Yargıtay, iş gereği yer değiştiren ve yolluk almayan sigortalıya bir takım gereksinimlerini karşılamak üzere ödenen mahrumiyet zammını yolluk niteliğinde kabul etmiştir.⁶² Dolayısıyla, yolluk kapsamında kalan ödemeler prime esas kazançlar arasında değildir.⁶³ Yargıtay, yukarıda yapılan açıklamalar bağlamında, nitelikli ve tecrübeli bir tır şoförünün yaptığı işin özelliğine göre asgari ücret ile çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğuna,⁶⁴ bunlara ödenen yollukların prime esas kazanca tabi olmadığına karar vermiştir.⁶⁵

2. Aynı Yardımlar

Kanun'da aynı yardımların prime esas olmayacağı belirtilmiş ise de, aynı yardımdan amacın ne olduğu belirtilmemiştir. Yargıtay kararlarına bakıldığında aynı yardımdan amaç, sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanmasıdır.⁶⁶ Bu tür ödemeler çoğu kere işveren açısından zorunluluğu olmayan, mal veya eşya şeklinde (gıda torbası, ramazan

⁶² Y 10. HD'nin 03.11.1980 tarih, 5237/6281 sayılı kararı (Aslanköylü, s. 1249).

⁶³ Y 21. HD'nin 26.03.2015 tarih, 2015/3348-6346 sayılı ve Y. 21. HD 17.9.2015 tarih, 2014/19363-16748 sayılı kararları (UYAP).

⁶⁴ Y 21. HD'nin 23.12.2014 tarih, 2014/19559-28277 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁵ Y 21. HD'nin 05.05.2015 tarih, 2014/14770-9863 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁶ Y 21. HD'nin 05.02.2007 tarih, 2006/4180-1193 sayılı kararı (UYAP).

kolisi, elbise, ayakkabı, kömür vb.) yapılan ödemelerdir.⁶⁷ Tutarları ne olursa olsun sigorta primine esas kazanca dâhil edilmemektedir. Ancak, aynı yardımların nakden ödenmesi halinde (yağ parası, un parası, ayakkabı parası, elbise parası vb.) prime tabi tutulması gerekmektedir. Yargıtay geçmiş dönemlere ilişkin (506 sayılı Kanun) prime esas kazançlar bakımından yardımı mal, eşya veya para olarak (aynı yardım adı altında nakit ödemelerin) yapılsın yapılmasın aynı yardım kapsamında değerlendirmiş ve prim kesintisine tabi olmayacağına karar vermiştir.⁶⁸ Örneğin, işverenin (toplu iş sözleşmesi gereği) sigortalılarına dağıttığı elbise, ayakkabı, sigortalı çocukları için kitap, kırtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelik taşımaya karşın bu yardımlar yemek bedeli, taşıt gideri, yakacak bedeli, dikiş ücreti, mesken veya sağlık yardımı, öğrenim yardımı türünden nakit de olabilir. Somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımlar aynı yardım olarak kabul edilerek prim hesabında dikkate alınmamaktaydı.⁶⁹ Keza, 'sosyal yardım' adı altında ödenen "izin harçlığı, bayram harçlığı ve öğrenim yardımı" gibi ödemeler, aynı yardım özelliğinde kabul edilerek prime esas kazanca dâhil edilmemektedir.⁷⁰ Çünkü bunların nakit olarak ödenmelerinin sözleşmedeki aynı yardım niteliğini değiştirmedeği görüşünde idi.⁷¹ Ekmekçi'ye göre bu tür ödemelerin prime esas kazanca tabi tutulması, salt kayıtlı işverenlerden prim gelirlerini artırma amacı gütmektedir.⁷² Bunların (kanunda belirtilen istisnalar) dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazanca tabi tutulur (m. 80/1-c).

Sosyal yardım başlığı altında yapılan ödemelerin ücret veya aynı nitelikte ödemeler olup olmadıkları konusunda bu ödemelerin niteliği ve içeriği belirlenerek karar verilmelidir. Yargıtay kira yardımı ödemelerinin, işverence bir sefere mahsus ödenmeyip süreklilik arz etmesi nedeniyle atıfet niteliğinde olmadığından aynı yardım kapsamında değerlendirilmeyeceğine karar vermiştir.⁷³

⁶⁷ Saraç, s. 42.

⁶⁸ Ekmekçi, s. 325.

⁶⁹ Y 21. HD'nin 05.02.2007 tarih, 2006/4180-1193 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁰ Y. 10. HD'nin 07.04.2011 tarih, 2009/5052-4939 sayılı kararı (UYAP).

⁷¹ Y 21. HD'nin 23.10.2014 tarih, 2014/10186-20923 sayılı kararı (UYAP).

⁷² Ekmekçi, s. 325.

⁷³ Y 10. HD'nin 25.03.2014 tarih, 2014/1398-6794 sayılı ve 17.7.2012 tarih, 2010/3459-

3. Ölüm, Doğum ve Evlenme Yardımları

Ölüm, doğum ve evlenme hallerinde yapılan yardımlar, miktarı ne olursa olsun prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır. Sigortalının anne ve babası, eşi veya çocuğunun ölümü halinde sigortalıya verilen ölüm yardımı ile sigortalının evlenmesi veyahut çocuğunun olması halinde işveren tarafından yapılan doğum ve evlenme yardımları prime esas kazançların hesabına dâhil edilmeyecektir.

4. Seyyar Görev Tazminatı, Kıdem Tazminatı, İş Sonu Tazminatı veya Kıdem Tazminatı Mahiyetindeki Toplu Ödemeler ve Keşif Ücreti

Görevleri gereği sigortalılara ödenen seyyar görev tazminatı, iş sözleşmesinin feshi veya çeşitli sebeplerle işten ayrılan işçilere işveren tarafından bir defaya mahsus olmak üzere ödenen kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödemeler ve keşif ücreti; prime esas kazancın hesaplanması sırasında dikkate alınmayacaktır. Ancak, bu ödemeleri ispat için gerekli belgeler istendiği takdirde denetim elemanlarına ibraz edilmesi gerekmektedir.

5. İhbar Tazminatı

4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerektiği, işçinin kıdemine göre değişen süreler sonunda iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı, bildirim şartına uymayan tarafın, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminatı (ihbar tazminatı) ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu durumda sigortalının işyeri ile hukuki ilişkisi iş sözleşmesinin feshi ile sona ermiş olduğundan, ödenen tazminat, ücret niteliğinde olmadığı için prime esas kazançta dâhil edilemeyecektir.

Ayrıca, işverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağından, İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kulla-

nılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat (kötü niyet tazminatı) ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda da işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden işçiye ödenen kötü niyet tazminatı prime esas kazançta dâhil edilemeyecektir. Ancak, işçiye bildirim süresince iş araması için belli bir süre izin verilmesi kanun gereği olup, bu süre zarfında işçi-işveren arasındaki hukuki bağ sona ermediğinden bildirim süresi içinde işçinin aldığı ücretler prime esas kazançta dâhil edilecektir.

6. Kasa Tazminatı

İşyerlerinde para veya kıymetli evrak ya da eşya muhafazası ile görevli bulunan sigortalılara muhtemel açıkları kapatmak amacıyla işverenler tarafından ödenen kasa tazminatları ücret niteliğinde sayılmayacağından, prime esas kazançtan istisna tutulması gerekmektedir. Ancak, kasa tazminatı niteliğinde olan ödemelerin para ve kıymetli evrak veyahut eşya muhafazası ile görevli bulunan sigortalıya ödenmesi gerektiğinden, bu tür sorumluluğu bulunmayan sigortalılara bu nitelikte bir ödemenin yapılması halinde söz konusu ödemeler prime esas kazançta dâhil edilecektir.⁷⁴

7. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

İş sözleşmesiyle çalışan sigortalılara iş kazası-meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde, hekim raporuyla çalışılmayan günler için geçici iş göremezlik ödeneği ödenmektedir. Bu ödenek sigortalının günlük kazancı üzerinden hesaplanmakta, günlük kazanç ise, prime

⁷⁴ Davalı işveren nezdindeki hizmet akdi boyunca eksik bildirilen sigorta prim farkının tespiti ve gerçek maaş üzerinden ödenmesi gereken prim tutarlarının işverene tamamlatılması istemi ile sigortalı tarafından açılan davada; "...Somut olayda, dosyaya sunulan ücret bordrolarında davacının asgari ücretin iki katı ücret aldığı ancak maaş ödemelerine ilişkin banka hesap ekstrelerinde her ay düzenli olarak 600-700 TL ek ödemeli ücret ödendiği sabittir. Davalı işyerinin mali işler direktörü olan tanık anlatımı ve davalı işyerinin cevabına göre de, davacının diyaliz hemşiresi olması sebebiyle; kendisine tevdi edilen eşyaların muhafazası ve mali sorumluluk gereği, hasta ve seans sayısına göre tazminat verildiği doğrulanmıştır. Davacı tanıkları da anlatımlarında, maaşların tam bildirilmediğini söylemiştir. Bilirkişi tarafından ek ödeme adı altında yer alan fakat prime esas kazanç tutarına yansıtılmayan ödemeleri tespit etmesine rağmen, davacıya ödenen gerçek ücret tespit edilmeden davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmemiştir." (Y 10. HD'nin 31.10.2011 tarih, 2010/7054-14978 sayılı kararı; UYAP).

esas kazançlar dikkate alınarak belirlenmektedir. İş kazaları ile meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan gelirler (geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik geliri), iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının anlaşıldığı tarihten önceki son üç aylık dönem için hesaplanan ortalama günlük kazançta göre hesaplanır. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm bulunmayan hallerde, Kurum tarafından yapılan bu ödeme üzerine, işveren tarafından sigortalıya ayrıca ücret ödenmemektedir. Bu nedenle, istirahatli geçen sürenin primi ödenmiş sigortalı gün olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Geçici iş göremezlik ödeneğinden sigorta primi kesilmemektedir.⁷⁵ Çünkü bu ödeme işveren veya üçüncü kişi tarafından değil, Kurum tarafından yapıldığı için ücret sayılmamaktadır. Ayrıca Kurum ile sigortalı arasındaki ilişki bir iş sözleşmesi ilişkisine dayanmadığı için Kurum tarafından yapılan bu gibi ödemeler prim ve ikramiye niteliğinde değildir.⁷⁶ Ancak şu hususun göz ardı edilmemesi gerekir ki, sigortalıya ödenmekte olan geçici iş göremezlik ödeneğinin toplu iş sözleşmesi gereğince işveren tarafından normal günlük kazancına tamamlanması halinde, işverenin ödediği tutar ücret kavramına dâhil bir ödeme olacağından, söz konusu ödemelerden prim kesilmelidir. Ayrıca sigortalının istirahatli olduğu süre içinde; geçici iş göremezlik ödeneği dikkate alınmadan ödenen veya geçici iş göremezlik ödeneğinin işverene iadesi nedeniyle ödenen tam ücret prime esas kazançta tabidir. Öte yandan sigortalıya, geçici iş göremezlik ödeneği ile ödenek alınan süredeki kazancı arasındaki ücret farkı ödeniyorsa aradaki fark ücret miktarı prime dâhildir (Yönetmelik m. 97). Geçici iş göremezlik ödeneği ile asıl ücret arasındaki farkın, günlük sigorta primine esas kazancın alt sınırının altında kalması halinde, bu miktar günlük alt sı-

⁷⁵ “Somut olayda davacıya 16.01.2004-27.06.2005 tarihleri arasında prime esas kazanç niteliğinde olmayan 506 sayılı Kanun’un 89. maddesi gereğince ödenen sosyal yardım niteliğinde olan ‘geçici iş göremezlik ödeneği’ ödenmesi nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneğinden prim kesilmeyeceğinden hizmet tespitine karar verilecek süre içinde istirahatli sürenin nazara alınmaması gerekirken bu dönemde de çalıştığına tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”. (Y. 21. HD. 13.05.2010 tarih, 2009/7432-5764 sayılı kararı; Halil Yılmaz, Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2016, s. 709).

⁷⁶ Y 21. HD’nin 09.04.2013 tarih, 2013/899-7007 sayılı kararı (Halil Yılmaz/Mustafa Kalemci, Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014, s. 761); Saracel, s. 19.

nıra yükseltmek suretiyle göz önüne alınacaktır. Ayrıca bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayalı olmaksızın geçici iş göremezlik ödeneği alınan sürede, işveren tarafından sigortalıya yardım niteliğinde yapılan ödemeler prime tabi tutulur. Sigortalıya istirahatli olduğu dönemde yalnızca iş göremezlik ödeneği ödenmiş, işverence kendisine başka herhangi bir ödeme yapılmamış ise, sigortalı için o dönemde herhangi bir kazanç bildirilmeyecektir.

VII. Prime Esas Kazancın İspatı

Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmektedir. Kazancının daha yüksek olduğunu iddia eden sigortalının bunu ispat etmesi gerekir. Ancak, ücret konusunda ispat serbestliği söz konusu değildir. Yargıtay kararlarına bakıldığında, tanık ifadelerinin prime esas kazancın tespit edilmesi bakımından tek başına yeterli delil olarak kabul edilmediği görülmektedir.

Ücret miktarı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinde yazılı sınırları aştığı takdirde, ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.⁷⁷ Nitelikli ve tecrübeli bir işçinin, yaptığı işin özelliğine göre asgari ücret ile çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumda işveren tarafından asgari ücret üzerinden düzenlenen belgelerin aksinin kanıtlanamayacağı düşünülemez.⁷⁸ Tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliği haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıçlı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa yine tanık dinletilmesi mümkündür. Sigortalının

⁷⁷ YHGK'nın 2005/409-413 sayılı kararı (Kişisel arşiv).

⁷⁸ "...Somut olayda, davacının davalı işyerinde yaptığı işin ne olduğu konusunda tanık beyanları arasındaki çelişkiyi gidermeden, davacının davalı işyerinde geçen çalışmasının tamamına ilişkin ücret bordrolarını getirtmeden, davacının ibraz ettiği cd hakkında; maaşların bir kısmının elden ödenip ödenmediği konusunda tanıkların beyanlarına başvurmadan karar verilmiş olması hatalıdır" (Y 21. HD'nin 07.09.2015 tarih, 2014/20805-15746 sayılı kararı (Yılmaz, s. 485).

dava konusu dönemde prime esas kazancının her ay için ayrı ayrı ispat edilmesi gerekir.⁷⁹ Kıdem tazminatına esas alınan son ay ücretinin oranlanmak suretiyle dava konusu dönem için prime esas kazanç tespiti yapılamaz.⁸⁰

Sigortalı tarafından işveren aleyhine açılan işçilik alacaklarına ilişkin davada, tarafların bildirdiği deliller dışında delil toplanmasının olanaklı olmaması ve Kurumun bu davalarda taraf sıfatının bulunmaması nedeniyle, bu davada verilen karar sigorta primine esas kazanç tespiti davasında kesin hüküm oluşturmaz; ancak güçlü delil sayılabilir.⁸¹ Bu bağlamda olmak üzere, açılan davada işverenin kabulü tek başına hukuki sonuç doğurmaz.⁸²

Özellikle yurtdışı bağlantılı çalışan uzun yol sürücülerini için verilen sefer primlerinin ücret mi yoksa yolluk mu olduğu konusunda uyuşmazlık çıkabilmektedir. Yargıtay böyle bir iddia karşısında, işverenin 300 Euro verildiğini kabul etmesi, ayrıca bu hususun vergi dairesine bildirilen beyanname ve tanık anlatımları ile doğrulanmış bulunması karşısında, ödenen paranın yolluk niteliğinde olduğuna ilişkin savunma konusunda ispat yükünün işverende olduğuna karar vermiştir.⁸³

VIII. Prime Esas Kazançların Hesaplanması

A. Genel Olarak

5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre, prime esas kazançların hesabında hak edilen ücretler, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınacaktır. Söz konusu açıklamadan sonra (d) bendine göre, ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulacak, diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dâhil edilecektir. Ücret dışındaki ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı

⁷⁹ Y 10. HD'nin 08.02.2016 tarih, 2015/24010-1174 sayılı kararı (UYAP).

⁸⁰ Y 10. HD'nin 03.11.2015 tarih, 2015/12870-18493 sayılı kararı (UYAP).

⁸¹ Y 21. HD'nin 24.02.2016 tarih, 2015/4393-2745 sayılı kararı (UYAP); Y 21. HD'nin 19.09.2016 tarih, 2015/17155-11190 sayılı kararı.

⁸² Y 10. HD'nin 18.01.2016 tarih, 2015/18480-75 sayılı kararı (UYAP).

⁸³ Y 21. HD'nin 16.12.2013 tarih, 2012/20772-23909 sayılı kararı (UYAP).

ayı izleyen aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına eklenecektir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin⁸⁴ 97. maddesinin 1. fıkrasında ise, Kanun'un 4/1-(a) maddesi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarının, Kanun'un 80/1. maddesinde öngörülen şekilde belirleneceği bildirilmiştir. Diğer taraftan, 28.09.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) bentleri Kapsamındaki Sigortalılar İle Sadece Genel Sağlık Sigortasına Tabi Sigortalıların Prime Esas Tutulacak Kazançlarına Dair Tebliğ'in "Prime Esas Kazancın Üst Sınırını Aşan Ücret Dışındaki Ödemeler" başlığını taşıyan 7.5. maddesine göre;

"Sigortalılara, çeşitli nedenlerle (ücretsiz izin, istirahat gibi) ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazançta dâhil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların prime esas kazancına dâhil edilecektir. Ancak ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler prime esas kazançta dâhil edilemeyecektir.

Ücret dışında sigortalılara ödenmekte olan prim, ikramiye gibi her türlü ödemeler, ödemenin yapıldığı ayın kazancına dâhil edilerek prime tabi tutulmaktadır. Ancak, sözü geçen ödemelerin ücret ile birleştirilerek prime tabi tutulması durumunda, bazı sigortalıların aylık prime esas kazançları tutarı, prime esas kazancın üst sınırını aşabilmektedir.

Bu durumda, sigortalılara, ücretinin yanı sıra prime esas kazançta dâhil edilebilecek nitelikte ücret dışında ödeme yapılması halinde, bu nitelikteki kazançlar, prime esas günlük kazanç üst sınırının otuz katı aşılmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, buna karşın her iki kazanç toplamının üst sınırı aşması halinde, ücret dışındaki ödemenin üst sınırı aşan kısmı, Kanun'un 82. maddesi hükmü de dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın prime esas kazanç tutarına dâhil edilecektir."

⁸⁴ 12. 05. 2010 tarihli Resmi Gazete.

1. Ücret Niteliğindeki Kazançlar

Prime esas kazançların belirlenebilmesi için, öncelikle sigortalının bir günlük ücretinin belirlenmesi gerekir. Çünkü kanunda aylık gelirin belirlenmesi günlük kazanç esasına bağlanmıştır. Kanun'un 80/1-e bendine göre saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrette dayanmış olmayıp da komisyon ücreti ve kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden ücret alan sigortalıların prim ve ödeneklerinin hesabında esas tutulacak günlük kazançları 82. madde hükmüne göre belirlenen alt sınırdır. Bir işverene tabi olarak çalışan sigortalının belirli ücretinin dışında ayrıca (e) bendi kapsamında ücret alması halinde, prime esas günlük kazancı bunların toplamından oluşur (m. 80/1-f). Hesaba esas tutulacak günlük kazanç, sigortalının bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biridir.⁸⁵ Prime esas kazançların tek kalem halinde tespit edilmesi gerekir.⁸⁶ Hak edilen ücretlerin brüt toplamı matraha esas alınmaktadır.

Konu bir hizmet tespiti davası olarak karşımıza çıktığı zaman, kesinleşen mahkeme ilamı, işverence Kurum'a verilmeyen belgelerin yerine geçecek niteliktedir. Bu durumda, hesaplama esas alınabilmesi için bir günlük ücretin kararda belirtilmesi gerekmektedir.⁸⁷ Hizmet tespiti davalarının konusunu aynı zamanda prim ödeme gün sayılarının belirlenmesi de oluşturmaktadır. Zira bu karar ile birlikte kurumca sağlanacak aylıkların ve gelirlerin belirlenebilmesi için bildirilmeyen prime esas kazançların da davaya dâhil edilmesi veya kararlar birlikte re'sen belirlenmesi gerekmektedir.⁸⁸ Yargıtay'ın prime esas kazançların tespit edilmesine ve edilmemesine ilişkin olarak her iki yönde de kararları bulunmaktadır.⁸⁹ Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin davanın, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açılacak olması nedeniyle dolaylı olarak prime esas kazançla ilişkin davanın da bu süre içinde açılmasını gerektirmektedir. Öte yandan, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesine 5754 sa-

⁸⁵ Sözer, s. 185; Saracel, s. 25.

⁸⁶ Y 21. HD'nin 28.10.2014 tarih, 2014/19084-21726 sayılı kararı (UYAP).

⁸⁷ Y 10. HD'nin 12.01.2015 tarih, 2014/23506-2 sayılı ve 12.01.2015 tarih, 2014/27301-22 sayılı kararı(UYAP).

⁸⁸ Ufuk Aydın, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti Davaları", Emeğin Hukuku Kurultayı 2, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2016, s. 163 vd.

⁸⁹ Yılmaz, Seçilmiş Kararlar, s. 705 vd.

yılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkrası, “Kurum’un denetim ve kontrolle görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kurum’a bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespitin yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır” hükmünü içermektedir.⁹⁰

Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların sigortalıya ödenmiş olması aranacaktır. Ücret niteliğindeki kazançların primlerinin sigortalı payının infaz sırasında sigortalıya yapılan ödemeden düşülmesi işverenin Kurum’a karşı prim yükümlülüğünü kaldırmaz. Bu nedenle, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, iş sözleşmesi daha önceki bir tarihte sona erdiği takdirde ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekmektedir.⁹¹

a. Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlanılmasında

3201 sayılı Kanun’dan yararlanarak yurtdışında geçen sürelerini borçlanmak isteyenler ile Kurum arasında borçlanma işlemine ve bunun sonucu olarak ödenecek prim miktarına ilişkin uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Borçlanma tutarı hangi tarihteki prime esas asgari ve azami günlük kazanç göre belirlenecektir? Yargıtay bu tür uyuşmazlıklarda Kurum’un aktüeryal dengesi ve hakkaniyet ölçüleri gözetilerek ödenecek primin hangi tarihteki prime esas kazanç miktarları esas alınarak belirleneceğinin üzerinde durmaktadır. Bu yönde, 3201 sayılı Kanun’un 4. maddesinin önceki düzenlemesinde “ödeme tarihi” esas alındığından, bu konuda çıkabilecek uyuşmazlık ödeme tarihine göre çözümlenmekte idi. Yürürlükte olan düzenleme ise, tahakkuk tarihindeki primin tebliğden itibaren üç aylık süre içinde ödenmesi şeklindedir. Ancak bu üç aylık sürenin geçirilmesi durumunda borçlanma bedeli olarak ödenecek prim miktarı nasıl belirlenecektir?

⁹⁰ Y 10. HD’nin 03.05.2016 tarih, 2016/5520-7381 sayılı kararı.

⁹¹ Y 10. HD’nin 27.6.2019 tarih, 2016/15980-5612 sayılı kararı; Y. 10. HD’nin 11.4.2014 tarih, 2014/962-8424 sayılı; Y 10. HD’nin 02.02.2012 tarih, 2011/2914-1231 sayılı ve Y 10. HD’nin 18.6.2015 tarih, 2015/10098-12162 sayılı kararı(UYAP).

Yargıtay burada, Kurum işleminin hukuka uygun olmasını ölçü olarak almaktadır. Kurum, yapılan borçlanma başvurusunu hukuka uygun olarak değerlendirmiş ve yaptığı borç tahakkukunu tebliğ etmiş, buna rağmen borçlanma bedeli kanunda belirtilen üç aylık süre içinde ödenmemiş ise, 3201 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereği borçlanmak için Kuruma yeniden başvuru gerekmektedir. Aksi takdirde isteğin reddi gerekir.⁹²

Kurum işleminin hukuka uygun bulunmaması durumunda ise, prime ilişkin uyuşmazlığın makul süre gözetilerek çözümlenmesi gerekir. Makul sürenin belirlenmesinde, 5510 sayılı Kanun'un 42'nci maddesinden yararlanılabilir.⁹³ Anılan maddede, "*Kurum, sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanacak gelir, aylık veya toptan ödemeleri, gerekli belgelerin ve incelemelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde hesap ve tespit ederek sonuçlarını yazı ile bildirir*" düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer düzenleme, mülga 506 sayılı Kanun'un 116. maddesinde de yer almakta idi. Ayrıca, 3201 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde de üç aylık ödeme süresi belirlenmiştir. Yargıtay'a göre tüm bu düzenlemeler, 3201 sayılı Kanun'la ilgili uyuşmazlıklarda üç aylık sürenin makul süre olarak alınabileceğini göstermektedir.⁹⁴ Buna göre, Kurum'un hukuka aykırı işlemine karşı, Kurum işleminin tebliği tarihinden itibaren üç aylık makul süre içinde dava açılması durumunda, borçlanılacak prim miktarı başvuru tarihindeki primler esas alınarak belirlenmelidir.⁹⁵ Üç aylık makul süre geçtikten sonra dava açılması durumunda ise dava, yeni borçlanma iradesi sayılarak davanın açıldığı tarihteki primler esas alınarak borçlanma bedelinin belirlenmesi gerekir.

Diğer bir olasılık da, Kurum'un borçlanma talebini değerlendirmeyip cevapsız bırakmasıdır. Bu durumda, 5510 sayılı Kanun'un 42. maddesinde belirtilen üç aylık süre geçtiğinde Kurum'un talebi reddetmiş olduğu esas alınarak, anılan üç aylık bekleme süresine yukarıda belirtilen üç aylık makul süre (3 + 3 =6 ay) eklenmelidir. Davanın

⁹² Y 10. HD'nin 26.3.2015 tarih, 2014/27112-5746 sayılı kararı (UYAP).

⁹³ Y 10. HD'nin 12.02.2015 tarih, 2014/15881-2099 sayılı kararı (UYAP).

⁹⁴ Y 10. HD'nin 26.3.2015 tarih, 2014/27112-5746 sayılı kararı (UYAP); Y 10. HD'nin 25.6.2019 tarih, 2018/5330-5415 sayılı kararı.

⁹⁵ Y 21. HD'nin 21.11.2013 tarih, 2013/4378-21376 sayılı kararı (Yılmaz/Kalemci, s. 817-818).

Kuruma başvuru tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde açılması durumunda yine Kuruma ilk başvurunun yapıldığı tarihteki prime esas kazanç esas alınmalıdır. Başvuru tarihinden itibaren altı aylık sürenin geçmesinden sonra dava açılması durumunda ise, makul sürenin geçtiği ancak Kurum tarafından da başvuruya bir cevap verilmediği gözetilerek borçlanma bedelinin davanın açıldığı tarihteki prime esas kazanç miktarı esas alınarak belirlenmesi gerekecektir.⁹⁶

b. İşçilik Alacaklarının Hesaplanmasında

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, işçilik alacakları hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm altına alınmalıdır. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi ücret niteliğinde olmayan tazminat alacaklarında net tutar bulunurken, 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi uyarınca sosyal güvenlik primi ve işsizlik sigortası kesintisi yapılmaz. Prim, ikramiye, ücret, boşa geçen süre ücreti gibi ücret niteliğindeki alacaklarda ise net tutar bulunurken, hem vergi kesintilerinin hem de 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen prim ve işsizlik sigortası kesintisinin yapılması gerekir. Kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki alacaklardan 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinde belirtilen kesintiler yapılmadan hüküm kurulması hatalıdır.⁹⁷

Sendika üyesi olan işçilerin üyelik ve dayanışma aidatını, yetkili işçi sendikasının yazılı başvurusu üzerine işveren, işçinin ücretinden kesmek suretiyle sendikaya öder (6356 m. 18). İçinde çıplak ücretin yanı sıra işçinin hak kazandığı diğer kazançlarının da bulunması nedeniyle, prime esas kazancı aidat miktarının belirlenmesine esas olmaz.⁹⁸

c. Teşvik İndiriminden Yararlanmada

İşverenlerin prime esas kazancı eksik bildirmeleri nedeniyle teşvik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacakları tereddüte yol açabilir. 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendinde; Anılan Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların çalıştıran, özel sektör işverenlerinin, bu maddenin birinci fıkrasının

⁹⁶ Y 10. HD'nin 26.3.2015 tarih, 2014/27112-5746 sayılı kararı (UYAP).

⁹⁷ Y 9. HD'nin 05.09.2012 tarih, 2011/48488-27544 sayılı kararı (UYAP).

⁹⁸ Y 22. HD'nin 07.12.2015 tarih, 2015/32285-33695 sayılı kararı (UYAP).

(a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarının Hazinece karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre; işveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermeleri gerekir. Sözü edilen maddeden yararlanamayacak olanlar ise maddede; *“yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işverenler”* olarak belirtilmiştir.

Kurum tarafından çıkartılan 2009/139 sayılı Genelgede; işverenlerin sigortalıları Kurum'a bildirmemesi veya prim ödeme gün sayısını ya da prime esas kazanç tutarını eksik bildirdiği tespit edilen işyerlerinden dolayı, beş puanlık prim indiriminden bir yıl süreyle yararlanmasının mümkün bulunmadığı belirtilmektedir. Daha sonra çıkartılan ve 2009/139 sayılı Genelge'yi yürürlükten kaldıran 2011/45 sayılı Genelge'de ise; yapılan kontrol ve denetimlerde sigortalıları Kurum'a bildirmediği anlaşılan işverenlerin, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde öngörülen beş puanlık prim desteğinden bir yıl süreyle yararlanamayacakları, buna karşın, Kurum'a bildirilmiş olan sigortalıların, bildirim tarihlerinden sonraki prim ödeme gün sayısı veya prime esas kazanç tutarını eksik bildirdiği tespit edilen işverenlerin, öngörülen diğer şartları sağlamaları kaydıyla söz konusu destekten yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Gerek prim teşvikine ilişkin 81. madde düzenlemesi ve gerekse prime esas kazançların tespitine ilişkin 80. madde hükümlerine bakıldığında, yararlanma bakımından bir engel bulunmadığı görülmesine rağmen, SGK'nın bir genelge ile bu yararlanmayı engellemesi hukuka uygun değildir. Yargıtay da, kanunda olmayan bir yararlandırmama sebebinin genelge ile getirilemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁹ Son olarak 5510 sayılı Kanun'da yapılan Ek Madde 14 düzenlemesi¹⁰⁰ ile birinci fıkrada; *“Mahkeme kararıyla veya yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği veya bildirilen sigortalıyı fiilen çalıştırmadığı tespit edilen işyerleri ilk tespitte bir ay süreyle, ilk tespit tarihinden itibaren üç yıl içinde tekrar eden her bir tespit için ise bir yıl süreyle bu Kanun, 3294*

⁹⁹ Y 10. HD'nin 17.5.2012 tarih, 2011/2500-9052 sayılı ve Y 10. HD'nin 23.09.2013 tarih, 2012/25522-17169 sayılı kararı(UYAP).

¹⁰⁰ 23.2.2017 tarih, 6824 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme

sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yer alan sigorta primi teşvik, destek ve indirimlerden yararlanamaz" hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, "Beş kişiden fazla olmamak koşuluyla çalıştırılan toplam sigortalı sayısının %1'ini aşmayan sayıda, çalıştırılanların sigortalı olarak bildirilmediğinin veya bildirilen kişilerin fiilen çalışmadığının tespit edilmesi hâlinde birinci fıkra hükümleri uygulanmaz" denilerek bir yıllık süre bakımından hüküm yumuşatılmıştır.

2. Ücret Dışındaki Kazançlar

Ücret eklentisi olan vardiya ve ağır vasıta tazminatı, imza zorluğu tazminatı, nakit ödenen; doğal afet yardımı, kira yardımı, giyecek yardımı, yakacak yardımı, askerlik yardımı, sünnet yardımı, taşıt yardımı, ısıtma yardımı, elbise dikiş ve ayakkabı dikiş bedeli, yılbaşı parası (yılbaşı hediye çekleri hariç), kreş ücreti, makam tazminatı, iş riski zammı, bayram harçlığı, yıpranma tazminatı, özel hizmet tazminatı, yabancı dil tazminatı, 6772 sayılı Kanun'a göre ödenen ikramiye, 2448 sayılı Kanun'a göre ödenen ikramiye, huzur hakkı (toplantı parası),¹⁰¹ eleman temininde güçlük zammı ve kıdem zammı gibi ödemeler, ödendiği aya dâhil edilen prime esas kazançlardır.¹⁰² Çünkü bunların hak edilmiş olmaları yeterli değildir, ayrıca ödenmiş olmaları gerekmektedir. Belli bir hizmet yılını doldurup işyerinden ayrılmış olan ve sigortalılığın sona ermesinden sonra sigortalılara jübile ikramiyesi adı altında yapılan ödemeler, niteliği itibariyle tazminat özelliği gösterdiğinden prime tabi tutulmaması gerekir.

Ücret dışındaki ödemeler sigorta primine esas kazancın alt ve üst sınırları da dikkate alınarak iş sözleşmesinin devam ettiği en son ayın kazancına dâhil edilmektedir. Ancak, üst sınırın aşılması halinde, üst sınırı aşan ücret dışındaki bu ödemeler prime tabi tutulmamaktadır. Yüksek mahkemenin, hak edilen fazla çalışma alacaklarının, ödendiği

¹⁰¹ Uygulamada bazı görevlerin komisyon, komite, yönetim kurulu gibi organların toplantılarına katılmak suretiyle yapıldığı ve katılanlara toplantı veya saat başına huzur hakkı adı altında para ödendiği görülmektedir. Bu gibi görevler genellikle seçimle gelenler tarafından yapılmaktadır. Sigortalı sayılmayan bu kişilerin aldıkları huzur hakkı prime tabi değildir. Sigortalı kabul edilmeleri gerektiği anlaşıldığı takdirde, huzur hakkı ücret niteliğinde kabul edilip prime tabi tutulması gerekir.

¹⁰² Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 289;Öztürk, s. 166.

ayın prime esas kazancına eklenmesine ilişkin uygulaması sigorta tekniği dikkate alındığında, sigortalının lehine değildir. Çünkü bu yöntemle sigortalının elde edeceği menfaat, her alacağın hak edildiği dönemde ödenmesi halinde sigortalıya sağlanacak menfaatin gerisinde kalacaktır. Zira mahkeme kararına konu olan ödemelerin (ödediği) bir aya yığılması, o ayın prime esas kazancının aşılmasına ve hem sigortalı hem de SGK'nın aleyhine sonuçlarla karşılaşılmasına neden olacaktır.¹⁰³

B. Asgari İşçilik Uygulaması

Sosyal Güvenlik Kurumu denetim yetkisi kapsamında, işyerleri bakımından asgari işçilik uygulaması yapılabilir. Asgari işçilik uygulaması; bir işin yürütümü için gerekli olan en az sigortalı sayısına, sigorta primine esas kazanç tutarına ve çalışma süresine uygun olarak işverence Kuruma yeterli işçilik bildirilip bildirilmediğinin tespitine yönelik bir uygulamadır (m. 85). Yapılan inceleme sonucu işverenin, işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit edilirse, Kurum denetim ve kontrolle görevli memurları vasıtasıyla işin yürütümü için gerekli asgari işçilik miktarını re'sen tespit edebilir. Sözleşmede çalıştırılacak işçi sayısı belli ise, öncelikle bu işçilerin sigortalılık niteliği, ücretlerinin işyeri kayıtlarına usulüne uygun olarak geçirilip geçirilmediği, ayrıca bunların prime esas kazançları ile prim ödeme gün sayılarının Kuruma eksiksiz bildirilmiş olup olmadığı tespit edilir. Bu tespit sonucunda düzenlenecek raporda, sözleşmede çalıştırılması öngörülen işçi sayısı göz önüne alınarak, işyeri kayıtlarından çalıştırıldığı tespit edilen işçiler ile ücretlerine aylar itibarıyla yer verilir. Bu bağlamda, bildirilmesi gereken prim tutarını Kurum re'sen takdir etmektedir. Amaç, kayıt dışı çalışmanın önlenmesi ve Kurum gelirlerinin artırılmasıdır.

C. Gelir Testi

5510 sayılı Kanun'un 60. maddesi genel sağlık sigortalısı olarak kabul edilecek kişileri saymıştır. Kanun herkesin zorunlu olarak genel sağlık sigortalısı olmasını amaçlamıştır. Bu bağlamda yeşil kart sa-

¹⁰³ Akın, s. 39; Aksi görüş için bkz. Caniklioğlu, s. 480 vd.

hipleri, çalışmayanlar ve çalışmasına ara verenlerin kapsama alınması 01.01.2012 tarihinden itibaren 6111 sayılı Kanun'la getirilen gelir testi uygulaması ile sağlanabilmektedir. Gelir testi uygulaması bir finansman yöntemidir. Amaç, aynı konutta birlikte yaşayan hane halkının kişi başına düşen gelirinin saptanmasıdır.

Gelir testine ilişkin esaslar 5.12.2011 tarih ve "Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ile belirlenmiştir.¹⁰⁴ Buna göre; genel sağlık sigortalısı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsünde olmayanlar ile genel sağlık sigortalılığı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsü sona erenler için gelir tespiti yapılır (Yön. m.9 /1). Genel sağlık sigortası (GSS) kapsamında olanlardan 5510 sayılı Kanun anlamında m. 4/a, b ve c kapsamında sigortalı olarak tescili yapılmamış olan kimselerle GSS kapsamında sigorta tescili yapılmamış diğer kimseler bir ay içinde sisteme dâhil olmak için gelir testi yaptırmak ve GSS tescili için başvurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uymayan ve gelir testi yaptırmayan kimselerin ailede kişi başına gelirleri asgari ücretin iki katı olarak kabul edilir. Prim tahakkuku bu gelir üzerinden yapılır. Kişiler bu primleri ödemekle yükümlü olurlar. Bu kişilerin öncelikle harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarının tespiti yapılır. Gelir tespitinde, aynı hane içinde yaşayan eş, evli olmayan çocuk, büyük ana ve büyük babadan oluşan aile esas alınır (Yön.m.10/1). Aile içinde gelir testinde genel sağlık sigortalısı ve bunların bağımlısı olanlar da gelir tespitinde dikkate alınır (Yön.m.10/2).¹⁰⁵

Sigortalının genel sağlık sigortası primlerinin tahakkuk ve tahsil edilmesi görevi Sosyal Güvenlik Kurumu'na aittir. Ancak primlerin tahakkuk ve tahsil edilebilmesi için prime esas gelir testinin yapılıp kesinleşmiş olması gerekecektir. Kuruma genel sağlık sigortası miktarının belirlenmesinde esas alınacak gelir testi yapma görevi verilmemiştir. Gelir testi 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na göre oluşturulan vakıf mütevelli heyetlerine bırakılmıştır. 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görev-

¹⁰⁴ 28.12. 2011 tarih, 28156 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁵ Kadir Arıcı, "Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, C. S. 34, 2015, s. 31 vd.

leri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesinin 'h' bendine baktığımızda; “*Sosyal yardıma hak kazanılmasında ve genel sağlık sigortalılığının tespitinde esas alınacak gelir tespit testlerine ilişkin usûl ve esasları belirlemek, bu testleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarıyla işbirliği yaparak uygulamak*” şeklindeki hükümle gelir testi yapmanın Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal İşler Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayıldığı görülmektedir. Adı geçen Bakanlık 2012/7 sayılı genelge ile gelir testinin nasıl yapılacağını belirlemiştir. Gelir testinde 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasını gerektirir bir düzenleme bu kanunda bulunmamaktadır. Bu nedenle, gelir testine ilişkin uyuşmazlıkları çözmek iş mahkemelerinin görevleri arasında değildir.¹⁰⁶

D. Sigorta Primine Esas Kazancın Sınırları

5510 sayılı Kanun'dan (m. 82) sonra, günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun olarak asgari ücretin otuzda biri, üst sınırı ise 16 yaşından büyük sigortalıların günlük kazanç alt sınırının 7,5 katı, ancak sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için 3 katı olarak belirlenmiştir. Sigorta primine esas kazançlar, alt ve üst sınır göz önüne alınmak suretiyle Kuruma bildirilecektir. Kazancın alt sınırın altında kalması durumunda bu miktar alt sınıra tamamlanacak, üst sınırın aşılması durumunda ise aşan kısım dikkate alınmayacaktır. Sigortalının ücretsiz çalışması durumunda, günlük kazancı alt sınırdan hesaplanarak bildirilecektir.¹⁰⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ile İşveren Uygulama Tebliği'nde yer almaktadır.

IX. Haksız Yere Prime Esas Kazanca Dâhil Edilen Ödemelerin İadesi

Ücret ya da ek ödemelerden sigorta prim kesintisi yapıp yapılmayacağı konusunda çıkan uyuşmazlık nedeniyle primlerin iadesi istenebilmektedir.¹⁰⁸ Prime esas kazanç, 5510 sayılı Kanun'un geçici 2.

¹⁰⁶ Y 10. HD'nin 28.11.2014 tarih, 2013/21206-25031 sayılı ve 19.03.2015 tarih, 2014/11455-5255 sayılı kararları (UYAP).

¹⁰⁷ Öztürk, s. 185.

¹⁰⁸ “Dosya kapsamı incelendiğinde, davacı, yol ve yemek yardımlarının prime esas kazanca dâhil olmadığı tespit edilmiş ve Kurumca haksız olarak tahsil edilen 433,42 TL'nin her aya ilişkin primin Kurum'a yatırıldığı tarihi takip eden aybaşından

maddesi, 506 sayılı Kanun'un 61. ve geçici 82. maddeleri uygulanarak ilerde davacıya bağlanacak yaşlılık aylığını, dolayısıyla sigortalılık haklarını kendi yararına etkilemektedir. Bu nedenle, sigortalıların prim iadesini istemelerinde herhangi bir yararı bulunmamaktadır. Kaldı ki, 506 sayılı Kanun'un 84. ve 5510 sayılı Kanun'un 89. maddeleri uyarınca ortada yersiz ödenmiş bir primden söz edilemez.¹⁰⁹

Öte yandan işverenler de, sigortalıları için yaptıkları bir kısım ödemelerin (örneğin görev yolluklarının) haksız yere prim hesabına esas tutulacak kazançta dâhil edilerek prim kesilmesi nedeniyle istirdadını isteyebilmektedirler. Prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi nedeniyle Kurum'a fazladan ödenen prim miktarlarının her ay için tespitinin yapılarak Kurumdan tahsiline karar verilmesi gerekir. İşverenin yaptığı ödemeyi geri isteyebilmesi için, ödemeyi yaparken ihtirazi kayıt ileri sürmesi şart değildir. Talep halinde ödemenin yapıldığı tarihten itibaren yasal faiz yürütülmelidir.¹¹⁰ Faiz, söz konusu primlerin her ay Kuruma ödendiği tarihleri takip eden aybaşından itibaren başlatılmalıdır.¹¹¹ Ancak Yargıtay bir olayda, prime esas kazanç matrahına dâhil edilen özel sigorta primleri nedeniyle davalı Kurum'a yapılan fazla prim ödemelerinin, ihtirazi kayıtlı ödemenin yapıldığı tarihten itibaren yasal faizi ile istirdadına karar verilmesi gerekir değerlendirilmesinde bulunmuştur.¹¹²

itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiş, Mahkemece davanın kabulüne karar verilerek belirtilen şekilde hüküm kurulmuş ise de, Mahkemece faiz başlangıç tarihinin hüküm fıkrasında gösterilmesine rağmen faiz bitim tarihinin gösterilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki; bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, karar bozulmamalı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370/2. maddesi gereğince verilen karar, düzeltilerek onanmalıdır. Sonuç: Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi kararının HMK'nın 373/1 maddesi gereği kaldırılması ile Ankara 16. İş Mahkemesi'nin 28.09.2016 tarihli hükmünün (2) numaralı bendinin silinerek yerine, "01.05.2006-31.05.2006 tarihleri arasında davacı tarafından işyerinde çalışan 433,42 TL sigorta primi ve işsizlik sigorta primlerinin kuruma yatırıldığı tarihi takip eden aybaşından iadenin yapılacağı ayın başına kadar hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine," ibaresinin yazılmasına ve hükmün bu şekli ile düzeltilerek onanmasına" (Y 10 HD'nin 29.5.2019 tarih, 2017/1354-4935 sayılı kararı).

¹⁰⁹ Y. 21. HD nin 10.3.2016 tarih, 2016/3438-3890 sayılı kararı (UYAP).

¹¹⁰ Y 10. HD'nin 07.12.2010 tarih, 2009/8706-16087 sayılı kararı (UYAP).

¹¹¹ Y 21. HD'nin 07.4.2016 tarih, 2015/10214-6151 sayılı kararı (UYAP).

¹¹² Y 10. HD'nin 07.03.2011 tarih, 2009/14740-2879 sayılı kararı (UYAP).

Sonuç

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile yemek, çocuk ve aile zamlarının istisna tutarlarını belirleme yetkisi Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmiştir. İşverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgarî ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları ile görevin yerine getirilmesi için zorunlu olarak yapılan aynı yardımlar, istisna kapsamına alınmıştır. Diğer kanunlardaki prime tâbi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar 5510 sayılı Kanun'daki hüküm gereği dikkate alınmamaktadır. Aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi yardımlar prime tabi tutulacaktır. Ücret dışındaki yapılan ödemelerden dolayı sigorta primine esas kazancın tavanını aşan kısmı takip eden iki ay içerisinde, üst sınırın altında kalan aylara mal edilmek suretiyle prime tabi tutulacaktır.

Sigortalının sonradan prime dâhil olmayan kazancın bulunduğu tespitini istemesinde hukuki yararı yoktur. Çünkü bununla elde edeceği sonuç aleyhine olacaktır. Yaşlılık aylığında azalma meydana gelecektir. İşveren ise böyle bir tespit ve fazladan yaptığı ödemelerin iadesini isteyebilir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun¹¹³ 4. maddesine göre, 5510 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, iş sözleşmesine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurulması zorunludur. Bu nedenle, prime esas kazançlar yönünden çıkan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce SGK'ya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. İş sözleşmesine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalar bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır ancak dava Kuruma re'sen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında

¹¹³ Kabul Tarihi:12.10.2017, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 25.10.2017

fer'î müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir.

İş mahkemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemede dava açmadan önce uyuşmazlıkların idari aşamada çözümlenmesi hedeflenmektedir. Hizmet tespiti bakımından kuruma başvurmaksızın doğrudan dava açılabilen ise de, hizmet tespiti davaları bakımından zaten kuruma karşı dava açılmamaktadır. Kurum bu davalarda fer'î müdahil olmaktadır. Zaten fer'î müdahil durumu ortaya çıktıktan sonra kuruma başvurmayı öngörmenin bir anlamı olmazdı. Ancak sigortalı hizmet süresinin tespitine ilişkin davalar yönünden kuruma başvurulmayacağı öngörülmüş ise de, hizmet tespiti davalarının bir türü olan ve genel olarak hizmet tespiti davası içinde çözülen prime esas kazancın tespitine ilişkin davalar kamu düzeniyle ilişkilidir. Dolayısıyla, bu davaların idari aşamada çözümlenmesi mümkün olmadığından prime esas kazancın tespiti davaları açısından da kuruma başvuru koşulu aranmayacaktır.

Kaynakça

- Alper Yusuf, "5510 sayılı Kanun'da m. 4/I-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Primler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, Aralık 2008
- Akın Levent, Karar incelemesi, "Mahkeme Kararı Gereği Yapılan Ödemelerin Prime Esas Kazanca Etkisi", *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2012
- Arıç Kadir, "Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:2015, S. 34
- Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009
- Aydın Ufuk, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti Davaları", *Emeğin Hukuku Kurultayı 2*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2016
- Balcı Mesut/Yılmaz Halil, Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014
- Başterzi Süleyman, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007
- Canıklıoğlu Nurşen, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014
- Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985
- Çopuroğlu Çağlar, Ücret ve Koruması, Ankara 2013
- Ekmekçi Ömer, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009

- Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Canıklıoğlu Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014
- Korkusuz M. Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014
- Özkaraca Ercüment, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2014
- Öztürk Berna, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler, Ankara 2016
- Saracel Nüket, "Sosyal Sigortalar Uygulamasında Kazanç Kavramı", *Kamu - İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.4, Sa:3, Ocak 1998
- Saraç Coşkun, İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Ankara 1998
- Sözer Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013
- Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991
- Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017
- UYAP, Ulusal Yargı Ağı Projesi
- Yılmaz Halil, Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2016
- Yılmaz Halil/Kalemci Mahmut, Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014

İSTANBUL BAROSU SEÇİMLERİNİN ÇEKİŞMELİ TARİHİNE BİR BAKIŞ: MESLEĞİN SİYASETİ, MESLEĞİN KİMLİĞİ

POLITICS OF THE LEGAL PROFESSION: AN OVERVIEW OF ISTANBUL BAR ASSOCIATION'S CONTESTED HISTORY

Seda KALEM*

Özet: Bu çalışmada, İstanbul Barosu'nun çekişmeli siyasi tarihinin kısa bir özeti sunulurken, erken Cumhuriyet döneminde günümüze Baro içindeki politik ayrışmaların izi sürdürülmektedir. Yeni rejimin en önemli araçlarından biri olan avukatlık mesleğinin devlet ile olan ilişkisi çok partili döneme gelinceye kadar görece tutarlı bir çizgide ilerlese de özellikle de 1970'lerden itibaren İstanbul Barosu'nda farklı siyasi ittifakların yönetim için mücadele ettiği görülmektedir. Çalışmada özellikle de mesleğin kurucu kimliği olarak tanımlanan Kemalist rejim savunuculuğu rolünün bu mücadeleler içerisinde nasıl ve neden yeniden ve her defasında daha da güçlenerek ortaya çıktığına odaklanılmaktadır. Çalışma bu haliyle, İstanbul Barosu'ndaki grupların ideolojik ve mesleki mücadelelerinin analizini yapmayı hedefleyen daha kapsamlı bir araştırma için bir ön tarama çalışması olarak tasarlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık İdeolojisi, Mesleki Kimlik, Hukuk ve Siyaset, Baro ve Siyaset, Meslek Örgütleri ve Siyaset, İstanbul Barosu

Abstract: This work aims to present a summary of the contested political history of Istanbul Bar Association. This history focuses on the political battles and divisions within the Bar since the emergence of the profession during early Republican period. Being one of the most effective instruments of the new regime in terms of ideological mobilization, legal profession had a rather consistent relation with the state especially during the single party period. However, since 1970s, in parallel to the larger political developments, different groups aligned around political interests started to compete for the administration. The paper also pays attention to how and why the foundational role of the profession as the guardian of the Kemalist regime has continued to reemerge even stronger in these battles between different groups. In this respect, it aims to serve as a preliminary work for a more detailed analysis of ideological and professional struggles of different groups within Istanbul Bar Association.

Keywords: Legal professional ideology, professional identity, law and politics, Bars and politics, professional organizations and politics, Istanbul Bar Association

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, seda.kalem@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2404-9429, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.04.2019, Kabul Tarihi: 29.04.2019

Giriş

İstanbul Barosu'nun gerek kuruluş tarihi gerekse avukat sayısı itibarıyla dünyanın en güçlü ve en büyük barolarından biri olduğu ileri sürülmektedir. 1878 yılına dayanan bir geçmişi ve bugün kayıtlı 40.000 civarı üyesiyle Türkiye'deki toplam avukatların yaklaşık %40'ını barındıran bir meslek örgütü olması da bu savın dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. 20-21 Ekim 2018 tarihlerinde son genel kurulu gerçekleştirilen Baro, 141 yıllık tarihi boyunca gerek devlet ile ilişkisi bakımından gerekse siyasete ne şekilde ve ne derece dâhil olması gerektiğine ilişkin mücadeleler bakımından da her dönem siyasi ve toplumsal tartışmalarda da göz önünde olmuştur.¹ Nitekim Cumhuriyet'in kapsamlı hukuk reformunun yeni bir hukukçu kadrosu yaratma girişiminin bir sonucu olarak ortaya çıkan avukatlık da bu anlamda kurucu ideolojiyle organik bir bağa sahip bir profesyonel meslektir.² Özkent 1940 yılında yazdığı *Avukatın Kitabı* adlı eserinde, Cumhuriyet ile avukatlık mesleği arasındaki bu kurucu ilişkiyi şu şekilde anlatır: "Tanzimat bizi (dava vekili) yaptı. Meşrutiyet idaresi (muhami) yapmak istedi. Fakat bizi (muhami) ve (avukat) yapan milli idaredir, Cumhuriyet rejimidir. Dava vekilleri cemiyeti nizamnamesi bir ışıktı. Milli idarenin çıkardığı (Muhâmât Kanunu) bir Ay'dır. Eğer bugün Türkiye'de müstakil bir avukatlık müessesesi varsa, eğer bugün Türk avukatları iyi, namuslu, vakar ve hatta refah sahibi yurttaşlar arasında bulunuyorlarsa bunu idareye borçludurlar. Çünkü Cumhuriyet, avukatların yalnız refahını temin etmemiştir, mesleği kurmuş, Türk avukatının namusunu ve şerefini kurtarmış, onu layık olduğu mevkie çıkarmıştır. Bunu böylece kabul etmek ve söylemek, meslek, vicdan ve namus borcudur".³

Cumhuriyet'in ilanından itibaren devrimleri savunma ve topluma benimsetme misyonunu üstlenen temel mesleklerden biri olan avu-

¹ Seda Kalem ve İdil Elveriş, "Siyaset Yapmak ya da Yapmamak: 2018 İstanbul Barosu Seçimlerine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S.4, s. 163-208.

² İdil Elveriş, *Barolar ve Siyaset*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014; Haluk İnanıcı, "Türkiye'de Avukatlık İdeolojisi", *Toplum ve Bilim*, 2001, S. 87, s. 135-163; Seda Kalem Berk, "Arabuluculuk Tartışmaları Üzerinden Türkiye'de Hukuk Mesleğine Bourdieücü Bir Bakış", *Toplum ve Bilim*, 2015, S.132, s. 222-231; Aylin Özman, "Hukuk, Siyaset, İdeoloji Ekseninde Hukukçu Kimliğinin Yeniden Tanımlanması: Erken Cumhuriyet Dönemi Üzerine Bir İnceleme", *Toplum ve Bilim*, 2000/2001, S. 87, s. 164-176.

³ Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940, S. 104.

katlığın mesleki örgütlenmesi de bu ideolojik çerçevede gelişmiştir.⁴ Nitekim Cumhuriyet idaresinin yeni bir hukukçu kadrosu oluşturma hedefi, bir yandan Ankara Hukuk Fakültesi'nin 1925 yılında kurulması ve İstanbul Darülfünü'nun 1933 yılında reforme edilmesi üzerinden ilerlerken, bir yandan da tek partili dönem boyunca 31 ilde baroların kurulmasıyla bu hedef daha da sağlamlaştırılmıştır. Öte yandan bu hedefin, imparatorluk hukukuna dayanan bir geçmişi olan İstanbul Barosu içinde özellikle de eski hukuka ve hukukçuya karşı verilen mücadeleler üzerinden gerçekleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Nitekim 1924 Muhâmât Kanunu'nun meslekten men edilmeyi düzenleyen maddeleri çerçevesinde ve siyasi erkin de beklentileri doğrultusunda, İstanbul Barosu yönetimi, bünyesindeki rejim karşıtlarından kurtulmak istemiş ancak hilafet yanlısı olarak tanınan Lütfi Fikri Bey tasfiyelere rağmen -hatta tasfiyeler nedeniyle- yeniden başkan seçilmiştir.⁵ Bu gelişmeler üzerine Mustafa Kemal de Ankara Hukuk Fakültesi'nin kuruluşunda yaptığı konuşmada, Baro Heyetinin, "alenen hilafetçi olduğunu ilân eden ve ilân etmekle iftihar duyan birisini" başkan olarak seçen bu eski hukukçuların, Cumhuriyet zihniyetinin ve devrimlerin "en büyük fakat en sinsi" düşmanları olduklarını söylemiştir.⁶

Lütfi Fikri Bey'in seçilmesi ve Baro içi mücadeleler bir taraftan erken Cumhuriyet döneminde resmi ideolojinin kırılma noktasına işaret ederken, bir taraftan da meslek ile idare arasındaki ideolojik örtüşmenin henüz sağlamlaştırılmadığını da ortaya koymaktadır. Tam da bu nedenle 1938 yılında kabul edilen 3499 sayılı Avukatlık Kanunu ile mesleğin düzenlenmesine ilişkin daha fazla devlet müdahalesi öngörülmüştür. Bu müdahalenin en görünür olduğu düzenleme kuşkusuz avukatlığı "amme hizmeti mahiyetinde bir meslek" olarak tanımlayan 22. maddedir. Meclis tutanakları bu maddeye ilişkin tartışmaların, hukukçu olmayan üyelerin itirazları üzerinden şekillendiğini ortaya koymaktadır. Meclisin hukukçu olmayan temsilcileri, avukatlığın söz-

⁴ Özman, 2000/2001.

⁵ Umut Karabulut, "Muhâmât Kanunu: Türkiye'de Avukatlık Kurumunun Düzenlenmesi ve İstanbul Barosu'nda Yaşanan Tasfiyeler", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi* XIII, 2013, S 27, s. 79-104.

⁶ Atatürk'ün 5 Kasım 1925'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin (Ankara Hukuk Mektebi) Açılışında Yaptığı Konuşma Metni, Erişim adresi: <http://www.law.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/238/2013/07/Ataturkunkonusmasi.pdf>

leşme ilişkisine dayanan bir hizmet olduğunu ve bu nedenle de amme hizmeti mahiyetinde kabul edilmesi durumunda belirli bir meslek grubunun kontrolünde olamayacağını ileri sürmüşlerdir.⁷ Dönemin Adalet Bakanı Şükrü Saraçoğlu, ise düzenlemeyi şu şekilde savunmuştur: “Avukatlık müessesesini, Devlet eliyle, mümkün olduğu kadar sıkı bir kontrole tâbi olmak ve onları Adliye müfettişlerinin teftişlerine tâbi bulundurmak, adliye camiasının Devlette aylık alan memurları gibi doğrudan doğruya Büyük Meclisin yakın bir alâka ile takip edeceği bir müessese haline koymak istiyoruz”.⁸ Avukatlığa ilişkin bu düzenleme, Meclisin diğer hukukçu temsilcileri tarafından da uzun zamandır “başboş olan bir mesleğin bu Kanun ile tamamen inzibat altına alınması” anlamına geleceği için savunulmuştur.⁹ Burada altı çizilmesi gereken husus, muhalefetin devlet korumasına sokularak ayrıcalıklı bir meslek yaratıldığına ilişkin suçlamalarına, avukatların mesleğin neden devlet korumasında olması gerektiğine ilişkin savunmalarla karşılık vermiş olmalarıdır. Bir diğer deyişle, 1938 Kanunu ile getirilen devlet müdahalesi esasen avukatlar tarafından mesleğin olumlu anlamda disipline edilmesi olarak yorumlanmış ve desteklenmiştir.

İstanbul Barosu’nun siyasi erk ile olan bu ilişkisi, özellikle de çok partili dönemin siyasi, ekonomik ve toplumsal çalkantılarının Baro içindeki görünümüleri bağlamında giderek karmaşıklaşmıştır. Bu karmaşıklığın temelinde de esasen Baro’nun siyasete ne derece ve ne şekilde müdahale etmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar yatmaktadır. Bir diğer deyişle, örgütün siyasi erkle kuracağı ilişki üzerine tartışmalar, İstanbul Barosu’nun ülke siyasetine ne şekilde müdahale edeceğine yönelik politik ve ideolojik ayrışmaları da doğurmuştur. Nitekim 1970’lerde ilk defa siyasi olarak örgütlenmiş enformel bir grubun (Çağdaş Avukatlar Grubu- ÇAG) Baro seçimlerine yönelik olarak bir koalisyon oluşturmasıyla başlayan bu ayrışma,¹⁰ 2018 yılında yapılan son yönetim seçimlerinde sekiz farklı grubun ve on farklı adayın ya-

⁷ Musa Toprak, Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, TBB Yayınları, Ankara, 2014, s. 179-180.

⁸ Toprak, 2014, s. 180.

⁹ Toprak, 2014, s. 185.

¹⁰ Emre Öngün ve Manar Hassan, “How Political Dynamics Work in Professional Organizations: The Radical Left and the Istanbul Bar Association”, Massicard Élise ve Nicole F. Watts (Der.), Negotiating Political Power in Turkey: Breaking Up the Party içinde, Routledge, NY, 2013, s. 140-156.

rıştığı bir hal almıştır. İstanbul Barosu bünyesinde örgütlenen farklı gruplar 1970'lerden itibaren Baro yönetimi için birbirleriyle yarışmış, bazen bölünerek çoğalmış bazen koalisyonlar kurarak birleşmişlerdir. Bu gruplaşmalar hiçbir zaman salt mesleki meseleler üzerinden oluşmamış, Baro içindeki örgütlülük her dönemin siyasi ve toplumsal tartışmalarının, ideolojik kamplarının izini taşımıştır.

Bu çalışma da, meslek örgütündeki bu ayrışmanın takibi üzerinden İstanbul Barosu'nun çekişmeli siyasi tarihinin kısa bir özetini sunmayı hedeflemektedir. Bu hedef dâhilinde, 1976-2018 yılları arasında gerçekleşen Baro seçimleri, katılan ve kazanan grupların öne çıkardıkları siyasi duruşları ve mesleki meseleler ile toplumsal meseleleri nasıl harmanladıkları üzerinden bir söylem analizine tabii tutulmuştur. Ağırlıklı olarak Milliyet gazetesinin elektronik arşivinin Baro'da seçimlerin yapıldığı tarihler üzerinden taranması sonucu oluşturulan bu kronolojide, özellikle de Baro başkan adaylarının seçim öncesinde ve sonrasındaki konuşmalarının dönemin siyasi bağlamıyla nasıl ilişkilendiğine bakılmıştır. Bu ilişkilenede özellikle üzerinde durulan husus ise mesleğin kurucu kimliği olan Kemalist rejimin savunuculuğu rolünün, mesleğin en eski ve en güçlü örgütündeki farklı mücadeleler içerisinde nasıl yeniden ve her defasında daha da güçlenerek ortaya çıktığıdır. Gerçekten de gerek küresel ve yerel siyasetin gerekse meslek içi siyasetin farklılaştığı tüm dönemler boyunca, İstanbul Barosu yönetimleri ağırlıklı olarak Cumhuriyet rejiminin ve inkılapların savunucusu olma rolüne tutunmaya devam etmiştir. Kemalist rejimi savunma misyonu zaman zaman komünizm tehdidi karşısında Baro'nun sol siyasete yakınlığına tepki olarak canlanırken zaman zaman ise siyasal İslam'ın yükselişı karşısında dirilmiş ve Baronun duruşunu tanımlamıştır.

Son dönemlerde ise, özellikle son on yıldır ülkede her alanda artan ve her türlü ilişkiyi belirler hale gelen otoriterlik karşısında, İstanbul Barosu da giderek daha görünür bir biçimde kendini Cumhuriyet değerlerine, Atatürk ilke ve inkılaplarına sahip çıkmayı görev edinmiş bir muhalefet odağı olarak konumlandırmıştır. O kadar ki, 2018 Baro seçimini kazanan Mehmet Durakoğlu açık açık hukukun siyaset, siyasetin ise hukuk olduğunu belirtirken, İstanbul Barosu'nu da siyasi iktidarın özellikle rejim karşıtı söylemleri ve uygulamaları karşısında toplumun sığınabileceği bir "mabet" olarak tanımlamıştır. Bu

bağlamda makale, rejim savunuculuğunu, salt mesleğin Cumhuriyet eliyle kurulmuş olmaktan ötürü yüklendiği tarihsel bir rol olarak değil, **İstanbul Barosu'nun** bir meslek örgütü olarak siyaset ile ilişkisini meşrulaştırabilen stratejik bir kimlik olarak da **düşünmeye davet** etmektedir. Bu **şekilde çalışma, öncelikli olarak bu** kimliğin İstanbul Barosu'nun siyasi tarihinde hangi mücadelelerde ve kimler tarafından kullanıldığına bakarak, Türkiye'de avukatlık ideolojisinin yapıtaşlarının ve değişen çehresinin inceleneceği daha kapsamlı bir araştırmanın da başlangıcı olmayı hedeflemektedir.

Çok Partili Dönemde Baro içi Siyasi Mücadeleler

Genel olarak avukatlık mesleğinin tek partili dönem boyunca, zaman zaman ortaya çıkan sürtüşmeler dışında, devlet ile olan ideolojik örtüşmesinin lineer bir çizgide ilerlediği söylenebilir. Rejimin partisinin sadece yasamaya değil, yürütme ve yargıya da hâkim olduğu bu dönemde, devlet yeknesak biçimde kurucu ideolojiyi temsil etmektedir. Oysa 1950'li yıllardan itibaren, devlet ile parti arasındaki mutlak ortaklığın son bulmasıyla, meslek de kendisini Demokrat Parti (DP) hükümeti karşısında belki daha da güçlü biçimde rejim savunuculuğu üzerinden tanımlamıştır. Bu dönemde, siyasi yelpazede merkezin sağında yer alan yeni hükümetin ve özellikle de Adnan Menderes'in yargıya yönelik rejim muhafızlığı suçlamaları ve yargıdaki tasfiyeler, avukatları DP hükümetine karşı yargı ile dayanışmaya itmiştir. Özman bu dayanışmayı, Kemalist rejimin Cumhuriyet'i ve devrimleri elbirliğiyle koruyacak bir hukuk alanı yaratmadaki başarısı olarak okumamız gerektiğini öne sürer.¹¹ Diğer yandan bu dönem, 1961 Anayasası'nın yarattığı görece özgürlükçü siyasi hava ve 1969 yılında çıkan yeni Avukatlık Kanunu'nun da etkisiyle meslek üzerindeki devlet vesayetinin bir nebze azaldığı da bir dönemdir. Nitekim yeni Kanun ile özellikle de Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) bir üst meslek örgütü olarak kurulması neticesinde, Adalet Bakanlığı'nın mesleği düzenlemesine imkân tanıyan bazı yetkileri -ruhsat düzenleme yetkisi gibi- bu yeni örgüte geçmiştir.

Bu yeni dönem Türkiye'de devletçi bir korporatizmin de hüküm

¹¹ Aylin Özman, "The State and Bar Associations in Turkey: A Study in Interest-Group Politics", Yayınlanmamış doktora tezi, Bilkent Üniversitesi, 1995, s. 140.

sürdüğü bir dönemdir. İkinci Dünya Savaşını takiben, profesyonel mesleklerin örgütlülüğü artmış,¹² devlet de çıkar grubu olarak gördüğü meslek örgütlerini özellikle de toplumun idaresini sağlayabilmek adına kendi yanında tutmaya yönelik politikalar geliştirmiştir.¹³ Bunların başında da meslek örgütlerine üyelik ve aidat zorunluluğunun yasalar eliyle getirilmesi ve denetlenmesi gelmektedir. Akkaya bu korporatist modelde, devletin işbirliği karşısında meslek örgütlerine tanıdığı ayrıcalıkları yasalarla garantilediğini ileri sürmektedir.¹⁴ Öte yandan, profesyonel meslek örgütleri içinde hem çalışma alanları, hem üye sayıları hem de devletin işbirliği için özellikle yakınlaştığı örgütlerin başında gelen Türk Tabipler Birliği (TTB) ve Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) gibi örgütlerin özellikle de 1960'lardan sonra kendilerini siyasi iktidarın temsilcisi gören bu korporatist yapının dışında hareket ederek, toplumsal muhalefetin önemli odaklarından oldukları da görülmüştür.¹⁵ Avukatlık için benzer bir değerlendirmede bulunan Elveriş ise, devlet ile barolar arasındaki mevcut ilişkiyi korporatist model bağlamında ele aldığı çalışmasında, teorik olarak anayasal statü verilen meslek kuruluşlarının korporatist yapı içerisinde siyasa yapımına ortak edilmelerinin söz konusu olduğunu ancak günümüzde TBB'nin hiçbir devlet kurumuyla korporatist bir ilişki içerisinde olmadığını ileri sürmektedir. Elveriş TBB'nin gerek mesleki gerekse siyasi konularda farklı erklerle ağırlıklı olarak ihtilaf içerisinde olduğunu, diğer zamanlarda ise bu erklerle temasın siyasa yapımına katılmayı mümkün kılacak derecede ya da yakınlıkta olmadığını ortaya koymaktadır.¹⁶

i. 1976-1985: İlk gruplaşmalar

Bu gelişmelere, hem mesleğin en eski hem de düzenlenmesinde en etkili örgütlenmesi olan İstanbul Barosu özelinde bakıldığında ise, çok

¹² 1951 yılında TOBB, 1953 yılında TTB, 1954 yılında TMMOB kurulmuştur.

¹³ Ahmet H. Köse ve Ahmet Öncü, Kapitalizm, İnsanlık ve Mühendislik: Türkiye'de Mühendisler Mimarlar, TMMOB, Ankara, 2000.

¹⁴ Yüksel Akkaya, "Çıkar Grupları ve Korporatist Temsil: TMMOB Örneği", Politeknik, 23 Mayıs 2008, Erişim adresi: <http://politeknik.org.tr/ckar-gruplar-ve-korporatist-temsiltmmob-oernei-yueksel-akkaya/>

¹⁵ Osman Öztürk, 'Devlet Tabip Odası', Radikal, 7 Haziran 2001, Erişim adresi: <http://www.radikal.com.tr/yorum/devlet-tabip-odasi-599667/> (20.02.2019); Akkaya, 2008.

¹⁶ Elveriş, 2014.

partili hayatla başlayan kırılmanın 1970'li yılların politik ortamında Baro içindeki gruplaşmaları da şekillendirdiği ve 1976 yılında ilk defa olarak iki grubun başkanlık için yarıştığı bir seçime gidildiği görülmektedir. Kendini daha ziyade sol siyasete yakın bir çizgide konumlandırılan ÇAG¹⁷ ile daha muhafazakâr-milliyetçi avukatların oluşturduğu Mesleki Birlik Grubu'nun (MBG) yarıştığı seçimlerde, MBG'nin adayının AP, MSP ve MHP'lilerin ortaklaşa kabul ettikleri bir isim olduğunu öne süren ÇAG, aynı zamanda yayımladığı bildiriye Süleyman Demirel'in de İstanbul Barosu'nun mutlaka ele geçirilmesi gerektiğini söylediğini iddia etmiştir.¹⁸ Bu iki grup arasındaki temel ayrışma da esasen Baro'nun ne kadar siyaset yapacağı konusunda temel bir anlaşmazlığın ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim seçime yönelik açıklamalarında ÇAG'ın adayı Orhan Apaydın'ın "politika dışı avukatlık ve Baro anlayışı çağdışı bir hukuk ve anti-demokratik yönetim felsefesinden kaynaklanmaktadır" ifadesine karşılık, MBG'nin adayı Aydın Kazancı "meslek kuruluşlarının ve Baroların etkinliği, ancak bir mesleki topluluğun temsilcisi olduklarını unutmamalarıyla sağlanabilir" açıklamasında bulunmuştur.¹⁹ Ancak mesleki meselelere odaklanma söylemi 1976 seçimlerinde avukatlardan karşılık bulmamış ve solun ve devrimci avukatlığın temsilciliğini yapan ÇAG az farkla da olsa kazandığı yönetimi 1983 yılına kadar elinde tutmayı başarmıştır.²⁰

İlk yıllarında ÇAG'ın başarısı soldaki farklı siyasi kimlikleri bir arada tutabilme kapasitesi üzerinden tanımlanmıştır.²¹ Nitekim 1970'ler genel olarak da Baro'nun ağırlıklı olarak siyasi ve toplumsal meselelere odaklandığı, mesleki konuların dahi kamu yararı bağlamında tartışıldığı bir dönemdir.²² Ancak tam da bu nedenle, özellikle de 1976-1983 arası Orhan Apaydın başkanlığında Baro'nun işkence ve kötü muame-

¹⁷ ÇAG ve sol arasındaki ideolojik ilişki için bkz. Öngün ve Hassan, 2013.

¹⁸ "İstanbul Barosu Kongresinde İki Grup Yarışacak", Milliyet, 16 Kasım 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

¹⁹ "Baroda Seçim: İstanbul Barosu için 2 Başkan Adayı Çekişecek", Milliyet, 15 Aralık 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

²⁰ 1976 seçimlerinde, ÇAG'ın adayı Orhan Apaydın 972 oy alırken Mesleki Dayanışma Grubunun adayı Aydın Kazancı 789 oy almıştır. "Baro seçimini 'Çağdaş Avukatlar' grubu kazandı", Milliyet, 19 Aralık 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

²¹ Haluk İnanıcı, 21. Yüzyılda Avukatlık ve Baro, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 177.

²² Öngün ve Hassan, 2013, s. 143.

le suçlamalarıyla devlete karşı gerçekleştirdiği eylemler ve Apaydın'ın Barış Derneği'ne üye olmaktan mahkûmiyet alması üzerine 1983 yılında Adalet Bakanı tarafından görevinden alınması gibi gelişmeler, aynı sene yapılan seçimlerde Baro yönetiminin ÇAG'dan muhafazakar kanada geçmesi sonucunu doğurmuştur.²³ İlerleyen yıllarda da daha statükocu avukatları temsil edecek olan Birleşmiş Avukatlar Grubu (BAG), 1983 seçimlerinde kampanyasını mesleki sorunlara odaklanmış bir Baro sloganı üzerine kurarak, siyasi meselelerden yıpranmış ve yorulmuş mesleğe yeni bir soluk getirme vaadinde bulunur.²⁴ Nitekim seçimlerden hemen sonraki demeçlerinde yeni başkan Sulhi Tekinay, hiçbir siyasi fikir grubuna hizmet etmeyeceklerini, öncelikli olarak meslektaşlar arasında birliği tesis etmeyi hedeflediklerini açıklamıştır.²⁵ Burada siyasi meselelerden ve fikirlerden kastedilenin özellikle sol siyaset olduğunun altı çizilmelidir. Nitekim BAG yönetimi -MBG'nin seçim söylemiyle uyumlu olarak-, 1970'lerde avukatların ve örgütün sol ideolojiyi savunan bir görüntüde ilerlemesinin mesleği yıprattığı görüşünden hareketle, öncelikli olarak siyasete uzak duracağı mesajı vermiştir. Bu yaklaşım elbette 1980 darbesi sonrası siyaset alanının giderek daralması ve apolitik bir toplumsallığın yerleşmesiyle de yakından ilgilidir. Öte yandan, 24 Ocak kararlarıyla girilen 1980'ler aynı zamanda serbest piyasa ekonomisine geçilmesinden dolayı avukatların iş alanlarının genişlediği ve mesleğin bu nedenle ekonomik olarak ilerlediği bir dönemdir de. Hal böyle olunca, bu dönemde avukatlar arasında mesleki gelişmelere odaklanan bir Baro fikri daha fazla kabul görmüş ve Tekinay ve grubu 1985 seçimlerinde de önde gelmiştir.

ii. 1988-2002: İkinci ÇAG dönemi

1988 yılında yapılan başkanlık seçimleri ise 2002 yılına kadar sürecektir ÇAG yönetimini tekrar başlatmıştır. Aynı zamanda bu seçimler ile Turgut Kazan başkanlığında dört dönem sürecektir bir yönetimin de önü açılmıştır; ancak 1988 seçimi aynı zamanda ÇAG karşısındaki mu-

²³ İnancı, 2008, s. 153.

²⁴ Reuben Silverman, "Who's Left: Filiz Kerestecioglu and the Struggle for Rights in Turkey", [Blog yazısı], 2017, Erişim adresi: https://reubensilverman.wordpress.com/2017/02/22/whos-left-filiz-kerestecioglu-and-the-struggle-for-rights-in-turkey/#_ednref48 (20.02.2019).

²⁵ "Yeni Baro Başkanı: 'Hiçbir Politik Gruba Hizmet Etmeyeceğiz' ", Milliyet, 27 Aralık 1983, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

halefetin de görünür biçimde çeşitlendiği seçim olmuştur. Son iki seçimin galibi BAG'ın dışında, 1982 Anayasası'nın mimarlarından Şener Akyol'u aday gösteren Mesleki Hizmet Grubu ile ilk defa bir kadın başkan adayını seçime giren Sosyal Demokrat Grubu ve görece az sayıda oy alan İdeal Avukatlar ile Bağımsızlar Grubu da yarışa dâhil olmuştur.²⁶ Bu çeşitlilikte avukat sayısının yeni kurulan hukuk fakülteleriyle artmaya başlamasının²⁷ ve siyasi alanın özellikle de siyasal İslam'ın yükselişiyle yeniden tanımlanmasının meslek örgütünde giderek farklılaşan taleplere dönüşmesinin de etkisi vardır.²⁸ Bu dönemde yükselen siyasal İslam, 1990'lı yıllarda ülkedeki tüm siyasi, hukuki ve toplumsal tartışmaları ve mücadeleleri tanımlayan temel konu olarak, rejim savunuculuğu misyonuyla doğmuş bu mesleğin tartışmalarını de yeniden şekillendirmeye başlamıştır.

Nitekim 1990 seçimlerinde, BAG bir kadın aday ile -Berra Besler- girdiği yarışta bu sefer görünür şekilde Cumhuriyet ilkelerine ve Atatürkçülüğe vurgu yapan bir kampanya yürütmüştür. Bu yöntem tesadüfi değildir elbette. Bu konjonktürle tutarlı olarak ilk kez 1990 seçimlerine katılan ve 2002 seçimlerine kadar da grup olarak varlığı-

²⁶ İdeal Avukatların adayını Kenan Tunçomağ geçerli sayılan 5921 oyun 374'ünü alırken, Bağımsızlar Grubunun adayını Sahir Bafra 87 oy almıştır.

²⁷ Türkiye'nin üçüncü hukuk fakültesi 1978 yılında önce Ege Üniversitesi çatısı altında kurulmuş, darbe sonrası ise Dokuz Eylül Üniversitesi altında devam etmiştir. 1988 Baro seçimlerine kadar ayrıca Marmara Üniversitesi'nde (1982), Dicle Üniversitesi'nde (1982) ve Erzincan Üniversitesi'nde de (1987) hukuk fakülteleri kurulmuştur.

²⁸ Kürt milliyetçiliği de bu dönemde siyasi alanı olduğu kadar hukuk alanını dönüştüren bir başka kimlik siyasetidir. Özellikle de 1987'de Türkiye Cumhuriyeti devletinin AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanınmasını takiben, Kürt avukatların AİHM'ne taşıdıkları davalar 1990'lı yılları bir yargısal aktivizm dönemine çevirmiştir. 1992 yılında Kurdish Human Rights Project isimli proje bünyesinde insan hakları aktivistleri, avukatlar ve akademisyenler bir araya gelerek bölgede, özellikle de süregelen olağanüstü hal rejimi altında, gerçekleşen insan hakları ihlallerini AİHM'ne taşımışlardır. Dilek Kurban, Bu şekilde işkence ve kötü muamele iddiaları, AİHM yargılaması üzerine eğitimden geçen Kürt avukatlar tarafından "iyi belgelenmiş ve hukuken zorlayıcı hak taleplerine" dönüştürülmüştür. Dia Anagnostou, "From Belfast to Diyarbakir and Grozny via Strasbourg: Transnational Legal Mobilisation Against State Violations in Contexts of Armed Conflict", Anagnostou Dia (Der.), Rights and Courts in Pursuit of Social Change: Legal Mobilisation in the Multi-level European System içinde, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 171. Öte yandan, bu süreç gerek bölge barolarından gerekse diğer barolardan ve TBB'den bağımsız gerçekleştirildiği için o dönemde henüz meslek örgütlerinin içinde görünür bir ayrışmaya da sebep olmamıştır.

nı sürdüren Çağrı Avukatlar Grubu da İslami kesime ve özellikle de Refah Partisine (RP) yakın bir oluşum olarak bilinir. Nitekim 1994 seçimlerine gelindiğinde Turgut Kazan açıkça yargıda Refah Partililerin “ayak seslerine” vurgu yaptığı bir kampanya yürütürken, gene ÇAG adayı olan rakibi Yücel Sayman da son dönemde atanan hâkim ve savcılarının çoğunluğunun imam hatip kökenli olduğuna dikkat çekmiştir.²⁹ Çağrı Avukatlar Grubu bu yakınlığı açıkça hiçbir zaman kabul etmemiş ve hatta 1996 seçimlerinde grubun başkan adayını Necati Ceylan da RP adayını anılmaktan rahatsız olduğunu özellikle belirtmiştir.³⁰ Ancak özellikle türbanlı avukatlar konusundaki mücadeleleri grubun siyasal İslam ideolojisinin temsilcisi olduğuna dair iddiaları tetiklemiştir. Nitekim 1996 genel kurulu ilk kez türbanlı avukatların da katıldığı seçim olarak tarihe geçmiştir.

28 Şubat süreci ve siyasal İslam’ın her alanda yükselişi Baro içindeki gruplaşmalarda sadece muhalefeti değil hâkim grup olan ÇAG’ı da önemli derecede etkilemiştir. ÇAG yönetimindeki Baro’nun genel olarak siyasal İslam’a karşı ılımlı tavrı ve özellikle de 1996-1998 dönemlerinde Baro başkanlığı yapan Yücel Sayman’ın türbana karşı özgürlükçü yaklaşımı, **ÇAG içindeki huzursuzluğu tetiklemiştir.** 1998 yılında yönetimde görev alan dört avukatın Sayman’ın “laiklik ilkesinin zedelenmesine yol açacak eylem ve davranışlara” karşı yeterli duyarlılığı göstermediğini ileri sürerek istifa etmesi de bu huzursuzluğun ilk göstergesidir. Aralarında Baro Başkan Yardımcısı Kani Ekşioğlu’nun da bulunduğu avukatların özellikle türban meselesine yeterince tepki verilmediğine ve “cumhuriyetin temel niteliklerinin tahribine yönelik siyasi amaçlı gösteri, eylem ve girişimlere” hoşgörülü yaklaşıldığına yönelik eleştirileri bu istifaların temelini oluşturmuştur. Nitekim 1998 seçimlerinde, ÇAG’ın Yücel Sayman’a karşı yarışan diğer adayını Müşür Kaya Canpolat da seçimlerin “laikliği savunanlarla, karşı çıkanlar arasında” olacağını söyledikten sonra Sayman’ı da türban konusundaki tutumundan ötürü laiklik karşıtları arasında saymıştır.³¹

²⁹ “Barolarda Sandık Başı”, Milliyet, 19 Ekim 1994, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

³⁰ “Baro’da Çağdaş Avukatlar Kazandı”, Milliyet, 16 Ekim 1996, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

³¹ “Baro’da Türban Tartışması”, Milliyet, 24 Ekim 1998, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).

Diğer yandan, Sayman yönetimindeki Baro'nun 2000 yılında F tipi cezaevlerine karşı vermiş olduğu mücadele de grup içindeki ayrışmayı tetiklemiştir. Baro'nun hücrelerin insan haklarına aykırı olduğunu savunması, dönemin Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk tarafından da tepkiyle karşılanmış ve hatta 12 Ocak 2001'de cezaevlerindeki son duruma ilişkin açıklamasında Bakan avukatları ölüm oruçlarını desteklemekle ve gerginliği artırmakla suçlamıştır: "Son günlerde dikkatimizi çeken bir olgu var. Cezaevlerinde avukat ziyaretlerinden sonra ölüm orucuna karar verenlerin sayısında artış görülmüştür. Bunu da dikkatle izliyoruz. Gerekirse avukatlar hakkında işlem yapacağız".³² Türk'ün açıklamaları başta büyük barolar ve TBB olmak üzere birçok meslek örgütü tarafından tepkiyle karşılanmış ve savunmaya bir saldırı olarak değerlendirilmiş, ancak özellikle İstanbul Barosu hakkında, F tipi cezaevlerine yönelik protestolara destek verdiği iddiasıyla, Adalet Bakanlığı tarafından fesih istemiyle soruşturma başlatılmıştır.

iii. 2002 ve sonrası: Öİ-ÇAG dönemi

Tüm bu müdahaleler İstanbul Barosu'nda 1992 seçimlerinden beri devam eden bölünmeyi tetiklemiş ve nihayetinde 2000 yılında ÇAG'ın içinden Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu (Öİ-ÇAG) isimli yeni bir fraksiyonun doğmasına yol açmıştır. İlk yıllarda özellikle kıdemli avukatların desteğini alarak ÇAG'dan bağımsız şekilde örgütlenen bu yeni grup, seçime girdikleri ilk yıl ÇAG'ın gerisinde kalsa da 2002 yılından bugüne kadar İstanbul Barosu yönetimine hâkim grup olmayı başarmıştır. Üç dönemi Kazım Kolcuoğlu, son dönemi Muammer Aydın başkanlığında olmak üzere, dört dönem baro yönetimini elinde bulunduran Öİ-ÇAG, 2010 seçimlerine kadar tek adaylı seçim kampanyalarında görece uyumlu bir grup görüntüsü çizmiştir. 2010'da ise Ümit Kocasakal ve Muammer Aydın ile iki adayla seçimlere gidilmiştir. Öİ-ÇAG'ın ilk ortaya çıkışının gerisinde 28 Şubat'ın ÇAG yönetimleri tarafından iyi idare edilmemesine yönelik tepkilerin olması gibi, grubun 2010 seçimlerine ilk kez bölünerek girmesinin gerisinde de Cumhuriyet değerlerine ve kazanımlarına ilişkin artan endişeler ve rejime sahip çıkılmadığına yönelik eleştiriler yatmaktadır.³³ Bir diğer deyişle, nasıl

³² Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Cezaevleri Dosyası, Ankara, Ocak 2001.

³³ Kalem ve Elveriş, 2018, s.174. 2010 seçimleri aynı zamanda genel kurulu protesto eylemi nedeniyle de önemlidir. 6 farklı adayın, 5 farklı grup için yarıştığı seçim-

ki ÇAG'ın içinden Önce İlke isimli bir grubun ayrılmasının gerisinde ÇAG'ın kuruluş ideolojisine yeterince sahip çıkmadığı ve özellikle de türban meselesinde laiklik ilkesinden taviz verildiği eleştirisi yatmakta ise, 2010 yılında Öİ-ÇAG'ın iki ayrı adayla seçime girmesinin nedeni de 2008-2010 Muammer Aydın başkanlığı döneminde gruba "sızmalar" olduğuna ilişkin eleştirilerdir.³⁴

Nitekim daha önce Çağrı Avukatlar Grubunu destekleyen avukatlar ile 15 hukuk derneğinin bir araya gelerek kurdukları Hukukun Üstünlüğü Platformu'nun da ilk defa 2006 seçimlerine katılması ve ilerleyen seçimlerde de üçüncü çıkacak kadar destek bulması, Öİ-ÇAG yönetimi içindeki huzursuzlukları da tetiklemiştir.³⁵ Tam da bu nedenle, Öİ-ÇAG'ın 2010 yılındaki diğer adayı Ümit Kocasakal da grubun ilkelerinden -özellikle de Cumhuriyet savunuculuğundan- taviz vermemesi için adaylığını koyduğunu açıklamıştır.³⁶ Kocasakal seçimlerden önce bir yandan Cumhuriyet'i savunmak ile mesleği savunmanın kol kola gideceğinin altını çizirken, bir yandan da siyasetin Baro'ya girmeyeceğini de belirtmiştir. Öte yandan, bu durumun suya sabuna dokunmamak anlamına da gelmeyeceğini, Anayasa'nın değiştirilemez ilkelerini savunma görevinin mesleğin asli görevi olduğunu da hatırlatır. Burada kuşkusuz kastedilen rejim savunuculuğudur. Bu açıklamalarında Kocasakal, rejim savunuculuğu yapmayı Baro'nun asli görevi olması itibarıyla adeta siyaset dışı bir alana yerleştirmektedir. Bu bağlamda, bir meslek örgütü olarak İstanbul Barosu, Avukatlık Kanunu'nun da mesleğe verdiği sorumluluklar itibarıyla zaten anayasal düzeni korumak ve Cumhuriyet rejimine sahip çıkma görevine haiz bir kurum olarak görülmektedir.

de, bir grup avukat "işçi avukatların" sorunlarının kimse tarafından önemsenmediği eleştirisiyle seçimlere katılmama çağrısı yapmıştır. Can Atalay, "İstanbul Barosu'nda Neler Oluyor?", Bianet, 15 Kasım 2010, Erişim adresi: <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/126095-istanbul-barosu-nda-neler-oluyor> (20.02.2019). Bu eylem aynı zamanda giderek gençleşen bir Baronun ve mesleğin geleceğinin şekillenmesinde kurucu rol üstelenecek bir grubun taleplerinin ilk dışavurumu olarak da değerlendirilebilir.

³⁴ Günün Konuğu, 2 Ekim 2018, Erişim adresi: <https://www.onceilkeceg.org/av-mehmet-durakoglu-gunun-konugu-programi-02-10-2018/> (20.02.2019).

³⁵ Hukukun Üstünlüğü Platformunu "esasen AKP, BBP ve bir kısım MHP'linin koalisyonu" olarak da tanımlanmıştır. Bkz Atalay, 2010.

³⁶ Kalem ve Elveriş, 2018, s. 174; Selcan Taşçı, "Brütüs Değil Spartaküs!", Hukuki-haber, 20 Ekim 2010, Erişim adresi: <https://www.hukukihaber.net/gundem/brutus-degil-spartakus-h7654.html> (20.02.2019).

Tüm bu açıklamalar ve bu duruş İstanbul Barosu'na kayıtlı avukatlar nezdinde de karşılık bulmuş olmalı ki Kocasakal ilk girdiği yıl Muammer Aydın karşısında görece az farkla kazandığı başkanlığı, 2012 seçimlerinde %53 oyluk bir farkla almış ve 2014 senesinde de Öİ-ÇAG grubunun tek adayı olarak girdiği seçimi toplam oyların %66'sını alarak rekor bir sonuçla tamamlamıştır. Yönetimde olduğu sürece, Kocasakal ve ekibi, özellikle de İstanbul Barosu'nun belli davalara müdahil olması üzerinden, hukuki ve mesleki bir faaliyetten ziyade ideolojik seçimler peşinde olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır.³⁷ Ergenekon ve Balyoz davalarının başından itibaren izlenmesi, ancak gündemi oluşturan başka önemli davalardan KCK davalarına veya Hrant Dink cinayeti davasına benzer bir ilginin gösterilmemesi³⁸ veya AİHM'de görülen Leyla Şahin davasına devletin yanında katılmak için Baro yönetiminin talepte bulunması gibi kararlar, yönetimin "yüksek siyaset" yaptığına ilişkin eleştirilere ve hatta zaman zaman ciddi protestolara yol açmıştır.³⁹ Özellikle de 2012 seçimlerinde Baro'nun mesleki konulardan, mesleğin sıkıntılarından ziyade⁴⁰, hak ve özgürlükler mücadelesi dışında bir siyasi angajmana girdiğine yönelik bu eleştirilere ise Kocasakal "yüksek siyasetten anlaşılan Cumhuriyeti, onun temel niteliklerini, kuruluş felsefesini, üniter devleti, tam bağımsızlığı korumak kollamaksa, Atatürk ilkelerini ve devrimlerini korumak kollamaksa", bu "yüksek ve şerefli siyaseti yapmaya devam edeceğiz" karşılığını vererek Öİ-ÇAG yönetimindeki İstanbul Barosunun taviz vermeyeceği konuları bir kez daha netleştirmiş olur.⁴¹

³⁷ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nin kurucu ideolojiyi savunma rolünü üstlenerek parti kapatma davalarında "seçici aktivizm" yaptığına ilişkin bir tartışma için bkz. Ceren Belge, "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Society Review*, 2006, C.40, S.3, s. 653-692.

³⁸ Hazal Özvarış, "İstanbul Barosu'nda Militarizm ve İrkçılığa Varan İfadeler Kullanılıyor...", t24, 1 Ekim 2012, Erişim adresi: <http://t24.com.tr/haber/istanbul-barosunda-militarizm-ve-irkciliga-variant-ifadeler-kullaniliyor,214210> (20.02.2019).

³⁹ "Avukat Kerestecioğlu İstanbul Baro Başkanlığı'na Adaylığını Açıkladı", Haberler.com, 13 Eylül 2012, Erişim adresi: <https://www.haberler.com/avukat-kerestecioğlu-istanbul-baro-baskanligi-na-3935018-haberi/> (20.02.2019).

⁴⁰ Burcu Karakaş, "İstanbul Barosu'nda Seçim Yarışı", Milliyet, 7 Ekim 2012, Erişim adresi: <http://www.milliyet.com.tr/istanbul-barosu-nda-secim-yarisi-gundem-1607955/> (20.02.2019)

⁴¹ "Kocasakal: Yüksek Siyaseti Yapmaya Devam Edeceğiz", Cumhuriyet, 13 Ekim 2012, Erişim adresi: <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/376324/Koca->

İstanbul Barosu'nu özellikle de rejim savunuculuğu anlamında "asla fethedilemeyecek bir kale" olarak nitelendiren bu yönetim yaklaşımı, ilerleyen yıllarda özellikle de siyasal iktidarın hukuka ve yargıya ilişkin hamleleri karşısında söylemsel olarak daha da öne çıkmıştır. Nitekim 2014 seçimlerindeki başarısının ardından Kocasakal bir kez daha İstanbul Barosu'nun rejime sahip çıkma konusundaki kararlılığının haklılığına vurgu yapmıştır: "Bu seçim sonuçları sadece Ümit Kocasakal'ın başarısı değil, bu bir ilkenin, bir kimliğin, bir anlayışın zaferidir. Bence herkes bu durumdan bir sonuç çıkarmalı. Çünkü bu, biat etmemenin, dik durmanın, birtakım ilkelerden ödün vermeme nin bir sonucudur. Bu aynı zamanda Cumhuriyetin kuruluş felsefesi ve ilkelerini, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü açık bir şekilde savunmanın bir sonucudur".⁴² Hatta 2014 senesinde yönetim olarak yargılandıkları davada⁴³ yaptığı savunmasında Kocasakal, İstanbul Barosu'nun artık "sadece ruhsat dağıtan" bir meslek örgütü olamayacağını ifade ederken, Baro'nun siyasi iktidarın politikaları ve eylemleri karşısında sessiz kalmayacağını altını çizmiş ve hatta kendisinin de başkan olarak "başımı kessler dahi susamayacağını" da eklemiştir.⁴⁴ 2016 yılında başkanlığı Öİ-ÇAG'ın tek adayı olan Mehmet Durakoğlu'na bırakmadan önce yaptığı konuşmasında ise bir kez daha İstanbul Barosu'nun siyasi iktidar karşısındaki duruşunun önemini vurgulamıştır. Kocasakal, konuşmasında özellikle de 2016 darbe girişimi sonrası Yenikapı'da yapılan "Demokrasi ve Şehitler Mitingine" atıfla Türkiye'nin "Yenikapı ruhu"na değil, esas olarak "antiemperyalizm temelinde Kuvayi Milliye ruhu"na ihtiyacı olduğunu belirterek, bir kez daha Baro'nun siyasi iktidar karşısındaki direnişinin önemine işaret etmiştir. Nitekim 2016 seçimlerinde görevi devralan yeni başkan Mehmet Durakoğlu da kendi grubunun uzun yıllardır yönetimde ol-

sakal_Yukseki_siyaseti_yapmaya_devam_edecegiz.html (20.02.2019).

⁴² "Ümit Kocasakal İstanbul Barosu Başkanlığı'na yeniden seçildi", 20 Ekim 2014, Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=9699>.

⁴³ 2013 senesinde Baro Başkanı ve yöneticileri hakkında Balyoz davasını protesto eden sanık avukatlarına destek olmak amacıyla geldikleri Silivri Adliyesi'nde yaptıkları açıklamalar ve mahkemenin talebine rağmen duruşmaya avukat atanmaması nedeniyle ceza davası açılmıştır.

⁴⁴ Serpil Kırkeser, "İstanbul Baro Başkanı Ümit Kocasakal: Başımı da Kessler Susmayacağım", Radikal, 7 Ocak 2014, Erişim adresi: <http://www.radikal.com.tr/turkiye/istanbul-baro-baskani-umit-kocasakal-basimi-da-kessler-susmayacagim-1169702/> (20.02.2019).

masını, “Aydınlanma devriminin temsilcilerinin” siyasal baskı karşısındaki direnişinin bir sonucu olarak açıklar.⁴⁵

Öİ-ÇAG, 20-21 Ekim 2018 tarihlerinde gerçekleştirilen son seçimlerde de Mehmet Durakoğlu başkanlığında yönetimi elinde tutmayı başarmıştır. Kampanya süresince Durakoğlu katıldığı tüm programlarda veya verdiği tüm demeçlerde Baro’nun temel derdinin siyasi iktidarın hukuk ve yargı üzerindeki müdahalelerine karşı çıkmak olduğunun altını çizer. Sıklıkla mesleğin sorunlarına ilişkin olarak yöneltilen soruları, “ormanı görmeden resmi anlayamazsınız” benzetmesi üzerinden siyasi alanda verilecek daha varoluşsal bir mücadele ile ilişkilendirmiştir. Böylece özellikle Kocasakal döneminde dillendirilmeye başlanan “öncü muhalefet rolü”, son seçimlerde de Öİ-ÇAG grubunun üstlendiği temel pozisyon olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu rol, siyasi iradenin ve son yıllarda özellikle de Cumhurbaşkanı’nın barolara yönelik çıkışlarıyla giderek daha fazla görünür hale gelmiştir. Son dönemlerde örneğin barolar ile hükümet arasındaki gerginliği artıran en önemli olaylardan biri Cumhurbaşkanı’nın TTB ve TBB gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin isimlerindeki “Türk” ifadesinin çıkarılması gerektiğine ilişkin açıklamalarıdır.⁴⁶ “Türk” ve “Türkiye” kavramlarının sadece layık olanlar tarafından kullanılabilceğinin vurgulandığı bu açıklamalara ilk tepki TBB Başkanı Metin Feyzioğlu’ndan gelmiştir.⁴⁷ Feyzioğlu, “Türkiye Barolar Birliği’nin milli duruşu Türk milletince bilinmektedir. Türkiye Baroları Birliği’nin ismindeki ‘Türkiye’ kelimesi Türk milletinin kalbine kazınmıştır. Kimse silemez onu” diyerek, hükümetin girişimine, meslek örgütünün milli yapısına ve duruşuna vurgu yaparak karşı çıkar.⁴⁸ Bu gelişmele-

⁴⁵ “İstanbul Barosu Başkanlığı’na Mehmet Durakoğlu Seçildi”, Sputniknews, 23 Ekim 2016, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201610231025435114-istanbul-barosu-secim/> (20.02.2019).

⁴⁶ “Erdogan’dan TTB Açıklaması: ‘Türk’ İfadesinin Kaldırılması Lazım”, Sputniknews, 6 Şubat 2018, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201802061032127666-erdogan-ttb-turk/> (20 Şubat 2019).

⁴⁷ “Erdogan’dan TTB ve TBB’ye: Bunlar Ne Hukuku Ne de Tabipliği Kendi Saltanatı Altına Alamazlar”, Sputniknews, 8 Şubat 2018, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201802081032160201-erdogan-ttb-tbb-turk-ismi/> (20 Şubat 2019).

⁴⁸ “‘Türkiye’ İfadesi Kalkıyor...Barolar Birliğinden İlk Açıklama”, Hürriyet, 6 Şubat 2018, Erişim adresi: <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/turkiye-ifadesi-kalkiyor-barolar-birliginden-ilk-aciklama-40733345> (20.02.2019). Aynı tehditle karşılaşan TTB’den gelen açıklamada ise meslek örgütünün esas görevinin hekimlik değerlerini savunmak olduğuna vurgu yapılarak, örgütün ismine yönelik

ri protesto etmek amacıyla TBB'nin 24 Şubat 2018'de Ankara'da tüm baro başkanlarını çağırdığı olağanüstü toplantıda konuşan Mehmet Durakoğlu da bir kez daha avukatlık mesleğinin milli duruşunu vurgulamıştır. Baroların bu duruşunu bir vatan borcu olarak tanımlayan Durakoğlu, daha sonra 2018 seçim kampanyasının da sloganı olacak "Biz Avukatız" ibaresini merkeze aldığı konuşmasında, siyasi iradenin mesleklerine karışamayacağı, kendilerini hem mesleki olarak hem de Cumhuriyet ilkelerinin savunucuları olarak etkisizleştiremeyeceği mesajını vermiştir.⁴⁹

Bu "etkisizleştirme" çabalarına karşı Durakoğlu tüm kampanya sürecinde yargı bağımsızlığına karşı gerçekleşen saldırının avukatlık mesleğine karşı yürütülemeyeceğinin altını çizmiştir.⁵⁰ Burada vurgulanan sadece mesleğin bağımsızlığının ihlal edilemeyeceği de değildir. Yargının siyaseti dengeleyen ve kontrol eden bir mekanizma olarak artık devreden çıktığının kabulüyle, avukatlar toplumun adalete olan inancının, hukuktan olan beklentilerinin de yegâne üstlenicisi olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda avukatlar ve barolar siyasi iradenin baskılarına karşı çıkarak, sadece kendi mesleki çıkarlarını korumakla kalmaz; aynı zamanda bu direnişle toplumsal muhalefetin de en etkili odağı olarak görülürler.⁵¹ Nitekim Durakoğlu konuşmalarında birçok kez İstanbul Barosu'nun da artık bir meslek örgütü olmaktan öte, toplumun "hukuk umudunun kiblesi" haline geldiğini ifade etmiştir. Bir diğer deyişle, toplumun hukuktan ve adaletten beklentileri artık doğrudan İstanbul Barosu'na yüklenmiştir. Böyle bir ortamda Baro da bu şekilde yürütülecek bir siyaseti yapma zorunluluğunu ve sorumluluğunu taşımaktadır: zorunludur zira iktidar hukuku giderek siyasete bağımlı kılmıştır ve bu ortamda siyaset yapmadan hukuk konuşmak artık mümkün değildir; sorumludur zira toplum yüzünü İstanbul Barosu'na dönmüştür. Nitekim Durakoğlu İstanbul Barosu'nun "pamuklara sarılması gerektiğini" söylerken esasen üstlendikleri bu tarihi misyona dikkat çekmektedir.⁵²

çabaların faydasız olduğu belirtilir.

⁴⁹ Kalem ve Elveriş, 2018, s.175; Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu İstanbul Barosu Başkanı Avukat Mehmet Durakoğlu Ankara Konuşması, (t.y.), Erişim adresi: <https://www.onceilkeceg.org/istanbul-barosu-baskani-avukat-mehmet-durakoglu-ankara-konusmasi/> (20.02.2019).

⁵⁰ Kalem ve Elveriş, 2018, s.175.

⁵¹ Kalem ve Elveriş, 2018.

⁵² Sosyal Hukuk, 11 Eylül 2018, Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/09/12/>

Rejim Savunuculuğu

Görüldüğü üzere, İstanbul Barosu kurulduğu günden itibaren salt mesleğin çıkarlarını korumak ve mesleği geliştirmek üzere örgütlenmiş bir yapı olmaktan ziyade toplumsal ve siyasi meselelere yakın duran, bu gelişmelere sıklıkla müdahale edebilen ve hatta bu müdahalelerin türü, amacı ve sıklığı üzerinden kendi içinde politik bölünmelere giden bir örgüt görüntüsü çizmektedir. 1970'li yıllara kadar gerek mesleki konularda gerek siyasi meselelere müdahale anlamında görece homojen bir yapı sergileyen örgütün, bu dönemden itibaren kamusal tartışmalara giderek daha fazla katıldığı ve bu katılımın küresel gelişmelere de paralel şekilde giderek artan siyasi ve ideolojik ayrışmalar üzerinden gerçekleştiği gözlenmektedir.⁵³ Nitekim Baro'nun içindeki gruplaşmalar da her dönemin kendine özgü küresel ve yerel siyasi gelişmelerine paralel şekillenmiştir. Ancak rejim savunuculuğu rolü, bu çeşitlenme içerisinde Baro'nun kimliğini ve siyasi aidiyetini tanımlayan esas rol olmaya devam etmiştir. Örneğin, Soğuk Savaş döneminde her türlü siyaseti belirleyen komünizm karşıtlığı, Baro içinde de yönetime hâkim olan sol ideolojik ağırlığın kırılmaya çalışılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu karşı çıkışı şekillendiren temel muhalif söylem ise yine rejim savunuculuğudur. Nitekim 1983 seçimlerinde galip gelen BAG'ın başarısı, avukatların toplumsal rollerini daha dar anlamda -sadece devleti ve Kemalist rejimi korumak anlamında- yorumlama ihtiyaçlarının göstergesi olarak yorumlanmıştır.⁵⁴ 1990'lar Türkiye'sinde ise siyasal İslam'ın yükselişine karşı verilen mücadele Baro içi ittifakları da şekillendirmiştir. Üstelik bu durum, sadece örgüt içinde siyasal İslam sempatzanı grupların ortaya çıkmasında değil; Baroyu yöneten ÇAG'ın içinde de siyasal İslam tehdidi karşısında yeterince tavır alınmadığına yönelik eleştirilerde ve hatta tam da bu nedenle grubun bölünmesinde de gözlenmiştir. Bir kez daha, Baro'nun Cumhuriyet'in temel ilkelerine ve rejime yönelik tehditler karşısındaki tutumu, örgüt içinde temel tartışma eksenini olarak karşımıza çıkmıştır. Nitekim 2002 yılında Öİ-ÇAG'ın kurulmasıyla Baro içi ittifaklarda yaşanan en büyük kırılma

sosyal-hukuk-18-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-1-mehmet-durakoglu-ile-soylesi/ (20.02.2019).

⁵³ Öngün ve Hassan, 2013.

⁵⁴ Silverman, 2017.

da yine aynı tartışmanın sonucudur. Yukarıda da bahsedildiği gibi, ÇAG'ın içinden doğan Önce İlke grubunun çıkış noktasını, Cumhuriyet rejimine ve Atatürk ilke ve inkılaplarına, özellikle de yükselen siyasal İslam tehdidi karşısında, daha fazla sahip çıkma sorumluluğu oluşturmuştur.

Son dönemde ise Türkiye siyasetinin son 17 yılını tek başına iktidarda kalarak şekillendiren AKP hükümeti ile İstanbul Barosu arasındaki ilişkinin özellikle de 2007 sonrası giderek gerginleştiği görülmektedir. 2002 yılında tek başına iktidara gelen AKP ile Baro arasında ilk yıllarda ciddi bir uyuşmazlık yaşanmamıştır. Bunun en önemli nedeni, siyasi iktidarın ilk döneminde AB süreci ile de bağlantılı olarak gerek yasalarda gerekse adalet teşkilatında gerçekleştirdiği ve Türkiye hukuk tarihinin ikinci yargı reformu olarak anılan kapsamlı değişikliklerdir. Bu dönemde avukatlık mesleğine yönelik de önemli yasama faaliyetleri gerçekleşmiş ve 1969 tarihli Avukatlık Kanunu'nda özellikle de 2001, 2004 ve 2008 yıllarında ciddi değişiklikler yapılmıştır.⁵⁵ Ancak 2007 yılında meşhur 367 kararının yarattığı siyasi krizin etrafında gelişen toplumsal huzursuzluk -Cumhuriyet mitingleri-, askeri tedirginlikler -27 Nisan e-muhtırası- ve yargısal ikilemler -AKP'ye karşı açılan kapatma davası- sonucunda ilk dönemdeki olumlu siyasi atmosfer bir daha geri gelmemek üzere zedelenmiştir.

Bu tarihten itibaren Öİ-ÇAG yönetimindeki İstanbul Barosu'nun giderek daha görünür kıldığı siyasi kimliğinin de artan bir şekilde laiklik ve milliyetçilik merkezli rejim savunuculuğu rolü üzerinden ta-

⁵⁵ 2001 yılında avukatlığın yargının kurucu unsurlarından biri olarak tanımlanması ve sadece yargı organlarının değil "emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar"ın da avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olması konusunda sorumlu tutulması, mesleğin hukuk alanındaki yerini güçlendirici değişikliklerdir. Aynı tarihte, "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak" fillerini TBB'nin asıl görevleri arasına ekleyen düzenleme de bir yandan mesleğin ilkelerinin yeniden tanımlanması anlamına gelirken diğer yandan baroların siyasal gelişmelere ne kadar müdahale edebileceği sorusunu da yeniden düşünmeyi gerekli kılmaktadır. 2004 yılında getirilen "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" ile 2008 yılındaki değişiklikler ile "esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri için" getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu da gene avukatı güçlendiren, mesleğin faaliyet alanını genişleten düzenlemeler olarak düşünülebilir.

nımlandığı ve Baronun bu misyonla kendisini mevcut siyasi iktidar karşısında en önemli muhalefet odaklarından biri olarak kurduğu gözlenmektedir. Özellikle de 2010'da başkan olan Ümit Kocasakal dönemi ve sonrasında, Baro'nun siyaseti açık bir şekilde kucakladığı ve siyasi iradenin hem avukatlığa ve yargıya hem de genel olarak topluma ve rejime karşı hamlelerine cevaben yürütülecek bir siyaseti kendisine görev addettiği görülmektedir. Nitekim 2016 Genel Kurulu'nda görevi devretmeden önce yaptığı konuşmasında "kamuoyu önünde verdiği hukuk mücadelesiyle İstanbul Barosu'nun sadece meslektaşları ilgilendirmekten çıktığını, tüm toplumu yakından ilgilendirir hale geldiğini" ifade eden Kocasakal, Baro'nun artık "kamuoyuna mal olduğunu, umudun ve direnişin temeli haline geldiğini" öne sürmüştür.⁵⁶ Hatta en son 2018 seçimlerinde Öİ-ÇAG yönetiminin İstanbul Barosu'nu "umudun mabedi" olarak tanımlamasından da anlaşıldığı üzere, böyle bir siyasetin ancak bu örgüt tarafından yürütülebileceğine inanılmaktadır.

Şu noktada, İstanbul Barosu'nun burada kısaca özetlenen siyasi tarihi, rejim savunuculuğunu mesleğin kurucu ideolojik duruşu olmaktan öte, örgütün siyaset ile ilişkilenesinde kilit rol oynayan, farklı zamanlarda farklı mücadeleler için araçsallaştırılabilen stratejik bir kimlik olarak da ele almamızı gerekli kılar. Esasen avukatlık mesleği ile siyasi erk arasındaki orjinal yakınlık erken Cumhuriyet döneminin dayanışmacı korporatist politikaları çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu çerçevede, ulusun çıkarlarının kişisel ya da grup çıkarlarının üstünde tutulduğu bir siyasi felsefe bağlamında sınıf çatışmasının yerine mesleki dayanışmayı koymayı hedefleyen yeni Cumhuriyet, topyekûn modernleşmenin önemli taşıyıcıları olarak gördüğü profesyonel meslekleri de gerek teknik anlamda gerekse ideolojik olarak mobilize etmiştir.⁵⁷ Ancak, avukatlığın İstanbul Barosu üzerinden çok daha erken

⁵⁶ "İstanbul Barosu Olağan Genel Kurul Toplantısı Yapıldı", 25 Ekim 2016, Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=11816> (20.02.2019).

⁵⁷ Bahadır Eser ve Hasan Yüksel, "Korporatizm, Faşizm ve Solidarizm Kavramları Ekseninde Erken Dönem Cumhuriyet Siyaseti Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Yönetim, İktisat ve İşletme Dergisi*, 2012, C.8, S. 16, s.181-200; Nilüfer Göle, *Mühendisler ve İdeoloji: Öncü Devrimcilerden Yenilikçi Seçkinlere*, Metis Yayınları, İstanbul, 1998; Köse ve Öncü, 2000). Örneğin Türkiye'nin modernleşme projesi bağlamında, avukatlar gibi mühendislerin de sadece rasyonelleşmenin araçları olarak değil, ideolojik olarak da etkili bir rol üstlendikleri görülmüştür. Göle,

bir örgütlenme tarihinin olması, Cumhuriyetin ilk icraatlarından biri olarak bir hukuk fakültesinin açılması ve devrimin de temelde hukuk reformu üzerinde yükselmesi, avukatlık ile devlet arasındaki ilişkiyi salt erken dönemi tanımlayan bir ideolojik araçsallaştırma üzerinden anlamayı da zorlaştırmaktadır. Öyle ki meslek kuruluşlarının çoğunun devlet ile ilişkisini belirleyen sol-devrimci ruhun Baro yönetiminde de öne çıktığı 1970'li yılların dışında, avukatlık mesleğinin en eski ve en güçlü örgütlenmesi görünürde ağırlıklı olarak Kemalist bir kimlik ortaya koymuş ve bu kimlik üzerinden siyasete müdahalelerini meşrulaştırmıştır.⁵⁸

Bu bağlamda örgüt içinde solun yükseldiği zamanlarda Kemalist çizgiye geri dönme talepleri kadar, siyasal İslam'ın yükselişi karşısında laiklik savunusu yapmak da Baro'nun kendi tarihselliği içinde anlamlı duruşlardır. İstanbul Barosu bu anlamda rejimi savunma misyonu üzerinden kendini iktidarın güçlü aktörleri arasında görebilmiş ve hatta siyaset alanında bu şekilde sesini duyurmuştur. Kendi içindeki farklı yönetim anlayışlarına karşı da her zaman sığınılabilir, meşrulaştırılabilen, güçlü bir referans olan bu stratejik kimlik zaman zaman mesleki konuların hükümet ile pazarlığında da Baro'nun yaklaşımını tanımlamıştır. Örneğin arabuluculuğa ilişkin düzenleme henüz tasarı aşamasındayken avukatlar tarafından Cumhuriyet rejimine ve laik hukuka vurulan bir darbe olarak değerlendirilmiş ve özellikle de hukuk fakültesi mezunu olmayanların da arabulucu olmasına izin veren maddelerine geleneksel uyuşmazlık çözümlerinin resmi hukukun içine sızacağı iddialarıyla şiddetle karşı çıkmıştır.⁵⁹

Öte yandan, son yıllarda ve özellikle de İstanbul Barosu'nun son seçim kampanyalarında, mesleğin toplumsal sorumluluklarına, toplumun dayanağı olmasına yapılan vurgunun da giderek arttığı göze

Türkiye gibi Batı dışı toplumların gelişme saplantısının mühendislere Batı toplumlarında görülmeyen türde bir değişim misyonu yüklediğini, bu nedenle de bu toplumlarda mühendislerin toplumsal gelişmeyi tasarlama arzularının baskın çıktığını ileri sürmüştür (1998, s. 12-13).

⁵⁸ Şu noktada, İstanbul Barosu içinde ilk bölünen grup olan ÇAG'ın ortaya çıkışında ve özellikle de yönetimdeki ilk dönemlerinde, zamanın da ruhuna paralel şekilde, sol ideolojik zeminde devrimci avukatlık yapıldığını ve hatta hak temelli savunuculuğun öne çıkarıldığını teslim etmek gerekir. Bu çalışmanın devamı niteliğinde olacak kapsamlı araştırmada ÇAG'ın tarihi üzerinde detaylı durulacaktır.

⁵⁹ Kalem Berk, 2015.

çarpar. Kendini tarihsel olarak devlet ve resmi ideoloji ekseninde konumlandırmış bir mesleğin ve örgütün, söylemlerinde giderek artan bir şekilde toplum ile arasındaki ilişkiye vurgu yapması da üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir değişimdir. Ancak bu söylemlerde öne çıkarılan avukatlığın bir kamu hizmeti olmasından ötürü üstlendiği toplumsal rol değildir. Bir diğer deyişle, İstanbul Barosu yönetimleri mesleğin topluma karşı olan sorumluluğunu da sundukları kamu hizmetinin niteliği ya da erişilebilirliği gibi meseleler üzerinden değil, yine mesleğin tarihsel olarak üstlendiği ideolojik misyona referansla anlatırlar.⁶⁰ Esasen belki de yakın dönemde İstanbul Barosu'nun görünür bir biçimde kendini toplumdan yana konumlandırma çabası, devleti yöneten iktidardan ve ideolojisinden giderek uzaklaşmış olması ile açıklanabilir. Yargının, bürokrasinin, idarenin ve hatta ordunun belli bir siyasi gücün egemenliğinde olduğu bir konjonktürde belki de rejimi devlet üzerinden savunmanın da fazla bir anlamı kalmamıştır. Bu bağlamda, rejim savunuculuğu halen stratejik bir kimlik olarak işlevselliğini korur; ancak bu sefer Baro bu rolü devletin değil toplumun koruyuculuğu, kurtarıcılığı üzerinden üstlenmiş görünmektedir. Daha doğrusu, İstanbul Barosu bu sefer rejim savunuculuğunu toplumun kendisinden beklediği ve hatta başka kimseden artık talep edemeyeceği bir görev olarak addeder.

Her şekilde, toplumsal, siyasi ve hukuk alanları arasındaki sınırların avukatlık mesleği ve örgütlenmesi içinde nasıl tartışıldığı, bu sınırların hangi mücadeleler üzerinden şekillendiği ve bu mücadelelerin mesleğin kimliğine dair neler ortaya koyduğu ampirik bir soru olma-

⁶⁰ Nitekim adli yardım ve pro bono gibi esasen mesleki çıkarlardan ziyade kamu yararını gözeten uygulamalarda, İstanbul Barosunun şimdiye kadar toplum eksenli bir tavır sergilediğini söylemek de güçtür. Bkz. İdil Elveriş, *Adalet Erişimde Yeni Bir Yol: Pro Bono, Mesleki Sorumluluk Olarak Ücretsiz Hukuki Hizmet*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2015. Örneğin, ceza davalarında adli yardım 1992 yılında özellikle de işkence ve kötü muamele iddialarına yanıt olarak getirilmiş siyasi bir hamledir ve meslek örgütleriyle hükümet arasındaki konuya ilişkin tartışmalarda ağırlıklı olarak avukatların adli yardım sistemiyle ilgili sıkıntıları öne çıkar. İdil Elveriş, Galma Jahic ve Seda Kalem, *Mahkemede Tek Başına: İstanbul Mahkemelerinde Müdafiliğin Erişilebilirliği ve Etkisi/ Alone in the Courtroom: Accessibility and Impact of Criminal Legal Aid in Istanbul Courts*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007. Benzer şekilde pro bono avukatlık hizmeti ücretsiz bir hizmet olmasından ötürü İstanbul Barosu tarafından uzun zaman haksız rekabet yarattığı iddiasıyla eleştirilir.

ya devam eder.⁶¹ Siyasetin alanının giderek daraltıldığı bir bağlamda kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin siyasete dâhil olma biçimleri ve bu müdahalelerin toplumsal izdüşümleri, siyasi olana dair de yeni sorular sormayı gerektirecektir.

Kaynakça

- Akkaya Yüksel, “Çıkar Grupları ve Korporatist Temsil: TMMOB Örneği”, Politeknik, 23 Mayıs 2008, Erişim adresi: <http://politeknik.org.tr/ckar-gruplar-ve-korporatist-temsiltmmob-oernei-yueksel-akkaya/>
- Anagnostou Dia, “From Belfast to Diyarbakir and Grozny via Strasbourg: Transnational Legal Mobilisation Against State Violations in Contexts of Armed Conflict”, Anagnostou Dia (Der.), Rights and Courts in Pursuit of Social Change: Legal Mobilisation in the Multi-level European System içinde, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 157-180.
- Atalay Can, “İstanbul Barosu’nda Neler Oluyor?”, Bianet, 15 Kasım 2010, Erişim adresi: <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/126095-istanbul-barosu-nda-neler-oluyor> (20.02.2019).
- Atatürk’ün 5 Kasım 1925’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin (Ankara Hukuk Mektebi) Açılışında Yaptığı Konuşma Metni, Erişim adresi: <http://www.law.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/238/2013/07/Ataturkunkonusmasi.pdf>
- “Avukat Kerestecioğlu İstanbul Baro Başkanlığı’na Adaylığını Açıkladı”, Haberler.com, 13 Eylül 2012, Erişim adresi: <https://www.haberler.com/avukat-kerestecioglu-istanbul-baro-baskanligi-na-3935018-haberi/> (20.02.2019).
- “Baroda Seçim: İstanbul Barosu için 2 Başkan Adayı Çekişecek”, Milliyet, 15 Aralık 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- “Baro seçimini ‘Çağdaş Avukatlar’ grubu kazandı”, Milliyet, 19 Aralık 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- “Baro’da Çağdaş Avukatlar Kazandı”, Milliyet, 16 Ekim 1996, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- “Baro’da Türban Tartışması”, Milliyet, 24 Ekim 1998, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- “Barolarda Sandık Başı”, Milliyet, 19 Ekim 1994, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- Belge Ceren, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law & Society Review*, 2006, C.40, S.3, s. 653-692.

⁶¹ Kalem ve Elveriş, 2018.

- Elveriş İdil, Adalete Erişimde Yeni Bir Yol: Pro Bono, Mesleki Sorumluluk Olarak Ücretsiz Hukuki Hizmet, TESEV Yayınları, İstanbul, 2015.
- Elveriş İdil, Barolar ve Siyaset, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014
- Elveriş İdil, Galma Jahic ve Seda Kalem, Mahkemede Tek Başına: İstanbul Mahkemelerinde Müdafiliğin Erişilebilirliği ve Etkisi/ Alone in the Courtroom: Accessibility and Impact of Criminal Legal Aid in Istanbul Courts, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007
- “Erdoğan’dan TTB Açıklaması: ‘Türk’ İfadesinin Kaldırılması Lazım”, Sputniknews, 6 Şubat 2018, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201802061032127666-erdogan-ttb-turk/> (20 Şubat 2019).
- “Erdoğan’dan TTB ve TBB’ye: Bunlar Ne Hukuku Ne de Tabiliği Kendi Saltanatı Altına Alamazlar”, Sputniknews, 8 Şubat 2018, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201802081032160201-erdogan-ttb-tbb-turk-ismi/> (20 Şubat 2019).
- Eser Bahadır ve Hasan Yüksel, “Korporatizm, Faşizm ve Solidarizm Kavramları Ekseninde Erken Dönem Cumhuriyet Siyasası Üzerine Bir İnceleme”, *Uluslararası Yönetim, İktisat ve İşletme Dergisi*, 2012, C.8, S. 16, s.181-200
- Göle Nilüfer, Mühendisler ve İdeoloji: Öncü Devrimcilerden Yenilikçi Seçkinlere, Metis Yayınları, İstanbul, 1998.
- Günün Konuğu, 2 Ekim 2018, Erişim adresi: <https://www.onceilkecag.org/av-mehmet-durakoglu-gunun-konugu-programi-02-10-2018/> (20.02.2019).
- İnanıcı Haluk, 21. Yüzyılda Avukatlık ve Baro, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 177.
- İnanıcı Haluk, “Türkiye’de Avukatlık İdeolojisi”, *Toplum ve Bilim*, 2001, S. 87, s. 135-163.
- “İstanbul Barosu Olağan Genel Kurul Toplantısı Yapıldı”, 25 Ekim 2016, Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=11816> (20.02.2019).
- “İstanbul Barosu Başkanlığı’na Mehmet Durakoğlu Seçildi”, Sputniknews, 23 Ekim 2016, Erişim adresi: <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201610231025435114-istanbul-barosu-secim/> (20.02.2019).
- “İstanbul Barosu Kongresinde İki Grup Yarışacak”, *Milliyet*, 16 Kasım 1976, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).
- Kalem Seda ve İdil Elveriş, “Siyaset Yapmak ya da Yapmamak: 2018 İstanbul Barosu Seçimlerine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S.4, s. 163-208.
- Kalem Berk Seda, “Arabuluculuk Tartışmaları Üzerinden Türkiye’de Hukuk Mesleğine Bourdieücü Bir Bakış”, *Toplum ve Bilim*, 2015, S.132, s. 222-231
- Karabulut Umut, “Muhâmât Kanunu: Türkiye’de Avukatlık Kurumunun Düzenlenmesi ve İstanbul Barosu’nda Yaşanan Tasfiyeler”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi XIII*, 2013, S 27, s. 79-104
- Karakaş Burcu, “İstanbul Barosu’nda Seçim Yarışı”, *Milliyet*, 7 Ekim 2012, Erişim adresi: <http://www.milliyet.com.tr/istanbul-barosu-nda-secim-yarisi-gundem-1607955/> (20.02.2019)

- Kırkeser Serpil, "İstanbul Baro Başkanı Ümit Kocasakal: Başımı da Kesseler Susmayacağım", *Radikal*, 7 Ocak 2014, Erişim adresi: <http://www.radikal.com.tr/turkiye/istanbul-baro-baskani-umit-kocasakal-basimi-da-kesseler-susmayacagim-1169702/> (20.02.2019).
- "Kocasakal: Yüksek Siyaseti Yapmaya Devam Edeceğiz", *Cumhuriyet*, 13 Ekim 2012, Erişim adresi: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/376324/Kocasakal__Yuksek_siyaseti_yapmaya_devam_edecemiz.html (20.02.2019).
- Köse Ahmet H. ve Ahmet Öncü, *Kapitalizm, İnsanlık ve Mühendislik: Türkiye'de Mühendisler Mimarlar*, TMMOB, Ankara, 2000.
- Kurban Dilek, "To Europe and Back: The Three Decades of Kurdish Struggle in Turkey", Aydın-Düzgüt Senem. vd. (Der.), *Global Turkey in Europe: Political, Economic, and Foreign Policy Dimensions of Turkey's Evolving Relationship with the EU içinde* (Stiftung Mercator, Istanbul Policy Center (IPC), Istituto Affari Internazionali (IAI), 2013, s. 175-186.
- Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu İstanbul Barosu Başkanı Avukat Mehmet Durakoğlu Ankara Konuşması, (t.y.), Erişim adresi: <https://www.onceilkceag.org/istanbul-barosu-baskani-avukat-mehmet-durakoglu-ankara-konusmasi/> (20.02.2019).
- Öngün Emre ve Manar Hassan, "How Political Dynamics Work in Professional Organizations: The Radical Left and the Istanbul Bar Association", Massicard Élise ve Nicole F. Watts (Der.), *Negotiating Political Power in Turkey: Breaking Up the Party içinde*, Routledge, NY, 2013, s. 140-156.
- Özman Aylin, "Hukuk, Siyaset, İdeoloji Ekseninde Hukukçu Kimliğinin Yeniden Tanımlanması: Erken Cumhuriyet Dönemi Üzerine Bir İnceleme", *Toplum ve Bilim*, 2000/2001, S. 87, s. 164-176.
- Özman Aylin, "The State and Bar Associations in Turkey: A Study in Interest-Group Politics", Yayınlanmamış doktora tezi, Bilkent Üniversitesi, 1995, s. 140.
- Öztürk Osman, 'Devlet Tabip Odası', *Radikal*, 7 Haziran 2001, Erişim adresi: <http://www.radikal.com.tr/yorum/devlet-tabip-odasi-599667/> (20.02.2019);
- Özvarış Hazal, "İstanbul Barosunda Militarizm ve İrkçılığa Varan İfadeler Kullanılıyor.." , t24, 1 Ekim 2012, Erişim adresi: <http://t24.com.tr/haber/istanbul-barosunda-militarizm-ve-irkciliga-varan-ifadeler-kullaniliyor,214210> (20.02.2019).
- Silverman Reuben, "Who's Left: Filiz Kerestecioğlu and the Struggle for Rights in Turkey", [Blog yazısı], 2017, Erişim adresi: https://reubensilverman.wordpress.com/2017/02/22/whos-left-filiz-kerestecioglu-and-the-struggle-for-rights-in-turkey/#_ednref48 (20.02.2019).
- Sosyal Hukuk, 11 Eylül 2018, Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/09/12/sosyal-hukuk-18-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-1-mehmet-durakoglu-ile-soylesi/> (20.02.2019).
- Taşçı Selcan, "Brütüs Değil Spartaküs!", *Hukukihaber*, 20 Ekim 2010, Erişim adre-

si: <https://www.hukukihaber.net/gundem/brutus-degil-spartakus-h7654.html> (20.02.2019).

Toprak Musa, Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, TBB Yayınları, Ankara, 2014, s. 179-180.

“ ‘Türkiye’ İfadesi Kalkıyor...Barolar Birliğinden İlk Açıklama”, Hürriyet, 6 Şubat 2018, Erişim adresi: <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/turkiye-ifadesi-kalkiyor-barolar-birliginden-ilk-aciklama-40733345> (20.02.2019).

Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Cezaevleri Dosyası, Ankara, Ocak 2001.

“Ümit Kocasakal İstanbul Barosu Başkanlığına yeniden seçildi”, 20 Ekim 2014, Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=9699>.

“Yeni Baro Başkanı: ‘Hiçbir Politik Gruba Hizmet Etmeyeceğiz’”, Milliyet, 27 Aralık 1983, Erişim adresi: <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/> (20.02.2019).