

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

Yayıncıdan 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

Mehmet Türker Karapınar

Türkiye Barolar Birliği Dergisi Haber Müdürü

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu

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 Özekes

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 Özak 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 : 18. 03. 2021

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmaları düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "**çeviriler**" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının ön düzeltmeden sonra kabul edildiği ve hangi sayının yayın listesine alındığının yazara bildirildiği tarihi ifade eder.

Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmmez.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yazin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece baş harfleri büyük ve soyadı ve adın sonunda sadece virgül olmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme, mahkeme vs. isimlere ek getirilirken diğer özel isimlerde olduğu gibi kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin, İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,

5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, HUMK'un
6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/Erdem/Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgular sunularında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

1 Fahri Gökçen TANER

Kırılgan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi / Acquisition of the Statement of Vulnerable Witness According to the Article 236 of Criminal Procedure Code and Balancing the Right to Defense Against Special Procedures Applied

39 Ali Tanju SARIGÜL

Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi / Limits of Sufferance Obligation of the Suspect and Accused in the Criminal Proceedings –The Nemo Tenetur Seipsum Accusare Principle

65 Öznur SEVDİREN

Yargıtay Kararları Işığında Suçüstü Halinde Şüphelinin Yakalanmasını Sağlamak Amacıyla Silah Kullanma Yetkisi (Pvsk M. 16/7) / The Power to the Use of Firearms for the Purpose of Arresting a Suspect in Case of Flagrant Offence in the Light of Court of Cassation Judgments (Art. 16/7 of the Police Law)

107 Hakan KAŞKA

(Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme / (In Terms of What is and Should Be) Simple Procedure in Turkish Criminal Procedure Law

169 Güneş OKUYUCU ERGÜN

Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi / Confiscation of Goods Prepared to Be Used in a Crime

187 Buket DENİZ

İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı / Service Defect Causing Liability of Administration and Service Defect-Personal Defect Difference

235 Bahattin ARAS

Kamu Görevlilerinin Özel Hayatlarına İlişkin Hususların Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi / the Matters Related to Private Lives of Public Officials As a Subject of Disciplinary Investigations

269 Gülden ŞİŞMAN

Sahte Belgedeki Şekil Şartına Aykırılığın Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi / The Effect of Separation on the Form Requirement in the Fake Document on Tax Evasion Crime

297 Barış DEMİRSATAN

Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Hükümsüz Evlilik Sözleşmelerinin Boşanmanın Eşler Arasındaki Mali Sonuçlarına Etkisi / Effects of Null and Void Prenuptial Agreements on Pecuniary Consequences of the Divorce Between Espouses in Light of Comparative Law

335 Ahmet Fatih ÖZKAN

Ticaret Hukuku Perspektifinden Avukatlık Şirketleri / Attorney Partnerships From a Commercial Law Perspective

387 Enes ALİŞ

Gemi Adamlarının Gemi Alacaklısı Hakkı / Maritime Lien for Seafarer

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

İçinden geçtiğimiz süreçte kurucu unsuru olduğumuz yargının sorunlarını çözmeye, çözüm önerilerimizi sunmaya ve bunların hayata geçirilmesini sağlamaya kararlılıkla devam ediyoruz. Yapılanlar ve taahhüt edilenler hem vatandaşlarımızın hem vatandaşı savunmakla görevli biz avukatların yararına. "Hukuk devleti" ideali için çalışıyoruz. İleriye götürmekte kararlıyız.

Bildiğiniz gibi Türkiye Barolar Birliği'nin de büyük katkı verdiği İnsan Hakları Eylem Planı Sayın Cumhurbaşkanı tarafından kamuoyuna açıklandı. 2 yıllık süreçte planın şekillenmesinde çok büyük katkımız oldu. Bu çerçevede meslektaşlarımızdan da yargıda karşılaştıkları sorunları ve çözüm önerilerini e-posta yoluyla bildirmelerini istedik. Gelen binin üzerindeki e-postanın hepsini tek tek okudum, tasnifledim ve planın hazırlık aşamasında Sayın Adalet Bakanımıza sundum. İnsan Hakları Eylem Planı açıklandığında, pek çoğu meslektaşlarımızın hazırlığına dayanan çözüm önerilerinin söz konusu plan-da yer aldığını görmek hepimizi mutlu etti.

Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına uymayan, ihmal gösteren, gerekçe yazmayan, keyfi karar veren, insan haklarına duyarsızlık gösteren hakimlerin kararları sadece bozulmakla yetinilmeyecek aynı zamanda Yargıtay tarafından tayin ve terfiden sorumlu olan HSK'ya da bildirilecek. Bunu sonuca ulaştırıcı, önemli bir düzenleme olarak görüyorum. Takip edeceğiz.

Reformların başarılı olması için zihniyet değişikliğini de yaratabilmemiz gerekiyor. Öğretim tek başına yetmiyor. Uygulamacının eğitimi çok önemli.

Vicdanlı insan olmanın eğitimle ilgili olduğunu düşünüyorum. Aynı şekilde görev bilincine sahip olmak da eğitimin alanına giriyor. Kuşkusuz tecrübe çok önemli. İlk derecede maalesef ki kıdem, ortalama 2.5 yıl. Bu bir sorun ve çözmek zorundayız. Hakim savcı yardımcılığı üzerinde özellikle bu açıdan durulmalı.

Süreçte hukuk fakültelerine girişte barajın yükselmesini ve mezuniyet sonrasında da hukuk mesleklerine girişte sınavın gelmesini sağladık. Hedefimiz bir yandan mesleğimizin kalitesini korumak diğer yandan da artan sayılara rağmen meslektaşlarımızın gelirinin de artmasını sağlamak. Hukuk fakültelerine girişte aranan başarı eşiğinin önce ilk 190 bin, sonra ilk 125 bin ve şimdi de ilk 100 bin olmasını destekledik. Böylece, hocası ve yeterli alt yapısı olmayan hukuk fakültelerinin zaman içinde kapanmasını veya birleşmesini bekliyoruz.

İnsan Hakları Eylem Planı 9.5.c'ye göre hukuk fakülteleri 5 yıla çıkarılacaktır. 100 bin barajı süreç içinde daha da yükseltilecektir. Hukuk fakültelerinin kontenjanları daha nitelikli eğitim için sınırlı tutulacaktır. Adalet Meslek Yüksek Okulları sadece örgün eğitim verecektir.

CMK görevi angarya olmaktan çıkarılmalıdır. Bunun için mücadele ediyoruz. 2021 yılı için CMK ücret tarifesinde yüzde 20 artış sağladık. Bu, resmi enflasyon rakamlarının yaklaşık yüzde 10 üzerinde. Yetmez. Çünkü baz ücretler çok düşük. Şimdiki hedefimiz KDV'yi yüzde 18'den yüzde 1'e indirmek. Bir sonraki hedefimiz de CMK ücret tarifesini asgari ücret tarifesine eşitlemek. İnsan Hakları Eylem Planı 2.6.h'ye göre de zorunlu müdafii ücretleri artırılabilecektir.

Stajyer avukatların sorunlarını çözmeye kararlıyız. Hukuk fakültelerine girişte barajın yükseltilmesi ve hukuk mesleklerine giriş sınavının getirilmesinin sonucu olarak bugün 25 binlerde olan stajyer avukat sayısı birkaç sene içerisinde on bine hatta daha altına düşecek. Böylece stajyer avukatın emeğinin değeri hiç kuşkusuz artacak. Staj-

yer avukata stajı süresince yanında staj yaptığı avukattan ücret alma ve sigortalı çalışma hakkı tanınmalıdır. Böylece angarya yasağını ihlal boyutlarına varmış bir büyük sorun kalıcı olarak çözülecektir. İnsan Hakları Eylem Planı 9.5 çerçevesinde, hukuk fakültesi öğrenim süresinin 5 yıla çıkması ve fakülte kontenjanlarının azalması da bu hedefe ulaşmamıza katkı sunacaktır.

Avukatlık asgari ücret tarifesini enflasyona yenik düşürmedik. 2020 ve 2021'de enflasyonun üzerinde yüzde 20'lik artışlar sağladık. Örneğin asliye ceza mahkemelerinde 2019'da 2.725 lira olan asgari ücret 2021'de 4.080 liraya ulaştı. Avukatlık hizmetlerinin önemli bir bölümünde KDV'yi yüzde 18'den yüzde 8'e düşürmeyi başardık. Şimdiki hedefimiz kalan kalemlerde de KDV'nin yüzde 8'e düşürülmesi olacaktır. İnsan Hakları Eylem Planı Hedef 2.6.g'ye göre yargıda sosyal devletin bir gereği olarak maddi durumu yetersiz olan kişilere verilen adli yardım hizmetleri için avukatlardan alınan vergi oranı yeniden düzenlenecektir.

Şiddet mağduru her kadına avukat güvencesi getirilmelidir. Tüm Türkiye'de şiddet mağduru bir kadın baroya müracaat ettiğinde baro tarafından kendisine maddi durum araştırması yapılmaksızın kendisine bir avukat tayin edilmesi sağlanmalıdır. Bunun için öncelikle adli yardım fonunun güçlendirilmesi gerekir. Ayrıca kadına yönelik şiddette adli yardım listelerinin altında alt kümeler oluşturulmalı. Bu alt kümelere yazılacak olan avukatların uzmanlık eğitimi alması sağlanmalıdır. TBB ve barolar bunu yapmaya hazırdır. Her türlü bilgi ve imkana sahibiz. İnsan Hakları Eylem Planı Hedef 2.6.e'ye göre adli yardım hizmeti sunan avukatlara ilişkin Türkiye Barolar Birliği tarafından performans kriterleri belirlenecektir. Hedef 6.3'e göre de boşanıla eşe karşı işlenen şiddet suçlarında da ceza artırımını olacaktır. Şiddet mağduru kadınların adli yardım hizmetinden yararlandırılma koşulları kolaylaştırılacaktır.

Hayvana eziyet edip, para cezasını ödeyip kurtulma devri artık sona ermelidir. Hayvan hakları yasa teklifini yakından takip ediyoruz. Eziyet söz konusu olduğunda sahipli-sahipsiz hayvan ayrımını reddediyoruz. Hayvan mal değil candır. Hayvanlara karşı işlenen suç-

ların şikâyete tabi olmaması gerekir. Gövdemizle taşın altına girmeye hazırız. Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların hayvana eziyetten, işkenceden, hayvanın öldürülmesinden dolayı açılan ceza davalarında otomatik olarak müdahilliğinin kabul edilmesini istiyoruz. Hayvan mal değil, candır. İnsan Hakları Eylem Planı 8.7.e'ye göre hayvanların korunması ve kendi doğası içinde barındırılması sağlanacak, yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere yaptırım uygulanacak, ayrıca hayvan sevgisi farkındalığının artması için sivil toplum kuruluşları ile ortak etkinlikler yapılacaktır.

İnsan Hakları Eylem Planı somut sorunları tespit edip çözümler öneren bir plan. Bu plan, Milletimize verilmiş bir taahhüt. Hayata geçmesi hepimizin menfaatine. Öyleyse hep birlikte takip edeceğiz.

Saygılarımla.

Av. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

**KIRILGAN MAĞDURUN BEYANININ CMK'NIN
236. MADDESİ UYARINCA ALINMASI VE
UYGULANAN ÖZEL USULLER KARŞISINDA
SAVUNMA HAKKININ DENGELENMESİ***
**ACQUISITION OF THE STATEMENT OF VULNERABLE WITNESS
ACCORDING TO THE ARTICLE 236 OF CRIMINAL PROCEDURE
CODE AND BALANCING THE RIGHT TO DEFENSE AGAINST
SPECIAL PROCEDURES APPLIED**

Fahri Gökçen TANER**

Özet: Bazı suçlarda, duruşmada beyanda bulunmak çeşitli mağdur ve tanık kategorileri için oldukça güçtür. Zira bu kişiler bireysel nedenlerle kırılığandır ve menfaatlerinin, sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin menfaatleri karşısında dengelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada kırılığın mağdur ve duruşmada beyanda bulunması konusuna odaklanılmaktadır. Çalışmada öncelikle, kırılığın tanık ve kırılığın mağdur kavramları üzerinde durularak, AİHS'nin 6/3-(d) maddesi bağlamında tanık kavramının, neden mağdur kavramını da bünyesine aldığı açıklanmıştır. Sonrasında AİHM'nin kırılığın tanık ve mağdur bağlamında adil yargılanma hakkı konusunda geliştirdiği içtihat aktarılmaktadır. Son olarak, başta adli görüşme odaları olmak üzere, CMK'nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la 17.10.2019 tarihinde eklenen fıkralarda yer alan dengeleyici tedbirler ele alınmış ve uygulamada doğabilecek sorunlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kırılığın Mağdur, Kırılığın Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkı, Adli Görüşme Odası

Abstract: For some crimes, making a statement at the hearing is very difficult for various categories of victims and witnesses. Because these people are vulnerable for individual reasons, and their personal interests must be balanced against the interests of the accused regarding the right to a fair trial. This study focuses on the vulnerable victim and the submission of such victim at the hearing. The study primarily dwell upon the concepts of vulnerable witness and vulnerable victim, and explains why the concept of the witness involves the concept of victim in the context of article 6/3-(d) of the

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, taner@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9182-2549, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.01.2021, Kabul Tarihi: 24.01.2021

ECHR. Then, the case-law developed by the ECtHR on the right to a fair trial in the context of the vulnerable witness and victim is examined. Finally, the counterbalancing measures added to the Article 236 of CPP with the Law No. 7188 on 17.10.2019 and especially the judicial interview rooms are emphasized and problems that may arise in practice are addressed.

Keywords: Vulnerable Victim, Vulnerable Witness, Right to a Fair Trial, Right of Defence, Forensic Interview Room

Giriş

Duruşmada beyanda bulunmak, özel durumları nedeniyle bazı mağdur kategorileri bakımından önemli psikolojik güçlükler doğurabilmektedir. Bunların başında *cinsel saldırı* ve özellikle *çocukların cinsel istismarı* suçlarının mağdurları gelmektedir.

Aslında benzer durum, tüm suçlar bakımından çocukların tanık olarak dinlenmesinde geçerlidir.¹ Çocuğun yaşının küçüklüğü ve kırılğanlığı dikkate alındığında, bu deneyim çocuk dostu ve daha az korkutucu olduğu takdirde, kuşkusuz ki adalet sistemi daha iyi işleyecektir. Böylelikle çocuğun beyanı daha güvenilir olacak ve bu, sonuçta maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlayacaktır.²

CMK'nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la 17.10.2019 tarihinde eklenen fıkralarla, kırılğan³ veya sanıkla yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen mağdurun beyanının özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınması uygulaması başlatılmıştır. Buna ek olarak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının nitelikli şekillerinden mağdur olanlar bakımından, alınan beyana savunmanın erişmesine birtakım kısıtlamalar getirilmiştir.

2012/29 numaralı "*Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına*" ilişkin A.B. Direktifi'nde ve 10.06.2020 tarihinde yayımlanan 63 sayılı Suç Mağdurlarının Destek-

¹ Bkz. Faruk Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyum Kitabı içinde, Ankara 2009, s. 384.

² Ashley Fansher-Rolando V. del Carmen, "Child as Witness, Evaluating State Statutes on the Court's Most Vulnerable Population", *The Children's Legal Rights Journal*, C. 36, S. 1, Y. 2016, s. 26.

³ "vulnerable" (İng.), "vulnérable" (Fr.).

lenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde de kırılğan mağdurlara ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada söz konusu düzenlemeler, adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınacaktır. 2000'li yıllardan itibaren AİHM içtihadı, özellikle çocuklara yönelik cinsel suçlar bağlamında yapılan artan sayıda başvuruya bağlı olarak, bu konuda önemli bir gelişme kaydetmiştir.⁴ Bu bağlamda CMK'nın değerlendirilmesine geçmeden önce; AİHM'nin tanık kavramına verdiği anlam, bunun iç hukukta mağdur ve katılan sıfatlarıyla ilişkisi, kırılğan tanık kavramı ve AİHM'nin kırılğan tanık ve dolayısıyla kırılğan mağdurun beyanının muhakemede delil olarak kullanılması hususunda belirlediği ilkeler üzerinde durmakta fayda vardır.

I. Kırılğan Tanık Kavramı, Kırılğan Mağdurla İlişkisi ve Konunun Sınırlanması

Tanığın ve mağdurun dinlenmek için duruşmaya getirilmesi konusundaki en önemli sorunlar, mağdurun korunmaya muhtaç olması halinde ortaya çıkmaktadır. AİHM içtihadında, tanığın korunmaya yönelik ihtiyacının iki ayrı nedenle söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, beyanda bulunması dolayısıyla vücut bütünlüğü veya yaşamı tehlikeye girmesi mümkün olan kişilerdir. Diğer kategori ise inceleme konumuz olan kırılğan tanıklardır (dolayısıyla kırılğan mağdurlar) ve burada korunması gereken menfaat, özel durumları nedeniyle söz konusu kişilerin sağlığıdır (esas olarak akıl sağlığı).⁵

Kırılğan tanık ve kırılğan mağdurun, beyanda bulunduğu takdirde özel olarak korunması gerektiği, modern ceza muhakemesinde genel olarak kabul görmektedir. 2012/29 numaralı "Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına" ilişkin A.B. Direktifi⁶, bu konuda önemli bir adımdır.

Esas olarak kırılğan tanık kavramının ortaya çıkmasının nedeni, bu tanık kategorisinin, kendisine karşı tarafça yönetilecek olan doğrudan

⁴ Stefano Maffei, *The Right to Confrontation in Europe Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, 2nd edition, Groningen 2012, s. 103.

⁵ Bkz. Murtazaliyeva/Rusya (B.D.), 18.12.2018, hâkim Bošnjak'ın karşı oyu § 57.

⁶ Avrupa Birliği'nin 2012/29 nolu Direktifi, §38. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en> (SGT: 27.03.2020)

soruları (Anglo-Amerikan sisteminde⁷ çapraz sorgu) cevaplamaşının; kişisel, psikolojik ve/veya duygusal gerekçelerle güç olmasıdır. Dolayısıyla konu kırılğanlık olduğunda, mağdur kavramıyla tanık kavramı arasında kuvvetli bir ilişki söz konusudur. Buna ek olarak özellikle çocukların, sorularla yönlendirilmesi yetişkinlere kıyasla daha kolaydır.⁸ Anglo-Amerikan örneğinde duruşmada beyanda bulunan çocuklarla yapılan mülakatlar; pek çok çocuğun, çapraz sorguyu kendileri için adaletsiz ve aşağılayıcı olarak nitelendirdiğini göstermiştir.⁹ Bunun temel nedeni, savunmanın tanığın güvenilirliğini sarsmaya yönelik sert ve bazen saldırgan tutumudur.¹⁰

Türkiye'de hâkimler, avukatlar, cinsel istismar mağduru olup adli görüşme odasını kullanan çocuklarla yapılan mülakatlarda adli görüşme odalarının faydasına işaret etmektedirler. Bu bağlamda görüşülen tüm sùjelerin büyük çoğunlukla fikir birliğine vardıkları konu; çocukların, duruşmaya çıkmaya kıyasla kendilerini adli görüşme odasında çok daha rahat hissettikleri ve daha rahat ifade ettikleridir.¹¹

Bu çalışmada yalnızca CMK'nın 236. maddesi uyarınca kırılğan mağdurun mahkemede beyanda bulunması ele alındığından, konu işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdur ile cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun nitelikli şekillerinin mağdurlarıyla sınırlanmıştır. AİHM içtihatlarında ortaya çıkan diğer kategori olan, yaşamı veya vücut bütünlüğünün tehlike altında olması nedeniyle duruşmaya çıkmak istemeyen mağdurun (veya tanığın) durumu,¹² bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

⁷ Amerika Birleşik Devletleri Federal delil kurallarında da çocuğun korkması, tanıklık yapmasının psikolojisine zarar verme ihtimali bulunması, çocuğun zihinsel veya diğer bir rahatsızlığının olması ve sanık avukatının çocuğun beyanda bulunmaya devam etmesini güçleştiren davranışlarda bulunması hallerinde, çocuğun video konferans veya kapalı devre televizyon sistemiyle beyanda bulunmasına imkân tanıyan özel kurallar yer almaktadır. Bkz. Fansher-Del Carmen, s. 27.

⁸ Bkz. Maffei, s. 60 ve 63.

⁹ Louise Ellison, "The Mosaic Art: Cross-Examination and the Vulnerable Witness", *Legal Studies*, C. 21, N. 3, Eylül 2001, s. 360.

¹⁰ Ellison, s. 360.

¹¹ Ayşe Dolunay Sarıca- Umut Haydar Coşkun, *Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri*, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2020, S. 8 (1), s. 12, 14, 16 ve 18.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*, Ankara 2009, s. 81. vd.

Aşağıda açıklanacağı üzere, AİHM'nin mağdurun beyanının alınmasıyla ilgili içtihadı, mağdur kavramının özerk olarak "tanık" kavramı çerçevesinde yorumlanmasından dolayı, AİHS'nin 6/3(d) bendi kapsamında gelişmiştir. Bu gelişimin ilk evresinde, sanığın savunma hakkının korunması ön plandaydı. Zamanla ise tanığın ve mağdurun menfaatlerinin dengelenmesine yönelik bir bakış açısı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle konuyu; kırılğan grup, AİHS'nin 6/3(d) bendinde geçen tanık kavramı ve mağdur kavramı arasındaki ilişki ortaya koyulmadan açıklamak mümkün değildir.

II. Türk Hukukunda Kırılğan Grup ve Mağdur Kavramları

Kırılğan grup, kanunlaşması uzun süre beklenen Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın tanımlar başlıklı ikinci maddesinde şu şekilde tanımlanmaktaydı:

*"Cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar."*¹³

Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın kanunlaşması beklenirken, konunun kanun yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi yoluna gidilmiş ve 10.06.2020 tarihinde 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanmıştır. Kararnamede kırılğan grup:

"Adli destek görevlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dâhil olan çocuklar" şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kararname'nin 2/1-d bendinde mağdur *"suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi"* olarak tanımlanmaktadır. Kararname'de yer alan düzenlemelere bakıldığında, kırılğan mağdurlara sunulacak hizmetlerin 6 ila 9. maddeler arasında düzenlendiği görülmektedir. 6. maddede, kasten öldürme ve bu suça teşebbüs, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama, çocuğun cinsel istismarı, nitelikli cinsel saldırı ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçlarından mağdur olanların korunması ve suç sonrası değişen yaşamlarında onlara destek olmayı amaçlayan birtakım tedbirler yer al-

¹³ http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdur_haklarikanuntasarisi.pdf (SGT: 15.04.2020)

maktadır. İnceleme konumuz, kırılğan mağdurun ceza muhakemesinde dinlenmesi ve bu sırada mağduru desteklemek amacıyla alınacak tedbirler olduğundan, bu kategori inceleme konumuzun dışındadır. Bu çalışmada esas inceleme konumuzu, kırılğan mağdurun tespitini ve dinlenmesini düzenleyen kırılğan gruplara sunulacak hizmetler başlıklı 7. madde¹⁴ oluşturmaktadır.

Hükmün ilk üç fıkrasında, mağdurlar bakımından bireysel değerlendirme yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu yaklaşım, Tasarı'da kabul edilenden daha doğru ve 2012/29 numaralı Direktif'te benimsenen

¹⁴ 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7. maddesi şu şekildedir:

- (1) Adli sisteme dahil olan çocuklar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan veya aile içi şiddet, terör ve insan ticareti suçlarından mağdur olanların başvurmaları halinde müdürlük bünyesinde çalışan adli destek görevlileri tarafından bu maddedeki hizmetlerin sunulması amacıyla bireysel değerlendirme yapılır.
- (2) Kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar başta olmak üzere, mağdurun kişisel özellikleri, suçun niteliği ve ağırlığı, suçun işlendiği şartlar dikkate alınarak suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği yapılacak ön değerlendirme ile anlaşılan mağdurlara yönelik olarak da birinci fıkra uyarınca değerlendirme yapılabilir.
- (3) Bireysel değerlendirme sonucunda kırılğan gruba girdiği tespit edilen mağdurlara adli destek görevlisi aracılığıyla sunulacak hizmetler şunlardır:
 - a) Mağdurun, Cumhuriyet savcısının veya hâkimin isteği üzerine, mağdurun dinlenilmesinden önce kaygı düzeyini düşürmek amacıyla içinde bulunduğu ortama, ilgili kişileri ve süreci açıklamak.
 - b) Mağdurun kendini rahat ifade edebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet savcısı veya hâkime bildirmek ve mağdur dinlenirken yanında bulunmak.
 - c) Cumhuriyet savcısı veya hâkimin isteği üzerine sosyal inceleme raporu hazırlamak.
 - ç) İfade ve beyan işlemlerinin adli görüşme odasında gerçekleştirilmesini Cumhuriyet savcısı veya hâkime önermek.
 - d) Tedavi veya rehabilitasyona ihtiyaç duyan mağdurları yönlendirmek.
 - e) Adli süreç boyunca etkin desteğe ihtiyaç duyduğu değerlendirilen mağdurlara yönelik hizmetlerde vaka yönetimi uygulamak.
- (4) Soruşturma veya kovuşturma sürecinin tamamlanmasından sonra destek ihtiyacı devam eden mağdurlar, ilgili kurumlara yönlendirilir.
- (5) Müdürlüğe başvuruda bulunan mağdurlardan korunma ihtiyacı olan çocuk, kadın, yaşlı ve engelliler, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının il müdürlüğüne veya sosyal hizmet merkezlerine bildirilir.
- (6) Haklarında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilemeyen mağdurlara yönelik olarak kolluk veya Cumhuriyet başsavcılığının bildirimini üzerine ya da resen mülki idare amiri tarafından gerekli tedbirler alınır.
- (7) Gerek görülmesi halinde bu maddedeki hizmetler, suçtan zarar görenlere de sağlanabilir.

yaklaşımına uygundur. 2012/29 numaralı Direktif'in özel korunma ihtiyaçlarını belirlemek amacıyla mağdurların bireysel değerlendirilmesi başlıklı 22. maddesinde, yapılacak bireysel değerlendirmede mağdurun kişilik özelliklerinin, işlenen suçun türünün ve yapısı ile suça özgü şartların dikkate alınacağı belirtilmektedir. Direktifin dibace kısmında, 56. paragrafta, ilk iki ölçüt hakkında bazı örnekler verilmiştir. Buna göre kişilik özellikleri bağlamında; yaş, cinsiyet, cinsiyet kimliği ve ifadesi, etnik köken, ırk, din, cinsel yönelim, sağlık, engelli olma durumu, ikamet durumu, iletişim güçlülükleri, mağdurun faille ilişkisi veya ona bağımlılığı ve daha önce karıştığı suçların dikkate alınabileceği vurgulanmıştır. Suç türünün ve yapısı bağlamında ise suçun nefret suçu, önyargı suçu¹⁵ veya ayrımcı bir saikle işlenen bir suç veya cinsel şiddet, yakın ilişkide uygulanan şiddet temelli olup olmadığı; failin mağdur üzerinde nüfuzu olup olmadığı, mağdurun oturduğu yerin sıklıkla suç işlenen veya çetelerin hâkim olduğu bir yer olup olmadığı veya mağdurun menşe ülkesinin suçun işlendiği üye ülkeden farklı olup olmadığı dikkate alınmaktadır.¹⁶

Kanunlaşmayan Tasarı'daki tanım, doğuracağı sonuçlar üzerinde yeterince düşünülmeden, yurt dışındaki güncel gelişmeler göz ardı edilerek yapılmıştır. Yukarıda, AIHM tarafından korunması gereken tanık ve mağdurlara ilişkin belirlemelere değinilmiştir. Mağduru veya tanığı kırılğan hale getiren iki olasılık vardır:

- Duruşmada açıkça beyanda bulunmasının ve kendisine doğrudan soru sorulmasının; mağdurun vücut bütünlüğü veya yaşamını tehlikeye sokma ihtimali (mağdur veya tanığın tehdit edilmesi).
- Mağdurun bireysel özellikleri veya kendisine karşı işlendiği ile ilgili sürülen suçtan kaynaklanan hassas durumu. Görüldüğü üzere Direktif'te yer alan ölçütler, doğrudan bu olasılıkla ilgilidir.

Yabancı hukuk sistemlerinde kırılğan grup içinde; çocuklar ve cinsel suç mağdurlarının yanı sıra, zihinsel engelliler¹⁷ ve tehdit edildiği

¹⁵ Bias crime (İng.)

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>. Direktif'in Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Türkçe gayri resmi çevirisi için bkz. <https://abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/ABMagdurHaklari.pdf>, s. 145 vd. (SGT: 05.01.2021).

¹⁷ Omkar Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2017, 152;

ve korktuğu için mahkemede açık olarak tanıklık yapmak istemeyen kişiler yer almaktadır.¹⁸ Örneğin, Avustralya'da 2008 tarihli Statutes Amendment Evidence & Procedure Act uyarınca kırılğan tanık olarak kabul edilen kişiler şunlardır:

*"16 yaşından küçükler, zihinsel rahatsızlıkları olanlar, ağır suçların mağduru olanlar, kırılğan olarak muamele görmediği takdirde mahkeme tarafından ciddi biçimde dezavantajlı durumda kalacak olanlar, muhakeme süreciyle bağlantılı olarak şiddet görebileceği yönünde haklı sebepler bulunanlar ve bu süreçle bağlantılı olarak şiddete maruz kalmakla tehdit edilenler."*¹⁹

Kırılğan tanık ve mağdur içinde çocuk, ayrı bir kategoridir. Ancak Tasarı'da yer alan düzenlemenin aksine, kadınlar bir bütün olarak kırılğan grup içinde kabul edilemez. Kadınları, sırf cinsiyetleri nedeniyle kırılğan grubun içinde saymak, eşitlikçi veya pozitif ayrımcı değil, aksine eşitliğe aykırı ve ayrımcıdır. Bu tanım, cinsiyet önyargısıyla şekillenmiş, ancak kadını uzun vadede korumak ve güçlendirmekten çok, kadını sürekli korunmaya muhtaç olarak gören bir düşüncesinin sonucudur.²⁰ Zira suç mağduru kadın veya erkeği kırılğan yapan şey; ya mağduru olduğu iddia edilen suç dolayısıyla mahremiyetine saygı göstermek gereği (cinsel suçlar örneği) ya da yaşam hakkının veya beden bütünlüğünün tehlikede olmasıdır. Dolandırıcılık, hırsızlık veya hakaret suçunun mağduru olan kişinin cinsiyetinin, kırılğan olması bakımından tek başına bir önemi yoktur. Buna karşın, örneğin aile içi şiddetle ilgili suçlarda, kadınların kırılğan mağdur olarak ortaya çıkma olasılığı yüksektir. Ancak bu, kadınların bir bütün olarak kırılğan grup içinde sayılmalarını haklı göstermez. Bu nedenle mağdurun veya tanığın, sanıkla yüz yüze gelmemek için haklı gerekçelerinin olup olmadığı, her bir olay ve kişi özelinde değerlendirilmelidir.

Maffei, s. 65.

¹⁸ Malgorzata Wasek Wiaderek, The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries, Leuven 2000, s. 33.

¹⁹ <https://www.dpp.sa.gov.au/was/witnesses/vulnerable-witness-provisions-vwps/#whois> (SGT: 01.12.2020)

²⁰ Bu tanımdan bağımsız olarak, korumacı yaklaşımların toplumsal cinsiyet yaklaşımlarını nasıl güçlendirdiği hakkında bkz. Züleyha Keskin, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar- Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?", Kadın Yazıları içinde, Yayına Hazırlayan: Türkan Yalçın, Ankara 2020, s. 455-462.

Tasarı'da yer alan bu önemli hata, Kararname'de giderilmiş ve kırılğan grup tanımı içinden kadınlar çıkartılmıştır. Sonuç olarak Kararname'de benimsenen kırılğanlık statüsünün adli destek görevlilerince belirlenmesine yönelik uygulama, yerinde ve A.B. Direktifiyle uyumludur.

Bu noktada hem Tasarı'da hem de Kararname'de benimsenen ve ceza muhakemesi açısından yerinde olmayan bir düzenleme biçiminden bahsetmek gerekir. Her iki düzenlemenin de mağduru koruyucu ve destekleyici tedbirlerle, mağdurun ceza muhakemesinde dinlenmesi konusundaki tedbirleri, aynı yerde ve birbirine paralel olarak düzenleme amacı taşıdığı görülmektedir. Oysa konunun yalnızca mağdur bakımından düzenlenmesi ceza muhakemesi bakımından işlevsel değildir. Zira kırılğan kişi, mağdur olabileceği gibi, tanık da olabilir. Dolayısıyla kırılğan tanıkların dinlenmesiyle ilgili düzenlemenin, Kararname'de değil, CMK'da, hem mağdur hem de tanıkları kapsayacak şekilde yapılması uygun olurdu. Aşağıda ele alınacak olan CMK'nın 236. maddesinde yapılan düzenlemeye bakıldığında, Tasarı'nın 9/1. maddesinin, söz konusu düzenlemeye esin kaynağı olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise, CMK'da değişiklik yapıldıktan yaklaşık 8 ay sonra yayımlanmıştır. Bu düzenleme mağdura ilişkin sorunu çözmektedir. Ancak, bu çalışmanın kapsamında olmamakla beraber, konunun tanıklığa ilişkin boyutunun da CMK'da mutlaka ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

III. İç Hukukta Tanık Kavramı, AİHM'nin Tanık ve Bu Bağlamda Mağdur Kavramına Yaklaşımı ve AİHS'nin Mağdura Soru Sorma Hakkı Bağlamında Suç İsnadı Altında Olan Kişilere Sağladığı Güvenceler

CMK'nın 236/1. maddesinde, *"mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır"* hükmü yer almaktadır. Öğretide, katılan sıfatını alan mağdurun da tanık sayılacağını kabul eden yazarlar²¹ olduğu gibi; burada atfın yalnızca dinleme usu-

²¹ Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2017, s. 619; Bahri Öztürk - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma Gezer - Yasemin F. Saygılar Kırıt - Özdem Özaydın - Esra Alan Akcan - Efser Erden Tütüncü: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara 2020, s. 332; Faruk Turhan, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir

lüne yapıldığını, dosya inceleme yetkisine sahip bir süje olan katılanın tanık sıfatı taşıyamayacağını savunan yazarlar²² da vardır. Biz de muhakemeye zaten süje olarak kabul edilmiş olan ve kendisine başta dosya inceleme olmak üzere çeşitli haklar tanınan katılanın, bünyesinde tanık sıfatı taşımasının uygun olmadığı²³ düşüncesindeyiz. Zira katılan şahsı itibariyle taraftır ve aynı kişinin, iki ayrı ceza muhakemesi süjesi olarak hareket etmesi mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki bu tartışma tamamen iç hukuka ilişkin olup, AİHM'nin gözünde "özerk bir kavram" olarak ele alınan tanık²⁴ terimi bakımından herhangi bir etki doğurmamaktadır.

AİHM'nin yaklaşımı uyarınca tanık, sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren kişidir.²⁵ AİHM'nin bu kavrama yüklediği özerk

Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, S. 4, s. 374. Turhan, başta CMK'nın 236. maddesi olmak üzere suç mağduru tanıkların dinlenmesine ve korunmasına ilişkin özel hükümlerin diğer tanıklara uygulanması söz konusu olmadığı için, suç mağduru tanıkların özel bir statüye sahip olduğunun altını çizmektedir.

²² Metin Feyzioglu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996, s. 43; Nevzat Toroslu- Metin Feyzioglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Ankara 2019, s. 226; Cumhur Şahin- Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II, 9. Bası, Ankara 2019, s. 37; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara 2014, s. 77; Burcu Dönmez, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 127, s. 123 ve 124; Nur Centel- Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2020, s. 288.

²³ Toroslu-Feyzioglu, s. 226.

²⁴ Cristoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights Commentary*, München 2014, s. 161; Frédéric Sudre - Jean-Pierre Marguenaud - Joel Andriantsimbazovina - Adeline Gouttenoire, - Michel Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5. édition, Paris 2009, 398; Jean-Christophe Saint-Pau, "Les obstacles au contradictoire: l'exemple de l'anonymat des témoins", *Le contradictoire dans le procès pénal* içinde, Paris 2012, s. 124; Tom Barkhuysen - Michiel Van Emmerik - Oswald Jansen - Masha Fedorova, "Right to Fair Trial", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* içinde, Editors: Pietr Van Dijk - Fried Van Hoof - Arjen Van Rijn - Leo Zwaak, 5. edition, Cambridge 2018, s. 639. Bkz. Damir Sibgatullin/Rusya, 24.09.2012, §45; Asch/Avusturya, 26.04.1991, §25; Vera Fernández-Huidobro/İspanya, 06.04.2010; §144; Kostovski/ Hollanda, 20.11.1989. § 40.

²⁵ Giulio Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, 2. edizione, Milano 2009, s. 72; Frédéric Sudre - Jean Pierre Marguenaud - Joel Andriantsimbazovina - Adeline Gouttenoire - Michel Levinet: *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5. édition, Paris 2009, s. 398; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Ankara 2008, s. 121; Osman Doğru, *Sanık Ögüten Çarklar - İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi*, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 74.

anlam nedeniyle mağdur gibi, suç ortakları ve bilirkişi de AİHS'nin 6/3-(d) bendinde yer alan “tanık sorgulama” hakkının kapsamına girmektedir.²⁶ AİHM'nin yaptığı şey, soru sorma ve tanık çağırma hakkı bağlamında Sözleşme'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan tanık ifadesini; özerk kavramlar öğretisi aracılığıyla yorumlayarak, son derece yerinde bir biçimde suç ortakları ve mağdurları da kapsayacak şekilde uygulamaktır. Anayasa Mahkemesi de tanık kavramını aynı kapsamda yorumlamaktadır.²⁷

Tanık sorgulama hakkı, tarihsel olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, yüzleşme hakkı²⁸ şeklinde ortaya çıkmıştır. Elbette geçmişte Kıta Avrupası ülkelerinin ceza muhakemesi kanunlarında bu hakkın yansıması niteliğinde düzenlemeler vardı. Ancak söz konusu hakkın tüm Kıta Avrupası bakımından açık bir dayanağa kavuşması, AİHS'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan “tanık sorgulama hakkı”yla olmuştur.²⁹ Sonuç olarak burada koruma altına alınan esas menfaat; savunmanın, delil kaynağı olan tanık, mağdur suç ortağı gibi süjelere veya delil değerlendirme görevi yapan bilirkişi ve uzmana soru sorma ve bu kişileri iddia makamıyla aynı şartlar altında davet etme ve dinletebilme hakkıdır.

Bu noktada Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Ortak Hukuk sistemi arasında, mağdur ve tanık bakımından doğan bir farka da dikkat çekmek gerekir. Kıta Avrupası ülkelerinde, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte mağdurların muhakeme hukukundaki hakları, Ortak Hukuk ülkelerine kıyasla çok daha güçlüdür. Ortak hukuk ülkelerinde ise çoğunlukla mağdur tanık statüsündedir. Buna karşın Kıta Avrupası'nda çoğunlukla, mağdura, katılma hakkı tanınmaktadır.³⁰

²⁶ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 639.

²⁷ “Anayasa Mahkemesi birçok kararında tanık kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak edeni, olayın mağduru, şikâyetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı da tanık olabilir (Selçuk Demir, B. No: 2014/9783, 22/1/2015, §35)”. Gülcan Kılıçoğlu Yüzbaşı başvurusu, 14.11.2018, §38.

²⁸ Right to confrontation (İng.)

²⁹ Maffei, s. 17.

³⁰ Hildur Fjóra Antonsdóttir, A Witness in My Own Case': Victim-Survivors' Views on the Criminal Justice Process in Iceland, Feminist Legal Studies, S. 26, Y. 2018, 308 ve 309.

Öte yandan Avrupa bazında dahi, bu genellemeye uymayan örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin Kuzey Avrupa hukuk geleceğinde; Kuzey Batı hukuk sistemlerinde (Danimarka, İzlanda Norveç) mağdur yalnızca tanık sıfatı alırken, Kuzey Doğu hukuk sistemlerinde (İsveç ve Finlandiya) mağdur davaya katılma hakkına da sahiptir.³¹ Görüldüğü üzere konu, basit bir Kıta Avrupası-Ortak Hukuk sistemi karşılaştırması yapılarak geçilecek düzeyde basit değildir. Bu çalışmada da görüldüğü üzere; Ortak Hukuk sisteminde, kırılğan tanık başlığı altında, aslında doğrudan mağdurla ilgili pek çok gelişme yaşanmaktadır. AİHM ise, tüm bu tartışmaların en tepe noktasında, her bir ülkenin uygulamalarının adil yargılanma hakkının gereklerine uygunluğu konusunda karar vermektedir. Dolayısıyla Ortak Hukuk ülkelerinde, mağdurun muhakemedeki hakları bağlamında yapılan tartışmalar, Kıta Avrupası ülkelerinde de yankılanmaktadır.³² Bu nedenle bu çalışmada kırılğan tanıktan bahsedilen yerlerde, bu ayırım gözden kaçırılmamalı ve çalışmanın mağdura odaklandığı unutulmamalıdır.

Mağdurun ve katılanın beyanıyla, sanığın ya da tanığın beyanı arasında delil teşkil etme değeri bakımından herhangi bir derece farkı yoktur.³³ Dolayısıyla tüm deliller nasıl değerlendiriliyor ve akıl süzgecinden geçiriliyorsa, bu beyanlar da aynı işleme tabi tutulacaktır. Bu noktada elbette şüpheli ve sanıkla, mağdur arasında var olan menfaat çatışması gözetilmelidir.³⁴

Burada, delillerin ortaya konulmasındaki temel ilkelerle adil yargılanma hakkının zımni unsurları olan çelişme ve silahların eşitliği ilkelerinin bir araya gelmesi söz konusudur. Adil yargılanma hakkı bakımından esas olan; sanığa, delil sunma ve aleyhine ileri sürülen delillere etkili bir şekilde karşı çıkma imkânının tanınmasıdır.³⁵ Mağdurun beyanı da dahil olmak üzere tüm delillerin ortaya konulması; sanığın hazır bulunduğu bir duruşmada, aleni ve çelişmeli bir şekilde gerçekleşmelidir.³⁶

³¹ Antonsdóttir, s. 309 ve 310.

³² Antonsdóttir, s. 309.

³³ Metin Feyzioğlu- Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s. 341 ve 342; Aydın, s. 78.

³⁴ Aydın, s. 78.

³⁵ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 640.

³⁶ Jean-François Renucci, Droit Européen des Droits de l'Homme, 2. édition, Paris 2012, s. 569, dn. 1184. Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık (Büyük Daire),

Savunma; çelişme muhakeme hakkının (çelişme ilkesinin), CMK'nın 215 (her bir delil için tek tek) ve 216. (tüm deliller bakımından bir bütün olarak) maddelerinin bir gereği olarak, dosyaya giren tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmeli, beyanlar da dahil olmak üzere duruşmada ortaya konulan deliller hakkında yorum yapabilmelidir. Buna ek olarak savunma, AİHS'nin 6/3-(d) ve CMK'nın 201. maddeleri uyarınca mağdura soru sorma hakkını kullanabilmeli ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, bunları yaparken iddia makamı karşısında ciddi bir şekilde dezavantajlı konumda kalmamalıdır.

Özerk bir kavram olan tanık kavramıyla; mağdur, bilirkişi ve suç ortağı arasındaki ilişkiyi böylelikle ortaya koyduktan sonra, inceleme konumuz olan mağdur ve bu kavram özelinde kırılğan mağdur kavramına geri dönebiliriz. İddia makamına veya savunmaya, katılan sıfatını almış olsun veya olmasın, mağdura soru sorabilme imkânının sağlanması zorunludur. Dolayısıyla mağdura soru sorma ihtiyacı ortaya çıktığında, mağdurun duruşmaya davet edilmesi zorunlu hale gelir ve mağdur davete icabet etmediği takdirde zorla getirilmesi gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.³⁷ Bu noktada, savunmanın ilk derece mahkemesinde, mağdura soru sormaya yönelik ihtiyacı ortaya koyması önemlidir. Bu yapılmadığı takdirde, kanun yolunda CMK bağlamında savunma hakkının mahkeme kararıyla kısıtlandığını ortaya koymak son derece güç olacaktır. Buna ek olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken, yetkili makamların ilgiliyi duruşmaya getirmeye yönelik aktif bir çaba içerisinde olup olmadıklarını da dikkate almaktadır.³⁸

15.12.2011, §118; Kolu/Türkiye, 02.08.2005, §59; Hümmer/Almanya, 19.10.2012, §38; Cezair Akgül başvurusu, 26.10.2016, §41-45. Örnek bir Yargıtay kararı için bkz. "5271 Sayılı CMK'nın 217. maddesinin 'Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir' şeklindeki hükmü dikkate alınmadan, soruşturma aşamasındaki beyanı hükme esas alınan tanıklar... ve ...'in dinlenmemeleri suretiyle aynı Kanun'un 201, 215 ve 217. maddelerine aykırı davranılması (...)." Yar. 1. CD., E. 2016/2835, K. 2016/2380, T. 04.05.2016. (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası: SGT: 15.02.2020)

³⁷ Bkz. Yener Ünver- Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, 15. Bası, Ankara 2019. s. 675.

³⁸ Rachdad/Fransa, 13.11.2003, §24; Salikhov/Rusya, 03.05.2012, §117-119; Gabrielyan/Ermenistan, 10.04.2012; 81-85; Levent Yanlık başvurusu, 18.11.2015, §82-86; Ali Rıza Telek başvurusu, 30.12.2014, §51-54. Bkz. Sidhu, s. 134; Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 645.

Görüldüğü üzere mağdurun duruşmaya getirilmeye zorlanması, ancak beyanının zorunlu görüldüğü hallerde söz konusudur.³⁹ Duruşmaya gelen mağdur, sorulan soruya cevap vermek istemediği takdirde, bu durum ancak beyanının değeri bağlamında değerlendirilebilir.⁴⁰ Öte yandan kırılğan mağdurlar bakımından, duruşmaya katılmaya ilişkin kurallarda bir takım istisnai düzenlemeler yapılması mümkündür. CMK'nın 236/2. maddesinde yer alan "*maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır*" ibaresi, bu bilgiler ışığında değerlendirilmelidir. Adli görüşme odasından duruşmaya bağlanmak, bu türde bir istisnai düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa hukuk sistemlerinde, kırılğan mağdurları korumaya yönelik olarak yapılan düzenlemelerin önemli bir kısmı AİHM tarafından savunma hakkı ve bu hakkın kaynağı olan adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmiştir. Geçmişten bu yana mağduru korumak için başvuru geleneksel yöntemler; mağdurla sanığın bir araya getirilmemesi (sanığın salonundan çıkartılması veya sanıkla mağdurun arasına birbirlerini görmeyi engelleyen bariyer konulması), duruşmanın kapalı yapılması, mağdura bazı hukuk sistemlerinde yeminden çekinme hakkı tanınması⁴¹ şeklindeydi. Son yirmi yılda; ebeveynlerin, çocuğa bakmakla yükümlü kimselerin veya çocuğun güvendiği kimselerin duruşma salonunda beyanda bulunurken çocuğun yanında olmalarına imkân tanımak; anatomik bebeklerden⁴² faydalanılması, çizimlerin veya diğer araçların beyan yerine geçebilmesi gibi bir takım görece yeni usuller ortaya çıkmıştır.⁴³ AİHM tarafından davanın bütünü içinde değerlendirilen bir dengeleyici tedbir, çocuğun psikolojisi ve beyanları hakkında değerlendirmede bulunan uzmanla-

³⁹ Şahin-Göktürk, C. II, s. 59.

⁴⁰ Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019, s. 432.

⁴¹ Türk hukuk sisteminde mağdur her durumda yeminsiz olarak dinlenmektedir.

⁴² İng. Anatomical doll. Bu oyuncak bebeklerde, yaygın olarak piyasada bulunan çocuk oyuncaklarının aksine, üreme organları da insan gerçekliğine uygun olarak tasvir edilmiştir. Böylece çocuk, bu oyuncakları kullanarak mağduru olduğu iddia edilen olayı, kendi vücudu üzerinde göstermeden anlatabilme imkanına sahip olmaktadır.

⁴³ Maffei, s. 60, 61 ve 63.

rın duruşmaya çağrılarak, savunmaya kendilerine soru sorma imkânı tanınmasıdır.⁴⁴ Buna karşın söz konusu uzmanların yalnızca yazılı olarak rapor sunmuş olması, yeterli ölçüde dengeleyici bir tedbir olarak görülmemiştir.⁴⁵ Bu tedbirlere en son eklenen ise teknolojinin de gelişmesiyle birlikte, mağdurun duruşma salonuna gelmeksizin başka bir yerden duruşma salonuna bağlanması ve beyanının adli görüşme-cii aracılığıyla alınmasıdır. 7188 sayılı Kanun'la CMK'ya eklenen söz konusu tedbir, aynı zamanda bu çalışmanın temel inceleme konusunu oluşturmaktadır.

IV. AİHM Tarafından Geliştirilen Al-Khawaja Testi Karşısında Kırılğan Mağdurun Beyanı

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, kural olarak delillerin takdiri konusunda, ilk derece mahkemelerinin esas yetkili olduğu ve delillerin gereği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini tespit etmenin, bireysel başvuru kapsamında mümkün olmadığı yaklaşımını benimsemektedir.⁴⁶ Öte yandan AİHM'nin, AİHS'nin 6/3-(d) maddesi bağlamında son yirmi yılda geliştirdiği içtihat, çeşitli tanık kategorilerinin güvenilirliğinin sınanması bakımından, iç hukuk sistemlerinin gelişme yönüne ışık tutan esasları bünyesinde barındırmaktadır.⁴⁷

AİHM, duruşmaya getirilemeyen tanıklar konusundaki geçmiş içtihadını kırılğan tanık kavramına uyarlayarak bu konudaki içtihadını geliştirme eğilimindedir. Duruşmaya getirilemeyen tanığın kimliği bilinmekte, fakat ortaya çıkan birtakım engeller nedeniyle tanık duruşmada beyanda bulunmamakta/bulunmamaktadır. Burada duruşmaya çıkmamanın nedeni; tanığa ulaşamaması, tanığın tehdit edilmesi nedeniyle duruşmada beyanda bulunmak istememesi veya tanığın kırılğan olması olabilir. Ancak bu yaklaşımın ortaya çıkarttığı sonuçların, her zaman tatmin edici olduğunu söylemek güçtür,⁴⁸ zira

⁴⁴ D.T./Hollanda (kabul edilemezlik), 02.04.2013, §51-53.

⁴⁵ T. K./Litvanya, 12.06.2018, §102-104.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 362 ve 363.

⁴⁷ Maffei, s. 108.

⁴⁸ Maffei, s. 104.

her olasılığın doğurduğu sorunlar ve korunan menfaatler farklıdır. Kırılğan tanık bakımından amaçlanan tanığın psikolojisini korumak ve kişinin altına girdiği stresin, elde edilecek olan beyan delilinin değerini düşürmesini engellemektir.⁴⁹ Her şeye rağmen bu içtihatlar, CMK'da yapılan düzenlemeler değerlendirilirken, çalışmamıza rehberlik edecektir.

Bu konuda AİHM içtihadındaki en önemli değişikliklerden birinin *Al-Khawaja ve Tahery* kararı olduğunu söylemek yanlış olmaz. AİHM, *Al-Khawaja* testi⁵⁰ olarak adlandırdığı üçlü testi, duruşmaya çıkmayan ve yukarıda sayılan tüm tanık kategorileri için kullanmaktadır. Biz burada konuyu yalnızca kırılğan mağdur bağlamında ele alacağız:

AİHM *Al-Khawaja* testi olarak adlandırılan ölçütleri, daha sonra *Seton Birleşik Krallık* davasında, özetleyerek ortaya koymuş ve devamında *Schatschaschwili/Almanya* davasında biraz daha berrak hale getirmiştir.⁵¹ Bu ölçütlerin ele alındığı daha yeni tarihli bir karar için *Asani/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* başvurusu⁵² da iyi bir örnektir.

Al-Khawaja testi aşağıdaki sorulardan oluşmaktadır. Kural olarak bu sorular aynı sırayla sorulmalıdır. Ancak sorularından birine verilen cevap, diğerlerine göre daha belirleyici ise, o zaman farklı bir sıra izlenmesi mümkündür.⁵³

- *Tanığın duruşmada hazır bulunmaması için makul bir sebep var mıdır?*
- *Başvurucunun mahkûmiyetinde bu tanığın beyanı tek veya belirleyici delil niteliğinde midir?*

⁴⁹ Maffei, s. 61.

⁵⁰ Ölçütler hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz. Silvia Buzelli-Roberta Casiraghi-Fabio Cassibba-Paola Concolino-Luca Pressacco, "Diritto a un equo processo", Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 217-225; Sidhu, s. 135-138; David Harris - Michael O'Boyle, - Ed Bates - Carla Buckley - Paul Harvey - Kresimir Kamber - Michelle Lafferty - Peter Cumper - Heather Green, Law of the European Convention on Human Rights, 4. edition, Oxford 2018 s. 483; Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 640 vd.; Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem- Oğuz Sancakdar-R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Bası, Ankara 2016, s. 302. AİHM'nin söz konusu ölçütleri özetlediği bir diğer karar için bkz. Manucharyan/Ermenistan, 24.02.2017, §47-52.

⁵¹ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 641 ve 642.

⁵² Asani/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 01.02.2018, §43.

⁵³ Schatschaschwili/Almanya, 15.12.2015, §117 ve 118.

- *Dengeleyici tedbirlere başvurulmuş mudur?*

Kırılğan mağdur söz konusu olduğunda, *Al-Khawaja* testinin ilk sorusu olan “*tanığın duruşmaya getirilmemesi için makul bir sebep var mıdır?*” sorusu, büyük ölçüde kendiliğinden cevap bulmaktadır. Zira yaşadığı iddia edilen olayın, mağdurun psikolojisini ciddi biçimde etkilemiş olması mümkündür. Ancak bu durum, özellikle cinsel suçlara ilişkin tüm davalarda, otomatik olarak mağdurun duruşmaya gelmemesinin makul bir sebep olarak kabul edileceği anlamına gelmez.⁵⁴ Mağdurun duruşmaya gelmemesine yol açan durumun mağdura etkisi, mahkeme kararında açık bir biçimde ortaya konulmalıdır.

İkinci soru olan, “*beyanın tek veya belirleyici bir delil olup olmadığı*” sorusunun cevabı da büyük ölçüde belli ve olumludur. Zira mağdurun beyanı tek delil olmasa bile, çoğunlukla olayı tek başına doğrudan ispatlamaya elverişli olduğundan, hükme esas alındığı takdirde belirleyici delil haline gelmektedir.⁵⁵

Burada sorun tamamen *Al-Khawaja* testinin üçüncü sorusunda, yani dengeleyici tedbirlerin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığı hususunda kilitlenmektedir. CMK'nın 236. maddesinde yer alan düzenlemeler, bu anlamda tipik dengeleyici tedbirlerdir. “*Duruşmaya gelmeyen tanığın beyanları yargılama için ne kadar önemliyse, yargılamanın bir bütün olarak adil olarak kabul edilebilmesi için dengeleyici tedbirlerin o kadar kuvvetli olması gerekir*”⁵⁶ Çalışmanın bundan sonraki kısmında söz konusu dengeleyici tedbirlerin etkililiği ve yerindeliği tartışılacaktır.

Bu noktada belirtmek istiyoruz ki, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da Levent Yanlık başvurusundan itibaren, *Al-Khawaja* testinin izleri görülmektedir.⁵⁷ Ancak konu şimdiye dek hep duruşmaya getirilmeyen tanık bakımından gündeme gelmiş, kırılğan mağdurun durumu görebildiğimiz kadarıyla ele alınmamıştır. Öte yandan CMK'da yapılan aşağıda ele alınacak değişiklikler sonrasında, bu bağlamda başvurular yapılması sürpriz olmayacaktır.

⁵⁴ Lučić/Hırvatistan, 27.02.2014, §75.

⁵⁵ Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 435.

⁵⁶ Schatschaschwili/Almanya, §116; Riahi/Belçika, 14.09.2016, §32.

⁵⁷ Bkz. Levent Yanlık başvurusu, §75 ve 76; Nurcan Gülabi başvurusu, 23.05.2018, §34 ve 35.

V. 5271 Sayılı CMK'dan İtibaren Türkiye'de Durum

A. 7188 Sayılı Kanun Öncesi

2005 yılında 5271 sayılı CMK yürürlüğe girdiğinde, CMK'nın 236. maddesi bugün de büyük kısmı kanun metninde korunan ilk üç fıkra-dan ibaretti. Kanun'da, *"işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği"* ilke olarak kabul edilmiş ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller, kuralın istisnası olarak belirlenmişti. Aynı zamanda halen Kanun'da mevcut olan mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması usulü de yapılan bu düzenlemeyle benimsenmişti.

Yabancı ülkelerde; mağdur çocuklarla yapılan adli görüşmelerin, tıbbi muayenelerinin ve tedavilerinin, çocuk dostu, güvenli bir ortamda gerçekleştirilerek çocuğun ikincil örselenmesinin önüne geçilmesi ve adli görüşmelerin iyileştirilmesi amacıyla bir takım merkezlerin kurulduğu görülmektedir.⁵⁸ Pilot uygulamasına 2010 yılında başlanan ve 04.10.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi'yle mevzuata giren çocuk izlem merkezlerinin kurulması, bu yönde atılmış en önemli adımdır. Bu merkezler, Türkiye'de adli görüşmelerin yasal çerçevede belirli bir standarda oturtulması amacıyla Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve üniversitelerin çocuk birimlerinin koordineli çalışmalarının sonucunda hayata geçirilmiştir.⁵⁹

Lanzarote Sözleşmesi'nin 35. maddesi⁶⁰ uyarınca cinsel istisma-

⁵⁸ ABD, İzlanda ve Kuzey Avrupa Örneği için bkz. Berhudan Şamar-Betül Urhan, Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme, Toplum ve Sosyal Hizmet, C. 31, S.3, Temmuz 2020, s. 935.

⁵⁹ Sarıca-Coşkun, s. 6.

⁶⁰ Madde 35 - Çocukla yapılacak mülakatlar

1. Taraflar aşağıdakileri sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır: a) bilgilerin yetkili makamlara bildirilmesini müteakiben, çocukla mülakat gereksiz bir gecikme olmaksızın yapılacaktır; b) çocukla mülakat yapılması gerektiğinde, bunlar bu amaca göre tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda yapılacaktır; c) çocukla yapılacak mülakatlar bu amaçla eğitilmiş profesyonel personel tarafından yapılacaktır; d) mümkünse ve yerine göre, çocukla bütün mülakatları aynı şahıslar yapacaktır; e) mülakat sayısı mümkün olduğunca sınırlı tutulacak ve ceza soruşturması için kesinlikle gerek-

ra maruz kalan çocukla mülakatın; bu amaca göre tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda, bu amaçla eğitilmiş profesyonel personel tarafından yapılması gerekmektedir. Bu mekanlar söz konusu amaca ulaşılması yolunda atılmış önemli bir adımdır.

B. Adli Görüşme Odalarının Kurulması ve İşlevi

Adli görüşme odaları (AGO), 2012-2014 yılları arasında Adalet Bakanlığı'yla UNICEF iş birliğiyle yürütülen "Çocuklar İçin Adalet Projesi" nin çıktısı olarak kurulmuştur. Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği ise 24.02.2017 yürürlüğe girmiştir. 2020 yılında yürürlüğe giren 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8. Maddesi,⁶¹ adli görüşme odalarının mevzuattaki asli dayanağıdır.

Bu odalar, görüşme yapılacak kişilerin ikincil mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak üzere "bekleme odası", "görüşme odası" ve "gözlem odası" şeklinde üç kısımdan oluşan özel alanlardır. 03.04.2017 tarihinde, söz konusu odalar bazı adliyelerde faaliyete başlamıştır. 2020 yılı başı itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti'nde hali hazırda 55 ilde, 63 adliyede 66 adli görüşme odası vardır.⁶²

Dünya genelinde uzmanların adli görüşme odalarında cinsel istismar mağdurlarıyla görüşme gerçekleştirmeleri yaygın bir uygulama-

li olduğu durumlarda yapılacaktır; f) çocuğa hukuki temsilcisi veya, yerine göre, söz konusu şahısla ilgili olarak aksine gerekçeli bir karar bulunmadıkça çocuğun seçtiği bir şahıs eşlik edebilecektir.

2. Tarafların her biri mağdurla veya yerine göre bir çocuk tanıkla yapılan bütün mülakatların, tarafın iç hukukuna uygun kurullarla, video kaydının yapılmasını ve yapılan kayıtların mahkemede kanıt olarak kabul edilmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.
3. Mağdurun yaşı belirlenemiyorsa ve mağdurun çocuk olduğuna inanmaya dair nedenler varsa, çocuğun yaşı tespit edilinceye kadar 1. ve 2. fıkralarda belirlenen tedbirler uygulanacaktır.

⁶¹ 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin adli görüşme odaları başlıklı 8. maddesi şu şekildedir:

"(1) 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanması, ifade ve beyanların özel ortamda adli destek görevlisi aracılığıyla alınması amacıyla müdürlük bünyesinde adli görüşme odaları kurulur.

(2) Adli görüşme odalarında yapılan tüm iş ve işlemler görüşme yapılan kişinin örselenmesini engelleyecek şekilde ve mümkün olan en kısa sürede gerçekleştirilir. Çocuklarla ilgili iş ve işlemlerde çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınır".

⁶² <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir> (SGT: 18.01.2021)

dır.⁶³ Zamanla kırılğan mağdur kavramı ortaya çıkmış ve konu tüm kırılğan mağdurlar bakımından ele alınmaya başlamıştır. Sonuç olarak adli görüşme odasında bulunan kırılğan mağdurun beyanının uzman aracılığıyla alınması, mağdur haklarına saygı gösteren modern ceza muhakemesinin ortaya çıkarttığı bir gelişmedir. Adli görüşme odalarının bir diğer faydası, çocuk izlem merkezlerinin aksine hem kovuşturma evresinde hem de hangi suçun mağduru olduğuna bakılmaksızın yetişkin mağdurlar bakımından kullanılmalarının mümkün olmasıdır.

C. 7188 Sayılı Kanun'la CMK'da Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirme

7188 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında CMK'nın 236. maddesine beş yeni fıkra eklenmiştir. Bu başlık altında söz konusu düzenlemelere kısaca değinilecek ve düzenlemeler hakkında değerlendirme yapılacaktır:

1. Kırılğan Mağdurların Beyanının Alınmasına İlişkin Genel Kural (CMK 236/4)

a. Yapılan düzenleme

CMK'nın 236/4. maddesi, tüm kırılğan mağdurların beyanının alınmasına yönelik genel kuraldır. Buna göre:

“(4) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır.”

Söz konusu hükme, Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın 9/1. maddesinin⁶⁴ esin kaynağı olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mağdurun dinlenmesiyle ilgili olan bu düzenlemenin CMK'da yapılması daha uygun olmuştur. Buna ek olarak, yukarıda da

⁶³ Sarıca-Coşkun, s. 5.

⁶⁴ “(1) İfade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği veya fail ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen; mağdur, tanık ve suça sürüklenen çocuklar ile cinsel suç, aile içi şiddet suçu mağdurları ve kırılğan gruba mensup diğer mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından adli destek uzmanı aracılığıyla alınır. Bu ifade, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi kullanılmak suretiyle de alınabilir.

ifade ettiğimiz üzere tanık bağlamında da benzer bir hükmün CMK'ya eklenmesine ihtiyaç vardır.

Kanun metninde sözü geçen özel ortam, adli görüşme odaları adıyla bilinen mekânlardır. Kırılğan olduğu değerlendirilen mağdur bakımından öncelikle yapılması gereken, kendisine adli görüşme odasını kullanma seçeneğinin sunulmasıdır. Mağdura böyle bir hakkı olduğu ve başvurduğu takdirde, adliyede faaliyet gösteren adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü bünyesinde çalışan görevliler tarafından kırılğan olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılacağı mutlaka bildirilmelidir. Aksi takdirde, özellikle avukat yardımından faydalanmayan mağdurlar, böyle bir hakları olduğunu bilemezler. Kararname'nin 4. maddesinde yer alan, bilgilendirmeye yönelik düzenleme, ceza muhakemesi düşünülerek düzenlenmemiştir. Bu nedenle, söz konusu hakka, yapılacak bir kanun değişikliğiyle mağdurun haklarının sayıldığı CMK'nın 234. maddesinde gönderme yapılması yerinde olur. Buna ek olarak, 2012/29 sayılı A.B. Direktifi'nin 4. maddesinde olduğu gibi, mağdurun yetkili makamlarla ilk temasında, haklarına ilişkin olarak ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme mevzuata kazandırılmalıdır.⁶⁵

Adli görüşme odaları, tüm suçlara ilişkin olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda; mağdurun beyanı alınırken, mağdurun duruşmada dinlenmesi sırasında ve ona soru sorulması gerektiğinde kullanılacaktır. Böylelikle ilgili makam, adli görüşme odasına bağlanarak mağdurun beyanını dinleyecek, soru sorulması gerekli görülürse mağdurun yanında bulunan uzman kulaklıktan soruları duyacak ve mağdura aktaracak, mağdur da kendisine bu şekilde aktarılan sorulara cevap verecektir.

b. Değerlendirme

AİHM'nin kırılğan mağdurlara ilişkin içtihatları uyarınca, savunmanın soru sorma hakkının etkin bir biçimde işletilmesiyle, mağdurun korunmasını birlikte sağlamak mümkündür. Çeşitli ülkelerde, hassas durumdaki bu kişilerin dinlenmesi bağlamında, birtakım özel

⁶⁵ Asuman Aytekin İnceoğlu, Suç Mağduru Kadının Hakları, Kadına Yönelik Erk'ek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar Çareler Sempozyum Kitabı içinde, İstanbul 2020, s. 121.

usullerin benimsenmesine yönelik kanuni düzenlemeler vardır.⁶⁶ Konu çocuk olduğunda, çocuğun üstün yararıyla savunma hakkı dengelenmek suretiyle, olaya özgü olarak karar verilmektedir.⁶⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere CMK'nın 236/2. maddesi uyarınca kural suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, *"bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa"* dinlenmesidir. Zira suçun etkisiyle psikolojisi bozulan mağdurun ve özellikle mağdur çocuğun tekrar dinlenmesi, o kişiyi tekrar yaralamaktadır.

Duruşma dışında özel usulle alınan beyan delilinin ortaya konulması, kaydın duruşmada izlenmesi⁶⁸ yani keşif yapılması suretiyle olur. Dolayısıyla söz konusu kayıtlar, tarafların da hazır bulunduğu duruşmada, baştan sona izlenmelidir. Ancak uygulamada, bu kayıtların duruşmada baştan sona izlendiğini söylemek güçtür. Bu durumda, söz konusu delilin gereğine uygun olarak ortaya konulduğunu ve tartışıldığını söylemek mümkün değildir. İş yoğunluğu ve duruşma süresinin kısıtlılığı bu uygulamanın temel nedenidir. Hak verilebilir mazeretler, bu tür bir uygulamanın *"hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir"* kuralına (CMK m. 217/1) aykırı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Buna ek olarak söz konusu işlem, CMK'nın 289/1-(h) bendi uyarınca *"hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılması"* anlamına gelmekte ve bir hukuka mutlak aykırılık hali teşkil etmektedir.

Mağdurun yeniden dinlenmesi veya mağdura soru sorulması maddi gerçeğe ulaşılması bakımından kaçınılmaz olduğu takdirde, mahkeme mağduru yeniden çağırmak zorundadır. Bu durumda, mağdur çocuksa veya psikolojisi bakımından duruşmaya çıkması mümkün değilse, mağdurun duruşmaya adli görüşme odasından bağlanması gerekir. Öte yandan adli görüşme odalarının kurulmasından önceki uygulamanın, belki de mahkemelerin kararlarının bozulmasına yönelik kaygısının da etkisiyle, çoğunlukla ters yönde geliştiğini ve kişinin çağırılmamasının⁶⁹ istisna olduğunu ifade etmek istiyoruz.

⁶⁶ Sarah J. Summers, Fair Trials, Oxford 2007 s. 135.

⁶⁷ Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara 2019, s. 523 ve 524.

⁶⁸ Şahin-Göktürk, C. II, s. 153.

⁶⁹ Çocuklar bakımından aynı yönde bkz. Neva Öztürk- Fahri Gökçen Taner- Ali Ersoy Kontacı, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım

Mağdurun duruşmada beyanda bulunması halinde örselenecek olması, AİHS'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan soru sorma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilir.⁷⁰ AİHS'nin 6/3-(d) maddesi, her tür davada sanık veya müdafî tarafından doğrudan soru sorma hakkının kullanılmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanamaz.⁷¹ Başka bir deyişle kural doğrudan soru sormadır, ancak mağdurun kırılğan olduğu hallerde faille karşı karşıya gelmesi örselenmesine yol açacaksa; savunma hakkının dengelenmesi kaydıyla, doğrudan soru sorma yerine, aracı kullanılarak soru sorulmasına yol açan bir takım yöntemlere başvurulması, adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Buna karşın mağdurun beyanını teyit eden kuvvetli delil bulunmadığı veya çelişkili delillerin bulunduğu hallerde, mağdura soru sorulamaması ve sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, AİHS'nin 6/3-(d) bendinin ihlali⁷² anlamına gelir.

Hâkimler, avukatlar, cinsel istismar mağduru olup adli görüşme odasını kullanan çocuklar ve adli görüşmecilerle görüşülmek suretiyle yürütülen bir araştırmada; hâkimlerin, ilgililerin adli görüşme odasından beyanlarının alınmasının doğrudan doğrualık ilkesine zarar verebileceği yönünde birtakım kaygılar taşıdığı ifade edilmiştir.⁷³ Belirtmek gerekir ki bu kaygılar yersiz değildir. Nitekim aynı araştırmada hâkimler son derece isabetli olarak, önlerindeki ekran küçük olduğunda mağdurun mimiklerini ve tepkilerini yeterince iyi gözlemleyemediklerinden şikâyet etmişlerdir.⁷⁴ Video konferans yoluyla yapılan bağlantı, hiçbir şekilde yüz yüzeliğin yerini tutmaz. Bu tespit, duruşmaya ister adli görüşme odasından ister başka yerden katılsın, duruşmaya uzaktan katılan tüm süjeler için geçerlidir. Dolayısıyla burada, adil yargılanma hakkının altında yer alan zımni bir güvence olan doğrudan doğrualık ilkesine yönelik bir müdahale söz konusudur. Modern ceza muhakemesinde bu müdahale, insan onurunu merkeze alma kaygısıyla, bilerek ve mağdurun menfaatleriyle sanığın menfaatleri dengelemek suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu çalışmada ele alınan tüm

Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, Ankara 2019, s. 69 ve 70. Aynı yönde bkz. Sarıca-Coşkun, s. 6.

⁷⁰ Yenisey-Nuhoğlu, s. 524.

⁷¹ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 649.

⁷² Lučić/Hırvatistan, 27.02.2014, §74-88.

⁷³ Sarıca-Coşkun, s. 4. s. 19 ve 20.

⁷⁴ Sarıca-Coşkun, s. 4. s. 13.

mekanizmalar az veya çok adil yargılanma hakkına ilişkin teminatları sınırlamaktadır ancak bu sınırlamanın dayanaksız olduğu söylenemez. Önemli olan, sınırlamanın aynı zamanda ölçülü olmasıdır. Ölçülülük değerlendirilirken bağlantının teknik kalitesi, kullanılan teknik araçların elverişliliği, mahkemenin ve adli görüşmecinin yaklaşımı başta olmak üzere, pek çok faktörün dikkate alınması gerekir.

Mevcut durumda, adli görüşme odalarının işleyişi konusunda adli görüşmeciler eğitilmektedir. Bu bağlamda, adli görüşmecilerin muhakemenin dinamiğini kavramaları ve yönlendirici sorularla mağdurun beyanını etkilememeleri büyük önem taşımaktadır. Bunun yanında, muhakemenin hemen hemen her aşamasında etkili ve belirleyici bir güç olan hâkim ve savcılara; kırılğan mağdur gruplarıyla iletişim becerileri, adli görüşme, AGO'ların amaç, hedef ve niteliğine ilişkin eğitim verilmesi, farklı meslek uzmanları arasındaki iş birliğinin sağlanması ve adli görüşme odalarının iyi işlemesi bakımından gereklidir.⁷⁵

AİHM, cinsel istismar suçunun mağduru olan çocuğun soruşturma evresinde alınan beyanı dışında ciddi bir doğrulayıcı delilin bulunmadığı *Vronchenko/Estonya* başvurusunda, "(...)tüm bir muhakeme süreci boyunca savunmanın mağdura soru sormamış olmasını, mağdur çocuğun soruşturma evresinde video kaydına alınan beyanı duruşmada izlenilmesine rağmen yeterli bir dengeleyici tedbir" olarak görmemiştir.⁷⁶ Hem sanığın hem de mağdurun çocuk olduğu, yağma suçuna ilişkin bir başvuru olan *Blokhin/Rusya* başvurusunda ise Büyük Daire, soruşturma evresinde ifade veren çocuğun beyanının hükme esas alındığı davada, hiçbir dengeleyici tedbire başvurulmaması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.⁷⁷

Çocukların cinsel istismarına, ABD'de ve Batı Avrupa'da 1990'lara kadar hem akademik hem de toplumsal olarak yeterli önem verilmemiştir. Günümüzde ise cinsel istismar mağdurları ile ilgili koruyucu ve destekleyici önlemler almak ve mağdura süreç boyunca güvende olduğunu hissettirmek, bir kamu görevi olarak değerlendirilmeye baş-

⁷⁵ Soru sorulması sırasında hâkim ve savcılarla, adli görüşmeciler arasında yaşanan sorunlar ve hâkim ve savcıların eğitim ihtiyacı hakkında bkz. Şamar-Urhan, s. 946, 947 ve s. 955.

⁷⁶ *Vronchenko/Estonya*, 10.07.2013, §65.

⁷⁷ *Blokhin/Rusya* (Büyük Daire), 23.03.2016, §215. Ayrıca bkz. Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 644 ve 645.

lanmıştır.⁷⁸ Çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında ortaya çıkan bu gelişmeler, mağdurla yapılan görüşmenin önemini anlamak bakımından önemli bir başlangıç noktasıdır. Sonuç olarak ceza muhakemesi hukukunda mağdur hakları bağlamında ortaya çıkan gelişmeler göz önüne alındığında, adli görüşme odaları aracılığıyla mağdurun beyanının alınması ve ona uzman vasıtasıyla soru sorulmasına yönelik düzenleme, adil yargılanma hakkına getirilen ölçülü bir kısıtlama ve yerinde bir dengeleyici tedbir olarak kabul edilmelidir.

Ancak bu noktada kırılğan mağdur bağlamında yukarıda açıklanan *Al-Khawaja* testinin ilk sorusu olan “*taniğin duruşmaya getirilmemesi için makul bir sebep var mıdır?*” sorusunun mahkeme tarafından gerekçeli olarak cevaplanması şarttır. CMK’nın 236/4. maddesinde yer alan “*Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların*” ifadesi bu bağlamda değerlendirilmeli, mahkeme mağdurun içinde bulunduğu durumu başvuru özel dinleme usulüyle ilişkilendirmelidir. Burada değerlendirmeye kast edilen, hâkimlerin zihinlerinde yaptıkları akıl yürütme değil, söz konusu akıl yürütmenin gerekçeli karara dönüşmesidir. Böylece yapılan işlem taraflarca ve daha sonra kanun yolunda mahkemelerce sorgulanabilecek ve denetlenebilecektir.

Gerekçe konusunda, İskoçya’da 2004 yılında yürürlüğe giren Kırılğan Tanık Kanunu (Vulnerable Witness Act), iyi bir örnektir. Söz konusu düzenlemede, kırılğan taniğin ve dolayısıyla inceleme konumuz bakımından kırılğan mağdurun belirlenmesi konusunda mahkemenin kullanabileceği birtakım ölçütler ortaya koyulması nedeniyle, bu düzenleme üzerinde ayrıntılı olarak durmak istiyoruz.

Bu Kanun uyarınca iki tür kırılğan tanık vardır. Bunlar:

- “*Muhakemenin başlangıç tarihinde 16 yaşından küçük olan kimseler (çocuk tanıklar)*”
- “*Çocuk tanık olmamasına karşın; zihinsel rahatsızlığı, korku veya stres nedeniyle kendisinden elde edilecek delilin kalitesinin düşmesi mümkün olanlar.*”

⁷⁸ Bkz. Sarıca-Coşkun, s. 4.

Çocuk tanık dışında kalan kişilerin kırılğan olup olmadığının belirlenmesinde aşağıdaki ölçütler dikkate alınmaktadır:

- a. İsnat edilen suçun yapısı ve şartları
- b. Kişiyle (varsa) sanık arasındaki ilişki
- c. Kişinin yaşı ve olgunluk düzeyi
- d. Bu kişiye yönelik olarak; sanık, sanığın ailesi veya suç ortaklarının ya da ilgili muhakeme sanık veya tanık olması muhtemel kişilerin davranışları
- e. Şu hususlarla ilişkili diğer konular:
 - i. Kişinin kültürel ve sosyal altyapısı ve etnik kökeni
 - ii. Kişinin cinsel yönelimi
 - iii. Kişinin ikamet ve istihdam durumu
 - iv. Kişinin dini ve siyasi görüşleri ve
 - v. Kişinin duruşmaya gelmesiyle ilişkili olan her türlü bedensel engellilik veya hasar durumu.”⁷⁹

2. Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarının Nitelikli Şekillerinden Mağdur Olanlara Özgü Düzenlemeler

Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının nitelikli şekillerinden mağdur olan kişilerin beyanlarının alınmasına özgü düzenlemeler, CMK'nın 236. maddesinin 4-8. fıkralarında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeleri, beyanın alınmasında izlenecek yöntem ve ortaya koyulan beyanın tartışılması bağlamında iki ayrı başlık altında ele almak ve her bir başlığı kendi içerisinde değerlendirmek uygun olacaktır.

a. Beyanın alınmasında izlenecek yöntem

aa. Yapılan düzenleme

CMK'nın 236/5 ve 6. maddelerinde yer alan düzenlemeler beyanın alınmasında izlenecek yönteme ilişkindir ve şu şekildedir:

“(5) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Türk Ceza Kanunu'nun 103'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olan çocukların soruşturma evresindeki beyanları, bunlara yönelik hizmet veren merkezlerde Cumhu-

⁷⁹ <http://www.legislation.gov.uk/asp/2004/3/part/1>

riyet savcısının nezaretinde uzmanlar aracılığıyla alınır. Mağdur çocuğun beyan ve görüntüleri kayda alınır. Kovuşturma evresinde ise ancak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından mağdur çocuğun beyanının alınması veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde bu işlem, mahkeme veya görevlendireceği naiip hâkim tarafından bu merkezlerde uzmanlar aracılığıyla yerine getirilir. Mağdur çocuk yargı çevresi ve mülkî sınırlara bakılmaksızın en yakın merkeze götürülmek suretiyle bu fıkra da belirtilen işlemler yerine getirilir.

(6) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) *Türk Ceza Kanunu'nun 102'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olanların soruşturma evresindeki beyanları bakımından da beşinci fıkra hükmü uygulanır. Ancak, beyan ve görüntülerin kayda alınmasında mağdurun rızası aranır”.*

Yukarıda açıklandığı üzere, çocukların cinsel istismarı suçunda soruşturma evresinde mağdur çocuğun beyanı, çocuk izlem merkezinde alınmaktadır.⁸⁰ Burada çocuk, bir uzman tarafından dinlenmekte, Cumhuriyet savcısı ve çocuğun avukatı ise, aynalı odada yapılan görüşmeyi izlemekte ve görüşme kayıt altına alınmaktadır. Bu noktada inceleme konumuz bakımından önemli olan, çocuğun duruşmada beyanına başvurulması veya çocuğa soru sorulması gerektiğinde nasıl bir yol izleneceğidir.

Altıncı fıkra da cinsel saldırı suçunun mağdurunun beyanının video kaydına alınması, kişinin reşit olması nedeniyle rızasına bağlanmıştı. Buna karşın kanun koyucu, çocuğun üstün menfaatinin mümkünse tek bir kez dinlenmesinde olduğunu varsayarak, çocuklarda söz konusu kaydı zorunlu kılmıştır.

Yine bu fıkra, çocuk izlem merkezlerinin yanı sıra, yetişkin mağdurlara da hizmet veren bir yapı kurulacağını göstermektedir. 7188 sayılı Kanun'la CMK'ya eklenen geçici 5. madde⁸¹ uyarınca, söz konusu merkezlerin 1 Eylül 2020 tarihine kadar faaliyete geçmesi gerekiyordu. Ancak bu çalışmanın tamamlandığı tarihte, söz konusu merkezler halen faaliyete geçmemiştir.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Ankara 2017, s. 356-359.

⁸¹ 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle CMK'ya eklenen geçici 5. maddenin 1/b bendinde şu düzenleme yer almaktadır: “236'ncı maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılan düzenleme uyarınca kurulması gereken merkezler, en geç 1/9/2020 tarihine kadar faaliyete geçirilir. Bu tarihe kadar mevcut uygulamaya devam olunur”.

CMK'da yer alan düzenlemeden 10 ay sonra yürürlüğe giren 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 9/1. maddesinde "CMK'nın 236/5 ve 6. maddelerinin uygulanması bakımından "cinsel suç mağdurlarının tekrarlanan mağduriyetini önlemek, adli ve tıbbî işlemlerin bu alanda eğitilmiş görevliler tarafından tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek amacıyla Bakanlığın talebi üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından cinsel suç mağdurlarına yönelik hizmet veren merkezler kurulur. Üniversiteler tarafından da bu merkezler kurulabilir." hükmü yer almaktadır. Düzenlemenin ikinci fıkrasından, konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemenin Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle yapılacağı anlaşılmaktadır. Söz konusu yönetmelik de bu çalışmanın tamamlandığı tarih itibariyle yayımlanmamıştı.

ab. Değerlendirme

Duruşmada beyanda bulunmak ve sanıkla yüzleşmek, başta çocuklar olmak üzere cinsel suç mağdurları için dramatik ve mağduru bir kez daha mağdur eden travmatik bir deneyime dönüşebilmektedir.⁸² Özellikle cinsel suçlara ilişkin olarak yapılan muhakeme mağdur açısından psikolojik zorluklarla doludur. Zamanla özellikle mağdur haklarının gelişmesiyle birlikte, mağdurun içinde bulunduğu bu duruma özel bir önem atfedilmesi ve ceza muhakemesinde sıkı bir biçimde uygulanan savunma hakkına ilişkin güvencelerle, mağdurun psikolojisi ve özellikle çocuğun üstün yararı arasında bir denge sağlanması zorunluluğu doğmuştur.⁸³ Şüphesiz ki bu, mağdur açısından ceza muhakemesinin gelişim çizgisini göstermek bakımından önemlidir.

Kırılğan mağdurun bu süreçte yaşadığı olumsuzluklar arasında; faille yeniden karşılaşmanın yarattığı korku, duruşma salonu atmosferinin olumsuz etkisi, doğrudan soruların zaman zaman agresif ve mahremiyete dönük yapısı, her defasında olayı baştan sona tüm ayrıntılarıyla anlatmanın mağdurda yarattığı psikolojik tahribat, eğer yeterince ayrıntı verilmezse beyanın inandırıcı olmayacağı yönündeki endişe sayılabilir. Cinsel suçlarda özellikle mağdurun olayın ayrıntı-

⁸² Maffei, s. 64.

⁸³ Aynı yönde bkz. Cumhuriyet Şahin- Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Ankara 2019, s. 129.

larına odaklanması gereken anlarda; kafa karışıklığı, panik ve çelişkili ifadeler sıklıkla görülmekte ve süreç mağdurun kişiliğinin sorgulanması noktasına varabilmektedir.⁸⁴ Bunlara ek olarak tüm suçlarda çocuk mağdurlar bakımından ceza muhakemesinin gereklerini ve sorunu tam kavrayamamak da bu sorunlara eklenmektedir.⁸⁵

Özellikle çocukların cinsel istismarı suçunun soruşturulmasındaki ve kovuşturulmasındaki karmaşıklık⁸⁶ dikkate alındığında, yapılacak reformlarla muhakemeyi çocuğun güvenilirliğinin veya beyanının doğruluğunun sorgulandığı bir süreçten, sanığa yönelik isnadın bir bütün olarak araştırıldığı bir sürece dönüştürmenin gerekli olduğu görülmektedir. Cinsel istismar suçu mağduru çocuklar bakımından, muhakemeye katılmanın çocukta yarattığı travma ve stresi azaltmak üzere önerilen çözümlerden en etkilisi, çocuğun beyanının kapalı devre kamera sistemiyle ona destek olan bir kişinin yardımıyla alınması ve duruşma dışında alınmış olan bu beyanın muhakemede delil olarak kabul edilmesidir. Duruşma salonu dışında yer alan özel odalar aracılığıyla çocuğu dinlemenin en önemli faydaları; bu odaların duruşma salonundan uzak olması, böylelikle çocuk ve ailesinin sanıkla karşılaşmasının önüne geçilmesi ve oda çevresinde yer alan (bekleme odası, oyun alanı gibi) çocuk dostu imkânların var olması şeklinde sayılabilir.⁸⁷

Çocuktan soruşturma veya kovuşturma için gerekli olan bilgilerin bir seferde alınması suretiyle, fiile ilişkin anıların tekrar tekrar canlanmasının önüne geçmenin amacı, ortaya çıkabilecek travmaları önlemektir.⁸⁸ Buna ek olarak olayın sıcaklığı içerisinde ifade edilebilen bazı

⁸⁴ Maffei, s. 64.

⁸⁵ Şahin-Göktürk, C. I, s. 153.

⁸⁶ Çocuk cinsel istismarında güç kullanımının nadir olması, çocukların olayı hemen ve kolaylıkla anlatmamları, adli muayene sırasında çoğunlukla bulgu elde edilmemesi gibi olmayışı gibi nedenler, bu suçun ispatında yaşanan güçlüklerin başında gelmektedir. Bkz. Eda Ermağan Çağlar -Tuğba Türk, "İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHHD Protokolü Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 394; Sarıca-Coşkun, s. 4.

⁸⁷ Anne Cossins, "Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are Vulnerable Witness Protections Enough", *Current Issues in Criminal Justice* 18, no. 2 (November 2006), s. 302 ve 309.

⁸⁸ Şahin-Göktürk, C. II, s. 46 ve 58; Şahin-Göktürk, C. I, s. 129; Lucia Russo, "Atti sessuali con minorenne", *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto CADOPPI, Stefano Canestrari e Michele Papa içinde*, Milano 2006, s 162. Mahkemede tekrar tekrar dinlenmenin, çocuğun iç huzura

hususlar, özellikle çocuk mağdurlar tarafından zaman içerisinde unutulabilmektedir.⁸⁹ Çocuk hafızası, geçmiş olayları hatırlarken gerçeği tahrif etmeye yetişkinlere kıyasla daha eğilimli olduğundan, çocuğun olabildiğince erken bir aşamada dinlenmesi maddi gerçeğin ortaya çıkartılması yönünden gereklidir.⁹⁰ Bu bağlamda soruşturma evresinde çocuk mağdurun beyanının videoya kaydedilmesi, daha sonra bu görüntünün kovuşturma evresinde izlenerek delil olarak kabul edilmesi ve böylece çocuğun duruşmaya getirilmemesi mümkün olmaktadır. Ancak sistemin iyi işlemesi ve tekrar eden görüşmelerin önüne geçilebilmesi ve bir seferde gerçeğe olabildiğince uygun bir beyan elde edilmesi için, tüm adli görüşmecilerin izlemesi amacıyla standart bir görüşme protokolünün oluşturulması ve adli görüşmecilere görüşme öncesinde olay hakkında bilgi sahibi olmak için yeterli zaman tanınması⁹¹ büyük önem taşımaktadır.

AİHM her bir davanın özelliklerini göz önüne alarak, çocuğun yüksek yararı bağlamında, bu video kaydını tanıklara soru sorma hakkının kullanılamamasını dengeleyebilecek bir tedbir olarak değerlendirebilmektedir.⁹² Türk hukuku bakımından, söz konusu kaydın yapılması CMK'nın 236/5. maddesi uyarınca zorunludur.

7188 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar, çocuk izlem merkezlerinin kovuşturma evresine ilişkin bir işlevi yoktu. Yapılan değişiklikle, çocuk izlem merkezlerinin yapısı değişmiş ve kovuşturma evresinde de kullanılmasının yolu açılmıştır. Ancak söz konusu merkezlerin kovuşturma evresindeki kullanım alanı, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şekliyle sınırlanmıştır. Yapılan düzenleme suçun nitelikli şekli bakımından yerindedir, ancak çocuğun tam anlamıyla korunması isteniyorsa, çocukların cinsel istismarı suçunun bir bütün olarak kapsama alınması uygun olur. Burada kanımızca söz ko-

kavuşmasını engellediği ve bunun çocukların cinsel suç mağduru olduğu yargılamaların en önemli sorunlarından biri olduğu yönünde bkz. Heinz Schöch, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", Almanca aslından çeviren Nur Centel, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 9.

⁸⁹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 522 ve 523.

⁹⁰ Maffei, s. 63.

⁹¹ Ermağan Çağlar – Türk, s. 401 ve 407; Sarıca-Coşkun, s. 6 ve 8; Şamar-Urhan, s. 942, 943, 945 ve 951.

⁹² Blokhin/Rusya (Büyük Daire), §215; Makeyev/Rusya, §42, 05.02.2009, §42.

nusu merkezlerin iş yükünü, çocuğun üstün yararına tercih eden bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

Sonuç olarak çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şeklinin mağduru olduğu iddia edilen çocuk, maddi gerçeğin ortaya çıkması için zorunlu olsa dahi duruşmaya çıkmayacak, her durumda çocuk izlem merkezi aracılığıyla dinlenecektir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan, yargılama yapılan yerde çocuk izlem merkezinin bulunmaması olasılığını da düşünen kanun koyucu, çocuğun en yakın merkeze götürülmesini zorunlu kılan düzenlemeyle söz konusu usulün her şekilde uygulanmasını teminat altına almıştır.

Bu noktada, yetişkin mağdur beyanının kayda alınmasına rıza göstermezse, sürecin ne şekilde işleyeceği sorusu akla gelebilir. Bu durumda mağdur, duruşmaya bizzat giderek veya adli görüşme odasından duruşmaya katılarak beyanda bulunmadığı takdirde, beyanın hükme esas alınması mümkün olmayacaktır. Zira soruşturma evresinde mağdurun beyanı alınmış olsa dahi bu, CMK'nın 211. maddesinde sayılan ve duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek bir belge değildir. Ancak tüm tarafların söz konusu beyanın duruşmada okunmasına CMK'nın 211/2. maddesi uyarınca rıza göstermesi halinde, mağdurun soruşturmada alınan beyanına ilişkin tutanağın okunması mümkün olabilir.

b. Özel usulle alınan beyanı tartışma hakkı ve savunma hakkının dengelenmesi

ba. Yapılan düzenleme

7188 sayılı Kanun'un Adalet Komisyonunda kabul edilen halinde, yalnızca yedinci fıkra yer alıyordu ve düzenleme şu şekildeydi:

*"Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında kayda alınan beyan ve görüntüler dava dosyasında saklanır ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır."*⁹³

Ancak TBMM Genel Kurulu'nun 16 Ekim 2019 tarihli oturumunun 7. birleşiminde verilen önergeyle⁹⁴ yedinci fıkrada yer alan düzenleme

⁹³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, s. 99.

⁹⁴ Önergenin gerekçesi şu şekildedir:
"Önergeyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236'ncı maddesine eklenmesi öngörülen (7)'nci fıkrada yapılan değişikliklerle, maddenin (5)'inci ve (6)'ncü fıkrası kap-

değişmiş ve sekizinci fıkra Kanun'a eklenmiştir. Kanunlaşan düzenleme şu şekildedir:

“(7) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtları dava dosyasında saklanır, kimseye verilmez ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır.

(8) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtları, yazılı tutanağa dönüştürülür. Bu tutanak, talepte bulunan şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verilir. Beyan ve görüntü kayıtları bu kişilere soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izletilebilir.”

Burada cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şekillerinden mağdur olanların özel usulle alınan beyanlarına ilişkin video kayıtlarının incelenmesi hususunda, CMK'nın dosya ve delil inceleme yetkisine ilişkin genel esaslarından farklı bir düzenleme yapılmıştır.

Sekizinci fıkra uyarınca söz konusu kayıtlar her durumda yazılı tutanak haline getirilecek ayrıca *“beyan ve görüntü kayıtları soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izletilecektir”*. Kanun koyucu böylece mağdurun mahremiyetini ön plana çıkartmış ve kayıtların alenileşmesini önlemek amacıyla tedbir almıştır.

bb. Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki CMK'nın 236. maddesinin 7. fıkrasının kanunlaşan halinde yer alan ve kanun yazım diliyle çok da uygun olmayan *“kimseye verilmez”* ibaresi eleştiriye açıktır. *“Kimseye verilmez”*

samında alınan beyan ve görüntü kayıtlarının gizliliğinin korunması bakımından kimseye verilmeyeceği belirtilmektedir. Düzenleme, soruşturma ve kovuşturma yetkili makamlar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla görevlendirilecek ilgililerin, mevzuattan kaynaklı yetkileri kapsamında bu kayıtları incelemesine engel olmayacaktır.

Maddeye eklenmesi önerilen (8)'inci fıkrayla, (5)'inci ve (6)'ncü fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtlarının bire bir çözümünün yapılarak, alınan beyanın yazılı tutanağa dönüştürülmesi ve yargılama süjelerinin bu tutanakları inceleyebilmesi amaçlanmaktadır. Bu tutanak, sadece talepte bulunan şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verilebilecektir. Ayrıca, beyan ve görüntüye ilişkin kayıtların bu fıkrada belirtilen kişilere soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde, gizliliğinin korunması suretiyle izletilmesine imkân sağlanmaktadır”.

şeklindeki günlük dil kullanımı yerine, kanun tasarısında yer alan ifadeye benzer şekilde “*kayıtlar dosyada saklanır ve kaydın örneği verilmez*” ifadesi daha uygun olurdu.

AİHM'nin hem çocuk hem de yetişkin cinsel suç mağdurlarının duruşmaya getirilmemesi, ancak duruşma dışında alınan beyanların mahkemede delil olarak kullanılması konusunu ele aldığı çok sayıda karar vardır.⁹⁵ Bu kararlarda, mağdurun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla savunma hakkı arasında, kararlarda sıkça geçen şu paragraf vasıtasıyla ilişki kurulmaktadır:

“Mahkeme cinsel suçlara ilişkin muhakemenin kendine has bazı özellikleri olduğunu gözetmektedir. Bu suçların muhakemesi, özellikle mağdur rızası hıfzına sanıkla yüzleşmeye zorlandığında, mağdur için zor bir sınama⁹⁶ halini alabilmektedir. Bu kendine has özellikler, mağdur çocuk olduğunda daha önemli hale gelmektedir. Bu tür bir muhakemede, sanığın adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadığı değerlendirilirken, mağdur olduğu iddia edilen kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi gerektiği de hesaba katılmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, cinsel istismar suçuna ilişkin muhakemede, savunma haklarının uygun ve etkili bir şekilde kullanılmasyla bağdaşmak kaydıyla, mağduru korumak amacıyla birtakım tedbirlerin alınabileceğini kabul etmektedir.”⁹⁷

Delil inceleme hakkı, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası ve çelişmeli muhakeme hakkının bir gereğidir.⁹⁸ AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin çelişmeli muhakeme hakkına yüklediği anlam “*tafirlara dosyaya giren tüm bilgi ve belgelerden haberdar olma ve bunları tartışma imkânının tanınmasıdır*”.⁹⁹ Dolayısıyla kural, tarafların kovuşturma evresinde hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın dava dosyasına ve

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 430-438; Maffei, s. 60-66.

⁹⁶ Mahkeme burada “ordali” terimini kullanmaktadır. Mahkemenin terim olarak, vicdani delil dönemi öncesinde sanıklara yapılan “suçsuzluk sınavı”na karşılık gelen bu kelimeyi seçmesi, mağdurun içinde bulunduğu durumun güçlüğünü ortaya koyması bakımından anlamlıdır. “Ordali” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 96 ve 97.

⁹⁷ Çok sayıda karar arasında örnek olarak bkz. S.N./İsveç 02.07.2002, §47; Bocos-Cuesta /Hollanda, 10.11.2005, §69, Aigner /Avusturya, 10.05.2012, §37; Vronchenko /Estonya, §56.

⁹⁸ Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 90.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 74 vd.

delillere erişmeleridir. Soruşturma evresinde ise kural, tarafların ve avukatların soruşturma dosyası ile delilleri inceleme hak ve yetkilerinin olmasıdır. Ancak bu hak ve yetki, ölçülü olmak kaydıyla, dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin kurallara bağlı olarak sınırlandırılabilir.

Mağdurun beyanını içeren video kaydının örneğinin savunmaya verilmemesine ve savunmanın bu kaydı soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izleyebilmesine ilişkin düzenlemenin ölçülü olduğunu söyleyebilmek için, öncelikle savunmanın ihtiyaç duyduğu takdirde söz konusu video kaydını izleyebileceği şartları açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu noktada, savunmanın söz konusu kayıtları nerede ve nasıl izleyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira savunma, not almak ve yazıya dökülen tutanağı video kaydıyla karşılaştırmak üzere, kaydı uzunca bir süre izlemek isteyebilir. Mahkeme veya savcılık kalemlerindeki gürültülü ortam, bu iş için uygun değildir. Bu nedenle, söz konusu kayıtların kopyalanamayacağı bilgisayarların bulunduğu, savunmanın söz konusu kayıtları dilediği süre boyunca izleyebileceği ve sesi kulaklıkla dinleyebileceği multimedya odalarına ihtiyaç vardır. TBMM Genel Kurulu'nda verilen önergeyle Kanun'da son dakika değişikliği yapılırken, bu yönde bir ihtiyacın doğacağına düşünülüğünü söylemek güçtür. Son anda yapılan değişiklik karşısında, adliyelerde savunmanın video kayıtlarını dilediği süre boyunca rahatsız edilmeden inceleyebileceği bir ortamın oluşturulması zorunludur.

Kayıtları izlemeksizin mağdurun beyanını içeren tutanakları okuyabilmenin, adil yargılanma hakkının gereklerini sağlamak bakımından yeterli bir güvence olduğu söylenemez. Zira savcılığın video kaydını izleyebildiği ancak savunmanın izleyemediği veya savunmanın kaydı elverişli bir ortamda izleyemediği bir uygulama, adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olan silahların eşitliği ilkesine açıkça aykırıdır. Buna ek olarak, söz konusu delile erişilememesi, savunma bakımından adil yargılanma hakkının bir diğer alt unsuru olan çelişmeli muhakeme hakkıyla da bağdaşmaz. Ayrıca bu tür bir uygulama, AİHS'nin 6/3-(b) maddesinde yer alan savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan ve faydalanma hakkını ve AİHS'nin 6/3-(c) maddesinde yer alan savunma hakkını da ihlal eder.

Böyle bir durum ortaya çıktığında savunmanın, söz konusu video kaydına erişmek için soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde ise mahkeme nezdinde girişimde bulunması şarttır. Soruşturma evresinde söz konusu kayda erişilemez ancak bu eksiklik kovuşturma evresinde mahkeme tarafından giderilirse, ortaya çıkan ihlalin telafi edildiğini ileri sürmek mümkün olabilir. Buna karşın kovuşturma evresinde söz konusu delile erişim imkânının gereği gibi sağlanamaması, CMK'nın 289/1-(h) bendi uyarınca *"hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılması"* anlamına gelir ve bir hukuka mutlak aykırılık halidir.

SONUÇ

Modern ceza muhakemesi, sanığa adil bir şekilde yargılanma imkânı sunarken, öte yandan mağdurun haklarını olabildiğince koruyan bir denge kurmaya çalışmaktadır. İlkesel olarak bakıldığında; kırılğan mağdurun beyanının soruşturma evresinde alınması ve bu kaydın sonradan duruşmada izlenmesi, mağdurun duruşmaya adli görüşme odasından katılması, adli görüşme odasındaki mağdura soruların adli görüşmeci aracılığıyla sorulması gibi uygulamalar, pek çok ülkede örneği olan dengeleyici tedbirlerdir.

Savunmaya, cinsel suçlar bağlamında yapılan video kayıtlarını uygun bir ortamda dilediği süre boyunca izleme imkânı tanındığı takdirde, kayıtlarının örneğinin savunmaya verilmemesi, ölçülü bir sınırlama olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla ilk bakışta, CMK'nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la eklenen fıkralar, adil yargılanma hakkı bağlamında ilkesel olarak sorunlu değildir.

Son tahlilde de söz konusu düzenlemelerin yerinde olduğunu söyleyebilmek için, her bir olayda savunma hakkının titizlikle dengelenmesi gerekir. Bu noktada mağdurun neden kırılğan olduğunun ve dolayısıyla neden duruşmaya gelmediğinin mahkeme kararında gerekçeli biçimde açıklanması büyük önem taşımaktadır. Mevcut uygulamanın aksine, duruşma dışında alınan beyanlarının tamamının duruşmada keşif işlemiyle izlenmesi zorunludur. Adli görüşme odasıyla iyi bir görüntü ve ses bağlantısı sağlanması, adli görüşmecilerin iyi eğitilmiş olması, ortak bir görüşme protokolünün izlenmesi ve soruları çarpıtmadan doğru biçimde aktarmaları, sistemin iyi işlemesi için şarttır.

Sonuç olarak 7188 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme, mağdur hakları bağlamında önemli bir gelişmedir. Söz konusu hükümlerin uygulanmasında, yeni adil yargılanma hakkı ihlallerine yol açılmamasının şartı ise, her bir uygulamada savunma hakkının gereği gibi dengelenip dengelenmediğini denetlemekten geçmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aydın Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara 2014.
- Centel Nur- Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2020.
- Doğru Osman, *Sanık Öğüten Çarklar- İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi*, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Feyzioglu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996.
- Feyzioglu Metin- Taner Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İstanbul 2015.
- Grabenwarter Cristoph, *European Convention on Human Rights Commentary*, München 2014.
- Harris David- O'boyle Michael- Bates Ed - Buckley Carla - Harvey, Paul - Kamber Kresimir - Lafferty Michelle - Cumper Peter - Green Heather, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. edition, Oxford 2018.
- Karakehya Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Ankara 2008.
- Maffei Stefano, *The Right to Confrontation in Europe Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, 2nd edition, Groningen 2012.
- Özbek Veli Özer- Doğan Koray- Bacaksız Pınar- Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri-Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sırma Gezer Özge- Saygılar Kırıt Yasemin F.-Özaydın Özdem-Alan Akcan Esra-Erden Tütüncü Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakeme Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2020.
- Öztürk Neva-Taner Fahri Gökçen-Kontacı Ali Ersoy, *Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi*, Ankara 2019.
- Renucci Jean-François, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, 2. édition, Paris 2012.
- Sidhu Omkar, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2017.
- Sudre Frédéric-Marguenaud Jean-Pierre-Andriantsimbazovina Joel- Gouttenoire Adeline-Levinet Michel, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5. édition, Paris 2009.
- Summers Sarah J., *Fair Trials*, Oxford 2007.
- Şahin Cumhuriyet-Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Bası, Ankara 2019.

- Şahin Cumhur-Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 9. Bası, Ankara 2019.
- Taner Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Ankara 2017.
- Taner Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sancakdar Oğuz-Önok R. Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Bası, Ankara 2016.
- Toroslu Nevzat-Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Ankara 2019.
- Turhan Faruk, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 2009.
- Ubertis Giulio, *Principi di procedura penale europea*, 2. edizione, Milano 2009.
- Ünver Yener-Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 15. Bası, Ankara 2019.
- Wasek Wiaderek Malgorzata, *The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries*, Leuven 2000.
- Yenisey Feridun-Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2019.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Antonsdóttir Hildur Fjóra, *A Witness in My Own Case': Victim-Survivors' Views on the Criminal Justice Process in Iceland*, *Feminist Legal Studies*, (2018) S. 26:307-330.
- Aytekin İnceoğlu Asuman, *Suç Mağduru Kadının Hakları, Kadına Yönelik Erkek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar Çareler Sempozyum Kitabı* içinde, İstanbul 2020, s. 117-126.
- Barkhuysen Tom-Van Emmerik Michiel-Jansen Oswald-Fedorova Masha, *"Right to Fair Trial"*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* içinde, Editors: Pietr Van Dijk- Fried Van Hoof- Arjen Van Rijn- Leo Zwaak, 5. edition, Cambridge 2018, s. 497-654.
- Buzelli Silvia-Casiraghi Roberta-Cassibba Fabio-Concolino Paola-Pressacco Luca, *"Diritto a un equo processo"*, *Corte di Strasburgo e giustizia penale* içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 128-235.
- Cossins Anne, *"Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are Vulnerable Witness Protections Enough"*, *Current Issues in Criminal Justice*, C. 18, S. 2, Kasım 2006, 299-317.
- Dönmez Burcu, *"AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 127, s. 121-156.
- Ellison Louise, *"The Mosaic Art: Cross-Examination and the Vulnerable Witness"*, *LegalStudies* 21, no. 3 (September 2001): 353-375.
- Ermağan Çağlar Eda-Türk Tuğba, *İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 393-412.

- Fansher Ashley-Del Carmen Rolando V., "Child as Witness: Evaluating State Statutes on the Court's Most Vulnerable Population", *The Children's Legal Rights Journal*, C. 36, S. 1, Y. 2016, s. 1-44.
- Keskin Züleyha, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkamaz mı?", *Kadın Yazıları içinde*, Yayına Hazırlayan: Türkan Yalçın, Ankara 2020, s. 437-452.
- Russo Lucia, "Atti sessuali con minorenne", *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari e Michele Papa içinde*, Milano 2006, s. 121-162.
- Saint-Pau, Jean-Christophe, "*Les obstacles au contradictoire: l'exemple de l'anonymat des témoins*", *Le contradictoire dans le procès pénal içinde*, Paris 2012, s.123-132.
- Sarıca Ayşe Dolunay-Coşkun Umut Haydar, *Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri*, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2020, S. 8 (1), s. 1-26. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1087949>)
- Şamar Berhudan-Urhan Betül, "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C. 31, S.3, Temmuz 2020, s. 931-959.
- Schöch Heinz, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", *Almanca aslından çeviren Nur Centel*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 3-14.
- Turhan Faruk, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyum Kitabı içinde*, Ankara 2009, s. 383-408.
- Turhan Faruk, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükmülerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, S. 4, s. 359-409.

İnternet Kaynakları

- <https://abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/ABMagdurHaklari.pdf>
- <http://www.adalet.gov.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr> (Anayasa Mahkemesi kararları için)
- <https://www.dpp.sa.gov.au>
- <https://eur-lex.europa.eu>
- <https://hudoc.echr.coe.int> (AİHM kararları için)
- <http://www.kazanci.com.tr>
- <http://www.legislation.gov.uk>
- <http://www.magdur.adalet.gov.tr>

ŞÜPHELİ VE SANIĞIN CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIR-NEMO TENETUR SEIPSUM ACCUSARE İLKESİ*

LIMITS OF SUFFERANCE OBLIGATION OF THE SUSPECT AND
ACCUSED IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS –THE NEMO
TENETUR SEIPSUM ACCUSARE PRINCIPLE

Ali Tanju SARIGÜL**

Özet: Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukukunda, sanık bu amaca katkıda bulunmak istiyorsa bunu özgür iradesiyle gerçekleştirmelidir. Nemo tenetur seipsum accusare ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Bu evrensel ilkenin temelini kişinin kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyeti oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmaya zorlanma yasağının içeriğinde bir tereddüt olmamakla birlikte, pasif katlanma yükümlülüğünün kapsam ve mahiyeti bu ilke karşısında tartışmalıdır.

Sanığın susma hakkı ve kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyetinin, devletin güç kullanması yoluyla ortadan kaldırılmasına karşı korunması gerektiği İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında vurgulanmaktadır. Ceza yargılamasında bireysel savunma makamını temsil eden süje olan şüpheli/sanığın maddi bir obje gibi değerlendirilip rızası hilafına delil aracı olarak işlemlere tabi tutulması nemo tenetur seipsum accusare ilkesinin içeriğinin sadece susma hakkı kapsamına indirgenmesine neden olacaktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin "kişinin iradesine bağlı bilgi/iradesi dışında bilgi" ayrımı da iradeden bağımsız ispat vasıtalarının (vücuttan örnek alınması gibi) adli mercilere her durumda verilmesi zorunluluğunu doğurması nedeniyle bizi nemo tenetur ilkesi ile uyumlu sonuçlara götürmemektedir. Ceza muhakemesi işlemlerine pasif katlanma yükümlülüğünün, ancak ölçülülük ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde yorumlanması halinde modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşır sonuçlara ulaşılabileceği düşüncesindeyiz.

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 20-26 Kasım 2020'de gerçekleştirilen "Ben Masumum" konulu 10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali'nde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, atanju.sarigul@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4112-0311, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.01.2021, Kabul Tarihi: 11.01.2021

Anahtar Kelimeler: Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, Susma Hakkı, Katlanma Yükümlülüğü, Aktif Katılmaya Zorlama Yasası, Ölçülülük İlkesi

Abstract: In the Criminal Procedure Law, whose main objective is to uncover the material fact the defendant wants to contribute to this objective, he/she must do so with her free will. According to the nemo tenetur seipsum accusare principle, no one can be compelled to make accusing statements or to offer evidence against him/herself or his/her relatives. The basis of this universal principle is the freedom to refrain from self-incriminating behavior. Although there is no uncertainty in the content of the prohibition of being compelled to participate actively in criminal proceedings, the scope and nature of the passive sufferance obligation is controversial before this principle.

The jurisprudence of the European Court of Human Rights emphasizes that the defendant's right to remain silent and the freedom to refrain from accusing him/herself must be protected against the abolition of the state through the use of force. Treating the suspect/defendant that represents the individual defense as the subject as a material object and processing him/her as a means of evidence without consent, would reduce the content of the nemo tenetur principle solely to the right to remain silent. The distinction made by the European Court of Human Rights regarding "knowledge obtained with the consent of the individual/knowledge obtained without consent" does not lead us to conclusions in line with the nemo tenetur seipsum accusare principle, since it creates the obligation of providing evidence means involuntarily (such as taking body samples) to the judicial authority in all cases. We are of the opinion that if the passive sufferance obligation in the criminal proceedings is interpreted within the framework of the principles of proportionality and immunity of human dignity, results compatible with a modern criminal and criminal procedure law can be achieved.

Keywords: Nemo Tenetur Seipsum Accusare Principle, Right to Remain Silent, Sufferance Obligation, Prohibition of Being Compelled to Participate Actively, Principle of Proportionality

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin birincil amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak bu amaca ulaşmanın muhakeme hukuku kurallarına uygun olarak, şüpheli, sanık ve mağdurun muhakeme sürecindeki haklarını gözetmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ceza muhakemesince somut gerçeği her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya çıkarma çabası gösterilirken hukuk devleti ilkesinin esaslarına bağlı kalınmalı, bozulan hukuk barışını yeniden sağlama amacı da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda ceza muhakemesinin günümüzde ön plana çıkan amacının, hukuk devleti ilke-

sine uygun şekilde bireylerin hukuki güvenliklerini sağlamak olduğu ifade edilmelidir.

Uygulamada, maddi gerçeğe ulaşma amacı ile hareket eden soruşturma organlarının başvurdukları yöntemler ile susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi¹(kendini suçlamaya zorlanamama hakkı) arasında karşıtlık oluşabilmekte, şüphelinin/sanığın susma hakkı ya da aleyhe delil göstermeye zorlanamama yasağının ihlal edildiği konusunda tereddütler oluşabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, şüphelinin soruşturma esnasında bir kısım belgeleri getirmesi kendisinden istenebilmekte, rızası bulunmaksızın teşhis ya da yer gösterme işlemlerine katılması sağlanabilmekte, muhakeme sürecinde alınan kararlar çerçevesinde vücudundan örnek alınması ya da beden muayenesi yaptırılması gibi tedbirlere de başvurulabilmektedir. Bir soruşturma sürecinde yapılan bu tür işlemlerin nemo tenetur ilkesi kapsamında ne derece hukuka uygun olduğu katlanma yükümlülüğünün sınırlarının ortaya konulması ile mümkündür.

Katlanma yükümlülüğü kapsamında aslında birçok ceza muhakemesi işleminin tartışılması gerektiği, şüpheli ve sanığın yanında üçüncü kişiler bakımından da tartışılmasında fayda olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak konunun kapsamının genişliği dikkate alınarak yapılan çalışma şüpheli/sanık bakımından yapılan inceleme ile sınırlı tutulmuştur. Şüpheli ya da sanığın belge delillerini ibraz etmeye zorlanması ve iradesinden bağımsız olarak kendisi üzerinden delil elde edilmesinin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkı çerçevesindeki yorumu ve sınırları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. Katlanma Yükümlülüğü- Aktif Katılmaya Zorlama Yasağı Ayrımı

A. Genel Olarak

Katlanma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenirken hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği konusunun öğretide tartışmalı olduğunu görmekteyiz. Katlanma yükümlülüğünün sınırlarına dair

¹ “Nemo tenetur seipsum accusare” ilkesi tebliğde kısaca “nemo tenetur” olarak belirtilecektir.

tartışmaya geçmeden kanaatimizce öncelikle katlanma yükümlülüğü kavramının içeriği üzerinde durmak gerekmektedir.

Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın bu işlemlere karşı koymama yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır.² Öğretide; “boyun eğme mecburiyeti”, “uyuma zorunluluğu” veya “yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü” olarak da adlandırılmaktadır.³ Bu yükümlülüklerin önemli bir kısmının koruma tedbirleriyle ilgili olduğunu⁴ ve çoğunlukla soruşturma evresinde karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu nedenle katlanma yükümlülüğü, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmada önemli bir fonksiyona sahip bulunmaktadır.

Katlanma yükümlülüğü yorumlanırken aktif katılmaya zorlayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Şüpheli ya da sanık, kendisi aleyhine muhakemeye aktif olarak katılmaya zorlanamaz.⁵ Şüphelinin muhakemeye aktif katılımı ancak kendi rızası ile olduğu takdirde hukuken geçerli olacaktır.⁶ Ayrıca şüphelinin kendi aleyhine aktif olarak katılmaması, soruşturmaya aktif katkı sağlamaması ya da suskun kalması, vicdani kanaatin oluşumunda aleyhine olacak şekilde yorumlanamayacaktır.⁷

Katlanma yükümlülüğü; öğretide “aktif katılmaya zorlama yasağı”⁸ kavramına karşıt olarak “pasif katlanma yükümlülüğü” ola-

² Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019. s.182, s.194.

³ Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe HFD, S.7/2, 2017, s.122.

Alman öğretisinde katlanma yükümlülüğü “Duldungspflicht” olarak isimlendirilmektedir (Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2014, StPO § 81a, Rn.22-23).

⁴ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.151.

⁵ Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22-23.

⁶ Centel/Zafer, s.182.

⁷ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 428.

⁸ Mitwirkungsfreiheit- katılmaya zorlama yasağı, Alman hukuku öğretisinde “katılma özgürlüğü” olarak ifade edilmektedir.

rak da isimlendirilmektedir.⁹ Şüpheli veya sanığın, iradesine bakılmaksızın bu işlemlere katlanma yükümlülüğünün bulunduğu, sessiz ya da hareketsiz kalmak suretiyle katlanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰ Burada şu sorunun tartışılmasının katlanma yükümlülüğünün sınırlarını ortaya koyabilmemiz bakımından gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

B. Aktif Katılmaya Zorlama Yasağı ile Pasif Katlanma Yükümlülüğü Arasındaki Ayrım Kesin Bir Şekilde Yapılabilir mi?

Alman öğretisinde basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi gerektiği, aktif katılım için bedensel hareketlerin önemli ölçüde olması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Ancak bu ayrımın yeterli bir çözüm sunmadığı gerekçesiyle Alman öğretisinde eleştirildiğini görmekteyiz. Burada belirleyici olması gerekenin hareketin aktif ya da pasif olarak sınıflandırılması olmadığı ifade edilmektedir. Belirleyici olan şey şüpheli/sanın kendini suçlamaya zorlanamama hakkı ile eşdeğer olarak nitelendirilebilecek bağımsız delil değeri içeren bir harekete zorlanmaması gerektiğidir.¹¹

Alman ceza hukuku uygulaması ve öğretisinde, beden muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin basit nitelikteki muayene işlemlerinin (StPO m.81a) aktif zorlama kapsamında görülemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü kişi burada önlemin uygulanmasını sağlamak için şüpheli/sanık aktif bir hareket yapmak zorunda kalmamaktadır.¹² Bu çerçevede; şüpheli/sanığa test için bir şey içirilmesi, muayeneye tabi tutulması, idrar ve yürüyüş testine tabi tutulması, diz çökmesinin, kolunu uzatmasının ya da sorulara cevap vermesinin istenmesi gibi işlemler, ancak yapılmak istenen işlemle ilgili bilgilendirilmesi ve gönüllü olması kaydıyla hukuka uygun görülmektedir.¹³

⁹ İnci, s.136.

¹⁰ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, S.151; İnci, S.135; Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.49.

¹¹ Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

¹² BVerfG 14.2.1978 - 2 BvR 406/77, NJW 1978, 1149 (1150); OLG Hamm 10.1.1974 - 5 Ws 1/74, NJW 1974, 713; OLG Düsseldorf 26.5.1988 - 1 Ws 459/88, JZ 1988, 984; OLG Köln 9.3.2004 - 2 Ws 32/04, juris (Rn. 6); BGH 9.4.1986 - 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39 (45 f.); Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

¹³ Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

Türk ceza hukuku öğretisinde de aktif-pasif katılma ayrımının suni olup, muhakemenin amacına aykırı uygulamalara neden olabileceği, hatta muhakeme süjeleri ya da kolluk tarafından suiistimal edilebileceği gerekleriyle eleştiriler bulunduğunu görmekteyiz.¹⁴ Örneğin; sahtecilik davasında şüpheliden imza örneği alınması pasif katlanma yükümlülüğü kapsamında görülebilir mi? Şüpheli bu durumda kendi aleyhine bir delil vermeye zorlanmış olmuyor mu? Öğretide şüpheli/sanık kendi rızası ile imza örneği vermedikçe, alınan imza örneğinin delil olarak kullanılmasının hukuka aykırı olduğu görüşü savunulmaktadır.¹⁵

II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Nemo Tenetur İlkesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde "adil yargılanma hakkı" kapsamında "nemo tenetur" ilkesine açıkça yer verilmediğini görmekteyiz.¹⁶ Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında; Sözleşme'nin 6. maddesinde özellikle belirtilmemiş olsa da "sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme" hakkının, 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunan bir hak olduğu belirtilmektedir.¹⁷ İHAM, *Gäfgen/Almanya* kararında; susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının (imtiyazının),¹⁸ adil yargılanma hakkının kalbinde yer aldığına, amacın sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁹

¹⁴ Ünver/Hakeri, (2019), s.100; İnci, s.136; İtişgen, s.48.

¹⁵ Ünver/Hakeri, (2019), s.100.

¹⁶ Avrupa Konseyine üye devletler sanığın haklarını 7. Protokolde düzenlerken "kendini suçlamaya zorlanamama hakkını" da düzenlemeyi düşünmüşler fakat eklememişlerdir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin içtihadı ile (Saunders/Birleşik Krallık Kararı) bu talihsiz boşluk doldurulmuştur. Kendini suçlamaya zorlanamama hakkı, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14(3)(e) maddesi ile açıkça güvence altına alınmıştır. (David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, 2013, s.263).

¹⁷ John Jackson, "Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence", *The Modern Law Review*, 2016, s.837; Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.243; İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa.168.

¹⁸ "The right to silence and the privilege against self-incrimination" İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında "kendini suçlamaya zorlanamama imtiyazı" olarak ifade edilmektedir.

¹⁹ İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa. 168.

Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı; bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yine bu hakkın gerekçeleri arasında, şüpheli/sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek olduğu vurgulanmaktadır.²⁰

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının” çerçevesini oluşturan adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirme yaparken, delillerin elde edilme yolu dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı konusunda tespitite bulunmaktadır. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verirken ise savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığını dikkate almaktadır.²¹ İHAM, adil yargılanma ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede, Sözleşme’de düzenlenen diğer haklarla birlikte bütüncül bir değerlendirme yapmaktadır.

“Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının” düzenlenmesindeki temel kaygının, şüphelinin iradesine saygı gösterilmesi fikri olduğu ifade edilmektedir.²² Şüphelinin ceza muhakemesi sürecine herhangi bir aktif katılımının gönüllülük esasına dayanması gerekmektedir. Burada en zor konulardan birisini, ceza muhakemesi işlemine katılmanın gönüllü olup olmadığının tespiti oluşturmaktadır.²³ *Saunders/Birleşik Krallık* kararının karşı oy gerekçesinde kan ve idrar örneklerinin vermesi konusunda -şüphelinin iradesine saygı gösterilmediği için- kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlal edildiğine işaret edilmiştir.²⁴

²⁰ İHAM, *Saunders/Birleşik Krallık*, 17.12.1996, Başvuru No: 19187/91, pa.68; İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, 22978/05, pa. 168; İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.100. İHAM, ilk olarak *Saunders/Birleşik Krallık* ve daha sonra da bir dizi kararında “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkına ne kadar çok önem verdiğini bu cümlelerle ortaya koymaktadır (John Jackson, “Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, Ekim 2009, s.842).

²¹ İHAM, *Khan/Birleşik Krallık*, 21.09.2016, Başvuru no: 38030/12, pa.34; P.G.& J.H./*Birleşik Krallık*, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98, pa.76; Osman Doğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt 1, Avrupa Konseyi, 2012, s.774.

²² Jackson, (2009), s.842; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.263.

²³ Jackson, (2009), s.842.

²⁴ Jackson, (2009), s.844.

İHAM, şüphelinin/sanığın soruşturma sürecinde onur ve haysiyetini incitici bir biçimde muameleye tabi tutularak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal eden kötü bir muamele ile suçlandırıcı bir delile ulaşılması durumunda (örneğin işkence ile), ispat değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman failin suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Mahkemeye göre aksi bir düşünce, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yasaklamak istenen, ahlâken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet edecektir. İHAM, *Jalloh/Almanya* kararında 3. madde ihlalinin göz ardı edilmesini, dikkat çekici bir biçimde "*vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter*" şeklinde ifade edilmiştir.²⁵ İHAM, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin, ispat değerine, sanığın kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz hakkı tanınıp tanınmadığına bakılmaksızın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.²⁶

Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir tartışma konusu ise Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bir delilin kullanılmasının susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında adil yargılanma ilkesini ihlal edip etmediğidir.

İHAM'nin, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlali suretiyle elde edilen deliller konusunda 3. maddenin ihlalinde olduğu gibi katı bir yaklaşım içinde olmadığını görmekteyiz. Mahkeme, bu konunun, başvurucunun savunma hakkına saygı gösterilmiş olması, söz konusu delilin kalitesi ve önemi ile içinde bulunulan koşullara bakılarak karara bağlanabileceği görüşündedir.

İHAM, *Bykov/Rusya* davasında polislin yapmış olduğu gizli dinleme önleminin hukuka uygun olmadığı tespitinde bulunarak özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, buna rağmen özel hayatın gizliliğini ihlal suretiyle elde delilin kullanılmasının Sözleşme'nin 6. maddesi ile çelişmediği sonucuna varmıştır.²⁷

²⁵ "Afford brutality the cloak of law" İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.105. Bu çarpıcı ifade ilk olarak Amerikan Federal Mahkemesince 1952 tarihli *Rochin/Kaliforniya* davasında kullanılmıştır (*Rochin v. California*, 342 US 165 (1952)). Karar için bkz. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/342/165.html> (erişim tarihi: 26.11.2020)

²⁶ İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, 22978/05, pa. 167; İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, 54810/00, pa.107-108; Doğru/Nalbant, C.1, s.775.

²⁷ İHAM, *Bykov/Rusya*, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02, pa. 91.

Bykov/Rusya kararında; kendini suçlamaya zorlanamama hakkının, öncelikle sanığın sessiz kalma iradesine saygı duymakla ilgili olduğu vurgulanmaktadır. Bu imtiyaz ile bir ceza davasındaki kovuşturmada, sanığın iradesine aykırı olarak baskı ya da zorlama yöntemleriyle elde edilen kanıtlara başvurmadan sanık aleyhindeki davanın kanıtlanması amaçlanmaktadır. Mahkeme, bir işlemin kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özünü ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelerken, zorlamanın niteliğini ve derecesini, işlemle ilgili güvencelerin varlığını ve bu şekilde elde edilen herhangi bir delilin kullanım şeklini incelemektedir.

İHAM söz konusu kararda, yerel mahkemenin somut davada sanığın suçlu bulunmasında, hukuka aykırı dinleme yoluyla elde edilen delillere doğrudan dayanmadığını, dinleme kayıtlarındaki konuşmaları yorumlama çabasına girmediğini ve de sanığın suçlu bulunmasında açık bir ikrarı olarak da nitelendirmediğini belirtmiştir. Söz konusu dinleme kayıtlarının, karmaşık delil değerlendirme sürecinde sınırlı bir role sahip olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve güvenilirliği, iddia edilen zorlamanın niteliği ve derecesi ve gizli dinleme yoluyla elde edilen delillerin kullanımının değerlendirilmesine ilişkin güvenceleri inceledikten sonra, yaptığı bütüncül değerlendirmede adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁸

A. Şüphelinin/Sanığın Belge Delilini İbraz Etme Zorunda Bırakılması

İHAM, *Funke/Fransa* kararında; susma hakkının, sadece ifade vermeyi reddetme hakkını değil, kendi aleyhine delil olabilecek belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da kapsadığını ifade etmiştir. Söz konusu kararda, başvuruçunun istenen belgeleri teslim etmemesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının sanığın susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkını ihlal ettiği vurgulanmaktadır.²⁹

Jean Gustave Funke, Fransa'da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. Gümrük yetkilileri, Funke'nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere evine gitmiştir. Evde yapılan aramada yabancı ban-

²⁸ İHAM, *Bykov/Rusya*, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02, pa. 103-105.

²⁹ İHAM, *Funke/Fransa*, 25.2.1993, Başvuru No: 10828/84, pa.41-44.

kalara ait defterler ve çek koçanları bulunmuştur. Yetkililer bunlara el koymuş, mal varlığına ilişkin geçmiş üç yıla ait başka ülkelerdeki banka hesap hareketleri, hisse portföyü bilgileri vs. bazı belgelerin kendilerine verilmesini talep etmişlerdir. Funke'nin talebi reddetmesi üzerine mahkemece toplam 1200 frank ve belgeleri ibraz etmekte gecikilen her gün için 20 frank para cezası ile cezalandırılması ve istenilen belgelerin gümrük yetkililerine verilmesine karar verilmiştir.

Özellikle mali konularda denetim, belge yoluyla olmaktadır. Üstelik Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası belge de örneğin 141 sayılı Suç Kaynaklı Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Zapt edilmesi ve Müsadere Edilmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Strazburg Sözleşmesi), belirli alanlarda belge denetimi yapma yükümlülüğünü getirmektedir.³⁰ Dolayısıyla bir yandan suçla mücadele için bazı uluslararası yükümlülükler kabul edilirken, bir yandan şüpheliden bir kısım belgelerin istenmesinin susma ve kendini suçlamaya zorlanamama haklarının ihlali kapsamında görülmesi bir çelişki olarak görülebilir.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken ilk sorun; susma ve kendini suçlandırıcı delil göstermeye zorlanamama hakkının başlangıç noktasının ne zaman olduğu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin a bendinin 2 numaralı alt bendinin aykırılığının ileri sürüldüğü bir davada; Anayasa'nın 38/5. maddesinde düzenlenen susma hakkının suçlama ile başladığı, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için geçerli olduğu tespitinde bulunmuştur.³¹

Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca; yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme konularının birbirinden farklı durumlar olduğuna işaret edilmiştir. Herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Kanunu'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınmasının, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci

³⁰ İtişgen, s. 125.

³¹ AYM, 31.7.2007, E.2004/31, K.2007/11.

fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.³²

Ancak İHAM kararlarında suç isnadı kavramı geniş yorumlanmaktadır. Ayrıca vergi incelemeleri süreci, ceza verilmesinde en önemli aşamayı oluşturduğundan, bu süreçte de ilgililerin adil yargılanmanın güvencelerinden faydalanması gerekmektedir.³³ Diğer taraftan Anayasa'da 38. maddenin 5. fıkrasının uygulanması için bir suç isnadı yapılmış olması gerektiği yönünde bir daraltıcı hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle söz konusu maddenin, Anayasa'nın metnine ve İHAM içtihatlarına da uygun olan soruşturma öncesi süreçleri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.³⁴

Sorunun çözümü için kanaatimizce burada sorulması gereken diğer soru ya da sorular da şunlar olmalıdır:

- Nemo tenetur ilkesi şüpheli bakımından beyan delilleri ile mi sınırlıdır?
- Yoksa belgeleri de kapsar şekilde yorumlanabilir mi?
- Yoksa somut olay çerçevesinde istenilen belgelerin mahiyetine göre mi hakkın kapsamı belirlenmelidir?

Söz konusu istenen belgelerin günlük yaşam gibi mahrem alana ilişkin olduğu tespit edildiği takdirde öncelikle özel hayatın gizliliği tartışma konusu olacaktır.³⁵

³² Anayasa Mahkemesi karşı oy gerekçesinde ise bu hakkın idari soruşturma aşamasında da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir. "...Esasen 38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idari cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, İngiltere aleyhine açılan bir davada, 19.9.2000 tarihli ve 29522/95 sayılı kararı ile ... şirket devrini soruşturan müfettişlere cezai yaptırım tehdidi ile verilen ifadedeki beyanların yargılama sırasında kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu karar, susma hakkının idari soruşturma aşamasında da geçerli olduğunu göstermektedir..." (Karşı oy gerekçesi).

³³ Geniş bilgi için bkz. Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.109-110.

³⁴ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s.163-164.

³⁵ İtişgen, s. 126.

Somut olayda, başvuru (Funke) belge vermeyi reddetmesi üzerine para cezası yaptırımına tabi tutulmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuru, kendisine karşı açılan davada, iş birliği yapmaya zorlamak için ceza davası başlatılması suretiyle kendi aleyhine delil vermeme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Hükümet ise Fransız gümrük mevzuatı gereği, gelir ve varlıkları ilgilendiren belgeleri belirli bir süre muhafaza ve yetkililer talep ettiğinde ibraz etme yükümlülüğü bulunduğunu, Funke'den belirli bir suçu itiraf etmesi ya da kendi aleyhine delil vermesinin istenmediğini, sadece yetkililer tarafından aramada bulunan ve kendisi tarafından da varlıkları kabul edilen banka belgeleri ve çek defterlerinin ayrıntılarının talep edildiğini belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, hükümetin savunmaları yönünde düşünmüş, ticari ve mali konularda soruşturma usullerinin kendine özgü yönleri ve devletin yaşamsal ekonomik menfaatlerine dayanarak ihlal olmadığı görüşünde olduğunu belirtmiştir.

İHAM'ye göre ise başka yollarla delil elde etmekte yetersiz ya da isteksiz olan gümrük idaresi, başvuru, işlediği iddia edilen suçların delillerini tedarik etmeye zorlama girişiminde bulunmuştur. "Gümrük Kanunu'nun özellikleri, kişinin susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlalini haklı göstermez" gerekçesiyle Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu karar, özellikle mali suçlarla ilgili konularda ceza baskısı ile şüpheli/sanık bakımından bilgi vermeye zorlayıcı hükümleri tartışmalı kılmaktadır.³⁶

Funke/Fransa kararının öğretide belge delilinin beyan delili gibi değerlendirildiği duruma örnek olarak gösterildiğini görmekteyiz. Bu görüş çerçevesinde; yabancı ülkede bir hesabının bulunup bulunmadığını tespit etmek isteyen ve bu konuda tam olarak emin olmayan otoritelerin ilgiliden banka kayıtlarını istemesi durumunda, kişinin bu belgeleri teslimi, aslında "Yabancı ülkede hesabın var mı?" sorusunu "evet" olarak yanıtlamakla aynı anlama gelecektir. Geniş kapsamda sorulan sorulara cevap niteliğinde belge temini tanıklık gibi nitelendirilmektedir.³⁷

³⁶ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.264-265.

³⁷ İtişgen; s.126.

İHAM tarafından daha sonraki kararlarında atıf yapılması dolayısıyla, Funke kararının şüphelinin belge delillerini ibraz etmeye zorlanmasına gösterilebilecek emsal karar nitelendirildiği anlaşılmaktadır. İHAM'nin *Funke/Fransa* kararı ile "şüphelinin/sanığın iradesine bağlı olan bilgiler" konusunda kendini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyeti bulunduğu konusunda net bir yaklaşım ortaya koyduğunu açıklıkla belirtebiliriz.³⁸

B. Şüpheli/Sanığın İradesinden Bağımsız Delillerin Elde Edilmesi

Şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü konusunda asıl sorun alanının, şüpheli/sanığın iradesinden bağımsız bir şekilde var olan delillerin elde edilmesi durumunda olduğunu görmekteyiz.

İHAM tarafından *Saunders/Birleşik Krallık* kararında; zor kullanma yoluyla elde edilmiş bulunsa bile, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda elde edilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılmasının mümkün olduğu, şüphelinin katlanma yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmıştır.³⁹ İHAM, söz konusu kararda sanığın kendini suçlamaya zorlanamama hakkının, susma iradesine saygı ile ilgili olduğu, iradesinden bağımsız olarak var olan idrar, kan örnekleri ya da müzekkereye bağlı olarak edinilen belge gibi delillerin kullanılmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Kararda; kendini suçlamaya zorlanamama hakkının bu örnekleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı belirtilmektedir.⁴⁰

İHAM, *P.G ve J.H/Birleşik Krallık* kararında da karşılaştırma için ses örneği alınmasını kan, saç ya da diğer fiziksel örnekler gibi değerlendirecek, benzer şekilde kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlali olarak nitelendirmemiştir.⁴¹

³⁸ Aynı yönde Ümmügülüm Kılıç, "Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.17, s.268.

³⁹ İHAM, *Saunders/Birleşik Krallık*, 17.12.1996, Başvuru No: 19187/91, pa.69.

⁴⁰ Jackson, (2009), s. 837; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.263.

⁴¹ P.G.& J.H/Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98, pa.80.

Cartledge/Birleşik Krallık davasında ise polis, doktora kan örneğini vermemesi halinde kendisi hakkında dava açılacağı şeklinde şüpheli üzerinde baskı kurmuştur. Komisyon tarafından, *Saunders/Birleşik Krallık* kararına atıf yapılarak, başvuruçunun kan örneğinin zorla alınması ve delil olarak kabul edilmesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmemiştir.⁴²

İHAM, bu kararlarda delil niteliğindeki bu materyallerin toplanma biçimini dikkate almamıştır. Polis gücü ile alınan örnekler, Sözleşme'deki özel yaşamın gizliliği gibi başka hakları da ihlal edebilmektedir.⁴³

Diğer taraftan, *Funke/Fransa* ile *Saunders/Birleşik Krallık* kararları dikkate alındığında, belgelerin verilmeye zorlanması imtiyaz kapsamında değerlendirilirken, kan testi vermeye zorlanmasının imtiyaz dışı olarak nitelendirilmesi de bir çelişki olarak görülmektedir. Her ikisinde de şüphelinin iradesine aykırı olarak özerkliğinin sınırlandırılması söz konusudur.⁴⁴

Kanada Federal Yüksek Mahkemesi "kendini suçlamaya zorlanamama" ilkesinde zihin ürünü- vücut ürünü ayırımını uygulamaktadır. Kanada uygulamasında söz konusu ilkenin şüphelinin "fiziki delilden"⁴⁵ ziyade "ifadelere" ilişkin zorlanması durumunda uygulandığını görmekteyiz.⁴⁶ Devletin şüphelinin zihin alanına⁴⁷ müdahale etmesi kendini suçlamaya zorlanamama hakkı bakımından daha ağır bir müdahale olarak nitelendirilmektedir. Diğer taraftan fiziki delil, çoğunlukla daha objektif ve güvenilir olması ve soruşturmaya önemli bir katkı sağlaması nedeniyle farklılık göstermektedir.⁴⁸ Kanada Federal Yüksek Mahkemesi zorlama ile alınan ifadelerin yanlış olabileceğini, ancak DNA örneğinin önemli ve güvenilir bir delil olduğunu belirtmektedir. Diğer taraftan böyle bir delilin alınması durumunda şüpheli ile devletin karşı karşıya gelmeleri nedeniyle zor kullanmanın ihtimal dâhilinde olduğunu ifade etmektedir. Ancak usuli güvenceler sayesinde

⁴² İHAK, *Cartledge/Birleşik Krallık*, 9.4.1997, Başvuru No.30551/96.

⁴³ İnceoğlu, (2002), S.268.

⁴⁴ Jackson, (2009), s.844.

⁴⁵ Real evidence

⁴⁶ Jackson, (2009), s.844-845.

⁴⁷ Sanctum of mind

⁴⁸ Jackson, (2009), s.845.

de devletin zorlamanın kötüye kullanılmasını engellenebileceği, şüphelinin “kendini suçlamaya zorlanamama hakkı” ile “maddi gerçeğin tespiti” arasında denge kurulabileceği görüşündedir.⁴⁹

“Şüpheliye sağlanan usuli güvenceler”, İHAM tarafından da yukarıda da belirttiğimiz gibi incelemede önemli kriterlerden birisini teşkil etmektedir. İHAM, özellikle soruşturma evresinde şüphelinin daha zayıf bir konumda olduğunu, bu zayıflığın, soruşturmanın başından itibaren avukata erişebilme hakkı tanınması ile giderilebileceğini belirtmektedir.⁵⁰ *Salduz/Türkiye* kararında, avukata erişim hakkının şüphelinin kendinin suçlamaya zorlanamama hakkının teminine ilişkin usuli güvenceler kapsamında sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁵¹ İHAM, şüphelinin yanında müdafisi olmaksızın polise verdiği ifadeye suçlamayı kabul ettiğine dair yaptığı açıklamalar konusunda; başvuranın polis nezareti süresince avukat desteği olmayışının yargılamada savunma hakkını kaçınılmaz bir şekilde etkilediği sonucuna varmıştır.⁵²

İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 6. maddesinin normalde sanığın polis sorgulamasının ilk safhasında avukat desteğinden yararlanmasına izin verilmesini şart koştuğunu, ancak İHAS’de açıkça ifade edilmeyen bu hakkın geçerli nedenlerle kısıtlanabileceğini, sonuç olarak her davada, kısıtlamanın dava sürecinin tamamı kapsamında sanığı adil yargılamadan mahrum edip etmediği çerçevesinde değerlendirme yapacağını vurgulamıştır.⁵³

⁴⁹ R. v. S. (R.J.), 1995, Dava No: 23581, bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1226/index.do> (erişim tarihi: 03.12.2020); Jackson, (2009), s.845.

⁵⁰ Jackson, (2016), s. 1001.

⁵¹ Jackson, (2016), s. 988.

⁵² İHAM, *Salduz/Türkiye*, 26.04.2007, Başvuru no: 36391/02, pa.54-55; Söz konusu kararda İHAM tarafından, 6. maddenin normalde sanığın polis sorgulamasının ilk safhasında avukat desteğinden yararlanmasına izin verilmesini şart koştuğunu, AİHS’de açıkça ifade edilmeyen bu hakkın geçerli nedenlerle kısıtlanabileceğini belirtmektedir. Her davada sorun, kısıtlamanın dava sürecinin tamamı ışığında sanığı adil yargılamadan mahrum edip etmediği çerçevesinde çözülmektedir. *Salduz/Türkiye* kararında; gözetimdeki polis ifadesinin hükme esas alınması nedeniyle başvuranın polis nezareti süresince avukat desteği olmayışının yargılamada savunma hakkını kaçınılmaz bir şekilde etkilediği sonucuna varılmıştır (pa.56-62).

⁵³ İHAM, *Salduz/Türkiye*, 26.04.2007, Başvuru no: 36391/02, pa.54; Dimitrios Giannoulou, “Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence In France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance”, *Criminal Law Forum* 24, Eylül 2013, s.310.

İHAM, *Heaney&McGuinnes/İrlanda* kararında ise; 1939 tarihli bir Kanun'a dayanan "Devlet aleyhine işlenen suçlarda bilgi vermemeyi" müeyyide altına alan düzenlemeye ilişkin kolluk işlemiyle ilgili değerlendirme yapıldığını görüyoruz. Başvurucular yasadışı örgüte üye olmak suçundan beraat ederken, polise sorgu sırasında bilgi vermeleri nedeniyle altı ay hapis cezasına mahkûm olmuşlardır. İHAM, isnat edilen suçlamaya ilişkin bilgi vermeye zorlanmalarının, susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özüne zarar verdiğini tespit etmiştir. İHAM, güvenlik ve kamu düzeninin söz konusu hakların özünü ortadan kaldıran bir hükmü haklı kılamayacağını belirtmiştir.⁵⁴ İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki "adillik" ilkesinin, bu hakkın ayırım yapılmaksızın en basitinden en karmaşığına kadar tüm ceza muhakemesi süreçlerinde uygulanması gerektiği anlamına geldiği görüşündedir.⁵⁵

Bu kararlardan şu sonuçlara varmamız mümkündür:

- Güvenlik ve kamu düzeni ile de olsa susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özüne zarar verilemez (*Heaney&McGuinnes/İrlanda Kararı*).⁵⁶
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde "susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı" geniş bir içeriğe sahiptir. Sadece ifade vermeyi reddetme hakkını değil, belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da kapsar (*Funke/Fransa Kararı*).
- "Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının", hem soruşturma (*Funke/Fransa*) hem de kovuşturma evresinde (*Saunders/Birleşik Krallık*) uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.⁵⁷

İHAM, *Jalloh/Almanya* kararında da; *Saunders/Birleşik Krallık* kararına atıf yapılarak, kan, saç örneği ya da vücut dokusu alınması işlemleri bedene yönelik pasif katlanma yükümlülüğü kapsamında hafif müdahaleler olarak nitelendirilmiştir.⁵⁸ Ancak somut olayda şüpheli-

⁵⁴ İHAM, *Heaney&McGuinnes/İrlanda*, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97; Jackson, (2009), s. 837-838.

⁵⁵ Jackson, (2009), s. 837.

⁵⁶ İHAM, *Heaney&McGuinnes/İrlanda*, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97.

⁵⁷ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, 2013, s.246.

⁵⁸ İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.114.

nin dört kolluk görevlisi tarafından tutularak, sağlık tehlikesi doğuran endoskopik bir işlemle (midesine sonda ile kusturucu madde verilmiştir) kusmasının sağlanması, hekim kontrolünde olsa bile, katlanma yükümlülüğünün kapsamını aşar nitelikte olduğuna karar verilmiştir.

İHAM, söz konusu kararda kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında yaptığı değerlendirmede sırasıyla; yapılan müdahalenin mahiyet ve derecesi, yapılan soruşturmada kamu yararının ağırlığı, isnat edilen fiilin cezası, daha az riskli başka bir müdahale ile aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı yönlerinden inceleme yapmıştır.⁵⁹ Mahkeme, önceki kararlarından farklı olarak soruşturmada “kamu yararı” unsurunu da incelenecek faktörler arasına dahil etmiştir.⁶⁰

İHAM, katlanma yükümlülüğü yönünden değerlendirme yaparken öncelikle delillerin toplanması için uygulanan müdahalenin mahiyet ve derecesini dikkate almıştır. Mahkeme, başvuruyu uyuşturucuyu kusmaya zorlamanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne önemli ölçüde müdahale olduğu sonucuna varmıştır. İHAM, başvuranın dört polis memuru tarafından hareketsiz hale getirilerek, burnundan midesine bir boru ile kimyasal nitelikteki kusturucu madde verilmesi suretiyle vücudunun patolojik reaksiyon göstermesinin sağlanması şeklinde gerçekleşen tıbbi müdahalenin onur kırıcı ve insanlık dışı muamele niteliğinde olduğunu belirtmiştir. İHAM, delillerin İHAS'nin 3.maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edildiğini, bu delillerin kullanılması suretiyle de kişinin kendisini suçlamama hürriyeti çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶¹

İHAM, şüphelinin önemli bir uyuşturucu satıcısı değil, sokak satıcısı olduğunu, fiilin en fazla altı ay hapis cezasını gerektirdiğini ve ertelenebildiğini vurgulamak suretiyle yapılacak müdahale ile kamusal yarar arasında ölçülülük bulunmadığı görüşündedir.⁶² Ayrıca İHAM, kusturucu ilaç kullanılmasının riskli olup, daha önce iki kişinin ölümüne neden olduğunu, yutulan uyuşturucunun doğal yollardan vücudu terk etmesinin beklenmesi suretiyle daha güvenli bir müdahale ile aynı sonuca ulaşılmasının mümkün olduğunu, söz konusu

⁵⁹ İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.117.

⁶⁰ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.265.

⁶¹ İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.118.

⁶² İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.119.

müdahalenin Jalloh da (başvurucuda) korku doğurduğunu ve aşağılanmasına neden olduğunu belirtmiştir.

İHAM, iç hukuk kapsamında Alman Ceza Usul Kanunu'nun 81/a maddesine de atıf yaparak; şüphelinin vücuduna yönelik müdahalelerin, muhakeme için önemli olguların tespiti için, doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak, hastane ortamında ve "sadece sağlığı için bir tehlike oluşturmayacağı hallerde" uygulanabileceğine vurgu yapmaktadır.⁶³ İHAM tarafından, Alman Ceza Usul Kanunu'nun bu düzenleme kapsamında önlemin keyfi ve yanlış uygulanmasına yönelik yeterli güvenceyi içerdiği belirtilmekle birlikte, başvuruçunun İngilizcesinin zayıf olması nedeniyle yapılan işlemle ilgili yeterli bilgiye sahip olmadığı da belirtilmektedir.

Jalloh/Almanya kararı, şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya zorlanamama hakkının tespiti için çok sayıda faktör bakımından inceleme yapılması nedeniyle yeni bir yaklaşım olarak nitelendirilmektedir. Mahkeme yukarıda da belirttiğimiz üzere müdahalenin mahiyet ve derecesi, yapılan soruşturmada kamu yararının ağırlığı, isnat edilen fiilin cezası, usule karşı yeterli güvencelerin öngörülmüş olması ve elde edilen delillerin kullanılması bakımından yaptığı inceleme sonucu ihlal olup olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bu faktörlerin tamamını dikkate alarak kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özünü ihlal edip etmediği konusunda bir karara varmıştır.⁶⁴ Eğer zorlama hakkın özüne zarar veriyorsa uygunsuzdur (hukuka aykırıdır).⁶⁵

Alman hukuku uygulamasında; şüpheli/sanığın yapılacak işlemle ilgili bilgilendirilmesi suretiyle gönüllü olarak işlemlerin yapılmasının esas olduğu görülmektedir. Yapılacak müdahalenin nedenleri ve

⁶³ İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.120. Alman Ceza Usul Kanunu'nun "Beden Muayenesi; Kan Örneği" başlıklı 81/a maddesinin 1. fıkrası; "Muhakeme için önemli olguların tespiti için, şüphelinin vücudunun muayene edilmesi kararı verilebilir. Şüphelinin rızası olmasa dahi, sağlığı için tehlike oluşturmayacağı hallerde, inceleme yapmak amacı ile kan örneği alınması ve bir doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücudunda yapılan diğer müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür" düzenlemesini içermektedir. Kanun metninin Türkçe tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/Salih Oktar, *Alman Ceza Usul Kanunu- Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

⁶⁴ Jackson, (2009), s. 840.

⁶⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.264.

sonuçlarının ölçülülük ilkesi⁶⁶ çerçevesinde tartışılması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷ Beyin-omurilik sıvısı alınması gibi tehlikeli müdahaleler, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, ancak çok ciddi suçlarda ve kuvvetli suç şüphesi durumunda ve ancak uzman bir hekim tarafından yapılabilir.⁶⁸

İHAM, yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek bir ağırlığa sahip olup olmadığını değerlendirirken, yapılan muamelenin süresi, başvuru üzerindeki fiziksel ve zihinsel etkileri, kasten yapıp yapılmadığı, tasarlanmış, planlı bir eylem olup olmadığını göz önüne almaktadır. Somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde, yapılan muamelenin insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar vermektedir.⁶⁹

III. Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Nemo Tenetur İlkesi

Ulusal mevzuatımız çerçevesinde konuyu inceleyecek olursak; susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi, Anayasa'nın m.38/5'te yer alan kişinin "*kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması*" ilkesinden çıkarılan bir sonuçtur. Anayasa hükmü sadece kendisini değil, yakınlarını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasa'nın açık hükmü gereği suçlayıcı nitelikteki her şey "*nemo tenetur*" ilkesi kapsamında değerlendirilecektir.

Bu nedenle "*nemo tenetur*" ilkesini beyan delili ile sınırlandırılmasına yorum yoluyla ulaşmak mümkün değildir.⁷⁰ Öğretide Anayasa hükmünden hareketle; sanığın, saç teli ve tükürük gibi rahat elde edilebilecek örnekleri bile vermeye zorlanamaması gerektiği ileri sürülmektedir.⁷¹

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "*şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına*" ilişkin düzenleme (m.75)

⁶⁶ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

⁶⁷ Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.19-21; 22-23.

⁶⁸ BVerfGE, 16; HANNICH, StPO § 81a, Rn.6a; GRAF, StPO § 81a, Rn.14-14.3

⁶⁹ İHAM, Gäfgen/Almanya, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa. 101-108.

⁷⁰ Aynı yönde İnceoğlu, (2018), s.162.

⁷¹ İtişgen, s.49.

incelendiğinde; Alman Ceza Usul Kanunu'nda olduğu gibi, hâkim ya da mahkeme kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile yapılabildiği görülmektedir.

Aynı madde (m.75) uyarınca; yapılacak işlemin tabip veya sağlık mensubu bir kişi tarafından yerine getirilmesinin gerekmesi, üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesi ile vücuttan örnek ya da doku alınmamasının mümkün olmaması ve de en önemlisi yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşulunun aranması, ölçülülük ilkesi ile uyumlu nitelikte bir düzenleme olduğunun göstergeleridir. Ayrıca şüpheli veya sanık bakımından rıza olsa bile hâkim kararına gereksinim vardır. Dolayısıyla kolluğun, şüpheli veya sanığın rızasını alarak beden muayenesi yapılmasının önüne geçilmiştir.⁷²

Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemede, Alman Ceza Usul Kanunu'ndan farklı olarak, şüpheli veya sanığın rızasının olmaması durumuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alman Ceza Usul Kanunu'nda (StPO m.81a) şüphelinin rızası olmasa dahi, sağlığı için bir tehlike oluşturmayacağı hallerde, inceleme yapmak amacıyla kan örneği alınması ve bir doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücuduna yapılan diğer müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla Alman Ceza Usul Kanunu'nda "zorla muayene etme" yöntemi benimsenmiştir. Ancak bunun kişiye eza verir şekilde ve insan haysiyetini zedeler şekilde yapılması hukuka aykırıdır.⁷³

Yukarıda da belirtildiği üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in "İlgilinin Rızası" başlıklı 18. maddesi; "*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin mu-*

⁷² Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.613.

⁷³ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.636. Fransız Ceza Kanunu'nda ise muayene olmayana, ayrıca hâkim kararına uymama nedeniyle para cezası uygulanmakta, fakat zorla muayene yapılmamaktadır (Yenisey/Nuhoglu, s.636).

ayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır” düzenlemesini içermektedir.

Bu düzenlemeden üstü kapalı şekilde “zorla muayene ve örnek alma işlemi” yapılabileceği yorumuna ulaşılmaktadır.⁷⁴ Ancak öğretide de sıklıkla vurgulandığı üzere; öncelikle bu düzenlemedeki “alınabilecek önlemlerin” neler olabileceği belirsizdir. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalenin idari düzenleme niteliğinde olan yönetmelikle yapılmış olması da ayrı bir sorundur.

Öğretide şüpheli ve sanığın beden muayenesine, bir başka deyişle bedenini keşif konusu yapılması işlemine katlanmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Şüpheli ve sanığın yapılacak işleme rızasının bulunmaması halinde Yönetmelik hükmü uyarınca işlem zorla gerçekleştirilebilecektir. Zorlamanın ölçüsünün de orantılılık ilkesi çerçevesinde belirlenebileceği ifade edilmektedir.⁷⁵

Somut örnekler üzerinden düşünüldüğü takdirde, kan örneği vermek istemeyen şüphelinin zorla yere yatırılması, üstüne çıkılması ya da Jalloh/Almanya davası örneğinde olduğu gibi dört kolluk görevlisi tarafından kollarından tutularak örnek alınması katlanma yükümlülüğünün kapsamında görülebilecek midir? Yönetmelikteki düzenlemeden hareketle bir sonuca varabilmek kanaatimizce mümkün değildir.

Diğer taraftan kişiye zorla tıbbi bir işlem yapılması, muayene edilmesi ya da vücudundan örnek alınmasının tıbbi deontoloji ve tıp etiği ilkeleriyle ne derece uyumlu olduğu da ayrı bir tartışma konusudur.⁷⁶ Beden muayenesi tıbbi bir müdahale niteliğindedir ve hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.⁷⁷ Bu kapsamda tıbbi müdahale için gerekli koşullardan birisi de “ilgilinin rızası”dır.⁷⁸ Diğer taraftan zorla muayenenin hekimlik mesleğinin ge-

⁷⁴ İtişgen, S.49.

⁷⁵ Şahin/Göktürk, (2020), s.62-63.

⁷⁶ Hakan Kızıllarslan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 217-218; Yenisey/Nuhoğlu, s. 636.

⁷⁷ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.6/2.

⁷⁸ Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.614. Ünver/Hakeri, sonuç olarak ilgilinin rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin Anayasa'nın öngördüğü istisna çerçevesinde TCK'da düzenlenmesi nedeniyle hukuka aykırı olmadığı görüşündedir. Ayrıca ilgilinin rızası olmaksızın yapılan muayenenin Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Rıza

rekleriyle bağdaşmadığı, kişinin sağlığını tehlikeye sokan, hatta yapılan işleme göre komplikasyona neden olabileceği öğretide haklı olarak savunulmaktadır.⁷⁹

Sorunun çözümüne yönelik öğretide teklif niteliğinde bazı görüşlere yer verildiğini görmekteyiz. Bu konudaki bir görüşe göre, sanığın kendi bedenine ilişkin muamelelere rızası yoksa bir müdafiyeye müraعات imkânı tanınmalı, muameleyi durdurucu etkisi olan itiraz hakkı mümkün olmalı ve bir bilirkişinin mütalaası alınmalıdır. Fakat vahim olmayan tedbirlerin alınmasına sanık engel olamamalıdır.⁸⁰

Diğer bir görüşe göre ise hâkim kararına rağmen kişi muayene yapılmasını kabul etmiyorsa, o işlemin mutlaka yapılmasının gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara göre gösteren ikinci bir hâkim kararı alınmalıdır. Yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilmesinin bu sayede önlenebileceği ifade edilmektedir.⁸¹

Kanaatimizce “gözlem altına alma” sürecinde olduğu gibi bir düzenlemeye yer verilmesi düşünülebilir. Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemine itiraz etmesi durumunda, aynı gözlem altına alma işleminde olduğu gibi, itirazın kararın yerine getirilmesini durdurması daha teminatlı bir yöntem olabilir. Yapılacak işlem öncesi itiraza konu kararın başka bir hâkim veya mahkeme heyetince incelenebilmesi ve itirazın sonucuna göre işlem yapılmasının tereddütleri ortadan kaldırmabileceği kanaatindeyiz.

Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama” başlıklı 22. maddesi ile de çelişmediği belirtilmektedir (Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.614). Adı geçen Yönetmelik’in 22. maddesinde; “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı belirtmekte(f.1), ancak suç işlediği şüphesi altında olan kişinin, muhtemel delillerin kendisinin ya da mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde, bu delillerin ortaya çıkarılması için hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile sanığın ve mağdurun tıbbi ameliyeye (müdahaleye) tabi tutulabileceği (f.2-3)” ifade edilmektedir.

⁷⁹ Kızılarşlan, s. 217-218; Yenisey/Nuhoğlu ise rıza dışı muayene sonucu elde edilecek delillerin güvenilirliği yönünden tespitite bulunmuştur. Özellikle genital muayenelerde rızanın aranması gerektiğini, aksi takdirde bu muayenede %95 hatalı sonuçlara ulaşılabileceğini belirtmektedir (Yenisey/Nuhoğlu, s. 636).

⁸⁰ Faruk Erem, “Süsma Hakkı”, *Bursa Barosu Dergisi*, 1980, s. 11 (naklen İtişgen, s.49).

⁸¹ Yenisey/Nuhoğlu, S.636.

Fransa örneğinde olduğu gibi (Fransız Ceza Usul Kanunu m.55/son), muayeneye rızası olmayan şüpheli ya da sanığa hâkim kararına karşı geldiği için ceza yaptırımı uygulanması da düşünülebilir. Ancak bu durumda, söz konusu norm şüpheli/sanık bakımından itaat normuna dönüşecek, kolluğun delil toplama işini kolaylaştırmak için bir zorlama aracı olacaktır. Kural tam anlamıyla kişinin kendi aleyhine delil toplanmasında iş birliği yapmamasını cezalandırma niteliğinde olacaktır. Bu yönüyle böyle bir düzenlemenin “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkının özüne zarar verebilecek nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.⁸²

SONUÇ

İHAM kararları incelendiğinde, katlanma yükümlülüğü kapsamında delil elde etmek amacıyla zor kullanılabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak şüpheli/sanığın susma hakkı ve kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyetinin, devletin güç kullanması yoluyla ortadan kaldırılmasına karşı korunması gerektiği İHAM içtihatlarında vurgulanmaktadır. Ceza yargılamasında bireysel savunma makamını temsil eden süje olan şüpheli/sanığın maddi bir obje gibi değerlendirilip rızası hilafına delil aracı olarak işlemlere tabi tutulması nemo tenetur ilkesinin içeriğinin sadece susma hakkı kapsamına indirgenmesine neden olacaktır.

Katlanma yükümlüğünün sınırlarının hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesi ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde somut olay kapsamında belirlenmesi gerekmektedir.

⁸² Ünver/Hakeri tarafından 2918 sayılı Kanun’un 48/9. maddesinde düzenlenen “Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır” düzenlemesi yönünden benzer görüşlere yer verilmiştir (Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.607).

2918 sayılı Kanun’un bu maddesinin yaptırım hükmü nemo tenetur ilkesine aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmüş ise de Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Karşı oy gerekçesinde ise söz konusu yaptırımın kişinin kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmama hakkına aykırılık teşkil ettiği, Anayasanın 38/5. maddesine aykırı olduğu görüşüne yer verilmiştir (AYM, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178 (RG: 04.03.2015)).

Yürütülen soruşturmanın önemi, kamusal yararın ve öngörülen cezanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, alternatif ve daha hafif bir müdahale imkânı var ise mutlaka dikkate alınması önem arz etmektedir. Tabi ki, en önemli husus kişinin sağlığı yönünden herhangi bir risk oluşturmaması gerektiğinden emin olunmasıdır. Yapılacak müdahalenin şüpheli/sanıkta fiziksel ya da zihinsel olarak büyük bir ıstıraba neden olmaması gerekmektedir. Somut olay kapsamında asgari eşiğin aşılması durumunda, yapılan işlemin insanlık dışı ve onu kırıcı bir muamele olarak değerlendirilebileceğinin göz önüne alınması gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları çerçevesinde nemo tenetur ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bakımından yapılan incelemede dikkate değer diğer husus ise şüpheli ve sanığa yeterli usuli güvencelerin sağlanmış olması gerektiğidir. Özellikle soruşturma evresinde zayıf bir konumda olan şüpheliye avukata erişim hakkı gibi temel hakların bu zayıflığın telafisi kapsamında mutlaka sağlanması önem arz etmektedir.

Sonuç olarak; susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı çerçevesinde katlanma yükümlülüğün, ancak kamu yararının ağırlığı gözetilmek suretiyle, ölçülülük ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde yorumlanması halinde modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşır sonuçlara ulaşılacağı düşüncesindeyiz.

Kaynakça

Kitaplar

- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, Avrupa Konseyi, 2012.
- Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Graf Jürgen, Beck'sche Online Kommentare StPO mit RiStBV und MiStra, 37. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2020.
- Hannich Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2019.

- Harris David/O'Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, 2013.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kızıllar Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Knauer Christoph/Kudlich Hans/Schneider Hartmut, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2014.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ünver Yener /Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019,
- Ünver Yener /Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, Alman Ceza Usul Kanunu- Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Makaleler

- Giannouloupolous Dimitrios, "Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence In France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance", *Criminal Law Forum* 24, Eylül 2013, s.291-329.
- İnci, Z. Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe HFD*, S.7/2, 2017, s. 120-168.
- Jackson John, "Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, Ekim 2009, s.835-861.
- Jackson John, "Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence", *The Modern Law Review*, 2016, s.987-1018.
- Kılıç Ümmügülsüm, "Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katılma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.17, s. 247-278.

Mahkeme Kararları

İHAM, Bykov/Rusya, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02.

İHAM, Cartledge/Birleşik Krallık, 9.4.1997, Başvuru No.30551/96 (Komisyon Kararı).

İHAM, Funke/Fransa, 25.2.1993, Başvuru No: 10828/84.

İHAM, Gäfgen/Almanya, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05.

İHAM, Heaney&McGuinness/İrlanda, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97.

İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00.

İHAM, Khan/Birleşik Krallık, 21.09.2016, Başvuru No: 38030/12.

İHAM, P.G.& J.H/Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98.

İHAM, Salduz/Türkiye, 26.04.2007, Başvuru No: 36391/02.

İHAM, Saunders/Birleşik Krallık, 17.12.1996, Başvuru No:19187/91.

AYM, 31.7.2007, E.2004/31, K.2007/11.

AYM, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA SUÇÜSTÜ HALİNDE ŞÜPHELİNİN YAKALANMASINI SAĞLAMAK AMACIYLA SİLAH KULLANMA YETKİSİ (PVSK m. 16/7)*

THE POWER TO THE USE OF FIREARMS FOR THE PURPOSE OF
ARRESTING A SUSPECT IN CASE OF FLAGRANT OFFENCE IN
THE LIGHT OF COURT OF CASSATION JUDGMENTS
(ART. 16/7 OF THE POLICE LAW)

Öznur SEVDİREN**

Özet: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda 2007 yılında yapılan bir değişiklik ile suçun niteliğine ve ağırlığına bakılmaksızın kişinin yakalanmasını sağlamak üzere kolluğa silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin atıfta bulunduğu uluslararası belgeler, silah kullanımının istisnai niteliğinin altını çizmekte ve ateşli silahın ancak meşru savunma halinde veya gerçekleşmesi muhakkak öldürme veya ciddi yaralanma riski yaratan suçlara ilişkin olarak saldırganın yakalanması amacına dönük olarak kullanabileceğini belirtmektedir. Uygulamada suçun niteliğine bakılmaksızın her türlü suç, hatta kabahat türünden fiiller açısından silah kullanma yetkisine başvurulmaktadır. Dahası, şüphelinin başka suretle yakalanması mümkün iken, özellikle hareketli hedeflere dönük olarak, öldürücü şekilde atış tevcih edilebilmektedir. Bu noktada, temyiz aşamasına gelmiş az sayıda vakada ise, Yargıtay çoğunlukla failin kolluk görevlisi olması dolayısıyla bir nevi "taksir karinesi" benimsemekte, kastın bulunduğunu tespit ettiği az sayıda vakada ise kasten yaralama suçunun mevcudiyetinden hareket etmektedir. Bu biçimde, Yargıtay, kasten öldürme ve yaralama arasındaki ayrım bakımından geliştirdiği içtihadından ayrılmaktadır. Bu yazıda konu ile ilgili mevzuat çerçevesinde Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı eleştirel bir biçimde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Silah Kullanma Yetkisi, Kasten Öldürme, Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme, Kolluğun Yetkileri, Suçüstü

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr (iur.) Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, oznur.sevdiren@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0952-7741, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.01.2021, Kabul Tarihi: 28.01.2021

Abstract: Through an amendment in the Law on Police Duties and Powers in 2017, the police is vested with the use of arm irrespective of the nature and gravity of the offence. International instruments cited by the European Court of Human Rights and the (Turkish) Constitutional Court underline the exceptional nature of the use arm and provide that it can only be used in the case of legitimate self-defence or for the purpose of arresting an attacker posing a risk of killing or serious injury. In practice, regardless of the nature of the crime, police makes use of firearms in terms of all types of crimes and even in relation to infraction. Moreover, notwithstanding the fact that arresting the suspect is possible through a less intrusive way, in particular against moving targets fatally causes deaths. In a small number of cases that have reached the cassation stage, the Court of Cassation has adopted a 'negligence presumption', due to the fact that the perpetrator is a law enforcement officer. In a relatively small number of cases where, the High Court found that the perpetrator acted with intention, the crime was intentional injury. In so doing, the Court deviates from its established case law on the differences between intentional killing and injury. In this study, such approach of the Court of Cassation will be critically dealt with against the background on the relevant legislation.

Keywords: The Power to The Use of Firearms, Intentional Killing, Death Caused by Negligence, the Power of Law Enforcement Officials, Flagrante Delicto

I. Giriş

Kolluğun yetkilerinin kapsamı ve bu yetkilerin kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek suiistimaller ile ilgili güvence rejimi modern kamu hukuku disiplinlerinin temel sorunlarından biridir. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde, özellikle 11 Eylül sonrasında kolluk ile ilgili mevzuat yönünden güvenlik eksenli mülhazalar ağırlık kazanmış durumdadır.¹ Bu eğilimi çeşitli biçimlerde yansıtan Polis Vazife ve Sahahiyet Kanunu (PVSK) açısından ise sorunun ve tartışmanın merkezinde zor ve silah kullanma yetkisi bulunmaktadır. 2007 yılında 5681

¹ Faruk Turhan/Muharrem Aksu, "11 Eylül Sonrası ABD'de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler- Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, c. 1, sy. 1, s. 47-90; Zühtü Arslan, "11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2006, c. 8, sy., 2, s. 121-136. Ayrıca bkz., Dora Kostakopoulou, "How to Things with Security Post 9/11", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, c. 28, sy. 2, ss. 317-342; Vahap Coşkun, "Güvenliği Özgürlükte Aramak", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, sy:8-11, s. 1-10; Mustafa Erdoğan, "Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, c 12, sy. 24, s. 21-29, 2013.

sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK) zor ve ölümcül kuvvet kullanımı ile ilgili önemli bir değişikliğe gidilmiştir.² Yeni düzenleme ile daha önce iki ayrı maddede düzenlenen zor ve silah kullanma yetkileri (PVSK m. 16 ve Ek m. 6) 5681 sayılı Kanun ile aynı maddede toplanmıştır. Bu hüküm çerçevesinde isnat edilen suçun niteliğine bakılmaksızın hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve yakalamayı sağlayacak ölçüde silah kullanılması mümkün kılınmıştır. Her ne kadar silah kullanma yetkisinin orantılı bir biçimde kullanılması açıkça hükme bağlanmış olsa da yapılan bu değişiklik ile kolluğun yetkileri ölçüsüz bir biçimde genişletilmiş ve suiistimallere açık bir zemin yaratılmıştır. Nitekim düzenlemeden hemen sonra, özellikle suçüstü halinde silah kullanma yetkisi ile ilgili olarak kamuoyunun da gündeminde geniş bir biçimde yer alan ve silah kullanımının hukuka uygun olarak değerlendirilmesi son derece güç vakalar yaşanmıştır.³ Aşağıda tartışılacağı üzere içtihat mahkemesi olarak Yargıtay ise bu bakımdan sınırlı bir denetim yapabilmiştir.

Bu çalışma, son derece geniş ve görece bakir bir alandaki tartışmayı belirli ölçülerde sınırlanması gerekliliği üzerine bina edilmiştir. Birincisi, polis ve jandarma gibi genel kolluğun yanında köy korucuları, orman kolluğu, çarşı ve mahalle bekçileri ve özel güvenlik görevlileri de silah kullanma yetkisine sahiptir. Ancak, bu çalışma, PVSK md. 16'daki fonksiyonel anlamıyla suç kolluğunun görevleri ile ilgili bir değerlendirme yapacaktır.

² M. Bedri Eryılmaz, "5681 sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri", 2007, *Ankara Barosu Dergisi*, c. 65, sy. 3, s. 63-79. Kerem Altıparmak/ Ahmet Murat Aytaç/Onur Karahanoğulları/ Türkan Hançer/Devrim Aydın, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma", *Hukuk ve Adalet*, 2007, sy. 11, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm#_Toc172375669 (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

³ Human Rights Watch, *Adalet Karşı Safları Sıklaştırmak, Türkiye'de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller*, New York 2008, s. 28 vd. Konuyla ilgili haberler için bkz. örneğin, 'Polis şiddeti 183 kişiyi hayattan kopardı', *Cumhuriyet*, 17/2/2015, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/polis-siddeti-183-kisiyi-hayattan-kopardi-216613>, Human Rights Watch, *Türkiye: Polis ve Bekçi İşkence ve Kötü Muamele Yapıyor*, <https://www.hrw.org/news/2020/07/29/turkey-police-watchmen-involved-torture-ill-treatment> 29/07/2020 (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

Keza, genel kolluk açısından tanınan yetki, bütün boyutlarıyla değil suçüstü halinde bulunan şüpheliler bağlamında tartışılmaktadır. Kuşkusuz, PVSK 16. madde bağlamında, özellikle bilirkişiler ve tanıklar için de uygulanması mümkün zorla getirme kararının icrası sırasında silah kullanılması, ölçülülük ilkesi yönünden kabul edilemez sonuçlara yol açabilecektir. Böyle bir yetkinin anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Ancak, bu çalışma uygulamada da sıklıkla yaşanan suçüstü hali ile bağlantılı olarak silah kullanma yetkisini ele alacaktır.

Nihayet, bu çalışmada zor ve silah kullanma yetkisini bütün olarak değerlendirmek yerine, suçüstü halinde kolluğun silah kullanma yetkisini odağına almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) de bir dizi kararında belirttiği üzere, öldürücü olmayan silahların kullanım tarzına göre öldürücü hale gelmesi mümkündür. Sözelimi, biber gazı ölümcül sonuçlar yaratabilecek biçimde kullanılabilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin de aynı yönde kararları mevcuttur.⁴ Dolayısıyla, zor ve silah kullanma arasında bir sınır çizilebilir çoğunlukla güçtür. Ancak, bu çalışma kapsamı itibarıyla kolluğun suçüstü halinde ateşli silah kullanımı esas alınmıştır.

Kolluğun ölümcül kuvvet kullanabilmesi anlamına gelen silah kullanma yetkisi en başta bireyin yaşam hakkı ile son derece ilişkilidir. Bu nedenle, Yargıtay'ın ilgili daire kararlarında, yaşam hakkı ile ilgili mevzuata sıklıkla yer verildiğini gözlemlemek mümkündür. Bu bakımdan, bu çalışmada öncelikle yaşam hakkı ile ilgili mevzuat ve uluslararası belgelere değinilecek, ardından, kolluğun suçüstü halinde silah kullanma yetkisi tartışılacaktır.

II. Yaşama Hakkı ile İlgili Uluslararası Sözleşmeler

Yaşama hakkı, insanın devredilmez bir "özniteliği" olarak insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer taşımaktadır.⁵ Zira, yaşama hakkı bütün hak ve özgürlüklerin mevcudiyeti açısından bir ön koşul ni-

⁴ Turan Uytun ve Kevzer Uytun, 2013/9461, 15.12.2015, § 59.

⁵ Giuliani ve Gaggio/İtalya [BD], § 174, 23458/02, 24.3.2011, § 174; Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 86/1996/705/897, 09.10.1997, § 171. William Schabas, The European Convention on Human Rights, Oxford 2015, s. 117 vd., Doğru, Osman, Yaşama Hakkı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018. Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara 2012, s. 9 vd.; Bahri Savcı, Yaşama Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980.

teliğindedir. Bir kişinin yaşamından keyfi olarak mahrum bırakılması diğer tüm hakları anlamsız hala getirecektir.⁶ Ancak, bu önemine rağmen, işkence ve kötü muamele yasağından farklı olarak yaşama müdahalenin hukuka uygun sayılabileceği durumlar öngörülmüştür. Bu yönüyle, mutlak bir hak olarak tanımlandığını söylemek güç olmakla birlikte,⁷ olağanüstü hallerde dahi yükümlülükler azaltılamaz.⁸ Silahlı çatışmalarda dahi insancıl hukuk süjelerinin yaşam hakkı ile ilgili yükümlülükleri vardır.⁹ Hangi hallerde ölümcül kuvvet kullanımının mümkün olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinden birbirinden kısmen farklı bir biçimde düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "hiç kimsenin yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağı" düzenlenmiştir.¹⁰ İnsan Hakları Komitesi'nin Genel

⁶ Ulaş Karan, Yaşam Hakkı in İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ankara 2013, s. 115-135, s. 115, Douwe Korff, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap, Belçika, 2006.

⁷ Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği ölüm cezası ile ilgili bir kararda yaşam hakkının mutlak olmadığını, işkence ve kötü muamele yasağına kıyasla belirtmektedir. 1963/207 E., 1963/175 K., 1.07.1963.

⁸ Yaşam hakkı, AİHS md. 15 ile BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin azaltılması mümkün olmayan haklar arasında sayılmıştır. McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 18984/91, 27.9.1995, § 147.

⁹ Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 19807, 25.04.2006, § 65, Salman/Türkiye [BD], 21986/93, 27.06.2000, § 97.

¹⁰ Md. 6 "1. Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak, yasayla korunur. Kimse keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm cezasını kaldırmamış olan ülkelerde, bu ceza, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ve bu Sözleşmeyle Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine aykırı olmayan yasalar uyarınca ağır suçlar için konabilir. Bu ceza, ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş bir kesin hüküm üzerine yerine getirilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakma bir soykırım suçu oluşturduğunda, bu maddenin hiçbir hükmü bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine göre üstlenilen yükümlülükler herhangi bir biçimde aykırı davranma yetkisi verdiği biçiminde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına çarptırılan bir kimsenin bu cezanın bağışlanmasını ya da hükmün değiştirilerek hafifletilmesini isteme hakkı vardır. Ölüm cezasının affı, bağışlanması ya da hafifletilmesi kararı her durumda verilebilir.

5. Ölüm cezası, on sekiz yaşın altındaki kimseler tarafından işlenen suçlar için verilemez ve gebe kadınlar için yerine getirilemez.

6. Bu maddenin hiçbir hükmü, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet tarafından ölüm cezasının kaldırılmasını geciktirmek ya da engellemek amacıyla dayanak olarak kullanılmaz".

Yorumunda¹¹ devletlere yalnızca öldürmeye ilişkin fiiller değil, aynı zamanda devletin güvenlik güçlerinin keyfi yaşam hakkı ihlallerini önleme ve cezalandırma yükümlülüğü bulunduğu hatırlatılmış ve devlet yetkilileri tarafından insan yaşamına son verilmesinin vahametinin altı çizilmiştir. BM Sözleşmesi'nde istisna hallerine değinilmemiştir ve esas itibarıyla ölüm cezası dışında kişinin yaşamından yoksun bırakılmasını mümkün kılabilecek başka bir belirlemeye yer verilmemiştir.¹²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi, taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'de belirtilen temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamaları gerektiğine ilişkin pozitif bir yükümlülük ihdas etmektedir.¹³ AİHS'nin yaşam hakkı ile doğrudan ilgili 2. maddesi ise aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

"1. Herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur. Kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında, hiç kimse yaşam hakkından kasten yoksun bırakılamaz.

2. Aşağıdaki hallerde yaşamdan yoksun bırakma, kullanılması mutlaka gerekli bir gücün sonucu olarak meydana gelmişse, bu maddeye aykırı sayılmaz:

- a) bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunması;
- b) hukuka uygun bir gözaltına alma kararını uygulama veya hukuka uygun olarak tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme;
- c) bir ayaklanma veya isyanı hukuka uygun olarak bastırma".¹⁴

¹¹ UN Human Rights Instruments (Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies, Volume 1), IHRI/GEN/1/Rev.9(Vol.1), 27.05.2008, s. 177, aşağıdaki linkten erişilebilir: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 (Son erişim tarihi: Aralık 2020)

¹² Yukarıda da değinildiği üzere BM Sözleşmesi'nin yaşam hakkı ile ilgili bu düzenlemesi ve Sözleşmeye 1989 yılında eklenen II. Ek Protokol (md. 1) esas itibarıyla ölüm cezasına ilişkin sınırlamaları ve yasakları ihtiva eden hükümlerdir.

¹³ Bu maddeye ilişkin hazırlık çalışmalarına (travaux preparatoires) dair bkz. William Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3. baskı, Cambridge 2002, s. 261 vd.

¹⁴ Doğru, Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, İstanbul 2010, s. 5.

Sözleşme'nin ölüm cezası ile ilgili hükmü 6 ve 13 no'lu Protokol dolayısıyla esasen ilga edilmiştir. Dolayısıyla, gerek Sözleşme, gerekse 1982 Anayasası'ndaki paralel bir düzenleme, hangi hallerde yaşam hakkından yoksun bırakmaya elverişli güç kullanımının mümkün olabileceğini belirtmektedir. Nitekim, AİHM, Sözleşmenin 2. maddesini yorumlarken, maddede belirtilen hallerin dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁵ Mahkeme, Sözleşme'nin 2/1 maddesinin ilk cümlesinin taraf devleti yalnızca kasıtlı ve hukuka aykırı ölümlere sebebiyet vermekten kaçınmayı değil, aynı zamanda kendi yargısına tabi kişilerin yaşam haklarının korunması için iç hukukta gerekli önlemleri almaya da zorunlu kıldığını belirtmektedir.¹⁶ Bu doğrultuda devletin yükümlülüğü esas olarak yaşam hakkını güvence altına almak için bireye karşı işlenecek suçları caydırıcı, hukuki ve idari bir çerçeve içine yerleştirmek ve bu mekanizmanın işleyişi bakımından yaptırımlar uygulamak ve ihlalleri ortadan kaldırmaktır.¹⁷

III. Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına İlişkin Uluslararası Belgeler

Kolluğun zor ve silah kullanılmasına ilişkin ilk ulusalüstü metin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen "Kolluk Güçlerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar"dır.¹⁸ Bu metnin 3. maddesinde kolluk güçlerinin, ancak mutlaka gerekli olması ve görevlerini yerine getirmeleri için gerektiği ölçüde zor kullanabileceğini ifade edilmektedir. Bu maddeye ilişkin yorum paragrafında ise bu ilke şöyle açıklanmıştır:

¹⁵ McCann ve diğerleri § 147; Salman/Türkiye, § 97; Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, § 65.

¹⁶ Şimşek ve diğerleri/Türkiye, 35072/97, 37194/97, 26.7.2005, § 105; Makaratzis, 50385/99, 20.12.2004, § 57; Evrim Öktem/Türkiye, 9207/03, 4.11.2008, (özet çeviri, s. 7); Perk ve diğerleri, 50739/99, 28.03.2006 (özet çeviri, s. 4); Kılıç/Türkiye, 22492/93, 28.03.2000, § 62.

¹⁷ Atıman/Türkiye, 62279/09, 23.09.1994, § 30; Makaratzis, §§ 57-59

¹⁸ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, BM Genel Kurulu'nun 34/169 sayılı kararı, şu linkten erişilebilir: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/codeofconduct.pdf> (Son erişim tarihi: Aralık 2020). Anayasa Mahkemesi'nin Ceyda Sungur başvurusunda Serruh Kaleli tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde bu ilkeler ele alınmaktadır. Ceyda Sungur, 2015/14363, 03.04.2019.

- a) Güç kullanımı her halükarda istisnai bir araçtır. Kolluk, suçun önlenmesi ve suçluların veya şüpheli kişilerin yakalanmasını sağlamak veya yardımcı olmak amacıyla ve makul biçimde gerekli olacak ölçüde güç kullanılmalıdır, bu sınırı aşan kuvvet kullanılmamalıdır.
- b) Güç kullanımı orantılı olmalıdır, bu bakımından bu maddenin hiç bir biçimde meşru amaca ulaşılmada orantısız müdahaleyi haklı kılmayacağı belirtilmiştir.
- c) Ateşli silahlar ancak ekstrem araçlardır. Özellikle ateşli silahların çocuklara karşı kullanılmasından kaçınılmalıdır. Genel olarak, ateşli silahlara suç şüphesi altındaki kimse silahlı biçimde direnmedikçe veya başka bir surette başkalarının hayatlarını tehlikeye düşürmedikçe ve daha az risk taşıyan bir araçla denetiminin ve yakalanmasının mümkün olmadığı bir durum söz konusu olmadıkça başvurulmamalıdır. Ateşli silahın kullanıldığı her durumda yetkililere durumun derhal bildirilmesi gerekmektedir.

Bu kurallarda kolluk güçlerinin işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye başvuramayacağı, azmettirmeyeceği veya hoş göremeyeceği ve savaş hali de dahil olmak üzere, milli güvenlik, iç politik istikrarsızlık veya olağanüstü hal gibi nedenlerin bu kurallardan sapma için ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir (m. 5).

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey 1986 yılında aldığı bir kararla, BM üyesi devletleri bu ilkelere uymaya davet etmiştir.¹⁹ BM Genel Kurulu da aynı yıl 41/149 no'lu Kararı'nda da Konsey'in bu davetine dikkat çekmiştir.²⁰

Bu ilkeler Birleşmiş Milletler bünyesinde 1990 yılında Havana'da yapılan Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı (Tretman) Kongresi'nde ise 'Kolluk Görevlileri Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılmasına

¹⁹ UN Economic and Social Council, 1986/10, Implementation of the Conclusions and Recommendations of the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 21.5.1986, kararın metni için bkz., https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1980-1989/1986/ECOSOC_Resolution_1986-10.pdf , s. 14 (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

²⁰ UN General Assembly, Resolution 41/149, 4 Aralık 1986, 41. Oturum, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/149&Lang=E&Area=RESOLUTION, bkz., s. 200 (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

Dair Temel İlkeler'in benimsenmesi ile pekiştirilmiştir.²¹ Anılan *İlke Kurallarda*, zor ve ateşli silah kullanılması kaçınılmaz hale geldiğinde uyulması gerekli ilkeler sıralanırken 'suçun ağırlığı ve ulaştırılması istenen meşru amaç ile orantılı' bir biçimde hareket edilmesinin ve "zarar ve ziyanın" asgariye indirilmesi ve insan yaşamına saygı gösterilmesinin ve korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Yine, çok önemli olarak, 1979 yılında kabul edilen kurallardan farklı olarak, sadece işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili değil, genel hükümlerin tümü bakımından iç politik istikrarsızlık veya herhangi bir başka kamusal olağanüstü durumun bu *İlke Kurallara* istisnaların benimsenmesi için bir neden olarak değerlendirilmeyeceğinin altı çizilmiştir.

Aynı ilkelerin "özel hükümler" (*special provisions*) başlıklı bölümünde, kolluk güçlerinin ateşli silahları ancak meşru müdafaa halinde veya gerçekleşmesi muhakkak öldürme veya ciddi yaralanma riski yaratan saldırıya karşı veya kişilerin hayatına dönük saldırı tehlikesi içeren ciddi bir suçun işlenmesinin önlenmesi veya böyle bir tehlike arz eden kişinin yakalanması amacıyla ve ancak daha hafif araçlarla ulaştırılması istenen amaca ulaştırılması mümkün olmazsa ateşli silah kullanabileceği belirtilmiştir. Her halükarda ölümcül kuvvet kullanımının ancak yaşam hakkını korumak amacıyla mümkün olması gerektiğinin altı çizilmiştir (m. 9). Yine, açık bir ihtarın ve ihtara uymak için yeterli zamanın verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Böyle bir ihtardan ancak, aksi halin kolluk güçlerini tehlikeye düşürebileceği ve üçüncü kişiler açısından ölüm ve ciddi zarar tehlikesi doğabileceği veya açık bir biçimde uygun veya gereksiz olduğu durumun mahiyeti nedeniyle anlaşılabilirse, imtina edilebileceği belirtilmiştir (md. 10).

İlke Kurallar ile hukuka aykırı gösterilere müdahale konusunda benimsenen yaklaşım da önemlidir. Bu bakımdan önce yasal ve barışçıl gösterilere katılmanın İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde tanınan bir hak olduğunun altı çizilmektedir (m. 12). *İlke Kurallar*, gösteri hakkını vurguladıktan sonra, kolluğun müdahale edeceği gösterileri, hukuka aykırı barışçıl gösteriler ve şiddet içeren gösteriler olmak üzere ikili bir tasnife gitmekte-

²¹ Kararın metni için bkz., 'Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials' <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx> (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

dir. Buna göre, kolluğun hukuka aykırı fakat barışçıl gösterilere silahlı müdahale etmemesi; müdahalenin kaçınılmaz olması durumunda kuvvet kullanımının asgari seviyede olması gerektiği belirtilmiştir (m. 13). Şiddet içeren gösterilerde de kuvvetin asgari seviyede ve ancak 9. maddedeki şartlar çerçevesinde kullanılabilceği ifade edilmiştir (m. 14).

“Bildirme ve Denetim Usulleri” ile ilgili bölümde ise emir veren kişinin sorumluluğu ile birlikte, astın ateşli silah kullanmanın ölüm veya ciddi yaralanma sonucu doğurmasının hukuka açıkça aykırı olacağını bilmesi ve böyle bir emri uygulamamak konusunda makul bir olanağının olması durumunda astın da sorumlu olacağını düzenlemiştir (m. 24, 26). Aşağıda görüleceği gibi, bizim mevzuatımız bakımından önemli bir kuralı da BM Kolluk Güçlerinin Kuvvet Kullanımını Düzenleyen İlkeler çerçevesinde hareket eden kimsenin güç ve kuvvet *kullanmamaktan* dolayı hakkında idari ve cezai işlem yapılamayacağı düzenlemesidir.

IV. Ulusal Mevzuat

1. 1982 Anayasası

1982 Anayasası’nda yaşam hakkı ve işkence yasağı aynı hüküm içinde düzenlemektedir. Anayasa’nın yaşama hakkı ve işkence yasağı ile ilgili 17. maddesinde ölümcül kuvvet kullanımının sınırları ise, AIHS ile birçok yönden paralel bir biçimde şöyle çizilmektedir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği *zorunlu durumlarda* meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır”.

Anayasa Mahkemesi de yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hakkın devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yüklediğini be-

lirtmektedir.²² Mahkeme'ye göre, 17. maddenin birinci fıkrası, devletin yaşam hakkı ile ilgili pozitif yükümlülüğünü ihdas ederken, 4. fıkra ise negatif yükümlülüğünü hüküm altına almakta ve hangi hallerin bu kapsam dışında kaldığını belirlemektedir. Devletin yaşam hakkına ilişkin negatif yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesi tarafından kamusal bir yetkiyle güç kullanan görevlilerin kasıtlı ve hukuka aykırı bir şekilde hiçbir bireyin yaşamına son vermeme ödevi olarak tanımlanmaktadır.²³ Pozitif yükümlülüğü ise, devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek riskler dahil olmak üzere koruma ödevi şeklinde belirlenmektedir. Nihayet, devletin pozitif yükümlülüklerinin usule ilişkin boyutu ise sorumluların belirlenmesine olanak tanıyan etkili bir soruşturma yürütülmesi olarak tespit edilmektedir.²⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası'nın yaşam hakkına ilişkin düzenlemelerinde önemli bir farklılık, 1982 Anayasası'nda, Sözleşme'de öngörülme-yen "sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması" halinin de kişinin yaşam hakkından yoksun bırakılması için bir neden olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Daha önemli bir farklılık ise 1982 Anayasası'ndan farklı olarak AİHS'nin açık bir biçimde "kullanılması mutlaka gerekli güç" kriteri ile orantılılık ilkesinin altını çizmesidir.²⁵ AİHM, "kullanılması mutlaka gerekli güç" ifadesinin Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde geçen "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığı değerlendirilirken başvuru zorunluluk koşulunda daha katı ve sıkı bir zorunluluk ölçütü olduğuna işaret ederek, Sözleşme m. 2/a, b ve c bentlerinde belirtilen amaçlarla sıkı sıkıya orantılı olması gerektiğinin altını çizmektedir.²⁶ Mahkeme, yaşam hakkının demokratik bir toplumdaki önemi

²² Anayasa Mahkemesi, 2007/78 E, 2010/120 K., 30.12.2010.

²³ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, 2012/752, 17.09.2013, § 51, Nezir Depren, 2015/6574 E., 09.10.2019, § 59, Mehmet Tursun ve diğerleri [kk], 2016/2889, 04.07.2019, §§ 48-51, Cemil Danışman, 2013/6319, 16.07.2014, § 44.

²⁴ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri § 54, Nezir Depren § 60, Mehmet Tursun ve diğerleri [kk] § 53.

²⁵ Doğru 2010, s. 5-7.

²⁶ Salman/Türkiye, para. 98; Giuliani ve Gaggio/İtalya, para. 174-178; Avşar/Türkiye (Başvuru no 25657/94), 10 Temmuz 2001, para. 390-391; Musayev vd/Rusya, (Başvuru no: 57941/00, 58699/00, 60403/00), 26 Temmuz 2007, para. 142.

uyarınca, ölüme sebebiyet verecek kasıtlı güç kullanımı söz konusu olduğunda, öldürme fiillerinin son derece titiz bir şekilde gözden geçirilmesi ve sadece kuvvete başvuran devlet görevlilerinin fiillerini değil, bu eylemlerin planlaması ve denetimi de dahil olmak üzere davaya ilişkin tüm koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğinin altını çizmektedir.²⁷

Sözleşme'nin AIHM tarafından bu biçimde yorumlanan 2. maddesindeki "kullanılması mutlaka gerekli güç" ifadesine karşılık, Anayasa m. 17 son derece muğlak "zorunlu durumlar" ibaresini kullanmaktadır. Doğru'nun da ifade ettiği üzere "kanunun silah kullanmasına cevaz verdiği zorunlu durumlar" ifadesinden gücün orantılı olması gerekliliğini çıkarmak güçtür.²⁸ Nitekim, bu duruma, Yasadışı, Keyfi ve Kısa İnfazlara İlişkin Komite'nin Türkiye'ye ilişkin raporlarında dikkat çekilmektedir. Komitenin dönem sözcüsü Christof Heyns tarafından da belirtildiği üzere, söz konusu Anayasa hükmü, uluslararası insan hakları hukukunun yaşam hakkının ihlaline ilişkin gereklilik ve zorunluluk kriterlerini tam olarak yansıtmamaktadır. Heyns, Anayasa'nın 17. maddedeki genel ifadelerin bu maddenin [amaca] uygun olmayan (*inadequate*) yorumlanma ihtimalini doğurduğunu belirtmekte ve bu maddenin gözden geçirilmesinin gerekli olduğuna işaret etmektedir.²⁹

Kuşkusuz, Anayasa'nın 17. maddesi, 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalara dair kanuni düzenlemelere ilişkin "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmü ile ve yine yaşam hakkını savaş halinde dahi dokunulması mümkün olmayan çekirdek içinde tarif eden 15. maddesi ile birlikte değerlendirilmek durumundadır.³⁰ Fakat, bu hükmün ilgili hallerde

²⁷ McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 150, Şimşek ve diğerleri/Türkiye, 35072/97, 37194/97, 26.7.2005, § 105.

²⁸ Doğru 2010, s. 6.

²⁹ Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Christof Heyns (Addendum), 18.03.2013, A/HRC/23/47/Add.2, s. 4, § 14.

³⁰ "IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması Madde 15 - Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu

öldürmeye cevaz verdiği şeklinde yorumlanabildiğini de belirtmek gerekir. Örneğin, yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanmasına ilişkin Alt Komisyon'da yer alan Özgenç tarafından şu değerlendirme yapılmıştır:³¹

“1982 Anayasası'nın “yaşama hakkı”yla “vücut dokunulmazlığı”nu teminat altına alan 17. maddesinin dördüncü fıkrasında bu hak ve dokunulmazlığın istisnaları düzenlenmiştir. Yani, maddede zikredilen hallerde kişinin yaşama hakkının veya vücut dokunulmazlığının varlığından bahsedemeyecektir. Söz konusu hükme göre, “...bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi.... sırasında silah kullanılmasına kanunen cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” hayat (yaşama) hakkının ihlali olarak telakki edilemez! Bu hüküm, tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlemek için silah kullanılmasına cevaz veren bir kanuni düzenlemeye imkan tanımaktadır. Verilen cevaz, sadece soyut silah kullanmaya ilişkin olmayıp, kaçan tutuklu veya hükümlünün silah kullanmak suretiyle öldürülmesini de kapsamına almaktadır.”³²

Yukarıda belirtildiği gibi, gerek Anayasa'nın 13, 15 ve 17. maddeleri gerekse de uluslararası sözleşmelerin AİHS'nin Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası bakımından iç hukuktaki yeri ve AİHM kararlarının bağlayıcı niteliği bir an için göz ardı edilse dahi istisnai hallerde ‘silah kullanmak suretiyle öldürme’yi kapsayan bir yetkinin verilmiş olduğu düşünülemez.

Konu ile ilgili AİHM İçtihadı değerlendirildiğinde, Mahkeme, AİHS m. 2'de de yaşam hakkının sınırlanmasının mümkün olabileceği istisna hallerin, McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık davasında da uygulandığı üzere, bir kişinin kasten öldürülebileceği halleri kapsamadığını belirtmektedir.³³ Mahkeme'ye göre, 2. maddedeki istisna halleri, mutlak zorunluluk nedeniyle “başvurulan kuvvetin istenmeyen bir

meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

³¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Ankara 2015, s. 320.

³² Ibid.

³³ McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 148

sonuç olarak ölüme sebebiyet verdiği” durumları kapsamaktadır.³⁴ Bu bakımdan, AİHM’nin sıklıkla belirttiği üzere Sözleşme, güvenlik güçlerine güç kullanma konusunda “açık çek” vermemektedir.³⁵ Anayasa 17. maddenin bu bakımdan paralel biçimde herhangi bir orantılılık gözetilmeksizin yorumlanması mümkün olmayacağı gibi, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesinde Türkiye iç hukukunun parçası olan AİHS’nin arz ettiği çerçeve ile uyumlu değildir. AİHM de Anayasa’nın 17. maddesinde silah kullanılması için “kanunun cevaz verdiği zorunlu durum” şartına işaret ederek, bunun Sözleşme hükmü ile arasında önemli bir fark oluşturmadığını söylemiştir.³⁶

Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin de içtihadı bu yöndedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre kolluk görevlileri ancak Anayasa’da belirtilen amaçlara ulaşmak adına başka bir çarenin kalmadığı “zorunlu durumlarda” silah kullanabilecektir.³⁷ Mahkeme’ye göre, silah kullanma yetkisinin bu gibi durumlarda ulaşılmak istenen amaç ile maruz kalınan gücün gözetilmesi suretiyle ölçülü bir biçimde icra edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı, bu noktada AİHM ile büyük ölçüde paraleldir. Her iki mahkemede yaşama hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağının ihlali iddiaları ile ilgili olarak güvenlik güçlerinin zor ve silah kullanımına ilişkin yukarıda belirtilen uluslararası belgelere atıfta bulunmaktadır.³⁸

2. Genel Olarak Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi- PVSK m. 16

Türkiye’de silah kullanma yetkisi veya aynı anlama gelmek üzere ölümcül kuvvet kullanımı yetkisi veren mevzuat son derece geniştir.³⁹

³⁴ McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 148. Konu ile ilgili ayrıca bkz., Karakaş, Işıl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: “McCann” Dan “Kaya” ve Ötesine, *GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, c. 1, sy. 1, s. 58-70.

³⁵ McCann ve diğerleri, § 194 ve 201, Andronicou ve Constantinou § 181, Giluliani ve Gaggio/İtalya, § 249.

³⁶ Perk ve diğerleri (özet çeviri), s. 5.

³⁷ Cemil Danişman § 50. Murat Çakmak, 2015/19011, 16.01.2020, § 77.

³⁸ Konuya dair çok sayıda karar içinde AİHM’nin İlke Kuralları yorumladığı şu kararlara bakılabilir. McCann/Birleşik Krallık, §§ 138-139; Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, §§ 56-57; Finogenov ve diğerleri/Rusya, 18299/03 ve 27311/03, 20.12.2011, §§ 162-163; Hugh Jordan/Birleşik Krallık, 24746/94, 04.5.2001, §§ 87-89, Şimşek ve diğerleri/Türkiye, §§ 91-92. Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararları için bkz., Murat Çakmak §§ 55, 92, Vedat Şorli ve Bilal Şorli, 2014/10459, 13.07.2016, § 72, Özlem Kır, 2014/5097, 28.09.2016, § 32.

³⁹ İdris Güzel, “İnsan Hakları Bakımından Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”,

Askeri personelin silah kullanma yetkisi Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun'dan⁴⁰ İl İdaresi Kanunu'na, çok geniş bir alanda sadece dış güvenliğe değil, aynı zamanda iç güvenliğe ilişkin hükümler bağlamında dağınık biçimde düzenlenmektedir. Terörle Mücadele Kanunu, Kaçakçılık Kanunu, Orman Kanunu, Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, Köy Kanunu gibi bir dizi kanunda kolluğun silah kullanma yetkisi ağırlıklı biçimde Türkiye Anayasası'na ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile uyumlu olmayacak biçimde düzenlenmiştir.⁴¹

1933 tarihli 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, hem polise, hem jandarmaya, hem de sahil güvenliğe yani tüm genel kolluğa yetki veren normatif çerçeveyi oluşturmaktadır. Jandarma açısından bu durum, aynı Kanun'un 25. maddesi ile açıkça belirtilmiştir. 2692 sayılı Kanun ile [1982 yılında kurulan] Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın ise silahlı genel bir kolluk kuvveti olduğu belirtilmektedir.⁴² Polis, jandarma ve sahil güvenlik komutanlığı suç sonrası faaliyetleri aynı zamanda adli kolluk olarak görev yapmaktadır. Keza, Ceza Muhake-

Fasikül Hukuk Dergisi, 2019, c. 11, sy. 11, s. 483-510, s. 493-504.

⁴⁰ 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun'un md. 2/3'te şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: "Sınır birlikleri mensupları kendilerine bu Kanun ile verilen görevlerin yapılmasında; diğer kanunların, silah kullanma yetkisi dahil, güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptir".

⁴¹ Sözcüğümlü, İl İdaresi Kanunu 11/D maddesinde "Olayların sınır illerinde veya bu illere mücavir bölgelerde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda valinin talebi üzerine ilgili komutan eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre kara, hava, deniz kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığı unsurları ile komşu ülkelerin mutabakatı alınmak suretiyle mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra edebilir" hükmü yer almaktadır. İl İdaresi Kanunu, eylemcileri ele geçirmek ifadesini kullandıktan sonra açık bir biçimde "eylemcileri tesirsiz hale getirmekten" yani öldürmekten söz etmektedir. Öldürmeye açıkça cevaz veren bu hükmün, savaş hukukuna uygun fiiller dışında yaşam hakkını temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olmayan alanı içinde kabul eden 1982 Anayasası'na aykırı olduğu açıktır. Yine, bu hükmün Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisinin TBMM'de olduğunu hüküm altına alan Anayasa'nın 92. maddesi ile, yine bu hükmü gönderme yapan 130. maddeyle aykırı olduğunu da burada belirtmek gerekir.

⁴² Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (2803 s. Kanun) m. 3'e göre "Türkiye Cumhuriyeti Jandarması, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin verdiği görevleri yerine getiren silahlı genel kolluk kuvvetidir".

mesi Kanunu'nun 164. maddesine göre de Jandarma ve Sahil güvenlik Gümrük Müsteşarlığının Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde güvenlik görevlileri adli kolluk içerisinde değerlendirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu hükmü 2005 tarihli Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yer almaktadır.

Kolluk ile ilgili bu zorunlu açıklamadan sonra kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi ile ilgili ikinci önemli nokta, PYSK 16. maddedeki "silah" kavramının nasıl değerlendirileceğidir.

5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinde silah kavramı çok geniş bir biçimde tanımlanmıştır.⁴³ Özellikle "saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler" ifadesi belirlilik ilkesine aykırıdır ve sıklıkla izahı güç kararlara neden olmaktadır.⁴⁴ PYSK bağlamında silah kavramının yalnızca ateşli silahları ifade ettiğini kabul eden görüşler bulunmakla birlikte,⁴⁵ kolluğun başvurabileceği maddi araçların silah şeklinde kullanılması da elbette mümkündür. Plastik mermilerin, copların, göz yaşartıcı gaz ve tozlar, kişilerin beden bütünlükleri ve yaşama hakları açısından en az ateşli silahlar kadar etkili olabilirler.⁴⁶ Nitekim, AİHM'nin Abdullah Yaşa kararında da isabetle belirttiği üzere, belirli bir zor kullanma aracı ciddi yaralanmalara ve ölümlere sebebiyet verebilir.⁴⁷ Bu davada AİHM, bir göz yaşartıcı bombanın aracı bir atım aletiyle ateşlenmesi gibi örneklerde konunun ölümcül kuvvet kullanımına ilişkin içtihadının kıyasen uygulanmasını gerektirebileceği kanaatinde dir.

Zor ve silah kullanımını düzenleyen 16. madde iki ayrı fıkrada meşru müdafaa hükmüne yer vermiştir. Birincisi, 16/7(a) "meşru müdafaa hakkının kullanılması kapsamında", ikinci hal de aynı maddenin 9. fıkrasındadır:

⁴³ f) Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler.

⁴⁴ Örneğin, "Anne terliği silah sayıldı", Cumhuriyet, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/anne-terligi-silah-sayildi-626921>, 6/11/2016. "Terlikle yaralama" için bkz, 3 CD 2013/13372 E., 2014/4349 K., 11/2/2014.

⁴⁵ Altıparmak ve diğerleri, 2007 (çevrimiçi), supra dn. 2.

⁴⁶ Tuba Kelep Pekmez, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, İstanbul 2015, s. 38.

⁴⁷ Abdullah Yaşa ve diğerleri/Türkiye, 44827/08, 16.07.2013, §§ 42-43.

“Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir”.

Esasen Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesi herkes için “gerek kendisinin ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı” faile ceza verilmeyeceğini hükme bağlamaktadır. PYSK’da 2007 yılında yapılan değişiklik gerekçesinde meşru müdafaa hallerine ilişkin bu vurgunun suçun önlenmesinde polisin tereddütte düşmesine mahal vermemek olarak açıklanmıştır.⁴⁸ Öncelikle, genel olarak da meşru savunmanın bütün haklar bakımından kabul edilmesi AİHS ile bağdaşmadığı belirtilmelidir. Bu durum öğretide de tartışılmıştır.⁴⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin gerekçesinde, meşru savunmaya ilişkin bu geniş çerçeve, “kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi” olarak açıklanmıştır. Keza, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir⁵⁰ şeklinde gerekçelendirilmiştir. Ancak, yukarıda belirtilen çerçevede malvarlığına karşı işlenen suçlar yönünden meşru savunma son derece tartışmalıdır. Dahası, özellikle 9. fıkradaki her ne kadar silah kullanmanın tehlikeyle orantılı olmasını ifade etmek üzere ‘saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde’ ifadesi kullanılmış ise de “duraksamadan” ifadesi aranan orantılılık koşulunu önemli ölçüde etkisizleştirmektedir.

⁴⁸ Mesut Bedri Eryılmaz/Ayhan Bozlak, “Hukukumuzda Zor Kullanma Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, s. 223-277, s. 247.

⁴⁹ Bkz., örneğin, Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu ve diğerleri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü için Teoman Ergül, Türk Ceza Kanunu Reformu 2. Kitap, Ankara 2004, s. 285-307, s. 295’te, Erdem, Mustafa Ruhan, Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m. 2), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, c. 9, s. 987-988.

⁵⁰ Gerekçenin tamamı için bkz., 12/5/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

Diğer taraftan meşru müdafaa dışında da kolluğun silah kullanma yetkileri bulunmaktadır. Bugün için anlaşılması kısmen güç ve imlası sorunlu olan eski düzenleme⁵¹ özet itibarıyla Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2008 tarihli bir kararının karşı oyunda şu şekilde günümüz Türkçesine çevrilmiştir:

“Polis, öz savunmada bulunmak, başkalarının canına ve ırzına yönelik saldırıyı önlemek, kaçan tutuklu ve hükümlü kişilerin durdurulması, suçüstü durumunda ağır cezalı bir suçtan şüphelinin arandığı yerden çıkıp kaçmaya çalışanın yakalanması, ağır cezalı bir suçtan sanık veya mahkum olup da aranmakta olan kişinin yakalanması, dur uyarısına karşın kaçmaya kalkışması durumunda ele geçirilmesi, karakola karşı yapıların saldırıların önlenmesi, silahını teslim etmesi istenenlerin karşı gelmesi durumunda saldırılarını ve karşı koymalarını önlenmesi amacıyla ve Devlet nüfuz ve icraatına silahla karşı gelinen olaylarda silah kullanılabilir”.⁵²

5681 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle polis, bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde, ve “hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde”, silah kullanmaya yetkili hale gelmiştir.

Bu bağlamda, 16/7(b) maddesindeki direniş ifadesinin ne anlama geldiği konusunda öğretide tartışma bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, buradaki direniş ifadesinin Türk Ceza Kanunu m. 265 anlamında aktif mukavemet olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.⁵³

⁵¹ 5681 sayılı Kanun öncesi için bkz., <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.2559.pdf> (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

⁵² Yargıtay 1. CD, 1000/2218, 21/3/2008, yayımlanmamış karar aktaranlar Eryılmaz/Bozlak 2009, s. 262. Vurgular eklenmiştir.

⁵³ Madde gerekçesinde ilgili bölüm şu şekildedir: “İlk fıkrada, polisin, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkili olduğu gösterilmektedir. Buradaki direniş, polisin tüm görevlerinin ifası sırasında karşılaşılan direniş ifade etmektedir. Örneğin durdurulması gereken bir aracın durmayarak kaçtığı durumlarda, bu aracın durdurulması da bu kapsamdadır. Ayrıca zor kullanan polise, aktif şekilde direniş gösteren kişinin bu eylemi, meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, bu aktif direniş, Türk Ceza Kanunu'nun 265 inci maddesi kapsamında ayrıca suç oluşturacaktır”. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/>

Kanun'un gerekçesinden yola çıkan diğer bir görüş ise direniş ifadesinin "polislin tüm görevlerinin ifası sırasında karşılaştığı direniş"i karşıladığını belirtmektedir. Gerçekten, kanunun gerekçesinde verilen örnekte, durdurulması gereken bir aracın kaçtığı durumların direniş olarak değerlendirileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte silah kullanma yetkisinin bu türden pasif mukavemet hallerinde doğduğunun kabulü ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacaktır.⁵⁴ Kaldı ki, Anayasa'da da ölümcül kuvvet kullanımı tüketici bir biçimde sayılmıştır ve bunların içerisinde direnme üzerine silah kullanılabilmesine olanak sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla, maddenin gerekçesindeki yanlış örnek Anayasaya aykırı bir yorumu haklı kılmayacaktır.

Nitekim, bu durumda silah kullanma yetkisinin doğmadığı kabulü gerekmektedir. PYSK m. 4/A çerçevesinde kimlik sorma işleminin rutin olarak gerçekleştirildiği bir kontrol noktasında kimliğinin tespit edilmemesi amacıyla kaçan kişinin "direnış" veya mukavemette bulunduğu varsayılmaz. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedeni hiç doğmamış olduğu için doğmuş olduğu varsayımı ile hareket edilemez. Zira, böyle bir durumda tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmamaktadır. Böyle bir olayda hareket en başından itibaren hukuk düzeni ile çatışma halindedir. Tipik fiilin niteliğine göre kasıtlı öldürme veya yaralamadan bahsetmek gerekecektir.

Kamuoyunun da gündemine gelmiş ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011 tarihli kararına konu bir olayda,⁵⁶ önleyici kolluk biriminde görevli olan kolluk memuru, dur ihtarına uymadığı gerekçesiyle motosikleti ile hızlı giden maktule ateş ederek ölümüne neden olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu kararda silah kullanma yetkisi doğmadığını belirterek, hükmü kasten yaralamadan kurmuştur.

Nihayet, 2015 yılında, İç Güvenlik Paketi olarak bilinen 6638 sayılı Kanun ile PYSK 16. maddeye yeni bir fıkra eklenerek kolluğun silah kullanma yetkisinin kapsamı genişletilmiştir. İlgili Kanun'un 4. maddesi ile eklenen ek fıkraya göre,

ss1437m.htm (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

⁵⁴ Aynı yönde, Kelep Pekmez 2012, s. 100 vd.

⁵⁵ Aynı yönde, Ozan Ergül/Muammer Ketizmen, Polis Vazife ve Selahiyet (sic) Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2007, 8-44, s. 12-19, s. 19'da.

⁵⁶ CGK, 2011/840, 2012/214 K., 05.06.2012 (Lexpera).

“kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir”.

Hükümet tasarısında toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmüş olduğunu, kamu adına yurttaşların can ve mal güvenliğinin korunmasının bu paketi zorunlu kıldığını belirtilmiştir.⁵⁷ Gerekeçeye göre, orantılılık esasına göre düzenlenen ve eski haliyle “çok soyut” olan bu hüküm, silah kullanılması dolayısıyla yaşanan tereddütleri ve kullanıldığı takdirde açılan soruşturmalarda mağduriyeti önlemek amacıyla ihdas edilmiştir.⁵⁸ Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere bu hüküm, toplumsal gösterilere müdahale söz konusu olduğunda gündeme gelebilecektir. Kalabalık kişilerin bulunduğu gösterilerde, kolluğun silah kullanma yetkisinin kabalıktan biri tarafından örneğin sapan, sopa veya taş atılması durumunda doğması bu düzenleme ile kural olarak mümkün hale gelebilmektedir. Bu şekilde bir düzenleme müdahalenin ölçülülüğünü potansiyel olarak ortadan kaldıran bir nitelik taşımakta, öte yandan gösterilere hukuka aykırı müdahalelerin önünü açmaktadır. Söz konusu düzenleme, barışçıl bir protesto gösterisinde bulunan şiddet eğilimi gösteren kişilerin diğer yöntemlerle izole edilmesini değil, bu kişilere karşı ateşli silah kullanılmasının önüne açarak, suiistimallere açık bir alan yaratmıştır. Yukarıda belirtilen BM İlke Kurallar ile şiddet içeren gösterilerde zor kullanmanın asgari seviyede olması gerektiği, yine, kolluk güçlerinin silahlarını ancak meşru müdafaa hainde veya gerçekleşmesi muhtemel öldürme veya ciddi yaralanma riski yaratan saldırganlara karşı veya kişilerin hayatına dönük ciddi bir suçun işlenmesi veya böyle bir tehlike arz eden kişinin yakalanması amacıyla yapılabileceği bildirilmiştir. Öte yandan konuyu Anayasa m. 34 ve AİHS (m. 11) ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde (m. 21) düzenlenen toplantı ve gösteri hakkı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM, barışçıl bir

⁵⁷ Başbakanlık, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 24 Kasım 2014 tarihli tasarısı metnine şu linkten ulaşılabilir: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss684.pdf>, s. 11-12 (Son erişim tarihi: Aralık 2020).

⁵⁸ Ibid., s. 10.

protestonun arasına şiddet kullanma niyetinde kişilerin karışmış olması ve halka açık bir gösterinin gösteriyi düzenleyenlerin kontrolünün dışında olaylar gelişmesine ilişkin gerçek bir tehlike mevcut olsa dahi barışçıl toplantı kapsamında çıkmayacağını belirtmektedir.⁵⁹ Bu durumda, kolluğun barışçıl gösteri yapanlarla şiddete başvuranları ayırmak yükümlülüğü bulunduğunu kabul edilmektedir.⁶⁰

3. Suçüstü Halinde Silah Kullanma Yetkisinin Sınırları Sorunu

2007 düzenlemesinin en tartışmalı “yeniliklerinden” birisi, kolluğun “tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkili” olduğunu düzenleyen hükmüdür. Bu madde kapsamında silah kullanılması durumunda polisin öncelikle “dur” ihtarında bulunması gerekir. Kişinin “buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde” ateş edilebilir. PVSK m. 13’te de kolluğa suçüstü halinde yakalama yapma yetkisi tanınmıştır.

Esasen, kolluğun bu yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90’dan da çıkarılabilir. Zira, CMK md. 90’a göre, suçüstü halinde kolluk da dahil olmak üzere herkese yakalama yapabilme yetkisi tanınmıştır. Bu haller sırasıyla, “kişiye suç işlerken rastlanması” ve “suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması”dır.⁶¹ Centel ve Zafer’in de belirttiği üzere, yakalama yetkisi veren suçüstü halleri Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90. maddesinde, aynı zamanda resmi sıfatı olan kişilere de aynı nedenlerle yakalama yapma yetkisi tanındığı için, genel suçüstü tanımından daha dar bir biçimde tanımlanmıştır.⁶²

Suçüstü kavramı, aşağıda tartışılacağı gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda çok geniş tanımlanmıştır ve özellikle mütemadi suçlar

⁵⁹ Gün ve diğerleri/Türkiye, 8029/07, 18.06.2013, § 51.

⁶⁰ Ziliberberger/Moldovya [kk], 61821/00, 04.05.2004, s. 10, aktaran Osce/Odih, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 2. baskı, Varsova, 2010, para. 159, s. 133. Ayrıca bkz., Andreou/Türkiye, 45653/99, 27.10.2009, § 47-56.

⁶¹ Ersan Şen, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, c.4, sy: 30, s. 30.

⁶² Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2017, s. 353.

bakımından Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin son dönem içtihatlarıyla⁶³ "hukuki belirlilik" ilkesi ile bağdaşmayacak biçimde yorumlanmaktadır.⁶⁴

1412 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' md. 127'de işlenmekte olan suç olarak ifade edilmiştir. Yine, aynı hükme göre, "henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhut suç sayılır".

Suçüstü halinde soruşturma ve kovuşturma usulü ise 3005 sayılı 8 Haziran 1936 tarihli⁶⁵ "Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir.⁶⁶ 3005 sayılı "meşhut suçların muhakemesi hakkında kanun" 1/B maddesi ile kabahat nevinden bazı suçları bu muhakeme içerisine almıştır.⁶⁷ Bunun dışında bütün kabahatler Meşhut Suçlar Muhakemesi Kanunu'nun kapsamı dışındadır. 1412 sayılı Kanun'da bazı suçlar meşhut suç muhakemesinin dışında

⁶³ CGK 10/10/2017, 2017/YYB-997 E., 2017/404 K. aktaran, Anayasa Mahkemesi Yıldırım Turan [GK], 2017/10536, 04.06.2020.

⁶⁴ Konu ile ilgili AİHM'nin yerinde tespitleri için bkz., Alparslan Altan/Türkiye, 12778/17, 16.04.2019, §§ 107-115.

⁶⁵ TBMM Adaleet Komisyonu'nda kanunun gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir. "Göz önünde (sic) işlenen suçlar, asayiş bozmakla beraber, halkta heyecan da uyandırır. Böylesine durumlarda suç failleri hemen yakalanıp norma) (sic) usul işlemlerinden ayrı ve daha çabuk usullerle kovuşturulmalı, kaybolmalarına meydan bırakmadan kanıtlar saptanmalı, suçlular mahkeme önüne çıkarılarak duruşmalar yapılmalı, kısa bir sürede cezalandırılmaları sağlanmalıdır. Bu usulün yaran, her yönden açıktır".

Tasarı, bu yarıtlardan başka, suçüstü durumlarda, kovuşturma ve duruşmanın kısa bir sürede sonuçlandırılarak sanığın tutukluluğunun uzamasını önlemek gibi kişi özgürlüğünün dokunulmazlığı ilkesine uygun bir amaç da (sic) gütmektedir. Adliye Encümeni Mazbatası, TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt: 12, Sayısı : 208, S. 4'ten aktaran, Anayasa Mahkemesi 1992/8 E., 1992/39 K., 16/6/1992.

⁶⁶ Teoman Gökçe, "Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri", *TBB Dergisi*, 2002, s. 85- 103, ayrıca bkz. "Haluk Çolak, Biçimsel Anlamda Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Kanununun Uygulama Koşullarının Bulunmadığı Durumlarda Suçüstü Yargılamasının Yapılabilmesi", *TBB Dergisi*, 1998, c. 3, sy. 10, 1021-1018.

⁶⁷ "1-B) (Değişik : 1/12/1980 - 2349/1 m.) Asliye teşkilatı olan yerlerdeki belediye sınırları içinde ve panayırlarda işlenen ağır ceza mahkemelerinin vazifeleri dışındaki meşhut cürümlerle Türk Ceza Kanununun 529, 534, 536, 537, 539, 545, 547, 548, 551, 565, 567, 568, 571, 572, 573, 574, 575 ve 576 inci maddeleri ile 540 inci maddenin ikinci fıkrasında yazılı meşhut olarak işlenen kabahatler hakkında takip ve duruşma bu Kanun hükümlerine tabidir".

tanımlanmıştır. 3005 sayılı Kanun 5320 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 2/j maddesinde suçüstü hali şöyle tanımlanmaktadır:

“Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suç,
2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,
3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” ifade eder.

Bu tanımdaki “işlenmekte olan suç” durumundan söz edebilmek için en azından icra hareketlerinin başlanması, yani en azından teşebbüs aşamasında bir fiilin varlığı zorunludur. Nitekim PVSK md. 13'te kolluğun yakalama yapabileceği haller sıralanırken, bu husus “suça teşebbüs edildiğine” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, henüz hazırlık hareketleri aşamasındaki bir eylemden dolayı yakalama mümkün değildir. Gerçekleştirilen suçun kasten ya da taksirle gerçekleştirilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Bu bakımdan daha tartışmalı olan husus, 90(1)b'de bulunan suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğinin belirleme olanağının bulunmaması halidir. Öğretide kişinin yakalanması, yakalanmasını mümkün kılmaya ve kolaylaştırmaya dönük hazırlık yapılması, bir araç temin edilmesini de dahil olmak üzere izleme kapsamında ele alınmaktadır.⁶⁸ Takip sırasında küçük araların meydana gelmesinin, sözgelimi dinlenmek üzere küçük bir ara verilmesinin, sıcak takibin varlığını etkilemeyeceği kabul edilmektedir.

Üçüncü hal, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanması durumudur ki, bu noktada CMK 90/1 bağlamında bir yakalamadan değil, şartları mevcutsa CMK 90/2 çerçevesinde bir yakalamadan söz etmek gerekecektir. Dolayısıyla, ilgili hükmün ara-

⁶⁸ Ali Kemal Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, c. 14, sy. 1, s. 131- 214, s. 143'te.

dığı biçimde tutuklama kararı ve yakalama emri düzenlemesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun bulunması ve kolluğun Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması gerekir. Bu durum, muhtemelen uygulamadaki amacı göz önünde tutularak 'tutuklama yakalaması'⁶⁹ olarak tavsif edilmekte ve her halükarda suçüstü hali kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁰

PVSK md. 13 kolluğun yakalama yetkisi bakımından suçüstü kriterini tespit etmiştir. Ancak, CMK md. 90, yakalama açısından suçüstü halini birinci ve ikinci fıkra ile sınırlı tutmuş, üçüncü fıkra ile ilgili böyle bir yetki vermemiştir. Kuşkusuz kolluğun karar olmaksızın yapacağı haller CMK 90/1'den ibaret değildir. İkinci fıkrada da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde münhasır olmak üzere tutuklama kararı verilmesini gerektiren veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren hallerde yakalama yapabileceği düzenlenmiştir. Ancak, bu durum haliyle suçüstü kapsamında değerlendirilemez. Bu itibarla, her ne kadar PVSK m. 13'te suçüstü kavramı tanımlanmamış olsa da, kolluğun yakalama yetkisi bakımından her iki kanunu uyumlu bir biçimde değerlendirmek gerekir.

Öte yandan, CMK'dan farklı olarak, PVSK d. 13'te kuvvetli iz, eser ve emare diyerek CMK md. 90 çerçevesinde yakalama için aranan şüphe eşiğinin kuvvetli şüphe olduğunu belirtmektedir. Anayasa md. 19 tutuklamaya ilişkin olarak kuvvetli belirtiyi esas almakla birlikte, yakalama için şüphe seviyesi ile ilgili açıkça bir kriter öngörmüş değildir. Ancak, Anayasa'daki "hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılır, bunun şartlarını kanun gösterir" ifadesinin de kuvvetli belirtiyi öngördüğü kabul edilmektedir. Yenisey de yakalamada suçun işlendiği konusunda çok kuvvetli bir şüphenin bulunmasını zorunlu görmektedir.⁷¹

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90'ın mehzazını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 127 bakımından ağırlıklı yaklaşımın kuv-

⁶⁹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. baskı, Seçkin, Ankara 2018, s. 308.

⁷⁰ Bahri Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, s. 447, Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 259; Yıldız, 2009, s. 150 vd.

⁷¹ Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 448.

vetli veya daha yüksek bir şüphe seviyesi olduğu kabul edilmektedir.⁷² Alman hukukunda herkesin yakalama yapma yetkisi veren bu hüküm çerçevesinde şüphe seviyesinin bu seviyede olması ortaya çıkabilecek hatalar dolayısıyla üçüncü bir kişinin özgürlüğüne hukuka aykırı bir müdahalenin gerçekleşmesinin engellenmesi amacına dayanmaktadır. Bu bakımdan şüphenin yeterli olmadığı yakalanan kişinin suç işlediğinin görülmesini arayan bazı yargı içtihatları da bulunmaktadır.⁷³

Özgürlük ve güvenlik hakkını sınırlama gerekçelerinden biri olarak AİHS md. 5(1)(c)'de bir suç isnadına bağlı olarak tutma ile ilgili yakalama ve gözaltı ile tutuklama arasında bir ayırım gözetmeksizin şöyle bir düzenleme öngörülmektedir:

“Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul şüphenin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması”.

Bu itibarla, Mahkeme içtihadında öne çıktığı gibi, özgürlüğünün sınırlanması bakımından kişinin suç işlediği yönünde “makul şüphe”nin varlığı hem yakalama/gözaltı hem de tutuklama için olmazsa olmaz bir şart niteliğindedir. AİHM, bir dizi kararında makul şüpheye ilişkin bir tanım geliştirmiştir. Bu içtihatlar çerçevesinde “makul şüphe”, tarafsız bir gözlemciyi ilgili kimsenin bir suç işlediği konusunda ikna edecek unsurların ya da bilgilerin mevcut olması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁴ Strazburg Mahkemesi, neyin makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini olayın koşulları içinde ele alınması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, makul şüphenin varlığını kabul için kamu davası açmak için yeterli şüpheye işaret edecek biçimde bilgi ve veri mevcudiyetinin de aranmaması gerektiğini belirterek aynı za-

⁷² “Dringende Tatverdacht”. Klaus Michael Böhm /Eric Werner, Münchener Kommentar zur StPO, Rn. 8-11, 2014 (Beck Online). Ullrich Schulteis, StPO § 127 Rn. 9, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 2019 (Beck Online). Krauss, Matthias, StPO § Vorläufige Festnahme, 127 in Jürgen Peter Graf, BeckOK StPO mit RistBV und Mistra, 36. Baskı, Rn. 3, 2020, (Beck Online). Ayrıca bkz., Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. baskı, Münih 2017, s. 257 vd. OLG Celle StV 2016, 295, OLG Hamm NJW 1972, 1826 aktaran Kraus 2020, Rn. 3.

⁷⁴ Fox, Campbell and Hartley/Birleşik Krallık, 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, § 32, Erdagöz/Türkiye, 127/1996/945/746, 22.10.1997, § 51, O'Hara/Birleşik Krallık, 37555/97, 16.10.2001, § 34.

manda negatif bir biçimde de, kavramın sınırlarını çizmiştir.⁷⁵ Hukukumuzda, makul şüphe, arama ile bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Ancak, yakalama için en azından makul şüphe seviyesinde bulunan bir şüphelinin mevcudiyeti Anayasa m. 90/son hükmünün açık bir gereğidir.⁷⁶

Yukarıda belirtildiği üzere, 5681 sayılı Kanun ile değişmeden önce PVSK gerek suçüstü, gerekse diğer durumlarda yakalamak için silah kullanmayı, suçun ağır cezalı bir suç olmasına bağlanmışken, yeni PVSK m. 16'da adli para cezasını gerektiren suçlar dahil her türlü suç için bu yetkiyi kolluğa vermektedir. Nitekim, eski PVSK ile paralel Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi'nde (tüzükte) bu yönde bir hüküm vardır.⁷⁷ ateşli silah kullanmanın "tüm diğer yolların etkisiz kaldığı hallerle" sınırlı olacağına ilişkin bir hüküm bulunmakta ve polisin "suçlu kişileri"⁷⁸ en az fiziksel zararlar, öldürmeyi değil yakalamayı hedeflemesi ve kalabalık yerlerde ateşli silah kullanmaktan kaçınması gerektiği hüküm altına alınmaktadır.⁷⁹ Keza, benzer biçimde, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinde "ağır cezayı gerektiren ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlar" ile ilgili olarak silah kullanma yetkisi vermiştir.⁸⁰

⁷⁵ O'Hara/Birleşik Krallık, § 35, Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık, 11209/84;11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988, § 53, İpek ve diğerleri/Türkiye, 17019/02 ve 30070/02, 03.02.2009, § 28.

⁷⁶ Farklı bir perspektiften, Öztürk ve diğerleri 2019, s. 444. Özbek/Doğan/Bacaksız da konuyu gözaltı çerçevesinde ele alarak benzer bir sonuca ulaşmıştır. Özbek/Doğan/Bacaksız 2019, s. 267.

⁷⁷ Madde 17 "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun altıncı maddesi mucibince polis için silah kullanmak salahiyetinin kabul edildiği hallerde silah kullanılması silah kullanmaktan başka bir çare bulunmadığı hallere münhasırdır. Bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan imkân nispetinde saklanması icap eder".

⁷⁸ Tüzük bu ifadeyi kullanmaktadır.

⁷⁹ Madde 17 "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun altıncı maddesi mucibince polis için silah kullanmak salahiyetinin kabul edildiği hallerde silah kullanılması silah kullanmaktan başka bir çare bulunmadığı hallere münhasırdır. Bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan imkân nispetinde saklanması icap eder".

⁸⁰ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, md. 39/e'ye göre "Ağır cezayı gerektiren ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun veya infaz kurumu ve tutukeviden kaçan hükümlü veya tutuklunun saklı olduğu yerin aranması sırasında, o yerden şüpheli bir şahıs çıkararak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek, başka türlü ele geçirilmesi mümkün olmazsa" jandarma silah

Bu durumda suçüstü halinin çok geniş bir biçimde değerlendirilmesi başlı başına bir sakınca teşkil etmektedir. Suçüstü durumu olduğunca geniş bir biçimde yorumlanmaktadır ve silah kullanma yetkisinin esasen doğmadığı olaylara tatbik edilmektedir. Doğru'nun da isabetle belirttiği üzere, yakalama nedenleri ve kaçan kişiler arasında ayırım yapmadan kategorik olarak, kaçmakta olan herkese karşı güç kullanılması haklı olamaz.⁸¹ Güç kullanılmasının somut olayda mutlaka gerekli/zorunlu olması gerekir, bu gereklilik AİHM'ye göre dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Mahkeme'nin son derece önemli Nachova ve diğerleri/Bulgaristan kararında,⁸² AİHM yakalanacak kişinin yaşama veya beden bütünlüğüne karşı tehdit teşkil etmediğinin bilinmesi ve isnat edilen suçun şiddet içermemesi halinde, ilgili kişinin kaçması ihtimaline rağmen, ölümcül güç kullanımının mutlaka gerekli olmadığını belirtmiştir.⁸³ Diğer taraftan, kullanılan güç sadece mutlaka gerekli değil, ama yakalama amacıyla 'orantılı/ölçülü' olmalıdır. Keza, AİHM, dur ihtarına uymayarak kaçan kişilere dönük öldürücü güç kullanılması ile ilgili olarak kaçan kişinin yarattığı tehlike ve işlenen suçun niteliğinin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴ Yukarıda belirtildiği üzere, AİHM önüne gelen davalardaki verilerden yola çıkarak halihazırda Türkiye'deki kolluk mevzuatının ve uygulamasının bu yönden yeterli güvenceleri karşılamadığını halihazırda tespit etmiştir.⁸⁵

Bu yönüyle herhangi bir ayırım yapmaksızın suçüstü hallerinde silah kullanılmasının düzenlenmesi, Sözleşme hükümleri ve AİHM içtihadı ile uyumlu değildir. Nitekim, uygulamada da bu yönde veriler bulunmaktadır. Keza, Kanun'un son derece geniş düzenlemesi yargı pratiği açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Aşağıda tartışılacağı üzere, gereklilik testi aramaksızın kolluğa kaçan kişilere ateş etme yetkisi verilmesi hükmün ölçülülük ile ilgili düzenlemesini ilga etmektedir. Aşağıda, Yargıtay'ın suçüstü halinde kolluğa ilişkin öldürücü güç kullanma yetkisi ile ilgili kararlarına değinilecektir.

kullanmaya yetkilidir.

⁸¹ Doğru 2018, s. 105.

⁸² Nachova ve diğerleri/Bulgaristan [BD], 4377/98, 06.07.2005.

⁸³ Ibid., para. 94.

⁸⁴ Makbule Kaymaz ve diğerleri/Türkiye, 651/10, 25.02.2014, § 101.

⁸⁵ Hamiyet Kaplan ve diğerleri/Türkiye, 36749, 13.9.2005 (özet çeviri, s. 6), Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, § 77.

4. Yargıtay Uygulaması Açısından Öldürücü Güç (Ateşli Silah) Kullanımı Sorunu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türkiye’de yargı uygulaması açısından bakıldığında öldürücü güç kullanma vakalarının ancak belirli bir bölümü kanun yolu aşamasına gelebilmektedir. Zira, Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, kolluğun silahlı güç kullanımıyla ilgili vakaların en azından bir bölümünde kovuşturmayaya yer olmadığı kararları verilmektedir.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere bu tutum sınırlı bir biçimde çizilen savcının takdir yetkisini aşan bir uygulamadır.⁸⁷ Zira, CMK 172’ye göre, bir hukuka uygunluk nedeninin ya da kusurluluğu ortadan kaldıran halin bulunup bulunmadığını tespit mahkemelerin uhdesinde bir yetkidir. Diğer taraftan, güvenlik güçlerinin zor ve silah kullanması bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması yaygın bir biçimde başvuru olan ikinci yoldur.⁸⁸ Özellikle işkence ve kötü muamele fiilleri açısından af anlamına geldiğinin tespit edildiği bu türden bir uygulama,⁸⁹ bu olaylar bakımından etkili kanun yolu denetimi olanağını ortadan kaldırmaktadır. Son olarak, temyiz yoluna başvurulmasında 5271 sayılı CMK’nın 286. maddesindeki sınırlamalar dolayısıyla, özellikle son birkaç yılda Yargıtay aşamasına gelmiş dava sayısı kayda değer bir biçimde azalmış olmalıdır.

Yargıtay’ın konu ile ilgili kararlarında dikkat çeken bir nokta, Yüksek Mahkeme’nin hemen her zaman silah kullanma yetkisinin doğduğu yönünden bir varsayımda bulunmasıdır. Bu noktada esasen hukuki denetim yapan bir temyiz merciin önüne gelen davanın olgusal temellerini incelememesinin tabii bir durum olduğu iddia edilebilir. Ancak, silah kullanma yetkisinin doğup doğmadığı meselesi en başta hukuksal bir meseledir ve haliyle, hukuki denetim, somut olayda silah kullanma yetkisinin koşullarının bulunup bulunmadığının incelenmesini içermelidir.

Yargıtay’ın silah kullanma yetkisinin doğduğunu kabul ettiği davalardaki ağırlıklı yaklaşımı ise, bir hukuka uygunluk nedeni olarak

⁸⁶ Cemil Danışman, § 109, Kasım Özdemir ve Mehmet Özdemir, 2015/18189, 23.10.2019, (Anayasa Mahkemesi, AİHS 3. madde bağlamında değerlendirmiştir.)

⁸⁷ Cemil Danışman, § 109.

⁸⁸ Kasap ve diğerleri/Türkiye, 8656/10, 14.01.2014, §§ 56-61, Seyfullah Turan ve diğerleri, 2014/1982, 09.11.2017, §§ 190-197.

⁸⁹ Taylan/Türkiye, 32051/09, 03.07.2012, § 46.

kanun hükmünün icrasında sınırın taksir ile aşılmış olduğudur. Yüksek Mahkeme, korunan hukuksal menfaat ve araçlar yönünden açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylarda bile TCK md. 27/1 bağlamında sınırın kasten aşılmadığı şeklinde bir değerlendirmede bulunmaktadır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin onadığı bir davada,⁹⁰ olağan trafik kontrolleri sırasında alkollü olduğu şüphesi ile bir araç durdurulmuştur. Sürücünün alkolmetre ile yapılan kontrolünde 159 promil alkollü olduğunun anlaşılması üzerine ceza tutanağı düzenlenmiş, aracın trafik muayenesinin geçmiş olması ve sigorta poliçesinin bulunmaması nedeniyle görevli polis memurları aracı bağlamak istemişlerdir. Ancak, maktul, kolluk görevlilerinin bir anlık dalgınlığından istifade ederek aracına binerek kaçmaya çalışmıştır. Olayda maktul bir süre kolluk tarafından takip edilmiştir. Kolluk görevlileri bu sırada megafon ve far sinyali ile durması konusunda uyarıda bulunmuş ve havaya da iki kez ateş etmiştir. Nihayet, sanık kolluk görevlisi, 11,30 metre yaklaştığına aracın durmasını sağlamak için arka tekerliğine 13 kez adet etmiş, 11 tanesi tampon ve tekerleklerle isabet ettiği, iki adet mermi üst kısımlara isabet etmiş, bunlardan bir tanesi sürücü koltuğundan girmek suretiyle maktulün sırtına isabet ederek kalp ve akciğer yaralanmasına yol açarak ölümüne neden olmuştur.

Dava olası kast ile öldürme suçundan açılmıştır. Mahkeme, taksirle ölüme sebebiyet vermeden dolayı kurduğu mahkumiyet hükmünde olası kast tanımı çerçevesinde öncelikle "sanığın ve bulunduğu aracın hareket halinde olması, maktulün aynı şekilde hareketli bir araç içinde bulunması" gibi nedenlerle yapılan atış sonucu "merminin sekebileceği ve istenilen yerden başka bir hedefe de isabet edebileceği"nin öngörülebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte yerel mahkemeye göre sanığın meydana gelen sonucu kabul ettiği ve bu amaçla ateş ettiğini ispat mümkün değildir. Yerel mahkeme, kararda şüphelinin alkollü araç kullanmasını kabahat nevinden gördüğüne ve ceza tutanağı düzenlendiğine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, alkollü araç kullanmak suretiyle trafik düzeninin bozulduğu ve TCK'nın 179 maddedeki suçun oluştuğu kabul edilse bile ruhsatı ve plaka numarası alınan, ceza

⁹⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12/2/2013 tarihli ve E.2009/8911, K.2013/906 sayılı ilamıyla onanmış ve karar aynı tarihte kesinleşmiştir. Anayasa Mahkemesi Makbule Güney başvurusu, 2014, 1278, 16.06.2016.

tutanağı düzenlenen şüphelinin silahla ateş etmeden de yakalanması mümkündür. Yerel mahkemeye göre, şüphelinin bir süre daha takip edilip şehirlerarası karayolu güzergahında bulunan diğer güvenlik görevlilerine haber verilip barikat kurulmak suretiyle de engellenmesi olağan iken sanığın silah kullanma yetkisi doğduğu düşüncesiyle ateş etmiştir. Olaya ilişkin bütün bu önemli noktalara değindikten sonra, mahkeme, sanığın arka tekerleklerle ateş ettiği ve bunlardan bir tanesinin sekmesi sonucu ölüm neticesinin meydana geldiğini kabul ettiği olayda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşıldığını belirtmiştir. Yakın mesafeden on üç kez ateş edilerek maktulün öldürülmesi failin kasıtlı değil taksirli davranışı ile açıklanmıştır.

Bir diğer olayda ise⁹¹ muhalefet şerhinden anlaşıldığı kadarıyla maktul yönetimindeki araç, içinde diğer bir kişi bulunduğu halde park etmiş olan bir araca çarpmamak için yoldan çıkarak kapalı olan bir işyerinin cam ve çerçevesini kırarak eşyaya zarar vermiş ve olay yerinden kaçmıştır. Yapılan ihbar üzerine kolluk maktul sevk ve idaresindeki aracı takibe almış, maktulün dur ihtarına uymaması ve polis otosunun giremeyeceği bir yola sapması üzerine, yaya olarak traktöre yetişen sanık polis arkadan tabancayla ateş etmiştir. Dosya kapsamına göre, maktulün arkasında iki adet ateşli silah girişi ve önden bir çıkış deliği ile sürücü koltuğunda bir adet mermi bulunmaktadır. Sanık maktule tıbbi müdahalede bulunulması için girişimde bulunmamış, olay yerinden hemen ayrılmış ve jandarma bölgesi olmasına karşın olaydan dört saat sonra jandarma görevlileri haberdar edilmiştir. Maktulün takibini gerektiren fiiller muhalefet şerhinde mala zarar ve alkollü araç kullanma olarak tespit edilmiştir. Muhalefet şerhinde mala zarar vermenin taksirle işlenemeyeceği belirtilmiş ve alkollü araç kullanma kabahat nev'inden bir fiil olarak değerlendirilmiştir. Muhalefet şerhine yansıyan boyutuyla, olayda, bir işyerinin cam ve çerçevesini kırması nedeniyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma fiili yönünden (TCK m. 179/2) sorumluluk söz konusu olmalıdır. Ayrıca alkol etkisi nedeniyle aracı sevk ve idare edemeyecek durumda olması ve belirli bir promilin üzerinde alkollü olması durumu⁹² söz konusu ise bu durumda aynı

⁹¹ CGK, 2008/1-166, 2009/40, 24.02.2009 (karara.com, son erişim tarihi: Aralık 2020, söz konusu kararda atıfta bulunulan karar bilgilerine şu şekilde yer verilmiştir: 1. CD, 1000/2218, 21.3.2008.

⁹² R. Murat Önok, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu", *TBB Dergisi*, 2015, c.

zamanda TCK m. 179/3'ün de uygulanması mümkün hale geleceği için her iki suç bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olabilirdi. Suçüstü halinin bulunduğu ve sıcak takibin gerekli olduğu tespit edilse dahi, olayda maktulü doğrudan doğruya hedef alan bu müdahalenin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması bağlamında değerlendirilerek sınırın taksirle aşıldığı şeklinde bir kabul isabetli değildir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın özel daire kararına karşı itirazında mala zarar verme olarak değerlendirildiği kiraathanenin camlarının zarar görmesinin takibinin şikayete bağlı olduğunu belirtmiş ve "etkin bir saldırısı olmayan" yakalanmamak için kaçan maktule karşı silah kullanılmasının kasten öldürme olacağını belirtmiştir. Ne var ki, bu dosyada Ceza Genel Kurulu, hükmün açıklamasının geri bırakılması kurumunun 5278 sayılı Kanun ile genişlemesinin ardından lehe kanun uygulaması yönünden öncelikle değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmekle yetinmiş ve esasa girmemiştir.

Yargıtay'ın bozduğu veya onadığı kararlarda dikkat çeken nokta, çoğunlukla taksir sonucunun gerekçelendirilmemiş olmasıdır.⁹³ Olası kast, bu kararlarda çoğunlukla kategorik olarak reddedilmektedir. Olası kast ve bilinçli taksir yönünden olayın tartışıldığı az sayıda kararda da teorik açıklamaların ötesinde başvurulmuş kriterlerin olaya tatbik edilmediği gözlemlenmektedir. Keza, bu teorik değerlendirmeye

121, s. 157-202; s. 187.

⁹³ 1. CD., E. 2018/5122 K. 2019/1894, 27/3/2019 (Lexpera, son erişim tarihi: Aralık 2020) Bu bakımdan karşı oy görüşü dikkat çekicidir. "Yerine getirdiği görevin niteliği ve zorunluluğu bulunmaması nazara alındığında tüm dosya kapsamına göre öldürme kastıyla hareket etmediği anlaşılan sanığın kendilerine yönelik olarak silahsız maktulden kaynaklanan ve meşru savunma olarak değerlendirilebilecek bir tehdit veya eylem bulunmamasına rağmen, kaçmakta olan maktulü gerekli tedbirleri alarak etkisiz kılmak ve yakalanmasını sağlamak imkanı bulunduğu halde tercihini onu yaralayarak durdurılmaktan yana kullandığı, nitekim bu amaçla gerçekleştirdiği ilk atış sonucunda maktulün yaralandığını ve yavaşladığını görmesine rağmen gerçekleştirdiği ikinci atış sonucundaki isabetle maktulün vefat ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın PYSK'nın 16. maddesinin verdiği silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçarak yasaya uygunluk sınırını aşmak suretiyle ölüme neden olduğu, yaralama kastıyla gerçekleştirilen eylem sonucunda ölümün meydana gelmesi nedeniyle sanığın eyleminin TCK'nın 87/4-2. cümlesi kapsamında kastın aşılması suretiyle öldürme suçunu oluşturduğu gözetilerek hükmün bu nedenle tebliğnameye uygun şekilde bozulması yerine sanık hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan kurulan mahkumiyet hükmünü onayan sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edemiyoruz".

lerin de öğretinin de belirttiği üzere, isabetli olmayan bir biçimde uygulanması söz konusudur. Sözgelimi, bir kararında, Yargıtay, “olası kastta fail, öngördüğü sonucun meydana gelmesini kabullenip, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek, öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmekte”⁹⁴ olduğunu belirtmektedir. Gökçen ve Balcı’nın da başka bir bağlamda belirttiği üzere,⁹⁵ madde düzenlemesinden ve gerekçeden hareket edildiğinde, neticenin istenmemesi değil, neticeye kayıtsız kalınması söz konusudur; “eğer netice istenmiyorsa, kabullenilmesi de mantıken söz konusu olmayacaktı”. Açıktır ki, hareket halinde bulunan bir araca yöneltilen atışlardan kurşun sekmesi ya da başka bir nedenle aracın içinde bulunan kişiler veya çevredeki diğer kişilerin yaşam ve beden bütünlükleri açısından bir zarar ortaya çıkacaktır. Buna rağmen, ateş edilmesi ve zarar sonucunun ortaya çıkması halinde artık neticenin istenmemesinden değil kabullenilmesinden söz etmek gerekir. Kaldı ki, failin aldığı silah atış eğitiminin özellikle hedefin hareketli olması halinde yaralama ve ölüm sonucunun doğacağını bilmesi gerekir. Bu itibarla ilgili kolluk görevlisinin olası kast ile hareket ettiğini tespiti zorunludur.

Az sayıda da olsa, Yargıtay’ın benzer olaylarda sınırın kasten aşıldığını kabul ederek, yaralamadan hüküm kurulması gerektiğini belirttiği kararlar da mevcuttur. Yargıtay bu olaylarda da adeta yaralama suçuna ilişkin bir karine oluşturarak kanunun ilgili hükümlerini bertaraf etmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 2011 yılında verdiği bir kararda, Daire öncelikle şu tespiti yapmaktadır:

“2559 sayılı PVSK’nın 16/E. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığının anlaşıldığı ancak, havaya, otomobilin lastiklerine veya alt kısımlarına doğru ateş etme olanağı varken, hareketli ortamda arabaya doğru yere paralel şekilde rasgele ateş ettiği...”

Ancak 1. Ceza Dairesi, daha sonra hükmü kasten öldürme suçundan kuran derece mahkemesinin kararını bozarak kasten ölüme kasten

⁹⁴ CGK, 2010/8-51, 2010/162, 6/7/2010 (Kazancı, son erişim tarihi: Aralık 2020).

⁹⁵ Ahmet Gökçen, /Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, c. 17, sy. 1-2, s. 95-218, s. 145.

yaralama sonucu ölüme sebebiyet olduğunu (TCK m. 87/4) olduğunu belirtmektedir.⁹⁶

Bu bakımdan, yukarıda zikredilen dur ihtarına maktulün uymaması nedeniyle önleyici kolluk mensubu tarafından ateş edildiği vaka-ya burada bir kez daha değinmek gerekmektedir. Söz konusu olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, öncelikle şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır:

“2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet (*sic*) Yasasının 16. maddesinde belirtilen “silah kullanma” koşullarının gerçekleşmediğinde herhangi bir duraksamanın yaşanmadığı olayda, kullanılan silahın niteliği, elverişliliği ve etki alanı, atış mesafesi, tanık anlatımları ve dosyadaki diğer kanıtlar göz önünde bulundurulduğunda; kaçmak isteyen maktulü durdurmak amacıyla hareket eden sanığın, elindeki elverişli silahla ve silahın etki alanı içerisinde bulunan maktulün kaçış istikametine doğru ateş etmesi sonucunda, mermilerden birinin maktule isabet edebileceğini ve eyleminin yaralanmayla sonuçlanabileceğini öngördüğü, ancak buna rağmen hareketine devam ettiği ve ölümün bu harekete bağlı olarak meydana geldiği görülmektedir”.

Ancak sanık polisin öldürme kastı ile davrandığına ilişkin somut olayda yeterli kanıtın bulunmadığını söyleyerek fiili neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak kabul etmiştir. Yargıtay’ın burada sanığın öldürme kastının bulunmadığı yönündeki gerekçesi, özellikle olası kast için kabul edilebilir görünmemektedir. Zira Yargıtay, dosyadaki oluştaya göre değil, sanık ile maktul arasında husumeti gerektiren herhangi bir nedeninin bulunmamasını dikkate alarak karar vermektedir. Kuşkusuz, bu durum kastın ispatı yönünden değerlendirilecek hususlardan biridir. Alman uygulamasında da Federal Mahkeme’nin kastın isteme unsurunun somut olayda mevcudiyeti hakkında değerlendirme yaparken failinin kişiliğinin ve fiili işlemekteki saiklerinin değerlendirilmesini aramaktadır.⁹⁷ Keza bu tutumun, Alman hukukunda da gözlemlenen biçimde failin kastının ispatlanamadığı buna karşılık takirsirle öldürmeden verilecek cezayı yetersiz bulduğu vakalarda neticesi

⁹⁶ 1. CD, 2010/7262 E., 2011/3239 K., 18/5/2011 (Legal, son erişim tarihi: Aralık 2020).

⁹⁷ Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Stuttgart, 2019, Bozbayındır, Ali Emrah, *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Ankara 2018, s. 187.

sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu tatbik etme eğilimine benzer bir yaklaşım olduğu söylenebilir.⁹⁸ Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı da eleştirilmektedir. Öğretide, böyle bir yaklaşımın, uygulamada kastın failin saikleri, maksatları, eğilimleri gibi unsurlardan arınmış bir biçimde değerlendirilmesi ilkesini işlevsizleştirdiği yönünde itirazlarla karşılaşmaktadır.⁹⁹ Nitekim, Alman uygulaması ve öğretisinde, failin kişiliğine ve fiile ilişkin sübjektif şartların yanında, failin tehlikeliliği ve tehlikeyi önleme çabalarının bulunup bulunmadığı gibi objektif nitelikteki unsurların da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁰ Federal Mahkeme'nin tehlikeli saldırı hareketleri gerçekleştiren failin ölüm neticesini mümkün gördüğü ve bunu kabullendiği ihtimalini oldukça güçlendirmektedir.¹⁰¹ Özellikle ateşli silah veya bıçakla işlenenler ile boğma şeklinde tezahür eden saldırgan davranışlarda olası kastın varlığının kabul edilmesi ihtimali güçlenmektedir.¹⁰² Alman Yüksek Mahkemesi hayati tehlikeye sebebiyet veren şiddet eylemlerinde olası kastın dışlanması için, failin mağdurun ölmeyeceğine güvendiğine ilişkin delillerin mevcudiyetini aramaktadır.¹⁰³

Yargıtay'ın da yerleşik içtihadı olaya ilişkin objektif ve sübjektif hususların değerlendirilmesi gerektiği üzerine bina edilmiştir. Kasten öldürme ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran kriterler Yargıtay Ceza Genel şu şekilde sıralamaktadır.¹⁰⁴

- a) Fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunup bulunmadığı,

⁹⁸ Bozbayındır 2018, s. 166.

⁹⁹ Bozbayındır 2018, s. 188, Mehmet Cemil Ozansü, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s. 194, Joachim Vogel/ Jens Bülte in Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rising-van Saan/Thomas Rönnau/ Wilhelm Schluckebier, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 2019, 13. baskı, 1. cilt, s. 1050, , De Gruyter (Online).

¹⁰⁰ Heinrich 2019, s. 115, Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1,4. baskı, Münih 2006, s. 450-451.

¹⁰¹ Heinrich 2019, s. 115.

¹⁰² Roxin 2006, s. 474.

¹⁰³ Jürgen Baumann/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. baskı, Bielefeld 2016, s. 258'e atfen, Bozbayındır 2018, s. 191, Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. baskı, Ankara 2019, s. 240 vd.

¹⁰⁴ CGK, 2008/8 E., 2008/184 K., 08.07.2008; 2009/252 E., 2010/46 K., 02.03.2010; 2015/450 E. 2016/148 K., 29.03.2016, 2017/146 E., 2017/300 K., 30.05.2017, (Lexpera, son erişim tarihi: Aralık 2020).

- b) Olayda kullanılan vasıtanın öldürmeye elverişli olup olmadığı,
- c) Mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti,
- d) Darbelerin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı,
- e) Failinin fiile kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği,
- f) Olay sonrası mağdura yönelik davranışları, başka bir anlatımla olayın kendine özgü tüm özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Kolluğun silah kullanma yetkisi sonucu ortaya çıkan ölümlerde, fail ile mağdur arasında öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunmaması fiilin öldürme değil yaralama olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır. Nitekim, Yargıtay'ın taraflar arasında husumet bulunmaması halinde kastın yaralamaya dönük olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁵ Oysa, fail ve mağdur arasında olay öncesinde bir husumet bulunup bulunmaması kriterlerden yalnızca bir tanesi olarak değerlendirilebilir. Her olayda, mutlaka varlığını aramak, her durumda adeta tasarlayarak öldürme şartlarının bulunup bulunmadığının denetimi anlamına gelecektir. Kolluğun görevi sırasında karşılaşması başlangıç itibarıyla kastının bu yönde olmadığına ilişkin bir karineye neden olabileceksede failin başlangıç itibarıyla fiilinin neticeleri konusunda kayıtsız kaldığı durumda, neden netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya göre cezalandırılması gerektiği izaha muhtaç bir konudur.

Bu olayların önemli bir bölümünde olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırt etmek güçtür. Sanık kolluk görevlisinin beyanı ile hüküm tesis edilmektedir. Bu noktada, çoğunlukla mandalı açık unutulmuş silahın birdenbire ateş alması, düşmesi dolayısıyla silahın ateş alması, mekanik bir arıza nedeniyle silahın tutukluk yapması üzerine doldurt-boşalt uygulaması yaptığı sırada ateş alması¹⁰⁶ veya tekerleklerle isabet alındığı halde kurşunun sekmesi sonucu maktule/mağdura isabet alması gibi beyanlar üzerinden hareket edilmektedir. Bu noktada olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayırım da önemini kaybetmektedir. Öğreti ve uygulamada, olası kastın ayırt edici özelliğinin failin

¹⁰⁵ Gökçen/Balcı 2011, s. 131.

¹⁰⁶ Bkz., örneğin, 1. CD 2018/3327 E., 2018/4604 K., 12.11.2018 (Lexpera, son erişim tarihi: Aralık 2020).

neticeyi kabullenmesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Bilinçli taksirde ise fail öngördüğü sonucu istemediği için elinden gelen çabayı göstermektedir.¹⁰⁸ Öğretide de belirtildiği üzere, olası kasttaki kayıtsızlık durumu bilinçli taksirde yoktur; aksine bilinçli taksirde fail sonuçları önlemek için çabada bulunmaktadır. Bu noktada, ölüm neticesinin ortaya çıkmaması için herhangi bir edimi bulunmayan kolluk görevlisi olan failin fiilinin taksirli hareket olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Konunun bir ispat sorununa dönüşmesi ve ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi¹⁰⁹ de çoğunlukla bu nedenle mümkün olmamalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, failin maktule tıbbi müdahalede bulunulması için girişimde bulunmayıp, olay yerinden hemen ayrıldığı ve jandarma bölgesi olmasına karşın olaydan dört saat sonra jandarma görevlileri haberdar edildiği bir olayda bile sınırın taksirle aşıldığı yönünde bir kabule ulaşılmıştır. Dolayısıyla, bu noktada da Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ifadesi ile failin iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesinde “olay öncesi, sırasında ve sonrasında failin dışı yansıyan davranışları” ölçü olarak alınmış değildir.¹¹⁰

Öte yandan, bir ikrarın olmadığı her vakada,¹¹¹ failin kastının belirlenmesi olaya ilişkin objektif ve sübjektif nitelikteki emarelerin değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu durumda, tanık ifadeleri, olay yeri incelemesi, balistik inceleme raporları ile bir hüküm kurulmaya çalışılacaktır. Ancak, failin kolluk olduğu olaylarda etkili

¹⁰⁷ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. baskı, Ankara, 2006, s. 294, Hakeri 2019, s. 242, Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 4. baskı, İstanbul, 2015, Ali Parlar/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, 3. baskı, Ankara 2010, s. 333. Farklı bir açıdan bkz., Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 342 vd., Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. baskı, Ankara, 2013, s. 362 vd., Özbek, Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku, Ankara, 2012, s. 253, Ayrıca, bkz, Bozbayındır 2018.

¹⁰⁸ Kayıhan İcel, “Ceza Hukukunda Temel ‘Kusurluluk Şekli’ Kast”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, c: 6, sy: 2, s. 61-70, s. 65’te.

¹⁰⁹ Bu yönde bir yaklaşım için bkz., Fatih Birtek, “Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, c. 58, sy. 2, s. 231-279; s. 244

¹¹⁰ CGK 2013/716 E., 2013/627 K., 24.12.2013; 2016/103 E., 2017/127 K., 07.03.2017 (Lexpera, son erişim tarihi: Aralık 2020).

¹¹¹ İkrar da her zaman maddi gerçeği yansıtmayabilir. Bkz., CGK, 2005/7-144, 2005/150, 29.11.2005 (Kazancı, son erişim tarihi: Aralık 2020)).

bir soruşturma yürütülmesi Türkiye uygulaması açısından zorluklar arz etmektedir. Kolluğun suç faili olduğu durumlarda bu tespitlerin bağımsız bir adli kolluk tarafından yapılmaması başlı başına bir meseledir.

Son olarak, bu bağlamda Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2019 yılında verdiği isabetli ve daha önceki içtihadından ayrılan bir kararına değinmekte yarar bulunmaktadır.¹¹² Olay esasen önleme araması kapsamında aracın durdurulamaması ve sonrasında uyarı ateşinden sonra silah kullanılması suretiyle maktulün ölümüne sebebiyettir. Yargıtay, bu noktada, sanık polisin maktulü doğrudan hedef alarak, kasten öldürmesini gerektirecek bir nedenin bulunmadığını, failin PVSK 16. madde veya meşru savunma altında hareket etmediğini belirtmiştir. Yargıtay bu kararda şu değerlendirmelerde bulunarak bozma kararı vermiştir:

“Bununla birlikte sanığın, bilerek ve isteyerek maktulü durdurmak amacıyla ateş etmesi karşısında, eyleminin taksirli olduğunun kabulü de mümkün görülmemiştir.

Sonuç itibariyle; sanığın, kaçmakta olan maktulü bir şekilde durdurmak amacıyla araca doğru, bedensel zararı önleyecek bir çaba göstermeksizin ateş ettiği sırada, bu atış nedeniyle maktulün vurulmasının mutlak olmamakla birlikte muhtemel bir netice olduğu, bu neticenin sanık tarafından öngörüldüğü ancak, neticeyi önlemeye yönelik, mesleğin de gerektirdiği bir çaba gösterilmeksizin, eyleme devamla, sonucu göze alıp kabullenerek ateş ettiğinin anlaşıldığı, bu durumda, olaya göre muhtemel olan ölüm neticesinin gerçekleşmesi karşısında, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile TCK'nin 81, 21/2. maddeleri kapsamında olası kastla öldürme suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, suç vasfının belirlenmesinde hataya düşülerek, yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması”.

Görüldüğü üzere bu kararda failin kolluk olması isabetli bir biçimde silah eğitimi almış olmasına rağmen, mesleğinin gereklerini yerine getirmemesi, neticenin kabullenmesine ilişkin bir emare olarak değerlendirilmiştir.

¹¹² 1. CD, 2019/753, 2018/2323, 17.4.2019 (Lexpera, son erişim tarihi: Aralık 2020)).

V. Sonuç

Ezcümle, suçun niteliği ve tehlikenin derecesi gözetilmeksizin suçüstü halinde kolluğa ölümcül kuvvet kullanma yetkisi veren PVSK m. 16'daki düzenleme, uygulamanın da gösterdiği gibi birçok yönden sorunlara gebe dir. Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gereken kabahat türünden fiillerin dahi suçüstü hali olarak değerlendirilebildiği kayda değer sayıda vaka gözlemlenebilmektedir. Suçüstü olarak değerlendirilebilecek özellikle trafikte seyir halindeki araçlar bakımından gündeme gelen, trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve mala zarar suçları açısından da silah kullanma yetkisinin icrası yaygın bir uygulamadır. Ancak, şüpheli konumundaki kişinin yakalanması için son çare olmaması ve başka türlü yakalanma olanaklarına rağmen silah kullanılması uygulaması, konu ile ilgili uluslararası belgelerde aranan ölçütler ve AİHM'nin yaşam hakkı ile ilgili içtihadı ile bağdaşmamaktadır.

Açılan ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları bakımından ise, hukuka uygunluk nedeni olarak silah kullanma yetkisinin hiç doğmadığı ya da sınırın kasten aşıldığı vakalarda, ceza muhakemesinin her aşamasında sanık lehine değerlendirme yaygındır. Bu vakaların bir kısmında, hukuka aykırı bir biçimde kamu davası hiç açılmamaktadır. Açılan davaların önemli bir kısmında ise somut olaydaki atış sayısı, atış mesafesi gibi kastı ortaya koyan göstergelere rağmen sanık lehine bir tür taksir karinesi ile hareket edilmektedir. Nihayet, kanun yolu uygulaması açısından bakıldığından, konu ile ihtisas dairesi olan, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, bu türden kararları çoğunlukla onama eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan yine, az sayıda olayda, taksirle ölüme sebebiyet vermenin açıkça orantsız olacağı kabul edildiği örneklerde, kastın öldürmeye değil yaralamaya dönük olduğu kabul edilmektedir. Bu yönleriyle değerlendirildiğinde, PVSK m. 16'nın ilgili fıkrasının uygulamasının da yaşam hakkının korunması için etkili bir yasal çerçeve oluşturduğunu ve bu şekilde uygulandığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Bu nedenle yukarıda detaylı biçimde tartışıldığı üzere, PVSK m. 16 bakımından bir değişiklik zorunlu görünmektedir. Öte yandan, yukarıda, Nachova ve diğerleri/Bulgaristan kararı tartışılırken vurgulandığı üzere, AİHM yakalanacak kişinin yaşama veya beden bütünlüğüne karşı tehdit teşkil etmemesi ve isnat konusu suçun şiddet

içermemesi halinde, kişinin kaçma olasılığına rağmen öldürücü güç kullanımına cevaz verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme, bu yaklaşımı ile silah kullanma yetkisini, böyle bir durumla karşı karşıya kalan kolluk görevlisi tarafından makul bir biçimde öngörülebilir olarak sınırlamaktadır. Bu bakımdan Türkiye’de yargı kararları da esasen PVSK’nın yaşam hakkına ilişkin anayasal çerçeve ile uyumsuz mevcut düzenlemesi bakımından ölçülü ve kademeli bir yetkinin tespitinde bu ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakar Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Bozbayındır, Ali Emrah, Olası Kast Kavramı ve Sınırları, Ankara, 2018.
- Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. baskı, Ankara, 2013.
- Doğru, Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İktisadüğü, İstanbul 2010
- Doğru, Osman, Yaşama Hakkı, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara, 2012.
- Douwe Korff, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap, Avrupa Konseyi, Belçika, 2006.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. baskı, Ankara, 2019.
- Heinrich Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Baskı, Stuttgart 2019
- Human Rights Watch, Adalet Karşı Safları Sıklaştırmak, Türkiye’de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller, New York 2008.
- Kelep Pekmez, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, İstanbul 2015.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012.
- Özgenç İzzet Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. baskı, Ankara, 2006.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Ankara, 2015.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, 3. baskı, Ankara 2010.
- Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. baskı, Münih 2017.
- Savcı, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜ SBF Yayınları, Ankara, 1980.
- Schabas, William, The Abolition of the Death Penalty in International Law, Cambridge University Press, 3. baskı, Cambridge, 2002.
- Schabas, William, The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Yenisey Feridun, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, TCK m. 1-75, 4. baskı, İstanbul, 2015.

Makaleler

Arslan, Zühtü, "11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2006, c. 8, sy., 2, s. 121-136.

Altıparmak, Kerem/Aytaç, Ahmet Murat/Karahanoğulları, Onur/Hançer, Türkan/Aydın, Devrim, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma", *Hukuk ve Adalet*, 2007, sy. 11, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm#_Toc172375669 (Son erişim tarihi: Temmuz 2020).

Birtek Fatih, "Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, c. 58, sy. 2, s. 231-279.

Böhm Klaus Michael/ Werner Eric, *Münchener Kommentar zur StPO*, Rn. 8-11, 2014 (Beck Online).

Coşkun Vahap, "Güvenliği Özgürlükte Aramak", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy:8-11, s. 1-10, 2009.

Çolak Haluk, Biçimsel Anlamda Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Kanununun Uygulama Koşullarının Bulunmadığı Durumlarda Suçüstü Yargılamasının Yapılabilmesi, *TBB Dergisi*, 1998, c. 3, sy. 10, 1021-1018.

Eryılmaz, M., Bedri, "5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, c. 65, sy. 3, s. 63-79.

Gökçe Teoman, "Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri", *TBB Dergisi*, 2002, s. 85- 103.

Gökçen Ahmet/Balcı, Murat, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, c. 17, sy. 1-2, s. 95-218.

Güzel İdris, "İnsan Hakları Bakımından Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2019, c. 11, sy. 11, s. 483-510, s. 493-504.

İçel Kayıhan, "Ceza Hukukunda Temel 'Kusurluluk Şekli' Kast" *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, c. 6, sy: 2, s. 61-70

Karan Ulaş, Yaşam Hakkı in İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi, Ankara, s. 115-135, 2013.

Kostakopoulou Dora, "How to Things with Security Post 9/11", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, c. 28, sy. 2, ss. 317-342.

Krauss Matthias, *StPO § Vorläufige Festnahme*, 127 in Graf Jürgen Peter BeckOK *StPO mit RistBV und Mistra*, 36. Baskı, Rn. 3, 2020, (Beck Online).

Erdem Mustafa Ruhan, "Malvarlığına Yönelik Saldırıları Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m. 2)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, c. 9, s. 987-988.

Önok R. Murat, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu", *TBB Dergisi*, c. 121, s. 157-202, 2015.

Schultheis Ullrich, *StPO § 127 Rn. 9*, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2019 (Beck Online).

- Şen Ersan, "İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, c.4, sy: 30, s. 30.
- Turhan Faruk/Aksu Muharrem, "11 Eylül Sonrası ABD'de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler- Özellikle Patriot Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar", *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, c. 1, sy. 1, s. 47-90.
- Vogel Joachim/Bülte Jens in Cirener Gabriele/Radtke Henning/Rising-van Saan Ruth/Rönnau Thomas/Schluckebier, Wilhelm Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 13. baskı, 1. cilt, 2019 (De Gruyter Online).
- Yarsuvat Duygun/Bayraktar Köksal/Yüzbaşıoğlu Necmi ve diğerleri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü in Teoman Ergül, Türk Ceza Kanunu Reformu 2. Kitap, Ankara 2004, s. 285-307.
- Yıldız, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 14, sy. 1, s. 131- 214, 2006, s. 143.

AIHM Kararları

- Abdullah Yaşa ve diğerleri/Türkiye, 44827/08, 16.07.2013.
- Alparslan Altan/Türkiye, 12778/17, 16.04.2019.
- Andreou/Türkiye, 45653/99, 27.10.2009
- Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 86/1996/705/897, 09.10.1997.
- Atıman/Türkiye, 62279/09, 23.09.1994.
- Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık, 11209/84;11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988.
- Erdagöz/Türkiye, 127/1996/945/746, 22.10.1997.
- Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 19807, 25.04.2006
- Evrin Öktem/Türkiye, 9207/03, 4.11.2008.
- Finogenov ve diğerleri/Rusya, 18299/03 ve 27311/03, 20.12.2011.
- Fox, Campbell and Hartley/Birleşik Krallık, 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990.
- Giuliani ve Gaggio/İtalya [BD], § 174, 23458/02, 24.3.2011.
- Gün ve diğerleri/Türkiye, 8029/07, 18.06.2013.
- Hamiyet Kaplan ve diğerleri/Türkiye, 36749, 13.9.2005
- Hugh Jordan/Birleşik Krallık, 24746/94, 04.5.2001.
- İpek ve diğerleri/Türkiye, 17019/02 ve 30070/02, 03.02.2009.
- Kasap ve diğerleri/Türkiye, 8656/10, 14.01.2014
- Kılıç/Türkiye, 22492/93, 28.03.2000
- Makaratzis, 50385/99, 20.12.2004.
- Makbule Kaymaz ve diğerleri/Türkiye, 651/10, 25.02.2014.
- McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 18984/91, 27.9.1995
- Murat Çakmak, 2015/19011, 16.1.2020.
- Nachova ve diğerleri/Bulgaristan [BD], 4377/98, 06.07.2005.
- O'Hara/Birleşik Krallık, 37555/97, 16.10.2001.
- Perk ve diğerleri, 50739/99, 28.03.2006.
- Salman/Türkiye [BD], 21986/93, 27.06.2000.

Seyfullah Turan ve diğerleri, 2014/1982, 09.11.2017
Şimşek ve diğerleri/Türkiye, 35072/97, 37194/97, 26.7.2005.
Taylan/Türkiye, 32051/09, 03.07.2012.
Ziliberger/Moldovya [kk], 61821/00, 04.05.2004.

Anayasa Mahkemesi Kararları

1992/8 E., 1992/39 K., 16/6/1992.
1963/207 E., 1963/175 K., 1.07.1963.
2007/78 E, 2010/120 K., 30.12.2010.
Cemil Danışman, 2013/6319, 16.07.2014.
Ceyda Sungur, 2015/14363, 03.04.2019.
Kasım Özdemir ve Mehmet Özdemir, 2015/18189, 23.10.2019.
Makbule Güney başvurusu, 2014, 1278, 16.06.2016.
Mehmet Tursun ve diğerleri [kk], 2016/2889, 04.07.2019
Murat Çakmak, 2015/19011, 16.01.2020.
Nezir Depren, 2015/6574 E., 09.10.2019.
Özlem Kır, 2014/5097, 28.09.2016.
Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, 2012/752, 17.09.2013,
Turan Uytun ve Kevzer Uytun, 2013/9461, 15.12.2015.
Vedat Şorli ve Bilal Şorli, 2014/10459, 13.07.2016.
Yıldırım Turan [GK], 2017/10536, 04.06.2020.

Yargıtay Kararları

CGK, 2005/7-144, 2005/150, 29.11.2005.
CGK 2013/716 E., 2013/627 K., 24.12.2013.
CGK 2016/103 E., 2017/127 K., 07.03.2017.
CGK, 2010/8-51, 2010/162, 6.7.2010.
CGK, 2011/840, 2012/214 K., 05.06.2012.
CGK, 2008/1-166, 2009/40, 24/2/2009.
CGK 2008/8 E , 2008/184 K., 08.07.2008.
CGK 2009/252 E., 2010/46 K., 02.03.2010.
CGK 2015/450 E. 2016/148 K., 29.03.2016.
CGK 2017/146 E., 2017/300 K., 30.05.2017.
1.CD, 2019/753, 2018/2323, 17.4.2019.
1. CD., E. 2018/5122 K. 2019/1894, 27/3/2019.
1 CD, 2010/7262 E., 2011/3239 K., 18/5/2011.
1 CD 2018/3327 E., 2018/4604 K., 12.11.2018

**(OLAN VE OLMASI GEREKEN AÇISINDAN)
TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
BASİT MUHAEME***
(IN TERMS OF WHAT IS AND SHOULD BE)
SIMPLE PROCEDURE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

Hakan KAŞKA**

Özet: 7188 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu'na, ceza muhakemesi sürecini sona erdiren iki yeni müessese eklenmiştir. Bu müesseseler, kanun koyucunun ifadesiyle, seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulüdür. Çalışmada, bu müesseselerden basit yargılama usulü incelenenektir. Basit yargılama usulü, Türk ceza muhakemesi hukukunda ilk defa, mülga 1412 numaralı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda düzenlenmişti. Hakikaten bu kanundaki, sulh ceza hâkiminin ceza kararnamesi ile ceza tayinine ilişkin hükümler, basit yargılama usulüne ilişkin hükümler ile büyük oranda aynıdır. Bu çalışmada, öncelikle basit yargılama usulü kavramı incelenmiş, daha sonra müessesenin zaman bakımından uygulanmasına, koşullarına, müessesenin uygulanması kararından sonra yapılacak işlemlere, müessesenin uygulanması üzerine verilen hükme karşı gelmeye ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Basit Yargılama Usulü, Seri Muhakeme Usulü, Ceza Kararnamesi, Asliye Ceza Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Süreci

Abstract: With the Code About Amending The Criminal Procedure Code and Some Codes No. 7188 have been added to the Criminal Procedure Code No. 5271 two new institutions that terminate the criminal procedure process. These institutions, in the words of the legislator, are serial reasoning procedure and simple judgement procedure. In this study, the simple judgement procedure from these institutions will be examined. The simple judgement procedure was regulated for the first time in the Turkish criminal procedure law in the abolished Criminal Procedure Code No. 1412. Indeed, the provisions regarding the determination of the penalty with the penalty decree of the magistrate judge in this Code are largely same as the provisions of the simple judgement procedure. In this study, firstly, the concept of the simple judgement procedure is examined and

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kaska.hakan09@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5763-0324, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.06.2020, Kabul Tarihi: 10.06.2020

then explanations regarding the implementatiton of the institution in terms of time, the conditions of the institution, the procedures to be performed after the decision of the application of the institution, the opposition to the verdict on the implementation of the institution are made.

Keywords: Simple Judgement Procedure, Serial Reasoning Procedure, Penalty Decree, Criminal Court of General Jurisdiction, Criminal Procedure Process

GİRİŞ

17.10.2019 kabul tarihli ve 7188 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 24. ve 25. maddeleri ile Türk ceza muhakemesi hukukuna, yeni bir muhakeme türü dâhil edilmiştir. Bu yeni muhakeme türü, mezkûr Kanun'da, basit yargılama usulü şeklinde adlandırılmaktadır. Böylelikle, basit yargılama usulü, kanaatimizce, gerekçeleri aşağıda belirtileceği üzere, doğru adlandırmayla basit muhakeme, ceza muhakemesi sürecinin farklı bir bitiş/sona eriş türü olarak, 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki yerini almıştır.¹

Hemen belirtilmelidir ki, basit muhakeme, Türk ceza muhakemesi hukukunda ilk defa, CMK'ya, 7188 numaralı Kanun ile eklenen hükümlerle düzenlenmemiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kökenli olan² mülga 1412 numaralı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki³ sulh ceza hâkiminin ceza kararnameşi ile ceza tayini, müessesenin Türk ceza muhakemesi hukukundaki ilk görünümüdür. Bu

¹ Basit muhakemenin, Türk ceza muhakemesi hukukuna dâhil edileceğine, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Yargı Reformu Stratejisi"ndeki "... Ayrıca bazı suçların temel usul güvencelerinin korunması suretiyle hızlı bir yargılama usulüyle görülmesinin sağlanması da önem taşımaktadır. Bunun birçok ülkede farklı uygulamaları bulunmaktadır. Bu yöndeki düzenlemelerle sistemin rasyonel işleyişine katkı sağlanacaktır. ... Hedef 7.3 // Mahkemelerin görev alanları yeniden düzenlenecek ve bazı basit fiillere ilişkin süreçlerin kısaltılması için yeni bir usul getirilecektir. // Faaliyetler // ... b) Bazı suçların basitleştirilmiş ve hızlı bir yargılama usulüyle görülmesi sağlanacaktır. ..." ifadeleriyle işaret edilmiştir. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf, Erişim Tarihi: 09.04.2020, s. 74, 78.

² Belirtilmelidir ki, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ceza kararnamesi ile ceza tayinine ilişkin hükümler, hâlen meridir. Bu hususta bk. Feridun Yenisey/Salih Oktar, 1 Şubat 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), 2. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. xlv, xlv, 456 - 463.

³ Halil Cin/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 12. baskı, Sayram Yayınları, Konya 2020, s. 567.

noktada, öz bir ifadeyle, basit muhakemenin, sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile ceza tayininin üzerinde bazı değişiklikler yapılmış, güncel bir şekli olduğunun söylenmesi mümkündür.⁴

Basit muhakemenin incelenmesinden önce, isabetli bir tahlil yapılabilmesi için müessesenin, CMK'daki düzenleniş yeri hakkında da bilgi verilmesi gerekmektedir. 7188 numaralı Kanun m. 24 ve m. 25 ile CMK'nın mülga 251. ve yine mülga 252. maddesinde basit muhakeme hükümleri düzenlenmiştir. Meri düzenlemelere göre, CMK m. 251'in başlığı "basit yargılama usulü", m. 252'nin başlığı ise "basit yargılama usulünde itiraz" şeklindedir.

7188 numaralı Kanun m. 24'ün gerekçesine göre, basit muhakeme, basit suçlarla ağır suçlar arasında herhangi bir ayırım yapılmadan, duruşma açmak suretiyle aynı yargılama usulünün tüm prosedürlerinin uygulanmasının, ağır suçların yargılanmasına daha az vakit ve emek ayrılmasına sebebiyet vermesi dolayısıyla kabul edilmiştir. Böylelikle yargılamanın hızlanması, yargının iş yükünün hafifletilmesi ve kaynakların verimli kullanılmasına katkı sağlanması söz konusu olacaktır.⁵ Öğretide, mülga 1412 numaralı Kanun'daki sulh ceza hâkiminin

⁴ Hakan Kızıllarlan, "7188 sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 183-184, Kasım - Aralık 2019, s. 1896, 1897, 1908; Hakan Karahya/Asuman İnce Tunçer, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 112; Ali Rıza Çınar, "Basit Yargılama Usulü", 10 Şubat 2020 Pazartesi Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler, Editörler: Murat Balcı/Handan Oruç Ömeroğlu/Hüseyin Şık/Hüseyin Aydın/Destan Çakıroğlu/Alev Özeroğlu/Şölen Çakıroğlu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 56.

⁵ Madde gerekçesi için bk. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunumaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188>, Erişim Tarihi: 17.03.2020. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(87) 18 numaralı Tavsiye Kararında da benzer ifadeler yer almaktadır: "... Mahkemelere intikal eden ceza davalarının kabarıklığı ve özellikle hafif cezaları gerektirenler ile ceza yargılamasındaki uzunluğun neden olduğu sıkıntılara bakarak; // Suçlara karşı tepkideki gecikmelerin ceza hukukunu zayıflattığı ve uygun adalet idaresini menfi yönde etkilediğini göz önüne alarak; // Ceza adaletindeki gecikmelerin, yalnızca özel kaynakların tahsis edilmesi ile bu kaynakların verimli kullanımı ile giderilemeyip suç siyasetinin yürütülmesinde önceliklerin biçim ve içerik yönünden açıkça belirlenmesine de gerek vardır ve bu(,) şunlarla sağlanabilir: // ...- hafif suçlar ile kitle suçları için şu tedbirlerin öngörülmesi: - ceza kararnamesi, ... - sadeleştirilmiş usuller, - normal adli usullerin basitleştirilmesi ile giderilebileceğini göz önüne alarak; ..." Karar için bk. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/54370cd3-0c43-4bd5-93b6-36ac3095473d.pdf>, Erişim Tarihi: 28.03.2020; Ayrıca bk. Muharrem Özen, "7188

ceza kararnamesi ile ceza tayinine ilişkin hükümler için de mezkûr gerekçelerle aynı doğrultuda açıklamalar yapılmıştır.⁶ Bu bağlamda, basit muhakemeye yönelik yapılacak bir incelemede, onun, bu gerekçelerdeki amaçların gerçekleştirilmesi için elverişli olup olmadığı da mutlaka tartışılmalıdır. Bahis konusu tartışmada, bu amaçlara ulaşılması mümkün olsa bile, basit muhakeme ile olması gereken anlamında bir ceza muhakemesi sürecinin mümkün olup olmayacağı hususuna da yer verilmelidir.

Çalışmada, bu doğrultuda, öncelikle basit muhakeme kavramı incelenmiştir. Daha sonra, basit muhakemenin uygulanabilirlik alanı için hukukun genel ilkeleri ile bir tespit yapılmıştır. Basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması, basit muhakemenin uygulanmasının koşulları, basit muhakemenin uygulanması kararından sonra yapılacak işlemler, basit muhakemenin uygulanması kararından sonra verilen hükme karşı gelme konuları ile çalışma tamamlanmıştır. Çalışmada, basit muhakemeye ilişkin düzenlemeler için eleştirilerin, ayrı bir başlık altında değil, ilgili olduğu başlık altında serdedilmesi şeklinde bir metot kullanılmıştır.

I. KAVRAM

7188 numaralı Kanun m. 24 ile CMK m. 251'in madde başlığı "Basit yargılama usulü", m. 25 ile CMK m. 252'nin madde başlığı ise "Basit yargılama usulünde itiraz" olmuştur. Bu başlık altında, öncelikle, basit kavramı, daha sonra ise yargılama usulü kavramı incelenecektir.

1. Basit Kavramı

Basit kelimesi, TDK Güncel Türkçe Sözlükte, "1. Yapılması veya anlaşılması kolay olan, karışık olmayan, bayağı ... 2. Kolay ..." şeklinde açık-

sayılı Kanun'la Değişen Yeni Bir Kurum Olarak Basit Yargılama Usulü", *Ankara Batı Adliyesi Dergisi*, Y. 2, S. 3, Ocak-Haziran 2020, s. 27. Sulh ceza hâkiminin ceza kararnamesi ile ceza tayini açısından, mülga 1412 numaralı Kanun döneminde aynı yönde ifadeler için bk. Osman Yaşar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza Yargılama Yasası)*, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 2467.

⁶ "İşlenen suç sayısının çokluğu karşısında, genel ceza yargılama ilkelerinden ayrılacak zorunda kalınarak kimi önemsiz suçların ceza kararnamesiyle kısa yoldan çözüme kavuşturulup cezaları daha ağır olan suçların yargılamalarının gerektiği gibi yapılması için süre sağlanması amaçlanmıştır". Bk. Yaşar, s. 2467.

lanmaktadır.⁷ Kâmûs-ı Türkî’de ise basit kelimesinin anlamlarından biri, “*mürekkep olmayan, sade*” olarak verilmiştir.⁸

Basit kelimesi, doğrudan bu şekilde veya onun eş anlamlılarından biri olan sadelik kelimesi şeklinde, bir hukuk ıstılahı olarak, muhakeme hukuklarına hâkim olan/olması gereken bir ilkenin açıklanmasında kullanılmaktadır. Hakikaten, usul/muhakeme ekonomisi ilkesi açıklanırken, basit/sade kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. İlkeye ilişkin olarak, 6100 numaralı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 30’da, “(1) *Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*” hükmü yer almaktadır.⁹ Şüphesiz ki, muhakemenin, makul süre içinde, düzenli bir biçimde ve gereksiz gider yapılmadan tamamlanması için onun, aynı zamanda basit/sade de olması gerekmektedir. Nitekim öğretilerde Taner, iyi bir muhakemenin vasıflarının, sadelik, çabukluk ve adalet olarak ileri sürüldüğünü ifade etmiştir.¹⁰ Öz bir ifadeyle, öğretilerde Taner’in ifadesi ve HMK m. 30 birlikte nazarı itibara alındığında, iyi bir muhakeme süreci, mümkün olduğunca basit/ sade, mümkün olduğunca çabuk/ hızlı yürütülüp tamamlanacak, sürecin sona ermesi ile ortaya çıkan hüküm veya yargı ise mümkün olduğunca adil/ adalete uygun/ isabetli/ hakkaniyete uygun olacaktır. Bu bağlamda, muhakemenin bir özelliği olarak basit/ sade kavramının anlamı tekrar ele alınacak olursa öğretilerde Taner’in ifadesiyle, uygulanacak muhakeme işlemleri fazla ve gereksiz şekillerden ve merasimden uzak olmalıdır ki, hâkimler ve ilgililer için güçlük ortaya çıkarmasın. Aynı şekilde, hakikate ulaşılması amaç olduğuna göre, buna en basit/ sade ve en emin yollardan varılmalıdır.¹¹

⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

⁸ Raşit Gündoğdu/Niyazi Adıgüzel/Ebul Faruk Önal, Kâmûs-ı Türkî Şemseddin Sami, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 231.

⁹ Mülga 1086 numaralı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 77’de de ilkeye ilişkin olarak şu hüküm yer almaktaydı: “Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir”.

¹⁰ M. Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Duygu Matbaası, İstanbul 1950, s. 14.

¹¹ Taner, s. 14. Medeni muhakeme açısından basitlik/sadelik özelliğine örnekler için bk. Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 252-256.

Önemle belirtilmelidir ki, basitlik/sadelik, iyi bir muhakemede bulunması gereken özelliklerden biri olmakla birlikte,¹² tek özellik de değildir. Bu nedenledir ki, basitlik/ sadelik ve çabukluk/ hızlılık, muhakemenin bir özelliği olarak bulunmalı; fakat mümkün olduğunca adil/ adalete uygun bir karar verilmesi gerektiği şeklindeki özellik de unutulmamalıdır. Muhakemenin amacı olarak ister kişi menfaati ister kişi menfaatinin yanı sıra veya yalnızca toplum menfaati benimsenmiş olsun, muhakeme süreci sonundaki yargının, mutlaka ve mümkün olduğunca adil/ hakkaniyete uygun olması gerekmektedir;¹³ aksi takdirde, hukuki uyumsuzlukların muhakeme ve yargılama yoluyla çö-

¹² Özel muhakeme türlerinde, muhakemenin hangi özelliğinin baskın olması söz konusuysa özel muhakemenin o şekilde adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin, basit muhakeme, hızlı muhakeme vb. Bir örnekle açıklanması icap ederse Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 417-420'de hızlı muhakeme düzenlenmiştir. Türk hukukunda, hızlılık özelliği nedeniyledir ki, öğretilerde Kunter, mülga 3005 numaralı Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Kanunu'nu, Yıldırım Muhakemesi Kanunu şeklinde adlandırmıştır. Bk. Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1989, s. 828, kn. 432; Ayrıca bk. Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251-252)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 161, Ocak 2020, s. 37.

¹³ Yılmaz, "Usul Ekonomisi", s. 246, 248; Öğretilerde Tosun, muhakemeyi düzenleyen kuralların, gerçeğin en iyi şekilde ortaya çıkmasını sağlayıcı nitelikte olması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, muhakemenin diğer özellikleri olan çabukluk ve ucuzluk ile öğretilerde Tosun'un, muhakemenin iyiliği şeklinde ifade ettiği bu ilke, âdetâ ters orantılıdır. Muhakemenin çabukluk ve ucuzluk ilkesine uygun olması, onun iyilik ilkesine uygun olmamasına, bir ifadeyle, kötü muhakeme olmasına yol açmamalıdır. Elbette ki, bunun tam aksine olarak, muhakemenin iyilik ilkesine riayet edilirken onun çabukluk ve ucuzluk ilkeleri de gözden kaçırılmamalıdır. Bk. Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I: Genel Kısım, 3. bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 237, 238; Yine öğretilerde Erem, muhakemenin basitleştirilmesinin/sadeleştirilmesinin istendiğini fakat bunun çok dikkatli yapılması gerektiğini, zira muhakemeye ilişkin hükümlerin çoğunun belirli hususları teminat altında tuttuğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda, sadeleştirme yapılırken, muhakeme hukukunun tamamen tahrip edilmesi tehlikesi de bulunmaktadır. Bk. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 5. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 76, 77, kn. 33; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 1029 (Yazarların ifadesiyle, "Hızlanma, adil yargılama ilkelerinden vazgeçme pahasına olmamalıdır". Bk. Centel/Zafer, s. 1029.); Çınar, s. 65; "... yargının yükünün hafifletilmesi amacıyla alınabilecek tedbirler, savunma hakkının sınırlanması sonucuna yol açmamalıdır". Bk. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özyaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulanabilir Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 14. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 164.

zülmesinin kabul edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu noktada, bir kanıt olarak, Ali Haydar Efendi'nin, Mecelle şerhindeki, yargılamanın güzelliğine ve önemine ilişkin bazı ifadelerinin zikredilmesi gerekmektedir. Buna göre, yargılama olmasaydı, hakkın alınması mümkün olmaz ve hak sahibinin hakkı, haksızın elinde kalırdı. Hâkim, yargılama ile mazlumun hakkını zulmedenden almakta ve hakkı, hak sahibine ulaştırmakta, iyiliği emredip, kötülükten men etmekte Şâri tarafından vekildir. Yargılama o kadar önemlidir ki, onun yerine getirilmesiyle gökyüzü ve yeryüzü var olmakta/ ayakta durmaktadır.¹⁴ Bu durumda, yargılama ile adil/ hakkaniyete uygun bir karara ulaşılması mecburiyeti/ zarureti, onun güzelliğinin ve öneminin tabii bir uzantısıdır.

Basit muhakemede, muhakemenin özellikleri açısından tespit edilmesi gereken, bu şekilde olmayan muhakemede hangi muhakeme işlemlerinin kaldırılması/ yapılmaması/ gerçekleştirilmemesi yoluyla basitliğin sağlandığı ve bunun, muhakemenin adalet özelliğini olumsuz etkileyip etkilemediği hususudur. Basit muhakemede, basitliği sağlayan hususlardan biri, bu şekilde olmayan muhakemede duruşma devresinin kaldırılmış olması ve dolayısıyla bu devredeki işlemlerin gerçekleştirilmemesidir. Başka bir ifadeyle, basit muhakemede, bu şekilde olmayan muhakemeden farklı olarak, duruşma yapılmamaktadır.¹⁵ Bununla tabii bir şekilde bağlantılı olarak, basit muhakemede, bu şekilde olmayan muhakemeden farklı olarak, duruşma hazırlığı devresi de bulunmamaktadır. Mamafih, basit muhakemede, duruşma hazırlığı devresindekilere benzer bazı işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu cümleden olarak, basit muhakemede, iddianamenin, sanığa, mağdura ve şikâyetçiye tebliğ edilmesi, bunların beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmelerinin istenmesi, tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususunun da belirtilmesi, nihayet dosyanın tekemmülü için toplanması gereken belgelerin, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilmesi işlemleri gerçekleştirilmelidir. Yine duruşma yapılmamasının tabii bir sonucu olarak, basit muhakemede, bu şekilde olmayan muhakemeden farklı olarak, Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaası

¹⁴ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. 4 Şerhu Kitâbi's-Sulh Ve'l-İbrâ, Çev. Raşit Gündoğdu/Osman Erdem, Gül Neşriyat, İstanbul t.b., s. 419.

¹⁵ Kunter, s. 805, kn. 427.

alınmamakta, keza, CMK m. 216/3'te yer alan hükümden önce son sözün, hazır bulunan sanığa verileceği şeklindeki hüküm de uygulanma alanı bulmamaktadır.¹⁶

Belirtilmelidir ki, CMK m. 2/1-f'ye göre, iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesi ile sona eren kovuşturma evresine ana karakterini veren devre, duruşma devresidir. O kadar ki, kovuşturma evresinin özellikleri arasında, bu özellik, esas itibarıyla duruşma devresine ait olmakla birlikte, sözlülük ilkesi zikredilmektedir.¹⁷ Öz bir ifadeyle, duruşma, kovuşturma evresinin olmazsa olmaz nitelikte olan devresidir. Duruşmanın özelliği ise sözlülük ilkesinin geçerli olması, böylelikle hâkim ile duruşmada hazır bulunanlar arasında vicahiliğin ortaya çıkması, hâkimin delillerle bizzat temas etmesi, tarafların ise sunulan iddia ve savunmaları bilerek, bunlara karşı iddia ve savunmalarda bulunabilmesidir. Daha açık ifadeyle, çelişme ilkesinin, tam manası ile gerçekleştiği devre, muhakemenin iki evresinden biri olan kovuşturma evresinin duruşma devresidir. Bu ilkeye uyulacaktır ki, meselde ifade edildiği şekli ile hakikat güneşinin doğması,¹⁸ yani adil/adalete uygun/ isabetli/ hakkaniyete uygun bir kararın verilmesi, tarafların iddia ve savunmalarının karşılıklı çarpışması ile ortaya çıkabilinir.¹⁹ Hâlbuki basit muhakemede, bu çok önemli işlevi haiz olan duruşma devresi bulunmamaktadır.²⁰

¹⁶ CMK m. 216/3 - "(3) Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. ..."

¹⁷ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 706; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 76.

¹⁸ Mesel, "Barika-i hakikat müsademe-i efkârdan doğar" şeklindedir ve Namık Kemal'e atfedilmektedir. Bk. Cemil Meriç, Bu Ülke, 24. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 127.

¹⁹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer/ Saygılar Kırt/ Alan Akcan/ Özyayın/ Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/ Tok, s. 153; Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 82, 83.

²⁰ Esas itibarıyla, kanun koyucu, duruşmanın mezkûr özelliğini, âdetâ bir hakkın teslimi gibi, CMK m. 251/7'deki hükümle kabul etmiştir. Hükme göre, "(7) Basit sorgulama usulü, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz". Madde gerekçesinin ilgili kısmında hükme ilişkin olarak, bu hâllerde, failerin özel durumları sebebiyle elde edilen delillerin duruşmada tartışılmasının ve taraf beyanlarının bizzat hâkim tarafından alınmasının gerekli olması sebebiyle böyle bir hüküm vazedildiği ifadesi yer almaktadır. Anlaşılabileceği üzere, kanun koyucu, bu hâllerde, çelişme ilkesinin tam manası ile duruşmada gerçekleşebileceğini, bunun için de muhakemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Madde gerekçesi için bk. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/>

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, tarafların hazır bulanacağı açık duruşmada davanın görülmesinin, sözlülük ve vicahilik ilkelerinin tabii sonucu olduğu ifade edilerek, çelişme ilkesinin tam manasıyla duruşmada gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.²¹ Bu açıdan bakıldığında, açık duruşma hakkının, istisna olan şartlar bulunmadığı müddetçe sözlü duruşma hakkını da kapsadığının söylenmesi mümkündür.²² Bununla birlikte, İHAM'ın bazı kararlarına göre, istisna olarak, duruşma yapılmadan da uyuşmazlığın çözülmesi mümkündür. Bu istisnanın, adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için hafif suçlar veya hukuk davalarında iddianın önemli olmaması gibi davanın önemi ve konusu, davanın ilk, istinaf veya temyiz gibi hangi derecede görüldüğü, savunma veya iddianın görünümü veya kanıtların değerlendirilmesi, davanın hukuki veya fiili gibi hangi açıdan incelendiği gibi çeşitli koşullar nazarı itibara alınarak belirlenmesi gerekir.²³ Anayasa Mahkemesi ise özellikle ceza davalarında, yargılamanın duruşmalı ve

faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

Öğretide Erdem/Şentürk, serdettiğimiz eleştiriler ile aynı yönde bir görüşü seri muhakeme için ileri sürmektedir. Buna göre, 7188 numaralı Kanun'da seri muhakemenin getirilmesindeki amaç, muhakeme sürecinin formalitelerden arındırılması ve bu sürecin kısaltılmasıyla bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması olarak belirtilmiştir. Hâlbuki formalite olarak görülen hususlar, sözlülük, vicahilik ve halka açıklık, maddi gerçeğin araştırılması gibi ceza muhakemesinin tartışılmaz ve evrensel boyutta geçerli olan ilkeleridir. Mahkemelerin giderek daha fazla iş yükü ile karşı karşıya olması, bu ilkelerden özveride bulunulmasını haklı göstermemektedir. Bk. Mustafa Ruhan Erdem/Candide Şentürk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 14, S. 41, Aralık 2019, s. 575, 599.

Basit muhakemede, duruşma devresinin bulunmadığı, dolayısıyla normal bir muhakemeden farklı olarak, sözlülük, halka açıklık ve doğrudan doğruyalık ilkelere uygulanmadığı yönünde bk. Erdem/Şentürk, s. 577; Nezir Sütçü, "Seri ve Basit Yargılama Usullerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 44, S. 110, Ekim Kasım Aralık 2019, s. 61.

Öğretide Değirmenci'ye göre, basit muhakemede, iddia ve savunma makamlarına dosyada yer alan delillere karşı beyan ve savunmalarını ileri sürebilme imkânı sağlandığı için delillerin duruşmada tartışılmasının istisnası bulunmaktadır. Neticte itibarıyla deliller yine tartışılmış olmaktadır. Bk. Değirmenci, s. 46.

²¹ A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 294.

²² Nuala Mole/Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2001, s. 39.

²³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 295.

aleni yapılmasının, silahların eşitliği ilkesinin ve savunma hakkının güvencesini oluşturduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu güvence dolayısıyla her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması mecburiyeti bulunmamaktadır. Öyle ki, usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla, bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması temel hakların ihlali şeklinde yorumlanamayacaktır. Buradaki sınır, adil yargılama ilkelerine uyulmasıdır. Örneğin, ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapıp karar verildikten sonra, kanun yolu incelemesinin tarafların iddia ve savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra dosya üzerinden yapılması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyecektir.²⁴

Basit muhakeme, bu açıdan bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda, duruşma yapılmayarak muhakemenin özelliklerinden biri olan basitliğin sağlandığının söylenmesi mümkündür. Bunun, muhakemenin diğer bir özelliği olan adaleti sağlayıp sağlamadığı ise tartışılmalıdır. İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararlarından hareket edildiğinde, muhakemenin duruşmalı olarak yürütülmesinin mecburi olmadığı anlaşılmaktadır. Basit muhakeme, adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabileceği için bunun, hafif suçlarda uygulanabildiği, dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal etmediği ileri sürülebilir. Mamafih, takdir kanun koyucuya ait olmakla birlikte, kanaatimizce, üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda yani hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda da basit muhakemenin uygulanabilmesi, adil yargılanma hakkını ihlal edici, keza, muhakemenin adalet özelliğini olumsuz etkileyici niteliktedir.²⁵ Bir mukayeseye imkân vermesi

²⁴ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru Nu: 2013/664, Karar Tarihi: 17.09.2013, s. 6, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/664>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

²⁵ Aynı yönde görüş için bk. Centel/Zafer, s. 1028, 1029; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 973; Yılmaz/Apış, s. 86. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(87) 18 numaralı Tavsiye Kararındaki şu ifadelerin zikredilmesi iktiza etmektedir: "... c. Davanın durumları gereği hafif nitelikteki suçlara özgü basit usuller // 1. Hafif suçlarda maddi gerçeğin iyice saptanmış olması ve zanlının suçu işlediğine kesin gözle bakılması hâlinde ceza kararnameyi usulünde olduğu gibi basit usulle, bir başka deyişle adli makamca yazılı usulle, duruşma yapılmaksızın hüküm niteliğinde karar verilmelidir. ...

açısından, mülga 1412 numaralı Kanun'un sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile ceza tayinine ilişkin hükümlerinin ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun aynı husustaki hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. Mülga 1412 numaralı Kanun m. 386/2'ye göre, sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile hükmedilebilecek hapis cezası, ancak üç aya kadar hafif hapis cezasıydı.²⁶ Öğretide, 1412 numaralı Kanun m. 386/2'deki sarıh hüküm dolayısıyla ceza kararname ile hapis cezasına hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.²⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 407'ye göre, ceza kararname ile bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza tayin edilebilmekte, ancak bunun için sanığın müdafinin bulunması ve cezanın infazının ertelenmesi koşullarının varlığı gerekmektedir.²⁸ Anlaşılabileceği üzere, üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda, bunların hafif suçlar olduğu gerekçesiyle basit muhakemenin uygulanması, daha da tehlikelisi, sonuç cezanın iki yıl hapis cezasının üstünde olabilmesi ihtimalinin bulunması,²⁹

// 3. Ceza kararnamesine konu olabilecek yaptırımlar, hürriyeti bağlayıcı ceza dışında para cezası ile hak kaybıyla sınırlı tutulmalıdır." Karar için bk. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/54370cd3-0c43-4bd5-93b6-36ac3095473d.pdf>, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

²⁶ Mülga 765 numaralı Türk Ceza Kanunu'na göre, hafif hapis cezası, kabahatler için söz konusu olabilen ve şahsi hürriyeti kısıtlayan bir cezadır. Bu cezanın infazı için bk. Mülga 765 numaralı Kanun m. 21-23 ve m. 21'in atfı dolayısıyla m. 13.

²⁷ Yaşar, s. 2468.

²⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 407/2 - "(2) Ceza kararnamesi ile sadece aşağıdaki yaptırımlara tek başına veya yan yana hükmedilebilir; 1. para cezası, ceza kaydı koyarak ikaz, sürme yasağı, mülkiyetin devlete geçmesi, müsadere, imha etme, kullanılmaz hâle getirme, hükmün ilanı ve bir hükmî şahıs veya şahıslar birliği hakkında verilmiş olan mahkûmiyet veya para yaptırımı, 2. yasaklamanın iki seneden fazla olmaması koşulu ile, sürücü belgesinin geri alınması. 2a. her türlü hayvan veya belli bir cins hayvan sahibi olmaktan veya bakmaktan veya mesleki bir bağlantı kurmaktan bir seneden üç seneye kadar yasaklanması veya 3. cezadan sarfınazar edilmesi. // Sanığın müdafii bulunuyorsa, infazı tecil edilmek şartı ile, bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza da tayin edilebilir." Madde için bk. Yenisey/Oktar, s. 456, 457.

²⁹ Buna karşılık, sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile ceza tayinine ilişkin hükümlerde, sonuç ceza açısından bir sınır düzenlenmişti. Kunter, s. 810, 811, kn. 428; Değirmenci, s. 40. Basit muhakemede ise bu muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecek suçlar açısından, kanundaki soyut cezaya göre bir belirleme yapılmıştır. Bu durumda, cezanın artırılmasına ve indirilmesine ilişkin hükümlerin, belirlemede nazarı itibara alınmayacağı şeklindeki görüş kabul edildiğinde, sonuç ceza, belirtilen soyut cezadan daha fazla olabilecektir. Örneğin, TCK m. 125/1'de düzenlenen hakaret suçunun basit hâli için kanundaki soyut ceza, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. TCK m. 125/4'ye göre, hakaret suçunun alenen işlenmesi hâlinde ceza altıda biri oranında artırılır. Anlaşılabileceği üzere, bu görüşe göre, hakaret suçunun, TCK m. 125/1'deki basit hâlinde

yani basit muhakeme ile bu kadar fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilecek olması, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gibi, muhakemenin adalet özelliğini de olumsuz etkilemektedir.³⁰

Esas itibarıyla, basit muhakeme ile ilgili serdedilen mezkûr görüşümüze yöneltilebilecek iki eleştiri bulunmaktadır. İlk eleştiri, CMK m. 251/6'da vazedilen hüküm ileri sürülerek yapılabilir.³¹ CMK m. 251/6 hükmü, "(6) Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca hüküm verilmeye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir" şeklindedir. Belirtilmelidir ki, hükmün ifade edilişi, "edilebilir" yüklemının, mahkemenin takdir yetkisinin bulunduğu değerlendirmesine yol açabilecek olması nedeniyle isabetli değildir. Daha açık ifadeyle, mahkemenin, gerekli olması hâlinde, duruşma yaparak muhakemeyi devam ettirmesi ve tamamlaması bir zorunluluktur. Nitekim aynı hususta, mülga 1412 numaralı

basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebileceği gibi, m. 125/4'teki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlinde de iki yıllık hapis cezası açısından cezanın artırılmasına ve indirilmesine ilişkin hükümlerin nazarı itibara alınmayacağı görüşüne göre basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecektir. Bu durumda, örneğin, hakaret suçu dolayısıyla temel ceza iki yıl olarak belirlenmişse ve suçun alenen işlenmesi de söz konusuysa sonuç ceza, iki yıl dört ay olabilecektir. Yine örneğin, TCK m. 105/1'de düzenlenen cinsel taciz suçunun basit hâli için kanundaki soyut ceza, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. TCK m. 105/2'deki hâller söz konusu olduğunda ise m. 105/1'e göre verilen ceza yarı oranında artırılacaktır. Anlaşılabileceği üzere, cinsel taciz suçunun, TCK m. 105/1'deki basit hâlinde basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebileceği gibi, m. 105/2'deki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlinde de iki yıllık hapis cezası açısından cezanın artırılmasına ve indirilmesine ilişkin hükümlerin nazarı itibara alınmayacağı görüşüne göre basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecektir. Bu durumda, örneğin, cinsel taciz dolayısıyla temel ceza iki yıl olarak belirlenmişse ve suçun, TCK m. 105/2'deki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinden birinin varlığı söz konusuysa sonuç ceza, 3 yıl olabilecektir. Objektif koşulları oluşmadığı için bu cezayı içeren mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının ertelenmesine veya cezanın seçenek yaptırım veya tedbirlere çevrilmesine veya ertelenmesine karar verilemeyeceği gibi, bu ceza açısından, 5275 numaralı Kanun m. 105/A hükmünün uygulanması da mümkün değildir. Daha açık ifadeyle, bu ceza mutlaka ceza infaz kurumunda infaz edilecektir. İki yıllık hapis cezasının tespitinde, cezanın artırılmasına ve indirilmesine ilişkin hükümlerin nazarı itibara alınmayacağı yönünde bk. Hüsnü Aldemir, *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri* (CMK madde 250-251-252), 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 303.

³⁰ Aynı yönde görüş için bk. Centel/Zafer, s. 1028, 1029. Aksi yönde görüş için bk. Değirmenci, s. 40.

³¹ Beşir Babayiğit/Abdullah Enes Karacan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan, C. 8, S. 16, 2020, s. 883.

Kanun m. 387'deki "*Sulh hâkimi evvelemerde duruşma yapmaksızın ceza tertibini mahzurlu görürse işin duruşması için bir gün tâyin eder*" hükmüyle, keza, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 408/3'teki "(3) ... *Hâkim eğer duruşmasız karar vermeyi sakıncalı görüyorsa ... ceza kararnamesi ile karar vermez ve duruşma açar*" hükmüyle, mahkemenin, gerekli olması hâlinde, duruşma yaparak muhakemeyi devam ettirmesinin ve tamamlamasının mecburi olduğuna işaret edilmiştir.³² Anlaşılabilirceği üzere, CMK m. 251/6'da, mahkemenin, bu hususta takdir yetkisi varmış anlamına gelebilecek bir ifade kullanılmıştır. Olması gereken ya hükmün yüklemine "eder" olarak değiştirilmesi veya uygulamada bunun zorunlu olduğunun değerlendirilmesi yoluyla durumun şekillendirilmesidir.³³ İkinci eleştiri olarak, mahkemece, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen hükme karşı, CMK m. 252'ye göre karşı gelinebilmesi ileri sürülebilir.³⁴ Belirtilmelidir ki, eğer adil olmayan bir karar verilirse buna nasıl olsa sanığın veya başkalarının karşı geleceği varsayımından hareket edilerek hüküm kurulması isabetli değildir. Bu varsayım, sanığın, hükmün içeriğini ve/veya doğuracağı sonuçları anlayamaması/ tam anlayamaması ve müdafinin de bulunmaması³⁵ hâlinde, daha tehlikeli bir hâl arz edecektir.³⁶ Fazla olarak, mahkûmiyet hükmü kurulduğunda ve bu hükmün içeriği hürri-

³² Mülga 1412 numaralı Kanun m. 387'ye göre, hâkimin, duruşma yapmaksızın ceza tertibini mahzurlu görmesi hâlinde sanığı duruşmaya çağırmaya mecbur olduğu ifadesi için bk. Taner, s. 121, 428.

³³ Nitekim öğretilde Özbek/Doğan/Bacaksız, hükmün bu hâliyle uygulamada kendisine başvurulmuş bir hüküm olacağını düşünmediklerini, bir kere basit muhakemenin uygulanması kararı veren mahkemenin, karşı gelme olmadığı süreçte hüküm verme eğiliminde olacağını ifade etmektedirler. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 912. Öğretilde Kezer, bu hususta iki zıt ifade kullanmıştır. Şöyle ki, yazar, mahkemenin, muhakemenin genel hükümlere göre yürütülmesine gerek görmesi hâlinde re'sen buna geçiş yapacağını söyledikten sonra, takip eden açıklamalarında, mahkemenin takdir hakkını kullanarak basit muhakemeden, genel hükümlere göre yürütülen muhakemeye geçebileceğini belirtmiştir. Ahmet Kezer, 30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ile Basit Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 88, 89.

³⁴ Babayiğit/Karacan, s. 883.

³⁵ Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza kararnamesi ile ceza tayininde, dipnot 50'de belirtildiği hâlde mecburi müdafilik kabul edilmiştir. Kanaatimizce, basit muhakemede de mecburi müdafilik kabul edilmelidir. Bu bağlamda, mahkeme, basit muhakemenin uygulanmasına karar verdiğinde, sanığa, bir müdafii görevlendirilmesini barodan istemelidir.

³⁶ Bu nedenle olsa gerek ki, öğretilde, seri ve basit muhakemede, savcılıkların ve mahkemelerin kendilerini geliştirip, dosya taraflarını, bu muhakemelerle ilgili olarak en iyi şekilde bilgilendirecekleri ifade edilmiştir. Bk. Kezer, s. 16.

yeti bağlayıcı ceza olduğunda, sanık veya başkaları buna karşı gelecek olursa artık muhakemenin basitlik özelliği de olumsuz etkilenecektir. Çünkü hem basit muhakeme ile dosya üzerinden muhakeme gerçekleştirilmiş olacak hem artık duruşma açmak suretiyle muhakeme tekrarlanacaktır.³⁷ Öz bir ifadeyle, basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecek olan ve hapis cezasını gerektiren suçlarda, hapis cezasının üst sınırının aşağıya çekilmesi veya tamamen kaldırılarak, basit muhakemenin, yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Serdedilen bu görüşe karşılık, basit muhakemenin kapsamının daralacağı ve müesseseden beklenen amaçların gerçekleşmeyeceği ifade edilebilir. Önemle belirtilmelidir ki, kanaatimizce, bu durum, olması gereken özelliklerine uygun bir ceza muhakemesi sürecinin ortaya çıkmasını engellemeyecektir. Şöyle ki, basit muhakemenin uygulanmasına, asliye ceza mahkemesi tarafından ancak iddianamenin kabulünden sonra karar verilebilecektir. Daha açık ifadeyle, basit muhakeme, kovuşturma evresinde uygulanabilecek bir müessesedir. Bu durumda, genel hükümlere göre yürütülecek bir muhakemede olduğu gibi, basit muhakemede de muhakemenin iki evresinden biri olan soruşturma evresi mutlaka geçilmiş olacaktır. CMK'nın sisteminde, delillerin elde edilmesi gereken ve bu suretle kendisinden sonra gelecek kovuşturma evresi açısından hazırlayıcılık niteliğini haiz olan veya kovuşturma evresine hiç geçilmeden muhakeme süreci açısından ayıklayıcılık niteliğini haiz olan evre, soruşturma evresidir.³⁸ Takdir edilebileceği üzere, soruşturma evresi, kovuşturma evresine nazaran daha uzun sürecek,³⁹

³⁷ Aynı yönde görüş için bk. Sütçü, s. 61; Alp Öztekin, "Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü", <https://www.hukukihaber.net/turk-ceza-muhakemesinde-basit-yargilama-usulu-makale,7128.html>, Erişim Tarihi: 06.06.2020 (Bununla birlikte, öğretide Öztekin, karşı gelme olmadan kesinleşecek hükümlerin de olacağı ve bunun oranının daha yüksek olabileceği şeklinde bir ihtimal olduğunu ifade etmektedir.).

³⁸ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 67, 68, 476; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 190.

³⁹ Bu noktada, etkin soruşturma yükümlülüğü dolayısıyla soruşturmanın, makul süre içinde tamamlanması mecburiyeti göz ardı edilmemelidir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda, söz konusu mecburiyet, her olayın kendi koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilecektir. Nitekim İHAM, soruşturma evresinin uzamasının, olayın karmaşıklığından veya başvuranın davranışlarından kaynaklandığı hâllerde etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali yönünde karar vermemektedir. Yetkili makamlar, yapmaları gereken soruş-

böylelikle, kovuşturma evresinin, makul sürede yargılanma hakkına uygun bir şekilde ve mümkünse tek oturumda sona erdirilebilmesi söz konusu olabilecektir.⁴⁰ Bu durumda, basit muhakeme açısından bir alternatif maliyet karşılaştırması yapılacak olursa tek oturumlu bir duruşmadan feragat edilerek muhakeme süreci basitleştirilecek; fakat bundan, muhakemenin adalet özelliği olumsuz etkilenecektir. Şüphesiz ki, tercih edilmesi gereken, muhakemenin adalet özelliğinin olumsuz etkilenmemesidir.⁴¹ Yine buna, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen karara karşı gelinebildiği noktasından bir eleştiri yöneltilecek olursa bu takdirde, muhakemenin basitlik özelliğinin de olumsuz etkilendiği, mezkûr eleştirinin cevabı olacaktır. Netice itibarıyla, basit(leştirilmiş) muhakeme, suçlar açısından cürüm - kabahat yani ağır suç - hafif suç ayırımının kabul edildiği bir sistemde kabul edilebilecek bir muhakeme türüdür.⁴² Bununla birlikte, 01.06.2005 tari-

turma işlemlerini zamanında yapmayarak soruşturmadan sonuç alınma ihtimalini büyük ölçüde azaltmışlarsa bu takdirde ancak soruşturmanın makul bir hızla yürütülmesi gerekliliği ihlal edilmiş olmaktadır. Cem Şenol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 138.

⁴⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Willemin/Tok, s. 162, 163; Yenisey/Nuhoğlu, s. 705; Nevzat Toroslü/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2020, s. 306, 324; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2019, s. 403, 404; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 152.

⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 86.

⁴² Bu bağlamda, mülga 1412 numaralı Kanun m. 386'nın gerekçesine göre, sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile ceza tayin edebilmesinin koşullarından biri, kabahat nevinden bir suçun bulunmasıydı. "İşte serdedilen sebepler ile esas kabul edilen bu fikirlerin şeraitine gelince; 1- Fiili vâki, kanunen rü'yeti sulh mahkemesine ait kabahatlerden olmalıdır. Bu kabahat tâbiriyle komisyon, Ceza Kanununun üçüncü kitabındaki kabahat e'falinden olan suçlarla, hususi kanunlarda âzami haddi bir seneyi geçmemek üzere hapis ve münferiden iki yüz lirayı geçmemek üzere cezayı nakdiyi müstelzim fiilleri (Mer'iyet Kanununun M. 20) ifade etmek istenmiştir. ..." Madde gerekçesi için bk. Yaşar, s. 2466, 2467. Aynı maddenin gerekçesinde, mülga 1412 numaralı Kanun m. 386'nın birinci ve ikinci fıkralarında yapılan değişikliklerle, ceza kararnamesinin konusu olabilecek suçlar arasında, ağır para cezasını gerektiren suçların yani bir suç türü olarak cürümlerin de dâhil edildiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, gerekçedeki mezkûr ifade, ileri sürdüğümüz görüşün isabetli olmadığı anlamına gelmemektedir zira anlaşılabilirliği üzere, yapılan değişikliklerle ceza kararnamesinin kapsamına bir suç türü olarak cürümler dâhil edilmiş olmakla birlikte, bu cürümler, yalnızca para cezasını gerektirenler, diğer deyişle, karşılığında hapis cezası/hürriyeti bağlayıcı cezasını gerektirenlerdir. Nitekim gerekçedeki ifadenin devamında, bu hususa işaret edilmiştir: "Para cezalarının hafif veya ağır olmalarının, infazda herhangi bir ayrımı gerektirme-

hi itibarıyla, suç olmaktan çıkarma akımının bir neticesi olarak, suçlar genel olarak 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu şeklinde ayrı bir kanunda, kabahatler ise genel olarak 5326 numaralı Kabahatler Kanunu şeklinde ayrı bir kanunda düzenlenmiştir.⁴³ Bu durumda, Türk ceza hukuku açısından artık teknik anlamda ağır suç, hafif suç ayrımı bulunduğu söylenmesi mümkün değildir. Elbette ki, takdir yetkisi çerçevesinde, kanun koyucu, TCK'da bulunan suçlar arasında, bunların yaptırımlarından hareketle bazı suçların diğerlerine nazaran daha hafif olduğunu kabul edebilir. Bununla birlikte, basit muhakeme açısından yukarıda görüldüğü üzere, bu takdir yetkisinin son derece dikkatli kullanılması gerekmektedir.⁴⁴

Basit muhakemeye ilişkin CMK m. 251/2'in son cümlesinin de muhakemenin adalet özelliği açısından incelenmesi gerekmektedir. Mezkûr hüküm, "(2) Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde ... Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir" şeklindedir. CMK'nın sisteminde, ceza muhakemesinde, asıl olarak, delillerin soruşturma evresinde elde edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, soruşturma evresinden sonra ve kovuşturma evresinde ortaya çıkan ve elde edilmesi gereken yeni delillerin

mesi ve ... sulh ceza mahkemelerinin, yalnız para cezasını gerektirmeleri şartı ile, cürümlere ilişkin davalara da bakacakları göz önüne alınarak, bu maddenin kapsamı genişletilmiştir (1696 sayılı yasaya ait gerekçe)". Bk. Yaşar, s. 2467.

⁴³ Kayıhan İçel, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğitimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 50, S. 1 - 4, 1984, s. 117 - 131; Süheyl Donay, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 37, S. 1 - 4, 1971, s. 424 - 425; Köksal Bayraktar, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 50, S. 1 - 4, 1984, s. 199; Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğitimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul 1995, s. 13-52; Berrin Akbulut, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, II. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 89; Çınar Can Evren, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S. 1 - 2, 2011, s. 974; Elif Bekar, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S. 1 - 2, 2011, s. 1034; Burcu Erdinç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 246.

⁴⁴ Aksi yönde görüş için bk. Kızıllarlan, s. 1955 (Yazar, basit muhakemenin uygulanabilmesi için hapis cezasını gerektiren suçlar açısından kabul edilen iki yıllık üst sınırnın, az gibi görüldüğünü ifade etmektedir. Bk. Kızıllarlan, s. 1955.).

ki, hüküm açısından bakıldığında belgelerin varlığı söz konusu olduğunda, mahkeme, bunları ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edecektir. Aksi bir yorumla, soruşturma evresinde mevcut olan bir delilin, kovuşturma evresinde ve mahkeme tarafından elde edileceği ifade edildiğinde, CMK m. 251/2'nin son cümlesi, CMK'nın ceza muhakemesi sistemi ile çelişecektir. CMK m. 174/1-b'deki, suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edileceği hükmü, bunun kanıtıdır.⁴⁵ Eğer söz konusu delilin elde edilmesi, bir şekilde gözden kaçırılarak gerçekleştirilmemiş ve mahkeme, bunu, iddianameyi kabul ettikten sonra fark etmişse ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı dolayısıyla hâkim, onun re'sen delil etme yetkisi doğrultusunda bu belgeyi isteyecektir.⁴⁶ Bu durumda da CMK m. 251/2'nin son cümlesi, âdeta malumun ilamıdır. Muhakemenin adalet özelliği açısından sorun teşkil eden husus ise bu belgenin, sanığa tebliğ edileceği hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamasıdır. Örneğin, adli tıp kurumundan bir bilirkişi raporu talep edildiğinde, sanığın, bu raporu bilmeden, buna karşı savunmalarını yapması mümkün değildir. Bunun da silahların eşitliği ilkesi ve çelişme ilkesi ile bunların kapsamında bulunduğu adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği, keza, muhakemenin adalet özelliğini olumsuz etkilediği açıktır.⁴⁷ Olması gereken, eğer bu şekilde sonradan elde edilen belgeler varsa bunların da sanığa tebliğ edilmesidir⁴⁸.

⁴⁵ Centel/Zafer, s. 771, 772.

⁴⁶ Ünver/Hakeri, s. 89, 90.

⁴⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292, 293; Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s. 125, 138, 142, 145. "Silahların eşitliği ilkesi, kural olarak bir davanın taraflarının sunulan kanıt ve bütün görüşler hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirme hakkını da içinde barındırır ... Burada asıl önemli olan şey, tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, tarafların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır ... // ... Çekişmeli yargılama ilkesinin anlamı, bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla ulusal yargının bağımsız bir mensubu tarafından olsa bile gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşlerle ilgili bilgiye sahip olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme hakkının tanınmasıdır ..." Bk. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler), Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2012, s. 637.

⁴⁸ Aynı gerekçeyle olsa gerektir ki, öğretide Değirmenci, bu durumda, basit muhakemenin uygulanmaması ve muhakemenin genel hükümlere göre bir ifadeyle duruşmalı olarak devam ettirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Değirmenci, s. 45.

Basit muhakeme için muhakemenin adalet özelliği açısından yapılması gereken bir değerlendirme de basit muhakemede, sanığın ve mağdurun beyan ve savunmalarını yazılı bildirecek olmalarıdır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, beyan ve savunmalarında, sanık ve mağdur, her ne kadar, vakanın maddi yönüne ilişkin açıklamada bulunacak olsalar da bu açıklamaların yer aldığı metnin hukuki değeri olacaktır. Diğer deyişle, açıklamaların yer aldığı yazılı belge, hukuki sonuç doğurucu niteliktedir. Bu noktada, hukuki değeri olan bir yazılı belgenin, hukuk ilmine vakıf olmayan bir kişi tarafından hazırlanması ile hukuk ilmine vakıf olan bir kişi, daha doğru deyişle, bir hukukçu tarafından hazırlanması arasında fark olacağının önemle belirtilmesi gerekmektedir. Çünkü hukukçu, öğretide Yılmaz'ın tanımlamasıyla, "*fevkalâde geniş bir kelime bilgisine (haznesine) sahip olan ve bunları her somut olayda, yerli yerinde kullanan ve mesleği gereği hukuk alanında bir uzman yazardır*". Böylelikle, hukukçunun, vakanın maddi yönünü, onun doğuracağı hukuki sonucun bilincinde olarak, hukuk ilminin teknik terimleri yoluyla açıklaması söz konusu olacaktır.⁴⁹ Bu nedenle, kanaatimizce, basit muhakemede, mecburi müdafiliğin ve keza, mecburi vekilliğin kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁰ Bu durumda, mahkeme, basit muhakemenin uygulanmasına karar verdiğinde, sanığa bir müdafii ve mağdura bir vekil tayin edilmesi için talepte bulunacak ve baro tarafından görevlendirme yapılacaktır.

⁴⁹ Ejder Yılmaz, Adli Yazı ve Yazışma Usulleri Ders Kitabı, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 24.

⁵⁰ Şaban Cankat Taşkın, "7188 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na Getirilen "Basit Yargılama Usulü" Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 3118. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza kararnamesi ile infazı ertelenmek koşuluyla hapis cezası tayin edileceği hâllerde, mecburi müdafilik kabul edilmiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 408b (Müdafii görevlendirilmesi) - "Hâkim savcı tarafından 407'inci madde 2'nci fıkra, 2'nci cümlede tanımlanan müeyyidelerden birinin ceza kararnamesi ile hükmedilmesini gerekli görürse henüz müdafii bulunmayan sanığa bir müdafii tayin eder. ..."; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 407/2 - "(2) Ceza kararnamesi ile sadece aşağıdaki yaptırımlardan tek başına veya yan yana hükmedilebilir; ... // Sanığın müdafii bulunuyorsa, infazı tecil edilmek şartı ile, bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza da tayin edilebilir." Bk. Yenisey/Oktar, s. 457, 459.

2. Yargılama Usulü Kavramı

CMK, Ceza Muhakemesi Kanunu olarak adlandırıldığı hâlde,⁵¹ esas itibarıyla, bir muhakeme türü olan basit muhakemenin, basit yargılama (usulü) olarak adlandırılmış olmasının bir çelişki olduğu ve isabetli olmadığı ifade edilmelidir. Muhakeme, öğretide Kunter'in tanımıyla, hukuki bir uyuşmazlığı çözmek üzere, iddia etme, savunma ve yargılama faaliyetlerinin birlikte/kolektif gerçekleştirildiği, bu faaliyetleri icra eden sùjelerin birlikte/kolektif hareket ettiği bir süreçtir.⁵² Bu bağlamda, basit yargılama şeklindeki adlandırmaya bakıldığında, asliye ceza mahkemesi tarafından, ancak iddianamenin kabulünden sonra yani Cumhuriyet savcısı tarafından iddia etme faaliyeti gerçekleştirildikten sonra bu muhakeme türünün uygulanmasına karar verilebileceği nazarı itibara alındığında, adlandırmanın isabetli olmadığı anlaşılmaktadır.⁵³ Keza, basit muhakemenin uygulanmasına karar verildiği takdirde, iddianame, mahkeme tarafından, sanığa, mağdura ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, bunların beyan ve savunmalarını yazılı olarak bildirmeleri istenecektir. Bunun da savunma ve iddia etme faaliyetlerinin icra edilmesi anlamına geldiği göz önüne alındığında, basit yargılama şeklindeki adlandırmanın isabetli olmadığı söylenmesi mümkündür. Sonuç olarak, bu muhakeme türünde, âdeta yalnızca

⁵¹ Bu hususta, TBMM Adalet Komisyonunun CMK Tasarısına İlişkin Raporundaki şu ifadelerin zikredilmesi önem arz etmektedir: "Muhakeme hukukunu yargılama hukuku olarak Türkçeleştirmek de doğru değildir, çünkü yargılama "kaza"nın Türkçesidir ve kaza, muhakemeyi oluşturan üç görevden sadece biridir. Muhakeme yerine yargılamayı tercih etmek, kaza yerine de yargı tabirini kullanmayı zorunlu kılmaktadır. Oysa yargı-yargılama ilişkisi, bir şey ile onu yapan veya alet olarak kullanan kişinin ilişkisidir. Başka bir ifadeyle; yargı, kaza faaliyetini değil, bu faaliyetin sonunda yapılan şeyi veya o faaliyette kullanılan aleti ifade etmektedir. Bu faaliyeti yapan kişi, yani hâkim veya yargıç "yargılar". Dolayısı ile kaza ve muhakeme faaliyetleri farklıdır. Kaza sadece hâkimlerin yaptığı faaliyetin adıdır. Muhakeme ise, davacının, davalının ve hâkimin yaptıklarından oluşan üçlü bir faaliyeti ifade eder". Rapor için bk. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 79.

⁵² Kunter, s. 5, kn. 3, s. 13, kn. 5.

⁵³ CMK m. 251/1 - "(1) Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir". Bu bağlamda, her ne kadar, CMK m. 251/3'e göre, hüküm, mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın verilecek olsa da CMK m. 251/1'e göre, bu muhakeme türü için öncelikle ve mutlaka Cumhuriyet savcısı tarafından bir iddianamenin, asliye ceza mahkemesine sunulması gerekmektedir. Aksi yönde görüş için bk. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 912.

mahkemenin bir faaliyeti varmış gibi basit yargılama şeklindeki bir adlandırmadan vazgeçilmeli, CMK'nın adında olduğu gibi, basit muhakeme kavramı tercih edilmelidir.⁵⁴

⁵⁴ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürütüşü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973, s. 56; Kunter, s. 802, 803, dn. 98. Öğretide Kunter, ceza kararnamesi ile ceza tayini sürecinin bir muhakeme olmadığını ifade etmiştir; çünkü bu süreçte, buna ilişkin düzenlemelere göre, savunma faaliyeti gerçekleştirilmeyordu. Buna karşılık, bir muhakemeden bahsedilebilmesi için bunun mutlaka çelişmeli olması gerekmektedir. Daha açık ifadeyle, muhakemede, iddia etme makamının hükmü, savunma makamının hükmü ve yargılama makamının hükmü birlikte bulunmalı, muhakeme neticesindeki hüküm, kolektif verilmelidir. Böylelikle hüküm, birden fazla hükmü, tek bir hüküm hâline getiren bir sentez niteliğinde olacak, şüpheyi yenerek, gerçeğe uygunluk demek olan hakikati ifade edecektir. Bk. Kunter, s. 39, 40, kn. 21, s. 804, dn. 101. Öğretide Tosun, o dönemde bile, ceza kararnamesi ile ceza tayini sürecinin bir muhakeme olduğunu; çünkü burada, savcının, ceza verilmesi istemekle bir iddiasının bulunduğunu, keza, hâkimin bu isteği kabul ederek veya reddederek yargılama yaptığını, savunmanın da yine var olduğunu; fakat ertelenmiş olduğunu ifade etmiştir. Bk. Tosun, Muhakemenin Yürütüşü, s. 56. Kanaatimizce basit muhakemede, madem artık sanığın ve mağdurun beyan ve savunmalarının da alınması gerekmektedir, yani öğretide Kunter'in tabiriyle, bunların da hükümlerine yer verilmektedir, artık gerçekleştirilen faaliyetin bir muhakeme olduğunun söylenmesi mümkündür. Sulh ceza hâkiminin ceza kararnamesi ile ceza tayinini, basit bir muhakeme usulü olarak adlandıran görüş için bk. Taner, s. 426. Basit muhakemenin, mahkemenin etkin bir rol üstlendiği bir muhakeme türü olduğu yönünde bk. Zahit Yılmaz/Özge Apış, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 1, Haziran 2020, s. 65.

Basit muhakemenin, basit kovuşturma veya hızlı kovuşturma şeklinde adlandırılmasının daha doğru olabileceği yönünde bk. Kızıllarslan, s. 1907. Kanaatimizce, burada mahkemenin icra ettiği faaliyetten hareketle, müessesenin, basit kovuşturma şeklinde adlandırılması isabetli değildir. İlk olarak, basit muhakemede yalnızca mahkeme tarafından icra edilen bir faaliyet bulunmamaktadır. İkinci olarak, burada, yalnızca mahkeme tarafından gerçekleştirilen bir faaliyet olsa bile, kovuşturma, mahkeme tarafından gerçekleştirilebilecek bir faaliyet olmadığı için bunun, kovuşturma şeklinde adlandırılması isabetli değildir. Hakikaten kovuşturma, biri faaliyet olarak biri de CMK m. 2/1-f' de öyle tanımlandığı için evre olarak iki anlama sahiptir. Faaliyet olarak kovuşturma, iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip sanı hâline gelmesi, böylelikle, şüphelinin, sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesi ile sona eren iddia etme faaliyetidir. Bk. Kunter, s. 194, kn. 98; Feridun Yenisey, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, 2. Bası*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1991, s. 106. Bu cümleden olmak üzere, örneğin, şüphelilerden birinin, iddianamenin düzenlenebilmesi için ifadesinin alınması veya şüpheli hakkında tutuklama koruma tedbirinin uygulanmasının istenmesi, birer kovuşturmacı işidir, yani kovuşturmadır. Bk. Kunter, s. 195; Yenisey, s. 106; Yurtcan, s. 204, 205. Anlaşılabilirliği üzere, faaliyet olarak kovuşturma, Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilebilir. Evre olarak kovuşturma ise CMK m. 2/1-f'ye göre, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder ve bu evrede yetkili merci,

Kavram incelemesinde, basit muhakeme için kullanılan basit yargılama usulü şeklindeki adlandırmanın da ele alınması gerekmektedir. CMK'nın adında, usul ibaresi kullanılmadığı hâlde, basit muhakemenin, basit yargılama usulü şeklinde adlandırılmış olmasının da yine bir çelişki olduğu ve isabetli olmadığı ifade edilmelidir. Öğretide Kunter'e göre, günümüzde ceza muhakemesi kanunları, yalnızca muhakemenin gerçekleştirilme şeklini, buna ilişkin formaliteleri düzenleyen kanunlar değildir. Bu kanunların, daha doğru bir ifadeyle, ceza muhakemesi hukukunun, bir de maddi muhtevası/içeriği bulunmaktadır.⁵⁵ Örneğin, CMK'nın 272. ve devamındaki maddelerinde istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. Mezkûr maddelerde, istinaf kanun yoluna başvurunun şekli, kararın ne şekilde verileceği düzenlendiği gibi, istinafa başvurma, yani bir kanun yoluna başvurma hakkı da düzenlenmiştir. Hakkın kullanılış şekli, usule ilişkin olduğu hâlde, hakkın tanınması/kullanılması imkânının verilmesi, esasa ilişkin bir meseledir.⁵⁶ Konu özelinde, yani basit muhakeme açısından bir inceleme yapılacak olursa CMK m. 251/2'ye göre, iddianamenin kendilerine tebliğ edilmesinden sonra, sanığın ve mağdurun beyan ve savunmalarını on beş gün içinde bildirme hakları bulunmaktadır. Bu hakkın, ne zamandan itibaren kullanılabilceği, kaç gün içinde kullanılabilceği vs. usule ilişkin olduğu hâlde, hakkın varlığı, yani tanınmış/kullanılması imkânın ve-

mahkemedir. Faaliyet olarak kovuşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilebileceği yönünde bk. Kunter, s. 194, kn. 98, s. 195; Yurtcan, s. 204; Yenisey, s. 106. Öğretide Kızıllarlan'ın önerdiği basit kovuşturma tabirinin, basit muhakemenin uygulanmasına ancak kovuşturma evresinde karar verilebileceği için evre olarak kovuşturma anlamında kullanıldığı ileri sürülebilir. Mamafih, yazarın daha önceki açıklamaları "Basit yargılama usulünde hâkimin aslında bir yargılama yapıp yapmadığı tartışması hatırlandığında, yargılama adının kullanılması belki de doğru görülmeyebilecektir. Basit kovuşturma" veya "hızlı kovuşturma" denilmesi daha doğru olabilir diye düşünmekteyiz" şeklindedir. Bu açıklamalardan, yazarın, kovuşturma tabirini, evre olarak kovuşturma anlamında değil, faaliyet olarak kovuşturma anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bk. Kızıllarlan, s. 1907. Bunun ise isabetli olmadığına yukarıdaki açıklamalarla işaret edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Hakan Kaşka, "Türk Muhakeme ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Kavramı ile Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Kavramı", *Nevşehir Barosu Dergisi*, (Yayın için belgesi var). Öğretide Özen, seri muhakeme usulü kavramında muhakeme kelimesi kullanıldığı hâlde, basit yargılama usulü kavramında yargılama kelimesinin kullanılmış olmasının, kanun koyucunun özensizliğini gösterdiğini ifade etmektedir. Bk. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 973.

⁵⁵ Kunter, s. 7, 8, kn. 3; Yurtcan, s. 60; Karakehya, s. 2, 5.

⁵⁶ Karakehya, s. 2, 5.

rilmiş olması, esasa ilişkin bir meseledir. Ayrıca usulün, kelime anlamı itibarıyla, kaideleri, hükümleri, normları ifade ettiği düşünülürken, bunun, hukuk kelimesi ile aynı anlamda olması söz konusudur.⁵⁷ Bu nedenle, usul yerine yalnızca hukuk denilmesi iktifa edecektir. Usul kelimesinin sözlük anlamında, asıl kelimesinin çoğulu olduğunun belirtilmesinden ve asılın da esas ile aynı anlamda olmasından hareket edildiğinde, hukuk kelimesinin hem usulü hem esası ifade etmek için yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, bu muhakeme türünün adlandırılmasında usul ibaresi kullanılmamalıdır.⁵⁸

Açıklanan gerekçeler doğrultusunda, muhakeme türüne ilişkin isabetli/doğru adlandırma, kanaatimizce, basit muhakeme şeklinde olmalıdır. Basit muhakeme ile birlikte, CMK'nın kapsamında artık birden fazla muhakeme türü bulunduğu ileri sürülerek, kanunun adının Ceza Muhakemeleri Kanunu olması gerektiği iddia edilebilir. Bahis konusu iddiaya karşılık, CMK için TBMM Adalet Komisyonu'nun CMK Tasarısına İlişkin Raporundaki şu ifadelerin zikredilmesi iktifa edecektir: *“Muhakeme kavramı yerine “muhakemeler” denmesi de doğru değildir. Bu nedenle burada çeşitli somut faaliyetler değil, onların hepsini ifade eden tek, soyut bir kavram kullanılmalıdır. Nasıl cezalar hukuku denmiyorsa, burada da, ceza muhakemeleri yerine ceza muhakemesi denmesi bilimsel bir tercihtir.”*⁵⁹

II. BASİT MUHAKEMENİN UYGULANABİLİRLİK ALANI

Basit muhakemenin uygulanabilip uygulanamayacağı hâllerin tespitinde bir tereddüt söz konusu olduğunda, benimsenmesi gereken genel bir görüş olup olmayacağı hususu, tartışılması gereken bir

⁵⁷ Kunter, s. 8, kn. 3.

⁵⁸ Bu hususta, TBMM Adalet Komisyonu'nun CMK Tasarısına İlişkin Raporundaki şu ifadelerin zikredilmesi önem arz etmektedir: *“Muhakeme hukukunun sadece formalitelerden ibaret olmadığını, maddi içeriğinin de bulunduğunu belirtmek üzere “Muhakeme Hukuku” tabiri kullanılmalıdır. Usul; kurallar, hükümler, normlar anlamına geldiğinden ve bu da hukuktan başka bir şey olmadığından, hem “usul” hem “hukuk”tan söz edilmesi mantıklı değildir. Muhakeme hukuku, muhakeme normlarının bütünü demek olduğundan, muhakeme hukuku tabiri için normları ayrıca belirtmeye ve dolayısı ile usul kelimesini kullanmaya gerek yoktur. Aynı nedenle muhakeme faaliyetini düzenleyen kanunu da “Muhakeme Kanunu” yerine Muhakeme Usulü Kanunu olarak isimlendirmek doğru değildir”. Rapor için bk. Şahin, Şerh, s. 78, 79.*

⁵⁹ Şahin, Şerh, s. 79.

meseleyi oluşturmaktadır. Bu noktada, kanaatimizce, basit muhakemenin uygulanabilirlik alanı hususunda her zaman geçerli olabilecek bir görüş serdedilmesi mümkündür. Bunun için öncelikle, basit muhakemenin, bu şekilde olmayan, yani genel hükümlere göre yürütülen muhakeme ile mukayese edilmesi, bir ifadeyle, genel hükümlere göre yürütülen muhakeme karşısındaki durumunun belirlenmesi gerekmektedir.

İlk olarak, basit muhakeme, genel hükümlere göre yürütülen bir muhakemeye nazaran istisna niteliğindedir. Başka bir ifadeyle, muhakemenin, genel hükümlere göre, örneğin, kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı ve duruşma devreleri gerçekleştirilerek yürütülmesi kaide, basit muhakeme ile yürütülmesi ise istisnadır. İki müesseseden hangisinin kaide, hangisinin ise istisna olduğunun belirlenmesinde, şu yolun takip edilmesi mümkündür: Eğer bu müesseselerden biri olmasaydı, diğeri yine de var olmaya devam edecekse var olmaya devam edecek müessese kaide, diğeri müessese ise istisnadır. Konu bu şekilde ele alındığında, eğer CMK m. 251 ve m. 252'deki basit muhakemeye ilişkin hükümler olmasaydı, basit muhakeme kapsamına giren hâller, genel hükümlere göre yürütülen muhakemeye tabi olmaya devam edecekti denilebilmektedir. Diğer deyişle, basit muhakeme olmasaydı bile, genel hükümlere göre yürütülen muhakeme daha önce olduğu gibi, var olmaya devam edecekti. Bu durumda, genel hükümlere göre yürütülen muhakeme kaide, basit muhakeme ise istisnadır.⁶⁰

Basit muhakemenin, genel hükümlere göre yürütülen muhakemeye nazaran istisna olduğu tespit edildiğine göre, artık ikinci olarak, istisnaya ilişkin yorumlama ilkelerine başvurulması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, hukuk ilminde, istisnalar dar yorumlamaya tabi tutulur; aksi takdirde, istisnanın bir anlamı olmaz ve artık yeni bir kaideden bahsedilmesi gerekir. Aynı şekilde bir hususun istisna kapsamında olup olmadığı hususunda tereddüt söz konusu olduğunda, o

⁶⁰ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 311. Bu hususta, öğretide Gözler'in, genel hükmün ve özel hükmün tespitinde kullanılabileceğini belirttiği yöntemden de yararlanılmıştır. Bk. Gözler, s. 364. Öğretide Gözler'e göre, genel hüküm öyle bir hükümdür ki, o hususta, özel hüküm olmasa bile, onun uygulanması söz konusu olur. Örneğin, A hükmü olmasaydı bile, olaya uygulanabilecek bir B hükmü varsa B hükmü genel hüküm, A hükmü ise ona nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bk. Gözler, s. 364.

hususun, istisnanın kapsamında yer almadığı kabul edilmelidir. Tabii olarak, mezkûr husus, kaidenin kapsamında kabul edilecektir.⁶¹

Bu tespitlerin tatbikattaki sonuçlarının incelenmesi icap ederse örneğin, bir dosyanın, basit muhakeme kapsamında olup olmadığı hususunda tereddüt edildiğinde, bu dosyanın, öncelikle, basit muhakeme kapsamında olmadığı kabul edilecektir. CMK'daki hükümlerden hareketle örnek verilecek olursa yaş küçüklüğü hâlinde, basit muhakemenin uygulanamayacağı ve muhakemenin, genel hükümlere göre yürütüleceği ifade edilmiştir. Öğretide, söz konusu yaş küçüklüğü kavramının, TCK'daki anlamıyla kullanılıp kullanılmadığının madde hükmünden tam anlaşılmadığı, bunun ise bir meseleye sebebiyet vereceği ileri sürülmektedir. Örneğin, suçu işlediği sırada 16 yaşında olan Bay A'nın dosyasında kovuşturma evresine, Bay A, 16 yaşında iken başlanır. Bu durumda, CMK m. 251/7'deki amir hüküm dolayısıyla basit muhakemenin uygulanmasına karar verilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, Bay A, 19 yaşına geldiğinde kovuşturma evresine ancak başlanmış olursa basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilir verilemeyeceği, Bay A açısından artık yaş küçüklüğü söz konusu olmadığı için tartışılması gereken bir meseleyi ortaya çıkaracaktır.⁶² Kanaatimizce, basit muhakemenin istisna olduğu ve istisnaların

⁶¹ Gözler, s. 315, 317, 318, 320.

⁶² Burada esas meseleyi, basit muhakemenin uygulanmasına karar verildikten sonra mahkûmiyet hükmü kurulmuşsa bu hükmün içeriğini oluşturan sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacak olması teşkil etmektedir. Örnekten hareket edildiğinde, kovuşturma evresinde artık 19 yaşında olan Bay A'nın dosyası için basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecek ve cezasında 1/4 oranında indirim yapılabilecektir. Buna karşılık, kovuşturma evresinde 16 yaşında olan Bay A'nın dosyası için basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyecek, hâliyle cezasından 1/4 oranında indirim yapılması da söz konusu olmayacaktır. Anlaşılabilirliği üzere, burada ortaya bir ceza adaletsizliği çıkmaktadır. Öğretide Değirmenci, yaş küçüklüğü hâlinde, seri muhakemenin de uygulanamayacağı göz önüne alındığında, bu adaletsizliğin seri muhakeme açısından da geçerli olduğunu; fakat bunun seri muhakemede cezanın belirlenmesinde, yalnızca TCK m. 61/1 dikkate alınması, dolayısıyla yaş küçüklüğüne istinaden indirim yapılmadan temel cezanın belirlenmesi yoluyla ortadan kalkabileceğini ifade etmektedir. Hâlbuki basit muhakemede, cezanın belirlenmesi hususunda TCK m. 61'in tamamına atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle, yine örnekten hareket edildiğinde, kovuşturma evresinde artık 19 yaşında olan Bay A'nın dosyası için basit muhakemenin uygulanmasına karar verilip, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, mezkûr hükmün içeriğini oluşturan cezadan, Bay A'nın suçu işlediği sırada yaş küçüklüğü hâli söz konusu olduğu için, yaş küçüklüğü dolayısıyla indirim yapılmış olacak, sonuç cezadan da 1/4 oranında indirim yapılacaktır. Kovuştur-

dar yorumlamaya tabi tutulduğu tespitinden hareketle, burada, basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyeceği, muhakemenin, genel hükümlere göre yürütülmesi gerektiği kabul edilmelidir.⁶³ Keza, CMK m. 251/8'e göre, basit muhakeme kapsamında olan bir suçun, bu kapsamda olmayan bir suçla birlikte işlenmesi hâlinde, kapsamdaki suç açısından da artık basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyecektir. Buradaki *birlikte* ibaresinin ne şekilde yorumlanacağı, bir mesele teşkil etmektedir. Örneğin, aynı sanık tarafından işlenmiş suçlar birlikte işlenmiş olarak kabul edilebileceği gibi, uzlaştırma müessesesi için 7188 numaralı Kanun m. 26 ile CMK m. 253/3'e eklenen *aynı mağdura karşı* ibaresinden hareketle, aynı mağdura karşı işlenmiş suçlar ancak birlikte işlenmiş kabul edilebilir. Kanaatimizce, yine tespitten hareket edilerek, ister aynı sanık tarafından ister aynı mağdura karşı işlenmiş olmadan kaynaklanan birliktelik olsun, herhangi bir birliktelik hâlinin varlığı söz konusu olduğu takdirde, basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyeceği, muhakemenin genel hükümlere göre yürütülmesi gerektiği kabul edilmelidir.⁶⁴

ma evresinde henüz 16 yaşında olan Bay A'nın dosyası için basit muhakeme kararı verilemeyecek, böylece onun cezasındaki indirim yalnızca yaş küçüklüğünden olacaktır. Bk. Değirmenci, s. 43. Kanaatimizce bu adaletsizlik yine de hâkimin, TCK m. 61'e göre cezayı belirlerken, bu durumu gözeterek temel cezayı belirlemesi yoluyla çözülebilir. Nitekim aynı yönde bk. Değirmenci, s. 43. Mamafih, bu da her dosyada bu durumun ayrıca gözetilmesi şeklinde bir külfete, yani çözümlenmesi gereken ayrı bir meseleye sebebiyet verecektir. Anlaşılabileceği üzere, meselenin kaynağı, basit muhakemenin uygulanmasına karar verildikten sonra mahkûmiyet hükmü kurulacaksa sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacak olmasıdır. Bu indirim, basit muhakemenin, maddi ceza hukuku veya muhakeme hukuku müessesesi olma noktasında, hukuki niteliğini de etkilemekte ve lehe kanun uygulanması bakımından tartışmalı durumlar ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce aşağıda tekrar değinileceği üzere, adaletsizliklere yol açan bu indirimin kaldırılması gerekmektedir.

⁶³ Böyle bir yorumlama yapıldığında, bir önceki dipnotta belirtilen adaletsizlik giderilmiş olmaktadır. Bu durumda ister suçun işlendiği sıradaki yaş küçüklüğü olsun ister kovuşturma evresinde sanığın (aynı zamanda tabii olarak suçu işlediği sıradaki) yaş küçüklüğü hâli söz konusu olsun, bu dosyalar açısından basit muhakemenin uygulanmasına karar verilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, bir önceki dipnotta, 1/4'lük indirim oranı hususunda serdedilen görüşümüz hâlen mahfuzdur; zira indirim oranı, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında açıklanacağı üzere, yalnızca bu hususta bir adaletsizliğe sebebiyet vermemektedir.

⁶⁴ Öğretide Değirmenci, CMK m. 253/3'e eklenen aynı mağdura karşı ölçütünün, basit muhakeme açısından önem arz etmeyeceği ifadesiyle, aynı yönde görüş ileri sürmektedir. Bk. Değirmenci, s. 44; Ayrıca bk. Karakehya/İnce Tunçer, s. 129.

III. BASİT MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

7188 numaralı Kanun m. 31 ile CMK'ya eklenen Geçici Madde 5/1-c'ye göre, basit muhakemeye ilişkin hükümler, 01.01.2020 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Bununla birlikte, bu tarih itibarıyla, kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalar açısından basit muhakeme uygulanamayacaktır.⁶⁵

Muhakeme hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasında, kaide, diğer hukuk disiplinlerinde olduğu gibi, derhâl uygulanma ilkesidir.⁶⁶ Maddi ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasında da kaide, derhâl uygulanma ilkesi olduğu hâlde, lehe olan hükümler söz konusu olduğunda, bunların geriye yürütülmesi mümkündür hatta bunların geriye yürütülmesi gerekir.⁶⁷ Bir normun, maddi ceza hukuku normu mu yoksa muhakeme hukuku normu mu olduğu hususu, bu anlamda çözülmesi gereken bir meseleyi teşkil etmektedir. İfade edilmelidir ki, bir normun, TCK'da bulunması, tek başına, bu norm ile düzenlenen müessesenin maddi ceza hukuku müessesesi olduğu anlamına gelmediği gibi, CMK'da bulunması da tek başına, bu norm ile düzenlenen müessesenin ceza muhakemesi huku-

⁶⁵ 7188 numaralı Kanun m. 31 - "5271 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. "Geçici Madde 5 - (1) Bu maddeyi ihdas eden Kanun'la; ... c) ... 251 ve 252'nci maddelerde düzenlenen basit yargılama usulüne ilişkin hükümler, 1/1/2020 tarihinden itibaren uygulanır. d) 1.1.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz."

⁶⁶ Tosun, C. I: Genel Kısım, s. 127, 128; Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku - I -, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 51; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 52; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 88; Karakehya, s. 70, 71.

⁶⁷ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 119, 120; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2019, s. 31; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 137; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 141, kn. 201, s. 144, 145, kn. 206; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 140, 141, 142; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 77; Fatih Birtek, Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, 6. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 82-84.

ku müessesesi olduğu anlamına gelmemektedir. Meselenin çözülmesi için başvurulmuş kriter, norm, suçun varlık şartlarını, yani bir ifadeyle, unsurlarını, suça uygulanması gereken yaptırımın türünü ve özelliklerini belirlemeye yönelik ise maddi ceza hukuku normu; kanunda belirlenen yaptırımın, bir suç işlendiğinde, bunu işlediği sanılan/bunu işlediği tespit edilen kimseye ulaşmasını sağlayan faaliyetler bütünü düzenlemeye yönelik ise muhakeme hukuku normu olduğunun kabul edilmesidir.⁶⁸ Bir normun, devletin cezalandırma yetkisi ile ilgili olması, örneğin, bu yetkinin kullanılmaması sonucunu doğuran bir müesseseye ilişkin olması hâlinde de bir maddi ceza hukuku normu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, bazı müesseselerin, maddi ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukuku müessesesi olmak bakımından, karma bir niteliğe sahip olduğu Yargıtay içtihatlarında ifade edilmektedir. Söz konusu içtihatlarda, CMK'da düzenlenen bazı müesseselerin, mezkûr özelliği haiz olmalarına binaen maddi ceza hukuku müessesesi olma yönünün de bulunduğu; bunun bir sonucu olarak, bu müesseselerde, lehe kanun uygulaması yapılabileceği görüşü serdedilmiştir.⁶⁹

Basit muhakeme, maddi ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukuku müessesesi olma bakımından ele alındığında, bunun, bir ceza muhakemesi hukuku müessesesi olduğu ifade edilmelidir. Çünkü basit muhakemeye ilişkin düzenleme, yukarıdaki gerekçede belirtildiği gibi, yaptırımın, kişiye ulaşmasını sağlayan faaliyetler bütünü düzenleyen bir normdur. Bu nedenle, basit muhakemeye ilişkin düzenlemelerin zaman bakımından uygulanmasında, bunların lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın, derhâl uygulanma ilkesi geçerli olacaktır. Önemle ifade edilmelidir ki, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması hususunda, yukarıda zikredildiği gibi, 7188 numaralı Kanun'da açık hükümler bulunmaktadır. 7188 numara-

⁶⁸ Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 33, 34.

⁶⁹ Örneğin uzlaştırma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinin, devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisinin sona ermesine yol açması sebebiyle bu kapsamda zikredilmesi mümkündür. Bilgi ve bu husustaki Yargıtay içtihatları için bk. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 - 75, 7. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 111, 112; Centel/Zafer, s. 873; Seydi Kaymaz/Hasan Tahsin Gökcan, Uzlaşma ve Önödeme, 2. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 53, s. 53'te dn. 25.

lı Kanun m. 31 ile CMK'ya eklenen Geçici Madde 5/1-c'ye göre, basit muhakemeye ilişkin hükümler, 01.01.2020 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Bununla birlikte, bu tarih itibarıyla, kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalar açısından basit muhakeme uygulanamayacaktır. Bu hükümler olmasaydı dahi hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalar bakımından, basit muhakemenin uygulanması, buna ilişkin hükümler dolayısıyla mümkün olmayacaktı. Burada yalnızca kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarla ilgili sınırlama olmasaydı, basit muhakemenin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılabilecektir. Eğer kovuşturma evresine geçildikten sonra, duruşma hazırlığı işlemleri yapılmış hatta duruşmanın bir oturumu da gerçekleşmişse bu takdirde, tüm bu işlerin gereksiz yere yapılması sonucunu doğuracağı, bu nedenle makul olmayacağı için mahkeme, artık basit muhakemeye başvurmayacaktı. Öz bir ifadeyle, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanması ile ilgili tüm tartışmalar, CMK'ya eklenen Geçici Madde 5/1-c, d nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Basit muhakeme, CMK Geçici Madde 5/1-d'ye göre, 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalar bakımından uygulanamayacağına ve CMK m. 2/1-f'ye göre, kovuşturma evresi, iddianamenin kabulü ile başladığına göre, mezkûr tarih itibarıyla iddianamenin düzenlenip mahkemesine verilmiş olmakla birlikte henüz değerlendirilme aşamasında bulunduğu dosyalar bakımından basit muhakemenin uygulanmasına karar verilmesi mümkündür.⁷⁰

Kanaatimizce, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında sorun teşkil edecek esas husus, CMK m. 251/3'e göre, basit muhakemenin uygulanması üzerine mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, sonuç cezanın dörtte bir oranında indirilecek olmasıdır. Sonuç ceza üzerinden gerçekleştirilecek dörtte bir oranındaki indirim, devletin cezalandırma yetkisi ile ilgili olup, yaptırımın, suç işlediği düşünülen/sanılan/suç işlediği tespit edilen kişiye ulaşmasını sağlayan süreçteki faaliyetlere ilişkin değildir. Daha açık ifadeyle, bu indirim, maddi ceza hukuku alanında bir değer taşımaktadır.⁷¹ Nite-

⁷⁰ Aldemir, s. 302; Değirmenci, s. 49; Kezer, s. 105.

⁷¹ Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 28.09.2020 tarihli ve Esas: 2020/1515, Karar: 2020/11589 numaralı kararında, aynı hususa işaret edilmiştir: "Basit yargılama usulüne dair esasları düzenleyen CMK'nin 251/3. maddesinin sadece bir usul

kim Anayasa Mahkemesi, 25.06.2020 tarihli ve Esas: 2020/16, Karar: 2020/33 numaralı kararı ile “25. Bu kapsamda bazı yargılama usulü kuralları, kovuşturulan fiiller için öngörülen ceza miktarlarını etkileyebilmektedir. Ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında failin lehine olan düzenlemelerin geçmişe uygulanmaması, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Düzenlemelerin yer aldığı kanunların onların yorumlanmasında öneme sahip olmakla birlikte anayasal ilkelerin uygulanmasında belirleyici değildir. Dolayısıyla ceza miktarının üzerinde fail lehine bir etki oluşturan ceza muhakemesi kurallarının da geçmişe uygulanması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir. 26. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Sözleşme’nin 7. maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında ceza muhakemesi kurallarının derhâl uygulanmasının makul olduğunu kabul etmekle birlikte cezai yaptırım gerektiren fiiller için öngörülen cezanın süresine etki eden yargılama usulü kurallarının da Sözleşme’nin 7. maddesinin birinci paragrafının kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM ceza süresini azaltan yargılama usulü kurallarının fail lehine uygulanması gerektiğine karar vermiştir ... 27. İtiraz konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun’un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz hüküm kurulmamış dolayısıyla yeni bir yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasını öngörmek suretiyle Anayasa’nın 38. maddesini ihlal etmektedir” şeklindeki gerekçelere istinaden, CMK’ya eklenen Geçici Madde 5/1-d’de yer alan, kovuşturma evresine geçilmiş ibaresinin, basit muhakeme yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve bu ibarenin iptaline karar vermiştir.⁷²

hükmü olmadığı, aynı zamanda maddi ceza hukukuna dair bir hüküm olduğu ... anlaşılma ...” (Karar, Legalbank Programından alınmıştır, Erişim Tarihi: 07.02.2021.).

⁷² <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/33?EsasNo=2020%2F16&KararAramaRaporu=1>, Erişim Tarihi: 07.02.2021. Nitekim İHAM, AYM’nin yukarıda zikredilen iptal kararında da atf yaptığı Scoppola/İtalya davasında, hangi kanunda yer alırsa alsın, hapis cezasının süresine ilişkin bir kuralın, maddi ceza hukuku kuralı olduğunu; bu bağlamda, hapis cezasının süresinin daha az olarak düzenlendiği kuralın yani lehe olan kuralın uygulanması gerektiğini ifade

Bu durumda, artık 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebileceği gibi, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere, istinaf ve temyiz incelemesi aşamasında bozularak ilk derece mahkemesine tekrar gönderilen dosyalarda, CMK'nın Tanımlar başlıklı 2. maddesinde kovuşturma evresi, iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak tanımlandığı yani kanun yolları aşaması da bu evreye dâhil olduğu için, basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecektir.⁷³

etmiştir. Bk. <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2852538-3141908>, Erişim Tarihi: 07.02.2021; Ayrıca bk. Doğru/Nalbant, s. 862.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının isabetli olduğu yönünde bk. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 913; Centel/Zafer, s. 1026, 1027.

⁷³ Bu bağlamda, Yargıtay uygulamasının, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda şekillendiğinin söylenmesi mümkündür. Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 28.09.2020 tarihli ve Esas: 2020/1515, Karar: 2020/11589 numaralı kararında, şu ifadeler yer almaktadır: "Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararından açıkça anlaşılacağı üzere, Anayasa'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinde düzenlenen "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin bir gereği olan "lehe kanun" ilkesinin", gerek iddianamenin kabulünden başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar devam eden kovuşturma sürecinde gerekse hükmün kesinleşmesinden başlayıp tamamen infaz edilene kadar uygulanması Anayasal bir zorunluluktur. ... Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararının sadece ilk derece mahkemelerinde görülmekte olan dosyalar açısından değil, hükmeye bağlanan, istinaf ve temyiz incelemesi aşamasında bulunan dosyalar için de uygulanması, Anayasa'nın 90/5. maddesinin bir gereğidir. ... AİHM Büyük Dairesi'nin 17.09.2009 tarihinde verdiği Scoppola-İtalya kararında, ceza miktarını azaltan yargılama usulü kurallarının fail lehine geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiğine ve Sözleşme'nin 7. maddesinin bu hususu kapsadığına hükmedilmiştir. //CMK'nın "tanımlar" başlıklı 2. maddesinde açıkça yazılı olduğu üzere, "kovuşturma" kavramının; iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmesi, dolayısıyla istinaf ile temyiz inceleme aşamalarını da kapsamı karşısında, temyiz aşamasında olan dosyaların da kovuşturma evresine geçilmiş dosyalar olarak kabulü gerektiği açıktır. Keza, 01.01.2020 tarihinden önce hükmeye bağlanarak temyiz incelemesinde olan dosyaların "basit yargılama usulü"nün uygulanması dışındaki gerekçelerle bozulması halinde hükmeye bağlanmamış sayılacağı, bozma üzerine ilk derece mahkemelerince "basit yargılama usulü"nün uygulanmasının imkân dahilinde olabileceği, bu durumun da aynı tarihlerde suç işleyen veya ceza dosyaları hükmeye bağlanan sanıklar arasında eşitsizliğe neden olan uygulamalara sebep olabileceği de değerlendirilmiştir. //Basit yargılama usulüne dair esasları düzenleyen CMK'nın 251/3. maddesinin sadece bir usul hükmü olmadığı, aynı zamanda maddi ceza hukukuna dair bir hüküm olduğu, bu nedenle basit yargılama usulünün yürürlük tarihini gösteren Geçici 5/(1)-d. maddesinde yazılı "hükmeye bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalar yönünden" kısmının Anayasa ve uluslararası sözleşme metinlerinde düzenlenen "suç ve cezaların kanuniliği" ve "lehe kanun" ilkele-

Mamafih, bahis konusu indirim, maddi ceza hukukuna ilişkin değer taşıyıp taşımadığından ziyade, adaletli olmayan uygulamalara yol açacak olması sebebiyle tartışılması gerekmektedir. Şöyle ki, ceza uyuşmazlığının basit muhakeme yoluyla çözülmesi hususunda, mahkeme, takdir yetkisini haizdir.⁷⁴ Bu durumda, örneğin, basit muhakeme kapsamında olan bir suça ilişkin ceza uyuşmazlığını bir mahkeme basit muhakemenin uygulanmasına karar vererek ve bu yolla, diğer bir mahkeme ise genel hükümlere göre muhakeme yürüterek çözecektir. Her iki mahkeme de mahkûmiyet hükmü kuracak olursa basit muhakeme ile uyuşmazlığı çözen mahkeme, sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapacaktır. Bunun ise sanıklar arasında bir adaletsizliğe yol açacağı açıktır. Fazla olarak, mezkûr adaletsizlik görüşünü izale edecek mantıklı, makul bir gerekçe ileri sürülmesi de mümkün değildir. Yine örneğin, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasındaki açık düzenleme nazarı itibara alındığında, 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş bir dosya hakkında basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyecek, bu tarih itibarıyla, iddianamenin değerlendirilme aşamasında olduğu bir dosya hakkında ise buna karar verilebilecektir. Buna göre, her iki dos-

rine aykırı olduğu, Anayasa'ya ve ülke olarak tarafı olduğumuz temel haklara dair uluslararası sözleşmelere (ve özellikle AİHS'ye) aykırı bu durumun Yüksek Yargıtay tarafından dikkate alınması gerektiği anlaşılmakla, // Mahkemece sanık lehine sonuç doğurabilecek nitelikteki "basit yargılama usulünün" uygulanması şartları yönünden sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, // Bozmayı gerektirmiş ve temyiz bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 28/09/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". Yargıtay'ın aynı yöndeki diğer kararları için bk. Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 21.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2938, Karar: 2020/20209 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 21.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/3239, Karar: 2020/20275 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2335, Karar: 2020/20459 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2952, Karar: 2020/20460 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2883, Karar: 2020/20456 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/4620, Karar: 2020/20491 numaralı kararı; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2019/49, Karar: 2020/20425 numaralı kararı. (Kararlar, Legalbank Programından alınmıştır, Erişim Tarihi: 07.02.2021.)

⁷⁴ Değirmenci, s. 38, 45, 49; Aldemir, s. 314, 315 (Yazar, mahkemece bu hususta bir karar verilmeden basit muhakemenin uygulanmasına geçilemeyeceğini ifade etmektedir. Bk. Aldemir, s. 315.); Kızıllarlan, s. 1914; Kezer, s. 73, 80, 105.

yadaki suçun, basit muhakeme kapsamında olduğu ve mahkemeler tarafından mahkûmiyet hükmü kurulacağı varsayıldığında, birindeki hükümde 1/4 oranında indirim yapılamayacak, diğerinde ise yapılabilecektir. Kanaatimizce basit muhakeme açısından kabul edilen 1/4 oranındaki indirimin herhangi bir hukuki mesnedi bulunmadığı gibi,⁷⁵ belirtildiği üzere adaletsizliklere sebebiyet veren bu indirimle ilişkin düzenlemenin ilga edilmesi gerekmektedir.

IV. BASİT MUHAKEMENİN UYGULANMASININ KOŞULLARI

1. Hüküm Kuracak Mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi Olması

Basit muhakemenin uygulanmasına yalnızca asliye ceza mahkemesi tarafından hüküm kurulabilecek bir dosya ile ilgili olarak ve bu mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Asliye ceza mahkemesi, basit muhakemenin uygulanmasına karar vermek bakımından takdir yetkisini haizdir.⁷⁶ Belirtilmelidir ki, 1982 Anayasası m. 141/3'teki⁷⁷ ve CMK m. 34/1'deki⁷⁸ amir hükümler gereğince, asliye ceza mahkemesinin, basit muhakemenin uygulanması yönündeki kararını gerekçeli

⁷⁵ Öğretide Centel/Zafer, 1/4'lük ceza indiriminin, "savunma hakkının sınırlandırılması, tanıklara soru sorma hakkından, çelişmeli ve aleni yargılamadan vazgeçilmesinin yani adil yargılanma kapsamındaki bu haklardan vazgeçilmesinin ödülü olarak öngörülmüş olduğu izlenimi" uyandırdığını ifade etmektedir. Bk. Centel/Zafer, s. 1029; "Yani çelişme ve silahların eşitliğinden vazgeçilmesi(ne) ... karşılık cezada dörtte bir oranında indirimle gidilmektedir". Bk. Murat Balcı, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Temel İlkeleri Işığında Seri ve Basit Muhakeme Usulü", 10 Şubat 2020 Pazartesi Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler, Editörler: Murat Balcı/Handan Oruç Ömeroğlu/Hüseyin Şık/Hüseyin Aydın/Destan Çakıroğlu/Alev Özeroğlu/Şölen Çakıroğlu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 78.

⁷⁶ Değirmenci, s. 38, 45; Aldemir, s. 314, 315 (Yazar, mahkemece bu hususta bir karar verilmeden basit muhakemenin uygulanmasına geçilemeyeceğini ifade etmektedir. Bk. Aldemir, s. 315.); Kızılarşlan, s. 1914 (Yazar, bu hâliyle basit muhakemenin ihtiyari bir karakter taşıdığını ifade etmektedir. Bk. Kızılarşlan, s. 1914.); Kezer, s. 105. Öğretide Kızılarşlan, asliye ceza mahkemesinin, basit muhakemenin uygulanmasına karar verirken, Cumhuriyet savcısının da görüşünün alınmasının uygun olacağını ifade etmektedir. Bu görüşünün gerekçesi olarak, Cumhuriyet savcılarının açtıkları davaları takiplerinin ve bu davalara katılımlarının engellenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bk. Kızılarşlan, s. 1948.

⁷⁷ 1982 Anayasası m. 141/3 - "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır".

⁷⁸ CMK m. 34/1 - "(1) Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır".

olarak vermesi gerekmektedir. Burada bir mesele teşkil edecek husus, mahkemenin, basit muhakemenin uygulanması yönündeki kararının gerekçesinin içeriğidir. Öğretide mahkemenin vicdani kanaatinin oluşması için ayrıca delil ikamesine ihtiyaç duyulmayan durumlarda basit muhakemenin uygulanması kararının verilebileceği ifade edilmiştir.⁷⁹ Bu koşul, basit muhakemenin uygulanmasındaki ceza miktarı koşulu ile ilgilidir. Şöyle ki, basit muhakeme, ancak adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilecektir. 5235 numaralı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 hükmüne göre,⁸⁰ bu tür suçlarda dava asliye ceza mahkemesinde görülecektir. Sonuç itibarıyla, basit muhakemeye, ancak asliye ceza mahkemesi tarafından hüküm kurulabilecek bir dava ile ilgili olarak ve bu mahkeme tarafından karar verilebilecektir.⁸¹

⁷⁹ Değirmenci, s. 45.

⁸⁰ 5235 numaralı Kanun m. 11 - “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır”. Aynı Kanun’un 12. maddesinde, ağır ceza mahkemesinin görevi ise şu şekilde belirtilmiştir: “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332’nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır”. Bu durumda, on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin davalar ağır ceza mahkemelerinde görüleceğine göre, on yıldan az, keza, basit muhakeme açısından bakıldığında, iki yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin davalar, asliye ceza mahkemesinde görülecektir.

⁸¹ Öğretide Karakehya/İnce Tunçer’e göre, kanuni düzenlemede açıkça asliye ceza mahkemesi zikredildiği için yargılanacak kişilerin niteliğinden kaynaklı olarak, normalde asliye ceza mahkemesinde görülecek olan ve basit muhakemenin uygulanmasının diğer koşullarını sağlayan bir uyumsuzluğu çözüme görevinin ilk derece mahkemesi olarak Yargıtay’ın ilgili ceza dairesine veya Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’ne verildiği hâllerde, bu mahkemelerin, basit muhakemenin uygulanmasına karar vermesi mümkün değildir. Bk. Karakehya/İnce Tunçer, s. 116.

2. İddianamenin Kabul Edilmiş Olması

CMK m. 251/1'e göre, asliye ceza mahkemesi tarafından basit muhakemenin uygulanmasına, iddianamenin kabulünden sonra karar verilebilecektir.⁸² Bu durumda, mahkemeye sunulan bir iddianamenin henüz değerlendirilmesi aşaması söz konusuysa basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyecektir. Öğretide bir görüşe göre, mahkemenin, basit muhakemenin uygulanması kararını, iddianamenin kabulü kararı ile birlikte vermesi mümkündür.⁸³ İddianamenin kabulü kararı bakımından farklı ihtimallerin söz konusu olduğunun belirtilmesi gerekir. İlk ihtimal, CMK m. 174'e göre, mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde bu kararın verilmesidir. İkinci ihtimal, CMK m. 174/3'e göre, bu süre içinde iade edilmeyen iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiş olmakla birlikte, yine de iddianamenin kabulüne yönelik ayrıca bir karar verilmesidir. Nitekim kovuşturma evresi, iddianamenin kabulü ile başlayacağı, keza, kamu davasının açılması, iddianamenin kabulü üzerine söz konusu olacağı için mahkeme tarafından, bu süre içerisinde kabul edilmeyen iddianame açısından dahi açıkça iddianamenin kabulü kararı verilmesi gerekir.⁸⁴ Üçüncü ihtimal, CMK m. 174 hükümlerine göre, iddianamenin iadesi müessesesi söz konusu olduktan sonra, koşullarının oluşması nedeniyle mahkeme tarafından iddianamenin kabulü kararı verilmesidir.

3. Suçun Soyut Cezasının Adli Para Cezası ve/veya Üst Sınırı İki Yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezası Olması

Basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilmesi için muhakemenin konusu, adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. 7188 numaralı Kanun ile CMK'ya dâhil edilen bir diğer muhakeme türü olan seri muhakemede, bu muhakemenin uygulanabileceği suçlar tek tek sayılmak

⁸² Değirmenci, s. 49; Aldemir, s. 315, 331; Kızıllarlan, s. 1947.

⁸³ Aldemir, s. 315; Değirmenci, s. 45.

⁸⁴ Mine Güliz Baykal, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 134; Burcu Ertem, Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 179, 180.

suretiyle belirtildiği hâlde, basit muhakemede yalnızca suçun kanuni tanımında gösterilen soyut ceza bakımından bir belirleme yapılmıştır.⁸⁵ Buna göre, suçun kanuni tanımında gösterilen soyut ceza, adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olmalıdır. Ve/veya şeklindeki bağlaç kullanımından hareket edildiğinde, basit muhakemenin uygulanmasına karar verilebilecek suçlar,

- yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlar,
- üst sınırı iki yıl veya daha az süreli olması koşuluyla yalnızca hapis cezasını gerektiren suçlar,
- adli para cezası ile üst sınırı iki yıl veya daha az süreli olması koşuluyla hapis cezasının seçenek olarak öngörüldüğü suçlar,
- adli para cezası ile üst sınırı iki yıl veya daha az süreli olması koşuluyla hapis cezasının birlikte öngörüldüğü suçlar olabilir.⁸⁶

Öğretide hapis cezasının üst sınırına ilişkin belirlemede, 5235 numaralı Kanun m. 14⁸⁷ hükmünün kıyasen uygulanması ve suçun daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin göz önüne alınmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁸ Aynı görüşe göre, eğer söz konusu hâller açısından bağımsız bir ceza öngörülmüşse basit muhakemenin uygulanabilip uygulanamayacağı belirlenirken artık bu ceza nazarı itibara alınmalıdır.⁸⁹ Kanaatimizce, nitelikli hâller açısından bağımsız bir cezanın öngörüldüğü hâllerin âdeti bağımsız bir suç vasfı varmış gibi düşünülmemeli, nitelikli hâller karşılığında bağımsız bir

⁸⁵ Kızıllarslan, s. 1913; Kezer, s. 74, 110; Çınar, s. 56; Değirmenci, s. 40, 43; Yılmaz/Apiş, s. 88.

⁸⁶ Aldemir, s. 303; Değirmenci, s. 43.

⁸⁷ 5235 numaralı Kanun m. 14 - "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur".

⁸⁸ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 247; Karakehya/İnce Tunçer, s. 118; Aldemir, s. 303; Değirmenci, s. 43. Öğretide Aldemir'in verdiği bir örneğe göre, hakaret suçu, TCK m. 125/1'e göre, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektirmektedir. TCK m. 125/4'e göre, hakaretin alenen işlenmesi hâlinde, bu ceza altıda biri oranında artırılacaktır. Mamafih, hakaret suçunun basit muhakeme kapsamında olması nedeniyle, daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâl olarak, TCK m. 125/4 dikkate alınmaksızın, suçun alenen işlenmesi hâlinin de basit muhakeme kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bk. Aldemir, s. 303.

⁸⁹ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 247; Karakehya/İnce Tunçer, s. 118; Değirmenci, s. 43.

cezanın öngörüldüğü hâllerde de nitelikli hâller karşılığında yapılacak artırımın oran olarak belirtildiği hâllerde de eğer hapis cezasının üst sınırı, basit muhakemenin kapsamı dışında kalıyorsa istisna niteliğindeki bir kurum olduğu için basit muhakeme uygulanmamalıdır.⁹⁰

4. Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı, Sağır ve Dilsizlik Hâllerinin veya Soruşturma veya Kovuşturma Yapılması İzne veya Talebe Bağlı Suçların Bulunmaması

CMK m. 251/7'ye göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri veya soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı suçlar bulunduğu takdirde, basit muhakemenin uygulanması mümkün değildir. Madde gerekçesinde, bu hâllerde, failerin özel durumları sebebiyle elde edilen delillerin duruşmada tartışılmasının ve taraf beyanlarının bizzat hâkim tarafından alınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Anlaşılabileceği üzere, bu hâllerde, çelişme ilkesine tam riayet edilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik ise delillerin mutlaka duruşmada tartışılması ve taraf beyanlarının sözlülük ilkesine uygun bir şekilde bizzat hâkim tarafından alınması şeklinde ikinci bir gerekliliği ortaya çıkarmaktadır. Böylelikle, kanun koyucu, çelişmeli muhakeme ilkesinin ve duruşmanın önemini, çelişme ilkesinin ise en yoğun bir şekilde duruşmada gerçekleşebileceğini kabul etmiş olmaktadır. Bu hususa, basit muhakemeye, muhakemenin adalet özelliği açısından yöneltilen eleştirilerde işaret edilmiştir.

5. Basit Muhakeme Kapsamında Olan Bir Suç ile Bu Kapsamda Olmayan Bir Suçun Birlikte Muhakemenin Konusunu Oluşturmaması

CMK m. 251/8'de, basit muhakemenin koşullarından biri de "*Basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz*" şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce, koşul, iddianamede, basit muhakeme kapsamında olan bir suç ile bu kapsamda olmayan bir suçun birlikte konu edilmiş olması şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, 1982 Anayasası m. 38/4'te, "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" şeklinde düzenlenmiş olan suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olacaktır.

⁹⁰ Yılmaz/Apış, s. 88, 89.

Çünkü bir kişinin bir suçu işlediği yönündeki ifade, ancak yürütülen ve yargı ile tamamlanan bir ceza muhakemesi sürecinden sonra kullanılabilir. Ceza muhakemesi süreci yargı ile tamamlanmadan, bu kapsama giren bir suç ile kapsama girmeyen başka bir suçun işlendiği hususunun tespiti mümkün değildir.⁹¹

Basit muhakemenin uygulanabilirlik alanına ilişkin incelemede değinildiği üzere, buradaki birlikteliğin kaynağı, basit muhakemenin uygulanması açısından önem arz etmemektedir. Daha açık ifadeyle, basit muhakeme kapsamında olan suç ile olmayan suçun aynı mağdura karşı işlenmiş olması dolayısıyla bir birliktelik söz konusu olabileceği gibi, aynı sanık tarafından işlenmiş olması dolayısıyla da bir birliktelik söz konusu olabilir.⁹²

Genel hükümlere göre yürütülecek bir muhakemede, bu iki suça ilişkin davanın ayrı ayrı görülmesi mümkün olduğu hâlde,⁹³ basit muhakeme açısından kanun koyucunun, bu kapsamda olan bir suç ile olmayan bir suç söz konusu olduğunda, artık basit muhakemenin uygulanamayacağını kabul etmiş olmasındaki sebebin tartışılması gerekmektedir. Öncelikle, madde gerekçesine bakıldığında, buna ilişkin bir ifadenin bulunmadığı görülmektedir. Kanaatimizce, burada iki sebebin varlığından bahsedilebilir. Birinci sebep, artık iki suçun söz konusu olması dolayısıyla dosyanın tek suça nazaran karmaşık bir hâle gel-

⁹¹ Centel/Zafer, s. 194, 195; Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 111; İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58, 2005, s. 71; Önder Tozman, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3 - 4, 2007, s. 315, 316.

⁹² Değirmenci, s. 44, 45; Uzlaştırma müessesesi açısından aynı meselede, birlikte işlemenin, yalnızca bileşik suç, aynı türden fikrî içtima ve farklı türden fikrî içtima ile sınırlı olduğu dolayısıyla dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüş için bk. Mustafa Ruhan Erdem/Ferda Eser/Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı, 3. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 60.

⁹³ Çünkü bağlantı sebebiyle davaların birleştirilmesi kaide olarak mecburi/zorunlu değil, bilakis ihtiyaridir. Diğer deyişle, mahkemenin, bağlantı sebebiyle davaların birleştirilmesi hususunda kaide olarak takdir yetkisi vardır. Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 226; Yenisey/Nuhoğlu, s. 152, 153; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 549. Buna karşılık, öğretide Kızıllarslan, CMK m. 251/8 hükmünün, ceza muhakemesinin işleyişi ve yapısı dikkate alındığında, kovuşturmanın bütünlüğü ilkesinin sağlanabilmesi için son derece doğru ve olağan bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Bk. Kızıllarslan, s. 1946. Belirtildiği gibi, böyle bir ilke söz konusu olsa bile, birlikte işlemeden bahsedilebilecek iki suça ilişkin dosyanın ayrı ayrı görülmesi de mümkündür.

diğinin, bu nedenle de uyuşmazlığın mutlaka genel hükümlere göre ve duruşma yapılarak çözülmesi gerektiğinin kabul edilmiş olmasıdır. Mamafih, bu sebepten kaynaklanan durum, yine dosyaların ayrı ayrı görülmesi suretiyle izale edilebilecektir. Yine bir dosyada yalnızca iki suçun bulunmasından hareketle, bu dosyanın karmaşık hâle geldiği söylenemeyecektir. İkinci sebep ise basit muhakemenin, özellikle muhakeme sonunda mahkemenin mahkûmiyet hükmü kurması hâlinde, sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacağı için sanık lehine bir müessese olduğunun düşünülmesi, bu nedenle, dosyada artık basit muhakeme kapsamında olmayan bir suçun bulunması nazarı itibara alınarak, sanık hakkında diğer suç açısından basit muhakemenin uygulanamayacağını kabul edilmiş olmasıdır. Bu durumda, basit muhakemenin, cezalandırma bakımından lehe sonuçlar doğuran bir müessese olduğu yani karma nitelikli bir müessese olduğu ileri sürülebilecektir. Bunun ise lehe uygulama açısından, keza adaletsizliklere sebep olma şeklinde sorunlara yol açacağı açıktır. Basit muhakeme kapsamında olan bir suç ile olmayan bir suçun birlikte muhakemenin konusunu oluşturması hâlinde, basit muhakemenin uygulanamamasında, 1/4 oranındaki indirim dolayısıyla yine adaletsizlikler ortaya çıkabilecektir. Şöyle ki, birlikte muhakemenin konusunu oluşturan ve basit muhakeme kapsamında olmayan suça ilişkin iddia, daha sonradan yeterli şüpheye ulaşılarak, bir iddianame ile ceza uyuşmazlığının konusu hâline gelebilir. Bu bağlamda, aynı iddianamede, işlendiği iddia edilen ve biri basit muhakeme kapsamında olup diğeri olmayan suç söz konusu olduğunda, basit muhakeme uygulanamayacak, mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılması da söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, aynı iddianamede, işlendiği iddia edilen ve yalnızca basit muhakeme kapsamında olan suç söz konusu olduğunda, basit muhakeme uygulanabilecek, mahkûmiyet hükmü kurulduğunda ise sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacaktır. Anlaşılacağı üzere, örneğin hüküm kurulup kesinleştikten sonra,⁹⁴ birlikte işlendiği iddia edilen ve basit muhakeme

⁹⁴ Burada, esas itibarıyla, bir ihtimal daha söz konusu olabilir. Şöyle ki, basit muhakeme kapsamında olan bir suç dolayısıyla basit muhakemenin uygulanmasına karar verilir. Henüz dosya üzerinden gerçekleştirilen yargılama devam ederken, basit muhakeme kapsamında olmayan bir suçun işlendiği iddiasını içeren bir iddianame, basit muhakeme kapsamındaki suç için yargılamayı yapan mahkemeye sunulur. İki suçun birlikte işlendiği iddia ediliyorsa mahkemenin, artık basit mu-

kapsamında olmayan bir suç söz konusu olursa birlikte işleme başta tespit edilemediği için indirim uygulanmış olacaktır. Netice itibarıyla, basit muhakeme kapsamında olan suç ile olmayan suçun birlikte işlendiğinin iddia edilmesi aynı iddianamede söz konusu olduğunda ve mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılmayacak; buna karşılık, aynı durum mahkûmiyet hükmü kurulmuş olduğunda, yani sonradan tespit edildiğinde, daha doğrusu sonradan ileri sürüldüğünde sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacaktır. Bunun ise bir adaletsizliğe yol açtığı açıktır. Kanaatimizce yukarıda da işaret edildiği gibi, 1/4 oranındaki indirime ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

6. Sanığın Kabulünün ve Talebinin Bir Koşul Olup Olmadığı Meselesi

Sanığın kabulü, basit muhakemenin uygulanmasında bir koşul olarak yer almamaktadır.⁹⁵ Keza, asliye ceza mahkemesi tarafından basit muhakemenin uygulanmasına, talep olmaksızın, re'sen karar verilebilecektir. Nitekim basit muhakemenin uygulanmasına karar verip vermemek hususunda, mahkeme, takdir yetkisini haizdir.⁹⁶ Bununla birlikte, tarafların basit muhakemenin uygulanmasına karar verilme-

hakemeye devam edip edemeyeceği tartışılması gereken ayrı bir meseleyi ortaya çıkaracaktır. Kanaatimizce basit muhakemenin uygulanabilirlik alanına ilişkin açıklamalarda belirtildiği gibi, madem bu durum tespit edilmiştir, daha doğrusu, buna yönelik bir iddia vardır, artık muhakemenin genel hükümlere göre devam ettirilmesine karar verilmesi gerekir. Mamafih, anlaşılacağı üzere, burada da 1/4 oranındaki indirim dolayısıyla adaletsizlik ortaya çıkabilecektir. Daha açık ifadeyle, bu durum, hüküm verilinceye kadar iddia edilmese, mahkûmiyet hükmü kurulduğunda sonuç cezadan 1/4 oranında indirim yapılacakken, hüküm verilinceye kadar iddia edilirse indirim yapılamayacaktır.

⁹⁵ Değirmenci, s. 38; Yaşar, s. 2468; Aksi yönde bk. Kezer, s. 93. Yazar, tarafların basit muhakemeyi kabul etme zorunluluklarının bulunmadığını, iki taraftan birinin istememesi hâlinde basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyeceği ifade etmektedir. Bk. Kezer, s. 93. Hâlbuki mahkemenin, basit muhakemenin uygulanması yönündeki kararına sanık karşı çıkamamakta, zaten bu hususta, sanığın kabulü bir koşul olarak aranmamakta, sanık, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen karara karşı yani ancak daha sonra ve bu karara karşı gelebilmektedir. Aynı yönde bk. Değirmenci, s. 38. Bu bağlamda, mahkemenin, basit muhakemenin uygulanması kararı verebilmesi için tarafların görüşünün alınması ve bu yönde bir düzenleme yapılması gerektiği görüşü için bk. Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 973.

⁹⁶ Yurtcan, s. 723; Değirmenci, s. 38, 45; Aldemir, s. 314, 315; Kızıllarlan, s. 1914; Kezer, s. 105.

sini talep etmeleri hâlinde mahkemenin bu talep hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermesi gerekmektedir. Bu noktada öğretide sanığın ve/veya sanıkla mağdurun mahkemeye birlikte başvurmaları hâlinde mahkemenin mecburi olarak basit muhakemenin uygulanmasına karar vermesinin sağlanması yönünde kanuni değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁷

V. BASİT MUHAKEMENİN UYGULANMASI KARARINDAN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER

1. Mahkemece Yapılacak İşlemler

Bu başlık altında, basit muhakemenin uygulanması kararından sonra mahkemece yapılacak işlemler ele alınacaktır.

a) Tensip Zaptının Hazırlanması

Asliye ceza mahkemesi, basit muhakemenin uygulanması kararından sonra, iddianamenin sanığa, mağdura ve şikâyetçiye tebliğ edilmesine ve toplanması gereken belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilmesine ilişkin yazışmaları içeren ara karar verecek, bu ara karar için de tensip zaptı hazırlayacaktır.⁹⁸

b) İddianamenin Sanığa, Mağdura ve Şikâyetçiye Tebliği

Basit muhakemenin uygulanması kararından sonra, iddianame, sanığa, mağdura ve şikâyetçiye tebliğ edilecektir. Tebligatta, beyan ve savunmalarının on beş gün içinde yazılı olarak bildirilmesi, duruşma yapılmaksızın da hüküm verilebileceği hususuna ilişkin şerh yer olacaktır.

c) Delillerin Toplanması

CMK m. 251/2'ye göre, mahkeme, gerekli görmesi hâlinde, toplanması gereken belgeleri, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edecektir. Esas itibarıyla, toplanması gereken belgeler varsa bunların elde edilmesi hususu, Cumhuriyet savcısı tarafından ve soruşturma evre-

⁹⁷ Kezer, s. 126.

⁹⁸ Aldemir, s. 317; Değirmenci, s. 45; Kızıllar, s. 1947; Kezer, s. 81, 82.

sinde gerçekleştirilecektir. Belgelerde eksiklik olması yani dosyanın tekemmül etmemiş olması hâlinde, mahkemenin, maddi gerçeğe ulaşılması ilkesi dolayısıyla sahip olduğu re'sen delil elde etme yetkisini kullanarak bu eksikliği gidereceği izahtan varestedir. Bu nedenle, hükümde bu işlemin yapılacağına ayrıca ifade edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır.

Mahkeme tarafından yapılacak bu işlemin, kolluktan yazı ile sanığın sosyal ve ekonomik durumunun tespitini isteme veya sağlık kuruluşundan adli rapor talep etme şeklinde olabileceği ifade edilmiştir.⁹⁹ Mamafih, kurum ve kuruluş ibaresinin kullanılmış olması nedeniyle özel bilirkişilerden bilirkişi raporu düzenlenmesinin istenmesi mümkün değildir. Böyle bir eksiklik söz konusu ise yukarıda işaret edildiği gibi, hâkimin re'sen delil elde etme yetkisi çerçevesinde bunun giderilmesi mümkündür.

Önemle belirtilmelidir ki, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilecek belgelerin, sanığa/mağdura tebliğ edileceğine ilişkin bir hüküm, basit muhakemeyi düzenleyen hükümlerde yer almamaktadır. Bu durumda, örneğin, sanığın, alınan bir adli raporu bilmesi ve ona karşı savunmalarını serdedebilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun ise savunma hakkına aykırılık teşkil ettiği açıktır. Olması gereken, eğer iddianamenin tebliğinden sonra elde edilen deliller varsa sanığın/mağdurun, bunlardan da haberdar olmasının sağlanmasıdır.

ç) Hükümün Kurulması

Mahkemece, dosya üzerinden inceleme yapıldıktan sonra, CMK m. 223/1'deki hüküm türlerinden biri ile hüküm kurulacaktır. Mahkemenin, mahkûmiyet hükmü kurması söz konusu olacak ise basit muhakemede, buna ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Şöyle ki, mahkeme, TCK m. 61 hükmünün tümünü nazarı itibara alarak cezayı belirleyecektir.¹⁰⁰ Yine TCK m. 62'ye göre takdiri nedenler

⁹⁹ Aldemir, s. 319.

¹⁰⁰ Hâlbuki seri muhakemede, TCK m. 61'in yalnızca ilk fıkrasına göre bir ceza belirlenmesi söz konusudur. CMK m. 250/4 - "(4) Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımını belirler".

dolayısıyla cezada indirim yapılacaksa bu da yapılarak sonuç ceza belirlenecektir.¹⁰¹ Daha sonra ise belirlenen sonuç ceza üzerinden, CMK m. 251/3'ün son cümlesine binaen, 1/4 oranında indirim yapılacaktır. Mahkemenin bu indirim bakımından takdir yetkisi bulunmamaktadır; diğer deyişle, mahkemenin mezkûr indirimi yapması mecburidir.¹⁰² Burada tartışılması gereken bir mesele de mahsup hükümlerinin uygulanması gerektiği hâllerde hükmün nasıl kurulacağıdır. Mahsup, cezanın, ceza infaz kurumunda çektirilmesi ile ilgili bir müessese olduğu için kanaatimizce öncelikle CMK m. 251/3'e göre sonuç ceza 1/4 oranında indirilecek, daha sonra ise mahsup hükümleri uygulanacaktır.¹⁰³

Mahkeme, basit muhakeme sonucunda mahkûmiyet hükmü kurduğu takdirde, hükmün içeriğini oluşturan ceza için kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya hapis cezasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinden birinin uygulanmasına karar vermesi mümkündür. Basit muhakeme sonucunda mahkûmiyet hükmü kurulduğu takdirde, bu müesseselerin uygulanması açısından tartışılması gereken üç husus bulunmaktadır. İlk olarak, Yargıtay kararlarında mezkûr müesseseler arasında, bunların uygulanması bakımından bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunduğu ifade edilmiştir. Buna göre, öncelikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve hapis cezasının ertelenmesi müesseselerinin uygulanması denenecek, uygulanamamışsa; ancak bunlardan sonra kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilebilecektir.¹⁰⁴ İkinci olarak, bu müesseselerin objektif koşullarından

¹⁰¹ TCK m. 61/5 - "(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla ... ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir". Aksi yönde görüş için bk. Karakehya/İnce Tunçer, s. 151.

¹⁰² Aldemir, s. 322, 332.

¹⁰³ Öğretide Kızıllarslan'ın, "Hâkim mahkûmiyet hükmünü kurarken, temel ceza ve yaptırım türlerini belirledikten sonra, 1/4 oranında indirim yapmak suretiyle nihai cezayı belirleyecektir. Bu belirlediği nihai cezaya, kanundan doğan sonuçları ve tüm lehe hükümleri ayrıca uygulayacaktır" ifadesiyle, aynı görüşte olduğu ileri sürülebilir. Bk. Kızıllarslan, s. 1950, 1951.

¹⁰⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.09.2012 tarihli, Esas: 2012/9-7, Karar: 2012/1783 numaralı karar, "Sanık hakkında sonuç cezanın tayininden sonra hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya adli para cezası olması hâlinde, öncelikle yasal bir zorunluluk olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin 5-14. fıkralarında düzenlenmiş bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı değerlendirilecek, olumsuz sonuca ulaşıldığı takdirde, cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin 5237 sayılı Kanun'un 50 ve 51. maddeleri yönünden bir değerlendirme yapılabilecektir ..."; Yargıtay 12. Ceza Dairesi,

olan cezanın miktarının belirlenmesinde, CMK m. 251/3'e göre uygulanacak olan 1/4 oranındaki indirim yapılmadan önceki mi yoksa 1/4 oranındaki indirimden sonraki miktarın mı dikkate alınacağı belirlenmelidir. Kanaatimizce, TCK m. 49/2'de *hükmedilen*,¹⁰⁵ yine TCK m. 51/1'de *mahkûm edilen*,¹⁰⁶ CMK m. 231/5'te ise *hükmolunan*¹⁰⁷ tabiri yer aldığı için bu müesseseler için ceza miktarı koşulu belirlenirken, 1/4 oranındaki indirim yapılmadan önceki miktar dikkate alınmalıdır. Üçüncü olarak, bu müesseselerin sübjektif koşulu niteliğinde olan, örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasındaki mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, basit muhakemede bir duruşma söz konusu olmadığı için tespit edilemeyecektir. Keza, hapis cezasının ertelenmesinde, benzer bir koşul olarak, sanığın, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, basit muhakemede, bu şekilde bir yargılama süreci olmadığı için tespit edilemeyecektir. Hakeza, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma veya tedbirlere çevrilebilmesi için sanığın, duruşma/yargılama sürecindeki tutum ve davranışları nedeniyle mahkemede tekrar suç işlemeyeceği kanaatinin oluşması, basit muhakemede, bir duruşma veya yargılama süreci söz konusu olmadığı için tespit edilemeyecektir. Hâliyle bu durum da basit muhakeme açısından bir mesele teşkil etmektedir.¹⁰⁸

05.03.2012 tarihli, Esas: 2012/8513, Karar: 2012/6140 numaralı karar, "03.10.2006 tarihli oturumda emekli ve aylık geliri 650 TL olduğu tespit edilen sanık hakkında hapis cezasını erteleme için lehe olduğu gözetilmeden, hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilerek karar verilmesi ..." naklen, M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 857, dn. 111; Aynı yönde bk. Değirmenci, s. 46.

¹⁰⁵ TCK m. 49/2 - "(2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır."; TCK m. 50/1 - "(1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; ... çevrilebilir".

¹⁰⁶ TCK m. 51/1 - "(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. ...".

¹⁰⁷ CMK m. 231/5 - "(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. ...".

¹⁰⁸ Aynı yönde bk. Çınar, s. 64; Öztekin, "Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü".

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanabilmesi için bir koşul olarak, CMK m. 231/6'ya göre, sanığın, müessesenin uygulanmasını kabul etmesi gerekmektedir. Buna karşılık, basit muhakemede, bu koşul, CMK m. 231/6'da, sanık tarafından müessesenin uygulanmasına yazılı olarak karşı çıkılmaması şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰⁹ Bu durumda, örneğin, beraat edeceğini düşünen; fakat yine de mahkemenin kanaatini bilemeyeceği için müessesenin uygulanması açısından herhangi bir açıklamada bulunmayan sanık hakkında da buna karşı çıkmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.¹¹⁰ Belirtmelidir ki, yalnızca karşı çıkmadığı için mahkemenin, hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar verebilmesinin, sanığın, beraat etme hakkına aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilir. Çünkü genel hükümlere göre müessesenin uygulanmasında, sanık, bunu kabul etmediğinde hüküm açıklanmakta ve dolayısıyla hüküm, istinaf kanun yoluna götürülebilmektedir. Hâlbuki müessesenin uygulanmasına karar verildiğinde, bu karara karşı yalnızca itiraz kanun yoluna gidilebilmektedir. Öğretide aksi görüşler olsa da Yargıtay'ın, itiraz kanun yolunda sübut açısından bir inceleme yapılmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, yalnızca müessesenin koşulları yönünden incelenebileceği şeklinde kararları bulunmaktadır.¹¹¹ Basit muhakeme açısından bu sorun bir ölçüde giderilmiştir. Şöyle ki, sanık, basit muhakeme sonucunda verilen karara karşı geldiğinde, mahkeme, genel hükümlere göre duruşma açmak suretiyle muhakemeyi yürütecektir. Bu durumda, artık tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecekse CMK m. 231/6'ya göre, sanığın açık kabulü olmadan bu mümkün olmamalıdır.

¹⁰⁹ Öğretide Değirmenci'ye göre, böylelikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanma koşulları, basit muhakeme açısından, kanun koyucu tarafından değişikliğe uğratılmış olarak yorumlanmalıdır. Bk. Değirmenci, s. 46.

¹¹⁰ Nitekim öğretide Kızılarşlan, bu hüküm dolayısıyla kanun koyucunun yaklaşımı açısından, basit muhakeme neticesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin asıl olduğu sonucuna ulaşıldığını ifade etmektedir. Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesi için sanığın buna yazılı olarak karşı çıkması gerekmektedir. Bk. Kızılarşlan, s. 1951; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 973. Bu hususta bir eleştiri için bk. Çınar, s. 59.

¹¹¹ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku - II -, 10. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 192, 193, 194, s. 193'te dn. 310.

Basit muhakemede, genel hükümlere göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde olduğu gibi, müessesenin uygulanmasının koşulu olarak sanığın kabulünün aranmasının geçerli olması gerektiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, bu muhakemenin kendine özgü niteliği gereği, bu koşulun aranması mümkün değildir. Çünkü basit muhakemede, sanık, mahkemenin kanaatinin ne yönde oluştuğunu bilmemektedir. İyileştirme açısından mahkemenin, mahkûmiyet hükmü kurma kanaatinde olduğu hâlde, bunu sanığa tekrar bildirmesi ve böylelikle, müessesenin uygulanması açısından onun kabulünün aranması şeklinde bir düzenleme yapılabilir.¹¹² Mafih, kanaatimizce, hükme karşı gelindiğinde, mahkeme tarafından tekrar ve artık duruşmalı olarak inceleme yapılacağı için mesele çözülmüş olacaktır.

CMK m. 251/5'e göre, mahkeme, basit muhakemenin uygulanması sonucunda kurduğu hükümde, buna karşı itiraz usulü ile itirazın sonuçlarını belirtecektir. Belirtilmelidir ki, burada yine isabetli olmayan bir şekilde usul kelimesi kullanılmıştır. Ayrıca hükme karşı bir kanun yolu olarak itiraz da söz konusu değildir. Buna ilişkin aşağıda ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

d) Mahkemenin Genel Hükümler Uyarınca Muhakemeyi Devam Ettirmesi

CMK m. 251/6'ya göre, “(6) Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca hüküm verinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir”. Kanaatimizce, hükümde, her ne kadar, mahkemenin bu hususta takdir yetkisini haiz olduğu¹¹³ anlamı, edilebilir şeklinde yüklemden hareketle, söz konusu olsa da¹¹⁴ gerekli görülmesi hâlinde muhakemenin duruşmalı olarak ve genel hükümlere göre devam ettirilmesi zorunludur. Nitekim basit muhakemenin kendisine benzetildiği sulh ceza hâkiminin ceza karar-

¹¹² Öztekin, “Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”.

¹¹³ Mahkemenin buna herhangi bir talep olmaksızın re'sen duruşma açmak suretiyle karar vermesi mümkündür. Bk. Aldemir, s. 323; Değirmenci, s. 46. Bu noktada, basit muhakemenin uygulanmasına bir kez karar verildikten sonra, sanığın, artık genel hükümlere göre bir muhakeme yürütülmesini talep etmesi mümkün değildir. Çünkü CMK m. 252/1 ve m. 252/2 ile bu imkân, sanığa, ancak basit muhakemenin uygulanmasından sonra verilecek hükme karşı gelme şeklinde tanınmıştır.

¹¹⁴ Nitekim bu yöndeki bir görüş için bk. Kezer, s. 102.

namesi ile ceza tayininde aynı durumda duruşma açılması, mahkemenin takdir yetkisini haiz olduğu anlamı çıkmayacak şekilde, bilakis mahkemenin, bu durumda mecburi olarak duruşma günü belirleyeceği şeklinde düzenlenmişti.¹¹⁵ Keza, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 408/3'te, hâkimin, duruşmasız karar vermeyi sakıncalı görmesi veya ceza kararnamesi verilmesi talebindeki hukuki nitelendirmeden farklı veya talep edilen yaptırımdan farklı bir karar vermek istemesi; ama Savcılığın talebinde direnmesi hâlinde, ceza kararnamesi ile karar verilemeyeceği ve duruşma açılacağı, hâkimin, bu hususta takdir yetkisini haiz olduğu anlamı çıkacak şekilde değil, bilakis mahkemenin, buna mecbur olduğu şeklinde ifade edilmiştir.¹¹⁶

Asliye ceza mahkemesinin, CMK m. 251/6 hükmü açısından takdir yetkisini kullanırken, ona yol gösterebilecek hususlar, sanığa isnat olunan suçun karmaşık olarak nitelendirilmiş olması, delillerin şüpheli giderecek güçte olmaması şeklinde ifade edilebilir.¹¹⁷

VI. BASİT MUHAKEMENİN UYGULANMASI ÜZERİNE VERİLEN HÜKME KARŞI GELME

CMK m. 252/1'de, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen hükümlere karşı itiraz edilebileceği ve süresi içinde itiraz edilmeyen hükümlerin kesinleşeceği hükmü bulunmaktadır.¹¹⁸ Madde gerek-

¹¹⁵ Yaşar, s. 2475. Mülga 1412 numaralı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun bu hususu düzenleyen 387. maddesinin başlığı, Duruşma yapılmamasının mahzurlu görülmesiydi. Madde hükmü ise "Sulh hâkimi evvel emirde duruşma yapmaksızın ceza tertibini mahzurlu görürse işin duruşması için bir gün tayin eder" şeklindeydi. Yüklemeden hareket edildiğinde, mahkemenin, bu hususta takdir yetkisini haiz olmadığı, bilakis duruşma günü tayin etmeye mecbur olduğu anlaşılmaktadır.

¹¹⁶ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 408/3 - "(3) Ceza kararnamesi verilmesinde sakınca yoksa, hâkim savcılığın talebine uyar. Hâkim eğer duruşmasız karar vermeyi sakıncalı görüyorsa veya ceza kararnamesi verilmesi talebindeki hukuki nitelendirmeden ayrılmak veya talep edilenden başka bir müeyyide belirlemek ister, ana Savcılık talebinde direnirse, ceza kararnamesi ile karar vermez ve duruşma açar. ...". Madde hükmü için bk. Yenisey/Oktar, s. 458.

¹¹⁷ Yaşar, s. 2475; Öğretide Şahin/Göktürk, örneğin, mahkemenin, tarafların yazılı olarak sundukları beyan ve savunmaların veya talep üzerine kurum ve kuruluşlardan gelen belgelerin oluşturduğu izlenim dolayısıyla muhakemeye genel hükümlere göre devam edebileceğini ifade etmektedir. Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku - II -, s. 210; Çınar, s. 57.

¹¹⁸ CMK m. 252/1 - "(1) 251'inci madde uyarınca verilen hükümlere karşı itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen hükümler kesinleşir"; 1412 numaralı Kanun

çesinde ise “basit yargılama usulü uygulanmak suretiyle verilen kararların itiraza tabi kararlardan olduğu ve süresi içinde itiraz edilmeyen kararların da kesinleşeceği düzenlenmektedir.” ifadeleri yer almaktadır¹¹⁹. Anlaşılabileceği üzere, mahkemenin, basit muhakemenin uygulanmasına karar vermesi için sanığın kabulü bir koşul olmadığı hâlde, sanık, daha sonradan basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen karara karşı gelebilmektedir.¹²⁰

Öncelikle ifade edilmelidir ki, m. 252’nin başlığında, her ne kadar, basit yargılama usulünde itiraz şeklinde “itiraz” tabiri kullanılmış olsa ve madde gerekçesinde, her ne kadar, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen kararların itiraza tabi kararlardan olduğu belirtilmiş olsa da burada itiraz kanun yolu bulunmamaktadır.¹²¹ Çünkü, itiraz kanun yolu, son kararlara yani hükümlere karşı başvurulabilen bir kanun yolu değildir.¹²² Hâlbuki burada, karşı gelme üzerine uyuşmaz-

m. 389 - “Muayyen müddeti içinde aleyhine itiraz olunmayan ceza kararnameleri kat’ileşir”; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 410/3 - “(3) Ceza kararnamesine süresi içinde muhalefet etmediği takdirde, kesin hüküm niteliği kazanır”. Bk. Yenisey/Oktar, s. 461.

¹¹⁹ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188>, Erişim Tarihi: 05.06.2020.

¹²⁰ Değirmenci, s. 38; Yaşar, s. 2468; Aksi yönde bk. Kezer, s. 93.

¹²¹ Kunter, s. 1009, 1010, kn. 510; Taner, s. 365 (Buradaki itiraz, bir kanun yolu değildir demektir.); Erem, s. 568, kn. 324; Erdem/Şentürk, s. 577, dn. 11; Farklı bir mesele ile ilgili olarak serdedilmiş olsa da aynı yönde görüş için bk. Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü İkinci Kitap Muhakeme Usulü, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1946, s. 44, dn. 27; Uğur Ersoy, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, 2020, s. 869, 870. Burada, itiraz kanun yolunun kabul edildiği ifadesiyle aksi yönde görüş için bk. Değirmenci, s. 47, 49.

Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından buradaki karşı gelme madem itiraz olarak adlandırılmış ve itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulmuştur; o hâlde, CMK m. 252’de açıkça belirtilen hususlar haricinde, itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemeler kıyas yoluyla CMK m. 252’deki karşı gelme açısından, örneğin karşı gelmenin süresinin belirlenmesinde, uygulanabilecektir. Bk. Öztekin, “Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”. Aksi yönde görüş için bk. Ersoy, s. 871.

¹²² Kunter, s. 1031, 1032, kn. 515. Bir an için CMK m. 268/2’deki “(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; ...” hükmü dolayısıyla itiraz üzerine mahkemenin incelemeyi öncelikle kendisinin yaptığı, basit muhakemede de aynı durum söz konusu olduğu için burada da itiraz kanun yolunun bulunduğu düşünülse de itiraz kanun yolunun, son kararlara yani hükümlere karşı başvurulabilen bir kanun yolu olmadığı unutulmamalıdır. Netice itibarıyla, basit muhakeme üzerine verilen hükme karşı gelme, itiraz kanun yolu olmadığı gibi, bir kanun yolu da değildir. İtiraz kanun yolunun, son kararlara

lığı inceleyen, hükmü veren mahkemenin yine kendisi olduğu gibi,¹²³ bir ara karara değil, bir son karara yani hüküm türüne karşı gelme söz konusudur. Sonuç itibarıyla, itiraz, bir kanun yolu olma anlamı haricinde, kararlara karşı başvurulmuş tüm hukuki çareleri ifade etmek noktasında bir kez daha kullanılmış olmaktadır. Kanaatimizce, burada, karşı gelme veya başvuru tabirinin kullanılması gerekmektedir.¹²⁴

Basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen karara karşı gelmede, kararın içeriğini oluşturan yaptırım bakımından herhangi bir sınırlama yoktur. Daha açık ifadeyle, sanığın veya diğer yetkililerin, mahkûmiyet hükmü haricinde bir hüküm verildiğinde buna karşı gelmeleri mümkün olduğu gibi, mahkûmiyet hükmünün içeriğini oluşturan yaptırım ne olursa olsun buna karşı gelmeleri de mümkündür. Keza, bir hüküm olmamakla birlikte, basit muhakemenin uygulanması sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı gelinmesi de mümkündür.¹²⁵ Buna karşılık, mülga 1412 numaralı Kanun'daki sulh ceza hâkiminin ceza kararına karşı

yani hükümlere karşı başvurulabilen bir kanun yolu olmadığı bilgisi için bk. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Willemin/Tok, s. 692, 693; Ünver/Hakeri, s. 750; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 34, 91.

¹²³ Genel hükümlere göre muhakemeye devam edildiğinde yargılamayı gerçekleştirecek mahkemenin aynı mahkeme olması, tarafsızlık açısından mesele teşkil edecek niteliktedir. Çünkü burada hâkimin ihsası reyde bulunmuş olması söz konusudur. Bu nedenle, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen karara karşı geldiğinde, tekrar yargılama gerçekleştirecek mahkemenin, basit muhakemenin uygulanması kararı veren asliye ceza mahkemesinden başka bir asliye ceza mahkemesi olması gerekir. Kezer, s. 127, 128; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 974 (Öğretide Özen, düzenlemenin bu hâliyle, kanun yollarına ilişkin genel ilkelere biri olan aktarma ilkesi ile bağdaşmadığını ve bu hâli ile karşı gelmenin etkili bir sonuç doğurmasının beklenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 974.); Öztekin, "Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü".

¹²⁴ Karakehya, s. 638, 639; Ersoy, s. 870; Sulh ceza hâkiminin ceza kararına karşı ilgili aynı eleştiri için bk. Kantar, s. 45, dn. 27; Kunter, s. 1031, 1032, dn. 67. "Sistemsizlik yüzünden itiraz, hukukumuzda çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. ... Ceza Muhakemesi Kanunumuz da itirazı her zaman kanun yolu anlamına yani Beschwerde karşılığı kullanılmamıştır. Meselâ ceza kararına karşı yapılan itiraz, kabul etmeme, bir diğer söyleyişle karşı gelme anlamındadır ...". İfadeler için bk. Kunter, s. 1031, 1032, dn. 67; Buradaki itiraz tabirinin teknik anlamda bir itiraz olmadığı, basit muhakemenin uygulanması sonucunda verilen karara karşı çıkma olduğu yönünde bk. Kezer, s. 86, 87.

¹²⁵ Aldemir, s. 329, 330.

gelmede, hükmedilen yaptırım türüne göre yapılacak işlemler arasında farklılık vardı. Şöyle ki, 1412 numaralı Kanun m. 390/1'e göre, ceza kararnamesi ile hafif hapis cezasına hükmedildiğinde itiraz üzerine duruşma yapılacak, m. 390/3'e göre, ceza kararnamesi ile hafif veya ağır para cezasına veya muayyen bir meslek veya sanatın tatiline veya müsadereye yahut bunların birkaçına veya hepsine hükmedilmişse itiraz üzerine asliye mahkemesi başkanı veya hâkimi tarafından itiraz incelenecekti.¹²⁶

Karara karşı gelme üzerine, mahkemece duruşma yapılmasına ve genel hükümlere göre muhakemenin tamamlanmasına karar verilecektir. CMK m. 252/2'ye göre, taraflar gelmese bile duruşma yapılacak ve yokluklarında CMK m. 223/1'deki hüküm türlerinden biri ile hüküm kurulabilecektir. Bu hususun, taraflara gönderilecek davetiyede yazılacağı belirtilmiştir. Böylelikle, muhakemenin genel hükümlere göre tamamlanacağı belirtildiği hâlde, CMK m. 193/1'de düzenlenmiş olan ve bir kaide olan sanığın, duruşmada hazır bulunmasına bir istisna daha eklenmiştir.¹²⁷ Hakikaten mezkûr kaideye göre, kanunun ayrıktığı hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmayacaktır. Buna karşılık, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen hükme karşı gelme sonrasında açılan duruşmada, *taraflar gelmese bile* ifadesinden hareketle, sanığın hazır bulunmasının koşul olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Hükümün mefhumu muhalifinden hareket edildiğinde, sanık, duruşmada hazır bulunursa mahkemenin artık sanığı dinlemesi gerekir.¹²⁸ Hük-

¹²⁶ Değirmenci, s. 40, 41. Öğretide Değirmenci, ceza kararnamesi ile hafif veya ağır para cezasına veya muayyen bir meslek veya sanatın tatiline veya müsadereye yahut bunların birkaçına veya hepsine hükmedilmişse itiraz üzerine asliye mahkemesi başkanı veya hâkimi tarafından duruşma açmaksızın, evrak üzerinde inceleme yapılarak itiraz hakkında karar verilmesine ilişkin düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma ve savunma hakkına aykırı bulunarak iptal edildiğini; ancak iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce, CMK yürürlüğe girdiği için kanun koyucunun ayrı bir düzenleme yapmadığını ifade etmektedir. Bk. Değirmenci, s. 40, 41.

¹²⁷ Değirmenci, s. 46; Çınar, s. 64.

¹²⁸ Kezer, s. 101. Öğretide Kezer, fazla olarak, dosya hakkında karar verilebilmesi, sanığın savunmasına bağlıysa bu takdirde, mahkemenin, sanığın zorla duruşmada hazır edilmesini isteyebileceğini ifade etmektedir. Bk. Kezer, s. 101; Aynı yönde bk. Yaşar, s. 2481. Kanaatimizce, CMK m. 252/2'de, taraflar gelmese bile yokluklarında hüküm kurulabileceği ifadesi yer aldığı, yani bu hususta yüklemden hareket edildiğinde, mahkemeye takdir yetkisi verildiği nazarı itibara alındığında, bu görüş isabetlidir.

me karşı gelme üzerine duruşma açılacak olmasına rağmen, duruşma hazırlığı işlemleri de yapılmayacaktır. Duruşma hazırlığı cümlesinden sayılabilecek tek işlem, duruşma gününü ve saatini içeren davetiyenin taraflara tebliğ edilecek olmasıdır. Madde gerekçesinde, aynı hususa, “Ancak, itiraz üzerine genel hükümlere göre duruşma açıldığında taraflara çıkarılacak davetiyede, duruşmaya katılmamaları hâlinde yargılamaya devam olunarak yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm kurulabileceği hususu yazılacaktır.” ifadeleriyle işaret edilmiştir. Hükümde yalnızca CMK m. 223/1’deki hüküm türlerinden birinin kurulabileceği ifadesi yer almakla birlikte, kanaatimizce, koşulları varsa yine hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi veya kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi müesseselerinden birinin uygulanmasına karar verilebileceği izahatın varestedir. Duruşmadan önce karşı gelmeden vazgeçilmesi hâlinde, duruşma yapılmayacak ve karşı gelmede bulunulmamış sayılacaktır. Bu durumda, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen hükmün kesinleşmesi söz konusu olacaktır.

Mahkeme, karşı gelme üzerine karar verirken, daha önce basit muhakemenin uygulanması üzerine verdiği hüküm ve kararlarla bağlı değildir.¹²⁹ Bununla birlikte, karşı gelmenin, sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde, CMK m. 251/3’te belirtilen 1/4’lük indirim oranı korunacaktır.¹³⁰ Öğretide bir görüşe göre, kanun yollarında geçerli olan aleyhe değiştirme yasağı, buradaki karşı gelme açısından da kabul edilmiştir.¹³¹ Karşı gelmenin, sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde, 1/4’lük indirim oranının korunacağı ifade edildiğine göre, karşı gelmenin sanık tarafından yapıldığı hâllerde, bu indirim oranı evleviyetle korunacaktır.¹³² Yine karşı gelmenin sanık

¹²⁹ 1412 numaralı Kanun m. 390/2’de ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, aynı yönde bir düzenleme yer almaktadır. 1412 numaralı Kanun m. 390/2 - “... Hâkim, itiraz üzerine vereceği hükümden evvelki karar ile bağlı değildir”; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 411/4 - “(4) Muhalefetin kapsamı içinde kaldığı oranda, mahkeme hüküm verirken, ceza kararnamesindeki karar ile bağlı değildir”.

¹³⁰ Değirmenci, s. 49; Kezer, s. 93; Aldemir, s. 329.

¹³¹ Yurtcan, s. 725; Değirmenci, s. 48.

¹³² Aynı yönde görüş için bk. Yurtcan, s. 725. Aksi yönde görüş için bk. Aldemir, s. 328, 333; Değirmenci, s. 48. Belirtilmelidir ki, aksi takdirde, sanık, onun hakkındaki ¼’lük indirim dolayısıyla hükme karşı gelmemesi, buna rıza göstermesi noktasında âdeta icbar edilmiş olacaktır. Bk. Centel/Zafer, s. 1029; Ersoy, s. 875.

ile birlikte sanık dışındaki kişiler tarafından da yapıldığı hâllerde, bu indirim oranının korunması söz konusu olacağı gibi, sanık dışındaki kişilerin sanık lehine veya aleyhine karşı gelmelerine bakılmaksızın da bu indirim oranı korunacaktır. Burada mesele teşkil eden bir ifade de indirimin korunmasıdır. Meselenin çözülmesi hususunda, esas itibarıyla, iki görüş ileri sürülebilir. Bir görüşe göre, indirimin korunmasından kasıt, yeniden mahkûmiyet hükmü kurulmuşsa bundan 1/4 oranında indirim yapılmasıdır. Diğer görüşe göre, daha önce kurulan mahkûmiyet hükmünden, 1/4 oranındaki indirim ile elde edilen ceza miktarı, yeniden kurulan mahkûmiyet hükmünden indirilecektir. Kanaatimizce, hükmün lafzında, CMK m. 251/3 uyarınca yapılan indirimin korunması belirtildiğine göre, yeniden kurulan mahkûmiyet hükmünden, 1/4 oranında indirim yapılacaktır.¹³³ Diğer deyişle, daha önce kurulan mahkûmiyet hükmünden, 1/4 oranında indirim yapılarak elde edilen ceza miktarı, yeniden kurulan mahkûmiyet hükmünden indirilmeyecektir.

CMK m. 252’de, basit muhakemenin uygulanması üzerine verilen hükme karşı gelme, itiraz kanun yolu olmamakla birlikte, kanun koyucu, kanun yollarında geçerli olan bazı hâlleri bu karşı gelme açısından kabul etmiştir. Buna göre, re’sen istinaf incelemesi ile birlikte, davasız muhakeme olmaz ilkesinin istisnası oluşturan, hükmün, sanık lehine bozulmasının diğer sanıklara sirayeti,¹³⁴ bu karşı gelme açısından da geçerlidir.¹³⁵ CMK m. 252/3’teki ifadesi ile karşı gelme üzerine verilen hükmün sanık lehine olması hâlinde, bu hususların karşı gelmede bulunmamış olan diğer sanıklara uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da karşı gelmede bulunmuş gibi karşı gelme sonucunda verilen kararlardan yararlanacaktır.¹³⁶ Örneğin, somut olayda, bir hukuka uygun-

Aksi yönde görüş için bk. Babayiğit/Karacan, s. 898.

¹³³ Öğretide Kezer’in, sonuç cezadan, 1/4 oranındaki indirimin yine sanığa uygulanacağı ifadesiyle aynı yöndeki görüşü için bk. Kezer, s. 94.

¹³⁴ Ünver/Hakeri, s. 81.

¹³⁵ Değirmenci, s. 48; Taşkın, s. 3121; Kezer, s. 95.

¹³⁶ Aynı düzenleme, istinaf ve temyiz kanun yollarında da vardır. CMK m. 280/3 - “(3) Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanırlar”; CMK m. 306 - “(1) Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozul-

luk sebebi olarak meşru müdafaanın bulunduğu tespit edilerek, basit muhakemenin uygulanmasından sonra kurulan mahkûmiyet hükmü yerine, karşı gelme üzerine beraat hükmü kurulmuşsa bundan suça iştirak ettiği iddia edilen diğer sanık da yararlanacaktır.¹³⁷

CMK m. 252/5'te, karşı gelme üzerine CMK m. 252/2'ye göre duruşma yapılarak kurulan hükme karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda, örneğin, yeniden kurulan mahkûmiyet hükmüne karşı gidilebilecek kanun yolu istinaf olacaktır.¹³⁸ CMK m. 252/5'te, her ne kadar, verilen hükümlere karşı şeklinde *hükümlere* ibaresi kullanılmış olsa da mahkeme tarafından duruşma yapılarak yeniden kurulan mahkûmiyet hükmü için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, bu karara karşı da genel hükümlere göre kanun yoluna gidilebilmelidir. Aksi takdirde, karar, herhangi bir kanun yoluna götürülmeden kesinleşmiş olacaktır. Öz bir ifadeyle, fıkra metninde geçen *hükümlere* ibaresi geniş yorumlanmalı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı da genel hükümlere göre itiraz kanun yoluna gidilebileceği kabul edilmelidir.

CMK m. 252/6'ya göre, "(6) Birinci fıkradaki itirazın, süresinde yapılmadığı veya kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan tarafından yapıldığı mahkemesince değerlendirildiğinde dosya, 268 ini maddenin ikinci fıkrası uyarınca itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilir. Mercii bu sebepler yönünden incelemesini yapar ve kararını gereği için mahkemesine gönderir." Fıkra metninde atıf yapılan CMK m. 268/2'de, kararına itiraz edilen hâkimin veya muhakemenin, itirazı yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie göndereceği hükmü bulunmaktadır. Buna göre mahkemece, karşı gelmenin süresinde¹³⁹ yapılmadığı veya karşı gelme hakkı bulunmayan tarafından yapıldığı değerlendirildiğinde, dosya, bu durumun incelenmesi üzerine CMK m. 268/3'te itiraz mercii olarak belirtilen mahkemeye gönderilecektir. Mezkûr hükme göre itiraz mercii olarak belirtilen merci, basit muhakemenin uygulanmasına asliye ceza mahkemesi karar verebileceği

masından yararlanırlar".

¹³⁷ Örnek için bk. Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 921.

¹³⁸ Kezer, s. 97.

¹³⁹ Basit muhakemede duruşma yapılmadığı için karara karşı gelme süresi tefhimden değil, tebliğden itibaren başlayacaktır. Kezer, s. 88.

için asliye ceza mahkemesinin itiraz mercii olan, asliye ceza mahkemesinin yargılama çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesidir.¹⁴⁰ Asliye ceza mahkemesinin, karşı gelme üzerine bu hususta da kendisinin karar verememesinin nedeni, bu durumda, hükmün, hiçbir kanun yoluna götürülemeden kesinleşecek olmasıdır. Bu nedenle, söz konusu sebepler yönünden karşı gelmeyi ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Ağır ceza mahkemesi incelemesi neticesinde, karşı gelmenin hakikaten süresinde yapılmadığını veya karşı gelmeye hakkı olmayan tarafından yapıldığını tespit ettiğinde, başvuruyu reddedecektir. Bu durumda, kanaatimizce, artık hüküm kesinleşmiş olacaktır. Eğer ağır ceza mahkemesi incelemesi neticesinde, bu hususların söz konusu olmadığını tespit ederse bu durumda hükmünü tekrar incelemesi için kararını asliye ceza mahkemesine bildirecektir. Kanaatimizce, bu aşamadan sonra, CMK m. 252/2-5'te yer alan hükümler aynen geçerli olmaya devam edecektir.¹⁴¹

SONUÇ

7188 numaralı Kanun ile Türk ceza muhakemesi hukukuna dâhil edilen basit muhakeme, kovuşturma evresine ana karakterini veren duruşma devresinin bu muhakeme türünde bulunmaması sebebiyle, sanık açısından hatta daha geniş bir ifadeyle, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşılması amacı açısından tehlikeli niteliktedir. Bu tehlikelilik, basit muhakemenin uygulanması üzerine mahkûmiyet hükmü kurulacak olursa bu hükmün içeriği hürriyeti bağlayıcı ceza da olabileceği için daha da kuvvetlenmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce, olması gereken ceza muhakemesi hukukunda, basit muhakemeye ilişkin düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

Basit muhakemeye ilişkin düzenlemelerin yürürlükte kalması söz konusu olamazsa basit muhakeme ile çözülebilecek ceza uyuşmazlıklarının yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlardan kaynaklanana hasredilmesi gerekmektedir. Basit muhakemenin uygulanması üzerine mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, sonuç cezadan 1/4 ora-

¹⁴⁰ CMK 268/3 - "(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir: ... c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ... aittir".

¹⁴¹ Değirmenci, s. 48.

nında indirim yapılacak olması, basit muhakemeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında, iştirak hâlinde işlenmiş ve basit muhakeme kapsamındaki bir suçun dosyanın konusunu teşkil etmesi hâlinde, dosyada yaş küçüklüğü hâlinin bulunması durumunda adaletsizlik teşkil eden sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.¹⁴² Örneğin, CMK Geçici Madde 5/1-d'ye göre, 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalar bakımından basit muhakeme uygulanamayacağı için bu tarih itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş bir dosya hakkında basit muhakemenin uygulanmasına karar verilemeyecek, yine bu tarih itibarıyla iddianamenin değerlendirilme aşamasında olduğu bir dosya hakkında ise buna karar verilebilecektir. Her iki dosyadaki suç, basit muhakeme kapsamındaysa ve mahkemelerin mahkûmiyet hükmü kuracağı varsayılırsa birindeki hükümde 1/4 oranında indirim yapılmayacak, diğerinde ise yapılabilecektir. Keza, iştirak hâlinde işlenmiş ve basit muhakeme kapsamındaki bir suçun, dosyanın konusunu teşkil etmesi hâlinde, birden çok sanıklı dosya söz konusu olduğu için mahkemenin, sanıklardan biri hakkında basit muhakemenin uygulanmasına, diğeri hakkında genel hükümlere göre muhakemenin yürütülmesine karar verip veremeyeceği çözülmesi gereken bir meseleyi ortaya çıkaracaktır. Bu dosyaların aynı mahkemede görülecek olması hâlinde, meselenin daha kolay çözülebileceği ifade edilebilir. Şöyle ki, burada, farklı kararların önüne geçilmesi, adil yargılama yapılması ve durumları bir olan sanıklara aynı kararın verilmesi için dosyaların aynı muhakeme türüyle görülmesi gerektiği görüşü serdedilebilir. Mamafih, mahkemenin, bu iki dosyayı ayrı ayrı görmesi de mümkündür, bir ifadeyle, bu hususta takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, sanıklardan biri hakkındaki dosya için basit muhakemenin uygulanmasına karar verilip, diğeri hakkındaki dosya için muhakeme, genel hükümlere göre yürütülebilir. Söz konusu dosyaların ayrı mahkemelerde görülecek olması hâlinde, eğer birleştirme kararı da alınmamışsa bu durumda, tabii olarak, mahkemelerden biri basit muhakemenin uygulanmasına karar verebilecek, diğeri ise muhakemeyi genel hükümlere göre yürütebilecektir. Daha açık ifadeyle, burada, mahkemelerin aynı doğrultuda hareket etmeleri hususunda onları icbar edici bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁴³ Netice itibarıyla,

¹⁴² Öztekin, "Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü".

¹⁴³ Centel/Zafer, s. 1025, 1026; Kezer, s. 91, 92. Öğretide Kezer'in, bir dosyada tek bir

basit muhakemenin uygulanmasına karar verilip, mahkûmiyet hükmü kurulduğunda da 1/4 oranındaki indirim sanıklardan biri hakkında uygulanabilecek, muhakeme genel hükümlere göre yürütüldüğünde ise bu indirim uygulanamayacaktır.¹⁴⁴ Kanaatimizce, basit muhakeme açısından kabul edilen ve örneklerle açıklandığı üzere adaletsizlik teşkil eden sonuçlar ortaya çıkaran 1/4 oranındaki indirime ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

CMK m. 251/6' da "(6) Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca hüküm verilmeye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir." hükmü yer almaktadır. Edilebilir şeklindeki yüklem dolayısıyla hükümden, mahkemenin bu hususta takdir yetkisini haiz olduğu anlamı çıkarılabilecek olsa da gerekli görülmesi hâlinde muhakemenin duruşmalı olarak ve genel hükümlere göre yürütülmesinin mecburi değilse de zorunlu olduğu kabul edilmeli ve uygulama bu doğrultuda olmalıdır. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından, mülga 1412 numaralı Kanun'daki sulh ceza hâkiminin ceza kararname ile ceza tayininde, keza, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 408/3'te olduğu gibi, mahkemenin buna mecbur olduğu yönünde bir değişiklik yapılmalıdır.

Asliye ceza mahkemesinin basit muhakemenin uygulanmasına karar verebilmesi için sanığın kabulü bir koşul olmamakla birlikte, sanığın, basit muhakemenin uygulanması üzerine hüküm kurulduktan sonra bu hükme karşı gelmesi mümkündür. Belirtilmelidir ki, CMK m. 252'nin başlığında, madde metninde ve madde gerekçesinde itiraz tabiri kullanılmış olsa da burada itiraz kanun yolu bulunmamaktadır. Çünkü bir son karara yani hükme karşı gelmesi söz konusudur. Bu nedenle, burada, karşı gelme veya başvuru tabirinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Karşı gelme üzerine genel hükümlere göre duruşma açılarak muhakemeye devam edilecek, asliye ceza mahkemesi, önceki hükmüyle ve kararlarıyla bağlı olmaksızın, yeni bir hüküm kuracak-

muhakeme türünün uygulanması, yani birden çok sanıklı dosyada tüm sanıklar yönünden ya basit muhakemenin uygulanmasına karar verilmesi veya muhakemenin genel hükümlere göre yürütülmesi gerektiği ifadelerinin pozitif hukuk dayanağı bulunmamaktadır. Mezkûr ifadeler için bk. Kezer, s. 91, 92.

¹⁴⁴ Nitekim öğretilerde Kezer de aynı dosyada sanıklardan her biri için farklı muhakeme türleri yoluyla karar verilmesinin, adil yargılanma hakkına açıkça aykırı olacağını, sanıklar hakkında farklı kararlara, farklı yaptırımlara yol açacağını ifade etmiştir. Kezer, s. 91, 92.

tır. CMK m. 252/5'e göre, bu hükme karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilecektir. Burada, her ne kadar, *hükümlere* tabiri kullanılmış olsa da mahkeme tarafından duruşma yapılarak yeniden kurulan mahkûmiyet hükmü için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, bu karara karşı da genel hükümlere göre kanun yoluna gidilebilecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, II. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Aldemir Hüsnü, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri (CMK madde 250 - 251 - 252), 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Birtek Fatih, Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, 6. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, 12. baskı, Sayram Yayınları, Konya 2020.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler), Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2012.
- Erdem Mustafa Ruhan/Eser Ferda/Özşahinli Pakize Pelin, 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı, 3. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 5. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku - I -, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- Gözübüyük A. Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- Gündoğdu Raşit/Adıgüzel Niyazi/Önal Ebul Faruk, Kâmûs-ı Türkî Şemseddin Sami, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2019.

- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. 4 Şerhu Kitâbî's-Sulh Ve'l-İbrâ, Çev. Gündoğdu Raşit/Erdem Osman, Gül Neşriyat, İstanbul t.b.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.
- Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü İkinci Kitap Muhakeme Usulü, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1946.
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2019.
- Karakehya Hakan/İnce Tunçer Asuman, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Kaymaz Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, Uzlaşma ve Önödeme, 2. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Kezer Ahmet, 30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ile Basit Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1989.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul 1995.
- Mahmutoğlu Fatih Selami/Karadeniz Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Meriç Cemil, Bu Ülke, 24. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.
- Mole Nuala/Harby Catharina, Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2001.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Öztürk Bahri, 14. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku - II -, 10. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Şenol Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yüklümlülüğü (CMK m. 172/3), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Taner M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Duygu Matbaası, İstanbul 1950.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2020.
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I: Genel Kısım, 3. bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Yaşar Osman, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza Yargılama Yasası), C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Yenisey Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, 2. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1991.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, 1 Şubat 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), 2. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yılmaz Ejder, Adli Yazı ve Yazışma Usulleri Ders Kitabı, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 7. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tezler

- Baykal Mine Güliz, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Ertem Burcu, Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.

Makaleler

- Babayiğit Beşir/Karacan Abdullah Enes, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan, C. 8, S. 16, 2020, ss. 851-907.
- Bayraktar Köksal, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 50, S. 1 - 4, 1984, ss. 197 - 212.
- Bekar Elif, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S. 1 - 2, 2011, ss. 1033 - 1050.
- Değirmenci Olgun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251-252)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 161, Ocak 2020, ss. 36 - 51.
- Donay Süheyl, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 37, S. 1 - 4, 1971, ss. 411 - 427.
- Erdem Mustafa Ruhan/Şentürk Candide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 14, S. 41, Aralık 2019, ss. 573 - 601.
- Erdinç Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, ss. 239 - 276.
- Ersoy, Uğur, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, 2020, ss. 857-885.
- Evren Çınar Can, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S. 1 - 2, 2011, ss. 967 - 1001.
- İçel Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 50, S. 1 - 4, 1984, ss. 117 - 131.
- Kaşka Hakan, "Türk Muhakeme ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Kavramı ile Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Kavramı", *Neşehir Barosu Dergisi*, (Yayın için belgesi var.).
- Kızıllar Hakan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 183-184, Kasım - Aralık 2019, ss. 1885 - 1960.
- Özen Muharrem, "7188 sayılı Kanun'la Değişen Yeni Bir Kurum Olarak Basit Yargılama Usulü", *Ankara Batı Adliyesi Dergisi*, Y. 2, S. 3, Ocak-Haziran 2020, ss. 24-27.
- Sütçü Nezih, "Seri ve Basit Yargılama Usullerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 44, S. 110, Ekim Kasım Aralık 2019, ss. 52 - 61.
- Taşkın Şaban Cankat, "7188 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na Getirilen "Basit Yargılama Usulü" Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 3105 - 3126.
- Tozman Önder, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3-4, 2007, ss. 315 - 353.

Üzülmez İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58, 2005, ss. 41 - 72.

Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, ss. 243 - 274.

Yılmaz Zahit/Apiş Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 1, Haziran 2020, ss. 62-106.

Tebliğler

Balcı Murat, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Temel İlkeleri Işığında Seri ve Basit Muhakeme Usulü", 10 Şubat 2020 Pazartesi Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler, Editörler: Balcı Murat/Oruç Ömeroğlu Handan/Şık Hüseyin/Aydın Hüseyin/Çakıroğlu Destan/Özeroğlu Alev/Çakıroğlu Şölen, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, ss. 67-80.

Çınar Ali Rıza, "Basit Yargılama Usulü", 10 Şubat 2020 Pazartesi Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında Tebliğler, Editörler: Balcı Murat/Oruç Ömeroğlu Handan/Şık Hüseyin/Aydın Hüseyin/Çakıroğlu Destan/Özeroğlu Alev/Çakıroğlu Şölen, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, ss. 55-65.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru Nu: 2013/664, Karar Tarihi: 17.09.2013, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/664>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/33?EsasNo=2020%2F16&KararAramaRaporu=1> (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2020 tarihli ve Esas: 2020/16, Karar: 2020/33 numaralı kararı), Erişim Tarihi: 07.02.2021.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2852538-3141908> (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Tarih: 17.09.2009, Başvuru Nu: 10249/03 şeklindeki Scoppola/İtalya kararı), Erişim Tarihi: 07.02.2021.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 28.09.2020 tarihli ve Esas: 2020/1515, Karar: 2020/11589 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 21.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2938, Karar: 2020/20209 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 21.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/3239, Karar: 2020/20275 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2335, Karar: 2020/20459 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2952, Karar: 2020/20460 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/2883, Karar: 2020/20456 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2020/4620, Karar: 2020/20491 numaralı karar.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 22.12.2020 tarihli ve Esas: 2019/49, Karar: 2020/20425 numaralı karar.

Çalışmadaki Yargıtay kararlarına, Legalbank Programından ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 07.02.2021.

İnternet Kaynakları

Öztekin Alp, "Türk Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü", <https://www.hukukihaber.net/turk-ceza-muhakemesinde-basit-yargilama-usulu-makale,7128.html>, Erişim Tarihi: 06.06.2020.

Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf, Erişim Tarihi: 09.04.2020.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188>, Erişim Tarihi: 17.03.2020.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=256570&pkanunnumarasi=7188>, Erişim Tarihi: 05.06.2020.

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/54370cd3-0c43-4bd5-93b6-36ac3095473d.pdf>, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

SUÇTA KULLANILMAK ÜZERE HAZIRLANAN EŞYANIN MÜSADERESİ*

CONFISCATION OF GOODS PREPARED TO BE USED IN A CRIME

Güneş OKUYUCU ERGÜN**

Özet: Türk Ceza Kanunu'nda eşya müsadere ve kazanç müsadere olmak üzere iki kategori halinde düzenlenen müsadere, öteden beri tartışmaların ve eleştirilerin konusu olmuştur. Müsadereye ilişkin en problemli konulardan birisi TCK m. 54/1'in 2. cümlesinde düzenlenen suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere-sidir. Bu çalışmada önce genel olarak müsadere'nin hukuki niteliği ve uygulanma koşulları kısaca ele alınmış; ardından da suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere ile ilgili sorunlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Son olarak sorunun çözümü mahiyetinde, söz konusu hükmün temel hak ve özgürlükler ile ceza hukuku ilkeleri açısından sahip olduğu sakıncalar nedeniyle ilga edilmesi önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Müsadere, Eşya Müsadere, Kazanç Müsadere

Abstract: The confiscation, which is regulated in the Turkish Penal Code under two categories, namely the confiscation of goods and earnings, has been subject of discussions and criticism for long time. One of the most problematic issues regarding the confiscation relates to the confiscation of goods which is regulated under the second sentence of Article 54/1of the Turkish Penal Code. In this paper, firstly the legal nature and the implementation conditions of confiscation are briefly dealt with, and then the problematic areas regarding the confiscation of goods which are prepared for being used in a crime are analysed. Lastly, as a proposed solution to the problem, the relevant provision is recommended to be repealed because of the concerns raised by its contradiction to the fundamental rights and freedoms and the general principles of criminal law.

Keywords: Confiscation, Confiscation of Goods, Confiscation of Earnings

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Gunes.Okuyucu@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5401-2312, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.01.2021, Kabul Tarihi: 11.01.2021

I. GİRİŞ

Geleneksel cezaları tamamlamak üzere ortaya çıkan güvenlik tedbirleri, suçlunun topluma ve sosyal hayata yeniden uyum sağlamasını amaçlayan tedbirlerdir. Bu amaç doğrultusunda suçlunun kimi zaman eğitime kimi zamansa tedaviye tabi tutulmasını içeren güvenlik tedbirleri, ceza uygulanmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda devreye girer.¹ Cezaların geçmişe yönelik olmasına karşın güvenlik tedbirlerinin geleceğe yönelik olması ve suçun ağırlığını değil, failin kişiliğini esas alması, onları cezalardan ayırır.²

Türk Ceza Kanunu (TCK) güvenlik tedbirlerini “*yaptırımlar*” başlığını taşıyan üçüncü kısmının “*güvenlik tedbirleri*” başlığını taşıyan ikinci bölümünde sekiz madde halinde düzenlemiştir.³ Bu maddelerde düzenlenen güvenlik tedbirlerinden biri de müsaderedir. Müsadere malvarlığına yönelik bir güvenlik tedbidir ve suçla ilgili malvarlığı değerlerine devlet tarafından elkonulmasıdır.⁴ Buna göre, cezai nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya, devlet lehine elkonulur.⁵ Yani müsadere de diğer güvenlik tedbirleri gibi geleceğe yönelik olarak, yeni suçların işlenmesini önlemek amacını taşır. Ancak diğer güvenlik tedbirlerinden farklı olarak niteliği gereği sürekli bir tedbir olup⁶ süjenin tehlikeliliğinden ziyade eşyanın tehlikeliliğini esas alır. Başka bir deyişle burada, eşyanın failde bulunmasının kişide suç işleme isteğine neden olacağı düşüncesiyle bunun önüne geçilmeye çalışılmaktadır.⁷

¹ Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 466.

² Toroslu/Toroslu, s. 466.

³ Güvenlik tedbirlerini yaptırım olarak değil, hukuki önleme aracı olarak nitelendiren bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin yaptırımlar başlığı altında düzenlenmesi isabetli değildir. Kanunun üçüncü kısmına “yaptırımlar” başlığı yerine “cezalar ve güvenlik tedbirleri” başlığı önerilmiştir. Bu görüşe göre, gerekçeye bakıldığında Kanunun güvenlik tedbirlerini, cezadan farklı bir yerde, cezadan farklılaştırarak düzenlemek istediği anlaşılmaktadır. Ancak bu tedbirler yaptırım başlığı altında düzenlendiği için ceza müeyyidesinden farklılaştırmada başarılı olunamadığı görülmektedir. Zeki Hafizoğulları, “5237 s. Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, ABD, Ankara 2007, Yıl: 65, S. 1, s. 91.

⁴ Ferrando Mantovani, Diritto Penale, Cedam, Milano 2007, s. 848.

⁵ Francesco Antolisei, Parte Generale, Milano 1997, s. 821 vd.; Toroslu/ Toroslu, s. 463.

⁶ Öykü Didem Aydın, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere”, AÜHF, Ankara 1993, C. 43, S. 1-4, s. 145.

⁷ Aydın, s. 144.

Anayasa m. 38/9, ferdin ekonomik ve sosyal bakımından yok edilmesine neden olacak şekilde genel müsadereyi yasaklamaktadır.⁸ Bu yasak her şeyden önce kişinin suçla ilgisi olmayan mallarının müsadere edilememesi anlamına gelmektedir.⁹ Dolayısıyla TCK m. 54 ve 55'te düzenlenen müsadere, muhatabın malvarlığının yalnızca bir kısmının mülkiyetinin devlete geçirilmesini gerektiren, özel müsadere dir. Mülga TCK m. 36'da müsadere, üç kategori eşya bakımından kabul edilmişti. Buna göre "*Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya*" veya "*Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya*" ya da taşınması yasak olmamakla beraber ruhsatsız taşınan silah müsadere edilebilirdi.

Yürürlükteki TCK'da eşya müsadere si ve kazanç müsadere si olmak üzere iki tür müsadere öngörölmüştür.

Eşya müsadere si TCK m. 54'de şu şekilde düzenlenmektedir:

"(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere sine hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere sinin başka bir surette inkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere sine karar verilir.

⁸ Bu açıdan, Askeri Ceza Kanunu'nun 78. maddesinin "Düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastıyla yabancı bir memlekete sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mevcut ve ileride vücut bulacak menkul ve gayrimenkul bütün mal ve mülklerinin millet namına zaptına karar verilir" hükmü, Anayasa'nın 38. maddesinin 9. fıkrasına aykırıdır. Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2019, s. 576; Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, İstanbul 1983, s. 249. Genel müsadere nin ayrıca, Anayasa'nın 38/7 maddesindeki ceza sorumluluğunun şahsiliği ve 13. maddesindeki insan haklarının demokratik toplum gereklerinin dışında sınırlanamayacağı kurallarına da aykırılık teşkil ettiği görüşü hakkında bkz. Hafızoğulları, s. 92; Erdal Yerdelen, Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 30.

⁹ Bkz. Veli Ö. Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 628.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.”

Kazanç müsaderesi ise TCK m. 55 uyarınca “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar” veya “Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerler” hakkında uygulanır.

Müsadereye konu şeyin mülkiyet hakkı devlete geçtikten sonra, devletin bu eşyayı imha etmesi veya elde tutması onun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bir eşyanın imhasından veya kullanımdan kaldırılmasından söz edilen hallerde de aslında kastedilen müsaderenin uygulanmasıdır. Yani müsadere kavramı, imha edilecek ya da kullanımdan kaldırılacak eşyayı da kapsamaktadır.¹⁰

II. MÜSADERENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde müsaderenin ek bir ceza mı yoksa güvenlik tedbiri mi yahut da kendine özgü (sui generis) bir kurum mu olduğu tartışmalıydı.¹¹ O dönemde Yargıtay, önceleri müsadereyi mahkûmiyetin yasal sonucu niteliğinde ceza olarak nitelendirmiş;¹² daha sonra müsaderenin bir ceza değil, güvenlik

¹⁰ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2018, s. 980.

¹¹ İtalyan hukukunda baskın görüşün müsaderenin fer'i ceza niteliğinde olduğuna dair bkz. Aydın, s. 144, 145.

¹² Yargıtay 3. CD, T: 03.10.1946, E: 7579/K: 9425. (Kazancı içtihat veri tabanı, S.E.T: 10.01.2021.)

tedbiri olduğu yönünde kararlar vermiştir.¹³ Öğretide ön ödeme yapılarak kamu davasının açılmamasının veya ortadan kaldırılmasının müsadereye ilişkin hükümleri etkilememesi (mülga TCK m. 119/7), kanun koyucunun müsadereyi bir tedbir niteliğinde gördüğü şeklinde yorumlanmış; ayrıca müsadere için mülga TCK m. 11’de cezalar arasında sayılmaması, ceza verilmeyen hallerde de uygulanabilmesi, suç failine ait olmayan eşyanın da müsadere edilebilmesi (m. 36/2) ve hükümlünün ölümüne rağmen müsadere için infazı (m. 96/2) bu kurumun ceza olmadığı düşüncesini destekleyen hususlar olarak değerlendirilmişti.¹⁴ Ancak o dönem için TCK m. 36/1’de düzenlenen müsadereyi ceza, m. 36/2’de düzenlenen müsadereyi güvenlik tedbiri olarak nitelendiren görüşlere de rastlamak mümkündür.¹⁵

Belirtmek gerekir ki yürürlükteki TCK da bu tartışmalara son verilmemiş değildir. Bir suçun karşılığı olarak verilmesi ve güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliği göz önünde bulundurulduğu halde müsadere kararının verilmesinde failin tehlikeliliğinin rolünün bulunmaması nedenleriyle, müsadere için mahkûmiyete bağlı olarak ortaya çıkan bir ek ceza olduğu savunulmuştur.¹⁶ Nitekim Anayasa m. 38/9’da da “*genel müsadere cezası*” ibaresinin kullanılması ve Askeri Ceza Kanunu’nun düşman tarafına kaçan ya da sığınan kimsenin Türkiye’de bulunan ve ileride edineceği bütün mallarının müsaderesini öngören 78. maddesinin başlığının “*Düşman tarafına, yabancı memlekete kaçanlar hakkında mali ve fer’i cezalar*” olması da bu görüşü destekler niteliktedir.

Öte yandan TCK m. 54 ve 55’te düzenlenen müsadere için hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu savunanlar ise çoğunluktadır. Ancak bu görüşü savunan yazarlar arasında dahi müsadere için esas mahiyeti ve bu kurumun kanunda düzenlendiği yer hakkında tartışmalar bulunmaktadır. Buna göre bazı yazarlar, TCK m. 45’te suç karşılığında uygulanan yaptırımlar sayılırken cezaların hapis cezası ve adli para cezasından ibaret sayılması ve müsadere için ise, “güvenlik tedbirleri” ara-

¹³ YCGK, T: 14.06.1982, E: 129/K: 279. (Kazancı içtihat veri tabanı, S.E.T: 10.01.2021.)

¹⁴ Aydın, s. 144; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Y. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul 2017, s. 735.

¹⁵ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 643.

¹⁶ Öztürk/Erdem, s. 575; Benzer yönde, Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 666.

sında düzenlenmesine dayanarak, kanun koyucunun müsaderenin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak belirlediğini kabul etmektedirler.¹⁷

Bu konudaki bir başka görüş ise, TCK m. 54 ve m. 55'te düzenlenen müsaderenin güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu kabul etmekle beraber bu kurumun güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığını; burada güvenlik tedbiri niteliği taşıyan tek düzenlemenin TCK m. 54/4'teki, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, taşınması, alımı ve satımı suç oluşturan eşyanın müsaderesine ilişkin düzenleme olduğunu; zira suç teşkil eden eşyanın müsaderesi için failin esas suçtan mahkûm olması aranmadığı gibi, eşyanın da ona ait olmasının gerekmediğini; buna karşın suçla ilgili eşyanın, kaim değer ve kazancın müsaderesinin öngörüldüğü hükümlerin gerçekte güvenlik tedbiri değil, (fer'i/ek) ceza niteliği taşıdığını savunmaktadır.¹⁸

III. EŞYA MÜSADERESİ

Daha önce de belirtildiği üzere, TCK'da eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi olmak üzere iki tür müsadere öngörülmüştür. TCK m. 54 uyarınca müsadereye tabi eşya iki temel kategori altında incelenebilir. Bunlar:

¹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 735; Hafizoğulları, s. 96; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 636; Yerdelen, s. 33; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 628; Devrim Güngör/Haluk Toroslu, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", AÜHFHD, Ankara 2016, C. 65, S. 4, s. 1969, 1970. Doğan Gedik, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müsadere Sistemi Hak kında Genel Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, S. 23, s. 3 (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_226.htm, S.E.T: 10.01.2021); M. Emin Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", AHBVÜ-HFD, Ankara 2008, C. 12, S. 1, s. 474.

¹⁸ Demirbaş, s. 642-643; Nur Centel, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni TCK Sempozyumunda sunulan tebliğ metni, s. 8, 9. (<http://nurcentel.com/makaleler/yentckyaptirim.pdf>, S.E.T: 10.01.2021)

Centel'e göre, failin suçu işlediği anlaşıldığı için suçta kullanılan ya da suçtan kaynaklanan bir eşyanın müsadere edilmesi cezadır veya cezanın sonucu olan bir yaptırımdır. Yeni TCK'da bunu güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek yerinde olmamıştır. Güvenlik tedbiri olarak nitelendirilenler, her hukuk sisteminde akıl hastalarına, uyuşturucu bağımlılarına uygulanan muhafaza, tedavi, bağımlılık terapisi, küçükleri ıslah etme, yetiştirme gibi kurumlardır. Alman Ceza Kanunu'nda da müsadere güvenlik tedbirleri kategorisinde değildir. Alman Ceza Kanunu'nda müsadere, üçüncü bölümde, yedinci başlıkta bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki müsadere düzenlemesinde hangi yasadın esinlendiğini anlaşılamamaktadır.

a) Suçla ilgili eşya; yani suçun işlenmesinde kullanılan ya da suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen yahut suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya¹⁹ (TCK m. 54/1) ile

b) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyadır. (TCK m. 54/4).

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçun icrasına katkı sağlayan, suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyadır. Örneğin, bir kasanın açılmasını sağlayan aletler, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda kullanılan merdiven, insan öldürme suçunda kullanılan silah gibi. Suçta kullanılmayan eşya, suç mahallinde bulunsa bile müsadere edilemez. Zira müsadere için bu eşyanın suçta kullanılmasının mümkün bulunması yeterli değildir; kullanıldığı için ya da en azından kullanılmak üzere hazırlandığının sabit olması gerekir.²⁰

Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, suç işlemek amacıyla hazırlanmış ancak kısmen kullanılmış veya hiç kullanılmamış olan eşyadır. Bu nedenle, suç teşebbüs aşamasında kaldığı için kullanılmayan eşya da müsadere edilir.²¹ Yani bu neviden eşyanın müsadere için suçta kullanılmış olması şart değildir.²² Öğretideki bir görüşe göre, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, icra hareketleri esnasında kullanılmakla birlikte suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyadır, örneğin suç mahalline gitmeyi sağlayan araç gibi. Ancak böylesi bir eşyanın müsadere için suç tamamlanmamış olsa da icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.²³ Bir başka görüşe göre ise tahsiste devamlılık özelliği bulunmaktadır. Bu itibarla, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün iş-

¹⁹ Hafizoğulları'na göre, kanun hükmü uyarınca müsadere edilecek eşya, ya "suçun işlenmesinde kullanılan", ya "suçun işlenmesine tahsis edilen" ya da "suçtan meydana gelen" eşya olmalıdır. Bu demektir ki, suçun maddi konusunu oluşturan eşya ne suçun işlenmesine kullanılan ne suçun işlenmesine tahsis edilen ne de suçtan meydana gelen eşyadır. Öyleyse, suçun maddi konusunu oluşturan eşya, örneğin hırsızlıkta çalınan taşınır mal müsadere konusu eşya olmayacaktır. Hafizoğulları, s. 97.

²⁰ Toroslu/Toroslu, s. 464; Centel/Zafer/Çakmut, s. 741; Demirbaş, s. 644; Aydın, s. 147. Suçun işlenmesinde veya hazırlanmasında kendisinden araç olarak faydalanan eşyadır tanımı için bkz. Öztürk/Erdem, s. 578.

²¹ Toroslu/Toroslu, s. 464.

²² Demirbaş, s. 644.

²³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 741. Benzer yönde, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 631. Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, "suçun işlenmesine tahsis edilme", mülga TCK dönemindeki "suçta kullanılmak üzere hazırlanma" olarak anlaşılmalıdır.

lerinin görülmesine tahsis edilmiş olan eşya, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyadır ve suçun işlenmesi amacıyla sürekli hazır bulundurulmuş olması gerekir. Örneğin, suçun işlenmesinde kullanılmasa dahi müsaderesi gerekir.²⁴

Suçtan meydana gelen eşya, daha önce var olmayan, ancak suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkan eşyadır.²⁵ Bu bakımdan, değiştirilmek ve dönüştürülmek suretiyle meydana gelen eşya da suçtan meydana gelen eşyadır.²⁶ Sahte pasaport, sahte para, içerisine nişasta karıştırılmış kaşar peyniri bu neviden eşyaya örnektir.²⁷

Suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya, suçun işlenmesinde kullanılmak maksadıyla hazırlanmış, fakat henüz suçta kullanılmamış olmakla birlikte, suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım eden eşyadır.²⁸

IV. EŞYA MÜSADERESİNİN KOŞULLARI

Bir eşyanın müsadere edilebilmesi için öncelikle, bunun kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması veya böyle bir suçun işlenmesine tahsis edilmiş olması veya böyle bir suçtan meydana gelmiş olması gerekir.²⁹ Dolayısıyla taksirli suçlarda eşya müsaderesine gidilemez.³⁰ Ancak kasıtlı olmak şartıyla bu suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması, tek bir faille veya iştirak halinde işlenmiş olması müsadere açısından önem taşımaz.³¹ Buna göre kural olarak söz konusu suçun en azından icra hareketlerine başlanmış; başka bir deyişle ya tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir.³² Ne var ki m. 54/1'in 2. cümlesi bu koşula uymamaktadır.

²⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 874; Koca/Üzülmez, s. 638; Öztürk/Erdem, s. 579.

²⁵ Toroslu/Toroslu, s. 464.

²⁶ Aydın, s. 149.

²⁷ Demirbaş, s. 644.

²⁸ Öztürk/Erdem, s. 579.

²⁹ Toroslu/Toroslu, s. 464.

³⁰ Özgenç, s. 872.

³¹ Öztürk/Erdem, s. 578.

³² Nitekim Yargıtay da yasak avlanma suçu isnadıyla ellerinde tüfeklerle yakalanan kimseler hakkında, henüz tüfeklerle atış yapılmamış olması dolayısıyla avlanma ve suçta kullanma söz konusu olmadığından ve ava çıkıldığı ve domuz görüldüğünde tüfeklerin kullanılacağı, bu yüzden müsaderesi gerektiğinin de ileri sürülemediğine karar vermiştir. YCGK, T: 18.11.1997, E: 242, Bkz. Hakeri, s. 678.

Zira henüz bir suç söz konusu olmaksızın, örneğin hazırlık hareketleri aşamasında dahi, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli olması durumunda söz konusu eşya müsadere edilebilecektir.³³

Eşya müsaderesinin ikinci koşulu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamasıdır. Buna göre eşya, iyiniyetli üçüncü kişiye aitse, örneğin suçun işlenmesinde kullanılsa bile, müsadere edilemeyecektir. Eşyanın üçüncü kişiye ait olmasının üçüncü kişinin o şeye malik veya zilyet olması anlamına geldiği savunulmuşsa da³⁴ esasen ait olmak ifadesi mülkiyet ilişkisini yansıtmaktadır. Hükümdeki iyiniyet kavramının teknik anlamda kullanıldığı ve Medeni Kanun m. 3 çerçevesinde anlaşılması gerektiği, yani aksi ispatlanıncaya kadar eşya kendisine ait olan şahsın iyiniyetinin korunacağı, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı ileri sürülmüştür.³⁵ Bu üçüncü kişi, sahibi bulunduğu eşyanın suçta kullanılacağını bilmiyorsa ve bu bilmeme mazur görülebiliyorsa, iyiniyetlidir. Buna karşılık, eşyasının suçta kullanılacağını bilen veya bilebilecek durumda olan kişinin iyiniyetli kabul edilmemesi gerekir.³⁶ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki üçüncü kişi ibaresi esas itibarıyla, suçun işlenmesine iştirak etmemiş, suçun işlenmesinden haberdar olmayan kişiyi ifade eder.³⁷ Her şeyden önce suç failinin dahi kasıtlı olması aranırken, üçüncü kişinin eşyanın suçta kullanılacağını bilmemesi ama bilmesinin gerekmesinin yani taksirinin yeterli görülmesi

³³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 736; Özgenç, s. 874.

³⁴ Hafızoğulları, s. 97. Nitekim Yargıtay, suçun işlenişinde kullanılan eşyanın sanığın nezdinde çalıştığı tüzel kişinin (şirketin) mülkiyetine dâhil olması halinde müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 2.CD, T: 1.2.1981, E: 7549/K: 7758, Bkz. Özgenç, s. 873.

³⁵ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 496.

³⁶ Gedik, s. 4.

³⁷ Toroslu/Toroslu, s. 464; Hafızoğulları, s. 97; Öztürk/Erdem, s. 577; Koca/Üzülmüş, s. 638, 639.

Madde gerekçesinde de bu husus aynı şekilde açıklanmaktadır: "... Kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenmesinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir".

Bu hükümde üçüncü kişilerin iyiniyetinden söz edilmesinin yerinde olmadığı, müsadere konusunda üçüncü kişilerin iyiniyeti değil, ancak suçta katılma kastının bulunup bulunmadığının esas alınması gerektiği eleştirisi hakkında bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 737.

çelişkilidir. Kaldı ki zaten belirsiz ve kapsamı geniş olan düzenlemenin kapsamı bu şekilde çok daha genişlemiş olacaktır.

TCK m. 54/1'e eklenen son cümle uyarınca, "*Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir*". Buna göre, eşyanın mülkiyeti faile veya suç ortağına ait olmakla birlikte, üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı ayni hak kurulmuşsa, bu sınırlı ayni hak korunmak suretiyle eşyanın müsaderesine karar verilebilecektir.³⁸

Mülga TCK m. 36/1'de müsadere için eşyanın suçla ilgisinin sabit olması yeterli görülmemekte; ayrıca failin bu suçtan mahkûm olması da aranmaktaydı. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda mahkûmiyet şartına yer verilmemiştir.³⁹ Ancak müsaderenin uygulanması için mahkûmiyet şartının aranmaması, öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve bunun polis tedbirleri ile güvenlik tedbirlerini birbirine karıştırmanın ötesinde, demokratik bir devlette kabul edilemeyecek sonuçlara ve keyfiliğe yol açacağı ifade edilmektedir.⁴⁰

Esasen burada ceza mahkûmiyetinin aranmaması, hakkında müsadere tedbiri uygulanacak kişinin cezalandırılabilir olmasının gerektiği anlamına gelmektedir.⁴¹ Zira güvenlik tedbirlerinin temel amacı, cezalandırılabilir olmayan kimselere karşı toplumu savunmasız kalmaktan kurtarmaktır. Bununla beraber cezai bir sonuç olan güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için bir suçun işlenmiş olması şarttır. Anayasa ve insan haklarına ilişkin uluslararası metinler gereğince, bir kimsenin suç işlediğinin kabul edilebilmesi bu konuda kesinleşmiş bir

³⁸ Öztürk/Erdem, s. 577; Koca/Üzülmez, s. 639.

³⁹ Müsadere kararı için mahkûmiyet şartının aranmamasının müsaderenin bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesiyle ilgili bir husus olduğu, örneğin fail akıl hastası veya çocuk olması nedeniyle cezalandırılmama dahi suçta kullandığı eşyanın artık müsaderesine hükmedilebileceği ifade edilmiştir. Özgenç, s. 875; Koca/Üzülmez, s. 637; Demirbaş, s. 643; Gedik, s. 5, 6.

Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "...Müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmama dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir".

⁴⁰ Nevzat Toroslu/ Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gerek Bir Tasarı", (in) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayınları No:71, Ankara 2004, s. 14. Aynı yönde eleştiriler için bkz. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2014, s. 446.

⁴¹ Güngör/Toroslu, s. 1972.

mahkeme kararına bağlıdır. Dolayısıyla kişinin suçu işlediğinin sabit olduğunu ortaya koyan kesin bir hüküm bulunmadıkça, müsadere tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Ancak suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu sağlığı, kamu güvenliği ve genel ahlak açısından tehlike arz eden bir eşya buraya dahil değildir.⁴² Zira bu durumda henüz ortada suç yoktur.

Buna göre mahkeme, isnat yeteneği tam olan faillerin kasten işledikleri suçlarda, mahkûmiyet kararı (ceza) ve buna bağlı olarak müsadereye karar verecektir. Isnat yeteneği bulunmayan failer hakkında ise, kasten işlenen suçun varlığının ispat edilmiş olması koşuluyla ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223) ve eşyanın müsadereye karar verebilecektir.⁴³ Örneğin, suçun işlenmesinde kullanılan eşya, bunu kullanan fail akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi müsadere edilebilecektir.⁴⁴

Bir suçun işlendiğinin ispatlandığı, ancak sanığın suçu işlemediğinin belirlenmesi nedeniyle beraat kararı verilen hallerde de güvenlik tedbiri niteliğinden dolayı müsadereye karar verilebilir. Dolayısıyla müsadere açısından beraat kararının hangi gerekçeyle verildiği önem taşıdığı gibi⁴⁵ eşyanın niteliği de önemlidir. Özellikle TCK m. 54/4 kapsamındaki bir eşya söz konusu olduğunda sanık beraat etse de müsadere edilebilir. Örneğin, üzerinde ya da konutunda uyuşturucu madde bulunan kimsenin yargılanması sonucunda, söz konusu uyuşturucu madde ile ilgisi olmadığı, uyuşturucunun üçüncü kişi tarafından bilgisi ve isteği dışında oraya konulduğu ispatlandığında, beraatine karar verilecek, bununla beraber o uyuşturucu madde müsadere edilecektir.

Suçta kullanılan eşyanın müsadere bakımından, müsadere somut olayın koşullarında orantılı olması; başka bir deyişle işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurmayacak ve bu nedenle hakkaniyete aykırı düşmeyecek olması gerekir.⁴⁶ Ancak bu şartın yalnızca

⁴² Güngör/Toroslu, s. 1972; Centel/Zafer/Çakmut, s. 738.

⁴³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 738.

⁴⁴ YCGK, T: 2.6.2020, E: 2017/19-45/K: 2020/252. (Kazancı içtihat veri tabanı, S.E.T: 10.01.2021.)

⁴⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 739.

Aksi yönde görüş sahibi Aydın'a göre, eşyanın suçla ilişkili olması kendiliğinden müsadere edilmesini gerektirmez. Beraat halinde müsadere kararı verilemeyecektir. Aydın, s. 150.

⁴⁶ YCGK, T: 2.6.2020, E: 2017/19-45/K: 2020/252. (Kazancı içtihat veri tabanı, S.E.T:

“suçta kullanılan eşya” yönünden benimsenmesi eleştiriye açıktır.⁴⁷ Gerçi TCK m. 3 uyarınca ceza ve güvenlik tedbirinin işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olması gerekmektedir. Anılan hüküm güvenlik tedbirleri arasında bir ayırım gözetmeksizin tümü bakımından orantılılık ilkesini şart koştuğundan sorunun kısmen çözüldüğü düşünülebilirse de m. 54/3’te yalnızca orantılı olması değil, orantılı ve hakkaniyete uygun olması düzenlenmektedir. Burada, hakkaniyetten maksat, müsadereenin kişinin yıkımına neden olmamasıdır. Zira orantılı olan her zaman hakkaniyete uygun olmayabilir.⁴⁸

TCK m. 54/3’te, m. 54/1’deki terminolojiden ayrılarak “suçta kullanılan eşya” teriminin kullanılması da tereddütlere yol açmaktadır. Bu durumda, suçta kullanılan eşyadan; “suçun işlenmesinde kullanılan” eşya mı, yoksa aynı zamanda “suçun işlenmesine tahsis edilen”, ya da “suçtan meydana gelen eşya” mı anlaşılacağı sorusunu sormak gerekecektir.⁴⁹

V. SUÇUN İŞLENMESİNDE KULLANILMAK ÜZERE HAZIRLANAN EŞYANIN MÜSADERESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

TCK m. 54/1’in 2. cümlesi uyarınca, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Ancak anlamı ve kapsamı belirsiz olan söz konusu hükmün oldukça problemli olduğu belirtilmelidir.

Anılan hükümde “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ibaresiyle neyin kastedildiği belli değildir. Bir kere teşebbüs

10.01.2021.)

⁴⁷ Toroslu/Toroslu, s. 465; Öztürk/Erdem, s. 579.

⁴⁸ Hafizoğulları, s. 98; Özbek/Doğan/ Bacaksız/Tepe, s. 632. Benzer yönde, Hakeri, s. 679. Hakeri’ye göre, “kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi”nin (TCK m. 179/2) kullandığı aracın müsadere edilmesi de orantısız, hakkaniyete aykırı olacaktır, bu sebeple bu neviden eşya ile ilgili de müsadere kararı verilmemelidir.

⁴⁹ Hafizoğulları, s. 98. Yazara göre, suçta kullanılan eşyadan, herhalde suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın anlaşılması gerekmektedir, çünkü Kanun “suçta kullanılan eşya” ibaresi ile örtülü olarak, sadece failin suçu işlerken kullandığı vasıtaya işaret etmek istemiştir.

aşamasında kalmış olsa dahi suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın kastedilmediği ortadadır. Çünkü bu tür eşyanın müsaderesi, aynı fıkranın ilk cümlesinde düzenlenmektedir. Ancak suçun işlenmesine tahsis edilen eşya ile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya arasındaki ilişki ayrıca incelenmelidir. Suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın da belirsiz olduğu, bu ibare ile tam olarak neyin kastedildiğinin açık olmadığı belirtilmelidir.⁵⁰ Bir eşyanın suçun işlenmesine tahsis edilen eşya niteliğini taşıması için bu tahsisin sürekli olmasının gerekip gerekmediği, öğretide tartışma konusudur. Ancak yine de suçun işlenmesine tahsis edilen eşya ile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya arasında önemli bir fark vardır. İlki bakımından suçun en azından teşebbüs aşamasına gelmesi gereklidir. Oysa suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya söz konusu olduğunda suçun icra hareketlerine başlanmamıştır. Demek ki 2. cümledeki eşyanın müsaderesinde henüz ortada icrasına başlanan bir suç yoktur.

Ortada henüz icrasına başlanan bir suç bulunmadığından, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın suçla ilgili olarak değil de üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturması nedeniyle müsadere edileceği akla gelebilirse de bu durum aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenmektedir. O halde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, bizatihi suç unsuru sayıldığı için de müsadere edilmemektedir.

Anılan hükümde bu tür eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması halinde müsadere edileceği öngörülmüştür. Halbuki kamu güvenliğini, kamu sağlığını ve genel ahlakı tehlikeye sokan fiiller TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısım'ında, sırasıyla "Genel Tehlike Yaratan Suçlar", "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" ve "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlıklı birinci, üçüncü ve yedinci bölümlerinde suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçların işlenmesinde kullanılan ya da işlenmesine tahsis edilen ya da

⁵⁰ "Suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeyden maksat, suçun işlenmesini kolaylaştıran harici bir vasıta"dır ki o vasıtanın cürümden maksut olan gaye ile münasebeti mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir" şeklindeki içtihadı birleştirme kararının da soruna açıklık getirmekten çok uzak olduğu belirtilmelidir. Bkz. Yargıtay İBK, T: 05.01.1994, E:33-1. (Kazancı içtihat veri tabanı, S.E.T: 10.01.2021.)

işlenmesinden meydana gelen eşya TCK m. 54/1'in birinci cümlesi ya da şartları olduğu takdirde TCK m.54/4 kapsamında müsadereye zaten tabidir. Dolayısıyla ikinci cümle ile kastedilen bu da olamaz.

Tüm bu açıklamalar da göstermektedir ki suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan ne kastedildiği ve neden müsadereye tabi kılındığını anlamak mümkün değildir. Bu tür eşyanın bir suçun işlenmesinde kullanılan ya da işlenmesine tahsis edilen ya da işlenmesinden meydana gelen eşya olmadığı; bizatihi üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturmadığı; suçun icrasına başlanmamışken müsadere edildiğine göre genel tehlikeye yaratan suçlar, kamunun sağlığına karşı suçlar veya genel ahlaka karşı suçlardan biriyle ilgili olarak da müsadere edilmediği ortadadır.

Söz konusu eşyanın müsaderesi bakımından "kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli" olma koşulu öngörülmüştür. Ancak zaten içeriği anlaşılabilen bir tedbirin bir de bu şekilde son derece belirsiz kavramlardan oluşan koşullara bağlanması, konunun netleştirilmeye değil, adeta daha da flulaştırılmaya/belirsizleştirilmeye çalışıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Halbuki ceza hukukuna hâkim olan kanunilik ilkesi gereğince ceza kanunlarının açık ve belirgin olması şarttır. Kanunların açık ve belirgin olmasının temel işlevi keyfilikler önlemektir. Kanunları yorumlayanların ve uygulayanların keyfiliklerinin önüne geçilebilmesi amacıyla ceza kanunlarının açık ve belirgin olması ilkesi kabul edilmiştir. Burada bir ceza kanunu hükmü söz konusudur ve kişilerin mülkiyet haklarının sınırlandırılması anlamına gelen bir güvenlik tedbiri kapsamında eşyalarının müsadereye tabi tutulması öngörülmüştür. Anayasamızda da düzenlenen ve temel insan hak ve özgürlüklerinden olan mülkiyet hakkının böylesi belirsiz bir hükümlerle sınırlandırılması, hukuk devleti gerekleri açısından kabul edilemez.

Kaldı ki ortada henüz icrasına başlanmış bir suç olmadığı halde ceza kanunlarını devreye sokan ve kişi hak ve özgürlükleri açısından ciddi sınırlamalar getiren bu hüküm ceza hukukunun son çare olması ilkesine de aykırıdır.

Kanun koyucunun burada idari yaptırımlara başvurmak suretiyle sorunu çözümlenebileceği akla gelebilirse de mevcut hali belirginlikten uzak olan ve dolayısıyla kanunilik ilkesini ihlal eden söz konu-

su düzenleme ile kabahat yaratılması ve karşılığında idari yaptırım öngörülmesi dahi mümkün değildir. Zira esas itibariyle kabahatler bakımından da kanunilik ilkesi geçerlidir. Kabahatler Kanunu m. 4 uyarınca hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, konuyla ilgili olarak açık norm da sevk edilebilir. Açık normun varlığı için kapsam ve koşulları kanunla belirlenen bir çerçeve hüküm getirilmeli ve bu hükmün içeriğinin doldurulması idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakılmalıdır. TCK m. 54/1'in 2. cümlesinin bir kabahat olarak düzenlenmesi düşünülecek olursa bunun kapsam ve koşullarının kanunla netleştirilmesi şarttır. Zira hükmün kapsam ve koşulları belirgin olmadığından mevcut haliyle bu neviden bir çerçeve hüküm teşkil etmesi ve dolayısıyla açık norm olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

VI. SONUÇ

Müsadere mahiyeti ve koşulları bakımından tartışmalara konu olan bir kurumdur. Her ne kadar TCK'da güvenlik tedbirleri arasında sayılsa da bir şeyin mahiyetini belirleyen husus, adı değil, nitelikleridir. Müsadereyi öngören normların incelemesinden güvenlik tedbirinden ziyade (ek/fer'i) ceza mahiyetinde olduğu görülmektedir. Müsadere için mahkûmiyet kararı aranmaması ve kurumun belirginlikten uzak ve çelişkili biçimde düzenlenmesi son derece eleştiriye açıktır.

Suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesini öngören hüküm, müsadereye ilişkin en problemlili düzenlemedir. Bu hüküm açıklıktan ve belirginlikten uzak olup anlamının ve kapsamının belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkının keyfi biçimde sınırlandırılması riskini taşımaktadır. Bu yönüyle kanunilik ilkesine ve temel insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen uluslararası antlaşmalara aykırılık teşkil etmektedir. Dış dünyaya yansıyan herhangi bir davranışı olmasa dahi, kişiyi yalnızca varoluşu ve belirtisel/semptomatik özellikleri nedeniyle cezalandıran baskıcı ceza hukuku yerine; ancak dış dünyaya yansıyan davranışlarını esas alarak cezalandıran modern ve özgürlükçü ceza hukukunda, ortada henüz icrasına başlanmış bir suç dahi yokken böyle bir müsadere kararının verilmesi kabul edilemez. Tüm bu nedenlerle anılan düzenlemenin ilga edilmesi, modern ve özgürlükçü ceza hukukunun gerekleri bakımından en doğru çözüm olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Antolisei Francesco, Parte Generale, Giuffre, Milano 1997.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2018.
- Centel Nur/ZaferHamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul, 2014.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2019.
- Erman Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, İstanbul 1983.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2014.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Mantovani Ferrando, Dritto Penale, CEDAM, Milano 2007.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi- Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa R., Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2019.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara, 2019.
- Yerdelen Erdal, Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yay., Ankara 2010.

Makaleler

- Artuk Mehmet Emin, "Güvenlik Tedbirleri", *AHBVÜ-HFD*, Ankara 2008, C. 12, S. 1, ss. 461- 492.
- Aydın Öykü Didem, "Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere", *AÜHFD*, Ankara 1993, C. 43, S.1-4.
- Güngör Devrim/Toroslu Haluk, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, Ankara 2016, C.65, S. 4, ss. 1967-1980.
- Hafızoğulları Zeki, "5237 s. Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", *ABD.*, Ankara 2007, Y. 65, S. 1, ss. 90- 107.
- Toroslu Nevzat/Ersoy Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayınları No:71, Ankara 2004.

Mahkeme Kararları

- Yargıtay 3. CD, T: 03.10.1946, E: 7579/K: 9425.
- YCGK, T: 14.06.1982, E: 129/K: 279.

YCGK, T: 2.6.2020, E: 2017/19-45/K: 2020/252.

Yargıtay İBK, T: 05.01.1994, E:33-1.

İnternet Kaynakları

Centel Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni TCK Sempozyumu Tebliğ Metni, İstanbul 2007. (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf>, S.E.T: 10.01.2021)

Gedik Doğan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, Sayı 23. (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_226.htm, S.E.T: 10.01.2021)

İDARENİN SORUMLULUĞUNU DOĞURAN HİZMET KUSURU VE HİZMET KUSURU - KİŞİSEL KUSUR AYRIMI*

SERVICE DEFECT CAUSING LIABILITY OF ADMINISTRATION AND SERVICE DEFECT-PERSONAL DEFECT DIFFERENCE

Buket DENİZ**

Özet: İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini görürken kişilere çeşitli zararlar verebilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idare, eylem ve işlemleri ile kişilere verdiği zararları tazmin etmek zorundadır. Türk hukukunda idarenin kusurlu sorumluluğu temel olarak hizmet kusuru teorisi ile açıklanmaktadır. Özel hukuktaki kusur kavramından farklı özellikleri olan hizmet kusuru, genel olarak kamu hizmetlerinin görülmesinde ortaya çıkan aksaklıklar, eksiklikler olarak ifade edilebilir. İdarenin eylem ve işlemlerinde mevcut olan hizmet kusuru, zarar ve illiyet bağı bir arada bulunduğu idarenin sorumluluğu doğar. Türk hukukunda hizmet kusurundan doğan zararlardan sadece idare sorumludur; kamu personeli hizmet kusuru sonucu doğan zarar bakımından sorumlu değildir. Ancak zarar, hizmet kusurundan ziyade memurun kişisel kusurundan kaynaklanıyorsa, doktrin ve yargı kararları bazı durumlarda, idarenin değil; kamu personelinin tazmin yükümlülüğünün bulunduğu görüşünü ortaya koymuştur. Bu noktada, hizmet kusuru ve kişisel kusurun özelliklerini ve sınırlarını iyi çizmek gereklidir; zira kusurun türünün pek çok farklı hukuki sonucu vardır. Doktrin ve yargı kararlarının bu sınırı netleştirmek bakımından zaman zaman çelişkili görüşler ortaya koyduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, Kişisel Kusur

Abstract: The administration may cause various damages to people while performing the public services it is obliged to fulfill. As a requirement of the principle of the rule of law, the administration has to compensate for the damages it has caused to the people with its acts and actions. In Turkish law, the liability of the administration is mainly explained by the service defect theory. The service defect, which has different characteristics from the concept of defect in private law, can be expressed as the deficiencies that occur in the public services in general. The liability of the administration arises

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-9787-0939, buketdenizv@gmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.01.2021, Kabul Tarihi: 16.01.2021

when the service defect in the acts and actions of the administration coexists with the link of loss and causality. In Turkish law, only the administration is responsible for the damages arising from the service defect; public personnel are not responsible for damage caused by service defects. However, if the damage stems from the officer's personal fault rather than the service defect, the doctrine and judicial decisions have in some cases put forward the view that only civil servants have an obligation to compensate. At this point, it is necessary to draw the characteristics and limits of the service defect and personal defect well; because the type of defect has many different legal consequences. Doctrines and judicial decisions occasionally present contradictory views in order to clarify this differences.

Keywords: Liability of Administration, Service Defect, Personal Defect

Giriş

Anayasa ve kanunlarla kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kılınan idare, bu görevini yerine getirirken hizmetten yararlananlar bakımından bir takım zararlara yol açabilir. İdare bir zarara yol açmış ise, hukuk devleti ilkesi gereği olarak, idare hukuku kurallarına göre sorumlu tutulur. Hukuk devleti ilkesini benimseyen pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk hukukunda da anayasal bağlamda idarenin sorumluluğu esası benimsenmiştir. İdarenin sorumluluğu adli yargıda değil, kural olarak idari yargıda hükme bağlanır.

İdari sorumluluk, idarenin yapmış olduğu faaliyetlerin geniş kapsamı ve sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarıyla orantılı olarak oldukça geniştir. Öyle ki, sosyal devlet ilkesinin de bir sonucu olarak, kimi durumlarda idare kusursuz olduğu halde zararı tazmin etmek durumundadır. İdarenin kusurlu sorumluluğunun şartları ise idarenin bir fiili, kusur, zarar ve illiyet bağının bulunmasıdır.

İdarenin kusurlu sorumluluğu açısından hizmet kusurunun mevcudiyeti gereklidir. Hizmet kusuru, yargı içtihatları ile geliştirilmiş olan, idare hukukuna özgü ve zaman içinde değişken bir özellik gösteren bir kusur türüdür. Genel olarak kamu hizmetlerinde görülen aksaklık, eksiklik olarak ifade edilmektedir. Hizmet kusurunun mevcut olduğu durumlarda kamu personeli aleyhine değil, idare aleyhine dava açılabilir.

Hizmet kusuru bakımından önem arz eden husus kamu personelinin kişisel kusuru ile hizmet kusurunun bir arada bulunması durumunda sorumluluğun nasıl paylaşılacağıdır.

Çalışmamızda idarenin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusurunu inceleyerek, özellikle yargı kararlarındaki görünümünü, özelliklerini ve kişisel kusur ile ilişkisini ortaya koymaya çalışacağız. İlk bölümde idarenin sorumluluğu konusu genel olarak ele alınacak, ikinci bölümde daha çok hizmet kusuru kavramına odaklanılacaktır.

I. İdarenin Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Hukuk alanında sorumluluk, başkalarına verilen zararların karşılanması yükümlülüğü anlamına gelir.¹ Sorumluluk, siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve mali sorumluluk olmak üzere farklı boyutlarda ele alınmaktadır. İdarenin siyasi sorumluluğu ve cezai sorumluluğu değil; sadece mali sorumluluğu olabilir. Zira idarenin cumhurbaşkanı ve bakanlar hariç diğer makamlarının siyasi sorumluluğu yoktur.² Cezai sorumluluk ise kusurlu hareket edebilme yeteneği olan gerçek kişilere özgü olup insan dışındaki varlıkların kusurlu hareket edebilme yetenekleri olmadığı için haklarında ceza yaptırımını uygulanamaz. Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında da tüzel kişilere suç dolayısıyla ceza yaptırımının uygulanamayacağı, yalnızca güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.³

İdarenin mali sorumluluğu, idarenin bir kişiye verdiği zararın idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına aktarılarak tazmin edilmesidir. İdare normalde kendi verdiği zararı,

¹ Halil Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sakarya, 2008, s. 527.

² Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1035, 1041. Siyasi sorumluluk, yönetenlerin ekonomik, sosyal, kültürel, dış politikaya dair vs. konulardan kaynaklı eylem ve işlemlerinden kaynaklanabilir. Müeyyidesi, sorumluluk sahibi kişinin görevden uzaklaştırılmasıdır. Cumhurbaşkanlığı sistemi, Cumhurbaşkanlığı doğrudan halk tarafından seçildiği için siyasi sorumluluğu halka karşıdır ve seçimler yolu ile gerçekleşir. Seçmenler politikalarından memnun olmadığı Cumhurbaşkanını tekrar seçmemek suretiyle siyasi sorumluluğun gerçekleşmesini sağlayabilirler. Cumhurbaşkanının TBMM ya da başka bir organ karşısında siyasi sorumluluğu yoktur. Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanlar ise yalnızca Cumhurbaşkanına karşı sorumludur, Cumhurbaşkanı bakanları hiçbir gerekçe göstermeden her zaman görevden alabilir. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 306.

³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 702.

kendi rızasıyla tazmin eder. Ancak idarenin kendi rızasıyla tazmini söz konusu olmazsa, bu tazmin idari yargı organlarının kararlarıyla sağlanır.⁴

İdarenin mali sorumluluğu idari faaliyetin tabi olduğu rejimin hukuki niteliğine göre değişmektedir. İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu özel hukuk hükümlerine ve özellikle de haksız fiil hükümlerine tabiidir. İdarenin idare hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu ise idare hukuku kurallarına göre belirlenir.⁵ Bu çalışmada idarenin idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk üzerinde durulacaktır.

B. İdarenin Sorumluluğunun Temeli

Devletin idari etkinlikleri sonucu, idare edilenlerin bazı hakları ihlal edilebilir ve dolayısıyla da çeşitli zararları doğabilir. Devletin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan mali sorumluluk, sonuçta idarenin mali sorumluluğu ve bu da sonuç olarak idarenin yargısal denetimi anlamına gelmektedir.⁶

Dayanağı konusunda çeşitli tartışmalar ve teoriler olmakla birlikte, idarenin sorumluluğu genel olarak hukuk devleti, sosyal devlet, sosyal hukuk devleti, refah devleti, imkân ve fırsat eşitliği esası gibi modern devleti tanımlayan ilkelere dayandırılmaktadır.⁷ Hukukumuzda idari sorumluluğa ilişkin hükümler, Anayasa ve kanunlarda yer bulmuş olsa da sorumluluğun dayanağı tam olarak ortaya konulmuş değildir.⁸

⁴ Gözler, s. 1041.

⁵ Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önut, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 743.

⁶ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Der Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 86.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 158. İdarenin sorumluluğunu sosyal hukuk devletine dayandıran görüşe göre hukuk devleti ilkesi, idarenin hukuka aykırı işlemi olmadığı halde zararın doğması ve tazmin yükümlülüğü durumunu tam olarak karşılayamamaktadır. Kalabalık, s. 529.

⁸ Murat Kuru, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluğu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, Nisan 2019, s. 126. Ancak Anayasa'da yasama ve yargı organlarının etkinliklerinden dolayı herhangi bir sorumluluk doğacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir; bu nedenle yasama ve yargı organlarının kural olarak sorumluluklarının olmadığı kabul edilir. Turan

Fransız İhtilali ile birlikte gelişen demokrasi hareketleriyle şekillenen hukuk devleti anlayışı ile birlikte “sorumsuz devlet” fikrinden gittikçe uzaklaşmış ve devletin sorumluluğu esas olmaya başlamıştır. Bu gerçekleşirken ilk etapta devletin sorumluluğu bakımından özel hukuk hükümleri uygulanmış; 19. yüzyılın sonlarına doğru Kıta Avrupa ülkelerinde yavaş yavaş idari rejime geçilmesi ile birlikte bu alanda kamu hukuku hükümleri uygulanmaya başlamıştır. Fransa’da geçerli olan idari rejim sistemi ve bununla bağlantılı olarak devletin kamu hukuku alanında sorumluluğu kısa süre içinde tüm Kıta Avrupası’nı etkilemiştir.⁹

Ülkemizde idari rejime tam olarak geçiş ve dolayısıyla devletin sorumluluğunun idari yargıda idare hukuku hükümlerine tabi olması ancak Cumhuriyet Dönemi’nde mümkün olmuştur. 1924 Anayasası’nın 51. maddesinde “*idari dava ve ihtilafları rü’yet ve hal’etmek üzere Şura-i Devlet teşkil edilecektir*” hükmü ile Danıştay yüksek mahkeme olarak kurulmuş ve idari yargı fonksiyonunu yerine getirmeye başlamıştır. Danıştay başlangıçta, pozitif hukukta herhangi bir düzenleme olmadığı durumlarda devletin sorumluluğu ile ilgili tazminat taleplerini reddetme eğilimi göstermiştir. Sonrasında Fransız Danıştay’ının içtihatlarının da etkisi ile hizmet kusuru kavramını kullanmaya başlamış ve hizmet kusurunu devletin kusur sorumluluğunun esası olarak görmüştür. Türk hukukunda idarenin sorumluluğuna anayasal temelde ilk kez 1961 Anayasası’nın 114. maddesinin son hükmü ile verilmiştir. Aynı hüküm 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin son fıkrasında da

Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 930.

⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 155-156. Fransa’da “Kral kötülük edemez” anlayışı, devletin sorumsuzluğu ilkesinin benimsenmesinin bir yansıması olarak devletin sorumlu tutulmasına uzun zaman engel olmuştur. Fransa’da, 19. yüzyıl ortalarına kadar, devletin sorumluluğu, esas itibarıyla ancak özel bir kanunla öngörüldüğü takdirde kabul olunuyordu. Ancak, 19. yüzyılın ikinci yarısında, önce Danıştay, ardından da Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Şubat 1873 tarihli meşhur “Blanco (Blanko) kararı” ile haksız fiiller nedeniyle idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Blanco kararında, aynı zamanda bu idari sorumluluğun, özel hukuktaki haksız fiillerden dolayı özel kişilere ilişkin sorumluluktan ayrı ve kendine has kurallara bağlı bir sorumluluk olduğu da belirtilmiştir. A. L. Dutheillet De Lamothe, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çev. Süheyy Derbil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, s. 113.

“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür” şeklinde değışmeden korunmuştur.¹⁰ Bunun sonucu olarak da yasama organı, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kanun çıkaramaz.¹¹ 1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu da *“idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”*nın idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir. Özetle, Türk hukukunda idarenin sorumluluğu esas olarak kabul edilmiştir.¹² Ancak belirtilmelidir ki, Türk hukukunda idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan sorumluluk esasları, içtihatlarla belirlenmiştir. Diğer bir ifade ile Türk Borçlar Kanunu benzeri bir kanun mevcut değildir.¹³

C. İdarenin Sorumluluğunun Türleri

İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu, özel hukuka tabidir. İdarenin idare hukukuna tabi olan faaliyetlerinden doğan sorumluluğu ise idare hukuku kurallarınca düzenlenir. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası (*“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”*) ayırım yapmaksızın genel anlamda idarenin mali sorumluluğunu ifade etmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereğı olarak kabul edilen idarenin mali sorumluluğu önceleri özel hukukun etkisiyle sadece kusura dayandırılmıştı. Ancak devletin görevlerinin gittikçe artması üzerine kusura dayalı tazmin yetersiz kalmaya başlayınca kusursuz bazı durumlarda da idarenin sorumluluğu söz konusu olmaya başlamıştır. Dolayısıyla idarenin idare hukukundan kaynaklı sorumluluğu, kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁴

İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemiyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise idarenin hukuka uygun eylem ve iş-

¹⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 157-158.

¹¹ Kalabalık, s. 527.

¹² Gözler, s. 1048.

¹³ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 938.

¹⁴ Metin Günay, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 367-368. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 158-159. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde ve İYUK'un 2. maddesinde idarenin sorumluluğundan bahsedilmiş ancak bu sorumluluğun temeli tıpkı Anayasa'nın 40/3, 129/5 ve 129/son maddelerinde olduğu gibi gösterilmemiştir. Kalabalık, s. 529.

lemlerinden kaynaklanan zararların idare tarafından bazı durumlarda idare tarafından tazmin edilmesidir. Kusursuz sorumluluk, “risk sorumluluğu” ve “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk” olmak üzere iki ilkeye dayanmaktadır. Risk sorumluluğu, “idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmesi” durumudur. Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk ise, “idarenin nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerinin külfetlerinin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması halinde bu kişi ya da kişilerin zararının idare tarafından, kusuru olmadığı halde karşılanması”dır.¹⁵

İdare hukukunda asıl olan ise kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu bakımından önce kusurun olup olmadığına bakılır. Kusur mevcut değilse kusursuz sorumluluk açısından değerlendirme yapılır.¹⁶

D. İdarenin Kusur Sorumluluğunun Şartları

İdarenin kusurlu sorumluluğunun doğması için idarenin sorumluluğu doğuran bir *fiil* gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu bazı durumlarda eylemsizlik şeklinde de olabilir. Bunun yanında *kusur, zarar ve illiyet bağı*nın mevcut olması gerekir. Zarar, kesin veya kesin gözle bakılan, parayla ölçülebilen, hukuken korunan bir menfaate yönelik, maddi veya manevi olmalıdır. Zarar görenin zararı idarece çeşitli kanuni yollardan karşılandıysa, idarenin ayrıca bir tazmin sorumluluğu olmayacaktır. İdarenin sorumlu olabilmesi için idari davranış ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Zarar ile idari faaliyet arasında dolaylı değil, doğrudan ilişki olmalıdır. Zararın oluş-

¹⁵ Gözler, s. 1082.

¹⁶ Kalabalık, s. 530. “İdari yargıda idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin borcunun doğması için ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zararlar eylem arasında nedensellik bağı'nın kurulması ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin olması gerekmektedir. Tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusurunun varlığı araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir”. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/iddk-e-2015-1172-k-2017-3252-t-26-10-2017>, (31.03.2020).

masına veya artmasına neden olan başka sebepler varsa idarenin sorumluluğu azalabilir veya kalkabilir. Çoğu zaman illiyet bağının saptanması teknik bir uzmanlık gerektirebilir.¹⁷

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Öğretide kabul edilmiş tanıma göre kusur, “*hukuk düzenince kınanabilen davranış*”tır.¹⁸ İdarenin tümüyle tüzel kişilerden oluşması ve genel anlamda kamu hukukuna tabi olması nedeniyle idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur, özel hukuktakinden oldukça farklı ve objektif bir özellik gösterir. İdare hukukuna göre, idarenin kusurundan bahsedebilmek için özel bir kusur türü olan “*hizmet kusuru*”nun mevcut olması ve ortaya çıkan zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir.¹⁹

II. İdarenin Sorumluluğu Bakımından Hizmet Kusuru

A. Genel Olarak Hizmet Kusuru

Türk hukukuna Fransız hukukundan giren hizmet kusuru kavramı ve özellikleri kanunlarda ifade edilmiş değildir.²⁰ Genel olarak Fransız Danıştay’ının içtihatları ile şekillenen bu kusur, özel hukuktaki kusur anlayışından oldukça farklı olarak kast, ihmal, dikkatsizlik vs. öğelerini barındırmamaktadır. Bu kusur bakımından kamu personelinin kusurlu olup olmadığına değil, “*hizmetin kendisinin*” kusurlu olup olmadığına bakılır. Bir başka deyişle, “*kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle idarenin belli bir görevlisine atıf ve izafe edilmesi mümkün bir kişisel kusur ile ortaya çıkmış olmayan, kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş veya teşkilatlanmasındaki aksaklık bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlık*” halinde karşımıza çıkan kusura hizmet kusuru denir. İdarenin kusurlu sorumluluğu açısından hem ülkemizde hem de ülkemizi etkileyen Fransız hukuku içtihatları bakımından hizmet kusurunun varlığı gerekmektedir.²¹

¹⁷ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, ss. 747-748.

¹⁸ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 951.

¹⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 159. Özel hukukta sorumluluğun temelini oluşturan kusur, objektif bir nitelik taşıyan hukuka aykırılık unsuru yanında, sübjektif niteliklidir ve bu nedenle ancak gerçek kişilere özgü olan kast, ihmal gibi unsurları taşıması bakımından, tüzel kişilerden oluşan idarenin sorumluluğunun temeli ve dayanağı olamaz. Kalabalık, s. 529.

²⁰ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 2. Baskıdan Tıpkı 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 834.

²¹ Günday, s. 369. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160. Kalabalık, s. 530. Sancakdar, Us,

Hizmet kusuru, klasik doktrine göre idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleminde meydana gelen bozukluk ya da aksaklığı ifade eder. “Hizmet” kavramı sadece idari faaliyetlerin bir türü olan kamu hizmetlerini değil, genel olarak tüm idari faaliyetleri kapsar. Öte yandan modern doktrinde hizmet kusuru kavramı tanımlanırken geleneksel olarak sayılan “*hizmetin geç, kötü işlemesi ya da işlememesi*” “*üçlüsü*” nün bir yana bırakılarak hizmet kusuru olarak ifade edilen durumu, “*kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik*” olarak tanımlama eğilimi mevcuttur.²²

Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 748. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1694. Danıştay bir kararında hizmet kusurunun tanımı, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile ilişkisi ve niteliği şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasanın 125. maddesinde; İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna göre idarece hizmetin işleyiş ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar idare tarafından tazmin edilmek durumundadır. Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya ya faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir”. Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/744, K. 2018/197, Karar Tarihi: 18.1.2018. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-744.htm&kw=%C5%9Fisel+kusur%23fm>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

²² Günday, s. 369, Gözler, ss. 1084-1085. Gözler, hizmet kusuru kavramının kullanılmasının işlevinin hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına işaret etmek olduğunu ifade ediyor. Buna göre, hizmet kusuru olarak ifade ettiğimiz, esasen “kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur”dur. Kusur hizmet tarafından değil, kişiler tarafından işlenebilir ve bir insan fiilidir. Bu nedenle de hizmet kusuru için bir hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde bozukluk şeklinde bir tanım doğru değildir. Yazara göre “geleneksel üçlü” olarak ifade edilen hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi ile hizmet kusurunun sınırlandırılması yanlıştır. Zira bu durumlar olmasa da kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri kendilerinden beklediği gibi değilse ortada bir kusur vardır Gözler, s. 1085. Danıştay da yakın tarihli bir kararında modern doktrinle paralel olarak hizmet kusurunu “Buna göre idarece hizmetin işleyiş ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar idare tarafından tazmin edilmek durumundadır. Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin göre-

İdarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk ya da aksaklık varsa hizmet kusuru var demektir. Kamu görevlilerinin kusuru olsa dahi, bu öznel kusur şayet hizmete ilişkinse idari sorumluluk ortadan kalkmaz.²³ Zira hizmet kusuru, doğal olarak soyut bir varlık olan idarenin değil, kamu görevlilerinin kusurlarıdır. Ancak bu kusurlar, kamu görevlilerinin onların görevlerinden ayrılamaz niteliktedirler.²⁴

Türk hukukunda kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden kişisel sorumlulukları yoktur. Bu nedenle hizmet kusurundan dolayı ortaya çıkan zarar için kamu görevlisine karşı özel hukuk hükümlerine dayanılarak adli yargıda tazminat davası açılmaz. Hizmet kusurunun varlığı halinde idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerekir.²⁵

vi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir” şeklinde ifade etmiş ve hizmet kusuru kavramının içine kamu personelinin görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği kişisel kusuru da dahil etmiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2017/3903, K. 2019/511, Karar Tarihi: 12.2.2019, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2017-3903.htm&kw=`ki%C5%9Fisel+kusur`#fm>, (Erişim Tarihi: 30.03.2020). Danıştay’ın 2008 tarihli bir kararında ise hizmet kusuru klasik doktrinle paralel şekilde ifade edilmiştir: “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Hizmet kusuru belirli bir ajan veya memurun şahsına atf ve zafere edilebilen bir kusur olmayıp, kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idareye ait bir kusurdur. Bu nedenle hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, hizmeti kusurlu yürüten ajan veya memurun yargı yerince belirlenmesi zorunlu değildir”. Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Karar Tarihi: 25.06.2008, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2007-2965-k-2008-4831-t-25-06-2008-saglik-hizmetinde-hizmet-kusuru/611337/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi:31.03.2020).

²³ Günday, s. 370.

²⁴ Gözler, s. 1156.

²⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1993/6, K. 1993/5 sayılı kararıyla, “kurumlarıyla hizmet ilişkisi içinde bulunan memur ve diğer kamu görevlilerinin, resmi sıfat, yetki ve olanaklarından yararlanarak gördükleri hizmet sırasında işledikleri görev kusurlarından dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında husumetin ilgili kuruma yöneltileceği bu nedenle de davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği” belirtilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1993/42 ve K.1993/41 sayılı kararında, adli yargıda kamu görevlisine karşı tazminat davası açılması durumunda, “hizmet kusuru ya da hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleşmesi” durumu varsa tazminat davasının görevsizlik ne-

B. Hizmet Kusuru ve Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ilişki bakımından idarenin eylemler ve işlemleri arasında bir ayırım mevcuttur. İdarenin eylemleri bakımından kusur ve hukuka aykırılık arasında bir bağlantı yoktur. İdarenin eylemleri hukuka uygun olsa da, kusurlu olabilirler. Örneğin bir doktorun bir hastalığın teşhisinde hata yaparak hastanın tedaviye geç başlamasına neden olması, hukuka aykırı olmayabilir ancak kusur vardır. Burada zararı doğuran eylem değil, eylemin kusurlu şekilde yapılmasıdır.²⁶

İdarenin işlemleri bakımından ise, kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Tabiri caizse, idarenin işlemleri bakımından hukuka aykırılık, kusura eşittir. Zarara neden olan işlem hukuka uygunsa kusur da yoktur; dolayısıyla idarenin kusurlu sorumluluğu da söz konusu olmaz. Bu durumda diğer şartlar varsa, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir.²⁷

Ancak idarenin işlemleri bakımından hukuka aykırılık-kusur karnesinin bazı istisnaları mevcuttur. GÖZLER'e göre, şekil, usul ve yetki unsurları bakımından hukuka aykırılıkları ile kusur arasında eşitlik yoktur. Çünkü bu unsurlar bakımından hukuka aykırılıklar sonradan giderilebilir; özleri itibariyle bu işlemler kusurlu değildirler. Örneğin, yetkisiz makam tarafından yapılan işlem idare mahkemesince iptal edildikten sonra, yetkili makam tarafından tekrar yapılabilir. Dolayısıyla yetki, şekil ve usul unsuru bakımından iptal edilen bir idari işlemde sonra ilgili kişiler tam yargı davası açarak tazminat isteyemezler.²⁸

deniyle reddedilmesi gerektiğini sonucuna varmıştır. Gözler, s. 1156.

²⁶ Gözler, ss. 1087-1088. Günay, s. 373.

²⁷ Kalabalık, s. 536.

²⁸ Bu duruma örnek olarak Danıştay 10. Dairesi'nin 04.10.1996 tarihli ve E. 1995/694, K. 1996/5781 sayılı kararına konu olan olayda, davacının işlettiği içkili-müzikli lokanta Valilik tarafından 2559 sayılı Kanun'a dayanılarak geçici süreyle kapatılmıştır. Davacının işyeri ...ilçesi sınırlarında bulunduğu için 2559 sayılı Kanun'da öngörülen işyeri kapatma yetkisinin mahallin en büyük mülki amiri olan Kaymakamlık tarafından kullanılması gerektiği gerekçesiyle kapatma işleminin iptali istenmiştir. İşlemin iptali üzerine, davacı lokantanın kapatılması nedeniyle uğradığı zararın tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. İdare mahkemesi "idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı dikkate alındığında idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun

Esas bakımından hukuka aykırılıklar, yani idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırılıklar ile kusur arasında ise eşitlik vardır. Zira bu unsurlardaki hukuka aykırılıklar sonradan giderilemeyen, üst hukuk normları değiştirilmediği sürece idari işlemin sakat kalmasına sebep veren hukuka aykırılıklardır. Dolayısıyla, bir idari işlemin bu unsurlarında sakatlık varsa ve işlem idare mahkemesince iptal edilmişse, bu işlem nedeniyle doğan zararlar için tam yargı davası açılabilir. Ancak Danıştay bu görüşe katılmamakta ve bazı hukuka aykırılıkları “içtihat hatası”, “takdir hatası” sayarak tazmini gerektirecek kusur olarak nitelendirmemektedir. Danıştay son dönemdeki kararlarında bu durumu “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılık” olarak ifade etmekte ve idarenin sorumluluğu bulunmadığına karar vermektedir. Söz konusu bu durum Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrası gereği ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde eleştirilmektedir.²⁹

bulunmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiş, Danıştay 10. Dairesi de bu kararı onamıştır. Gözler, s. 1090.

²⁹ Danıştay’ın içtihatı hata sayarak idarenin sorumluluğu bulunmadığına ilişkin 8. Daire’nin 16.03.1933 tarihli ve E. 1992/848, K. 1993/1389 sayılı kararına konu olan olayda, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizli Mühendislik Fakültesi 4. sınıf öğrencisi davacı, 1988 yılında girdiği sınavda bütünlemeye kalmıştır. Sınavda aldığı nota dolayısıyla kalma işlemine karşı Aydın İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmış, mahkeme işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun üzerine dersten kalması nedeniyle oluşan zararların tazmini için tam yargı davası açarak maddi manevi tazminat talebinde bulunan davacının talebini mahkeme olumlu bulmuş; idareyi tazminata mahkûm etmiştir. Bu kararın temyiz incelemesinde Danıştay 8. Dairesi, şu gerekçe ile kararı bozmuştur: “Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmaktaysa da her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı idare hukukunun genel ilkelerindedir. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir başka anlatımla, işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz... Dava konusu edilen hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır”. Gözler, ss. 1091-1095. Benzer bir karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 1990/981, K. 1990/812, Karar Tarihi: 28.06.1990, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1990-981-k-1990-812-t-28-06-1990-danistay-8-daire-karari/523347/%22hizmet+kusu ru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020), Danıştay 8. Daire, E. 1991/785, K. 1991/1587, Karar Tarihi: 10.10.1991, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1991-785-k-1991-1587-t-10-10-1991-danistay-8-daire-karari/618622/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

Hukuka aykırılık ve kusur ilişkisi bakımından değinilmesi gereken bir husus da, zararı doğurduğu iddia edilen idari işleme karşı iptal davası açılmaksızın doğrudan doğruya tam yargı davası ile zararın talep edilebilmesi durumudur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesine göre, “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler”. Söz konusu düzenleme ile, idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesine gerek olmaksızın zararın tazmininin talep edilebilmesi imkânını vermektedir.³⁰

C. Hizmet Kusuru Açısından Kusurun Derecesi

Özellikle Fransız idare hukukunda ve kimi zaman Türk hukukunda kusurun derecesinin sorumluluğunun belirlenmesinde önem oynadığı düşünülen bazı hizmetler vardır. Kolluk hizmetleri, hastane hizmetleri, vergi işleri, itfaiye işleri, hapisane faaliyetleri ve idari vesayet kullanılması gibi durumlarda idareye sorumluluk atfedebilmek için ağır kusurun bulunması gerektiği kabul edilmiştir.³¹

Danıştay’ın bazı kararlarında idarenin sorumluluğuna yol açacak olan hizmet kusurunun belli bir yoğunlukta olması gerektiği tespiti yapılmıştır. Ancak Danıştay’ın kararlarında hangi hallerde ağır hizmet kusurunun, hangi hallerde ise basit hizmet kusurunun bulunması gerektiği konusunda bir ölçüt mevcut değildir. Doktrindeki çeşitli yazarlara göre idarenin kusursuz da olsa sorumlu olabileceği kabul edildiğine göre sorumluluk için hizmet kusurunun ağır olması şartını aramak yerinde değildir.³²

GÖZLER’e göre, Fransız Danıştay’ı “ağır kusur” kavramını, bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak veya ortadan

³⁰ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 753.

³¹ Onar, s. 1738.

³² Günday, s. 374. Özay, s. 842, Ahmet Bozdağ, “İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay’ın Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 468, Eylül 2010.

kaldırmak için kullanmışsa da, Türk Danıştay'ı idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şart olarak değil, idarenin yaptığı kusurun derecesini, yoğunluğunu gösteren bir nitelik olarak kullanmıştır. Bu bakımdan yazara göre, Türk Danıştay'ının "ağır kusur" kavramını, idarenin sorumluluğunun şartı olmadığı halde ve idarenin basit kusurunun da sorumluluğunun doğmasına neden olacağı durumlarda dahi kararlarında kullanmasının anlamı ve gereği yoktur. Zira Fransız Danıştay'ı da bu şartı sadece, acil yardım, kurtarma, yangın söndürme, tıbbi faaliyetler, kolluk faaliyetleri gibi tehlikeli ve zor faaliyet alanlarında kullanmıştır ve daha-ısı son yıllarda bu alanlar bakımından da kullanmaktan vazgeçmiştir.³³

Türk Danıştay'ı genellikle sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusurunu aramaktadır. İdari Dava Daireleri Kurulu bunu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: "İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olacaktır".³⁴

³³ Yazarın eleştirdiği ve Danıştay'ın idarenin sorumluluğu için ağır ve önemli kusur aradığı bazı örnekler: bir öğrenciye yarıyıl süreyle okuldan uzaklaştırma disiplin cezası verilmesi işlemi, süresinde kayıt yenilememesi nedeniyle, bir üniversite öğrencisinin kaydının silinmesi işlemi, öğretim görevlisi kadrosuna atanma yapılmaması işlemi. Gözler, ss. 1129-1131.

³⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/2113, K.2011/1468, 24.11.2011, Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 941. Benzer şekilde bir karar: "İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir". Danıştay 15. Daire, E. 2013/8184, K. 2018/3299, Karar Tarihi: 03.04.2018, <https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-8184-k-2018-3299-t-03-04-2018/3370286/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020). Sağlık hizmeti bakımından bir başka kararında Danıştay, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Ambulanlar İla Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği ve hastanın durumu gereği Devlet Hastanesi'nden Üniversitesi Araştırma Hastanesine sevki sırasında ambulansla doktor bulundurulması gerekirken, sadece hemşire refakatinde sevk edilmesinin hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2013/4048, K. 2014/5742, Karar Tarihi: 26.06.2014, <https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-4048-k-2014-5742-t-26-06-2014-davacilarin-yakininiin-gecirdigi-bademcik-ameliyati-sonr/1490316/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

KALABALIK'a göre kusursuz sorumluluğun giderek genişletildiği günümüzde, idarenin sorumluluğunun şartı olarak ağır kusurun varlığının aranması sosyal devlet ilkesine ters düşer. Bu yüzden idarenin sorumluluğu bakımından hizmetin özellikleri dikkate alınarak idarenin kusurlu olması yeterli sayılmalı ve özel hukukta olduğu gibi, kusurun ağırlığı tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak kabul edilmelidir.³⁵ Kanaatimizce hizmet kusuru bakımından kusurun derecesi, tazminat miktarını belirleme noktasında da önem taşımamaktadır. Zira idarenin sorumluluğu bakımından tazminat miktarı belirlenirken "tam tazmin ilkesi" dikkate alınmaktadır.

D. Hizmet Kusuru ve Fiili Yol

"İdare tarafından gerçekleştirilen haksız fiillere" fiili yol denir. İdarenin işlerini kolaylaştırmak amacıyla yapılan kamulaştırma ya da geçici işgal usullerine başvurmaksızın bir kimsenin özel mülkünün işgali, yıkılmaya yüz tutan bir binanın yasal usul ve yollar uygulanmaksızın yıkılması, valiliğin yetkili merciin kararı olmaksızın bir gazeteyi toplatması, hukuka aykırı şekilde kamulaştırma ve taşınırlara el konulması, haberleşmeye engel olan müdahaleler, bir derneğin yönetimine el konulması, idare tarafından konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, hukuka aykırı tutuklama, gözaltı ya da pasaport talebinin reddi gibi dolaşım özgürlüğünü sınırlandıran her türlü engellemeler fiili yoldur.³⁶

İdarenin re'sen icra yetkisini idare hukuku kurallarına aykırı şekilde kullandığı, ağır hukuka ve usule aykırılıkla sakat eylemleri fiili yol oluşturmaktadır ve bu durum idarenin haksız fiili olarak görülmektedir. Bu sebeple hukukumuzda fiili yoldan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı dışında kabul edilmiştir.³⁷

³⁵ Kalabalık, s. 537. Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Tekinsoy'a göre de böyle bir ayırımın yapılması Anayasa m. 125'e uygun düşmez ve riskli faaliyetlerden ötürü kusursuz sorumluluk esasını da yok sayma anlamına gelir. Öte yandan sağlık hizmetleri bakımından özel hukuk kişilerinin hafif kusurlarından dahi sorumlu tutuldukları göz önüne alındığında, özel hukuk kişilerinden daha güçlü ekonomik imkânı bulunan idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmasının hukuki dayanağının olmadığı ifade edilmektedir. Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, ss. 942-943.

³⁶ Onar, s. 1669.

³⁷ Muhammed Ali Aydın, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, İstan-

Fiili yolun şartları şu şekilde özetlenebilir: i) Ortada idarenin maddi olarak yerine getirdiği bir etkinlik olmalıdır. ii) Öz ya da yöntem açısından yapılan hukuka aykırılık açık ve ağır olmalıdır. iii) İdarenin etkinliği mülkiyet hakkını veya kamu özgürlüklerini ihlal etmelidir. Fiili yola ilişkin davalar idari yargının görevi olmadığı için idari yargı yerleri fiili yol tespit ettiklerinde görevsizlik kararı vermelidirler.³⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi bu durumu 2014 tarihli bir kararında “*Olayda, davacılar, davalı İdarece verilmiş bir yıkım kararı olmadığı halde, maliki oldukları taşınmazdaki binanın idarece yıkıldığını iddia etmektedir. Davalı idare savunmasında, yıkılan binanın kaçak ve ruhsatsız olduğu belirtilmekte ise de, binanın yıkımı konusunda herhangi bir işlem başlatılmadığı ifade edilmektedir. Bu haliyle uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olup uyuşmazlığın görüm ve çözümünü adli yargının görev alanına girmektedir*” şeklinde ifade etmiştir.³⁹ Zararın idari nitelikli işlem ya da eylemden kaynaklandığı hallerde fiili yol söz konusu olmayacaktır.⁴⁰

E. Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusurunun doktrinde çeşitli özellikleri sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmaları genel olarak sıralayacak olursak beş temel özellikten bahsedebiliriz. Bunlar *nesnellik, bağımsızlık, aslilik, kişilik dışılık ve esneklik* olarak ifade edilebilir.

bul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 21

³⁸ Elif Kamiloğlu, İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 114.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2014/555, K. 2014/587, Karar Tarihi: 05.05.2014, <https://legalbank.net/belge/um-hukukb-e-2014-555-k-2014-587-t-05-05-2014-haksiz-fiil-iddiasindan-kaynaklanan-uyusmazligin-gorum-1412953/%22fiili+yol%22>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

⁴⁰ Örneğin Yargıtay zarar gördüğünü iddia eden şahsın idarenin yaptığı ihaleye katılarak en uygun teklifi verdiğini, ihalenin kendisine verildiğini, 4734 sayılı Kanun’un 10/4-c bendi uyarınca ihaleyi kazananların pirim borcunun olmaması gerektiğini, davalı tarafça borcu olmadığı halde borcu varmış gibi bilgi verilmesi nedeniyle ihalenin iptal edildiğini ve bu nedenle zarara uğradığını belirterek maddi tazminat talep ettiği davanın, hizmet kusurunun varlığı gerekçesiyle idari yargıda açılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2016/2321, K. 2016/8103, Karar Tarihi: 20.06.2016, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2016-2321-k-2016-8103-t-20-06-2016/2486546/%22fiili+yol%22>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

Hizmet kusuru, nesnel bir niteliktedir. Haksız fiil bakımından bireyler açısından söz konusu olan kin, garez, husumet gibi dürtülerle ortaya çıkan ya da ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi beşeri zaafarla ortaya çıkan sübjektif nitelikli bir kusur değildir. Hizmetin kendisinde görülen düzensizlik, bozukluk, aksaklık, eksiklik gibi durumlardan kaynaklanan objektif nitelikli bir kusurdur.⁴¹

Hizmet kusuru dendiğinde, özel hukuktaki haksız fiil bakımından şart olan kusurdan farklı, bağımsız, özerk bir kusur akla gelir. Bu kusur, idarenin kusuru olması bakımından kamu hukukuna ve idare hukukuna özgü, otonom ve orijinal bir kusur türüdür.⁴² Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin bireylerin zararını tazmin etmeleri için aranan şartlardan biri olup özel hukuktaki sübjektif ve psikolojik anlamından farklıdır.⁴³

Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk asli ve birincil bir sorumluluktur. Çünkü hizmet kusuru sonucu meydana gelen zarar nedeniyle, zarar gören kişi doğrudan idare aleyhine dava açabilir. Bu durum kişiler bakımından özel hukuktaki kusur sorumluluğuna kıyasla daha güvencelidir. Çünkü hizmet kusurunun varlığı halinde kusur kamu görevlisinden dahi kaynaklansa idare Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki kurtuluş beyinelerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁴

Hizmet kusuru, soyut, objektif ve anonim bir kusurdur. Hizmet kusuru idarenin kusuru olduğu için kişileştirilemeyen veya kişiselleştirilmesi gerekmeyen kişilik dışı bir kusurdur. Esasında idari faaliyetin beşeri unsurunu oluşturan kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanmasına rağmen belirli bir kamu görevlisine ya da görevlilerine atfedilemeyen ve atfolunması da gerekmeyen bir kusurdur. Zira olay araştırıldığında kusuru bulunan kamu görevlileri belirlenebiliyorsa dahi, aslen idare için sorumluluğa yol açan bir kusurdur. Diğer bir deyişle, idarenin kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından sorumluluğu ikincil ya da dolaylı bir sorumluluk değildir.⁴⁵

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160.

⁴² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160. Kalabalık, s. 532.

⁴³ Onar, s. 1695. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 755.

⁴⁴ Kalabalık, s. 531. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 755. Onar, s. 1696. Özyay, s. 836.

⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 161. Kalabalık, s. 531. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Tur-

Son dönemde hem kişisel kusur, hem de kusursuz sorumluluk alanına doğru genişleme eğilimi gösteren hizmet kusuru, bu bakımdan esnek ve değişken bir kusur türüdür. Bu değişim yargı kararları ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hizmet kusuru kavramı yargısal içtihatla gelişmekte ve şekillenmektedir.⁴⁶ Olaylara göre değişkenlik göstereceği için, idari yargı organı her somut olayda kamu yararı, kamu gereklilikleri, işleyiş şartları, zararın niteliği, hukuk devleti ilkesi gibi unsurları göz önünde bulundurarak tespit edilecek kusura dair tazminata hükmedecektir.⁴⁷

F. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

1. İdarenin Eylemlere İlişkin Hizmet Kusuru

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi hali, hizmetin gereği gibi yürütülememesi durumunda söz konusudur. Öte yandan, hizmetin hangi hallerde kötü işlemiş olduğunu genel olarak belirlemek mümkün değildir. Çünkü hizmetin kötü ya da iyi işlemesi, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu olanaklara bağlı olup her somut olay açısından farklılık gösterir.⁴⁸ Hizmetin kötü işlemesini, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması olarak da tanımlayanlar mevcuttur.⁴⁹ Esasen diğer hizmet kusuru hallerinde de hizmetin kötü işlemesi söz konusudur.⁵⁰

İdare kamu hizmeti sunmak zorunda olan bir devlet organı olduğu için, mevzuatla yetkili ve görevli kılındığı kamu hizmetleri gereği gibi yerine getirmek için gerekli örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli hizmetin gereklerine uygun şekilde hazırlamak durumundadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasında bunlardan faydalananlara bir zarar gelmişse ya da kişilerin ihtiyaçları normal şekilde karşılanmıyorsa kamu hizmetinin kötü işlemesinden bahsedilebilir.⁵¹

han, Önüt, Seyhan, s. 756. Onar, s. 1697.

⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 161. Onar, s. 1698.

⁴⁷ Kalabalık, s. 532. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 756.

⁴⁸ Günday, s. 370.

⁴⁹ Özay, s. 838.

⁵⁰ Aysema Pelin Şaşmaz, "İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (2), 2016, s. 218.

⁵¹ Kalabalık, s. 530.

Hizmetin kötü işlenmesine ilişkin bir örnek olarak, belediyenin yol yapım ve onarımını yaptığı alt yapı çalışmaları esnasında Karayolları Genel Müdürlüğü denetiminde bulunan yolun parke ve tretuvarlarına zarar verdiği gerekçesiyle doğan uyuşmazlıkta, davalının kamu hizmetini yerine getirirken hizmetin kötü işlemesi nedeniyle hizmet kusurunun mevcut olduğu kabul edilerek davanın idari yargıda görülmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁵² Bir başka Danıştay kararında, ifadesi alınmak üzere polis karakoluna getirilen kişinin ifadeyi alan polis memurunca dövülmesi, nezarete gözetim altına alındıktan sonra ölmesi olayında, polis memurunun şahsı darp etmesi hizmetin kötü işlemesi olarak kabul edilmiş ve hizmet kusurunun varlığı nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Danıştay bu kararında, idare tarafından hizmet personeli üzerindeki *denetimin* gereğince yapılmamış olmasının *hizmetin kötü işlemesi* biçiminde ortaya çıktığını ve idarenin bu kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusuruna neden olduğunu vurgulamıştır.⁵³

b. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikmeyle yerine getirilmesi halinde hizmetin geç işlemesi söz konusudur. Bu belirlenirken hizmetin özelliğine göre idarenin kendinden beklenen çabukluğu gösterip gösteremediğine bakılır.⁵⁴ Ancak idarenin işin niteliğine ve durumun gereğine göre harekete geçebilmesi için *normal ve makul bir süre* geçmesi gerekir. Arada geçen kısa ve zorunlu bir süre için ortaya çıkan zarardan idareyi zorunlu tutmak doğru olmaz. Ayrıca hizmet kusuru idarenin üstlendiği hizmetlerin yerine getirilmesiyle ilgili bir kusur olması bakımından idarenin görmekle yükümlü olmadığı hizmetlere ilişkin gecikmeler nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilmez.⁵⁵

⁵² Danıştay 8. Daire, E. 2004/596, K. 2004/3110, Karar Tarihi: 29.06.2004, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-2004-596-k-2004-3110-t-29-06-2004-kamu-hizmetinin-gec-veya-kotu-islemesi/382830/%22hizmetin+k%c3%b6t%c3%bc+i%c5%9flemesi%22>, (Erişim Tarihi:20.06.2020).

⁵³ Danıştay 10. Dairesi, E. 1997/3568, K. 1999/4782, Karar Tarihi: 12.10.1999, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1997-3568-k-1999-4782-t-12-10-1999-polis-karakolunda-iskence-yapilmasi-sonucu-olum/402201/%22hizmetin+k%c3%b6t%c3%bc+i%c5%9flemesi%22>, (Erişim Tarihi:20.06.2020).

⁵⁴ Günay, s. 370.

⁵⁵ Özay, ss. 839-840.

Bazı durumlarda, nadiren de olsa, mevzuat idarenin hizmeti hangi süreler içinde göreceğini belirlemiş olabilir. Bu ihtimalde, bu süre aşıldıysa hizmetin geç işlediği tespiti yapılabilir. Aksi durumda ise hizmetin geç işleyip işlemediği konusunda hizmetin özelliğine, türüne, idarenin olanaklarına vb. göre belirlenecektir.⁵⁶

Hizmetin geç işlemesine örnek bir Danıştay kararında, davacıların yakınının tedavi gördüğü devlet hastanesinde ölümü olayında, bilirkişi raporunda davacıların yakınına uygulanan tedavide gecikme olduğu, bazı tetkiklerin hiç yapılmadığı, bu tetkiklerin yapılmamasının tedavinin gecikmesine neden olduğunu tespit edilmiştir. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, sağlık *hizmetinin geç işletilmesinin* davacıların yakınının ölümüne neden olduğu net bir şekilde ortaya konulmadığı için, davacıların maddi ve ölüme bağlı manevi zararının tazminine karar verilmese de Danıştay, sağlık *hizmetinin geç işletilmesi*, tıbbi müdahalenin gecikmesi nedeniyle davacıların duydukları acı ve üzüntü nedeniyle manevi zararların tazmininin gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁷

Danıştay bir başka kararında, bir binaya inşaat ruhsatı veren belediyenin, inşaatın usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığının kontrolünün çok uzun süre sonra yapılmasını, hizmetin geç işlemesi şeklindeki hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Uyuşmazlık konusu yapıya zemin+4 normal kat için belediye tarafından inşaat ruhsatı ve-

⁵⁶ Günday, s. 371. İYUK Madde 10 - "1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 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, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler". Söz konusu hükme göre, kanun koyucu kanunların ayrıca bir süre öngörmediği hallerde, idarenin olumsuz davranışlarına ve özel kişilerin haklarını savsaklamalarına fırsat vermemek için en çok altmış günlük süre içinde olumlu veya olumsuz bir işlem yapmaya zorlamakta, bu süre içinde idare bir karar almaz veya bir işlem yapmazsa başvuruyu zımnî olarak reddetmiş sayarak kişilerin yargı yoluna başvurmalarını amaçlamaktadır. Kalabalık, s. 533.

⁵⁷ Danıştay 15. Daire, E.2013/3258, K. 2014/1371, Karar Tarihi: 04.03.2014, [https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-3258-k-2014-1371-t-04-03-2014-trafik-kazasi-sonucu-yaralanan-murisin-tedavi-gordugu-de/1466786/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22,\(20.06.2020\).](https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-3258-k-2014-1371-t-04-03-2014-trafik-kazasi-sonucu-yaralanan-murisin-tedavi-gordugu-de/1466786/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22,(20.06.2020).)

rilmiş, ancak on yılı geçkin bir süre boyunca herhangi bir kontrol veya denetim yapılmamış ve 2006 yılında yıkım tehlikesi altında bulunduğu anlaşılması üzerine binanın tahliyesi yolunda işlem tesis edilmiştir. Danıştay, sözü edilen yapının ruhsata aykırı olarak 4 kat yerine 8 kat ve fen ve inşaat tekniklerine aykırı yapılması, davalı idarelerin uzunca bir süre denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesi, böylece *hizmetin geç işlemesi* nedeniyle zararın doğduğuna karar vermiştir.⁵⁸

c. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru, idarenin somut davranışı ve tutumu sonucunda oluşabileceği gibi, yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet için hiçbir şey yapmaması, hareketsiz kalması halinde de oluşabilir.⁵⁹ Ancak, öncelikle idarenin hizmeti yürütme konusundaki yetkisinin bağlı yetki mi, yoksa takdir yetkisi mi olduğuna bakılmalıdır. Yine de idarenin bir hizmetin yürütülmesi hususunda takdir yetkisi varsa, idarenin hareketsiz kalması, sorumsuzluğu sonucunu doğurmayabilir. Çünkü idarenin takdir yetkisi de mutlak değildir ve belli sınırlar içinde kullanılması gerekir.⁶⁰ Bağlı yetki hallerinde ise idarenin yeterli imkân olmasına rağmen bağlı yetkisini kullanmaması ve bir zarar doğması durumunda bu zararlı sonuçtan idarenin sorumluluğu doğar. Çünkü bu durum kanuna aykırılıktır ve hukuka bağlı olan idare, kanuna aykırılıktan sorumludur.⁶¹ Danıştay; idarenin yapmakla yükümlü kılındığı hizmetler açısından idarenin hareketsiz kalmasını açık hizmet kusuru saymaktadır.⁶² Burada idarenin görevli olmadığı bir konuda hizmetin işlememesi durumunda hizmet kusuru doğmayacağı da belirtilmelidir.⁶³

⁵⁸ Danıştay 6. Daire, E. 2008/10985, K. 2010/9594, Karar Tarihi: 19.10.2010, <https://legalbank.net/belge/d-6-d-e-2008-10985-k-2010-9594-t-19-10-2010-ruhsatsiz-veya-ruhsat-ve-eklerine-aykiri-olarak-baslanan/752655/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22>, (20.06.2020).

⁵⁹ Kalabalık, s. 533.

⁶⁰ Günday, s. 372.

⁶¹ Kalabalık, s. 534.

⁶² "Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin kendisine yüklenen görevleri ve yetkileri ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir", Danıştay 10. Daire, E. 1993/724, K. 1993/3146, Karar Tarihi: 13.9.1993, Şaşmaz, s. 219.

⁶³ Özey, s. 840.

Anayasa'nın 65. maddesinde "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, ...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." denmektedir. Bu hükümden yola çıkarak "hizmetin hiç işlememesi idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden kaynaklanıyorsa hizmet kusuru doğmayacak mı?" sorusu gündeme gelmiştir. Danıştay 12. Dairesi, 29.04.1972 tarihli ve 1970/5736 Esas ve 1972/1282 Karar numaralı kararında "... Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır..." diyerek dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulamamasından kaynaklı doğan zararlardan devletin hukuken sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak idarenin her zaman mali kaynakların yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacağından, bu sorumsuzluk halini sınırlamak gereklidir. Keza Anayasa'nın 65. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, böyle bir ölçüt sadece sosyal ve ekonomik alanlar bakımından idare tarafından ileri sürülebilir. GÜNDAY'a göre, idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ötürü bir hizmetin hiç yürütülmemesi kabul edilse dahi, yürütmeye başladığı bir hizmeti mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle yürütmekten vazgeçmesi halinde sorumluluktan kurtulmaması gerekir.⁶⁴

Hizmetin hiç işlememesi nedeniyle meydana gelen zarar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi tazminata mahkûm ettiği çeşitli kararları mevcuttur. AİHM Büyük Dairesi'nin 30.11.2004 tarihli "Öneryıldız/Türkiye"⁶⁵ kararı idarenin hizmet kusurunu ortaya koyan emsal bir karardır. İstanbul'da bir gecekondu mahallesinin yanında belediye tarafından işletilen çöplükte meydana gelen patlama sonucunda 19 kişinin ölmesi üzerine yapılan başvuruda, yetkililerin işletme risklerini ortadan kaldırmak için önlem almadıkları, başvuru-cuyu bu risklerin kaynağı olan çöplüğün yakınında yaşamaktan caydırmak için girişimde bulunmadıkları gerekçesiyle Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir. Aile içi şiddetin idarece önlenmemesi konusunda emsal olan bir karar ise "Opuz/Türkiye"⁶⁶ kararıdır. Başvurucunun eski

⁶⁴ Günday, ss. 372-373.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öneryıldız - Türkiye Davası, Başvuru no.: 48939/99, Karar Tarihi: 30.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22langua%22:%22TUR%22,%22appno%22:%2248939/99%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-162089%-22}}>, Erişim Tarihi: 12.02.2021.

⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Opuz - Türkiye Davası, Başvuru no.:

kocas1 başvurucunun annesini, yetkili merciler kocanın şiddet içeren davranışları konusunda defalarca uyarılmış olmasına rağmen öldürmüştür. Başvurucu ve annesi eski eş tarafından defalarca yaralanmış, psikolojik tacize maruz kalmış ve ölümlle tehdit edilmiş olmasına rağmen başvurucunun şikâyetleri takipsizlikle sonuçlanmış, yetkili merciler başvurucu ve annesini korumamıştır. Söz konusu başvuru nedeniyle de Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir.⁶⁷

2. İdarenin İşlemlere İlişkin Hizmet Kusuru

a. İdari İşlemin Salt Tesis Edilmesinden Doğan Hizmet Kusuru

Bazı idari işlemler salt tesis edilmekle kendiliğinden uygulanmış olurlar. Olumsuz idari işlemler salt tesis edilerek kimi hakları ihlal edip zarara neden olabilirler. Örneğin inşaat ruhsatı talebinin reddi yüzünden bir kişi zarar görebilir. Bunun yanında yapılan başvurulara sessiz kalan idare nedeniyle oluşan zımni ret işlemi nedeniyle kişiler zarar görebilir. Bazı durumlarda olumlu idari işlemlerin salt tesis edilmesi ile de zarar meydana gelebilir.⁶⁸ Örneğin idarenin hukuka aykırı işleminin mahkemece iptal edildiği bir olayda, iptale konu işleme güvenerek harcama yapan kişi, iptal sonucunda zarara uğramıştır. Danıştay olayda hukuka aykırı işlemin iptali sebebiyle uğranılan zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği kararına varmıştır.⁶⁹

b. İdari İşlemin Uygulanmasından Doğan Hizmet Kusuru

Hukuka aykırı idari işlemlerin uygulanmasından doğan zararlar da hizmet kusuru teşkil edebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üye-

33401/02, Karar Tarihi: 9.06.2009, [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-124268&filename=CASE%20OF%20OPUZ%20v.%20TURKEY%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-124268&filename=CASE%20OF%20OPUZ%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf), Erişim Tarihi: 12.02.2021.

⁶⁷ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önut, Seyhan, s. 752.

⁶⁸ Kalabalık, s. 535.

⁶⁹ "Olayda, uğradığı ileri sürülen zararın, davacı şirketin ihaleye katılmasından ve 10 gruptan oluşan laboratuvar hizmet alımının tamamına teklif verilmesi zorunluluğu getiren ihale şartnamesinin hukuka aykırı biçimde düzenlenmesinden kaynaklandığı, zarar ile idarenin işlemi arasında illiyet bağı olduğu açıktır". Danıştay 13. Daire, E. 2011/2603, K. 2011/3886, Karar Tarihi: 20.9.2011, şaşmaz, "İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", s. 216.

re, her sakatlık hali idarenin hizmet kusuru anlamına gelmez. Dahası hukuka aykırılık nedeniyle bir işlemin iptal edilmesi durumunda her zaman hizmet kusuru olmayabilir.⁷⁰

Zarar görenler, hukuka aykırı işlemlerin uygulanmasından doğan zararların karşılanmasını doğrudan doğruya tam yargı davası açarak idareden talep edebilecekleri gibi, iptal davasıyla birlikte ya da iptal davasının sonuçlanmasının ardından da isteyebilirler. Yoklukla sakat işlemler için de benzer durum söz konusudur. KALABALIK'a göre, bu işlemler bakımından, yoklukla sakat işlemi uygulayan kamu personelinin kötü niyet, kasıt, kin, garez, intikam ya da ağır dikkatsizlik gibi görev ve hizmetle ilişkisini kesen bir kusur bulunmadığı sürece yoklukla sakat işlemin doğurduğu zarardan da idare, hizmet kusuru esasına göre sorumludur.⁷¹

G. Hizmet Kusurunun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi

İdarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, genel bir usul hukuku kuralı olan "*iddia eden ispatını mükelleftir*" kuralı gereği zarar gören davacıya düşer. Davacı, idarenin kusurunu kanıtlayamazsa idari yargı yeri davayı reddeder. Ancak bu durumu idari yargılama bakımından yumuşatan iki husus söz konusudur: "*re'sen araştırma ilkesi*" ve "*kusur karinesi*".

Re'sen araştırma ilkesi, "*davanın taraflarının sunmasına veya talebine bağlı olmadan her türlü incelemenin mahkemece kendiliğinden yapılması*"dır. İYUK m. 20'de bu husus "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler*" şeklinde düzenlenmiştir. Re'sen araştırma ilkesi gereği mahkemeler belgeleri istemenin yanı sıra gerekli görüyorlarsa keşif ve bilirkişi incelemesini de re'sen yaptırabilirler. İlkenin amacı, idari yargı bakımından daha güçlü taraf olan idare ile idare edilenleri eşitlemektir. Zira idarenin karşısındaki bireyin davasını aydınlatacağı

⁷⁰ Kalabalık, s. 535. Bu durum yukarıda "Hizmet Kusuru ve Hukuka Aykırılık" başlığı altında ifade edilmişti.

⁷¹ Kalabalık, ss. 535-536.

delilleri bulması çoğu zaman çok güçtür ve sadece kendisinin sunduğu delillerle davayı kazanması zor olacağı için hâkim resen araştırma yetkisi ile donatılmıştır.⁷² Dolayısıyla hizmet kusurunun tespiti noktasında, zarar gören zarara sebep olan eylem ve durumları tam olarak bilemiyor ya da tespit edemiyorsa bile idari yargı yeri kendiliğinden zarara sebep olan ve sorumluluk doğuran hususları araştıracaktır.

Kusur karinesi ise, *“hâkimin farklı ipuçlarından yola çıkarak kesin olarak bilinmesi imkânsız nitelikteki bir kusurun varlığını ortaya çıkarmaya yönelik mantıksal işlem”* olarak ifade edilmektedir. İdarenin kusurunun varlığının ispatlanmasının gerçekten zor olduğu bazı durumlarda kusurlu olduğu yönünde bir karine kabul edilerek ispat güçlüğünün aşılması mümkündür. Kusur karinesi, idari yargı içtihatları ile ortaya çıkan *“fiili bir karine”* olup idare tarafından aksi ispat edilebilen bir karine olması nedeniyle aynı zamanda *“adi bir karine”* dir. Kusur karinesi yargılamanın tarafları arasında eşitsizliği dengeleme amacı gütmesi nedeniyle adil yargılanma ilkesine de hizmet eder. Günümüzde kamu hizmetlerinin giderek genişlemesi ve çeşitlenmesi bakımından zarar görenin zararını ispatlamasının giderek zorlaştığı göz önünde tutulduğunda, uyuşmazlıkların çözümü noktasında kusur karinesi önem kazanmaktadır.⁷³

Fransız Danıştayı özellikle iki alanda kusur karinesini uygulamıştır. Bunlardan biri kamusal tesislerden yararlananların uğradıkları kazalar; diğeri ise tedavi hizmetleri esnasında anormal ve beklenmedik durumların ortaya çıkmasıdır. Türk Danıştay’ı ise kararlarında kusur karinesine başvurmamakta, bunun yerine idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanmaktadır.⁷⁴ Kanımızca, kusursuz sorumluluk ilkesinin kusur sorumluluğuna göre ikincil nitelikli olması nedeniyle, Danıştay’ın öncelikle kusur karinesine başvurarak idarenin kusurlu sorumluluğu çerçevesinde uyuşmazlığa çözüm getirmesi daha yerinde olacaktır.

⁷² Mahmut Ceylan, *İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 106-108.

⁷³ Emine Cin Karagöz, *“İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi”*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, ss. 47-48.

⁷⁴ Kalabalık, s. 538.

H. Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı

1. Genel Olarak Kişisel Kusur

Danıştay içtihatlarında kişisel kusura ilişkin, *“hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere dair kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”* tespitini kararlarında sıklıkla ifade etmektedir. Dolayısıyla Danıştay’a göre kamu görevlisinin görevini yerine getirirken oluşan kişisel kusurlarından da idare sorumludur.⁷⁵

Doktrinde kimi zaman kişisel kusur “salt kişisel kusur” ile eş değer anlamda kullanılmaktadır. Bu iki kavramın birbiri yerine kullanılması karışıklığa yol açmaktadır. “Salt kişisel kusur” ifadesinin, hizmet dışında işlenen ve hizmetle hiçbir bağı olmayan, resmi görev ve sıfattan ayrılabilen, tamamen kamu görevlisine ait kusurlar için kullanılması kanımızca daha doğru olacaktır.

Salt kişisel kusur ile hizmetten ayrılmayan kişisel kusur ya da diğer bir ifadeyle görev kusurunu ayırt etmek istemiştir. Bu iki kusur türünü ayırmak bazı hallerde oldukça zordur. ONAR, bu konuda ileri sürülen kriterleri üç başlıkta toplamaktadır: İlk olarak memurun fiili bir suç niteliği taşıdığı takdirde kusur, memurun sorumluluğunu doğuran kişisel kusur olabilir. İkinci olarak, memurun kişiye karşı kötü bir kasıt ve niyetinden çıkan kusuru memurun sorumluluğunu doğuran kişisel bir kusur meydana getirir. Üçüncü olarak da bazı hallerde memurun kusuru çok ağır ise memurun sorumluluğunu doğuran kişisel kusur sayılır.⁷⁶

Doktrin ve yargı kararlarında memurun kişisel kusurunun bulunduğu özel durumlar aşağıda daha ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

a. Kamu Personelinin Suç Niteliğindeki Davranışları

Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları bakımından doktrinde ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görü-

⁷⁵ Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/8532, K. 2017/3145, Karar Tarihi: 30.5.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-8532.htm&kw=`ki%C5%9Fisel+kusur`#fm>, (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

⁷⁶ Onar, ss. 1699-1701.

şe göre, kamu personellerinin taksirli ya da kasıtlı olan hizmet içindeki davranışı suç niteliği taşıyorsa, bu durumda kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilir. Suç ile hizmet birbirleri ile bağdaşmayan iki ayrı kavram olup bir davranış suç niteliği taşıyorsa artık onun hizmet ile ilişkisi kesilmiş kabul edilir.⁷⁷ Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise her ne kadar kamu görevlilerinin görevden ayrılabilen kişisel kusurları idarenin kusurunu ortadan kaldırmalıysa da eylemin suç olması görevden ayrılması için yeterli ölçüt değildir. Örneğin kolluk görev sırasında suç da işleyebilir. Kolluk görevlilerinin suç sayılan işkence eylemlerini görevden ayırmak mümkün değildir.⁷⁸

Burada değinilmesi gereken bir husus da “kanunsuz emir” konusudur. Anayasa’nın 137. ilk ve ikinci maddelerine göre “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç*

⁷⁷ Günday, ss. 374-375.

⁷⁸ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 948. Danıştay da bu durumla paralel şekilde, Jandarma Bölük Komutanlığına bağlı bir timin idari bir görevin ifası nedeniyle gittikleri köyde, tim komutanı tarafından vurularak öldürülen kişinin yakınlarının uğradıklarını öne sürdükleri maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi’nin hizmetle bağdaşmayan ve suç niteliği taşıyan kişisel kusurundan nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kararı bozmuştur. “Dava konusu olayda, bir jandarma timinin idari bir görev nedeniyle gittikleri köyde köpeklerin saldırısına uğradıkları, köylülerden birinin köpeklere müdahale ettiği sırada jandarma tim komutanının silahtan çıkan merminin köpeklere müdahale eden kişinin ölümüne sebep olduğu anlaşılmaktadır. Olay nedeniyle yapılan ceza yargılaması sonunda, ölüme sebep olan jandarma tim komutanı tam kusurlu bulunarak, dikkatsizlik ve önlemsizlik nedeniyle cezalandırılmıştır. Ancak bu durumun davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı sadece idareye söz konusu kişiye rücu etme imkânı vereceği açıktır. Zira bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun suç niteliği taşısa bile, hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Jandarma tim komutanının idari faaliyetle ilgili bir görev sırasında davacıların yakınlarının ölümüne neden olması hizmetin kusurlu işletildiğini göstermektedir. Davalı idarenin açıklanan hizmet kusuru nedeniyle davacıların uğradığı zararı tazmin etmesi gerekmekte olup; aksi yolda verilen temyizle konu kararda hukuki isabet görülmemektedir.” Danıştay 10. Daire, E. 1995/1806, K. 1996/5983, Karar Tarihi: 15.10.1996, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1995-1806-k-1996-5983-t-15-10-1996-danistay-10-daire-karari/530681/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." Bu hüküm gereği ceza hukuku bakımından da kamu görevlisi kendisine verilen ve suç niteliği taşıyan emri uyguladığı takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Ancak konusu suç teşkil etmemekle birlikte emrin konusu hukuka aykırı ve yazılı olarak bildirilmiş olması durumunda sorumluluk emri uygulayana değil verene aittir. Kanaatimizce bu durumda artık idari sorumluluk anlamında da kamu personelinin kişisel kusuru bulunmayacaktır; Anayasa da kanunsuz emrin yazılı olarak tekrarlanması halinde yerine getirileceğini düzenlemektedir. Ancak ONAR'a göre memurun amire itaat mecburiyeti onu kişisel kusurlarından kaynaklı kişisel sorumluluğundan kurtarmaz. Çünkü hiyerarşi yetkisi memura, amirine körü körüne itaat, kanunlara aykırı fiillerde bulunma, kişisel kusur oluşturacak eylemlerde bulunma gibi yükümlülükler yüklemek.⁷⁹

b. Yargı Kararlarına Uymama

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" şeklindeki düzenleme ile mahkeme kararlarının idare tarafından uygulanması anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır. Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde Anayasa m. 40/3 ve m. 129/5 hükümlerinin uygulanması söz konusu olur.⁸⁰

Yargı kararlarına uymamak, ilgili kamu personelinin kişisel kusuru olarak kabul edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.09.1979 tarihli ve 1978/7 Esas ve 1979/2 Karar numaralı kararına göre, Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarını uygulaması gereken bakan veya diğer kamu görevlilerinin bu kararları uygulamaması kişisel kusurdur.⁸¹

⁷⁹ Onar, s. 1700.

⁸⁰ Yasin Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 575-576.

⁸¹ Günday, s. 375. Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 24.9.1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek, yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi

Yargıtay'ın, kamu görevlisinin mahkeme kararını uygulamaması durumunda salt kişisel kusurunun bulunacağı ve bu nedenle mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı adli yargı mercilerinde sadece kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilebileceği yönünde kararları mevcuttur. Yargıtay'ın bu tutumunun ardında mahkeme kararlarının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen hatta kişisel veya siyasi saiklerle mahkeme kararlarını uygulamayan ya da uygulanmasını geciktiren kamu görevlilerini caydırmak amacı vardır. Zira kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulması, rücu müessesesinin işletilmesinden daha caydırıcıdır.⁸²

altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. Mahkemeye göre ayrıca, "kişisel kusurun saptanması için sayılan duyguların etkisi altında davranıldığı belirlenip ortaya çıkarılmasında ispat yönünden büyük güçlükler vardır. Böyle bir görüşün kabulü halinde karar gereğini yerine getirmeyen görevlinin hukuki sorumluluğu ancak pek sınırlı durumlarda mümkün olabilecektir ve böylece Danıştay kararlarının uygulanması olanağı hemen hemen ortadan kalkacaktır". Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E.1978/7, K. 1979/2, 22.10.1979, <https://legalbank.net/belge/y-ictihadi-birlestirme-buyuk-genel-kurulu-e-1978-7-k-1979-2-t-22-10-1979-danistayca-yurutmenin-durdu/187516/>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020)

⁸² Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", s. 577. Yargıtay'ın söz konusu görüşüne örnek niteliğindeki bir kararında, "İl Milli Eğitim Müdürü olarak görev yapan davacı 11.11.2004 günü Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı'na uzman olarak atanmış, işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada yürütülmesinin durdurulmasına dair karar idare tarafından uygulanmış; işlemin iptaline dair 30.9.2005 tarihli kararının idareye tebliğ edildiği 15.2.2006 gününden önce 16.1.2006 gününde, davacı bu kez Personel Genel Müdürlüğü'nde oluşturulan komisyonda 6 ay süreyle görevlendirilmiştir. Davacı idareye başvurarak iptal kararının süresi içerisinde uygulanmasını talep ettiği, davalıların aldığı karar ile 16.1.2006 tarihli görevlendirmenin sona erdirildiği ve bu kararın davacıya 23.3.2006 tarihinde tebliğ edilerek davacının geçici görevlendirilmeden ayrılışının 24.3.2006 tarihinde yapıldığı ve davacının önceki görevine eylemli olarak 27.3.2006 günü başladığı anlaşılmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı biçimsel olarak uygulanan davacı, bunun hemen arkasından başka yerde görevlendirilerek idare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı etkisiz hale getirilmiştir. Ayrıca, iptal kararına yönelik ilk işlem 30 gün dolmadan gerçekleştirilmiş olmasına karşın, davacının yasada öngörülen 30 günlük sürede eylemli olarak göreve başlaması sağlanmamıştır. Direnme yoluyla H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık, yargı kararının uygulanmaması sebebiyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine dair davada yargı kararını uygulamadığı ileri sürülen kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının aranıp aranmayacağı, burada varılacak sonuca göre davalıların manevi tazminatla sorumlu tutulmalarının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Uygulamada, yargı kararlarını yerine getirmeyenlerin tazminatla sorumlu tutulacakları kabul edilmekte, kararın otuz gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Yargı kararını uygulamak durumunda bulunanların, kararın eksikliği veya yanlışlığını tartışma yetkileri bulunmadığı

Daha önce 2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm ile "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez hükmü yer almış ve dördüncü fıkrasında ise Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir" düzenlemesine yer verilmişti. Bu hüküm ile mahkeme kararını 30 gün içerisinde kasten yerine getiremeyen kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğrudan kendisinin sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Söz konusu hüküm, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüşse de, Mahkeme 11.12.2012 tarihli ve E. 2012/22, K. 2012/133 sayılı kararıyla hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁸³ Ancak 06.03.2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete'de ya-

gibi bu kararları eksik uygulamaları, uygulamış gibi davranarak işleme yapay bir görüntü vermeleri de kararın uygulandığı sonucunu doğurmaz. Kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Gerek öğretide gerekse sapma göstermeyen yargısal içtihatlarda yargı kararlarını uygulamamanın, salt kişisel kusuru oluşturacağı benimsenmiştir". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1553, K. 2015/11, 14.01.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1553-k-2015-11-t-14-01-2015-yargi-kararinin-uygulanmamasisebebiyle-kisilik-haklarina/1487099/>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

⁸³ Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şu gerekçelere dayanmıştır: "Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında; 'Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir' denilmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereği'dir. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez' denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konu-

yımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun'la, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 4. fıkrası değiştirilmiştir: “*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir*”. Dolayısıyla artık yargı kararlarını yerine getirmeme durumu da dâhil olarak hizmet kusuru bakımından sadece ilgili idare aleyhine dava açılabilir. Ancak idarenin daha sonra kişisel kusur nedeniyle kamu personeline rücu etmesi mümkündür.

c. Kamu Görevlilerinin Kötü Niyetli Davranması

Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken düşmanlık, siyasi kin ve rekabet, kişisel ihtiras ya da kişisel menfaat sağlama gibi nedenlerle zarar verici işlem veya eylemlerde bulunmaları kişisel kusur sayılmaktadır.⁸⁴

Kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini yerine getirmek için yetkilerini yalnızca kamu yararı doğrultusunda kullanmaları gerektiği göz önünde tutulduğunda, kamu görevlilerinin yetkilerini sübjektif saiklerle kullanmasının kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgisi bulunmamaktadır.

Öte yandan yetkilerin yerinde kullanılmaması, saptırılması suretiyle amaç unsuru bakımından hukuka aykırı her durumda, kamu görevlisi hukukun belirlediği amaç dışında hareket etmiş olmakla birlikte kendisine kişisel bir kusur isnat edilememekte ve bu haller de hizmet kusuru sayılmaktadır. Örneğin kamu görevlisi kamu düzenini korumak için kendine verilmiş bir yetkiyi idareye mali çıkar sağlamak

sunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir”. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b31ad75b-1894-455e-84bb-99a6c5aae1e5?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 10.03.2020)

⁸⁴ Günday, s. 376, Yargıtay bir kararında, “Davacının sicil amirleri olan davalıların, nedensiz biçimde ve kişisel duygularla davacı hakkında olumsuz sicil raporu düzenledikleri iddia edilmektedir. Olumsuz sicil raporları açılan davalar sonucu “objektif olarak hazırlamadıkları” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dava dosyalarında da davacının sicilinin olumsuz olmasını gerektiren herhangi bir soruşturma veya rapor bulunmamaktadır. Bu duruma göre, davalıların sicil konusunda sübjektif davrandıkları, diğer bir anlatımla yansız olarak sicil düzenlemedikleri ve böylece kişisel kusurları bulunduğu anlaşıldığından bu somut olgu gözetilerek manevi tazminat takdiri gerekir” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2003/1367, K: 2003/10869, Karar Tarihi: 30.09.2003, Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, s. 579.

için kullanırsa kişisel kusur sayılmamaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatlarına göre böyle bir durumda şahsi zaaf, çıkar, dikkatsizlik vs. yoktur.⁸⁵

d. Hizmetten Ayrılabilen Kişisel Kusur

Doktrinde bu kategoride incelenen durumlar zaman zaman “ağır kusur” olarak ifade edilmektedir. Ancak kanımızca bu başlık yerine hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ya da salt kişisel kusur kavramları daha uygundur. Zira kusurun ağır olması hali, her zaman kusurun hizmetten ayrı bir nitelikte olduğu anlamına gelmez. Hizmetten ayırlamayan bir durum söz konusuysen ağır kusurun varlığı hizmet kusurunu ortadan kaldırmaz.

ONAR, kişisel kusur mevcut olsa da şu durumlarda mutlaka hizmet kusurunun varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: a) Suç oluşturmamak ve kötü niyetli olmamak şartıyla hukuki tasarrufların ve idari kararların içerdiği kusurlar. Ancak bu kusurlar yoklukla malul ise tasarruflar ortadan kalkar ve bu tasarruflara bağlı gelişen icrai hareketler kişisel kusur meydana getirerek haksız fiil meydana getirirler. b) Bir suç niteliğinde olmamak ve ağır kusur teşkil etmemek şartıyla bir hizmetin ifası sırasındaki fiiller ve idari hareketlerin içerdiği kusurlar.⁸⁶

Ancak Yargıtay'ın hizmet içerisinde gerçekleşse de hizmet ile bağdaşmayacak nitelikte bulunduğu ve salt kişisel kusur saydığı bazı örnekler mevcuttur. Devlet hastanesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı, aynı hastanede doktor olarak görev yapan davalıdan, sağlık güvencesi olmayan bir şahıs için sağlık raporu almak talep etmiştir. Davalı yapılacak bir şey olmadığını söyleyerek davacıya hakaret etmiş, bunun üzerine davacı, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia ederek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, davalının memur olması sebebiyle davanın ilgili kuruma karşı açılması gerektiği; davalıya husumet yöneltilemeyeceği gerekçe gösterilerek, husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını “*kamu görevlilerinin hakaret etmeleri açıkça kişisel kusur oluşturur ve hiç bir biçimde görev ile ilişkilendi-*

⁸⁵ Onar, s. 1700.

⁸⁶ Onar, s. 1701.

rilemez. Bu sava dayanan davaların, Anayasa m.129/5 kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir” gerekçesiyle bozmuştur.⁸⁷

Keza benzer bir olay olumsuz görev uyuşmazlığı nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Bir devlet hastanesinde personel olan davacı hamileliği sebebiyle aynı hastanede muayene olmak istediğinde doktorun kendisini muayene ederken çok sert davranması nedeniyle uyarması sonucu aralarında tartışma çıkması ve doktorun kendisine diğer personelin önünde hakaret etmesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla asliye hukuk mahkemesinde tazminat davası açmış; mahkeme davalı üniversite bünyesinde görevli doktorun muayene esnasında davacılara yönelik eylemi nedeniyle davacıların varsa manevi zararlarını doktorun bağlı olduğu idare aleyhine idari yargıda açacakları davayla talep etmeleri gerekeceği gerekçesiyle davanın yargı yolu bakımından reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir. Daha sonra davacı davasını idari yargıda açmış, idare mahkemesi idarenin eylemlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında bir yıl içinde ön karar alınması gerekliliği bakımından davacının süreyi kaçırdığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, “kamu görevlilerince görevleri sırasında gerçekleştirilen işlem ya da eylemler sırasında, ağır kişisel kusur ile hareket edilmiş olması ve bu kusurun hizmet kusurundan ayrılabilir nitelikte bulunması durumlarında, hizmet kusuru ve zarara konu olay arasındaki illiyet bağı kesileceğinden, kamu görevlisinin yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal korumadan yararlanması ve kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak açılan davanın, 2577 sayılı Kanun çerçevesinde idari yargı yerinde görülmesi mümkün olmayacaktır” gerekçesiyle davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁸

2. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusurun Bir Arada Bulunması

İdarenin sorumluluğu açısından, kamu görevlisinin görevi ile ilgili olarak kimi kusurlu davranışlarıyla kişilere zarar vermesi durumun-

⁸⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13589, K. 2014/17550, Karar Tarihi: 22.12.2014, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2014-13589-k-2014-17550-t-22-12-2014-haksiz-eylem-nedeniyle-manevi-tazminat-istemi/1439237/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020).

⁸⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2016/482, K. 2016/617, Karar Tarihi: 26.12.2016, <https://legalbank.net/belge/um-hukukb-e-2016-482-k-2016-617-t-26-12-2016-tedavi-i-199-in-gittikleri-220-niversite-hastanesinde-d/2650002/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020).

da, hem söz konusu kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla hem de idarenin, kamu görevlisinin davranışlarından dolayı hizmet kusuru dolayısıyla doğrudan sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu noktada hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının önemi ortaya çıkmaktadır.

Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavram olup mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş olup mevzuatta tanımlanmış değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları kişisel kusur kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.⁸⁹ Hizmet içinde kişisel kusur olarak kabul edilen durumların varlığı idarenin hizmet kusurunu ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁹⁰ Zira idare kişisel kusuru olan kamu görevlisini kendisi seçmiştir ve personel üzerinde eğitim verme, denetim ve gözetim gibi görevleri vardır. Bu nedenle de kamu personelinin hizmet içindeki kusurlu davranışları idarenin söz konusu görevlerini gereğince yerine getirmediğini gösterir. Bu durumda hizmet kusuru ve kişisel kusur iç içe geçmiştir ve zarara uğrayan kişinin zararın tazminini kimden isteyeceği hususu önemlidir.⁹¹

Fransız idare hukukunda, kamu görevlisinin kişisel kusuru varsa, kamu görevlisinin sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu birleşmekte

⁸⁹ Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", s. 564.

⁹⁰ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 760.

⁹¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 695. İdarenin denetim görevini yerine getirmemesinin de hizmet kusuru olduğuna ilişkin, Danıştay, Konya'da çöken Zümrüt apartmanı nedeniyle zarar gören kişilerin zararının tazmini nedeniyle açılan davada "statik projenin uygun olmadığı yapının projenin bazı kısımlarına uygun yapılmadığı, beton ve demir standardına uyulmadığı, sonradan yapılan ilave asma katın ruhsatlandırılmakla birlikte statik projeye işlenmediği ve tüm bu unsurların birlikte çökmeye sebep olduğu anlaşıldığından hatalı projeye onay veren idarenin hizmet kusuru işlediği, fenni mesul delaletiyle de olsa belediyenin hizmet kusurunun bulunduğu, çökmede önemli rol oynadığı saptanan tadilatın statik projeye yansıtılmasından ruhsat verilmesi nedeniyle ağır hizmet kusuru işlendiği diğer taraftan idarenin hem yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hem de fenni mesul ve müteahhidin kontrolünü gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle konut hakkı ihlal edildiğinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi gereğince de hizmet kusurunun mevcut olduğu sonucuna ulaşılması nedeniyle maddi tazminat istemlerinin kabulüne, söz konusu hizmet kusurunun basit bir hukuka aykırıktan çok daha ötede olduğuna" karar vermiştir. Danıştay 6. Daire, E. 2005/3310, K. 2006/2160, Karar Tarihi: 21.04.2006, <https://legalbank.net/belge/d-6-d-e-2005-3310-k-2006-2160-t-21-04-2006-danistay-6-daire-karari/654166/%22hizmet+kusuru%22>, (31.03.2020).

ve zarar ister adli yargıda kamu görevlisinden isterse de idari yargıda idareden talep edilebilir. Türk hukukunda ise kamu görevlisinin kişisel kusuru varsa, 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 5. fıkrası gereği kural olarak, zarar gören kişi kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açamaz, idari yargıda tam yargı davası açması gerekir.⁹² Söz konusu durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da düzenlenmiştir. DMK m. 13'e göre, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili kusurlu davranışları sonucu kişilere verdikleri zararların kamu görevlisi aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılarak istenmesi söz konusudur.⁹³

Hem Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası, hem de DMK m. 13, kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımı yapmamıştır. Anayasa m. 129/5, "kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları...ancak idare aleyhine açılabilir" şeklinde bir düzenleme içermektedir. DMK m. 13'te ise "kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı" bu görevleri yerine getiren personel aleyhine dava açılması yasaklanmıştır.

Bu noktada "görev kusuru" kavramına yer vermek gerekir. Doktrinde görev kusuru olarak adlandırılan kavram, esasen şunu ifade etmektedir: "somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de aslında idarenin kendi davranışı sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin 'kendi sorumluluğunu' doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı 'göreve ve idareye' ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun kamu personeline kişiselleşen görünüm biçimi" dir.⁹⁴ Doktrinde ve yargı

⁹² Gözler, s. 1162.

⁹³ DMK m. 13: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".

⁹⁴ Ozansoy, Tarihsel ve Kuramsal, s. 285'ten aktaran Özay, s. 865. "Davacı, davalı F.. A..'ın başmüfettiş olduğunu, hakkında yürüttüğü soruşturma nedeniyle kendisine ait bilgisayardaki S. adresine girdiğini, arkadaşları ile yaptığı görüşmelere ait bilgileri kayıt altına alarak soruşturma dosyasına eklediğini, davalının eyleminin haberleşme özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ve kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu belirterek eldeki tazminat davasını açmıştır. Davacının bu iddiası, içerikçe davalının kamu görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel

İçtihatlarında yer verilen “salt kişisel kusur” ile “kişisel kusur” kavramlarının anlamları üzerinde fikir birliği mevcut olmayıp bazen iki kavram birbirinin yerine kullanılmakta bu da kavram karmaşasına neden olmaktadır. Buna son vermek için “görev kusuru” kavramı geliştirilmiştir.⁹⁵

kusuruna dayanılmadığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Bu nedenle, yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davalı F. A. hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerektiği gözetilmeyerek işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. O halde, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-77, K. 2015/1712, Karar Tarihi: 19.06.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2014-4-77-k-2015-1712-t-19-06-2015-haksiz-eylem-nedeniyle-manevi-tazminat-istemi/1492318/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020). Dolayısıyla Yargıtay’a göre kamu personelinin kusuru şayet görev içindeki bir kişisel kusur değil de görevle bağlantılı olmayan bir kişisel kusur ise “salt kişisel kusur” olarak değerlendirilecek ve artık hizmet kusuru niteliği taşımayacaktır. Benzer karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1533, K. 2015/1099, 27.03.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1533-k-2015-1099-t-27-03-2015-kamu-g-214-revlilerinin-yetkilerini-kullandiklari-kusurla/1491084/>, (Erişim Tarihi:23.03.2020).

⁹⁵ Harun Sağlam, Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2010, s. 30. Danıştay, tapu siciline ihtiyati tedbir kararını uygulamayan davalı idarece taşınmazı satın alması nedeniyle zarara uğrayan şahsın zararının adli yargıda açılan davada zarara sebebiyet veren müteahhit firmadan tazmin edilmesine karar verildiğinden, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar veren idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Bunu yaparken görev kusuru kavramını tespit etmiş ve açıklamıştır: “...Ayrıca, kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen “görev kusuru” niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Böyle bir durumda, zarar gören kişiler, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır”. Danıştay 10. Dairesi, E. 2008/643, K. 2010/5353, Karar Tarihi: 14.06.2010, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2008-643-k-2010-5353-t-14-06-2010-idarenin-hizmet-kusuru/749959/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

Görev kusuru ya da bir diğer ifadeyle hizmet içinde gelişen kişisel kusurdan doğan sorumluluğun şartlarını ÖZAY şu şekilde tespit etmektedir: İlkın zarara memur veya diğer kamu görevlisinin sebep olmuş olmasıdır. İkincisi, zararın kamu hukukundan doğan yetkinin kullanılmasından ortaya çıkması koşuludur. Bu noktada kamu görevlisinin kamusal görevini “*yerine getirdiği sırada*” değil de, bu görevin yerine getirilmesi “*vesilesiyle*” verdiği zarar artık görev kusuru değil kişisel kusurdur. Üçüncü olarak da kusurlu fiil ve davranışın hizmete/göreve ilişkili olması koşuludur. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre bu konuda katı bir yaklaşım, Anayasa m. 129/5’in amacına uygun düşmeyeceği için hizmetle ya da görevle en küçük bir noktada hafif ve gevşek bir bağın varlığı halinde dahi, görev kusurunun var olduğu kabul edilmelidir.⁹⁶

Hizmet kusuru-kişisel kusur hususunda Yargıtay bir kararında çeşitli tespitler yapmıştır. Karara konu olan olay bakımından yaptığı değerlendirmede özetle “*Somut olay değerlendirildiğinde; davacıların eşi ve annesi olan davacı F. K.’nin davalılardan A. Y.’nin gerçekleştirmiş olduğu sezaryan ameliyatı sırasında gazlı bez unutulması nedeniyle dikkatsizlik ve tedbirsizliğinden dolayı ikinci kez ameliyat edildiğini belirterek ve davalı doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun **görevi sırasında ve yetkisini kullanırken** işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibarıyla de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu olaya ilişkin olarak “*Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurdan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur*” tespitini yaptıktan sonra “*salt kişisel kusur/hizmetten ayrılabilen kişisel kusur*”u şöyle tanımlamıştır:

“Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmetiyle ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatıyla tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek

⁹⁶ Özay, ss. 865-866.

gerekirse: Sabahleyin aracıyla kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmetiyle ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur".⁹⁷

3. Kamu Görevlisinin Doğrudan Kişisel Sorumluluğu

Kamu görevlisinin idari faaliyetlerin yürütülmesi esnasında kişisel kusurlu davranışı nedeniyle verdiği zarardan, kamu görevlisinin bizzat kendisinin mi yoksa idarenin mi veyahut her ikisinin mi sorumlu tutulması gerektiğine dair tartışmalar mevcuttur. Kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle doğan zarardan sadece kendisinin doğrudan sorumlu tutulması halinde, kamu görevlisi tazminat ödeme tehdidi nedeniyle muhtemelen daha dikkatli davranacaktır. Bu durumda, idare de kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır. Diğer yandan, bu durumda sadece kamu görevlisinin sorumlu tutulması, zarara uğrayan kişilerin ödeme gücü yetersiz kamu görevlileri nedeniyle mağdur olmalarına neden olabilir. Bunun yanında, bu yaklaşım tazminat ödeme ihtimali nedeniyle kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini yürütmeleri aksayabilir. Diğer ihtimalde, ortaya çıkan zarardan sadece idarenin sorumlu olması, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken tazminat ödeme ihtimalinden uzak şekilde daha rahat hareket etmelerini sağlayabilir. Ancak bu durumda da, kamu görevlisinin sorumluluğu bulunmaması ve rücu işletilmemesi, kamu görevlisini kamu hizmetlerini yürütürken kişileri zarara uğratmamak için gerekli özen ve dikkati göstermeye-bilirler. Bu iki ihtimalden başka, doğan zarardan hem kamu görevlisinin hem idarenin sorumlu tutulması durumunda, zarar gören kişinin kamu görevlilerinin zararlarını karşılayamamaları halinde idarece karşılanması açısından daha güvencelidir. Fakat bu durumda da idare

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-579, K. 2014/155, Karar Tarihi: 26.02.2014, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-579-k-2014-155-t-26-02-2014-yanlis-tedavi-nedeniyle-ugranilan-maddi-ve-manevi-zararin/1434930/a++Kamu+Personelinin+Su%c3%a7+Niteli%c4%9findeki+Davran%c4%b1%c5%9flar%c4%b1>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

ile kamu görevlisinin arasında sorumluluğun paylaşılması bakımından sorunlar ortaya çıkacaktır. Tüm ihtimallerin, kamu görevlisi ve zarar gören kişi bakımından çeşitli farklı sonuçları yanında, görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından da etkisi vardır. Burada hangi yolun benimseneceği esasen kanun koyucunun tercihine göre belirlenecektir.⁹⁸

Devlet memurlarının idareye verdikleri zararlarla ilgili olarak, DMK'nın "Kişisel Sorumluluk ve Zarar" başlıklı m. 12 şu şekildedir: "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmamak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir".

Bu maddeye göre şu çıkarımlarda bulunulabilir: Bir memurun kasıt, kusur, ihmal ya da tedbirsizliği sonucunda idarenin bir zararı doğarsa memur bu zarar nedeniyle kişisel olarak sorumludur. Memurun sorumluluğu görevini yerine getirirken dikkat ve özenle hareket etmesinden kaynaklandığı için kişisel sorumluluktur. Bunun söz konusu olabilmesi için ayrıca zarara memurun haksız eyleminin neden olması ve zararlar memurun haksız eylemi arasında bir nedensellik bağı bulunması gerekir.⁹⁹ Söz konusu madde ile memurların görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlar nedeniyle Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri çerçevesinde bir sorumluluk sistemi getirilmiştir. Dolayısıyla bu madde kapsamında açılacak tazminat davalarında adli yargı mercileri görevlidir.¹⁰⁰

Kamu görevlilerinin kişilere verdikleri zararlardan doğan sorumluluk hakkında 1982 Anayasası'ndaki 40. maddenin 3. fıkrası ile 129.

⁹⁸ Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", ss. 567- 568.

⁹⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s.795.

¹⁰⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 696.

maddenin 5. fıkrası önemlidir. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesinin 3. fıkrasına göre "Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devlete tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır". Yine kamu görevlilerinin kişisel kusurları ile verdikleri zararlardan birinci derecede idarenin sorumlu olacağı, Anayasanın 129. maddesinde "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰¹ Kanun koyucu kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı sorumlu tutmamıştır. DMK da 13. maddesinde bu durumla paralel bir düzenleme içermektedir: "Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevlerini yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".¹⁰²

DMK m.13'ün gerekçesine bakarak maddenin kabul ettiği güvenceler bakımından üç hususa değinilmektedir. Söz konusu maddede memurdan yana bir güvence, idare edilenlerden yana ise iki güvence öngörülmektedir. İdare edilenlerden yana ilk güvence, zarar gören kişilerin davayı idareye açmaları sonucu, ödeme gücü bulunmaması nedeniyle zararının karşılanmama riskinin ortadan kalkmasıdır. İdare edilenler tarafından ikinci güvence, memurun zimmet suçunu işlemesi halinde kişilerin memur hakkında açılacak ceza kovuşturmasının sonucunu beklemeden devletten ödeme alabilmeleridir. Memurlar

¹⁰¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 701.

¹⁰² Söyler, s. 560. Devlet memurlarının idare edilenlere karşı sorumluluğu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğe girişine kadar genel sorumluluk düzeni ilkeleri içinde yürütülmekteydi. Kural olarak, her ne kadar bu bir kanunla düzenlenmemiş olsa da, kamu görevlisi ile idarenin birlikte sorumluluğu söz konusuydu. İdare edilenlerin uğradıkları zararlar nedeniyle memur, mali açıdan idare edilenlere karşı doğrudan sorumlu tutulması "sorumluluk düzeni" olarak adlandırılmaktadır. 19. yüzyıldan beri birçok ülkede kabul edilen bu ilke, kamu gücünü kullanan tüzelkişiliğin de kamu görevlileri ile birlikte zarar görene karşı sorumluluğunu öngörüyordu. Tarihsel olarak, öncelikle söz konusu zararları önce kamu görevlisinin daha sonra da idarenin ödemesi öngörülmüş; daha sonra ise zararların hem kamu görevlisi hem de idare tarafından ortaklaşa karşılanması görüşü söz konusu olmuştur. Bu görüş, "kanuni güvence düzeni (yasal güvence sistemi)" olarak ifade edilir ve memurun sorumluluk düzeninin katılığının yumuşatılması anlamına gelir. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, ss. 789-790.

açısından güvence ise, görevlerini yerine getirirlerken sürekli olarak bir tazminat korkusu altında kalmamalarıdır. Kanun koyucu, DMK m. 13'te hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına gitmediği hatta kasıtlı davranışları da kapsamına aldığı için kamu hizmeti yerine getiren kamu personelinin tam bir yargı bağışıklığı olduğu söylenebilir.¹⁰³

DMK 13. maddenin, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ancak ilgili idare aleyhine dava açılabilmesine dair kesin hükme rağmen gerek doktrin gerekse yargı makamları, “*kamu hukukuna tabi görev*” kavramını dar yorumlayarak kamu görevlisinin salt kişisel kusuru nedeniyle verdiği zararlardan memurun şahsen sorumlu olduğunu ve adli yargıda davalı olabileceğini ifade etmişlerdir. Böylece hizmet kusurundan farklı olarak “*bireyselleşebilen*” bir kusur olan ve hizmetle ilgili olarak ortaya çıkan “*görev kusuru*”¹⁰⁴ nedeniyle meydana gelen zararlar nedeniyle kamu görevlisine rücu hakkı saklı kalmak üzere ancak idareye karşı idari yargıda; görev kusuru dışında hizmetle ilgili olmayan, görevlinin şahsi kusurundan kaynaklanan zararlar içinse görevli kişiye karşı adli yargıda dava açılabilmesi kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile personelin hizmetten ayrılabilen ve idareye izafe edilemeyen “*salt kişisel kusurlar*” nedeniyle açılacak davalar DMK m. 13 kapsamında kabul edilmemiş; DMK m. 13 hükmü ise personelin hizmetten ayrılamayan ve idareye izafe edilebilen “*görev kusurları*” ile verdikleri zararlar nedeniyle açılacak davaları kapsar hale gelmiştir.¹⁰⁵

¹⁰³ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s.790.

¹⁰⁴ Görev kusuru orta yeterlikte bir personelin yapmayacağı veya yapmaması gereken eylemlerdir. Bunun dışındakiler salt kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir Özey, s. 863.

¹⁰⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya göre Anayasa m. 40/3 ve m. 129/5 ile DMK m. 13 arasında anlam ve kapsam farklılıkları mevcuttur. Buna göre, kanun koyucu reformist bir düzenleme olarak yaptığı DMK m. 13'ten beklediği neticeyi alamamıştır. Kanun koyucu, kamu hukukuna tabi görevlilerle ilgili olarak kamu görevlisinin üçüncü şahıslara vereceği zararlar sebebiyle, personel aleyhine değil, idare aleyhine dava açılabilmesini düzenlerken, tamamen klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımından farklı bir çözüm benimsediğini kanunun gerekçesinde belirtmişti. Ancak doktrin ve yargı kararları farklı şekilde gelişti; önce maddenin kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu kaldırmadığı kabul edilerek bir “görev kusuru” kavramı ortaya atıldı. Sonra maddenin uygulama alanının personelin görev kusuru ile verdiği zararlar olduğu ileri sürülerek “hizmet kusuru-kişisel kusur” ayrımı yerine, “hizmet kusuru-görev kusuru-kişisel kusur” ayrımı yapılmaya başlandı. Rücu ile ilgili hüküm de kanun koyucunun hedeflediğinden farklı gelişim

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kamu personelinin ortaya çıkan zarara sebep veren kusuru bir görev kusuru da olabilir, salt kişisel kusur da. Buna göre eğer *salt kişisel kusur* varsa dava, kamu personeli aleyhine adli yargı yerlerinde açılacak; *hizmet kusuru* halinde tamamen idare sorumlu olacak, *görev kusurunda* ise idare sorumlu olmakla birlikte kusuru oranında kamu personeline rücu edebilecektir. Bu nedenle salt kişisel kusurun diğerlerinden ayırıcı özelliklerinin ortaya konması önem arz etmektedir. Salt kişisel kusurdan doğan sorumluluğa adli yargı yerlerinin bakması gerektiği uygulama ve öğretide kabul edilmiş bir ilkedir. Ancak salt kişisel kusurun belirlenmesi noktasında öğretide bir fikir birliği mevcut değildir.¹⁰⁶

Anayasa Mahkemesi 1975 tarihli bir kararında “*kişisel eylem*” kavramını tanımlamış ve sonuçlarını ortaya koymuştur: “*Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasden yapılan işlem ve eylemlerle, başışlanmayacak ölçüde*

gösterdi. İdarenin takdirine bırakılan rücu, bu konuda takdir yetkisini kullanacak olan kişinin genelde kusurlu personelin kendisi olmasından da kaynaklı olarak, işletilemedi. Rüccunun ağır ihmal ve kast ile sınırlandırılması şeklindeki kanun koyucu tavsiyesi de yargı mercilerince kabul görmedi ve sonunda DMK m. 13 daha dar kapsamlı bir uygulama alanı buldu. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, ss. 700-701.

¹⁰⁶ Özay, ss. 866-868. Suç niteliğinde davranışın hizmet içinde kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla salt kişisel kusur olması nedeniyle davanın adli yargıya tabi olduğuna dair Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/1503, K. 2003/6208, Karar Tarihi: 12.05.2003, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2003-1503-k-2003-6208-t-12-05-2003-memurun-kisisel-kusuru/821551/ki%c5%9fisel+kusur>, (31.03.2020). Salt kişisel kusurun sadece kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisindeki eylemler bakımından değil, mahkeme kararının uygulanmaması bakımından da söz konusu olacağına dair Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/498, K. 1987/77, Karar Tarihi: 06.02.1987, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1986-498-k-1987-77-t-06-02-1987-kisisel-kusur-teskil-eden-eylemler/111465/ki%c5%9fisel+kusur>, (31.03.2020). “Davacı, kendisine karşı cinsel saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı doktorun göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmalıdır. Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davanın salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1575, K. 2015/1102, Karar Tarihi: 27.03.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1575-k-2015-1102-t-27-03-2015-kamu-gorevlisinin-yetkilerini-kullanirken-kusuru-sonucu/1491085/ki%c5%9fisel+kusur>, (Erişim Tarihi:01.04.2020)

ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur...Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmemiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır..."¹⁰⁷

4. İdarenin Kamu Personeline Rücu

Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrası ve 129. maddesinin 5. fıkrası ile DMK m. 13'e göre idare kamu görevlisinin kişisel kusuruyla verdiği zarardan dolayı tazminatı zarar görene ödedikten sonra kamu görevlisine karşı rücu edebilir. Ancak olayda tamamen hizmet kusuru varsa ve kamu görevlisinin kişisel kusuru mevcut değilse, idare kamu görevlisine rücu edemez.¹⁰⁸

Rücu davalarının amacı idarenin zarar görene ödediği tazminatın tamamının zarara neden olan kamu görevlisinden tahsil etmek olmayıp kamu görevlisinin kusuru oranında bir bedelin geri alınmasıdır. İdarenin rücu davası çerçevesinde sorumlu personelden talep edileceği miktar hiçbir şekilde idarenin zarar görene ödediği tazminattan daha fazlası olamaz.¹⁰⁹

İdarenin kusurlu kamu görevlisine rücu edebilmesi için zararın kusura dayalı bir idari işlem veya eylem nedeniyle ortaya çıkması gerekir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk hallerinde idare, kamu görevlisinin kusurunu öne süremeyeceği için kamu görevlisine rücu da edemez.¹¹⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, rücu hakkını kullanma hususunda idare serbest bırakılmamıştır. Danıştay da bir kararında idarenin zarar görene ödediği tazminat nedeniyle sorumlu kamu görevlisine rücu etmemesi durumunda zararın tüm topluma yüklenmiş olacağını, bu nedenle herkesin rücu etmeyen idareye başvurarak kamu görevlisi hak-

¹⁰⁷ Özay, s. 867. Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42, K. 1975/62, Karar Tarihi: 25.03.1975, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1975/62?KararNo=1975%2F62>, (Erişim Tarihi: 09.10.2020).

¹⁰⁸ Gözler, s. 1182.

¹⁰⁹ Furkan Medar, "Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:11, Ocak 2015, s. 28.

¹¹⁰ Medar, s. 28.

kında rücu davası açılmasını isteyebileceğini ifade etmiştir. Danıştay'a göre idare yine rücu için somut adım atmazsa, bu durumda herkesin idareye dava açma hakkı vardır.¹¹¹

DMK m. 13'te yer alan "...Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." hükmü, rücu davalarına uygulanacak hukuk kuralları bakımından bir belirsizlik söz taşısasa da doktrindeki genel görüş "genel hükümler" kavramının özel hukuktaki genel hükümler olduğu yönündedir.¹¹²

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kusurun niteliğinin tespitinin kesin ölçütlere bağlanması ve personele rücunun zorunlu kılınmasıdır. Rücu davalarındaki görev sorununun bakımından hâlihazırda iki aşamalı olarak, ilk aşamada idari yargıyı, ikinci aşamada adli yargıyı görevli tutan sistem usul ekonomisi bakımından oldukça verimsizdir. Bu sisteme yargı yerlerinin görev konusundaki tutarsız kararları da eklenince süreç kamu personeli ve zarara uğratanlar bakımından oldukça karmaşık ve verimsiz bir hale dönüşmektedir.¹¹³

Sonuç

İdarenin idare hukukundan kaynaklı sorumluluğu, kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemiyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdare hukukunda asıl olan ise kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu bakımından önce kusurun olup olmadığına bakılır.

Kusurun kanunlarımızda tanımı mevcut değildir. İdarenin sorumluluğunu gerektiren kusur, özel hukuktakinden oldukça farklı ve objektif bir özellik gösterir. İdare hukukuna göre, idarenin kusurundan bahsedebilmek için "hizmet kusuru" nun mevcut olması ve ortaya çıkan zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir.

Genel olarak Fransız Danıştay'ının içtihatları ile şekillenen hizmet kusuru özel hukuktaki kusur anlayışından oldukça farklı olarak kast,

¹¹¹ Danıştay 5. Daire, E. 2007/7369, K. 2008/3234, Karar Tarihi: 03.06.2008, Medar, s. 29.

¹¹² Medar, s. 28.

¹¹³ Çağdaş Artantaş, "Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", Hacettepe HFD, 7(1) 2017, ss. 393-394.

ihmal, dikkatsizlik vs. ögelerini barındırmamaktadır. Bu kusur bakımından kamu personelinin kusurlu olup olmadığına değil, “hizmetin” kendisinin kusurlu olup olmadığına bakılır. Klasik doktrine göre idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleminde meydana gelen bozukluk ya da aksaklığı ifade eder. Öte yandan modern doktrinde hizmet kusuru kavramı daha genel anlamda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik olarak tanımlanmaktadır.

Türk hukukunda kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden kişisel sorumlulukları yoktur. Bu nedenle hizmet kusurundan dolayı ortaya çıkan zarar için kamu görevlisine karşı özel hukuk hükümlerine dayanılarak adli yargıda tazminat davası açılmaz. Hizmet kusurunun varlığı halinde idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerekir. Dahası kamu görevlisinin kişisel kusuru tespit edilebiliyorsa dahi husumet doğrudan ona yöneltilemez.

Ancak hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının iki açıdan önemi bulunmaktadır. İlkin, tazminat ödemeye mahkûm edilen idare, ödediği tazminat için kişisel kusuru oranında memura rücu edebilecektir. İkincisi de kişisel kusurun niteliğine göre, zararın tazmini için başvurulacak yargı düzeni belirlenir. Zira doktrin ve yargı kararlarına göre kişisel kusurun hizmetten ayrılabilir nitelikte olduğu durumlarda artık hizmet kusurundan söz edilemez ve doğrudan adli yargıda kamu personeli aleyhine dava açılabilir.

Hizmet kusuru, görev kusuru (hizmet ile bağlantılı kişisel kusur) ve kişisel kusur (salt kişisel kusur) ayrımı, genel olarak aşağıdaki tabloda görüldüğü şekilde özetlenebilir:

Hizmet Kusuru-Görev Kusuru-Kişisel Kusur Karşılaştırması

Kusur Türü	Tanımı	Örnekleri	Sonucu
Hizmet kusuru	Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik olarak tanımlanır. Kamu hizmetlerinin geç işlemesi, kötü işlemesi ya da hiç işlememesi olarak da ifade edilmektedir.	Dere yatağının değiştirilmesi nedeniyle taşkın meydana gelmesi sonucu taşınmaz ve tarlaların zarar görmesi, Hastaya ait bilgi ve belgelerin kaybedilmesi sonucu tedavisinin aksaması, Hasta olmayan hayvanların laboratuvar testlerinin bozuk olması sonucu telef edilmesi ile köylülerin zararının doğması	Sadece idareye karşı idari yargıda dava açılabilir.

Kusur Türü	Tanımı	Örnekleri	Sonucu
Görev Kusuru	Kamu görevlilerinin, kamu hizmeti görürken görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri ve hizmetten ayrılmayan kusurlardır.	Doktorun yanlış teşhis uygulaması sonucu hastanın rahatsızlığının artması, TCDD makinistinin hatası sonucu yolcunun hayatını kaybetmesi, Öğretmenin öğrencisini kopya çektiği için dövmesi	Sadece idareye karşı idari yargıda dava açılabilir. Ancak idare, ödediği tazminatı kusuru bulunan kamu personeline, kusuru oranında rücu eder.
Kişisel Kusur	Kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışları kişisel kusurlardır. Kişisel kusur olarak kastedilen durumlar özel hukuktaki haksız fiile denk düşer.	Bir memurun görev esnasında bir kişiyi kişisel husumet nedeniyle bıçaklaması, kamu görevlisinin özel aracı ile işe giderken kaza yaparak üçüncü kişilere zarar vermesi	Sadece kusurlu kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılabilir.

Belirtmek gerekir ki, hizmet kusuru-görev kusuru-kişisel kusur ayrımının önemli sonuçları mevcuttur. Yukarıda örnekleri verilmeye çalışıldıysa da, bu örneklerin çeşitli yargı mercilerince ve doktrindeki çeşitli yazarlar tarafından farklı şekillerde değerlendirildiği söylenebilir. Bu üç kusur türü arasında, belirli ölçütler üzerinden net bir şekilde ayırım yapılması hukuk güvenliği, hukuk devleti ilkesi, adalet ve eşitlik ilkesi açısından son derece önem taşımaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında özellikle kamu personelinin kusurlu davranışlarına ilişkin olarak, görev kusuru-kişisel kusur ayrımı bakımından farklı değerlendirmeler yapıldığı ve çelişen kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Bu belirsizliğin giderilmesi adına, kanun koyucunun Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri çerçevesinde, ayrımın netleştirilmesine yönelik düzenleme yapması elzemdir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıylmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,
- Ceylan Mahmut, İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun, Berk Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Der Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

- Günday Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kalabalık Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sakarya, 2008.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, 2. Baskıdan Tıpkı 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Sancakdar Oğuz, Us Eser, Kasapoğlu Turhan Mine, Önüt Lale Burcu, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Kaman Nur, Özdemir Eyüp, Üstün Gül, Tekinsoy Okay, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Makaleler

- Artantaş Çağdaş, "Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", *Hacettepe HFD*, 7(1) 2017, ss. 365-396.
- Bozdağ Ahmet, "İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay'ın Uygulaması", *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 468, Eylül 2010, ss. 33-48.
- Cin Karagöz, Emine, "İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, ss. 46-55.
- De Lamothe A.L. Dutheillet, "İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler", Çev. Süheyp Derbil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, ss. 113-120.
- Kuru Murat, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluğu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, Nisan 2019, ss. 119-144.
- Medar Furkan, "Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:11, Ocak 2015, ss. 9-31.
- Söyler Yasin, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 555-592.
- Şaşmaz Aysema Pelin, "İdarenin Sorumluluğu Ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (2), 2016, 211-235.

Tezler

- Aydın Muhammed Ali, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Kamiloğlu Elif, İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

Sağlam Harun, Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2010.

Kararlar

- İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/744, K. 2018/197, Karar Tarihi: 18.1.2018.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2017/3903, K. 2019/511, Karar Tarihi: 12.2.2019.
Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Karar Tarihi: 25.06.2008.
Danıştay 8. Dairesi, E. 1990/981, K. 1990/812, Karar Tarihi: 28.06.1990.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/8184, K. 2018/3299, Karar Tarihi: 03.04.2018.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4048, K. 2014/5742, Karar Tarihi: 26.06.2014.
Danıştay 8. Dairesi, E. 2004/596, K. 2004/3110, Karar Tarihi: 29.06.2004.
Danıştay 10. Dairesi, E. 1997/3568, K. 1999/4782, Karar Tarihi: 12.10.1999.
Danıştay 6. Dairesi, E. 2008/10985, K. 2010/9594,bKarar Tarihi: 19.10.2010.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/8532, K. 2017/3145, Karar Tarihi: 30.5.2017.
Danıştay 10. Daire, E. 1995/1806, K. 1996/5983, Karar Tarihi: 15.10.1996.
Danıştay 6. Daire, E. 2005/3310, K. 2006/2160, Karar Tarihi: 21.04.2006.
Danıştay 10. Dairesi, E. 2008/643, K. 2010/5353, Karar Tarihi: 14.06.2010.
Anayasa Mahkemesi, E. 2012/22, K. 2012/133, Karar Tarihi: 11.12.2012.
Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42, K. 1975/62, Karar Tarihi: 25.03.1975.
Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2016/482, K. 2016/617, Karar Tarihi: 26.12.2016.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2016/2321, K. 2016/8103, Karar Tarihi: 20.06.2016.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13589, K. 2014/17550, Karar Tarihi: 22.12.2014.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-77, K. 2015/1712, Karar Tarihi: 19.06.2015.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-579, K. 2014/155, Karar Tarihi: 26.02.2014.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/1503, K. 2003/6208, Karar Tarihi: 12.05.2003.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/498, K. 1987/77, Karar Tarihi: 06.02.1987.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1575, K. 2015/1102, Karar Tarihi: 27.03.2015.

İnternet Kaynakları

- www.lexpera.com.tr
www.kazanci.com
www.legalbank.net

KAMU GÖREVLİLERİNİN ÖZEL HAYATLARINA İLİŞKİN HUSUSLARIN DİSİPLİN SORUŞTURMASINA KONU EDİLMESİ*

THE MATTERS RELATED TO PRIVATE LIVES OF PUBLIC OFFICIALS AS A SUBJECT OF DISCIPLINARY INVESTIGATIONS

Bahattin ARAS**

Özet: Kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesine yönelik bir mesleki hayatlarının yanı sıra özel hayatları da bulunmaktadır. Kanun koyucu kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillerden dolayı ceza verilmesini sadece kamu hizmetinden kaynaklanan durumlar için öngörmüştür. Dolayısıyla kamu görevlilerinin özel hayatlarına ilişkin hususların disiplin hukukunun alanına girmesi için bunların kamu görevine olumsuz bir etkisinin olması gerekir. Diğer bir ifade ile kurum düzenini bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir. Ayrıca kamu görevlisinin özel yaşamına ilişkin bu hususların kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkilediğinin veya kendisine duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarstığının somut delil ve gerekçelerle ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Meslek Hayatı, Disiplin Soruşturması, Yaptırım, Kamu Görevlisi

Abstract: Public officials have a private life as well as a professional career aimed at proper fulfillment of public services. The law prescribes that public officials might be punished for acts requiring disciplinary action only in case these acts are related to public service. The matters of private life of public officials may be a subject of disciplinary investigation only if they have a negative impact on public service. In other words, they should have a negative impact on proper fulfillment of public service. In addition, that should be demonstrated with concrete evidence and reasons that these issues regarding the private life of the public official negatively affect the good and regular delivery of the public service or undermine the sense of respect and trust in public officials.

Keywords: Private Life, Career, Disciplinary Investigation, Sanction, Public Official

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr., bahattinaras2018@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3551-7363, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.06.2020, Kabul Tarihi: 10.06.2020

GİRİŞ

Bilindiği üzere insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde özel hayata saygı gösterilmesi, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması ve korunması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır. Özel hayata saygı gösterilmesi ve onun gizliliğinin muhafazası, bireyin kişisel refahı ve huzuru için önemli olduğu kadar toplumun da kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması bakımından vazgeçilmez bir haktır.¹ Bu nedenlerle özel hayatın gizliliğinin esas olarak kabul edilmiş ve gizliliğin ihlal edilmesi suç sayılarak cezai yaptırımlara bağlanmıştır.

Diğer taraftan dijital dünyanın teknolojik yenilikleri, özel hayat anlayışını ve sınırlarını ciddi ölçülerde değiştirmeye başlamıştır. Teknolojik imkânların gelişimi ile özel hayatın gizliliği arasında ters bir orantı bulunmaktadır.² Özellikle internetin ortaya çıkmasıyla birlikte kişinin özel hayatına ilişkin bilgi, resim, görüntü ve seslerin internet ortamına aktarılması ve bir internet yayını haline getirilmesi durumunda kişinin bu verileri milyonlarca insanın erişimine açık hal gelebilmektedir. Bu durum ise telafisi olmayacak büyüklükte zararlar meydana çıkarmaktadır.³

Gelişen bu dijital dünyada özel hayata ilişkin verilerin paylaşımı ve izinsiz ele geçirilmesi nedeniyle sorunlar yaşanmaktadır. Bu alanda yaşanan sorunlar genelde kamu görevlileri bakımından disiplin soruşturmalarına konu olmaktadır. Dijital dünyada kişilerin rızası dışında bu kişisel ve özel hayata dair verilerin çalınması ve paylaşılması mümkün olmaktadır.

Bu noktada özel hayatın korunması hakkı, önemli ve öncelikli hale gelmektedir. Ayrıca özel hayatın korunması esas ve ona müdahale istisnai olduğundan devletin özel hayatı koruma görevi ona müdahale hakkından önce gelmektedir.

¹ Ali Korkmaz, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Karaman 2014, S.16 (Özel Sayı I), s.102

² Esra Bozkanat, "Popüler Kültür Özneleri ve Mahremiyet", *Medya ve Mahremiyetin Sınırları Ulusal Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Atatürk Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayını, Erzurum 2015, s.1

³ Sevil Yıldız, *Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*, Nobel Yayınları, Konya 2007, s.183

Burada özel hayatın korunması, gizliği ve dokunulmazlığı ile kamu görevinde bulunmanın gerektirdiği dikkat ve özen arasında bir denge bulunması gerektiği dikkate alındığında özel hayat kavramı ve bu kavramın kapsamının disiplin soruşturmasına konu edilmesi hususunun ele alınması gerekmektedir.

Hâkim ve savcılar hakkında disiplin soruşturması açılmasına sebep olan hususlardan biri de hâkim ve savcının özel hayatına ilişkin konulardır. Özel hayata dair hususlar ihbar ve şikayetlerle ya da Kurul tarafından resen soruşturmalara konu edilmektedir. Özellikle HSK'ya yapılan ihbar ve şikayetlerin ciddi bir çoğunluğunu bu yöndeki ihbar ve şikayetler oluşturmaktadır. Bunlar kişilerin sosyal alandaki diğer bireylerle olan ilişkileri, ailevi ilişkileri, aşk hayatları, cinsel hayatları olabileceği gibi soruşturmalara konu olan kişilerle olan telefon görüşmeleri, mesajlaşmaları, görüntüleri, fotoğrafları ve ses kayıtları gibi hususlar da olabilmektedir.

Bu çalışmada temel olarak kamu görevlilerinin özel hayatı ve meslek hayatı arasındaki sınırlar ve kamu görevlisinin sorumlu tutulacağı eylemlerin niteliği ele alındıktan sonra hâkim ve savcılarının özel hayatına ait hususların disiplin soruşturmasına konu edilmesi sorunu ve bu sorunların çözüm adına uluslararası belge ve raporlarda yer alan görüş ve öneriler ile AİHM ve yüksel mahkemelerin geliştirdikleri içtihatlar ele alınacaktır.

A-) ÖZEL HAYAT KAVRAMI ve TEMEL MEVZUAT HÜKÜMLERİ

a-) Özel Hayat Kavramı

Özel hayat kavramı konusunda birçok tanım olmakla birlikte genel olarak özel hayat kavramı; kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği “giz/mahrem alanı” ve kişinin mahrem alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunun dışındaki kişilere karşı gizli kalmasını istediği “özel alanı” da içeren bir kavramdır.⁴ Bu tanım çer-

⁴ Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,

çevesinde değerlendirildiğinde “özel hayat” sadece kişinin hayatının “mahrem” alanını değil, mahrem alana dâhil olmayan alanın da bir kısmını içine almaktadır. Bununla birlikte özel hayata ilişkin ulusal ve uluslararası belge ve sözleşmelerde söz konusu hakkı ifade etmek için bazen “özel hayat” bazen ise “mahremiyet” terimi kullanılmaktadır.⁵

Bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan özel hayat, kanunlarla belirlenmiş olan istisnalar dışında müdahalelere kapalı bir alandır. Aslında bu alana yönelik müdahalelerin azlığı veya çokluğu siyasi rejimin demokratik niteliğini de ortaya koymaktadır.⁶ Anti demokratik sistemlerde başta özel hayat olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahalenin istisnai olmaktan çıkarılıp genelleştiği görülmektedir.

Diğer taraftan genel olarak kabul edildiği üzere bireyin; kamusal, mesleki, aile ve özel hayatı olmak üzere 4 bölümden oluşan bir hayatı bulunmaktadır.⁷ Belirlenmiş olan bu bölümleri birbirinden kesin sınırlarla ayırmak mümkün olmadığı gibi çoğu zaman bazı eylemler birçok bölümü ilgilendirmektedir.

AİHS özel hayatı, bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi olarak değerlendirmektedir. Buna göre bireyin cinsel ilişki de dâhil olmak üzere başka insanlarla değişik türden ilişki kurması olanağına sahip olması da bu kapsama girmektedir.⁸ Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel yaşamın yalnızca giz alanını değil, aynı zamanda diğer insanlarla olan ilişkilerini de içerdiğini özellikle vurgulamakta ve bu bağlamda bireyin meslek faaliyetlerini de AİHS'nin 8. maddesi içinde kabul etmektedir.

Özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı konusundaki temel yaklaşımlar ve bu konunun önemi nedeniyle özel hayatın korunması hak-

Ankara 2013, C. XVII, S. 3, s. 233

⁵ Salıhpashaoglu, s.233

⁶ Şafak Başa, “Özel Hayatın Gizliliği İlkesi ve Disiplin Hukuku”, [http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/31-Ozel_Hayatın_Gizliliği_Ilkesi_ve_Disiplin_Hukuku_\(Makale\).pdf](http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/31-Ozel_Hayatın_Gizliliği_Ilkesi_ve_Disiplin_Hukuku_(Makale).pdf), İET, 30/03/2020

⁷ Ersan Şen, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 48, İstanbul 1996, s.5-6; Korkmaz, s.100

⁸ David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev: Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Ankara 2013, s.367

kı devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir.⁹ Bu noktada devletin özel hayata müdahalesi istisnai bir husus olmakla birlikte özel hayat hakkını koruma devletin pozitif yükümlülüğü altındadır. Nitekim **Anayasa Mahkemesi'nin 1986/24 Esas, 1987/8 Karar ve 31.3.1987 tarihli**¹⁰ kararında “...Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşamaları mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır...” şeklindeki tespit ve değerlendirmeleri ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını kişilik hakkının devamı olarak kabul etmiştir.

b-) Özel Hayatın Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

Kişilerin en temel haklarından biri olan özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığının sağlanması bakımından anayasal ve yasal güvenceler bulunduğu gibi uluslararası boyutta bu hakları güvenceye alan metinler de vardır. Bu bağlamda Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesinin amacı esas olarak bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin önlenmesidir. Devletin ayrıca özel ve ailevi hayatın gizliliği hak-

⁹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.367 vd.

¹⁰ Çalışmamızda atf yapılan Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>” adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atf yapılan her bir karar bakımından bu sayfaya tekraren atf yapılmamıştır.

kını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından dahi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması ödevini de içermektedir.¹¹

Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır.¹² Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözeltmeli, hakkın özüne dokunulmamalı, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir.¹³

Diğer taraftan **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı"** başlıklı 8. maddesi "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*" hükmüne yer vermiştir. Benzer şekilde **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin** 12. maddesinde "*Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır*" hükmü; **Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin** 17. maddesinde ise "*Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır*" hükmü yer almaktadır.

¹¹ AYM Ata Türkeri Kararı, Başvuru No: 2013/6057, K.T:16/12/2015, Prg.42

¹² Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.111 vd.

¹³ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.416; AYM Marcus Frank Cerny Kararı, Başvuru No: 2013/5126, K.T:2/7/2015, Prg.73

Yukarıda belirtilen uluslararası belgelerde özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı esas olduğu bunun yanında bu alana yönelik yapılacak müdahalenin istisnai ve ağır koşullara tabi olduğu görülmektedir.

B-) ÖZEL HAYATIN DİSİPLİN SORUŞTURMASINA KONU EDİLMESİ

a-) Özel Hayat ile Meslek Hayatı Arasındaki Dengenin Sağlanmasına Yönelik Temel Esaslar

aa-) Genel Olarak

Kişilerin özel hayat alanı olduğu gibi mesleki hayatları da vardır. Yeri geldiğinde bu iki alan birbiri içerisine geçtiği gibi bazı zamanlar çelişmekte veya çakışmaktadır. Bu birbirine geçişin ve çakışmanın olduğu özel hayat-meslek hayat ayrımı daha çok kamu görevlileri bakımından önem arz etmektedir. Sosyal bir birey olan kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmek için kendisini toplumdan soyutlaması düşünülemez. Dolayısıyla kamusal görev alanı olsa da özel hayat alanını da aynen muhafaza edecektir. Burada önemli olan bu iki hayat alanının birbirine zarar vermeden bir denge içerisinde sürdürülebilmesidir. Birinden birinin tercih edilmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında bu iki alanı bir dengede tutan ilke ve esaslara ihtiyaç vardır.

Kamu görevlilerinin özel yaşam ve mesleki yaşamlarında göstermeleri gereken davranış kuralları anayasalarda ve kanunlarda genel esaslar ile düzenlenmişse de bu düzenlemeler soyut olduğundan çoğu zaman sorunları çözmekte yetersiz kalmaktadır. Bu noktada sorunların çözümü bakımından yüksel mahkemelerin bu konuda geliştirmiş olduğu içtihatlarla bakmak gerekmektedir. Özellikle özel hayat-meslek hayatı kavramlarının gündeme geldiği alanlardan biri de disiplin soruşturmaları olduğu göz önüne alındığında bu konudaki bakış açısı daha çok önem kazanmaktadır.

bb-) AİHM'in Konuya Bakış Açısı

Özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel hayat" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹⁴ tarafından da oldukça geniş

¹⁴ Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine "https://hudoc.

yorumlanmakta ve Mahkeme bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınmaktadır.¹⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.03.1993 tarihli **Costello Roberts/Birleşik Krallık davasında**,¹⁶ özel hayatın bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavram olduğuna işaret etmiş; özel hayatın kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını belirtmiştir. Benzer şekilde Mahkeme **Özpınar/Türkiye kararında** da “*Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır*” ifadelerine yer vermiştir.¹⁷

Mahkeme bir başka kararında ise “... [özel hayat] kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir¹⁸” şeklinde tespitlerde bulunmuş ve böylelikle özel hayat kavramının açık bir şekilde mahremiyet hakkından daha geniş olduğuna vurgu yapmıştır.

cc-) Anayasa Mahkemesi’nin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin Özpınar/Türkiye Kararına atf yaptığı **13.7.2016 tarihli ve 2014/12862 Bireysel Başvuru No’lu kara-**

echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22%22%7D%7B%22CHAMBER%22%7D%7D” adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atf yapılan her bir karar bakımından bu sayfaya tekraren atf yapılmamıştır.

¹⁵ AİHM Koch/Almanya Kararı, Başvuru No: 497/09, K.T:19/7/2012, Prg. 51

¹⁶ AİHM Costello Roberts/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 13134/87, K.T: 25/03/1993

¹⁷ AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010

¹⁸ AİHM Costello Roberts/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 13134/87, K.T: 25/03/1993, Prg.36

rında¹⁹ “...Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır...” tespitine yer vermiştir. Mahkemeye göre bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.

Anayasa Mahkemesi mahremiyet alanını ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarını da kişinin özel yaşam alanı içinde kaldığını değerlendirdiğinden dolayı mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunmasını da Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.²⁰

Mahkemeye göre özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.²¹ Mahkemenin bu tespiti esasen

¹⁹ AYM Deniz Gebeş Kararı, Başvuru No: 2014/12862, K.T:13/7/2016

²⁰ AYM 2009/1 E.,2011/82 K, 18/5/2011 T.

²¹ AYM Serap Tortuk Kararı, Başvuru No: 2013/9660, K.T:21/1/2015 T., Prg. 32-33

mahremiyetin sadece özel alanda korunmasını değil belirli durumlarda kamusal alanda da korunması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda kişinin bir parkta eşiyile veya sevgilisiyle olan görüntüleri de kişinin mahremi olup kamusal alanda olduğundan dolayı üçüncü kişilerin bu mahremiyete müdahale hakkı vermez.

Mahkeme kamu personelinin özel hayatı ile mesleki hayatı yani kamusal görevine ilişkin de önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında özellikle kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir.²²

Kamu görevlisinin kamusal görevinden dolayı özel hayatına dikkat etme gibi bir yükümlülük yüklendiği sabit olmakla beraber bu yükümlülüğün kişinin özel hayatını ve diğer özgürlük alanlarını daraltacak bir hal almaması gerektiği de açıktır.²³ Zira mahkemenin de birçok kararında vurguladığı üzere kamu görevlisine mesleki ve etik kuralların gerektirdiği özen çerçevesinde hareket ederek mesleki saygınlığı muhafaza etmek gibi bir yükümlülük yüklenmiştir. Bunun ötesinde bir beklenti kamu görevlisinin temel haklarına orantısız müdahale sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kamu görevlisinin yalnızca özel hayatını ilgilendiren, meslekî hayatına ilişkin olmayan ve mesleki yaşantısına bir etkisi de olmayan mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, **13.7.2016 tarihli ve 2014/12862 Bireysel Başvuru No'lu kararına konu dosyada**,²⁴ başvuru hakkında bir kısım iddialar içeren isimsiz ihbar mektupları alınması üzerine

²² AYM Serap Tortuk Kararı, Başvuru No: 2013/9660, K.T:21/1/2015 T., Prg.52

²³ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.8, S.3, s.77

²⁴ AYM Deniz Gebeş Kararı, Başvuru No: 2014/12862, K.T: 13/7/2016

farklı tarihlerde askeri okulda çekilmiş bir kısım fotoğrafları nedeniyle başvuru hakkında birden fazla kez ihbarlarda bulunması neticesinde idari tahkikatlar başlatılmış; çeşitli disiplin cezaları verilmesi neticesinde en son 2012 yılında İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına yapılan isimsiz ihbar üzerine yeniden idari tahkikat başlatılmış ve oluşturulan Komisyon tarafından başvuru sahibinin durumunun Subay Sicil Yönetmeliği'nin mülga 91. maddesinin (e) fıkrası kapsamında olmadığı değerlendirilerek sicil yolu ile TSK'dan ilişkisinin kesilmemesi yönünde görüş hazırlanmış ancak onaya sunulan görüşün Sahil Güvenlik Komutanı tarafından uygun görülmemeye başvuru hakkında "Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" sicili düzenlenmiş ve üçlü kararname ile ayırma süreci tamamlanmıştır. Bundan dolayı yapılan bireysel başvuruya ilişkin olarak Mahkeme;

"...62. Kamu görevlisi ve TSK askeri personeli olarak belirli bir sorumluluk taşıyan başvuru, bu görevi kabul etmek suretiyle görevinden kaynaklanan disiplin ve tutum istemine kendi iradesiyle dâhil olmuştur. Bu durum, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşın uygulanamayacak sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Ancak her ne kadar hakkında isimsiz ihbar mektupları gönderilen başvuru sahibinin askeri öğrencilik döneminde çekilen fotoğraflarından haberdar olan idare tarafından disiplin hukuku açısından bir değerlendirme yapılabileceği belirtilmiş ve yargı kararlarının gerekçelerinde başvuru sahibinin taşıdığı asker sıfatına vurgu yapılmış ise de somut başvuruya konu eylem ve davranışların başvuru sahibinin mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgu bulunmayan özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

63. Başvuru 2006 yılında başlayan, farklı tarihlerde yeniden açılan, 2008 yılında uyarı disiplin cezası ile karşılanan ve 2012 yılında ayırma cezası verilmesi ile sonuçlanan idari tahkikat sürecinde, meslekî hayatına ilişkin olmayan, yalnızca özel hayatını ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda bırakılmış ve ayırma işleminin bu işleme konu fotoğrafların çekilmesinden en az yedi yıl sonra tesis edilmesi nedeniyle sürekli olarak ceza tehdidi altında yaşamıştır. Bu kapsamda başvuruya yöneltilen iddiaların görevinin ifasıyla

değil daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu tahkikatın kapsamı mesleki hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, başvurunun ahlaka aykırı unsurlar içerdiği ileri sürülen fotoğraflar çektirdiği, söz konusu fotoğrafların bir şekilde ele geçirilmesi ve TSK'ya iletilmesi suretiyle işlenen fiillerin asker sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede ahlak dışı hareketler kapsamında olduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu değerlendirilmektedir.

64. Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Ancak hakkındaki tahkikat sonucunda TSK'dan ayırma işlemi tesis edilmesinin başvurunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğu, bu nedenle ayırma işleminin daha önemli hâle geldiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir mahiyetinde olması, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olması gerekir.

65. Başvurucunun söz konusu özel yaşamına ilişkin gerek ayırma kararında gerekse yargı kararlarında isnat edilen eylemlerinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine dair karar gerekçelerinde yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulmadığı gibi anılan eylemlerin TSK'nın işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin de açıklanmadığı, ayırma işlemine dayanak olarak kabul edilen tahkikata konu fotoğrafların hukuka aykırı biçimde ele geçirilerek kasıtlı olarak ve süreklilik arz edecek şekilde idareye isimsiz ihbar mektuplarıyla gönderildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, 2006 yılında elde edilen, 2008 yılında uyarı cezasına konu edilen fotoğraflara dayanılarak 2012 yılında ayırma işlemi tesis edildiğini ve mağdur sıfatının İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesince kabul edildiğini belirten başvurunun söz konusu fotoğrafların hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu hususunda ileri sürdüğü gerekçelerin irdelenmediği, ayrıca anılan hususlar öncelikle değerlendirildikten sonra isnat edilen disiplin suçuna konu eylemler ile tahkikat neticesinde verilen ayırma cezası dikkate

alınarak hizmet geçmiş olumlu olan, ödül ve başarı belgeleri bulunan başvurucu hakkında Anayasanın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yarar ile kamunun yararı arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesi hususunda bir değerlendirme yapılmadığı, başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamanın zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olduğu veya başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olduğu hususunda bir inceleme yapılmadığı ve bu hususta gerekli özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

66. Yukarıda belirtilen tahkikat süreci ile idari ve yargısal makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen ayırma cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı ve başvurucunun özel hayatına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu anlaşılınca, başvurucunun Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...” şeklinde tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur.

Görüldüğü üzere Mahkeme bu dosyada;

- Disiplin soruşturmasına konu eylem ve davranışların başvurucunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgu bulunmayan özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğunu,
- Başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğunu,
- Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabileceklerini,

Tespit ettikten sonra kişinin özel yaşamıyla ilgili eylemlerin disiplin soruşturmasına dönüşmesinin ancak;

1-) İsnat edilen eylemlerin mesleki hayatı üzerindeki etkilerinin,

2-) Anılan eylemlerin Kurumun işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin olduğunun gerekçeleriyle orta konması halinde mümkün olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme burada ayrıca Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yarar ile kamusal yarar arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesi gerektiğine özellikle vurgu yapmıştır.

Meslekten çıkarma cezası verilerek yapılan sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı ve başvurucunun özel hayatına yapılan müdahalenin ölçsüz olduğunu ve bu şekilde başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Ayrıca Kararda özel hayata ilişkin eylemlerin disiplin soruşturmasına konu edilmesine ilişkin olarak;

- Özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir mahiyetinde olması nedeniyle başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olduğu,
- Eylemlerin kişinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine dair yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulması gerektiği,
- Hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği,
- Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde kişinin bireysel yararı ile kamunun yararı arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesi gerektiği,

şeklinde önemli tespitler yapılmıştır. Belirlenen hususlar disiplin soruşturmaları bakımından Anayasa Mahkemesi'nin belirlemiş olduğu temel ilkeler olarak kabul edilip uygulanmalıdır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin de kararda vurguladığı üzere kamu görevlisi olan kişi, bu görevi kabul etmek suretiyle görevinden kaynaklanan disiplin ve tutum istemine kendi iradesiyle dâhil olmuştur. Bu durum, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatanışa uygulanamayacak sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken mesleki ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir. Özellikle mesleki yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvurucunun mesleki ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Bundan dolayı özel hayata ilişkin olsa da kişinin mesleki hayatı ve kurumun işleyişi üzerindeki etkisi ve riskleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerek-

tedir. Ancak burada kamusal yarar ile bireyin hakları arasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin objektif esaslar çerçevesinde bir değerlendirme ve gerekçelendirmenin yapılması gerekmektedir.²⁵ Disiplin amirlerinin kendi bireysel fikir, inanç ve değerlerine göre yapacağı bir değerlendirme burada özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı aleyhinde bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla disiplin sürecine konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmış ise burada zorlama yorumlarla “mesleki onur ve şeref” gibi soyut kavramlarla disiplin cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir. Aynı şekilde bu gibi kavramların yanında idarenin sık sık kullanmış olduğu “idarenin gerekleri” veya “hizmetin gerekleri” gibi kavramlarda keyfi ve hak ihlal oluşturan kavramlardır.²⁶

Benzer şekilde **Anayasa Mahkemesi**²⁷ Ceza İnfaz Kurumu’nda memur olarak görev yapan kadın başvurusunun, cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarılma cezası almış olması nedeniyle yapılan bireysel başvuruda “... Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamı meslekî hayatın sınırlarını aşmaktadır. ...Sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmaktadır. ...Yukarıda belirtilen disiplin süreci ile idari ve adli makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşılmakla, başvurucunun Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...” şeklinde karar vererek devlet memuru olması nedeniyle özel yaşamına ilişkin bir eylemin doğrudan onu sorumluluk altına sokmayacağına hükmetmiştir.

²⁵ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.405

²⁶ Karahanoğulları, s.77

²⁷ AYM. K.Ş Kararı, Başvuru No: 2013/1614, K.T: 3/4/2014

Diğer taraftan adı geçen kararda önemle vurgulanan bir husus da özel hayatın gizliliğine müdahale noktasında bu müdahalenin son çare olmasının bir gereği olarak takdir hakkının dar kapsamlı olduğudur. Mahkeme, “...Mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veyahut kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda, takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Dudgeon/Birleşik Krallık, B. No. 7525/76, 22/10/1981, § 52) ...” şeklindeki haklı gerekçeleriyle bu konunun önemine vurgu yapmıştır. Mahkemenin de vurguladığı üzere kişinin mahremiyet alanının gizliliği ve bu alana saygı gösterilmesi hakkı, bireyin kişisel güvenliği, varlığı ve kimliği için gerekli ve en temel haklardan biri olduğundan bu alana yapılacak müdahalenin de istisnai ve son çare olması gerekmektedir.²⁸

dd-) Danıştay’ın Bakış Açısı

AİHM ve AYM’nin özel hayat ve kamusal görev arasında kurulması gereken denge konusunda kabul etmiş olduğu ölçüler Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Danıştay’a göre disiplin kurallarının temel olarak idarenin iç düzeninin korunması fonksiyonunu üstlendiği göz önüne alındığında, kamu görevlilerinin hizmet dışındaki fiillerinin memur disiplin hukukunun alanına girmesi için bu düzeni bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir.

Danıştay, polis memuru olarak görev yapan davacının, kendi evinde rızaen eşcinsel ilişkiye girdiğinden bahisle 657 sayılı Kanun’un 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması nedeniyle açılan iptal davasında²⁹ “...Bu durumda; davacının ikametgahında rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilinin 657 sayılı Yasa’nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, ayrıca söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının 657 sayılı Yasa’nın 125 /E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma ce-

²⁸ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.370 vd.

²⁹ Danıştay 12. D., 2013/8324 E., 2014/1882 K., 21/03/2014 T.

zası ile cezalandırılmasının Anayasanın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemler ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..." şeklinde karar vermek suretiyle özel hayatın disiplin soruşturmasına konu edilebilmesinin koşullarına vurgu yapmıştır.

b-) Özel Hayatın Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi

Daha öncede vurgulandığı üzere disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla; kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin emrettiği ödevleri yerine getirmeyen, uyulmasını zorunlu kıldığı hususlara uymayan ve yasakladığı işleri yapan devlet memurlarına durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre verilen cezalardır.³⁰ Dolayısıyla disiplin cezaları, kamu görevlisinin görev tanımına ilişkin hükümleri içeren mevzuat hükümlerine aykırı davranışları nedeniyle verilmektedir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 129/1. maddesindeki düzenleme uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Aynı şekilde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124/2. maddesinde kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre disiplin cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere disiplin cezaları, kamu görevlilerinin üstlenmiş oldukları görev ve sorumlulukları eksiksiz bir biçimde, layıkıyla yerine getirmeleri için uymaları gereken kuralların ihlali halinde uygulanan yaptırımlardır.³¹

Disiplin cezalarının verilmesinin asıl amacı, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olduğundan kamu görevlisine sırf özel hayatı nedeniyle disiplin cezası verilmesi Anayasa'nın özel haya-

³⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017, s.163

³¹ Adil Bucaktepe, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2015, C. XIX, S.2, s.201

tın gizliliğine ilişkin 20. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin hükümlerine, temel hak ve hürriyetlerin ölçüsüzce sınırlanamayacağı ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesine yönelik bir hayatı olmasının yanında özel hayatı da bulunmaktadır. Kanun koyucu memurlara disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillerden dolayı ceza verilmesini sadece kamu hizmetinden kaynaklanan fiil ve haller için öngörmüştür. Dolayısıyla kamu görevlilerinin hizmet dışındaki özel hayatına yönelik fiillerinin disiplin hukukunun alanına girmesi ancak bu fiillerin kamu görevine olumsuz bir etkisinin tespiti halinde mümkündür.

Daha öncede belirtildiği üzere Anayasa'nın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanılması bakımından herkesin eşit olduğu ve hiçbir ayırım gözetilemeyeceği dikkate alındığında, kişinin kamu görevlisi olmasının söz konusu hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkını sınırlandırmayacağı açıktır.

Disiplin kurallarının, temel olarak kamu görevlilerinin mensubu oldukları kurumun düzenine aykırı davranmasının engellenmesi ve idarenin iç düzeninin korunması fonksiyonunu üstlendiği göz önüne alındığında,³² kamu görevlilerinin hizmet dışındaki özel hayatına yönelik fiillerinin memur disiplin hukukunun alanına girmesi için, bu düzeni bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisinin hizmet dışında özel yaşamını ilgilendiren bu ilişkisinin kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkilediğinin veya kendisine duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarstığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.

Nitekim Danıştay³³ Emniyet Müdürlüğü kadrosunda komiser olarak görev yapan davacının, İl Emniyet Müdürlüğü emrinde görev

³² Günay, s.163

³³ Danıştay 5. D., 20016/19861 E., 2018/14359 K., 21/05/2018 T.

yaptığı dönemde, ... sınıf emniyet müdürü ile aralarında geçen telefon görüşmesi sırasında aralarında geçen konuşmadan dolayı “Hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak fiilini işlediğinden bahisle” Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü’nün 15. Maddesi uyarınca verilen 8 gün aylık kesimi cezasının iptali istemiyle açılan iptal davasında “...Davacının, disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönü bulunmayan ve disiplin suçu oluşturmayan hizmet dışında meslektaşlarıyla yapmış olduğu **kişisel ve özel** telefon görüşmelerindeki beyanlarının bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek kendisine disiplin cezası verilmesi, Anayasanın 20. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı”nın ihlali sonucunu doğuracağından,

Dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir... şeklinde verdiği kararlar kamu görevlisine, görevine etkisi olmayan ve özel hayatında işlediği fiiller nedeniyle disiplin cezası verilemeyeceğini ortaya koymuştur.

Danıştay bir başka kararında ise okul ve eğitim-öğretim ortamı dışında meydana geldiği ve bir kişiyle sürekli arkadaşlık ve birliktelik şeklinde gerçekleştiği iddia edilen, okul içinde ve dışında öğrencilerde olumsuz bir yansıması olmayan soruşturma konusu fiillerin, davacının mesleki faaliyeti ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşamı kapsamında kalan eylem ve davranışlar olduğundan, iffetsiz eylem ve davranış olarak değerlendirilemeyeceği, söz konusu fiilin disiplin suçu olarak değerlendirilerek disiplin cezası ile cezalandırılmasının Anayasa’nın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca “özel hayata saygı hakkının” ihlali sonucu doğuracağına hükmetmiştir.³⁴

Görüldüğü üzere yüksek mahkeme kararları çerçevesinde memurun ve diğer kamu görevlilerinin memuriyet ile alakalı olmayan ve özel yaşamına dahil olan ve memuriyet vasfına etki etmeyen işlerinden dolayı disiplin cezası ile cezalandırılması mümkün değildir.

Yukarda uluslararası sözleşmeler ve Anayasal hükümler çerçevesinde yüksek mahkemelerin kabul ettiği esaslar bir bütün olarak de-

³⁴ Danıştay 12. D., 2016/7995 E., 2017/154 K., 02/02/2017 T.

ğerlendirildiğinde özel hayat ve disiplin süreci birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Özel hayata saygı, mahremiyet alanı dışında başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da içerdiğinden devletin özel hayatın gizliliğini ve dokunulmazlığını muhafaza konusunda pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.
- Özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir mahiyetinde olması nedeniyle başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olması gerekir.
- Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından tabi tutulabilecekleri sınırlamaların sınırlı ve takdir alanının dar olduğu unutulmamalıdır.
- Kişinin mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirmedeği eylem ve davranışlardan sorumlu olması söz konusu değildir.
- Kişinin özel yaşama dair eyleminin disiplin soruşturmasına konu edilebilmesi için esasen eylemin mesleki faaliyet ile ilgisinin bulunması olmazsa olmaz koşuldur.
- İsnat edilen eylemlerin mesleki faaliyet ile ilgisinin olması için ise eylemin mesleki hayatı üzerindeki etkilerinin ve anılan eylemlerin kurumun işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin olduğunun gerekçeleriyle ortaya konması gerekmektedir.
- Özel hayatta işlenmiş olan fiilin kamusal görevin düzenini bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönü bulunmalıdır.
- Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde bireyin bireysel yararı ile kamunun yararı arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesinin zorunludur.
- Özel hayata ilişkin hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemez ve bu hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemez.

c-) Hakim ve Savcıların Özel Yaşamlarının Disiplin Soruşturmalarına Konu Edilmesi

aa-) Genel Olarak

Hâkim ve savcılar hakkında HSK'ya yapılan ihbar ve şikayetlerin ciddi bir çoğunluğunun hâkim ve savcıların özel hayatına yönelik olması ve hâkim ve savcıların özel hayatına ilişkin hususlardan dolayı verilen meslekten çıkarma kararlarının AİHM kararlarına konu olması nedeniyle hâkim ve savcıların özel yaşamının disiplin soruşturmasına konu edilmesi hususu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

Yukarıda kamu görevlilerinin özel yaşamına ilişkin konuların disiplin soruşturmasına konu edilebilmesine ilişkin belirlenen kıstaslar hâkim ve savcılar bakımından da aynen geçerlidir. Bununla birlikte hâkim ve savcıların özel hayatı ile yargı görevi arasında nasıl bir dengenin sağlanması gerektiği konusunda uluslararası belge ve raporlarda önemli tespit ve değerlendirmeler yapıldığı gibi AİHM ve Anayasa Mahkemesi de bu konuda önemli içtihatlar geliştirmiştir.

Avrupa Yargı Kurulları Ağının (ENCJ) *“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu”* konulu Raporuna³⁵ göre (2014-2015) hakimlerin, özel hayat hakkı olmakla birlikte, davranışlarının yargının itibarına gölge düşürmemesi gerekmektedir. Hakimlerin, özel hayat hakkı bulunmakta olup disiplin cezasının sadece hâkimin mesleki görev ve sorumluluklarını ifa ederken ortaya çıkan konulara ilişkin olarak verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte; kamunun güvenini korumak için, hâkimin her zaman yargının itibarına gölge düşürmeyecek şekilde davranması önem arz etmektedir. Böyle bir davranış, gerekirse, soruşturma ve orantılı/ölçülü bir disiplin cezasına konu edilebilmelidir.

Yine Rapora göre, disiplin müeyyideleri, prensip olarak ve uygulamada ölçülü/orantılı olmalıdırlar. Uygulanabilecek olan müeyyidelerin dereceleri, nizamnamede düzenlenir ve bunların uygulanması, orantılılık/ölçülülük ilkesine tabidir. Ayrıca yetkili mercilerin hem

³⁵ “Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu Konulu Rapor”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/ed311a9d-4ff3-408e-8399-3ff987def9da.pdf>, IET:26/05/2020

prensipte hem de uygulamada, orantılı olması gereken müeyyideleri belirlemeleri gerektiği de Raporda belirtilmiştir.³⁶

Danıştay'ın kamu görevlisinin özel hayatında işlemiş olduğu fiillerin son çare prensibi çerçevesinde istisnai de olsa disiplin soruşturmasına konu edilebilmesi bakımından geliştirmiş olduğu;

- a) Disiplin soruşturmasına konu edilen özel yaşama dair eylemin esasen mesleki faaliyet ile ilgisinin olmasının olmazsa olmaz koşul olması,
- b) Özel hayatta işlenmiş olan fiilin kamusal görevin düzenini bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması,
- c) Bu fiilin kendisine duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarsmış olması,
- d) Belirtilen koşulların ortaya çıktığının delillerle ortaya konması,
- e) Verilecek disiplin cezası bakımından da kamu yararı ile kişisel menfaat arasında adil ve ölçülü bir dengenin sağlanması,
- f) Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen özel hayat verilerinin disiplin soruşturmasında kullanılamaması

şeklindeki kriterler yargı görevi gibi hassas ve leke kabul etmez bir mesleği icra eden hakim ve savcılar bakımından da geçerlidir. Her kamu görevlisi gibi hâkim ve savcılarının da bir özel yaşamı bulunmakta ve bu özel yaşamın mesleklerindeki saygınlığa zarar vermemesi bakımından da azami dikkat ve özeni göstermesi gerekir.

Diğer taraftan AİHM, **Özpinar/Türkiye Kararında**³⁷ hâkim olarak görev yapan başvurucu hakkında özel ve mesleki hayatındaki ilişkilerle ilgili çıkan dedikodular, iş ve iş dışında giydiği kıyafetler, çalışma saatlerine uyma ve tatil sırasında kaldığı yerler nedeniyle müfettiş tarafından başlatılan soruşturma neticesinde Müfettiş;

³⁶ Bknz: Hâkimlerin Statüsüne ilişkin Avrupa Şartı, 5.1. İlke; Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE) Başta Etik, Uygunsuz Davranışlar ve Tarafsızlık olmak üzere Hakimlik Meslek Kurallarını Belirleyen İlke ve Kurallara dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Dikkatine sunulan 3 No'lu Görüşü, Prg. 74; Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Etkin Bir Şekilde Uygulanmasına Yönelik Tedbirler, md.15

³⁷ AİHM Özpinar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010

- a) Uygunsuz davranış ve ilişkileri dolayısıyla mesleğin saygınlığına ve onuruna zarar vermek ve kişisel onur ve itibarını kaybetmek;
- b) Abartılı makyaj yaparak ve uygunsuz kıyafetler giyerek, mesleğine saygı göstermemek;
- c) Özellikle kişisel duyguları doğrultusunda hareket ederek, etrafa görevini umursamadığı şeklinde bir inanç yaymak;
- d) Mazeret göstermeden iş yerine geç gelmeyi, işten erken ayrılmayı ve birçok kez işe gelmemeyi alışkanlık haline getirmek

şeklinde başvuran hakkındaki iddiaları dört başlık altında toplamıştır. Müfettişin tespitlerini esas alan Kurul, başvuranın meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Başvuranın meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılması nedeniyle yaptığı bireysel başvuruda Mahkeme;

“... AİHM, “özel hayatın” eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğunun altını çizmektedir. Gerçekten de AİHS’nin 8. maddesi ile korunan şey kişinin kendini geliştirme hakkıdır. Bu, kişisel gelişim şeklinde olabileceği gibi AİHS’nin 8. maddesinde güvence altına alınan hakların yorumlanmasında önemli bir rol oynayan kişisel bağımsızlık şeklinde de tezahür edebilir. Her ne kadar AİHM, bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etse de diğer taraftan “özel hayat” kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği kanaatini taşımaktadır. 8. madde “özel bir sosyal hayat” sürdürmeyi, yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir “özel hayatı” güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir.

AİHM, yukarıdaki verilen bilgiler ışığında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri “özel hayat” kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını bir kez daha belirtmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde 8. Madde kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını, daha çok, hatta en çok, mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir.

Mevcut davada AİHM, ilgili şahsın sadece mesleki nedenlerle görevden alınmamış olduğunu gözlemlemektedir. Disiplin soruşturmasından ve görevden alınma kararından anlaşıldığına göre, başvuranın hem mesleki hem de özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkileri doğrudan etkili olmuştur. Öte yandan, başvurana disiplin soruşturması sırasında yapılan ithamlar göz önüne alındığında, bu kişinin haysiyetinin sorgulandığı gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, AİHS organlarının içtihadında belirtilmiş olduğu üzere, kişinin şerefini koruma hakkı özel hayatın bir parçası olarak 8. madde kapsamına girmektedir.

Bu şartlar altında AİHM, müfettiş tarafından yürütülen disiplin soruşturması çerçevesinde tanıkların başvuranın özel hayatının şu ya da bu yönü hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak başvuranın davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek verilen görevden alma kararının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmaktadır ...” şeklinde ihlal kararı vermiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliği ilkesini ele alırken;

- Özel hayatın eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğunu,
- AİHS'nin 8. maddesi ile korunan şeyin kişinin kendini geliştirme hakkı olduğunu ve bunun kişisel gelişim şeklinde olabileceği gibi kişisel bağımsızlık şeklinde de tezahür edebileceğini,
- “Özel hayat” kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceğini,
- Mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri “özel hayat” kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel nedenin bulunmadığını,
- Başvurana disiplin soruşturması sırasında yapılan ithamlar göz önüne alındığında, bu kişinin haysiyetinin sorgulandığını,
- Kişinin şerefini koruma hakkının özel hayatın bir parçası olarak 8. madde kapsamına girdiğini,

kabul etmiş ve bu yönde tespit ve değerlendirmeler yaptıktan sonra müfettiş tarafından yürütülen disiplin soruşturması çerçevesinde özel hayatının şu ya da bu yönü hakkında sorgulanmasının ve bunun

doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak başvuranın davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek verilen meslekten çıkarma kararının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmıştır.

Diğer taraftan mahkemenin üzerinde durduğu bir diğer husus ise 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir*" hükmüdür. Kanun'un bu hükmünde yer alan "*mesleğin şeref ve onuru, nüfuz ve itibarı*" gibi belirsiz kavramlar AİHM'nin ihlal gerekçeleri arasında yer almıştır. Mahkemeye göre, Hükümet 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son bölümünde yer alan kavramları açıklayan herhangi bir içtihat sunmamıştır. Dolayısıyla AİHM, ihtilafa konu olan "Kanunun" mevcut davaya bakan makamların yetkileri konusunda yeteri kadar net olup olmadığına dair şüphesini ifade etmiştir.

Burada hâkim ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmasına konu edilen mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte olduğu iddia edilen ve meslekten çıkarma cezasının gerekçesi olacak eylemin somut delillerle desteklenmesi, kesin delillerle ortaya konulması ve ne şekilde mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozduğunun gerekçeleriyle ortaya konması gerekmektedir.³⁸

AİHM ilgili kararda değerlendirmeye aldığı hususlardan biri de hâkim ve savcılarının giyim ve kuşama için getirilen düzenlemelerdir. AİHM, Sözleşmeciler Devletlerden bazılarının kamu görevlileri ve hakimlere giyim şekli konusunda sınırlamalar getirdiğini kaydetmektedir. Mevcut davada hakimlere getirilen bu yükümlülüğün temelinde, bağımsızlık olduğu kadar onların kararlarının etkisini koruma düşüncesi de yatmaktadır. AİHM'nin kanaatine göre, buradan doğan müdahale hakkı "kamu düzeninin sağlanması" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi meşru temellere dayanmaktadır. Ancak AİHM, hükümetin soruşturmayı ve bunun sonucunda ortaya çıkan görevden alma işleminin meşruluğunu hakimlerin giyim ve tu-

³⁸ Yunus Eraslan, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.167

tumlarına ilişkin yükümlülüklerine dayandırdığını, oysa başvuranın sadece makyaj yapma ve giyinme şekli üzerine yürütülen soruşturma hakkındaki şüphelerini dile getirmekle yetindiğini gözlemlediğini kararda belirtmiştir.

Mahkemenin üzerinde durduğu bir diğer konu da hâkimin mesleki hayatı ve özel hayat arasındaki denge ve bu konuda getirilecek sınırlamalardır. AİHM, hakimlerin mesleki görevlerinin, *hâkimin davranışının imajına ya da mesleğin saygınlığına zarar verme ihtimali olması* halinde, özel hayatını sınırlayabileceği kanaatini taşımaktadır. Dolayısıyla AİHM'nin her olayın kendine has özelliklerini göz önünde bulundurarak, bireyin temel haklarından biri olan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile demokratik bir Devletin sunduğu kamu hizmetinin 8. maddenin 2. paragrafına uygun yürümesini gözetmek konusundaki meşru menfaati arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırması gerekmektedir.

AİHM, mesleki ya da özel hayatında bir hâkime duyulması gereken güven ya da saygıyı engelleyecek bir tutum benimsemiş olmanın adalet kurumunun saygınlığı üzerinde belli bir etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin davalarda, bu kişinin belirli bir ölçüde özel hayatına ilişkin tutumlarının sonucunu öngörebilmesi ve gerektiğinde uygun güvencelerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle mesleki hayat ile özel hayatın kelimenin dar anlamıyla üst üste geldiği ve bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, bu tür güvencelerin gerekliliği bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. AİHM'ne göre, benzer durumlarda, bir hâkimin özel hayatına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için, iç hukukta, yeterli güvence teşkil eden önlemlerin mevcut olması gerekmektedir.

AİHM **Özpınar/Türkiye Kararında** karara giden süreci ve ulusal merciler tarafından verilen kararın gerekçelerini inceledikten sonra, yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı sonucuna vardığını ve özellikle, başvuranın AİHS'nin 8. maddesi tarafından öngörülen keyfiyete karşı korunmadan asgari düzeyde bile yararlanamadığını tespit etmiştir.

bb-) Avrupa Yargı Kurulları Ağının (ENCJ) “Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu” Konulu Raporu ve Hakimlerin Özel Hayatı ve Sınırları

Avrupa Yargı Kurulları Ağının (ENCJ) *“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu”* konulu Raporunda (2014-2015) ele alınan önemli konulardan biri de hakimlerin özel hayatı ve sınırlarıdır. Bu kapsamda Raporda *“Bir hâkimin özel yaşam sürmeye hakkı olmakla birlikte hem mesleki hem de özel hayatında en yüksek derecede doğruluk ve dürüstlük ile hareket etmesi gerekmektedir. Yargının saygınlığına gölge düşürebilecek olan davranışlar, disiplin cezasına tabi tutulabilmelidirler.”*³⁹ şeklinde bu konuyu ele alan bir standart belirlenmiştir.

Rapora göre hakimlerin, özel hayat hakkı olmakla birlikte, davranışlarının yargının itibarına gölge düşürmemesi gerekmektedir. Hakimlerin, özel hayat hakkı bulunmakta olup disiplin cezası, sadece hâkimin mesleki görev ve sorumluluklarını ifa ederken ortaya çıkan konulara ilişkin olarak verilmelidir. Bununla birlikte; kamunun güvenini korumak için, hâkimin her zaman yargının itibarına gölge düşürmeyecek şekilde davranması önem arz etmektedir. Böyle bir davranış, gerekirse, soruşturmaya ve orantılı/ölçülü bir disiplin cezasına konu edilebilmelidir.

Raporu hazırlayan Proje Ekibi, prensip olarak, bir hâkimin, özel yaşam sürmeye hakkı olmakla birlikte, hâkimin kendi özel hayatındaki davranışlarının yargısal imajı üzerinde etkisi olabileceğini ve bunun sonucu olarak, bir hâkimin hem kamusal hem de özel hayatında en yüksek derecede doğruluk ve dürüstlikle hareket etmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bir hâkim, kendi hesabına hareket ederken, kendi örf ve adetlerine göre hareket serbestine sahip olmalıdır; ancak, hâkimin ister kamusal ister özel yaşamında olsun, yargının saygınlığına gölge düşürebilecek olan bir davranışının disiplin müeyyidesine tabi tutulabilmesi gerekir. Bununla birlikte, Proje Ekibi, pek çok davranış ilkesinin yargı çevrelerinde aynı şekilde değerlendirilmesine ve Avrupa'nın büyük bir kesimini veya tümünü kapsamasına rağmen, ulusal fark-

³⁹ Raporun “IX. Asgari Standartların Özeti” bölümü 3. Md, s.46

lılıkların söz konusu olacağından yukarıda belirtilen standardı kabul etmiştir. Ayrıca Rapora göre ihlal edilmelerinin, belirli herhangi bir ülkede kabul görmeyeceği bir yargısal davranış/etik tipleri listesi bulunmalıdır. Söz konusu liste, Avrupa düzeyinde değil, ulusal düzeyde hazırlanmalıdır.⁴⁰

d-) Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Özel Hayata İlişkin Kayıtların Disiplin Soruşturmasında Kullanılmaması

Yukarıda atf yapılan kararlarda da vurgulandığı üzere bireyin özel hayat alanına hukuka aykırı olarak müdahale edilerek edinilmiş bilgi ve belgelerin soruşturmada kullanılması, özel hayatın korunması ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı olacaktır. Yasak yollarla elde edilen delilleri kullanma yasağı disiplin soruşturması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla kişilerin özel yaşam alanlarına ilişkin verilerin hukuka aykırı yollarla elde edilmesi ve sonrasında disiplin soruşturmasında kişinin aleyhine kullanılması Anayasa'nın 20 ve AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturacaktır. Bu kapsamda kişilerin hukuka aykırı olarak elde edilen resimleri, görüntüleri, ses kayıtları, telefon görüşmeleri, mesajları ceza soruşturmasında kişi aleyhine kullanılmayacağı gibi disiplin soruşturmasında da kişi aleyhine kullanılamaz. Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olduğundan burada kamusal yarar gerekçesiyle kişinin özel yaşamını ve haberleşme özgürlüğünü ihlal eden delillere dayanılamaz.

Anayasa Mahkemesi eski bir Yargıtay üyesi hakkında Yüce Divan sıfatıyla baktığı davanın **2011/1 Esas (Yüce Divan) 2012/1 Karar, ve 19.12.2012 tarihli** kararında⁴¹, "...Yüce Divan yargılamasına konu olayda, Adalet Başmüfettişi'nin yetkisi olmadan talepte bulunarak çeşitli mahkemelerden aldığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde resen kendisinin verdiği kararlara dayanılarak iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurulması delil toplanması basit bir usul hatası olarak kabul edilemez. Çünkü yetkisiz olarak bir işlemin yapılması, onun geçerliliğine etki eder. Yetkisiz olarak başvuru söz konusu tedbirler ile kişilerin özel hayat-

⁴⁰ Raporun "VI. Hâkimin disiplin işlemlerine yol açabilecek davranışları" bölümü, 5. Md vd., s.26-27

⁴¹ AYM Hasan Erdoğan vd Kararı, 2011/1 E. (Yüce Divan) 2012/1 K. ve 19.12.2012 T. 9

larının gizliliğine ve haberleşme özgürlüklerine müdahale edilmiş olması da hukuka aykırılığın basit bir usul hatası olarak kabul edilmesine engeldir...” şeklindeki tespitleriyle hukuka aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri sonucu delil elde edilirken kişinin özel hayatının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne müdahale edildiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise internet sitesinde yayımlanan ve başvurucaya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli ses kayıtlarının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte ahlak dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici eylem teşkil ettiği gerekçesiyle kişi hakkında verilmiş olan devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin olarak Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine vurgu yaptıktan sonra “...soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği...” demek suretiyle hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılamayacağını açıkça belirtmiştir.⁴² Görüldüğü üzere Mahkeme özel hayatın gizliliği ve özel hayata saygı hakkını ve Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçütlerini dikkate alarak, ses kayıtlarının Anayasada yer alan hakların sınırlandırma ölçütlerini aşacak derecede ihlali vasıtasıyla ele geçirilmesinden ötürü hukuka aykırı delil olarak değerlendirmiş ve özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴³.

Yukarıdaki mahkeme uygulamaları dikkate alındığında, hukuka aykırı delille disiplin cezası teşekkül ettirilmesinin hukuka aykırı olduğu açıktır. Zira Anayasa'nın 38. maddesi hukuka aykırı delil yasağının tüm yargılama türlerini ve hatta disiplin soruşturmalarını da kapsayacak şekilde geniş bir çerçevede değerlendirilmesini gerektirmektedir. Aksinin kabulü halinde, bir hukuk düzeninde hukuka aykırı olan delili diğer bir hukuk düzeninde hukuka uygun kabul edilerek

⁴² AYM İlnur Yüksel Kararı, Başvuru No: 2014/7738, K.T:13.07.2016 T.

⁴³ Üstün, s.31-32

yargılamanın yapılması, hukuk devletine olan güveni sarsacaktır⁴⁴. Bu noktada kamu düzeni ve kamu yararı gibi soyut gerekçelerle bu delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılmasına müsaade etmek disiplin işlemi gibi önemli bir işlemin keyfi ve baskı aracı olarak kullanılmasına neden olabileceğinden bu gibi soyut gerekçelerin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır tarafı yoktur. Aynı şekilde geçmiş bir kısım Danıştay kararlarında olduğu gibi bu tip hukuka aykırı delillerin “tek başına delil değerinin olmadığı” gerekçesiyle yan delillerle desteklenmek suretiyle meşruiyet kazandırılması da mümkün değildir. Zira zehirli ağacın meyvesi zehirli olduğundan bu hukuka aykırılığın giderilme yolu bulunmamaktadır. Her türlü soruşturma yetkisine sahip idarenin hukuka uygun delillere ulaşip sonuca gitmesi gerektiği düşüncesinin kamu idaresince kabul edilmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde idarenin hukuka aykırı delil elde edilmesinin teşvik edilmesi ve idarenin sahip olduğu imkânlar nedeniyle bunun çok kolay hale geleceği unutulmamalıdır⁴⁵.

SONUÇ

Yukarıda incelenen uluslararası sözleşme ve yerel mevzuat hükümleri ile bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin yüksek mahkemelerin verdiği kararlardan da anlaşılacağı üzere özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Diğer bir ifade ile özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak nitelikte geniş bir kavramdır ve kişinin mahrem alanı ile sınırlandırılmayacak niteliktedir. Dolayısıyla özel hayatın kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsamaktadır.

Özel hayatın bu kadar geniş bir alanı kapsamasının doğal bir sonucu olarak bireyin özel hayatını, meslek hayatından, aile hayatından ve kamusal hayatından doğrudan doğruya kesin sınırlarla ayırmak

⁴⁴ Üstün, s.32

⁴⁵ Mahmut Ceylan, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Trabzon 2018, S. 16, s.336; Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.62

mümkün olmadığı gibi çoğu zaman bazı eylemler kişinin hayatının birçok alanını ilgilendirebilmektedir. Bu noktada temel sorun kişinin özel yaşamı ile meslek hayatını birlikte ilgilendiren eylemlerde ortaya çıkmaktadır. Özel hayat ve meslek hayatı arasındaki bu sıkı bağ nedeniyle özellikle kamu görevlilerinin özel yaşam alanı ile meslek yaşam alanı arasında gereken dikkat ve özeni göstermeleri gerekmektedir. Ancak kamusal görevinden dolayı özel hayatına dikkat etme yükümlülüğünün kamu görevlisinin özel hayatını ve diğer özgürlük alanlarını daraltacak bir hal almaması gerekmektedir.

Disiplin kurallarının, temel olarak idarenin iç düzeninin korunması fonksiyonunu üstlendiği göz önüne alındığında, kamu görevlilerinin hizmet dışındaki özel hayatına yönelik fiillerinin memur disiplin hukukunun alanına girmesi için, bu düzeni bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisinin hizmet dışında özel yaşamını ilgilendiren bu ilişkisinin kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkilediğinin veya kendisine duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarstığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.

Kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin eylemlerin ve durumların disiplin soruşturmasına konu edildiği durumlarda özel hayata ilişkin olsa da kişinin mesleki hayatı ve kurumun işleyişi üzerindeki etkisi ve riskleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ancak burada kamusal yarar ile bireyin hakları arasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin objektif esaslar çerçevesinde bir değerlendirme ve gerekçelendirme yapılması gerekmektedir. Disiplin amirlerinin kendi bireysel fikir, inanç ve değerlerine göre yapacağı bir değerlendirme burada özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı aleyhinde bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla disiplin sürecine konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmış ise burada zorlama yorumlarla “mesleki onur ve şeref” gibi soyut kavramlarla disiplin cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir.

Bu noktada AİHM'nin de Özpınar/Türkiye kararında üzerinde durduğu 2802 sayılı Kanun'un 69. maddesinin son fıkrasında yer alan “Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hü-

kümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir” hükmü uygulamada sorunlu karaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Burada yer alan “mesleğin şeref ve onuru, nüfuz ve itibarı gibi hukuki belirlilik ilkesine aykırı ifadeler hak ihlallerin oluşmasına neden olmaktadır. 2802 sayılı Kanun’da bu nitelikteki soyut ifadelerin değiştirilmesi gerekmektedir.

Yukarda uluslararası sözleşmeler ve anayasal hükümler çerçevesinde yüksek mahkemelerin kabul ettiği esaslar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından da disiplin soruşturmasında kişiye isnat edilen eylemlerin mesleki faaliyet ile ilgisinin olması için eylemin mesleki hayatı üzerindeki etkilerinin ve anılan eylemlerin kurumun işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin olduğunun gerekçeleriyle ortaya konması; özel hayatta işlenmiş olan fiilin kamusal görevin düzenini bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir. Ayrıca özel hayata ilişkin hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemez.

Kaynakça

Kitaplar

- Eraslan Yunus, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017
- Harris David/O’Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev: Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Ankara 2013
- Özbudun Ergun, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Şen Ersan, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 48, İstanbul 1996
- Yasin Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015
- Yıldız Sevil, Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayınları, Konya 2007

Makaleler

- Bozkanat Esra, “Popüler Kültür Özneleri ve Mahremiyet, Medya ve Mahremiyetin Sınırları Ulusal Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Atatürk Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayını, 2015

- Bucaktepe Adil, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2015, C. XIX, S.2
- Karahanogulları Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C.8, S.3
- Korkmaz Ali, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Karaman 2014, S.16 (Özel Sayı I)
- Salihpaşaoğlu Yaşar, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2013, C. XVII, S. 3

İnternet Kaynakları

- Başa Şafak, "Özel Hayatın Gizliliği İlkesi ve Disiplin Hukuku", [http://www.safak-basa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/31-Ozel_Hayatın_Gizliliği_Ilkesi_Ve_Disiplin_Hukuku_\(Makale\).pdf](http://www.safak-basa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/31-Ozel_Hayatın_Gizliliği_Ilkesi_Ve_Disiplin_Hukuku_(Makale).pdf), İET, 30/03/2020

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010
- AİHM Koch/Almanya Kararı, Başvuru No: 497/09, K.T:19/7/2012
- AİHM Costello Roberts/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 13134/87, K.T: 25/03/1993

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, 1986/24 Esas, 1987/8 Karar ve 31.3.1987 tarihli Kararı
- AYM Hasan Erdoğan vd Kararı, 2011/1 E. (Yüce Divan) 2012/1 K., 19.12.2012 T.
- AYM, 2009/1 E., 2011/82 K, 18/5/2011 T.
- AYM Ata Türkeri Kararı, Başvuru No: 2013/6057, K.T:16/12/2015
- AYM Marcus Frank Cerny Kararı, Başvuru No: 2013/5126, K.T:2/7/2015
- AYM Deniz Gebeş Kararı, Başvuru No: 2014/12862, K.T:13/7/2016
- AYM Serap Tortuk Kararı, Başvuru No: 2013/9660, K.T:21/1/2015
- AYM. K.Ş Kararı, Başvuru No: 2013/1614, K.T: 3/4/2014
- AYM İlknur Yüksel Kararı, Başvuru No: 2014/7738, K.T:13.07.2016 T.

Danıştay Kararları

- Danıştay 12. D., 2013/8324 E., 2014/1882 K., 21/03/2014 T.
- Danıştay 12. D., 2016/7995 E., 2017/154 K., 02/02/2017 T.
- Danıştay 5. D., 20016/19861 E., 2018/14359 K., 21/05/2018 T.

SAHTE BELGEDEKİ ŞEKİL ŞARTINA AYKIRILIĞIN VERĐİ KAŐAKŐILIĐI SUÇUNA ETKİŐİ*

THE EFFECT OF SEPARATION ON THE FORM REQUIREMENT IN
THE FAKE DOCUMENT ON TAX EVASION CRIME

Gülden ŞİŞMAN**

Özet: Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde kaçakçılık suçları düzenlenmiştir. Kaçakçılık suçu seçimlik hareketli bir suç olup kanunda ifade edilen fiillerden herhangi birinin işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna neden olan fiillerden biri de sahte belge düzenleme ve kullanma fiilidir. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işlenen kaçakçılık suçlarında şekil denetiminin suçun maddî unsuru olup olmadığı önem ifade etmektedir. Çalışmanın konusu kaçakçılık suçunun tüm fiilleri olmayıp sadece sahte belge düzenleme ve kullanma fiilidir. Çalışmada sahte olarak düzenlenen belgedeki şekil şartının eksikliğinin suç üzerindeki etkisi ve aldatma kabiliyetinin aranıp aranmayacağı değerlendirilecektir. Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükmünün Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesine etkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Kaçakçılığı, Vergi, Sahte belge, Aldatma Kabiliyeti, Şekil Şartı

Abstract: Smuggling crimes are regulated in article 359 of the Tax Procedure Law. Smuggling is an optional act crime and it is sufficient to commit any of the acts stated in the law. One of the acts leading to the smuggling crime regulated in article 359 of the Tax Procedure Law is the act of editing and using false documents. In smuggling crimes committed by using fake documents or using them, it is important whether form control is the material element of the crime. The subject of the study is not all acts of smuggling crimes, but only the act of editing and using fake documents. In the study, the effect of the lack of the requirement of the form in the fake document and the ability to deceive will be evaluated. In addition, the effect of the provision in paragraph 3 of article 227 of the Tax Procedure Law on article 359 of the Tax Procedure Law will be emphasized.

Keywords: Smuggling Crimes, Tax, Fake document, Deception Capability, Formality

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Doç. Dr., Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, gulden_av@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6467-6048, Makalenin Gönderim Tarihi:11.06.2020, Kabul Tarihi: 13.06.2020

GİRİŞ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹ "Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılacak Suçlar ve Cezaları" başlığı altındaki 359. maddesinde "Kaçakçılık Suçları ve Cezaları" düzenlenmiştir. İlgili madde, kaçakçılık suçunu, verilecek olan cezanın miktarına göre üç bent halinde düzenlemiştir.

Birinci bentte on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmedilecek olan fiiller düzenlenmiş olup bunlar karşımıza: defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek; Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak olarak çıkar.

İkinci bentte üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller sayılmış olup bunlar: Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek veya defter sayfelerini yok edip yerine başka yapraklar koymak veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmaktır.

Üçüncü bendde ise, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller düzenlenmiş olup bunlar: Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bilerek kullanmaktır.

Ceza hukukunda bir fiilin suç olabilmesi için kanunda açıkça tanımlanması gerekli olmalıdır. Başka bir ifade suçun oluşumu suça ilişkin kanunda açık bir şekilde belirtilen kanunî tipin varlığına bağlıdır.² Kaçakçılık suçunun maddî unsurları Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla bir fiilin kaçakçılık suçuna neden olabilmesi için 359. maddede yer alan fiillerden birinin olması; başka bir ifade ile kanuni tipe uygun olması gerekir. Kaçakçılık suçu seçimlik hareketli bir suç olup kanunda ifade edilen fiillerden herhangi birinin işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Ancak çalışmanın

¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, RGS:10703 – 10705, RGT:10.01.1961.

² Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2019, s. 300.

konusu kaçakçılık suçunun tüm fiilleri olmayıp sadece sahte belge düzenleme ve kullanma fiilidir. Çalışmada sahte olarak düzenlenen belgedeki şekil şartının eksikliğinin suç üzerindeki etkisi ve aldatma kabiliyetinin aranıp aranmayacağı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.11.2018 tarih ve E:2018/427, K:2018/517 sayılı kararı temel alınarak değerlendirilecektir. Ayrıca ilgili karar çerçevesinde Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükmün Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesine etkisi üzerinde durulacaktır.

I. SAHTE BELGE KAVRAMININ TANIMLANMASI

Belge kavramı doktrinde “hukukî olarak sonuç doğuran ve onu düzenleyen kişinin delil olarak kullanabileceği belirli bir beyanını içeren yazı parçası;³ belirli bir kişi tarafından yazıldığı anlaşılan, irade açıklaması;⁴ delil niteliğini haiz ve bir kimliği bulunan, hukukî sonuç doğurmaya elverişli, taşınır yazı;⁵ belirli bir kimse tarafından düzenlenen, hukukî bir iddiayı ispata ya da çürütmeye elverişli irade, açıklama veya beyanlarını içeren hak doğurucu, kaldırıcı ve kanıt aracı olan yazı;⁶ “içerdiği irade beyanları hukuken değer taşıyan, düzenleyeni belli her türlü yazı⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Türk Dil Kurumu sahte terimini aslına benzer şekilde düzenlenen gerçek olmayan olarak tanımlamıştır.⁸ Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendinde ise, “*gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge sahte belgedir*” tanımına yer verilmiştir. Örneğin herhangi bir satış işlemi olmadığı halde varmış gibi fatura kesilmesi halinde sahte belge düzenlenmiş olur.⁹

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesindeki tanımlama içerik/fikri sahteciliği ifade etmektedir. İçerik sahteciliğinde belge, düzenleme yetkisine sahip olan kişi tarafından düzenlenmiş olup belgenin içeriği doğru değildir.¹⁰ Belge dış görünüş itibarıyla sahte değildir.

³ Durmuş Tezcan /Mustafa Ruhan Erdem /R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara: 2020, s. 1037.

⁴ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: 2016, s. 496.

⁵ İsmail Malkoç, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990, s. 19-23.

⁶ Yüksektepe Mert Asker, Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara: 2018, s. 24

⁷ Ahmet Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara: 2018, s. 47.

⁸ Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 7.05.2020)

⁹ Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, Ankara:2020, s. 303.

¹⁰ Mustafa Özen, Vergi Suçları ve Kabahatleri, Ankara: 2018, s. 59.

İlgili tanıma göre bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi karşımıza belgenin aslının sahte olarak düzenlenmesi olarak çıkabileceği gibi suretin sahte olarak düzenlenmesi ya da aslında hukuken hiç var olmayan bir belgenin düzenlenmesi şeklinde de çıkabilir.¹¹ Bu bağlamda sahte belgede karşımıza üç ilişki çıkar:

- Gerçek hukuki ve iktisadi ilişkiyi içermeyen dolayısıyla karşı tarafı bulunmayan,
- Gerçekte olmayan fakat karşı tarafı bulunan bir ilişki,
- Gerçekte olan ve ancak taraflarının başka mükelleflerce belgelen-dirilmiş olduğu ilişki.¹²

Suçun tekemmülü açısından asıl ya da suretinde yapılan sahtecilik arasında bir fark mevcut olmadığı gibi sahteciliğin kısmen veya tamamen yapılması da mümkündür.¹³ Tamamen sahtecilik, gerçekte hiç var olmayan vergilendirme sonucu doğuran bir ilişkinin belgeye yansıtılması; kısmen sahtecilik ise, belgenin bir kısmı gerçeği ifade ederken aynı belgede gerçeğe aykırı olan bilgilerin de yer almasıdır.¹⁴ Örneğin, gerçek mal satışı için düzenlenen faturada ayrıca yapılmayan mal satışının da yer alması gibi.¹⁵

Sahte belge kavramının tanımlandığı bir başka düzenleme 28 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'dir. Tebliğ, hukukî geçerliliğini sağlayan zorunlu ve yeterli unsurlara sahip olmayan belgeleri "sahte belgeler" olarak tanımlamıştır. İlgili Tebliğ göre,

- Vergilendirme sonucu doğuran mal hareketi veya hizmet olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgeler,
- Yetkili olmayan kişi ya da kişilerce düzenlenen belgeler,
- Gerçek mükellef dışında başkası adına bastırılıp kullanılan belgeler, sahte belge olarak kabul edilecektir.

Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmesi zorunlu olan belgelerdeki

¹¹ Karakoç, s. 317.

¹² Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Bursa:2020, s. 454.

¹³ Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara:2010, s. 166

¹⁴ YCGK, E: 2012/11-1512, K: 2014/366,

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285> ET: 01.05.2020

¹⁵ YCGK, E: 2012/11-1512, K: 2014/366,

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285> ET: 01.05.2020

sahteciliğin amacı, *düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak*; vergiyi doğuran olayı gizleyerek az vergi ödemek ya da hiç vergi ödememek; sahte belgeyi kullanan için ise, matrah-tan indirebileceği giderleri artırarak matrahı düşürmek, bu yolla da az vergi ödemek veya hiç ödememek veya hakkı olmayan vergi iadesi veya indirimden yararlanmak olup bu *Şekilde*, sahte belgeyi-sahteciliği amaç değil, araç olarak kullanmaktır.¹⁶Vergi kaçakçılığı suçlarında sahte belgenin kullanılmasında ise, sahte belgeden vergilendirme sonucu doğuracak bir işlem için yararlanmaya çalıŐılması söz konusu olup vergi kaçakçılığı açısından bu durum karşımıza genelde daha az vergi ödeme ya da hiç ödememe amacı olarak yansır.¹⁷

Hazine ve Maliye Bakanlığı KDV Genel Uygulama Tebliği'nde¹⁸ bu konuda bir düzenleme yapılmış ve yargı kararlarını da dikkate alarak bir belgenin sahte olduğuna hükmedilebilmesi için gerekli olan objektif kriterler somut olarak belirlenmiştir.

Tebliğde yapılan açıklamalara göre; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesine göre sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir. Katma Değer Vergisi Uygulama Genel Tebliği'nin 3.1. bölümünde belirtildiği üzere "*Bir belgenin sahte olup olmadığı belgeden hareketle yapılacak tespitlere bağlıdır*".

Buna göre;

"a- Mükellefin vergilendirmeye esas gerçek bir faaliyetinin bulunup bulunmadığını yoklama suretiyle denetlenmesi (ilgili dönem mahalle muhtarı, site yöneticisi ve/veya çevredekilerin mükellefin eylem tarihindeki durumuna ilişkin ifadeleri vb.),

b- Karşıt inceleme yaparak belgeye konu mal hareketinin gerçekte var olup olmadığının kanıtlarla belirlenmesi. Bu kanıtlar fiili veya kayd envanter, randıman incelemesi gibi Şekillerde karşımıza çıka-caktır.

c- Mükellefin ticarî ilişki içinde olduğu firmalar yoluyla ticarî ilişkinin gerçek olup olamadığını belirlenmesi

¹⁶ YCGK, E: 2012/11-1512, K:

2014/366, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285> ET: 01.05.2020

¹⁷ YCGK, E: 2018/427, K :2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

¹⁸ 28 Seri Nolu KDV Genel Tebliği, RGS:28983, RGT: 26.04.2014.

ç-Mükellefin kurumsal analizi

d-Muhasebecisine yönelik tespitler,

e- Mükellefle ticarî ilişkide bulunan diğer mükelleflere ilişkin bilgiler,

f- Sahte belge ticareti yoluyla komisyon elde edip etmediği,

g- Mükellefin vergi kanunlarında belirtilen ödevlerini yerine getirip getirmediği rapora bağlanmalı ve tespit edilmelidir.

Sahte belge başlığı altında üzerinde durulması gereken bir diğer konu hangi belgelerin kaçakçılık suçunun hukukî konusu olacağıdır. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde vergi kaçakçılığı suçunun hukukî konusu, vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen, saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeler olarak belirlenmiştir.¹⁹ Dolayısıyla kaçakçılık suçuna konu olacak belgeleri belirlerken vergi kanunlarını esas almak gerekecektir. Sahte belge düzenleme fiilinin Vergi Usul Kanunu bağlamında kaçakçılık suçuna neden olabilmesi için vergi kanunları gereğince tutulan veya düzenlenen, saklama ve ibraz zorunluluğu bulunan belgelerin asıl ya da suretlerini sahte olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kaçakçılık suçu değil Türk Ceza Kanunu²⁰ bağlamında belgede sahtecilik suçu karşımıza çıkacaktır. Ancak Vergi Usul Kanunu'nda yer almayan bir belge vergilendirme sonucu elde etmek amacıyla düzenlendikten sonra kullanılmış ise, bu durumda da kaçakçılık suçundan bahsetmek mümkün olacaktır.²¹

¹⁹ Funda Başaran Yavaşlar, Tuğçe Karaçoban Güneş, Yasemin Cangüloğlu, "Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi Suretiyle İşlenen Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kastın Tespiti", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 100, Mart 2018, s.341-372, Jurix; Serkan Açar, "Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, Yıl 2005, s. 280.

²⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RGT: 12.10.2004, RGS:25611.

²¹ "Örneğin, ilgili kiracı olmadığı halde daha fazla gider göstererek az vergi ödemek ve bu yolla kendisine çıkar sağlamak için sözde kiraya verenin imzasını taklit etmek suretiyle yapılan kira sözleşmesini vergi dairesine ibraz ederse bu belge vergi hukuku açısından sahte belge kabul edilecektir. Sahte olarak düzenlenen kira sözleşmesinin vergiye ilişkin bir işlemde kullanılmaması veya vergi dışı bir işlemde kullanılması halinde suç kaçakçılık değil, özel evrakta sahtecilik şeklinde değerlendirilmesi gerekir", Şenyüz, s. 454.
"...sahte kira kontratı düzenleme fiilini yerine getiren şahsın vergi mükellefi olması nedeniyle "Sahte kira kontratı tanzim etmek suretiyle stopaj gelir vergisi-

II. SAHTE BELGE DÜZENLEME VE KULLANMA FİİLİNİN İĞFAL KABİLİYETİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Sahte belge düzenleme ve kullanma fiilinin iğfal kabiliyetini iki açıdan ele alınmasında yarar vardır. Bunlardan birincisi, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sahtecilik suçları kapsamında; ikincisi ise, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen Kaçakçılık suçu açısından ele alınmasıdır.

B. Sahtecilik Suçları Bakımından

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sahtecilik suçları, resmî ve özel belge ayırımına dayandırılmaktadır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 204-206. maddeleri ile 210. maddesinin 1'inci fıkrası resmî belgeleri; 207, 208. maddeleri özel belgeleri suç saymaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemede, resmî belgelerin ispat gücünün yüksek olması ve ilgili belgelerin kamu idaresinin işleyiş düzenini ihll edilmesinden dolayı, fiil daha yüksek bir ceza ile karŐılanmıŐtır. Türk Ceza Kanunu'nda resmî belge kavramının tanımına yer verilme-miŐ; dolayısıyla da kavramın tanımı doktrin ve içtihada bırakılmıştır.

Bunun yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nun 210. maddesi gereği resmî belge olması için gerekli Şartları taŐımasa bile bazı belgeler resmî belge olarak kabul edilmektedir. İlgili maddeye göre özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, em-tiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kaçakçılık suçunda korunan hukukî yarar değerlendirildiğinde Ver-

nin eksik tahakkuk etmesine neden olan mükellefin bu eyleminin aynı Kanun'un 359. maddesinde hüküm altına alınan kaçakçılık suçunu oluşturduğu ve aynı Kanun'un 367. maddesi gereğince defterdarlığınız mütalaasıyla yetkili cumhuriyet savcılığına suç duyurulması gerektiği" yönündeki defterdarlığınız görüşü Bakanlığımızca da uygun bulunmuştur. Ancak, sahte kira kontratı düzenleme veya kullanma fiilini yerine getiren Şahsın Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre tüccar vasfı taşımaması halinde ise, bu Şahıslar adına Vergi Usul Kanunu'nun 359 ve 367. maddeleri gereğince kaçakçılık suçu raporu düzenlenmesine ve ilgili cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına imkân bulunmamaktadır". Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, S: B.07.0.GEL.0.30/3032-359-96/30024, T: 28.06.2004, <https://www.gib.gov.tr/node/90234>

gi Usul Kanunu gereği düzenlenmesi zorunlu olan belgelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi vergi kaybının önüne geçme konusunda olumlu sonuçlar doğuracaktır. Mevzuat gereği resmî belge için usul ve şekil şartları öngörülmüşse şekle uygun olarak düzenlenmesi gerekmekte olup aksi takdirde, belgenin resmî belge sayılmayacaktır ve bu durumda özel belgede sahtecilik suçunun işlendiği kabul edilmektedir.²²

Özel belgeler daha çok kişiler arasındaki ilişkilerle ilgili ve etkileri sınırlı, kanıt gücü ve hukuken sonuç doğurma yeteneği bulunan belgelerdir.²³ Resmî belgede sahtecilik suçu bakımından sahtecilik fiili yeterli iken, özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için belgenin kullanılması da gerekmektedir. Özel belgeler, resmî makamlar tarafından düzenlenmemiş olmakla beraber kanıt niteliği taşımaları ve hukukî sonuç doğurmaları nedeniyle hukukî işlemlerde güven duyulması gereken ve bu nedenle korumaya değer belgelerdir.²⁴

Türk Ceza Kanunu'nda sahtecilik suçunun oluşabilmesi için belgenin iğfal kabiliyetinin olması gerekir. Gerekçede sahteciliğin kişiyi yanıltabilecek nitelikte olması dolayısıyla beş duyu organı ile anlaşılabilir olmaması gerektiği hususu vurgulanmıştır. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre "...Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça anlaşılamayan belge sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte olup olmadığı şüpheye yer verilmeyecek şekilde saptanmalıdır".²⁵ Dolayısıyla iğfal kabiliyeti belgedeki sahteciliğin ilk bakışta anlaşılabilmesi olup Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sahtecilik suçunda aldatma yeteneğinin olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilir.²⁶ Sahtecilik beş duyuyla ilk bakışta yapılacak incelemeyle anlaşılabilir bir nitelikteyse, söz konusu belgenin "iğfal kabiliyeti" yoktur.²⁷ İğfal kabiliyeti kavramı resmî belgede sah-

²² YCGK, E: 2015/412, K :2015/286, T:29.09.2015, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=78852&E: 01.05.2020>

²³ H. Tahsin Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 2010/1, s. 209.

²⁴ Gökcan, s. 209.

²⁵ YCGK. E:2016/829, K: 2019/54, T: 17.9.2019, Tezcan/Erdem/Önok, s. 1050

²⁶ M. Yasin Aslan, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", 2015/2, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 162; Remzi Gündüz/Veynel Gültaş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Belgelerde ve Faturalarda Sahtecilik Suçları, Ankara:2013, s. 56-57.

²⁷ Ersan Şen, "Resmî Belgede Sahtecilik Suçunda İğfal Kabiliyeti", <https://www.>

tecilik suçunu düzenleyen kanun metninde yer almamakla beraber, sahtecilik suçunun oluşması için gerekli bir unsur olup iğfal kabiliyeti olmayan belgede, sahtecilik suçunun maddi unsurunun oluŐtuĐundan bahsedilemez.²⁸ Aldatıcılık sahteciliğin özünde olup, sahteciliğin aldatmaya uygun ve elverişli olması suçun oluşması bakımından zorunludur dolayısıyla da özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir.²⁹

C. Kaçakçılık Suçu Bakımından

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgeler Türk Ceza Kanunu kapsamında özel belge olarak değerlendirilir. Bununla beraber Türk Ceza Kanunu ve Vergi Usul Kanunu birebir uyumlu değildir ve suçun oluşumu konusunda farklı düzenlemelere yer vermiştir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunun tekemmülü için belgenin düzenlenmesi yeterli olmayıp suçun oluşumu için belgenin kullanılmış olması zorunlu iken Vergi Usul Kanunu'nda belgenin düzenlenmesi suçun tekemmülü için yeterlidir. Ayrıca kullanılmış olması gerekli değildir. Vergi Usul Kanunu hem sahte belge düzenlemeyi hem de ayrıca sahte belgeyi kullanmayı ayrı ayrı kaçakçılık fiilleri olarak değerlendirmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna neden olan sahte belge düzenleme fiilinde iğfal kabiliyeti ve belgede yer alan usul eksikliklerinin suçun oluşumu üzerine etkisi üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sahtecilik suçlarında kamunun belgeye olan güvenini korumak amaçlanmış olup bu nedenle de belgenin iğfal kabiliyetinin olup olmaması önem ifade etmektedir. Ancak Vergi Usul Kanunu'nda sahtecilik olgusu doğrudan amaç değil karşımıza araç olarak çıkmakta ve bu aracın nasıl kullanıldığı hangi sonuca yöneldiği önem ifade etmektedir.³⁰

hukukihaber.net/resmi-belgede-sahtecilik-sucunda-igfal-kabiliyeti-makale, 5884.html ET:10.03.2020

²⁸ Şen, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçunda İĞfal Kabiliyeti", <https://www.hukukihaber.net/resmi-belgede-sahtecilik-sucunda-igfal-kabiliyeti-makale>, 5884.html ET:10.03.2020

²⁹ YCGK, E: 2016/38, K: 2018/241, T:22.5.2018; YCGK, E: 2017/11-22, K: 2017/287, T:23.5.2017, Handan YokuŐ Sevuğ, "zel Belgede Sahtecilik Suçu", DHFD, Cilt: 24, Sayı: 41, Yıl: 2019, s. 238.

³⁰ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

Bu nedenle de Vergi Usul Kanunu'nda suçun oluşumu için iğfal kabiliyeti şartı aranmamalıdır. Vergi kaçakçılığı suçlarında korunan hukukî yarar da devletin vergilendirme hak ve yetkisidir.³¹ Kişi vergisel sonuç doğuracak bir amaçla sahte belge düzenlemekte ya da bu belgeyi kullanmaktadır ki, beyannameye fatura ve benzeri belgelerin eklenmesi zorunluluğunun olmadığını da göz önünde bulundurursak ise, suçun oluşumu için iğfal kabiliyeti aranması kaçakçılık suçu açısından gerekli değildir. Bu suçta amaç hazinenin vergi kaybına uğramasının önüne geçmektir. Bu nedenle de iğfal kabiliyeti suçun unsuru olmamalıdır. Türk Ceza Kanunu'ndaki sahtecilik suçlarında kamu güveninin korunabilmesi³² için doğrudan belgenin şeklinin korunması amaçlandığı için Türk Ceza Kanunu'nda belgenin şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi bunun yanı sıra aldatma kabiliyeti suçun unsuru olarak kabul edilmiştir. Belgeye yargılama sürecinde ulaşmak mümkün olmamış ise, yani hâkim tarafından aldatma kabiliyetinin varlığı belirlenememiş ise, bu durumda da şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanığın beraatına karar verilecektir.³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da ifade edildiği üzere Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (b) bendinde amaç Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi belgede şekil denetimi yapmak değildir. Çünkü suçun konusu belgenin şeklinden ziyade içeriği olarak karşımıza çıkmaktadır. Belgede bahsedilen olayın vergisel sonuçları açısından gerçeği yansıtmıyorsa yani belgenin içeriğinin vergilendirmeye esas alınabilecek doğru bir bilgi olup olmadığı önem ifade eder. Bu nedenle de iğfal kabiliyetinin varlığı suçun oluşumu açısından gerekli değildir.³⁴ Ancak öğretide ceza

³¹ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

³² Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: 2019, s.855; Pınar Memiş Kartal, "Türk Ceza Kanunu'nda Resmî Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek Suçu: TCK. M. 205", *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, Sayı 68 (3) 2019, s. 554.

³³ "...mahkemece söz konusu belgenin objektif olarak aldatma niteliği bulunup bulunmadığının, özellikleri duruşma tutanağına yazılıp, gerekçede aldatıcılık niteliği irdelenip ne şekilde aldatıcılık niteliğini haiz olduğunun tespitinin mümkün olmaması halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, somut olayda; suça konu sahte olan belge aslının ele geçmediği, katılanın sunmuş olduğu suret belge niteliğinde olduğu gözetilmeden, unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 11.CD., T:19.03.2018, E: 2017/2188, K:2018/2322, Gökmen, Mustafa Kemal, "Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar ve Manevi Unsur", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/1, s. 465

³⁴ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

sisteminin btnlgn korumak amacıyla VUK md 359'da yer almasa bile aldatma kabiliyeti ve Şekil Şartları gibi sahtecilik suçlarında aranan unsurların vergi kaçakçılığı açısından da aranması gerektiği savunulmaktadır.³⁵ Yargıtay kararlarının çoğunluğu da bu yöndedir.

III. BELGEDE ŞEKİL ŞARTININ VARLIğININ SUÇUN MADDİ UNSURU OLUP OLMAMASI VE ŞEKİL EKSİKLİğİNİN İSPAT GÜCÜNE ETKİSİ

Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinde, vergi mükelleflerinin kanuna göre tutulan defterlerinde yer alan bilgilerin aynı zamanda üçüncü kişilerle olan münasebet ve işlemlerinin mutlaka belgeye bağlanması ve belge yoluyla ispatlanması zorunlu tutulmuştur.³⁶ Aynı zamanda ilgili kayıtların her bir belge için de kanunda Şekil Şartı ngrmŐtr.

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (b) bendinde düzenlenen sahte belge düzenleme ve kullanma fiilinde suçun oluŐup oluŐmadıđının belirlenmesi noktasında sahte olarak düzenlendiği iddia edilen belgelerin Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrası gereğince Vergi Usul Kanunu'nun 230 ve devamı maddelerde belirtilen Şekil Şartlarını taşıyıp taşımaması suçun oluşumu açısından yargı organları tarafından denetlenmesi gereken bir husus mudur?

Yargıtay kararlarını da dikkate alarak Şekil Şartlarının Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme nedeni ile Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin (b) bendinde düzenlenen sahtecilik suçunun unsuru olup olmadığı yani vergi kanunları gereğince düzenlenmesi zorunlu olan belgelere ilişkin Şekil Şartının suçun maddi konusu ve unsuru olup olmadığı hususu üzerinde durmak ve bu soruya cevap aramak gerekir. Çünkü 359. maddeye baktığımızda sahte belgenin tanımını yapmış; ancak, başka herhangi bir unsura yer vermemiştir. Konuya ilişkin yargı kararlarında sahte belge düzenleme ve kullanma fiilinin gerçekleşmesi için ayrıca ilgili belgelerin kanunda

³⁵ Selim Kaneti/Esra Ekmekçi/GülŐen Güneş/Mahmut KaŐıkı, Vergi Hukuku, İŐstanbul:2019, s. 376.

³⁶ "Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, bu Kanuna göre tutulan ve nc ŐahıŐlarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsiki mecburidir".

öngörülen şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi şartı aranmıştır.³⁷ Yargıtay kararlarında 227. maddenin 3. fıkrasında Vergi Usul Kanunu gereği kullanılan bunun yanı sıra Hazine ve Maliye (ve Gümrük) Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgelerin vergi kanunları açısından hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmüne yer verilmiş bu nedenle de yargı kararlarında belgelerin kanunda öngörülen zorunlu unsurları taşımamaları halinde suç oluşmayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin tüm kararlarında sahte olduğu iddia edilen belgenin kanunda öngörülen şekil şartlarını taşıp taşımadığının tespitinin öncelikle yapıldığını görmekteyiz **Yargıtay aşamasında kararların çoğunluğu dosya içerisinde herhangi bir fatura aslı ya da suretine rastlanılmaması ve fatura bilgilerinin de yer almaması, sahte fatura düzenleme veya kullanma suçunun oluşabilmesi için suçta konu edilen belgelerin kanunda öngörülen zorunlu bilgileri içermemesi nedeniyle bozulmaktadır.**

³⁷ "...Sahte fatura düzenleme suçu yönünden; 213 sayılı VUK'un 227/3 ve 230. maddelerinde öngörüldüğü üzere, sahte fatura düzenleme suçunun oluşabilmesi için düzenlenen belgelerin 213 Sayılı VUK'un 230. maddesinde sayılan zorunlu unsurları taşıması gerektiği, aksi takdirde ilgili Kanun'un 227/3. maddesine göre hiç düzenlenmemiş sayılacağı cihetle, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi bakımından; suçta konu fatura asılları ya da onaylı suretlerinin duruşmaya getirilip incelenerek kanunda öngörülen şekil şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması..." Yargıtay, 11. CD, E: 2016/2704, K: 2018/2334, T: 19.3.2018; "...Sanık hakkında 2010 takvim yılında sahte fatura düzenleme suçundan verilen mahkumiyet hükmüne dair; sahte fatura düzenleme suçunda suçun maddi konusunun fatura olması ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki "Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanun'un Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır" şeklindeki düzenlemeye göre de faturaların Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesinde öngörülen zorunlu bilgileri içermesinin gerekmesi karşısında, 2010 yılına ait fatura ayrıntılarının Vergi Dairesi'nden sorularak kanaat oluşturacak sayıda fatura aslı ya da onaylı suretinin istenerek dosya arasında bulundurulması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay, 11. CD, E: 2016/4460, K: 2017/4129, T: 1.6.2017; Yargıtay 11. CD, E: 2016/3072, K: 2018/3331, T: 10.4.2018; Yargıtay 11. CD, E: 2016/3830, K: 2018/4098, T: 3.5.2018; Yargıtay, 11. CD, E: 2016/3188, K: 2018/2863, T: 2.4.2018; Yargıtay 11. CD, E: 2016/3224, K: 2018/2757, T: 28.3.2018; Yargıtay, 11. CD, E: 2016/4048, K: 2017/259T: 16.1.2017, Kazancı İçtihat Programı ET:10.05.2020

Yargıtay Ceza Kurulu'nun 2018 tarihli kararı³⁸ dışındaki hemen hemen tüm Yargıtay kararlarında sahte belge düzenlenmesi ve kullanılması filinin kaçaķcılık suçu na neden olabilmesi için kanunda ngrlen Şekil Şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Dolayısıyla da mükellef sahte belgeyi defterine kaydetmiŐ ve beyannamesini bu belgelere dayandırmıŐ olsa bile eğer belgede Şekil eksikliği söz konusu ise, suçun oluŐmadıęına karar vermiş ve Şekil Şartını suçun maddi unsuru olarak kabul etmiştir. Gerekeçe olarak da Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrası esas alınmıştır. İlgili düzenlemeye göre Vergi Usul Kanunu gereğince ve kanunda Hazine ve Maliye (ve Gümrük) Bakanlığına verilen yetki esas alınarak kullanma zorunluluğu getirilen belgeler *eğer kanunda ngrlen Şekil Şartlarını taşımaz ise*, hiç düzenlenmemiş sayılacaktır.

Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme söz konusu belgelerin fiilen yok sayılacağına ilişkin bir düzenleme değildir.³⁹ Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmesi zorunlu olan belgelere ilişkin Şekil Şartları benimsenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesinde faturanın Şekil Şartları; 233. maddesinde perakende satış vesikalarına dair Şekil Şartı; 234. maddesinde gider pusulası ile ilgili Şekil Şartları; 235. maddesinde müstahsil makbuzu Şekil Şartları; 236-237. maddelerde serbest meslek makbuzları Şekil Şartları; 238. maddede ücret bordrosu Şekil Şartı; 239. maddede bordro yerine geçen vesikalara dair Şekil Şartları yer almaktadır. Ayrıca Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın çıkaracağı Tebliğlerle yapacağı düzenlemelerle getirilecek Şekil Şartlarına ilişkin yetki veren Vergi Usul Kanunu'nun mkerer 257. maddesi uyarınca ıkarılan Tebliğlerle belirlenen belgelerdeki Şekil Şartları da belgeler düzenlenirken esas alınacaktır. Aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nda kanunen düzenlenmesi zorunlu olan belgele-

³⁸ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

³⁹ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı
Aksi görüş: "İlgili belgenin hangi hukuki ilişki ve durumlar nedeniyle kim tarafından düzenlenmesi gerektiği ile içermesi gereken zorunlu bilgiler vergini yasallığı ilkesine uygun bir biçimde yasa da yer almalıdır. Saklanması ve ibrazı VUK'da öngörülen bir belgenin VUK'da öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde VUK md 359 bağlamında bir belge bulunmuyor olacaktır. Olmayan belge üzerinde ise suç işlenemez". Yavaşlar Funda Başaran, Karaçoban Güneş Tuğçe, Cangloğlu Yasemin, "Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi Suretiyle İŞlenen Vergi Kaçaķcılıęı Suçunda Kastın Tespiti", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 100, Mart 2018, s.341-372, Jurix Veri Tabanı.

rin düzenlenmemesi halinde müeyyideler öngörülmüştür. Vergi Usul Kanunu'nun 351. maddesinde; usulsüzlük vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin kurallarına uyulmaması olarak tanımlanmıştır. Vergi Usul Kanunu'nun 352. maddesinde usulsüzlük cezaları düzenlenmiş; Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinde ise, özel usulsüzlükler ve cezaları başlığı altında fatura ve benzeri belge verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul kurallarına uyulmaması halinde verilecek idarî para cezaları; Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinde de Hazine ve Maliye Bakanlığınca mükerrer 257. maddeyle verilen yetki çerçevesince çıkarılan Genel Tebliğlerdeki düzenlemelere riayet etmeyenler hakkında uygulanacak idarî para cezalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme kaçakçılık suçu ile ilgili bir düzenleme olmayıp doğrudan usulsüzlük kabahatleri ile ilgilidir. Eğer mükellef kanunen düzenlenmesi zorunlu olan belgeleri şekil şartına uygun olarak düzenlememiş ise, hiç düzenlememiş olarak kabul edilecek ve usulsüzlük kabahatlerine ilişkin müeyyide ile karşı karşıya kalacaktır. Yargıtay kararlarının hemen hemen hepsinde şekil şartı doğrudan suçun maddi unsuru olarak kabul edilmiş olmasına rağmen 2018 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı konuya farklı ve doğru bir bakış açısı ile yaklaşmıştır. Söz konusu kararı değerlendirdiğimizde şu sonuçlara ulaşılabilir:

- Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçu ile Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen belgede sahtecilik suçunun aynı bakış açısı ile değerlendirilmesi doğru değildir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarında mutlaka suça konu belgeler dosyaya getirilmeli ve şekil şartlarına uygun olup olmadığı suçun oluşumu açısından değerlendirilmelidir.⁴⁰ Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçunda belgenin şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi suçun unsuru

⁴⁰ Yargıtay, 11. CD, E: 2016/2704, K: 2018/2334, T: 19.3.2018; Yargıtay, 11. CD, E: 2016/4460, K: 2017/4129, T: 1.6.2017; Yargıtay 11.CD, E: 2016/3072, K: 2018/3331, T: 10.4.2018; Yargıtay 11. CD, E: 2016/3830, K: 2018/4098, T: 3.5.2018; Yargıtay, 11. CD., E: 2016/3188, K:2018/2863, T: 2.4.2018; Yargıtay 11. CD, E: 2016/3224, K: 2018/2757, T: 28.3.2018; Yargıtay, 11. CD, E: 2016/4048, K: 2017/259 T: 16.1.2017, Kazancı İçtihat Programı ET:10.05.2020

olarak kabul edilmemelidir. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendinde sahte belge düzenleme fiilini düzenleyen metinde; başka bir ifade ile suçun maddi unsurunun tanımında belgenin Şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olmasına dair bir ifade bulunmamasına rağmen Yargıtay kararlarında Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki belgede bulunması gereken Şekil Şartı suçun maddi unsuru haline getirilmiştir. Gerekçe olarak da Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan Şekil kullarına aykırı olarak düzenlenen belgenin hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmü esas alınmıştır. Ancak bu gerekçe kaçakçılık suçunun tekemmln Şekil Şartına indirgemekte ve suçu işlenemez suç haline getirmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi ile 227. maddesinin 3. fıkrasının bağlantılı olup olmadığını maddenin konuluŐ amacına bakarak; başka bir ifade ile tarih yorum metodunu kullanarak belirleyebiliriz. Tarih yorum metodunu kullanırken hukuk kuralının konuluŐundaki amaç; başka bir ifade ile kanun koyucunun sübjektif iradesi önem ifade eder. Kanun koyucunun sübjektif iradesini bulmaya çalıŐırken de baŐvuracaĐımız en önemli kaynak Meclis Tutanakları ve kanunun gerekçesidir. Söz konusu maddeye ilişkin Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca hazırlanan 3505 sayılı Kanun Tasarısı'nun Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasının eklenmesine dair 3. maddesinin görüŐüldüĐü sırasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 23.11.1988 tarihli 29. BirleŐimi konunun açıklığa kavuşması açısından önemlidir. BirleŐimde söz alan, dönemin Tunceli Milletvekili Kamer Genç'in "Bir faturada tarihin yazılmaması, numarasının yazılmaması, mükellefin adresinin yanlış veya eksik yazılması, o belgeyi hiç düzenlememiş anlamında anlamıyorum ben burada. Onun, alınan mal miktarının olmaması, yapılan hizmet miktarının olmaması veyahut da buna benzer, o belgenin ne kadar bir hizmet ve mal alımını gerektirdiğini açık ve seçik kanıtlamayacak düzeyde düzenlenmiş olması halinde buradaki madde uygulanır ve buradaki maddenin uygulanması da, yalnız usulsüzlük cezasının tatbiki bakımındandır; yoksa o belgenin tevsih edici niteliğinin ortadan kalkması anlamında değildir." Şeklindeki ve aynı birleŐimde söz alan BaŐbakan Yardımcısı İsmet Kaya Erdem'in; "Vergi kanunları bakımından, herhangi bir surette eksi-

ği olan, Vergi Usul Kanunu gereğince hiç düzenlenmemiş sayılıp, böyle bir belgeyi yapmamış olana usulsüzlük cezası tahakkuk ettirilerek, verilecektir.”⁴¹ biçimindeki konuşması ilgili düzenlemenin Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesi ile ilişkilendirilemeyeceğini, usulsüzlük kabahati ile ilgili olduğunu işaret etmektedir. Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin b fıkrasında “vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananların hapis cezası ile cezalandırılacağı” hükmüne yer verilmiş; son cümlesinde ise, sahte belge “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge” olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemeyi esas aldığımızda kanun koyucunun sahte belgeyi içerik sahteciliğini işaret ederek tanımladığını görmekteyiz ki, bu durumda belgenin şekle uygun olarak düzenlenip düzenlenmemesi suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Dolayısıyla da eğer sahte belge düzenleme ve kullanma fiili başkaca delillerle ispat edilmiş ise, belgenin dosyada bulunmaması suçun sübutuna engel olmayacaktır. Çünkü şekil şartı ve aldatma kabiliyeti korunan hukukî yarar nedeniyle suçun maddî unsuru olarak karşımıza çıkmayacaktır. Vergi Usul Kanunu’nun 227. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin vergilendirme sürecinin sağlıklı işlemlerini sağlamak; dolayısıyla da vergi denetimini kolaylaştırmaktır. Aksini düşünüp şekil şartını kaçakçılık suçunun maddî unsuru olarak kabul etmek suçun işlenemez hale gelmesine neden olacak sahte belge düzenleyen kişi belgeleri dosyaya hiç sunmayarak daha az hapis cezasını gerektiren defter ve belgeleri ibraz etmeme fiilini işlemiş sayılacak ya da belgelerin şekil kurallarına aykırı olarak düzenleyip sadece usulsüzlük kabahatinin muhatabı olacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da ifade edildiği üzere vergi kaçakçılığının konusu bir belge olmadığı için sahtecilik amaç değil; vergi kaçırma suçun açısında araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi bir uygulama vergi kaçakçılığı olarak düzenlenen suçun oluşumunun belgenin şekil şartına bağlanmasına neden olacak; bu durum ise, kaçakçılık suçlarında korunan hukukî değerle bağdaşmayacaktır. Belgede şekil deneti-

⁴¹ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d18/c018/tbmm18018029.pdf>, s. 37.

mini zorunlu tutmak vergi kaçakçılığının ve mükelleflerin kanunu dolanmalarının yolunu açacaktır. Eğer belgeler dosyada mevcut değilse ve mükellef tarafından dosyaya sunulmaz ise, sahte belge düzenleme ve kullanma fiili nedeniyle mükellefe ceza verilmeyecek; ancak defter ve belgeleri ibraz etmeme fiili nedeniyle ceza verilecektir. Bu durumda da mükellefin sahte belge düzenleme fiiline kıyasen daha az ceza alması söz konusu olacaktır.

Vergi Usul Kanunu gereği vergi mükelleflerinin üçüncü kişilerle yapmış oldukları işlemleri belgeye dayandırma zorunluluğu söz konusudur. Ancak ilgili belgelerin kanun gereği beş yıl saklanma zorunluluğu olmakla beraber fatura ve benzeri belgeleri aslının ya da bir örneğinin beyannameye eklenmesi zorunluluğu yoktur. Bu nedenle de beyannameye eklenmesi zorunlu olmayan bir belgeyi kaçakçılık suçun işlendiği diğer delillerle ispat edilmiş olmasına rağmen suçun tekemmülü açısından şekil denetimine tâbi tutmak suçun tamamlanması noktasındaki inisiyatifini sanıklara bırakmak demektir⁴².

- Komisyonunda tartışılan ve bugün hala Yargıtay kararlarında işaret edilen bir diğer konu belgenin hiç düzenlenmemiş sayılması halinde delil olma özelliğini yitirip yitirmeyeceğidir. Belgenin şekil şartına aykırı olarak düzenlenmesi kaçakçılık suçları açısından belgenin ispat vasıtası olarak kullanılmasına engel olmayacaktır. Bu konu ile ilgili Tunceli Milletvekili Kamer Genç'in konuşması dikkate değerdir. "Hiç düzenlenmemiş sayılır" cümlesinden ne anlamak gerektiği; şekil şartları eksik olan belgenin delil değerinde olup olmadığı hususu üzerinde durmuştur. Konuyu şu şekilde ifade etmiştir: *"Her belgenin bir ekonomik değeri vardır. Bir mal satıyorsunuz, o mal karşılığında bir belge alıyorsunuz; ama mal sattığınız aldığınız, kayıtlarınızda, imalatınızda belli. Özellikle Danıştay'da bu gibi olaylarla çok karşılaşmıştır. Mesela, mükellef bir okul veya bir inşaat yapıyor; defter ve belgeleri kayıp. Bu durumda ne yapılması lazım? Hiçbir giderin kabul edilmemesi lazım; ama ortada bir ekonomik değer var... Bir inşaatın meydana gelmesi için yapılması gereken asgari masraflar var. Bayındırlık Bakanlığının şartnamesi var. Yargı mercileri bu gibi hallerde, işte böyle birtakım karineleri esas almak suretiyle, gerçek kazancının bulunması yolunu tercih ediyorlardı. Fakat nedense, Bakanlık, "Hiç dü-*

⁴² YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T:08.11.2018, Kazancı İctihat Programı

zenlenmemiş sayılır” diye bir hüküm getiriyor. Yani, bir belgede eksik bir bilginin olması halinde, “bu belgeler hiç düzenlenmemiş sayılır” diye bir hüküm getirilmektedir. Acaba, “hiç düzenlenmemiş sayılır” ibaresiyle, bu belgenin tevsik edici niteliği yok mudur; yoksa tevsik edici niteliği var da buna özel usulsüzlük cezası uygulanır amacını mı taşımaktadır?”

Belgenin delil niteliğinde olup olması konusunu değerlendirirken Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesini esas almamız gerekir. İlgili maddede vergiyi doğuran olay ve bu olayın ya da hukukî durumun nasıl ispat edilebileceğini düzenlemiştir.

Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesi öncelikle vergi kanunlarının nasıl yorumlanacağı husus düzenlenmiş; B fıkrasında da ispat konusuna yer verilmiştir. İlgili maddeye göre vergiyi doğuran olay ve olaya ilişkin muameleler yemin hariç her türlü delil ile ispat edilebilir. Bunun yanı sıra kanun koyucu doğrudan vergiyi doğuran olayla ilgili olmayan tanık ifadelerini de delil olarak kabul etmemiştir. Bu hükme göre vergiye tâbi olay ve işlemlerin defter, kayıt ve belge gibi maddî delillerle ispat olunabileceği gibi bu olay ve işlemler bunlar dışında kalan her türlü ispatlama araçlarıyla da tespit edilebilecektir.

Maddeyi değerlendirdiğimizde Vergi Usul Kanunu’nun 227. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin belgenin delil olma özelliği ile ilgili olmadığı sonucunu çıkarabiliriz. Düzenleme doğrudan vergilendirme sonucu doğuran işlemlerle ilgilidir. Örneğin, şekil eksikliği nedeniyle bir belge düzenlenmemiş sayılır ise, mükellefin birtakım teşviklerden ya da katma değer vergisi indiriminden yararlanması mümkün olmayabilir. Nitekim Vergi Usul Kanunu’nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki şekil şartı düzenlenmesinin tamamen etkin vergi denetimini sağlamak amacı ile de yapıldığı söylenebilir. Bir belgede vergi kaybına neden olan bilgilerin bulunmayışı ile vergi kaybına neden olmayan bilgilerin bulunmayışı birbirinden farklı olup delil niteliğinde olup olmaması kanaatimce bu kritere göre değerlendirilmelidir. Ancak belgeye hiç ulaşılabilmesi ya da belgede delil niteliğinde olmasını sağlayacak bilgilerin olmaması halinde Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde yer alan sahte belge düzenleme ve kullanma fiili başkaca delillerle de ispatlanabilir. Aksi takdirde belgenin şekil şartına uygun olarak düzenlenmiş olması suçun maddî unsuru olarak kabul edilirse Yargıtay Ceza Kurulu kararında ifade edildiği üzere, belgenin öncelikle şekli unsurlar yönünden denetlenmesi, eğer şekli unsurlar

tam ise ve belgenin içeriği gerçeği yansıtmyorsa sahtecilik suçunun işlendiğinin kabul edilmesi halinde ilgili düzenleme ile vergi kaçakçılığının önlenmesi mümkün olmayacaktır. Söz konusu uygulama Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendindeki suçun belgede Şekil denetimine bağlanmasına ve kötü niyetli kişiler tarafından belgedeki Şekil Şartlarının eksik bırakılarak suçun işlenemez hale getirilmesine neden olacaktır. Sahte belge düzenleyenin belgeleri beyannameye eklenme zorunluluğunun olmaması da kanuni Şekil Şartlarını bilerek eksik bırakıp vergi kaçırmasını kolaylaŐtıracaktır. EĞer belgenin Şekil Şartına uygun olarak düzenlenmesini suçun maddî unsuru olarak kabul edersek bu durumda sahte belge düzenleme ve kullanma yoluyla kaçakçılık suçunun iŐlenebilmesi mümkün olmayacaktır.⁴³

Bu nedenlerle Vergi Usul Kanunu'nda kaçakçılık suçları kapsamında düzenlenen sahtecilik fiillerinde belgede Şekil denetimi ve aldatma kabiliyetinin Türk Ceza Kanunu'ndaki sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarından farklı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Nitekim Şekil noksanlığının Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendindeki suçun unsuru olarak kabul edilmesi maddenin düzenleniş geresine de aykırı olacaktır. EĞer deftere kaydedilmiş sahte bir belgenin dosyada varlığı mevcut değilse ya da belge kanunda belirlenen Şekil Şartına uygun değilse kaçakçılık suçunun işlenip işlenmediği diğer delillerle de ispatlanabilir. Çünkü ilgili maddede belgenin Şeklinden ziyade doğrudan içerik sahteciliĐi⁴⁴ile bağlantılıdır. Bu bağlamda da maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına elverişli olan bütün delillerin toplanması gereklidir.⁴⁵

⁴³ YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T 08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı

⁴⁴ Doktrinde sahtecilik suçları; maddî ve fikri sahtecilik olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddî sahtecilik suçu, belgenin düzenleyen olarak görülen kişiden başka biri tarafından düzenlenmesi veya gerçek belgede değişiklik yapılması olup maddî sahteciliği oluşturan bu iki iŐleniŐ biçimi aynı zamanda; belgenin sahihliğine karşı işlenen suç olarak kabul edilir. Fikri sahtecilikte ise, belgeyi düzenleyen olarak görünen kişi ile düzenleyen kişi aynıdır ve fakat sahtecilik eylemi belgenin özüyle, fikri yapısı ve içeriği ile (gerçekliğiyle) ilgilidir. Örneğin sahte bir vasiyetname üretilmesi ile gerçek vasiyetnamenin bir Şartının değiştirilmesi eylemleri maddî sahteciliktir. Buna karşın, bir noterin gerçekte meydana gelmeyen bir olayı, huzurunda meydana gelmiş gibi göstermesi veya tanık beyanlarını deĐiŐtirerek yazması halinde fikri sahtecilik bulunmaktadır; Toroslu, Ceza Hukuku zel Kısım, 2005, s. 228 vd.; Hasan Tahsin Gökcan, "zel Belgede Sahtecilik", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s. 226.

⁴⁵ Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İŐpat, Ankara:2017, s. 485.

Dolayısıyla deftere kaydedilen sahte belgenin gerçek bir ticarî ilişkiye dayanıp dayanmadığı yoklama yöntemiyle tespit edilebilir. Bu bağlamda iş yerinin faaliyet gösterip göstermediği, personel bilgisi, personelin söz konusu faaliyet açısından yeterliliği, elektrik su ve telefon giderleri, eğer işi terk etmiş ise mükellefin vergi dairesine bildirimde bulunup bulunmadığı, incelemede ele geçirilen faturaların iş hacmi ile uyumlu olup olmadığı, komşuları tarafından tanınıp tanınmadığı, vb. gibi araştırmalar yapıp delil olarak değerlendirilebilir. Bunların yanı sıra:

- Bir ticarî işletmenin olup olmadığının varsa eğer işletmenin fizikî koşulları ile iş hacminin uyumlu olup olmadığının belirlenmesi gerekir.
- Karşit inceleme yoluyla da mükellefin sahte belge düzenleyip düzenlemediği ya da kullanıp kullanmadığını tespit edebiliriz. Mükellefle ilgili inceleme yapılırken bu mükellefle ilgili defter ve belgelerde kaydı olan diğer mükelleflerden de defter ve belgelerin ibrazı istenebileceği gibi bazı bilgiler de talep edilebilir.
- Mükellefçe hazırlanan BA ve BS formlarının birbirini teyit etmesi gerekir
- Katma Değer Vergisi Uygulama Genel Tebliği'nin 3 bölümünde belirlenen kriterlerin de sahte belge düzenleme ve kullanma fiilinin tespiti açısından dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda muhasebe bilgileri ve diğer metodlarla da içeriğinin sahte olduğu mahkemede ispatlanabilecektir.

İzah edildiği üzere Kaçakçılık suçlarında tek ispat aracı sahte belge değildir. Sahte belgenin dosyada mevcut olması, şekil şartlarına uygun olması halinde bile bu durumu teyit edici araştırmanın yapılması gerekmektedir. Nitekim TCK Adalet Komisyonunda ifade edildiği üzere "*aldatıcılık özelliği sahteciliğin özünde var olan*" bir husustur.⁴⁶ Aksi takdirde eksik inceleme olacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında göze çarpan bir diğer husus Vergi Usul Kanunu'nda yer alan suçları Türk Ceza Kanu-

⁴⁶ Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara:2019, s. 736.

nu bakış açısı ile değerlendirip değerlendiremeyeceğimizdir. Bu soru özellikle sahte belge düzenleme fiilinde karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu'ndaki sahtecilik suçları ve Vergi Usul Kanunu'ndaki sahte belge düzenleme suretiyle kaçakçılık suçunda korunan hukukî değer bu soruya cevap ararken önem ifade etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sahtecilik suçları ile korunan hukukî değer 'kamu'nun belgeye olan güvenini' korumak iken Vergi Usul Kanunu'ndaki sahte belge düzenleme ve kullanma suçları ile korunan değer devletin vergilendirme yetkisidir. Bu yetkinin korunması yoluyla devlet hazinesinin kayba uğramasının önüne geçilir. Dolayısıyla da belgeye güven burada korunan bir değer olarak karşımıza çıkmadığı için belgenin Şekil Şartına uygun düzenlenmiş olup olmaması da suçun oluşumu açısından önem ifade etmemelidir. Belgenin Şekil Şartlarına aykırı olarak düzenlenmesi usulsüzlük kabahatinin tamamlanması açısından dikkate alınması gereken bir konudur. Türk Ceza Kanunu'ndaki sahtecilik suçlarında kamu güveninin korunabilmesi için doğrudan belgenin Şeklinin korunması amaçlanmıştır bu nedenle de Türk Ceza Kanunu'nda belgenin Şekil Şartlarına uygun olarak düzenlenmiş olması; dolayısıyla da aldatma kabiliyetinin olup olmaması suçun unsuru olarak kabul edilmiştir.

Vergi Usul Kanunu ceza kanunu olmamakla beraber ceza hükmü içeren özel nitelikli bir kanundur. Bu nedenle Vergi Usul Kanunu'nun korunan hukukî yararı da göz önünde bulundurursak birebir Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlamasını bekleyemeyiz. Vergi Usul Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'nun birebir uyumlu olduğunu da söylememiz mümkün değildir. Bu hususa verebileceğimiz en güzel örnek dava zamanaŐımıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımı,⁴⁷ suçun işlendiği tarihten kanunda belirtilen süre

⁴⁷ Dava Zamanaşımı

Madde 66- (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl,

c) Yirmi yıldan aŐaęı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda o beş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuŐ olup da on beş yaşını doldurmamıŐ olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuŐ olup da on sekiz yaşını doldurmamıŐ olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu

geçtiği halde dava açılmamış veya dava açılmasına rağmen kanunî süre içinde sonuçlandırılmamış ise, devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesi sonucunu doğuran bir ceza hukuku kurumudur. Türk Ceza Kanunu'ndaki dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı süreleri kaçakçılık suçları için de uygulanacaktır. Ancak Vergi Usul Kanunu'nda belirtilen tevsik edici belgeleri saklama ve ibraz için öngörülmüş olan 5 yıllık süreyle uyumlu değildir. Şöyle ki 5 yıllık sürenin dolması ile birlikte mükellefin belgeleri ibraz ve saklama yükümlülüğü sona ermektedir. Kaçakçılık suçunun oluşumunda sahte belge düzenleme ve kullanma fiilinde mükellef belgeleri sunmadığı için herhangi bir ceza olmayacaktır. Dolayısıyla da Türk Ceza Kanunu'nda vergi suçları için uygulanacak sekiz yıllık dava zamanaşımı süresinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna neden olan fiillerden biri de sahte belge düzenleme ve kullanma fiilidir. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işlenen kaçakçılık suçlarında şekil denetiminin suçun maddî unsuru olup olmadığı önem ifade etmektedir. Yerleşmiş olan Yargıtay kararlarını değerlendirdiğimizde sahteciliğe konu olan belgenin şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi suçun maddî unsuru olarak kabul edilmiştir. Gerekçe olarak da Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3.

davasısı düşer.

(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) (Değişik: 29.6.2005 - 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.

fıkrasında yer alan “Şekil Şartlarına aykırı olarak düzenlenen belgenin vergi kanunları gereğince hiç düzenlenmemiş sayılacağı” hükmü gösterilmiştir. Bunun yanı sıra Yargıtay kararlarında kaçaıkılık suçu değerlendirilirken Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde de “zel Kanunlarla İlişki” başlığı altında “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünün esas alındığını; dolayısıyla da Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen sahtecilik suçlarında Şekil denetiminin ve aldatma kabiliyetinin suçun unsuru olmasının kaçaıkılık suçuna da yansıdağını görmekteyiz. Ancak Yargıtay Ceza Kurulu’nun çalıŐmama da esas aldığım Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun T: 08.11.2018 ve E: 2018/427, K: 2018/517 sayılı kararının daha nceki Yargıtay kararlarından farklı ve doğru bir bakış açısı getirdiğini görmekteyiz. Söz konusu kararı değerlendirdiğimizde Şu sonuçlara ulaŐabiliriz:

- Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen kaçaıkılık suçunda sahte belge açısından iğfal kabiliyeti aranmaz. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen sahtecilik suçlarında iğfal kabiliyeti; başka bir ifade ile belgenin Şekli aldatma kabiliyetini varlığı suçun unsuru olması nedeniyle gerekli ve önemlidir. Bu nedenle de Türk Ceza Kanunu’ndaki sahtecilik suçlarında belgenin getirilerek incelemesi ve Şekil denetiminin yapılması suçun unsuru olarak karşımıza çıkar. Ancak Vergi Usul Kanunu’nda sahte belge düzenleme ve kullanma açısından Şekil denetimi zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin b bendinde belge ve Şekli suçun unsuru olarak düzenlenmediği için Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde düzenlenen kaçaıkılık suçuna neden olan sahte belge düzenleme fiilinde iğfal kabiliyeti ve belgede yer alan usul eksikliklerinin suçun oluşumu üzerine etkisinin mevcut olmaması gerekir. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen sahtecilik suçlarında kamunun belgeye olan güvenini korumak amaçlanmıştır. Bu nedenle de belgenin iğfal kabiliyetinin olup olmaması önem ifade eder. Ancak Vergi Usul Kanunu’nda yer alan sahtecilik amaç değil araçtır ve bu aracın nasıl kullanıldığı hangi sonuca yöneldiği önem ifade eder. Kişi vergisel sonuç doğuracak bir amaçla sahte belge düzenlemekte ya da bu belgeyi kullanmaktadır. Ancak beyannameye fatura ve benzeri belgelerin eklenmesi zorunluluğunun olmadığını göz önünde bulundurursak suçun oluşumu için

iğfal kabiliyetinin aranması kaçakçılık suçu açısından gerekli değildir. Bu suçta amaç hazinenin vergi kaybına uğramasının önüne geçmektir bu nedenle de iğfal kabiliyeti suçun unsuru olmamalıdır. Vergi Usul Kanunu'nda kaçakçılık suçunun fiillerinden biri olan sahte belge düzenleme fiilinde içerik sahteciliğinin/fikir sahteciliğinin esas alındığını görüyoruz; bu nedenle de iğfal kabiliyeti aranmamaktadır. Vergi Usul Kanunu ceza kanunu olmamakla beraber ceza hükmü içeren özel nitelikli bir kanundur. Bu nedenle Vergi Usul Kanunu'nun korunan hukukî yararı da göz önünde bulundurursak birebir Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlamasını bekleyemeyiz.

- Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçunda belgenin şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi suçun unsuru olarak kabul edilmemelidir. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendinde sahte belge düzenleme fiilini düzenleyen metinde; başka bir ifade ile suçun maddî unsurunun tanımında belge şekline ve denetimine ilişkin bir ifade bulunmaması rağmen Yargıtay kararlarında Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki belgede bulunması gereken şekil şartı suçun unsuru haline getirilmiştir. Ancak bu gerekçe kaçakçılık suçunun tekemmülünü şekil şartına indirgemekte ve suçu işlenemez suç haline getirmektedir. Eğer sahte belge düzenleme ve kullanma fiili başkaca delillerle ispat edilmiş ise belgenin şekle aykırı olarak düzenlenmiş olması suçun sübutuna engel olmayacaktır. Çünkü şekil şartı ve aldatma kabiliyeti korunan hukuki yarar nedeniyle suçun maddi unsuru olarak karşımıza çıkmayacaktır. 227. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin amacı vergilendirme sürecini sağlıklı işlemini sağlamak dolayısıyla da vergi incelemesini kolaylaştırıp vergi kaybının önüne geçmektir. Aksini düşünüp şekil şartının kaçakçılık suçunun maddi unsuru olarak kabul etmek suçun işlenemez hale gelmesine neden olacak sahte belge düzenleyen kişi belgeleri dosyaya hiç sunmayarak daha az hapis cezasını gerektiren defter ve belgeleri ibraz etmeme fiilinin işlemiş sayılacak ya da belgelerin şekil kurallarına aykırı olarak düzenleyip sadece usulsüzlük kabahatinin muhatabı olacaktır.
- Yargıtay kararlarını da dikkate aldığımızda cevabını aramamız gereken bir diğer husus şekil eksikliği nedeniyle hiç düzenlenmemiş

sayılan belgenin ispat kabiliyetinin olup olmadığı ya da sahte düzenlenen belgenin dosyaya sunulmaması/sunulamaması halinde başkaca ispat araçlarını kullanıp kullanamayacağımızdır. Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçunda sahte belgenin tanımlanmasından yola çıkarak sahteciliğın içerik sahteciliğı olduğunu söyleyebiliriz. İçerik sahteciliğında Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinden yola çıkarak her türlü ispat aracını kullanmamız mümkündür. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde sahte belge kavramı tanımlanmış ve bu tanımdan yola çıkarak da aldatma kabiliyetinin içerikte aranması gerektiğı sonucuna ulaŐılır ki, bu durumda da hem Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi ve gerekse Ceza Hukuku'ndaki delil serbestisi ilkesi gereğince belge dosyada mevcut değilse, zamanaşımı ileri sürülerek mükellef tarafından dosyaya sunulamıyor ise, başkaca delillerle içerik sahteciliğının ispatı mümkündür. Aksini düŐünmek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında da ifade edildiğı gibi suçu işlenemez hale getirmektedir. Bir ticarî işletmenin olup olmadığının varsa eğer işletmenin fizikî koşulları ile iş hacminin uyumlu olup olmadığının belirlenmesi; karşıt inceleme yoluyla da mükellefin sahte belge düzenleyip dzenlemediğı ya da kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi; *mükellefle ilgili inceleme yapılırken bu mükellefle ilgili defter ve belgelerde kaydı olan diğeri mükelleflerden de defter ve belgelerin ibrazı istenmesi, karşıt inceleme yapılması; mükellefçe hazırlanan BA ve BS formlarını birbirini teyit edip etmediğinin araştırılması*; Katma Değeri Vergisi Uygulama Genel Tebliğinin 3.1 bölümünde belirlenen kriterler de sahte belge düzenleme ve kullanma filinin tespiti açısından önemli ispat araçları olarak karŐıımıza çıkacaktır. Suçun iŐlendiğı diğeri delillerle de sabitken ispatını sadece belgeye indirgemek kötüniyetli uygulamalara yol açacak suçu işlenemez suç haline getirecektir. Vergi Usul Kanunu'nda vergilendirmeye esas alınan belgeler için Şekil Şartı öngörülmüş ve Şekil Şartına uygun olarak düzenlenmeyen belgeler hiç düzenlenmemiş olarak kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme söz konusu belgelerin fiziken mevcut olmadığı dolayısıyla da ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı olarak yorumlanamaz. Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki Şekil Şartının ve Vergi Usul Kanunu'nun 230 ve devamı maddelerde ve Hazine ve Maliye Bakanlığınca düzenlenen

Genel Tebliğlerle idarî ve malî vergi denetimi kolaylığı için getirilen bu düzenlemelere uyulmaması halinde mükellef idarî para cezası ile karşı karşıya kalacak; belge hiç düzenlenmemiş sayıldığı için de vergisel avantaj doğuran birtakım sonuçlardan da istifade edemeyecektir. Katma değer vergisi indiriminden, teşviklerden yararlanamaması gibi. Vergi Usul Kanunu'nda ispat külfeti mükellefe yüklenmiş olup mükellef vergilendirmeye esas tutulacak işlemleri bu belgeler vasıtasıyla ispatlayacaktır. Kanun koyucu bu şekilde mükellefin vergisel işlemlerini belgeye bağlamış mükellefin işini kolaylaştırmıştır. Ancak mükellef şekil şartına uygun olarak düzenlenmemiş ise belgeleri ispat vasıtası olarak kullanamayacaktır. Bu kuralı ceza davalarında uygulamak mümkün değildir. Yargıtay Ceza Kurulu kararında ifade edildiği üzere "delillerle suç sabit ise, şekil denetimi yönünden belgenin getirtilerek incelenmesi elzem değildir. Bu bağlamda suçun konusu belge değil vergisel sonuç doğuran faaliyettir. "Yani vergiye konu olayın gerçeği yansıtıp yansıtmadığıdır. Dolayısı ile delil olarak sunulan belgedeki bir takım şekil noksanlıklarının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır". Dolayısıyla da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçun hukuka aykırı olmayan her türlü delille ispat edilebileceği hükmü gereği şekil şartına aykırı olarak düzenlenmiş bile olsa Vergi Usul Kanunu'ndaki belgelerin ispat vasıtası olarak kullanılması mümkündür.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara:2019.
- Birtek Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Ankara:2017.
- Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara:2010.
- Gökçen Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara: 2018.
- Gündüz Remzi/Gültaş Veysel, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununda Belgelerde ve Faturalarda Sahtecilik Suçları, Ankara: 2013.
- Kaneti Selim/Ekmekçi Esra/Güneş Gülsen/Kaşıkçı Mahmut, Vergi Hukuku, İstanbul:2019
- Karakoç Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Ankara:2019.
- Malkoç İsmail, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990.

- zen Mustafa, Vergi Suçları ve Kabahatleri, Ankara:2018.
 Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku zel Hükümler, Ankara: 2016.
 Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa:2020.
 Taşkan Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, Ankara:2020.
 Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/nok Murak, Teorik ve Pratik Ceza zel Hukuku, Ankara:2020.
 Yüksektepe Mert Asker, Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara: 2018.

Makaleler

- Açar Serkan, "Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, Yıl 2005.
 Aslan M. Yasin, "Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", 2015/2, *Ankara Barosu Dergisi*.
 Gökcan H. Tahsin, "zel Belgede Sahtecilik Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 2010/1.
 Gökmen Mustafa Kemal, "Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar ve Manevi Unsur", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/1.
 Kartal Pınar Memiş, "Türk Ceza Kanunu'nda Resmî Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek Suçu", TCK. M. 205, *Ankara ni. Hukuk Fak. Dergisi*, 68 (3) 2019.
 Şen, Ersan, "Resmî Belgede Sahtecilik Suçunda İğfal Kabiliyeti", https://www.hukukihaber.net/resmi-belgede-sahtecilik-sucunda-igfal-kabiliyeti-makale_5884.html.
 Yavaşlar Funda Başaran, Karaçoban Güneş Tuğçe, Cangloğlu Yasemin, "Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi Suretiyle İŞlenen Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kastın Tespiti, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 100, Mart 2018, s.341-372, Jurix.
 Sevik Handan YokuŐ, zel Belgede Sahtecilik Suçu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 41, Yıl: 2019.

Mahkeme Kararları

- YCGK, E: 2015/412, K: 2015/286, T:29.09.2015, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
 Yargıtay 11. CD, T:19.03.2018, E: 2017/2188, K: 2018/2322, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
 Yargıtay, 11. CD, E: 2016/2704, K: 2018/2334, T: 19.3.2018, Kazancı İçtihat Programı ET:10.05.2020
 Yargıtay 11. CD, E: 2016/4460, K: 2017/4129, T: 1.6.2017, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
 Yargıtay 11. CD, E: 2016/3072, K: 2018/3331, T: 10.4.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
 Yargıtay 11. CD, E: 2016/3830, K: 2018/4098, T: 3.5.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
 Yargıtay 11. CD, E: 2016/3188, K: 2018/2863, T: 2.4.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020

- Yargıtay 11. CD, E: 2016/3224, K: 2018/2757, T: 28.3.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/4048, K: 2017/259T: 16.1.2017 Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/2704, K: 2018/2334, T: 19.3.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/4460, K: 2017/4129, T: 1.6.2017, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/3072, K: 2018/3331, T: 10.4.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/3830, K: 2018/4098, T: 3.5.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/3188, K:2018/2863, T: 2.4.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay 11. CD, E: 2016/3224, K: 2018/2757, T: 28.3.2018, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- Yargıtay, 11. CD, E: 2016/4048, K: 2017/259, T: 16.1.2017, Kazancı İçtihat Programı ET: 10.05.2020
- YCGK, E: 2018/427, K: 2018/517, T: 08.11.2018, Kazancı İçtihat Programı
- YCGK, E: 2012/11-1512, K: 2014/366, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285> ET: 01.05.2020
- YCGK, E: 2012/11-1512, K: 2014/366, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285> ET: 01.05.2020
- YCGK, E: 2016/38, K: 2018/241, T:22.5.2018
- YCGK, E: 2017/11-22, K: 2017/287, T:23.5.2017

İnternet Kaynakları

- Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 7.05.2020)
- Kazancı İçtihat Programı (Erişim Tarihi: 1.05.2019)
- <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=45285>
- https://www.muhasabenet.net/haber.php?haber_id=6555
- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d18/c018/tbmm18018029.pdf>,
- <https://www.gib.gov.tr/node/90234>

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA HÜKÜMSÜZ EVLİLİK SÖZLEŞMELERİNİN BOŞANMANIN EŞLER ARASINDAKİ MALİ SONUÇLARINA ETKİSİ*

EFFECTS OF NULL AND VOID PRENUPTIAL AGREEMENTS ON
PECUNIARY CONSEQUENCES OF THE DIVORCE BETWEEN
ESPOUSES IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW

Barış DEMİRSATAN**

Özet: Günlük anlamıyla evlilik sözleşmelerine Türk hukukunda geçerlilik tanımak mümkün değildir. Bununla birlikte, boşanmanın mali sonuçlarının öngörülebilir olması gerekliliktir. Türk hukuk uygulaması incelendiğinde boşanmanın mali sonuçlarında yeterli derece öngörülebilirliğin bulunmadığı çıkarımında bulunulabilir. Öte yandan, boşanma halinde tanınan maddi tazminat isteminde, zarar kavramının kuramsal açıdan da net olmadığı açıktır. Manevi tazminat istemleri bakımından da genel olarak tazminat sorumluluğunun kapsamı yeterince belirlilik göstermemektedir. Bu itibarla hükümsüz evlilik sözleşmelerinin boşanma nedeniyle hükmedilen tazminat istemlerinde, tazminatın indirim sebebi olarak değerlendirilmesine olanak tanınmalıdır. Ayrıca, aile hukukunun sözleşmeselleşmesi de aile hukuku alanında gitgide güçlenen bir eğilimdir. Bu bağlamda İngiliz ve Alman hukuklarındaki gelişim sürecinden örnek alınabilir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Sözleşmesi, Boşanma, Boşanmada Maddi Tazminat, Boşanmada Manevi Tazminat, Aile Hukukunun Sözleşmeselleşmesi

Abstract: Prenuptial agreement with their everyday speech meaning is null and void under Turkish civil law. However, predictability is a necessity and need for pecuniary consequences of divorce. It is possible to infer from the Turkish practice that the sufficient predictability lacks from pecuniary consequences of divorce. In the case of pecuniary damages, the concept of damages is not theoretically clear. As to non-pecuniary damages, the extent of claim is obscure. Thus, null and void prenuptial agreements should be permitted and

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Ar. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0228-5236, Makale Gönderim Tarihi: 21.6.2020, Kabul Tarihi: 21.06.2020

taken into consideration as fact for reduction of damages. Moreover, the contractualisation of family law becomes more and more prevailing. In this connection, the developments in English and German law might serve as an example.

Keywords: Prenuptial Agreement, Divorce, Pecuniary Damages In the Case Of Divorce, Non-Pecuniary Damages In The Case of Divorce, Contractualisation of Family Law

GİRİŞ

İletişim araçlarının da etkisiyle, günlük yaşamda evlilik sözleşmesi terimiyle karşılaşılmaktadır. Bu terim, evliliğin sona ermesi olasılığında tarafların birbirlerinden doğabilecek maddi taleplerinin akıbetlerini ve bazı durumlarda evlilik içi davranış ile görev dağılımını evlilikten önce düzenledikleri sözleşmeyi ifade etmektedir.¹ Oysa bu anlamıyla evlilik sözleşmesi, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle Türk hukukunda hüküm doğurmaz. Bununla birlikte, boşanmanın eşler arasındaki mali sonuçlarına hâkim tarafından hükmedilirken bu hükümsüz sözleşmenin herhangi bir etkisinin bulunup bulunamayacağı ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir.² Türk hukukuna koşut biçimde boşanmanın sonuçlarına ilişkin evlilik öncesi sözleşmelerin hükümsüz sayıldığı İngiliz hukukundaki durum, değerlendirmeye ışık tutabilecek niteliktedir. Alman hukukundaki durum da İngiliz hukukundaki gelişmeye ters istikamette olsa da benzer bir sonuca ulaştığı için Alman hukukuna da değinme gereksinimi duyulmuştur.

Evlilik sözleşmesi olarak tanımlanan hukuki işlemlerin, boşanma koşuluna bağlanmış işlemlerden ayrılması gerekmektedir. Nasıl ki bir hukuki işlemin sonuçlarını kişinin ölümüyle doğurması bu işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılması için yeterli olmuyorsa,³ eşler arasında

¹ William P. Statsky, *Family Law*, New York 2002, s. 68; Kate Stanley/Paula Davies, *Family Law*, Palgrave Macmillan 2013, s. 177.

² Aile hukukunun sözleşmeselleşmesi eğilimi hakkında: Rona Serozan/Başak Başoğlu/K. Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, İstanbul 2016 (Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan-Cilt II), s. 549 vd.; Frederik Swennen, "Private Ordering in Family Law: A Global Perspective", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, 2015, s. 1 vd. Bu eğilim karşısında Türk hukukunun durumu hakkında değerlendirme: Kadir Berk Kapancı, "Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?", *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, Editör: Rona Serozan/Başak Başoğlu, İstanbul 2015, s. 97 vd.

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 125; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Miras Hukuku*, İstanbul 2016, s. 51.

sonuçları boşanma koşuluna bağlanan her sözleşme de evlilik sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Eşler arasında boşanma ile sonuçlarını doğuracak bir sözleşme kurulması, bu sözleşmenin ifade edilen biçimde evlilik sözleşmesi olarak kabul edilmesine yeterli değildir. Bu sözleşmenin boşanmanın olası sonuçlarını düzenlemesi gerekir. Eşler arasındaki evlilik dışındaki hukuki işlemlerin sonuçlarını içeren bir sözleşme bu anlamda evlilik sözleşmesi sayılamaz.⁴ Bu sözleşme kendine ilişkin hükümlere tâbi olmaya devam eder, sözleşmenin eşler arasında kurulmuş olması sözleşmeye uygulanacak hükümleri kural olarak etkilemez.⁵ Kaldı ki MK m. 193 hükmü eşler arasında hukuki işlem özgürlüğü bulunduğunu teyit etmektedir.

I. TÜRK AİLE HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü kavramı, hukukun temel dayanaklarından biri olarak anılsa da esasen bu özgürlük kendini büyük ölçüde borçlar hukuku alanında göstermektedir.⁶ Kişiler hukukunda kurulabilecek tüzel kişiler sınırlı sayıda olduğu gibi tüzel kişilere ilişkin esaslarda değişiklik yapma olanağı sınırlıdır; miras hukukunda şekli ve maddi anlamda ölüm bağı tasarruflar belirlidir; eşya hukukunda aynî haklar sınırlı sayıda olup içeriklerine müdahale imkânı kısıtlıdır.⁷ Sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle söz konusu sınırlamaların dışına çıkılamaz, sözleşme özgürlüğü bu alanlarda tam anlamıyla uygulama alanına sahip değildir. Bu

⁴ Maria Rosaria Marella, "The Contractualisation of Family Law in Italy", *Contractualisation of Family Law - Global Perspective*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 252. Bu çerçevede eşler arasında kurulmuş bir ödünç sözleşmesi örnek olarak verilebilir.

⁵ Hukuk tarihinde ve karşılaştırmalı hukukta eşler arasındaki hukuki işlemlerin farklı rejimlere tâbi tutulduğu vakidir. Örnek olarak Roma hukukunda eşler arasında bağışlama yasağı (donatio inter virum et uxorem) hakkında: Marta Garcia Morcillo, "Limiting Generosity: Conditions and Restrictions on Roman Donations", *Gift-Giving and the Embedded Economy in Ancient Greece and Rome*, Editör: Filippo Carlà/Maja Gori, Heidelberg 2014, s. 255 vd.

⁶ Saibe Oktay Özdemir, *İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu, C. I*, İstanbul 2019, TBK m. 26, N. 8; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul 2018, N. 82 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, N. 514 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2010, §40 N. 1 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, N. 48 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul 2015, s. 73 vd.

⁷ Oktay Özdemir, TBK m. 26, N. 9.

durum aile hukukunda da geçerlidir.⁸ İki kişi arasında birliktelik tesis etmeye yönelik sadece nişanlanma ve evlenme sözleşmeleri kurulabilir.⁹ Evlilikte, kanunla sınırlı sayıda belirlenen mal rejimlerinden birini seçme olanağı tanınmış olup seçilmesi mümkün mal rejimleri içinde de tarafların değişiklik yapma olanağı, MK m. 202-203 hükümleri uyarınca son derece sınırlıdır¹⁰. MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 kapsamında boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmada daha geniş hareket alanı taraflara verilmiş olsa da anlaşma ancak hâkimin uygun görmesiyle hüküm fıkrasına geçirilmesiyle geçerlilik kazanacağından¹¹ gerçek

⁸ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, İstanbul 2014, s. 61; İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, İstanbul 2018, s. 10; Mal rejimleri açısından sınırlı sayı ve tipe bağlılığın geçerli olduğu: Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s. 12; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, s. 20; Emilie M. Praz, *L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial*, Cenevre-Zürih-Basel 2018, N. 37; Faruk Acar, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 147.

⁹ Fiili yaşam birlikteliklerinde adi ortaklık sözleşmesi çerçevesinde çözüme varılması genel olarak ileri sürülmekteyse de evliliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul eden görüşler de mevcuttur. Bu görüşler hakkında: Francesca Ranzanici Ciresa, *La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale Convention et exemples pratiques*, Zürich 2019, N. 262 vd. Aile hukukunun aile dışı birliktelikleri de dikkate alması gerektiği yönünde değerlendirmeler için: Laura A. Rosenbury, "Friends with Benefits?", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 2 (Kasım 2007), s. 193 vd. Benzer yönde: Ranzanici Ciresa, N. 267 vd. Her durumun ayrı ayrı nitelendirilmesi gerektiği, her halükarda adi ortaklığın bulunduğu kabul edilemeyeceği: İFM, 29.02.2008, 4A_482/2007 (Swisslex). Evlilik hükümlerinin örneklemeye uygulanamayıp adi ortaklık hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiği: ATF 108 II 204; Praz, N. 20. Farklı yönde karşı: Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul 2019, §3 N. 42-43. Dini nikaha dayanan birliktelikler açısından adi ortaklık hükümleriyle fiili iş ilişkisi kuramının uygulanabileceği görüşünde: Başak Başoğlu/M. Sermin Paksoy, "Dini Nikâhlı Kadının Hukuki Durumu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 258 vd.; Fiili yaşam birlikteliklerinde ayrı bir statü oluşturulması veya örneklemeye yoluna gidilmesi yerine münferit sorunlara yönelik çözüm bulunması gerektiği görüşünde: M. Argun Kötel, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, İstanbul 1991, s. 152.

¹⁰ M. Beşir Acabey, *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020, s. 16-17; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020, N. 59; Praz, N. 40 vd.

¹¹ Sözleşmenin hâkimin onayına kadar askıda hükümsüz olacağı, hâkimin uygun görmesinin tamamlayıcı unsur sayılacağı hususunda: Özlem Kırbaş, *Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III)*, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 65; Turhan Esener, "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", *AÜHFD*, S. 3-4, Ankara 1951, s. 615; Necip Bilge, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan

anlamda özgürlük bulunmamaktadır.¹² Bu itibarla mal rejimi seçimi ve mal rejimi hükümlerine ilişkin sözleşmeler ile MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 kapsamında kalacak sözleşmeler dışında, evlilikten önce veya evlilik sırasında eşlerin boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin yaptıkları sözleşmeler, TBK m. 27 uyarınca, yukarıda anılan MK m 166/III ve m. 184/b. 5 emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin olarak hükümsüzdür.¹³ Boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmaya ancak hâkimin uygun görmesiyle hüküm tanıyan hukuk düzeninin, burada evlilik söz-

Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, *AÜHFD*, C. 8, S. 1-2, Ankara 1951, s. 590. Bununla birlikte Yargıtay’ın boşanma kararı kesinleşinceye kadar anlaşmalı boşanmadan tek yanlı dönülebileceği yönündeki içtihadıyla söz konusu sözleşmeye karar kesinleşinceye değin bağlayıcı bir nitelik tanımadığı hususunda ve bu uygulamanın yerinde olduğu görüşünde: Nevzat Özdemir, *Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul 2003, s. 157; Öncü, s. 806. Farklı yönde, hâkim onayının bu özelliği itibarıyla sözleşmenin geçerliliği için kurucu unsur olduğu görüşünde: Gülçin Elçin Grassinger, “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, *İÜHFM*, C. 55, S. 3, İstanbul 1997, s. 237.

¹² Benzer yönde: Akın Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, Ankara 2019, s. 123.

¹³ Tazminat sorumluluğuna ilişkin: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*, İstanbul 1966, s. 257; Yarg. HGK, 12.09.1962, 2-23/43 (*Adalet Dergisi*, C. 53, S. 11-12, s. 1297); Boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin geçerlilik koşullarının uygulanacağı: Sarı, s. 17; Hâkim onayı olmadan geçerli olmayacakları: Özge Öncü, “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulanmada Doğurduğu Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir 2017 (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), s. 801. Karş. Nurten İnce, “Hâkim Tarafından Evlilik Sözleşmelerinin İçeriksel Denetimi”, *İnsan Bilimleri Araştırmaları*, Editör: Leyla Aldemir, Bursa 2018, s. 370. Yazar bu hükümden hareketle örneksene yoluyla evlilik sözleşmelerinin içerik denetimine tâbi olduğunu savunmaktadır. Öte yandan, evlilik sözleşmelerinin belirtilen emredici hükümlere aykırılığın yanı sıra, TBK m. 27’de yer alan kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılık nedeniyle de hükümsüz sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelebilir. Zira bir hukuki işlem, birden fazla sebeple hükümsüz olabilir. Bununla birlikte kanımızca evlilik sözleşmelerini içeriklerine bakılmaksızın götürü şekilde genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı saymak mümkün değildir. Çünkü aile hukuku alanında söz konusu olsa dahi bir hukuki ilişkinin sona ermesi halinde doğacak sonuçların önceden öngörülmesi ve düzenlenmesi kamu düzenini veya ahlaki zedeleyecek nitelikte değildir. Kuşkusuz, böyle bir sözleşmede yer alan somut hükmün ahlaka veya kamu düzenine aykırılık oluşturması ve sözleşmeyi bu açıdan da malül kılması mümkündür. Fakat bu durum, sözleşmenin kavramsal olarak genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı sayılmasından tamamen farklıdır. Tekrar vurgulamak gerekirse, evlilik sözleşmelerinin genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması, bu sözleşmelerin emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlükle malül olmalarına engel değildir.

leşmesi olarak nitelendirilen anlaşmalara geçerlilik tanınması tasavvur edilemez. Kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılan sözleşme, somut boşanma uyuşmazlığına yönelik olmayıp genel niteliklidir.¹⁴ Müstakbel ve somut uyuşmazlığa yönelik boşanmanın sonuçlarını düzenleyen sözleşme, kapsamına göre MK m. 166/III veya m. 184/b. 5 çerçevesinde değerlendirilmek gerekir.

II. İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ GELİŞİM

1. Genel Olarak

23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu (*the Matrimonial Causes Act*) boşanmaya hükmederken hâkime eşlerin malvarlıkları üzerinde geniş bir takdir yetkisi tanımıştır (m. 21-24).¹⁵ Her ne kadar Kanun'un 25. maddesi hâkimin dikkate alacağı birtakım ölçütleri içerse de takdir

¹⁴ Karş. Bu durumda dahi uyuşmazlık tarihinde yürürlükteki mevzuat çerçevesinde hâkimin onayına ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde: Praz, N. 89 vd.; Peter Breitschmid, "Scheidungsplanung"? Fragen um "Scheidungskonventionen auf Vorrat" ", AJP, 1999, s. 1607, JdT 2004 I 407; JdT 1997 I 131; IFM, 12.01.2016, 5A_501/2015 (Swisslex); IFM, 21.06.2011, 5A_40/2011 (Swisslex). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu biçimdeki sözleşmelerin hâkimin onayına tâbi olduğuna karar verdikten sonra işlemin içeriğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapmaya gerek görmediği görüşünde: Heinz Hausheer, "Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur Wahlfreiheit beim Güterstand - Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. Und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), 140/2004, s. 873. Hâkimin onayına tâbi tutularak dahi geçerlilik tanınmayacağı görüşünde: Thomas Geiser, "Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?", Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 229. Bu hususta ayrıca: Öncü, s. 804. Bununla birlikte uygulamada söz konusu sözleşmenin bir tarafça sunulması ve karşı tarafın bunu kabul etmesi halinde, sadece evlilik tarihinden önce yapılması veya somut bir uyuşmazlığa dair olmaması gerekçeleriyle reddedilmemesi gerekir. Zira bu durumda boşanma yargılaması çerçevesinde tarafların aynı yönde iradelerinin bir kez daha uyuştugu ortadadır. Ayrıca: JdT 1997 I 131, karara göre sadece mal rejimi seçimine yönelik bir sözleşme boşanma halinde hâkimin uygun görmesine tâbi olmaz. Sadece mal rejimi seçimi ve düzenlenmesine ilişkin olmayıp boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümler içeren bir sözleşme, söz konusu hükümler itibarıyla onaya tâbidir: Praz, N. 78 vd.

¹⁵ Ersen Perçin, s. 14; Yasal düzenlemenin lafzen karmaşa ve çelişki bakımından "başyapıt" olduğu görüşünde: Robert E. Rains, "A Prenup for Prince William and Kate? England Inches Toward Twentieth Century Law of Antenuptial Agreements; How Shall It Enter The Twenty-First?", Florida Journal of International Law, C. 23, 2011, s. 458.

yetkisini mutlak anlamda sınırlandırmamaktadır.¹⁶ Öyle ki ister evlilik birliği sırasında veya öncesinde edinilmiş olsun, ister karşılıksız edinilsin, hâkim eşler arasında malvarlığı devrine hükmedebilir, irat veya götürü şekilde tazminat veya nafakaya karar verebilir.¹⁷ Böylece boşanmanın mali sonuçlarının eşlerin tüm malvarlıklarını tamamen etkilemesi mümkündür. Hâkime kanunen tanınmış bu yetki, İngiliz hukukunda evlilik sözleşmelerinin hükümsüzlüğünün temelini oluşturur. Zira bu içerikteki bir sözleşme geçerli varsayıldığı takdirde hâkimin takdir yetkisi ortadan kalkmış olur.¹⁸ Hâkimin takdir yetkisinin bu suretle ortadan kaldırılmış olması evlilik kurumunun yapısına aykırılık oluşturacağından evlilik sözleşmeleri kamu düzenine (*public policy*) aykırılık gerekçesiyle hükümsüz kabul edilmektedir.¹⁹

Evlilik sözleşmeleri yukarıda açıklanan gerekçelerle geçersiz kabul edilmiş olsa da, 23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu'nun yürürlüğünü takip eden süreçte söz konusu sözleşmelere verilen hukuki konum değişim göstermiştir. Aşağıda bu değişim *Radmacher v Granatino* kararı esas alınarak iki aşamada açıklanacaktır.

Evlilik sözleşmelerine başvurulmasının temel gerekçesi, Evlilik Davaları Kanunu'nun boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hükümlerinin yarattığı belirsizlikte yatmaktadır. Özellikle evlilik öncesi kayda değer malvarlığına sahip veya evlilik sürecinde önemli ölçüde malvarlığı edinme olasılığı bulunan müstakbel eşler, olası boşanma halinde malvarlıklarının akıbetini belirli ölçüde öngörebilmeyi haklı olarak

¹⁶ Sharon Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Oxford 2015, s. 2; Rains, s. 458.

¹⁷ Thompson, s. 15; Nigel Lowe, "Prenuptial agreements: the English Position", *InDret* (Revista Para El Análisis Del Derecho), 1/2008, s. 2; Bu da hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır: Rains, s. 458. Özel bir mal rejimi sistemi de öngörülmemiştir: Lowe, s. 1. Bu durum, hâkimin elindeki takdir yetkisini daha da genişletmektedir.

¹⁸ Thompson, s. 3.

¹⁹ Ersen Perçin, s. 15; Lowe, s. 5 Stanley/Davies, s. 177; Jonathan Herring, *Family Law*, Essex 2011, s. 251; Thompson, s. 15. 23.5.1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu'nun yürürlüğünden önce de söz konusu sözleşmeler evlilik kavramıyla bağdaşmayacağından ve ahlaka aykırılıktan bahisle geçersiz addedilmektedir: *Cartwright v Cartwright* (1853) 3 De Gex, Macnaghten&Gordon's Reports, 982; Stanley/Davies, s. 177. Ayrıntılı bilgi için: Rains, s. 456 vd. 1978 yılındaki yasal değişikliğe kadar Kanada-Ontario hukukundaki durum da aynı yönde olmak beraber ancak istisnaen evliliği kolaylaştırma amaçlı sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir: Malcolm C. Kronby, *Canadian Family Law*, Ontario 2010, s. 19.

arzu etmektedir.²⁰ Öte yandan evlenecek şahısların irade özerkliklerine dayanarak evliliğin sona ermesine dair anlaşmalarında da engel bulunmaması gerektiği savunulmaktadır.²¹ Ayrıca, boşanma sonucunda bir taraf lehine son derece yüklü maddi kazanımlara hükmedilen kararların kamuoyunun mevcut yasal düzenlemenin sonuçlarının yerindeliğine ilişkin kuşku duymasına sebebiyet verdiği ifade edilebilir. Bunun yanı sıra boşanma yargılamasında evlilik sözleşmelerinin tamamen göz ardı edilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel yaşam ve aile yaşamına saygıya ilişkin 8. maddesine aykırılık oluşturabileceği ileri sürülmüştür.²²

Boşanmanın mali sonuçlarının önceden kestirilmesi güç olsa da amacın, ev ve çocukla ilgilenen eş aleyhine ailenin maddi yükünü üstlenen eşe üstünlük tanımadan hakkaniyetle eşler arasında adil bir sonuca ulaşılması olduğu kabul edilmiştir. Evlilikte edinilen malların paylaşılması, evlilik nedeniyle uğranılan kayıpların giderimi gibi, taraflar arası ilişki nedeniyle oluşan gereksinimin karşılanması esas olduğu belirtilmektedir.²³ Bu bakımdan takdir yetkisinin kullanılmasında göz önünde tutulan ilkeler işlevsel olarak Türk hukukundaki boşanmanın mali sonuçlarına benzerlik göstermektedir.

2. Evlilik Sözleşmelerine Karşı İngiliz Yargısının Tutumu

A. Radmacher v Granatino Kararına Kadar Olan Süreç

1929 yılında verilen *Hyman v Hyman* (AC 601) kararında, 1919 yılında yapılan anlaşma uyarınca erkek eş, kadın eşe boşanma halinde arttırmaya konu edilmemek üzere aylık nafaka ödemeyi kabul etmişse de kadın eş 1927 yılında daha yüksek tutarda nafaka istemiyle boşanma davası açmıştır. Bu davaya ilişkin yüksek mahkeme kararında, mahkemenin görevini ve takdir yetkisini ortadan kaldıran sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmiştir.²⁴ Bu çerçevede evlilik sözleşmelerine

²⁰ Lowe, s. 5.

²¹ Ayrıca gelişen uzlaşma kültürünün de etkili olduğu görüşünde: Stanley/Davies, s. 178.

²² Lowe, s. 6.

²³ Bu hususlardaki *White v White* [2001] AC 596, *Miller v Miller* ve *McFarlane v McFarlane* kararları için: Lowe, s. 4.

²⁴ Jens Martin Scherpe/Brian Sloan, "Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion", *Contractualisation of Family Law -*

uygulanan hükümsüzlük rejiminin temelini atıldığı ifade edilebilir. Karar tarihi itibarıyla Evlilik Davaları Kanunu yürürlükte olmasa da 1925 yılında yürürlüğe konmuş benzer içeriğe sahip “*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*” başlıklı yasal düzenlemeden hareket edilmiştir.

S v S [1997] 2 FLR 100 kararında evlilik sözleşmesinin hâkimin takdir yetkisini sınırlamayan ancak bu hususta göz önünde bulundurulabilecek bir vakıa olduğuna işaret edilmiştir. *N v N* [1997] 1 FLR 900 kararında da aynı yönde, İsveç hukukuna göre İsveç’te akdedilen sözleşmenin İngiliz hukuku uyarınca hükümsüz olmakla birlikte, boşanmanın mali sonuçlarının takdirinde maddi bir vakıa sayılacağı belirtilmiştir.²⁵

K v K (2003) 1 FLR 120 kararında da evlilik sözleşmesinin boşanma sonuçlarına etkili olabilmesi için gerçekleşmesi lazım gelen koşullar tartışıldıktan sonra, somut olayda sözleşme kapsamında kadın eşe 125.000 sterlin tutarında ödeme yapılması, eşin kariyerini çocuklar için arka plana atması nedeniyle adaletsiz bulunmuştur. Bu kararda evlilik sözleşmesinin hükümde dikkate alınabilmesi için gerekli koşullar arasında tarafların sözleşme metnini ne kadar anlayabildiği, hukuki danışmadan yararlanılması, sözleşmenin serbest irade eseri olması, malvarlığının açıkça ortaya konulmuş olması, evlilikte çocuğun doğumunun nazara alınmış olup olmaması, bir tarafın güçlü konumunu suistimal etmemesi, sözleşmenin adaletsiz sonuçlara yol açmaması yer almaktadır. Bu kararla birlikte evlilik sözleşmeleri, boşanmanın mali sonuçlarının takdirinde sıradan bir vakıa olmaktan öte önemli bir ölçüt olarak nazara alınmaya başlanmıştır.²⁶

Global Perspectives, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 181-182; Genel olarak: Jonathan Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, Heidelberg 2014, s. 35; Anne Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 3, Temmuz 2010, s. 571. *N v N* (1999) FCR 582 kararında da İngiltere’de ve İngiliz vatandaşları tarafından akdedilmiş evlilik sözleşmesi, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle hükümsüz sayılmıştır. Lowe, s. 6.

²⁵ Lowe, s. 6.

²⁶ James Freeman/Hilary Coveney/Victoria Francis/Philippa Cunniff, “Guarding the Triple Crown: Pre-Nuptial Agreements in Three Jurisdictions”, *Family Law*, C. 38, 2008, s. 239. Öyle ki benzer olgulara dayanan ancak evlilik sözleşmesi kurulmayan *Miller v Miller* [2006] UKHL 24 kararında beş milyon sterline hükmedilirken *K v K*’da belirtilen tutara karar verilmekle yetinilmesi evlilik sözleşmesinin

Crossley v Crossley [2008] 1 FAM. L.R. 1467 kararına konu olayda 2005 Kasımında evlilik sözleşmesi yapan, Ocak 2006'da evlenen kadın, Eylül 2006'da boşanma davası açmış ve evlilik sözleşmesinin de geçersizliğini ileri sürmüştür. Kararda ise evliliğin süresi, birlikte yaşanan sürenin kısalığı ve çocuğun bulunmaması dikkate alınarak, tek başlarına yeterince olgun, ekonomik yeterliğe sahip ve daha önce evlilik yaşayan kişiler bakımından anlaşmanın göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁷

Görülmektedir ki Evlilik Davaları Kanunu m. 25'te düzenlenen boşanmanın mali sonuçlarının takdirine ilişkin öngörülen olayın tüm koşullarının gözetilmesi ilkesi doğrultusunda evlilik sözleşmeleri İngiliz hukukuna göre geçersiz olmakla birlikte bir vakıa olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.²⁸

B. Radmacher v Granatino Kararı ve Sonrasında Evlilik Sözleşmeleri

Evlilik sözleşmelerine ilişkin yargı bakışındaki ana değişiklik *Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42* kararıyla gerçekleşmiştir. Karara konu evlilik sekiz yıl sürmüş ve eşlerin iki çocuğu olmuştur. Evlilik süresince erkek eş bankacılık kariyerini bırakarak biyoteknoloji alanında doktora çalışmalarına başlamış ve çocuklarla ilgilenmeyi daha çok üstlenen taraf olmuştur. Varlıklı bir aileden gelen kadın eş ise evliliğin mali yükünü daha çok üstlenmiş olup ailesinin isteği üzerine evlilik sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmeye göre, her iki eşin malvarlıkları tama-

mali sonuçlar bakımından önemini göstermektedir: Thompson, s. 18. M v M (2002) 1 FLR 654 kararında ise Kanada'da evlilik sözleşmesi yapan Kanada vatandaşı eşlerin kurduğu evlilik sözleşmesinin, somut olayın şartlarından biri olarak dikkate alınabileceği ve bu şekilde mahkemenin takdir yetkisinin sınırlanmış olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Somut olayda erkek eşe nazaran son derece genç ancak mali durumu zayıf olan kadın, gebe kalması üzerine tek başına çocuk yetiştirmek istemediği gerekçesiyle kürtaja başvurmak istemiş; daha önceden boşanma süreci yaşamış olan ve kürtaja karşı çıkan erkek eşin ise ancak evlilik sözleşmesiyle evlenebileceğini belirtmesi üzerine sözleşme yaparak evlenmişlerdir. Sözleşme uyarınca beş yıl süren evlilik boşanma ile sona ererse kadın eş 275.000 sterline hak kazanacakken davacı kadın 1.300.000 sterlin talep etmiştir. Dava sonucunda, davacıya 875.000 sterlin ödenmesine karar verilmiştir.

²⁷ Rains, s. 464.

²⁸ Lowe, s. 7.

men ayrı olup evlilik nedeniyle boşanma halinde talepte bulunmaları olanaklı değildir.²⁹ Boşanma esnasında erkek eş, bu sözleşmeye aykırı taleplerde bulunmuştur.

İlk derece mahkemesinde evlilik sözleşmesine sınırlı bir önem atfedilebileceği gerekçesiyle erkek eş lehine karar verilmiş, istinaf başvurusu üzerine evlilik sözleşmesine ağırlık verilmek suretiyle eşin salt kariyeri aleyhine yaptığı fedakârlık ve çocukları yetiştirmesi nedeniyle sınırlı kazandırmada bulunulabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, erkek eşin yaptığı temyiz başvurusunu evlilik sözleşmesinin yeterince hükme esas alınmış olduğundan bahisle reddetmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, somut olayın koşulları tarafları sözleşmeyle bağlı tutmanın adil olmadığını göstermedikçe, tarafların özgür iradeleriyle ve tüm sonuçlarını öngörerek yaptıkları evlilik sözleşmesine mahkemelerin etki atfetmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰ Böylece evlilik sözleşmeleri, adil olmayan sonuçlar doğurdukları kanıtlanmadıkça mahkemeleri takdir yetkileri açısından bağlayıcı nitelik kazanmıştır.³¹ Bu itibarla söz konusu sözleşmelerin kamu düzenini ihlal edici olduklarına ilişkin süregelen içtihattan dönülmüştür. Şu kadar ki adil olmayan sonuçların doğması halinde anlaşmanın göz ardı edilmesi mahkemelerin takdir yetkilerini koruduğunu göstermektedir.³² Söz konusu sözleşmeler bakımından bağlayıcılık karinesinin yaratıldığı ifade edilebilir.³³ *V v V* ile *AH v PH* kararlarında eşler arasındaki eşitsiz durumun evlilik sözleşmelerini yok saymaya yeterli olmadığı, koruyucu tutuma gerek olmadığından bahisle evlilik sözleşmeleri boşanma kararlarında esas alınmıştır.³⁴

²⁹ Thompson, s. 21.

³⁰ Thompson, s. 23; Scherpe/Sloan, s. 182; Ersen Perçin, s. 16.

³¹ Thompson, s. 25; Herring, *Relational Autonomy*, s. 35; Kararın sosyolojik yönden eleştirisi: Sharon Thompson, "In Defence of the 'Gold-Digger'", *Oñati Socio-legal Series*, C. 6, S. 6, 2016, s. 1229 vd.

³² Thompson, s. 26: Yazar, evlilik anlaşmalarının boşanmayı öngördükleri gerekçesiyle hükümsüz sayılması gerekçesinin tamamen aşılığına işaret etmektedir.

³³ Sanders, s. 582. *Z v Z* [2011] EWHC 2878 (Fam) [33-34] kararında, Yüksek Mahkemenin verdiği kararla evlilik sözleşmelerine karşı tutumun şiddetli biçimde değiştiği, irade özerkliğine ağırlık verildiği vurgulanmıştır.

³⁴ Thompson, s. 29. Buna karşılık *GS v L* [2011] EWHC 1759 kararında kadın eşin evlilik sözleşmesiyle eşinin ölümü halinde kendi mali güvenliğini temin etmeyi amaçladığından hareketle anlaşmanın amacında ortak niyet bulunmadığı gerekçesiyle evlilik sözleşmesini uyumsuzlukta uygulamamıştır.

III. ALMAN HUKUKUNDAKİ GELİŞİM

1. Yasal Çerçeve

Alman hukukunda durum İngiliz hukukundan farklı şekilde evrilmiştir. Al. MK §1408-1409 hükümleri evli veya evlenecek³⁵ kişilere kural olarak geniş düzenleme alanı tanımıştır.³⁶ “Evlilik sözleşmesi, Sözleşme özgürlüğü” kenar başlığı altında Al. MK §1408, eşlerin aralarındaki malvarlığı ilişkilerini emredici hükümler çerçevesinde düzenleyen ve evlilikten sonra³⁷ da sona erdirebilecekleri yahut tadil edebilecekleri bir sözleşme yapabileceklerini, ayrıca Sigorta Hakları Denkleştirme Kanunu (*Versorgungsausgleichsgesetz*) §6 ilâ 8 hükümlerine tâbi olmak kaydıyla eşlerin denkleştirme paylarına dair anlaşabileceklerini hüküm altına almaktadır.³⁸ “Sözleşme özgürlüğünün

³⁵ Sözleşme yapıldığı anda taraflar önceden nişanlı değilse aynı zamanla nişanlanmanın da kurulduğu sonucu ortaya çıkar. Sözleşenlerin evlenmesi sözleşmenin hüküm doğurmasına kanuni şart oluşturur. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1363 - 1563 (Eheliches Güterrecht), 2007, Thiele, §1408 BGB, N. 4. Türk hukukunda mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce nişanlılık döneminde de kurulabileceği hususunda: Demet Özdamar/Ferhat Kayış/Burcu Yağcıoğlu/Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2019, s. 29; Zeytin, N. 37.

³⁶ 1976 yılındaki aile hukuku reformuyla sözleşme özgürlüğünün Alman aile hukukunda önem kazanmaya başladığı hakkında: Christof Münch, “Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen”, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), C. 88 S. 3, 2005, s. 212. Karş. Evlilik sözleşmesinin Alman hukuk geleneğinin ürünü olduğu yönünde: Gerrit Langenfeld/Lutz Milzer, Handbuch der Eheverträge und Schiedungsvereinbarungen, Münih 2015, N. 14.

³⁷ Eşler söz konusu sözleşmeyi evlilik sona erene dek yapabilir: juris PraxisKommentar BGB Band 4 - Familienrecht, 2014, Hausch, §1408 BGB, N. 11.

³⁸ Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht, Münih 2010, §32 III N. 23; Karlheinz Muscheler, Familienrecht, Münih 2012, N. 382 NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4 Familienrech, 2010, Friederici, §1408 BGB, N. 3; Beck'sche Online-Kommentare BGB, 52. bası -Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 12. Bu çerçevede kararlaştırılacak hükümler de genel geçerlilik ve uygulamalarında dürüstlük kuralı denetimine tâbi olur: Ibid, N. 15 ve 101. Mal rejimine ilişkin özel emredici hükümler saklıdır: Münchener Kommentar zum BGB, Münih, 7. bası, 2017, Kanzleiter, §1408 BGB, N. 12. Ancak sonuç itibarıyla genel tek sınırlamanın tipe bağlılık olduğu kanunda düzenlenen birden fazla mal rejiminin kısmen veya tamamen karıştırılmayacağı hakkında: Ibid, N. 13; Aynı haklarda sınırlı sayı ilkesinin nazara alınacağı görüşünde: Gernhuber/Coester-Waltjen, §32 III N. 21; Karş. Sadece aynı haklarda sınırlı sayıya olma ilkesinin uygulanacağı görüşünde: Muscheler, N. 382. Mal rejimleri bakımından da sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu, bu ilkenin içkin bir geçerlilik sınırlaması oluşturduğu fikrinde: Langenfeld/Milzer, N. 23.

sınırlanması” kenar başlığı altında Al. MK §1409 hükmüyle evlilik sözleşmelerinde mal rejiminin yabancı hukuka veya yürürlükten kaldırılmış bir düzenlemeye atfı yapılmak suretiyle belirlenmeyeceği düzenlenmiştir. Bağlama kuralları uyarınca mal rejimi Alman hukukuna tâbi olduğu ölçüde,³⁹ evlilik sözleşmesinde açıklığı temin etmeyi amaçlayan bu hüküm sadece atfı yoluyla belirlemeyi yasaklamıştır.⁴⁰ Taraflar dilerlerse evlilik sözleşmesinde ilgili düzenlemeleri aktarma olanağına sahiptir.⁴¹

Söz konusu hükümler kapsamında eşler evlilik sözleşmesi ile kanunda yer alan mal rejimlerinden birini seçebilecekleri gibi söz konusu rejimlerin hükümlerini de değiştirebilir.⁴² Buna karşılık evlilik sözleşmesi konu itibarıyla salt mal rejimini değil, aynı zamanda boşanmanın mali sonuçları bağlamında §1408 II hükmünde açıkça belirtildiği üzere eşlerin denkleştirme hakları ile nafaka (*Unterhalt*) haklarını da (Al. MK §1570 vd.) kapsayabilir.⁴³ Bu nedenle Alman hukukunda Türk hukuktan daha geniş hareket alanının eşlere bırakıldığı ifade edilebilir. Sözleşme, geçerliliğine ilişkin hususlarla birlikte genel hükümlere

³⁹ Alman Medeni Kanunu Uygulama Yasası (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) m. 15 ile sınırlı olarak taraflar uygulanacak hukuku seçmekte serbesttir: NomosK-Völker, §1409 BGB, N. 6; StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 8.

⁴⁰ StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 2; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 10.

⁴¹ NomosK-Völker, §1409 BGB, N. 4; MünchK-Kanzletier, §1409 BGB, N. 1; StaudingerK-Thiele, §1409 BGB, N. 2; PraxisK-Hausch, §1409 BGB, N. 7.

⁴² Sanders, s. 577; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 13; Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. bası, 2018, Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 3 ve 8.

⁴³ MünchK-Kanzleier, §1408, N. 13; Johannes Burckhard, Eheleiche Vermögensausgestaltung im Korsett des Grundgesetzes, Berlin 2016, s. 19. Örnek olarak yasal mal rejiminden kaynaklanan katılma payları (Zugewinnausgleich-Al. MK §1373) tamamen veya kısmen kaldırılabilir: Ibid, N. 14; Aynı şekilde nafaka istemleri kaldırılabilir: M. Rainer Frank, “Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique”, Revue internationale de droit comparé, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 829. Eşler arasındaki olağan bir malvarlıksal hukuki işlemde evlilik sözleşmesini ayırt edebilmek için temel ölçüt, ilgili işlemin eşler arasında eş sıfatından bağımsız surette yapılabilir olup olmamasıdır: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 15 vd. Kural olarak evlilik sözleşmesi eşlerin malvarlıklarının tamamını konu edinir; ayrıca işlemin amacına bakılmak gerekir, evlilik sözleşmeleri evliliğin temini veya devamı için akdedilir: NomosK-Frederici, §1408 BGB, N. 1; MünchK-Kanzleier, §1408 BGB, N. 8. Ayrıca, Al. MK §1408 hükmünde sayılanlar dışındaki hususların da evlilik sözleşmesine dâhil olabileceği hakkında: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 34.

tâbidir.⁴⁴ Bu şekilde, anılan hükümlerde açıkça yer almayan sınırlamalar içtihat yoluyla getirilmiştir.

2. İctihat Yoluyla Getirilen Sınırlama

A. Genel Olarak

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği 6.2.2001 tarihli kararı⁴⁵ yukarıda değinilen hukuki tabloyu büyük ölçüde sarsmıştır. Kararda Alman Anayasası'nın m. 2/I hükmünde sözleşme serbestisinin temelini bulduğu, m. 6/I hükmünden ise eşlerin aile birliklerini malvarlıksal ve ailevi sorumlulukları çerçevesinde özgürce şekillendirme haklarının bulunduğu sonucuna ulaşabileceği ancak anayasanın eşler arasında eşitliğin bulunduğu bir evliliği koruduğu; devletin eşler arasında dengeli müzakere konumunun bulunmadığı evlilik sözleşmesiyle şekillenen hukuki duruma karşı eşleri korumakla yükümlü olduğu, evlilik hukukuna dair yasal rejimin

⁴⁴ Langenfeld/Milzer, N. 20; Muscheler, N. 382; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 27; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 4; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 9; İnce, s. 351. Alman Federal Mahkemesi'nin önceki içtihatlarına göre evlilik sözleşmelerinde çocukların zararına sonuçların doğması veya eşlerden birinin kamusal yardımına muhtaç hale gelmesi gibi son derece sınırlı hallerde ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük sonucunu doğurmaktaydı: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 22.

⁴⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) 6.2.2001 - 1 BvR 12/92 (Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins 2001/2 (Mart-Nisan), s. 207 vd.). Karar, anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından da önem taşımaktadır. Temel haklara ilişkin anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağını savunan görüşün karşısında, ilgili hükümlerin doğrudan doğruya salt devleti bağlayacağını, özel hukuk ilişkilerinde dolaylı olarak genel ilke veya yorumlamada etkili olabileceğini kabul eden görüş bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de benimsediği üçüncü görüş, hâkimin de yargılama görevini ifa ederken anayasal hakları uyumsuzlukta uygulaması gerektiği aksi takdirde kamu gücüyle bireysel hakların ihlal edileceği yönündedir. Nitekim bu suretle özel hukuk ilişkilerinin içeriğinin anayasal denetimi yargılama faaliyeti için temin edilebilmektedir: Münch, s. 212-213; Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", Archiv für die civilistische Praxis, C. 184, 1984, s. 228; Konu hakkında ayrıntılı bilgi: Detlew W. Belling/Nurten İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12 S. 137, İstanbul 2014, s. 6 vd.; Oya Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul 2019, s. 16 vd. ve 38 vd. 29.3.2001 tarihli karar (DNotZ 2001, s. 708) da belirleyici sayılmaktadır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 24; Türk hukukuna ilişkin değerlendirme için ayrıca: Kocayusufoğlu, §40 N. 2; Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, Ankara 1989, s. 32 vd.

kısmen emredici olduğu, mahkemelerin söz konusu dengesizliğin bulunduğu hallerde medeni hukukun genel ilkelerini gözeterek anayasal hakları zedelenen eşin hukuki durumunu düzeltmekle görevli olduğu belirtilmiştir.⁴⁶ Bu itibarla Alman Federal Anayasa Mahkemesi evlilik sözleşmesine ilişkin tanınmış özgürlüğün eşler arasında müzakere gücü dengesizliğinin bulunduğu hallerde tek yanlı yük dağılımına yol açamayacağı sonucuna varmıştır.⁴⁷

Alman Federal Mahkemesi de bu kararı dikkate almak suretiyle verdiği 11.2.2004 tarihli kararıyla⁴⁸ evlilik sözleşmelerinin geçerliliğine dair iki aşamalı yeni bir rejim yaratmıştır.⁴⁹ Bu doğrultuda yürürlükteki hukuk düzeni bakımından boşanmanın sonuçlarına ilişkin vazgeçilemez asgari içeriğin bulunmadığı, yasal boşanma rejiminin eşlerden birinin ev işlerinden diğer eşin mali yükümlülüklerden sorumlu olduğu evliliği model aldığı, oysa eşlerin irade özerkliklerine dayanarak aile düzenlerini daha farklı kararlaştırabilecekleri ve bu nedenle boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilecekleri kararda vurgulanarak, kuralın Al. MK §1408 hükmünde işaret edildiği üzere sözleşme özgürlüğü olduğu teyit edilmiştir.⁵⁰ Buna karşılık, söz konusu sözleşme özgürlüğü kanunun koruma amacının ihlal edilmesine yol açamaz. Somut evlilik ilişkisinin özellikleriyle gerekçelendirilmeyecek surette evlilikten doğan yüklerin bariz şekilde tek tarafa yüklenmesinin amaca aykırı olacağı belirtilmiştir.⁵¹ Hatta eşlerin karşılıklı malvar-

⁴⁶ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 23; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 37-38. Bu bağlamda evlilik sözleşmesiyle eşler arasındaki dayanışma olgusunun ortadan kaldırılmayacağı hakkında: Christine Hohmann-Dennhardt, "Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen", Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), C. 88, S. 3, 2005, s. 205. Öte yandan Alman Federal Anayasa Mahkemesi kefalete ilişkin kararlarına da atıf yapmıştır. BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 14. Gerçekten de bu kararlarda da bir tarafın müzakere gücü son derece düşüktür: Münch, s. 221.

⁴⁷ Langenfeld/Milzer, N. 78; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 26; Hohmann-Dennhardt, s. 203. Yasal rejimden ayrılan sözleşmeler anayasal haklara aykırılığa yol açmaz, anayasaya (Alman Anayasası m. 6/1) aykırı olan, tanınmış sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır: Münch, s. 219, bu çerçevede aynı yasal sonuçları doğuran düzenlemelerin eşlerin evlilikteki rolü itibarıyla neden olacağı farklı fiili sonuçlar dikkate alınır: Ibid, s. 220-221.

⁴⁸ AFM (Bundesgerichtshof) 11.2.2004 - XII ZR 265/2 (BGHZ 158, 81).

⁴⁹ Langenfeld/Milzer, N. 68; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 40; Kararın önemi hakkında: Münch, s. 215-216.

⁵⁰ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 42.

⁵¹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 43; Sözleşmedeki eşitsizliğin ahlaka aykırılığı

lıksal haklarından vazgeçmesi dahi bu sonuca neden olabilir.⁵² Benzer şekilde evlilik sözleşmesinde, borçlu eşin maddi gücünün dikkate alınmaksızın boşanma halinde yüksek tutarlı bir edimin yüklenmesi de aynı kapsamda değerlendirilebilir.⁵³

Sonuç olarak söz konusu Alman Federal Mahkemesi kararı ve bu kararı izleyen kararlara göre evlilik sözleşmeleri öncelikle geçerlilik denetimine tâbi tutulmaktadır. Bu denetimi geçen sözleşme hükümlerinin somut uyuşmazlıkta uygulanması esnasında dürüstlük kuralı uyarınca uygulama denetimi yapılacaktır.⁵⁴ Yasal rejimden ayrılmak tek başına geçerlilik veya uygulama denetimine aykırılık sebebi sayılmamaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla bu denetim soyut biçimde yapılmamaktadır. Denetim sürecinde sözleşmede kararlaştırılmış uyuşmazlık konusu hükümlerin eşler üzerine oluşturduğu somut etkiler göz önünde tutulmaktadır.

B. Geçerlilik Denetimi

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda, ahlaka aykırılık kavramının kapsamı yeniden belirlenmiştir. Bu sözleşmelerin geçerliliği ahlaka aykırılık açısından kuruldukları an itibarıyla ve bütün hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmektedir.⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında belirtti-

kendiliğinden doğurmayacağı ancak tarafların eşit duruma sahip olmadığına işaret edebileceği: BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 60.

⁵² PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 45.

⁵³ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 47.

⁵⁴ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28. Hukuki temelleri farklı olmakla birlikte İngiliz hukukuyla benzer sonuçlara ulaşıldığı hususunda: Sanders, s. 592. Alman Federal Mahkemesi'nin uygulama denetimi ile Al. MK §242 hükmüne başvurusu esasen genel ilkenin tekrarıdır. İçtihatların getirdiği yenilik, §242 hükmü bakımından değerlendirme yapılırken öngörülen ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararından etkilenen ölçütlerdedir. Aynı tespit geçerlilik denetimi açısından yapılabilir. Evlilik sözleşmeleri her zaman Al. MK §138'e tâbi idi. Gelişen içtihatla birlikte ahlaka aykırılık kavramı Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda somutlaşmıştır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 29.

⁵⁵ MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28.

⁵⁶ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 40, 50, 54 ve 68; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 4; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 28 ve 31; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 51; StaudingerK-Thiele, §1408 BGB, N. 66. Örnek olarak belli haklardan feragat karşılığında ilgili eşe başka haklar sözleşme ile tanınmış ise bu durum sözleşmede eşler arasında dengesizlik oluşmasına engel olabilir: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 54. Ahlaka aykırılık belirli hükümlerden değil söz-

len ilkelere aykırılık, sözleşmenin ahlaka aykırılığına ve hükümsüzlüğe neden olur. Ahlaka aykırılığın gerçekleşebilmesi için ise salt nesnel unsurların varlığı yeterli değildir, aynı zamanda eşlerden birinin kendi lehine sonuç çıkardığı kınanabilir davranışının bulunması lazım gelir.⁵⁷

Bu bağlamda, evlilik sözleşmesiyle eşlerden birinin aleyhine ortaya çıkan dengesizliğin üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde ahlaka aykırılığın doğacağı kabul edilmektedir.⁵⁸ Üçüncü kişiler olumsuz yönde etkilenmese de, evlilik sözleşmesiyle dezavantajlı konuma düşen eş aleyhine onu boşanmaktan alıkoyacak nitelikte yaptırım öngörülmüş olması da evlilik sözleşmesinin ahlaka aykırı sayılması için yeterlidir.⁵⁹ Genel olarak, boşanmanın yasal sonuçlarına ilişkin çekirdek haklardan⁶⁰ kısmen veya tamamen vazgeçilmiş olunan hallerde, feragat eden eşin durumu başkaca edim veya haklarla iyileştirilmedikçe ve feragat sonucu eş aleyhine oluşan durum, eşler arasındaki özel ilişki veya feragatten yararlanan eşin üzerindeki önemli yükler nedeniyle temellendirilemiyorsa evlilik sözleşmesinin ahlaka aykırı olacağı kabul edilmektedir.⁶¹

leşmenin tamamından kaynaklanıyorsa kısmi hükümsüzlüğe başvurulamayacağı hakkında: Ibid, N. 93; AFM 21.11.2012 – XII ZR 48/11 (NJW 2013, s. 457).

⁵⁷ Langenfeld/Milzer, N. 69; Münch, s. 234; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 50: Bununla birlikte, yazar sözleşme içeriğinin dengesiz yapısının söz konusu özel unsurun varlığı bakımından emare sayılabileceğine işaret etmektedir. Tarafların niyetlerinin de dikkate alınacağı görüşünde: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 31. Aksi yönde yeni içtihatlarda ahlaka aykırılığın tespiti için ahlaka aykırılık bilincini gerekli olmadığı hususunda: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134-138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit), 2017, Sack, §138 BGB, N. 61.

⁵⁸ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 51.

⁵⁹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 52. Esasen bu olasılık Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararından önceki dönemde de ahlaka aykırı kabul edilmekteydi: AFM 19.12.1989 – IVb ZR 91/88 (MittBayNot 1990, s. 117).

⁶⁰ Katılma (Al. MK §1570-Betreuungsunterhalt), Sağlık (Al. MK §1572-Unterhalt wegen Krankheit), Yaşlılık (Al. MK §1571-Unterhalt wegen Alters), İşsizlik (Al. MK §1573-Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit) nafakaları ve sosyal sigorta hakları denkleştirme istemi çekirdek hakları oluşturmaktadır: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7 vd.; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 10. Çekirdek hak ölçütü Alman Federal Mahkemesi'nin 11.2.2004 tarihli kararıyla ortaya çıkmıştır: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 33; Langenfeld/Milzer, N. 71.

⁶¹ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 53; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 4; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 9 ve 11, 12.

Evlenmenin gerçekleşmesi ve kendi isteklerini dayatma hususunda güçlü konumda bulunan eş, bu müzakere gücü dengesizliğinden⁶² yararlanmak suretiyle kendi lehine eşitliği bozan sözleşme dayatmışsa sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle geçerlilik denetiminden yine geçemez. Müzakere gücü dengesizliği ise deneyimsizlik, hiffet, güçsüzlük veya müzayakadan⁶³ kaynaklanabilir.⁶⁴ Bu itibarla, eşler arasında müzakere gücü eşitsizliğinden ötürü eşlerden birinin diğeri aleyhine dengesizliğe yol açtığı ve üçüncü kişilere zarar veren evlilik sözleşmelerinin ahlaka aykırı sayıldığı ifade edilebilir.⁶⁵

C. Uygulama Denetimi

Evlilik sözleşmesi geçerlilik denetiminden geçse dahi somut uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri dürüstlük kuralı çerçevesinde yargısal denetime tâbidir.⁶⁶ Evliliğin sona erdiği an itibarıyla evlilik sözleşmesi bir taraf için diğer eşin menfaatleri, sözleşmenin geçerliliğine güveni ve somut evliliğin nitelikleri dikkate alınsa dahi bariz surette tek yanlı ve çekilmez yük oluşturuyorsa Al. MK §242 hükmü ihlal edilmiştir.⁶⁷ Bu durum, özellikle sözleşmenin kurulmasından sonra eşlerin tasavvur ettikleri yaşam planlamalarının, fiili durumdan ayrıl-

⁶² İçerik denetiminde işleme ahlaka aykırılık damgası vurulabilmesi için eşler arasındaki dengesizlik ön şarttır: Münch, s. 224.

⁶³ Örnek olarak eşlerden birinin diğereine ekonomik veya sosyal açıdan bağımlı olması verilmektedir: PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 59 vd.

⁶⁴ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 58. Zor durumdan kasten yararlanılması halinde ahlaka aykırılığın gerçekleşeceği hususunda: İnce, s. 352.

⁶⁵ Sanders, s. 592.

⁶⁶ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 94; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB, N. 63; İnce, s. 353. Ayrıca genel hükümlere tâbi sözleşme söz konusu olduğundan işlem temelinin çökmesi kurumuna başvurulması mümkündür (Langenfeld/Milzer, N. 21; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 32), fakat Alman Federal Mahkemesi bu yönde hukuki çözüme henüz başvuramamıştır: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6. Haklı nedenle feshe başvurulamayacağı yönünde: StaudingerK-Thiele, §1408 BGB, N. 34. Evlilik ilişkisinin sürekli bir hukuki ilişki oluşturduğu, bu nedenle durum değişikliği riskini bünyesinde barındırdığı ve uygulama denetiminin belirsizlik yaratabileceği gerekçesiyle eleştiri: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 29.

⁶⁷ Langenfeld/Milzer, N. 91; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 95; Sanders, s. 592; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 14; BeckOK-Bamberger/Roth/Hau/Poseck, §1408 BGB; N. 63. Eşler arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda mevcut müzakere gücü dengesizliği içerik denetimindeki gibi önem taşımaz: MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 36.

dığı hallerde gerçekleşir.⁶⁸ Bu ayrılmanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan düzeye ulaşabilmesi için, boşanma anı itibarıyla eş üzerinde oluşan tek yanlı yük ve boşanmanın mali sonuçları arasında değerlendirme yapılması gerekir.⁶⁹ Boşanmanın mali sonuçlarında, çekirdek olarak nitelendirilen haklara⁷⁰ ilişkin sözleşmelerin, denetimden geçiş engelleyen bir dengesizlik yaratma olasılığı daha güçlüdür.⁷¹ Bununla birlikte çekirdek haklar açısından yapılan denetim, sözleşme özgürlüğü ile uzun süreli hukuki ilişkiye giren tarafların risklerini kural olarak bizzat üstlenmeleri gerektiği ilkelerini zedeleyemez.⁷² Uygulama denetiminin özelliği, evlilik sözleşmesinin kurulmasından sonra evlilik süresince değişen koşullar neticesinde sözleşme hükümlerinin evlilik nedeniyle⁷³ bir eş üzerinde çekilmez yük oluşturmamasının önüne geçilmesinde bulunmaktadır. Ancak evlilik sözleşmesiyle dezavantajlı konuma düşen eşin, evlilik sayesinde elde etmiş olduğu menfaatler de nazara alınmalıdır.⁷⁴

Uygulama denetimi sonucunda evlilik sözleşmesinin bir hükmünün eşlerden biri aleyhine dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna ulaşıldığı takdirde yasal düzenleme doğrudan doğruya uygulanmaz. Hâkim tarafların ortak menfaatlerine en uygun çözümü benimsemek suretiyle dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle oluşan sözleşme boşluğunu doldurur ve bu surette sözleşme içeriği değişmiş olur.⁷⁵

⁶⁸ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 96; Münch, s. 236 vd.

⁶⁹ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7; JauernigK-Budzikiewicz, §1409 BGB, N. 14.

⁷⁰ Çekirdek alan olarak da ifade edilen söz konusu haklar sıralaması katılma, sağlık, yaşlılık nafakaları, sosyal sigorta hakları denkleştirme istemi ve işsizlik nafakası şeklindedir: NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 8-11; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 34; Langenfeld/Milzer, N. 72 vd.

⁷¹ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 7.

⁷² MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 35. Özellikle öngörülebilir yaşam değişikliği söz konusuysa, uygulama denetimine aykırı bir durum gerçekleşmez: Münch, s. 237.

⁷³ PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 104; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 41. Uygulama denetiminin üst sınırının evlilik nedeniyle uğranılan kayıpların giderilmesi olduğu hakkında: Ibid, N. 37.

⁷⁴ NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 12; PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 105, bu çerçevede ilgili eşin evlilik sözleşmesiyle uğradığı kayıpları evlilik sayesinde elde edeceği menfaatlerle gidermekten kaçınmış olması da dikkate alınır: Ibid, N. 106.

⁷⁵ Sanders, s. 592; Münch, s. 227; NomosK-Friederici, §1408 BGB, N. 6; MünchK-Kanzleiter, §1408 BGB, N. 40, böylece evlilik nedeniyle uğranılan kayıplar karşılanır: Ibid, N. 41. PraxisK-Hausch, §1408 BGB, N. 107.

IV. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK SÖZLEŞMELERİNİN BOŞANMANIN MALİ SONUÇLARININ BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINMASI GEREKSİNİMİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda boşanmanın eşler arasındaki mali sonuçlarının, mal rejiminin tasfiyesi, tazminat sorumluluğu ve yoksulluk nafakası olmak üzere üç görünümü vardır. “Türk aile hukukunda sözleşme özgürlüğü” başlığında ifade edildiği üzere, evlilik öncesi veya sırasında taraflar arasında kurulan evlilik sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Zira boşanma sırasında dahi tarafların uzlaştıkları ve somut boşanma davasını konu alan sözleşme ancak hâkimin uygun görmesi ve sözleşmeyi boşanma hükmüne geçirmesiyle hukuki etki kazanabilmektedir.

İngiliz hukukunda gözlemlendiği üzere, boşanmanın sonuçlarının eşler tarafından öngörülemeyen olması halinde tarafların böyle sözleşmelere başvurma gereksinimi duyduğu ve hukuki öngörülebilirliği sağlamak adına onlara değer atfedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda dahi evlilik sözleşmelerinin eşler arasındaki dengesiz durumlardan istifade edilmek suretiyle haksız sonuçlara yol açmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Nitekim yukarıda değinildiği üzere, İngiliz hukukunda ve özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2001 yılında verdiği karardan sonra Alman hukukunda bu husus dikkate alınmaktadır.

2. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş bütün mal rejimleri bakımından tasfiye halinde giderilmesi gerekebilecek ölçüde belirsizlik doğmaz. Belirli ispat faaliyetleri ve hesaplamalar sonucunda tasfiye ile birlikte hangi eşin neye hak kazanacağı, bu hesaplamalar hâkimin takdirine kural olarak bağlı olmadığından tespit edilebilir. Bu nedenle, mal rejimlerinin tasfiyesi ilke olarak nesnel, somut, matematiksel ve öngörülebilir bir süreç oluşturmaktadır. Dolayısıyla mal rejimlerinin tasfiyesinde evlilik sözleşmelerine dolaylı etki kazandırmaya gereksinim yoktur.

Yasal mal rejiminde MK m. 236/II hükmü, özel hukuk cezası olarak⁷⁶ hâkime re'sen zina veya hayata kast sebeplerine istinaden açılmış boşanma davasında hakkaniyete göre kusurlu eşin artık değerdeki hak oranını azaltma veya kaldırma yetkisi⁷⁷ vermiş olmakla birlikte, bu hükmün verdiği yetki hukuki korumayı gerektirecek ölçüde öngörülmezlik yaratmamaktadır. Değer artış payına veya denkleştirmeye konu malın elden çıkarılması halinde hâkimin hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanacağına ilişkin MK m. 227/II ve m. 230/III, tarımsal işletmelerin gelir değerinin belirlenmesine dair özel hallerle ilişkin MK m. 234/I hükümlerinin tasfiye sonucunun belirsiz sayılmasına sebebiyet verecek ölçüde geniş ve etkili uygulama alanı kanımızca bulunmamaktadır.⁷⁸ Hükümsüz evlilik sözleşmesine mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yapılan yargılamada dolaylı dahi etki tanınmaması gerekir. Nitekim mal rejiminin tasfiyesi çerçevesindeki kanun hükümleri, evlilik sözleşmesinin tasfiye kapsamında dikkate alınmasına dayanak oluşturabilecek nitelikte değildir.

Son olarak değerlendirilmesi gereken ihtimal evlilik sözleşmesinde yer alan birtakım hükümlerin başta şekil şartına uygunluk olmak üzere geçerlilik unsurlarının bulunması kaydıyla güven kuramı çerçevesinde yorumlanması sonucunda mal rejimi seçimi sözleşmesi veya mevcut mal rejiminin içeriğini değiştiren bir sözleşme olarak kabul edilme olanağıdır.⁷⁹ Mal rejimi sözleşmelerinin yorumlanmasında genel ilkeler geçerlidir.⁸⁰ Bu nedenle güven kuramına başvurulmasında engel yoktur. Sadece açık anlaşmanın bulunması gerektiği yönünde kanun hükümlerinin bulunduğu hususlarda geçerliliğin sağlanabil-

⁷⁶ Gümüş, s. 396.

⁷⁷ Tazminat söz konusu olmadığı halde, belli boşanma sebeplerine ilişkin bu yaptırımın birlikte kusur söz konusuymuş gibi öngörülmesi eleştiriye açıktır: Sarı, s. 230; Gümüş, s. 396-397; Şıpka, s. 270-272; Ünal, s. 132. Hükmün uygulamada yol açtığı olumsuzluklar: Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 34.

⁷⁸ Benzer saptama paylaşmalı mal ayrılığı rejimindeki katkı payına dair MK m. 249, paylaşmaya aykırı davranışlara dair MK m. 251/I, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma haline dair MK m. 252 hükümleri için de yapılabilir.

⁷⁹ Mal rejimi seçimi dışında kalan ve boşanma sonuçlarına yönelik hususlar, kesin hükümsüzlük yaptırımı tâbi olmaya devam eder.

⁸⁰ Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich-Basel-Cenevre 2016, Art. 182 ZGB, N. 15; İFM, 5C.257/2006 (Swisslex); ATF 127 III 529.

mesi için bu hususun yerine gelmesi zorunludur.⁸¹ Bu durumların dışında açık irade beyanının varlığı kanımızca gerekli değildir.⁸² Taraf irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumlanmasıyla bu sonuca ulaşılması yeterlidir. Mal rejiminin ismen belirtilmesi sadece MK m. 205/I son cümle bakımından aranmıştır. Başka bir deyişle evlilik sözleşmesi olarak adlandırılan hukuki işlemlerin aynı zamanda mal rejimlerine ilişkin düzenlemeleri de bünyelerinde bulundurması ve bu düzenlemelerin –bütün geçerlilik koşullarının sağlanmış olması kaydıyla- mal rejimi sözleşmeleri olarak hüküm doğurması mümkündür. Kuşkusuz böyle bir sonuca varılabilmesi için irade beyanlarının yorumlanmasında son derece temkinli olunması şarttır. Bu çerçevede, örnek olarak, belli bir mal rejimine özgü taleplerin ileri sürülmeyeceğinin ifade edilmesi veya sadece belirli bir tutarın ödeneceğinin hüküm altına alınması⁸³ tarafların belirtilen mal rejimiyle bağlı olduklarını gösterir, bu taleplerin akıbetine ilişkin hukuki durum bu husustaki mevcut sözleşme serbestisine göre şekillenir⁸⁴. Buna karşılık, boşanma

⁸¹ Örnek olarak MK m 238 hükmü (“...kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması hâlinde geçerlidir”) verilebilir. “Açıklığın” geçerliliğe ilişkin olduğu hususunda: Zeytin, N. 34. Aynı durum MK m. 277/III için de söz konusudur. Karş. Katılma alacağına ilişkin anlaşmanın (MK m. 237) da açık olması gerektiği görüşünde: Sarı, s. 232; BSK-Hausheer/Æbi-Müller, Art. 216 ZGB, N. 13.

⁸² Karş. Miras sözleşmesinde yer alan artık değere katılma oranına ilişkin bir hükümün çevirme (tahvil) yoluyla mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilebileceği yönünde: Mustafa Alper Gümüş, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 382; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2014, s. 89; Heinz Hausheer/Regina E. Æbi-Müller, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Bası, Basel 2014, Art. 216 ZGB, N. 6; Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, AÜHF, C. 58 S. 2, Ankara 2008, s. 389. Kanımızca burada çevirme kurumu değil TBK m. 19/I hükmünden hareketle irade beyanlarının yorumlanmasıyla sonuca varmak daha uygundur. Zira hükümsüz işlemin benzer sonuçları doğuran başka bir hukuki işleme çevrilmesi söz konusu değildir.

⁸³ Artık değere katılma alacağına ilişkin: Zeytin, N. 712; Sarı, s. 235.

⁸⁴ Değer artış payı (MK m. 227/III) veya artık değere katılma talebinin (MK m. 237-238) boşanma halinde ileri sürülemeyeceği gibi kayıtlar bu hususta örnek olarak verilebilir. Değer artış payına ilişkin taleplerin doğmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan genel sözleşmeler geçerlidir (Zeytin, N. 64; Aksi yönde: Şıpka, s. 200). Artık değere katılma alacağından eşlerin karşılıklı olarak veya tek başına önceden tamamen vazgeçilmesi de mümkündür (Gümüş, s. 383; Zeytin, N. 712; BSK-Hausheer/Æbi-Müller, Art. 216 ZGB, N. 20). Şu kadar ki her iki eşin de sözleşmede hem değer artış payı hem de katılma alacağından vazgeçmesi, tarafların gerçek iradesinin mal ayrılığı rejimini benimsemek olduğu yönünde yorumlana-

halinde iki eşin⁸⁵ de hiçbir malvarlıksal talep ileri süremeyeceği, mal rejimine dayalı taleplerin doğmayacağı veya eşler arasında hiçbir mal rejimi hükmünün uygulanmayacağı gibi düzenlemeler, tarafların mal ayrılığı rejimini benimsemek yönünde irade uyuşmalarının bulunduğu göstermeye elverişli sayılabilir.⁸⁶ Zira mal ayrılığı rejimi, rejimin sona ermesi bakımından eşler arasında malvarlığı aktarımını kural olarak öngörmemektedir⁸⁷.

3. Maddi Tazminat

Boşanma sebebiyle⁸⁸ mevcut veya beklenen hakları zedelene boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu tarafın kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat talep etme hakkının bulunduğu MK m. 174/I hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, haksız fiil sorumluluğuna benzer mekanizma öngörüldüğü düşünülebilir.⁸⁹ Buna karşılık kanımızca bu sorumluluğun evlenmeyle doğan sürekli sözleşmesel⁹⁰ hu-

bilir (Katılma alacakları açısından: Sarı, s. 236). Buna karşılık vazgeçme tek bir eşi kapsıyorsa, edinilmiş mallara katılma rejimi diğer hususlarda uygulanmaya devam eder.

⁸⁵ Sadece eşlerden biri için bu sonucun öngörülmesi, diğer eş bakımından yasal rejimin uygulanacağı ve kural olarak eşler arasında bu mal rejiminin hüküm doğurması hususundaki uzlaşmanın varlığını gösterir.

⁸⁶ Karş. Mal rejimi uygulanmayacağı yönündeki hükümlerin kesin hükümsüz olduğu görüşünde: Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Bern 1992, Art. 182 ZGB, N. 23; Gian Sandro Genna, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2016, Art. 182 ZGB, N. 5. Gerçekten, herhangi bir mal rejiminin uygulanmadığı evlilik ilişkisi tasavvur edilemez (Acabey, s. 25). Buna karşılık kanımızca tarafların bu ifadesinden mal ayrılığı rejimini benimsemek istedikleri çıkarımını yapmak mümkün olabilir. Bu görüşün aksine yasal mal rejimin uygulanacağı kabul edildiği takdirde, çevirme yoluyla değer artış payından vazgeçildiği sonucuna varılması mümkündür. MK m. 238 uyarınca aranan açık irade açıklaması nedeniyle çevirme bu örnek açısından artık değere katılma alacağından vazgeçmeyi içeremez.

⁸⁷ Bu hususta genel olarak: Acar, s. 302-306.

⁸⁸ Boşanma nedeniyle doğmayan zararlar bu kapsamda talep edilemez, genel hükümler uyarınca tazmini söz konusu olabilir: Walter Bühler/Karl Spühler, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/1/2, Bern 1980, Art. 151 ZGB, N. 10.

⁸⁹ Benzer içerikteki 1.11.2000 tarihine kadar yürürlükte kalan İMK m. 151 açısından: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 9, yazarlar bu hükümlerle boşanma nedeniyle uğranılan zararın tazmin edildiğini belirtirken bu tazminatın tabiatı itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna ait olduğunu belirtmektedir.

⁹⁰ Evliliğin sözleşmesel ilişki teşkil ettiği hususunda: Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2019,

kuki ilişkinin ihlalden ileri gelen bir sorumluluk olarak kabul edilmesi daha yerindedir.⁹¹ Zira boşanma TBK m. 49/I anlamında mutlak hak ihlali yaratan bir olgu olarak nitelendirilemeyeceği gibi MK m. 174 hükmü TBK m. 49/I bakımından hukuka aykırılığı tesis eden özel hüküm değildir. Boşanmaya sebep teşkil eden olgular aynı zamanda hukuka aykırılığı gerçekleştiriyorsa, boşanmadan bağımsız şekilde tazminat istemi doğar⁹².

MK m. 174/I hükmü ile kusursuz veya daha az kusurlu tarafın boşanma nedeniyle mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmesi sonucunda uğradığı zararın giderimi için uygun maddi tazminat isteminde bulunulabilmektedir. Bu itibarla yasal düzenlemeye göre eşlerin evlilik ilişkisinin devamında malvarlıksal menfaatleri bulunmaktadır.⁹³ Boşanma sonucunda bu menfaatler zedelenildiğinde, söz konusu kayıp uygun bir tazminatla karşılanmaktadır.⁹⁴ Başka bir deyişle amaç, zararın giderilmesidir.⁹⁵ Bu hükmün cezalandırıcı veya caydırıcı ama-

s. 48. Bu itibarla MK m. 5 hükmü gereği evlilik ilişkisine niteliği uygun düştüğü ölçüde sözleşmesel borç ilişkilerine dair hükümler uygulanabilmelidir. Nişanlanma sözleşmesi açısından: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 15; M. Serkan Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", *İÜHFMD*, C. 74, S. 2, İstanbul 2016, s. 758; Ayrıca: Yıldız Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *AÜHFMD*, C. 54, S. 2, Ankara 2005, s. 71 vd.

⁹¹ Boşanmanın veya boşanmaya sebep olmanın bizatihi haksız sayılamayacağı, sözleşme ihlali nedeniyle tazminat talep edildiği hususunda: Hatemi, §10 N. 120; Aynı yönde, nisbi hukuka aykırılığın söz konusu olduğu vurgusuyla: Andreas B. Schwarz, *Aile Hukuku I*, Çeviri: Bülent Davran, İstanbul 1946, s. 173. Bu hususta ayrıca: Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2006, s. 74; Ferit H. Saymen/K. Halid Elbir, *Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 1957, s. 275.

⁹² Velidedeoğlu, s. 255-256.

⁹³ Evliliğin devam etmesi halinde elde edeceği yararlardan mahrum kalan eş açısından zararın doğduğu şekilde: Öztan, s. 809-810; Ceylan, s. 78; BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 36.

⁹⁴ Madde metninde mevcut veya beklenen menfaatten söz edilmekle birlikte, bu menfaatlerin ihlali halinde uygun da olsa tazminat yaptırımı öngörüldüğünden, söz konusu menfaatlerin kanun koyucu tarafından hak düzeyinde görüldüğü ifade edilmek gerekir.

⁹⁵ BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 26; Karş. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 818. Yazar talep eden eşin kendi başına geçinememesi halinde tazminata hükmedileceğini kabul etmektedir. Kanımızca, bu işlev kanun tarafından yok-sulluk nafakasına yüklenmiştir. Maddi tazminat, boşanma nedeniyle uğranılan zararın giderilmesiyle sınırlı olup talep eden eşin maddi durumundan tamamen bağımsızdır. Bu tazminatın yaşam tarzını devam ettirmeye yönelik olmadığı: Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul 1989, s. 192-193. Teknik anlamda tazminatın öngörülmesinin yerinde olmadığı hususunda: Hatemi, §10 N. 120.

cı bulunmadığı gibi sosyal sigorta sistemini destekleyen yahut ikame eden işlevi de bulunmamaktadır. Böylece boşanmada maddi tazminata hükmedilirken, zararın tespiti için evliliğin devamı halinde malvarlığının bulunacağı varsayımsal durum ile boşanma nedeniyle halihazırdaki durumu arasında karşılaştırma yapılması lazım gelir.⁹⁶ Bununla birlikte bu karşılaştırmayı evlilik hukuki ilişkisinde yapmak son derece güçtür.⁹⁷ Evlilik birliğinin eşlere sağladığı veya sağlayacağı yararın, boşanma hükümleriyle korunan menfaat olarak kabul edileceği ifade edilse⁹⁸ dahi evlilik hukuki ilişkisinde tarafların mevcut veya beklenen menfaatinin somut surette ne olduğunu yanıtlamak mümkün değildir.⁹⁹ Dolayısıyla gerek kuram gerek uygulama¹⁰⁰ açısından

Maddi tazminata irat olarak hükmedilmiş olması, tazminat işlevini değiştirmez. Karş. Evlilik sırasındaki yaşam düzeyini sağlamaya yöneldiği şeklinde: Cemal Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/1 ile 175 Arasındaki Farklar", *GÜHFD*, C. 4 S. 1-2, Ankara Haziran-Aralık 2000, yayın tarihi: 2003, s. 28.

⁹⁶ Sözleşmesel ilişkinin devamına olan menfaat korunduğu için söz konusu tazminat ile olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminat istemleri arasında benzerlik kurulabilir. Buna karşılık nişanlanma sözleşmesinde maddi tazminat sorumluluğu olumsuz zararın giderilmesine yöneliktir. Nişanlanma sözleşmesinin ifasına yönelik talep hakkı tanınmamıştır (MK m. 119/1). Bu hususlarda: Ergüne, s. 764; Abik, s. 74 dn. 44, s. 128 vd.

⁹⁷ Bu hükümle genel tazminat hukukundan farklı bir anlayış benimsendiği ve tazminatın belirlenmesinin güçleştiği hususunda: Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *AÜHFD*, C. 54, S. 1, Ankara 2005, s. 122; Beklenen menfaate ilişkin zararın belirlenmesinde yoksun kalınan kârdakine benzer bir güçlüğün bulunduğu yönünde: Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt: II*, Ankara 1940, s. 792.

⁹⁸ Abdülkerim Yıldırım, *Aile Hukuku*, Ankara 2014, s. 88.

⁹⁹ Hatemi, §10 N. 120. Öğretide nafaka kaybı, mal rejiminin tasfiyesiyle yaşanan kayıplar, miras ve sigorta hakkı kaybı örnek olarak verilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 152; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, İstanbul 2016, s. 297; Öztan, s. 810 vd.). Boşanma nedeniyle iş veya yerleşim yeri değiştirilmesi gibi hususlar maddi zarar kalemleri içinde değerlendirilebilir (Öztan, s. 811; M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul 1994, s. 143). Bununla birlikte, tazminat talep edilen tarafın daha önce hayatını kaybedeceği varsayımına dayalı olarak miras, sigorta, sosyal güvenlik haklarının zarar kavramı içinde değerlendirilmesi kanımızca yerinde değildir. Miras ve sair haklarının kaybında gerçek bir tazminin söz konusu olmadığı, sadece bu kayıp nedeniyle uygun bir tazminat verileceği görüşünde: S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul 1990, s. 260. Birlikte yürütülen bir işin sona ermesi nedeniyle uğranılan zararlar: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 22.

¹⁰⁰ Yargı kararlarında maddi zararın ne olduğu ve kapsamı tartışılmadan uygun bir miktarda tazminata hükmedilmesi gerektiği yönündeki ifadelerle meselenin geliştirildiği gözlemlenmektedir. Bu durum işaret edilen belirsizliği teyit ettiği gibi bu kuruma, tazminat işlevinin ötesinde toplumsal ve ekonomik işlev yüklenmeye çalışıldığını göstermektedir. Yarg. HGK, 04.07.2012, 117/445 (Lexpera): "... tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kusur derecesi, paranın alım gücü gözetilerek,

MK m. 174/I hükmü uyarınca hükmedilen maddi tazminatın tatmin edici derecede belirlenebilir yahut öngörülebilir olduğunu ifade etmek kanımızca doğru olmaz.¹⁰¹ Kaldı ki tazminatın “uygun” olması gerektiği yönündeki hüküm hakimin bu husustaki takdir yetkisini kuvvetlendirirken, belirsizliği de arttırmaktadır.

Olası maddi tazminatın tutarı hususunda büyük belirsizliğin söz konusu olması nedeniyle, tarafların bu belirsizliğin giderilmesinde menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle evlilik sözleşmesi, hükümsüz olsa dahi bu belirsizliğin giderilmesinde hâkimin tazminatın belirlenmesine ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi (TBK m. 51-52) çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁰² Vücut bütünlüğüne yönelik geçersiz rızanın tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gibi, hükümsüz evlilik sözleşmesi de tazminatın indirilmesine veya tazminattan sarfınazar edilmesine yönelik bir olgu olarak göz önünde bulun-

mevcut veya beklenen menfaati boşanma yüzünden ihlal edilen davalı kadın yararına daha uygun miktarda maddi tazminata hükmedilmelidir.”; Aynı yönde: Yarg. 2. HD, 23.01.2008, 4735/439 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 14.03.2016, 5554/4864 (Lexpera); Belirsizliğin daha açık bir örneği olarak: Yarg. 2. HD, 18.02.2019, 33/1281 (Lexpera): “Mahkemece verilen ilk hüküm Dairemizce davalı kadın yararına hükmedilen 10.000 TL maddi tazminat az olduğu gerekçesiyle bozulmuş, bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonucunda bu defa kadın yararına 40.000 TL maddi tazminata hükmedilmiştir. Bozma sonrası hükmedilen maddi tazminatın miktarı tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun düşmediği gibi bozmanın amacına uygun olmayacak şekilde fazla bulunmuştur. Kadın lehine daha uygun miktarda maddi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.

¹⁰¹ Uygulamada maddi tazminatın belirlenmesinde somut ölçütlerin ortaya konmadığı, bunun keyfiliğe yol açtığı hususunda: Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2016, s. 162.

¹⁰² Yarg. 2. HD, 6.5.2014, 8791/10427 (Lexpera): “Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanununun 50. ve devamı maddeleri hükmü nazara alınarak daha uygun miktarda maddi tazminat (TMK.md.174/1) takdiri gerekirken...”; Aynı yönde: Yarg. 2. HD, 20.6.2012, 21448/16865 (Lexpera); Saymen/Elbir, s. 283; Kemalettin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri – Genel İlkeler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 341; Velidedeoğlu, s. 257; Schwarz, s. 173. Boşanmada maddi tazminat belirlenirken eşlerin şahsi durumlarının nazara alınacağı ve birlikte kusurun da bu kapsamda ele alınacağı şeklinde: Öztan, s. 820; Ceylan, s. 87. Teknik olarak tazminatın belirlenmesi söz konusu olduğundan TBK m. 51-52 hükümlerinin uygulanmasının önünde, MK m. 5 ve TBK m. 114/II de göz önünde tutulursa engel bulunmamaktadır. Feyzi N. Feyzioglu, Aile Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Özakman, Cumhuriyet/Sarıal, Enis, İstanbul 1986, s. 404; Örneksime yoluyla uygulanacağı şeklinde: O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015, s. 178-179; BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 11, birlikte kusurun, tamamen rastlantısal olmadığı takdirde daima tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği: Ibid, N. 35.

durulmalıdır (TBK m. 52/I).¹⁰³ Zira burada da menfaat kaybının gerçekleşmesine yönelmiş ancak hükümsüz irade beyanı bulunmaktadır. Bununla birlikte sözleşme, doğrudan doğruya tazminatın indirilmesi ve hatta tazminattan sarfınazar edilmesine yol açan olgu olarak kabul edilemez.¹⁰⁴ Evlilik sözleşmesi ile boşanma arasındaki sürenin kısalığı, evlilik birliği devam ederken eşin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin itirazda bulunmaması ve evlilik sözleşmesi kurulurken talepte bulunanın aleyhine hakkaniyetsizliğin söz konusu olmaması özellikle nazara alınacak hususlar arasındadır. Bu olguların bulunmaması veya daha az yoğunlukla bulunması halinde, tazminatın indirilmesi veya tazminattan sarfınazara edilmesi bakımından sözleşmenin nazara alınmasında daha ölçülü olunabilir. Ayrıca, hükümsüz evlilik sözleşmesinde mal rejiminin tasfiyesi kapsamında hiçbir talebin ileri sürülmeyeceği kabul edilmişse, bunun maddi tazminat açısından indirim sebebi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararlaştırılmış hükmün geçersizliği, maddi tazminat talep eden tarafın mal rejiminin tasfiyesinden tamamen istifade etmesine sebep olur. Bu durumda, ilgili tarafın evliliğin devamında beklediğinden daha fazla maddi menfaat elde etmesi söz konusu olur. Oysa hükümsüz evlilik sözleşmesiyle bu açıdan da menfaat kaybına yönelik ve tazminatın indirilmesinde dikkate alınabilecek bir irade açıklaması mevcuttur.

¹⁰³ Rıza, hükümsüz olması itibarıyla hukuka uygunluk sebebi olarak sonuç doğuramıyorsa da tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak nazara alınabilir: Mustafa Tiftik, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zararın Kapsamı, Ankara 1994, s. 100; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, N. 133.1; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s. 150; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 548; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 321; Eren, N. 2393; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2018, N. 63; Antalya, C. II, s. 463; Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s. 45. Hükümsüz rıza ile zarar arasında nedensellik bağı dahi bulunmayabilir, bu durumda TBK m. 51 uyarınca indirim yapılması mümkündür: Haluk N. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 106. Hukuka uygunluğu temin edemeyen hükümsüz rızanın, tazminatın indirilmesi sebepleri arasında zarar görenin kusuru olarak mı değerlendirileceği yoksa ayrı indirim nedeni olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır (Farklı olduğu görüşünde: Baysal, s. 44; Aynı nitelikte olduğu görüşünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 375; Nomer, N. 133; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 490 ancak karşı. 593; Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 536). Bu olgu her halükarda indirim sebebi teşkil ettiğinden, söz konusu tartışma salt kuramsal niteliktedir.

¹⁰⁴ TBK m 51-52 hükümlerindeki indirim sebeplerinin hâkimi bağlayıcı olmadığı hakkında: Oğuzman/Öz, C. II, N. 365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 591 vd.

4. Manevi Tazminat

MK m. 174/II hükmü ise, boşanmaya sebep oluşturan olgular nedeniyle kişilik hakkı¹⁰⁵ ihlal edilen daha az kusurlu veya kusursuz tarafın kusurlu taraftan uygun miktarda para¹⁰⁶ olarak manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. Bu hükümlerle, boşanma sebebi teşkil eden ve aynı zamanda kişilik hakkı ihlali oluşturan olguların sebebiyet verdiği manevi zararın giderilmesi amaçlanmaktadır.¹⁰⁷ Manevi tazminatın işlev, niteliği ve buna bağlı olarak belirlenmesi

¹⁰⁵ Maddi tazminatta söz konusu olduğu gibi boşanma, tek başına manevi tazminata da hak kazandırmaz. Manevi tazminatın doğumu için boşanma sebebi oluşturan olguların kişilik hakkını ihlal edici nitelik göstermesi gerekir. Örnek olarak, terk sebebi ile boşanma, manevi tazminat talebini doğurmaz: Tülay Aydın Ünver/Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi", *İÜHFİM*, C. 75, S. 2, İstanbul 2017, s. 604.

¹⁰⁶ Manevi tazminat olarak salt paraya hükmedilebileceği, TBK m. 58/II hükmünün uygulanmayacağı hususunda: Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul 2015, s. 298; Aynı yönde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 80; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Ankara 2019, s. 192, s. 197. Güncel kanun sistematliğini ve amacını nazara alarak farklı yönde değerlendirme: Arzu Genç Arıdemir, "Manevi Tazminatın Bir Miktar Para Ödenmesi Dışındaki Türleri", *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Dursun/Arzu Genç Arıdemir, İstanbul 2020, s. 154.

¹⁰⁷ Bu olanağın MK m. 174/II kapsamında ayrıca düzenlenmesinin gerekliliği tartışmaya açıktır. MK m. 58 hükmü genel olarak kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre, eşlerden birinin diğer eşe karşı yaptığı kişilik hakkını ihlal eden eylemlerden ötürü evlilik esasında veya sonrasında manevi tazminat talep edilebilir. Zira evli olmak ve evliliği sürdürmek, kişilik ihlalleri açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Evliliğin devam ettirilmesine karşın manevi tazminat talep edildiği hallerde, bu durum tazminatın belirlenmesi yönünden nazara alınacaktır. Ayrıca, manevi tazminat alacağına ilişkin zamanaşımını TBK m. 153/b.3 hükmü uyarınca işlemeyecektir. Bununla birlikte MK m. 166/III veya m. 184/b. 5 hükmünün uygulandığı bir davada, boşanma kararının ardından kural olarak, bu hak açıkça saklı tutulmadıkça, manevi tazminat talep edilmesi mümkün değildir: Yarg. 2. HD, 16.01.2019, 2080/280 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 19.10.2012, 11544/25372 (Lexpera); Özdemir, s. 160. Ayrıca ifade etmek gerekir ki öğreti ve Yargıtay bu istemin saklı tutulması halinde MK m. 166/III uyarınca boşanmaya cevası vermemektedir: Yarg. 2. HD, 13.01.2015, 16344/169 (Lexpera); Özkan Cavit Hoşlan, "Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II: Aile Hukuku-20 Nisan 2017*, Editör: B. İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 212-213. Sadece boşanma davası ile ileri sürülebilir görüşünde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 70; Saymen/Elbir, s. 278. Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak boşanma kararının birliği ilkesi benimsenmediğinden (Gümüş, s. 302), bu gerekçe ile manevi tazminat talebinin sadece boşanma davası ile ileri sürülebileceği savunulamaz. İsviçre'de bu gerekçe ile: BK-Bühler/Spühler, *vorb.* zu Art. 149-157 ZGB, N. 76.

hususunda öğretide pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür.¹⁰⁸ Bu görüşlerden hangisi benimsenmiş olursa olsun, gerek kuramsal düzeyde gerek uygulamada, manevi tazminat tutarının öngörülebilir olduğunu ileri sürmek kanımızca güçtür.¹⁰⁹ Olası manevi tazminat yönünden de taraflar açısından belirsizliğin söz konusu olduğu ve bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasında tarafların menfaatlerinin bulunacağı çıkarımı yapılabilir.

Manevi tazminatın belirlenmesinde de TBK m. 51-52 hükümleri uygulama alanı bulur.¹¹⁰ Dolayısıyla maddi tazminat başlığında yapı-

¹⁰⁸ Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, İstanbul 2008, s. 7 vd.; Antalya, C. II, s. 149 vd.-174 vd.; Caner Taşatan, "Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör: Başak Baysal, İstanbul 2016, s. 475 vd.; Atlan, s. 56 vd. ve s. 106 vd.; Pierre Tercier, *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil Suisse*, Friburg 1971, s. 98 vd.

¹⁰⁹ Yargı kararlarında genellikle şu yönde ifadeler kullanılmakla yetinilmektedir: Yarg. 2. HD, 30.01.2013, 15802/2438 (Lexpera) "Boşanmada manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telafi etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır. Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hakim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusur bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde davacı-davalı koca lehine takdir edilen manevi tazminat miktarı orantısız ve çoktur". Manevi tazminatın belirlenmesinin, maddi tazminata nazaran daha güç olduğu hususunda: Arbek, s. 137.

¹¹⁰ Eren, N. 2487; Baysal, s. 241; Tercier, s. 201; Genç Arıdemir, s. 71; Atlan, s. 104. Zararın belirlenmesi kapsamında nazara alınması yönünde: Polat, s. 199-200; Bu yönde anlaşılabilir: Velidedeoğlu, s. 260; Schwarz, s. 174. Yarg. 2. HD, 21.02.2013, 11780/4498 (Lexpera): "O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. md.4 TBK. md. 50, 51, 52, 58) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir". Hafif birlikte kusurun indirim, ağır birlikte kusurun ise tazminattan sarfınazar sebebi olacağı şeklinde: BK-Bühler/Spühler, Art. 151 ZGB, N. 83; Tercier, s. 263. Karş. Nedensellik bağıını kesmeyen ağır kusurun tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olacağı görüşünde: Oğuz, s. 25. Manevi tazminatın belirlenmesinin tek aşamalı olduğu yönündeki görüş (Oğuzman/Öz, C. II, N. 782) açısından da TBK m. 51-52 hükümleri kapsamına girecek olgular zararın belirlenmesi bakımından göz önünde tutulacaktır: Kemal Oğuzman, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof. Dr. Halûk Tandoğan Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 50.

lan açıklamalar ve belirtilen ölçütler doğrultusunda hâkim, hükümsüz evlilik sözleşmesini tazminattan indirim ve sarfınazar sebebi sayabilir. Manevi tazminata hak kazandıran olguların, evlilik sözleşmesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu özellikle dikkate alınmalı ve sözleşme hükümleri bu yönde yorumlanmalıdır. Evlilik sözleşmesi kurulurken, manevi zarara, TBK m. 27 aykırılık nedeniyle hukuka uygunluk sebebi oluşturmayan ancak TBK m. 52/I kapsamında sayılabilecek anlamda rıza verilen fiiller güven ilkesine göre belirlenmelidir. Hükümsüz rıza beyanı, kapsamının belirlenmesi açısından yine güven kuramına göre yorumlanmak gerekir. Olası boşanmada, eşlerden birinin manevi tazminat isteminde bulunmayacağını kabul etmesi indirim sebebi olarak karşı tarafın öngörebildiği fiillerde söz konusu olabilir. Örnek olarak, hükümsüz evlilik sözleşmesi kurulduğunda hayata kast nedeniyle boşanabileceğini güven ilkesi çerçevesinde öngörmek ve buna -TBK m. 27'ye aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüzlükle malûl de olsa- rıza vermek, evlilik birliği temelinden sarsacak başkaca yükümlülük ihlali ne nazaran çok daha düşük bir olasılıktır. Bu durumda, hayata kast nedeniyle boşanmada manevi tazminattan TBK m. 27'ye aykırılık nedeniyle hükümsüz rızayı içeren geçersiz evlilik sözleşmesinden bahisle TBK m. 52/I uyarınca indirim yapmak uygun değildir. Rıza, salt zarar sonucunu değil zarara yol açan fiilleri de kapsmalıdır.

5. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakasıyla boşanma sonucunda yoksulluğa¹¹¹ düşecek eş, boşanma sebebinde kusuru¹¹² diğer eşten fazla olmadığı takdirde boşanma davasıyla veya boşanma davasının kesinleşmesini izleyen

¹¹¹ Yoksulluğun gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi için talepte bulunan eşin malvarlığı durumunun kesin olarak belirlenmiş olması gerekir. Bu itibarla yoksulluk nafakası isteminde bulunulduğu takdirde, diğer malvarlıksal istemler, ileri sürülmemiş bile olsa talepte bulunan eşin malvarlığının belirlenmesi kapsamında hesaplanmalıdır. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için: Gümüş, s. 299 vd. Yoksulluğun belirlenebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerektiği görüşünde: Erdem, s. 203; Ayrıca: Azra Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası", *İÜHFİM*, C. 65, S. 1, İstanbul 2007, s. 290 ve 300; Yalçın Tosun, "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129-130, Ankara 2015, s. 65-66; Ceylan, s. 111-112.

¹¹² Kusur değerlendirmesi, boşanma sebebinde yapıldığı için hükümsüz evlilik sözleşmesi dikkate alınmayacaktır.

bir yıl içinde açacağı ayrı dava ile bu istemde bulunabilir. Yoksulluk nafakasına ilişkin hükümlerin amacı yoksulluğun giderilmesiyle sınırlıdır.¹¹³ Bu bakımından aile hukuku hükümleriyle sosyal devlete ait bir görev, boşanmış eşlere yüklenmiş olmaktadır.¹¹⁴ MK m. 166/III ve m. 184/b. 5 hükümleri saklı kalmak üzere, nafaka tutarı hâkim tarafından yoksulluğun giderilmesi amacını aşacak şekilde belirlenerek, boşanma sebebiyle yasal boşanma rejiminde öngörülenler dışında malvarlığı transferi boşanan eşler arasında sağlanamaz. Görüldüğü üzere, yoksulluk nafakası tazminat niteliğini bünyesinde taşımamaktadır. Her ne kadar yoksulluk nafakası olarak belirlenecek edimin tutarı hususunda evlilik öncesinde bir ölçüde belirsizlik bulunuyor olsa da kanun, boşanma esnasında göz önünde tutulacak ölçütü açık biçimde tespit

¹¹³ Yoksulluk nafakasının tutarı, borçlunun mali gücü ölçüsünde kalmak kaydıyla yoksulluğun giderilmesi için yetecek miktarla sınırlıdır: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Benzer yönde: Kılıçoğlu, s. 170; Erdem, s. 204; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 398. Yoksulluğun boşanma sonucu ortaya çıkması gerektiği, kişisel bir durumdan ileri gelmemesi gerektiği şeklinde: Saymen/Elbir, s. 280; Arkan Serim, s. 290; Evlilikten önce de yoksulluk içinde maddi sıkıntı yaşayan kişi bakımından: Tosun, s. 65; Karş. Öztan, s. 839, Yazar önceki yaşam tarzına oranla düşük ekonomik şartlarda yaşamının yoksulluk sayılacağını kabul etmektedir. MK m. 166/III kapsamındaki birtakım boşanmalarda, eşlerin yoksulluk nafakası adı altında yoksulluğu giderme işlevini fazlasıyla aşan tutarların ödenmesi hususunda uzlaştıkları görülmektedir. Bu gibi sözleşme hükümlerinin yasal yoksulluk nafakası olarak değil, olağan sözleşmesel bir edim taahhüdü olarak görülmesi gerekir. Bunun en temel sonucu ise nafaka tutarının değiştirilmesi veya nafakasının sona ermesinin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine ve özellikle TBK m. 138 hükmüne tâbi olmasıdır: Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2019, N. 378; Benzer yönde: Hoşlan, s. 247-248. Yoksulluk nafakasının belirlenmesine ilişkin olarak güncel eğilim ve gelişmeler hakkında: Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, İstanbul 2013, s. 360 vd. Öte yandan, mali gücüyle orantısız surette nafakayla sorumlu tutulması, kişinin anayasal maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali anlamına gelecektir: Anayasa Mahkemesi, 7.11.2019, 2016/3140 [Bireysel Başvuru] (Resmî Gazete-17.12.2019/30981).

¹¹⁴ Mustafa Şahin, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *GÜHFD*, C. 21, S. 3, Ankara 2017, s. 83 ve 86. Karş. Sosyal devlet ilkesine uygun bir paylaşımın söz konusu olduğu fikrinde: Zekeriyâ Kurşat, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu* (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s. 226-227. Olması gereken hukuk açısından tahsil edilemeyen nafakanın rücu edilmek üzere devlet tarafından borçluya ödenmesi görüşü: Oktay Özdemir, Revizyon İhtiyacı, s. 43.

etmiştir. Bu ölçüt kapsamında hükümsüz evlilik sözleşmesinin dikkate alınmasını sağlamak mümkün değildir. Hükümsüz evlilik sözleşmesinin herhangi bir hukuki gerekçeyle yoksulluk nafakası tutarının belirlenmesinde etkili kılınmasının olanağı yoktur.

SONUÇ

Evlilik sözleşmelerini Türk hukukunda geçerli saymak olanaksızdır. Bununla birlikte, boşanmanın sonuçlarının öngörülebilirliği hukuki güvenlik açısından gerekliliktir. Türk hukukunda özellikle boşanmaya ilişkin tazminat sorumluluğu rejiminde belirsizlik mevcuttur. Dolayısıyla, aile hukukunun sözleşmeselleşmesi eğilimine uygun olarak, bu sözleşmelere hukukumuzda kısmi de olsa etki tanınması gereksinimi duyulmaktadır.

Bu çerçevede evlilik sözleşmesiyle bireylere tanınacak irade serbestisi ile zayıf tarafın kamu düzeni açısından korunması gerekliliği arasında denge kurulmak lazım gelir. Çalışmada değinilen İngiliz ve Alman hukuk uygulamaları bu konuda ışık tutmaktadır. Başlangıçta evlilik sözleşmesine cevaz verilmeyen İngiliz hukukunda, boşanmanın sonuçlarının takdir edilmesi kapsamında adil olmayan sonuçlar doğurmadığı ölçüde bu sözleşmelerin dikkate alınabileceği kabul edilmişken; evlilik sözleşmesine daha geniş anlamda olanak tanıyan Alman hukukunda da serbestinin eşler arasında tek yanlı ve haksız yük dağılımına yol açmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece farklı çıkış yollarıyla benzer noktalara varılmıştır. Anılan hukuk düzenlerinde ulaşılan sonuçların yakınlığı, çağımızda benzer çözümlere duyulan genel gereksinimi ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda hükümsüz evlilik sözleşmesinin, içeriğinin de dikkate alınmasıyla, hükümsüz rızanın birlikte kusur oluşturmaya koşut olarak maddi ve manevi tazminat istemlerinde tazminattan indirim yapma veya sarfınazar etme sebebi olarak kabul edilmesi gereklidir. Hükümsüz evlilik sözleşmesine bu yönde etki sağlayabilecek hukuki dayanak, tazminatın belirlenmesinde genel uygulama alanına sahip hükümlerdir. Tazminat sorumluluğu dışındaki boşanmanın mali sonuçlarında ise hükümsüz evlilik sözleşmesine etki tanınması mümkün değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Acabey M. Beşir, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.
- Acar Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2014.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- Aldemir İpek Betül, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, İstanbul 2018.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I ve II, İstanbul 2015.
- Arsebük Esat, Medeni Hukuk Cilt: II, Ankara 1940.
- Atlan Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.
- Beck'sche Online-Kommentare BGB, 52. bası, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, (BGB §1408).
- Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2019.
- Baysal Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- Birsen Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri - Genel İlkeler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- Boyar Oya, Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul 2019.
- Burckhard Johannes, Eheleiche Vermögensgestaltung im Korsett des Grundgesetzes, Berlin 2016.
- Bühler Walter/Spühler, Karl, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/1/2, Bern 1980 (Art. 151 ZGB).
- Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Miras Hukuku, İstanbul 2016.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Ersen Perçin Gizem, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, İstanbul 2014.
- Feyzioğlu Feyzi N., Aile Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Özakman Cumhuriyet/Sarıal Enis, İstanbul 1986 (Aile Hukuku).
- Feyzioğlu Feyzi N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976.
- Genç Aridemir Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.

- Genna Gian Sandro, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2016.
- Gernhuber Joachim/Coester-Waltjen Dagmar, Familienrecht, Münih 2010.
- Gümüş Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Hausheer Heinz/Æbi-Müller Regina E., Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Bası, Basel 2014.
- Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Bern 1992.
- Herring Jonathan, Family Law, Essex 2011.
- Herring Jonathan, Relational Autonomy and Family Law, Heidelberg 2014 (Relational Autonomy).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1363 - 1563 (Eheliches Güterrecht)-Thiele, 2007 (BGB §1408); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134-138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit)-Sack, 2017 (BGB §138).
- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB-Budzikiewicz, 17. bası, 2018 (BGB §1408-1409).
- Jungo Alexandra, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich-Basel-Cenevre 2016.
- juris PraxisKommentar BGB Band 4 - Familienrecht-Hausch, 2014 (BGB §1408).
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018 (Borçlar Hukuku).
- Kırbaş Özlem, Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III), İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987 (Miras Hukuku).
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1989.
- Köteli M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.
- Kronby Malcolm C., Canadian Family Law, Ontario 2010.
- Langenfeld Gerrit/Milzer Lutz, Handbuch der Eheverträge und Schiedungsvereinbarungen, Münih 2015.
- Muscheler Karlhein:, Familienrecht, Münih 2012.
- Münchener Kommentar zum BGB-Kanzleiter, Münih, 7. bası, 2017 (BGB §1408).
- Nomer Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- Nomer Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

- NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4 Familienrech-Friederici, 2010 (BGB §1408).
- Oğuzman M. Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I ve II, İstanbul 2018.
- Oktay Özdemir Saibe, İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, C. I, İstanbul 2019 (TBK m. 26).
- Özdamar Demet/Kayış Ferhat/Yağcıoğlu Burcu/Akgün Aliye, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2019.
- Özdemir Nevzat, Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Polat Alperen, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul 2019.
- Praz Emilie M., L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial, Cenevre-Zürih-Basel 2018.
- Ranzanici Ciresa Francesca, La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale Convention et exemples pratiques, Zürich 2019.
- Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- Saymen Ferit H./Elbir Halid K., Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 1957.
- Schwarz Andreas B., Aile Hukuku I, Çeviri: Bülent Davran, İstanbul 1946.
- Stanley Kate/Davies Paula, Family Law, Palgrave Macmillan 2013.
- Statsky William P., Family Law, New York 2002.
- Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tekinay S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Tercier Pierre, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil Suisse, Friburg 1971.
- Thompson Sharon, Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice, Oxford 2015.
- Tiftik Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zararın Kapsamı, Ankara 1994.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- Yıldırım Abdulkerim, Aile Hukuku, Ankara 2014.
- Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.

Makaleler

- Abik Yıldız, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *AÜHFD*, C. 54, S. 2, Ankara 2005, s. 65-152.
- Acar Faruk, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 143-156.
- Arbek Ömer, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *AÜHFD*, C. 54, S. 1, Ankara 2005, s. 115-163.
- Arkan Serim Azra, "Yoksulluk Nafakası", *İÜHFM*, C. 65, S. 1, İstanbul, 2007, s. 287-302.
- Aydın Ünver Tülay/Dursun Karaahmetoğlu Şeyda, "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi", *İÜHFM*, C. 75, S. 2, İstanbul 2017, s. 587-608.
- Başoğlu Başak/Paksoy M. Sermin, "Dini Nikâhlı Kadının Hukuki Durumu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 239-269.
- Belling Detlew W./İnce Nurten, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 137, İstanbul 2014, s. 3-58.
- Bilge Necip, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi", *AÜHFD*, C. 8, S. 1-2, Ankara 1951, s. 606-651.
- Breitschmid Peter, "Scheidungsplanung"? Fragen um "Scheidungskonventionen auf Vorrat" ", *AJP*, 1999, s. 79-93.
- Canaris Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 184, 1984, s. 201-246.
- Elçin Grassinger Gülçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *İÜHFM*, C. 55, S. 3, İstanbul 1997, s. 235-242.
- Ergüne M. Serkan, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", *İÜHFM*, C. 74, S. 2, İstanbul 2016, s. 757-771.
- Esener Turhan, "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", *AÜHFD*, S. 3-4, Ankara 1951, s. 610-628.
- Frank M. Rainer, "Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique", *Revue internationale de droit comparé*, C. 52, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 819-842.
- Freeman James/Coveney Hilary/Francis Victoria/Cunniff Philippa, "Guarding the Triple Crown: Pre-Nuptial Agreements in Three Jurisdictions", *Family Law*, C. 38, 2008.
- Geiser Thomas, "Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung ?", *Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, s. 421-466.
- Genç Arıdemir Arzu, "Manevi Tazminatın Bir Miktar Para Ödenmesi Dışındaki Türleri", *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Durusun/Arzu Genç Arıdemir, İstanbul 2020, s. 119-163.
- Hausheer Heinz, "Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur

- Wahlfreiheit beim Güterstand - Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. Und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 140/2004, s. 872-879.
- Hohmann-Dennhardt Christine, "Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, C. 88, S. 3, 2005, s. 197-207.
- Hoşlan Özkan Cavit, "Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II: Aile Hukuku-20 Nisan 2017*, Editör: B. İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 203-285.
- İnce Nurten: "Hâkim Tarafından Evlilik Sözleşmelerinin İçeriksel Denetimi", *İnsan Bilimleri Araştırmaları*, Editör: Leyla Aldemir, Bursa, 2018, s. 345-374.
- Kaneti Selim, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, Ankara 1989, s. 17-35.
- Kapancı Kadir Berk, "Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?", *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, Editör: Rona Serozan/Başak Başoğlu, İstanbul 2015, s. 97-109.
- Kocabaş Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, İstanbul 2013, s. 357-391.
- Kurşat Zekeriya, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)*, İstanbul 2013, s. 211-227.
- Lowe Nigel, "Prenuptial agreements: the English Position", *InDret (Revista Para El Análisis Del Derecho)*, 1/2008, s. 1-12.
- Marella Maria Rosaria, "The Contractualisation of Family Law in Italy", *Contractualisation of Family Law – Global Perspective*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 241-254.
- Morcillo Marta Garcia, "Limiting Generosity: Conditions and Restrictions on Roman Donations", *Gift-Giving and the Embedded Economy in Ancient Greece and Rome*, Editör: Filippo Carlà/Maja Gori, Heidelberg 2014, s. 241-268.
- Münch Christof, "Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, C. 88, S. 3, 2005, s. 208-229.
- Oğuz Cemal, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", *GÜHFD*, C. 4, S. 1-2, Ankara Haziran-Aralık 2000, yayın tarihi: 2003.
- Oğuzman Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", *Prof. Dr. Halûk Tandoğan Anısına Armağan*, Ankara 1990, s. 7-54.

- Oktay Özdemir Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, İstanbul 2015, s. 29-46 (Revizyon İhtiyacı).
- Öncü Özge, "Eşlerin "Anlaşmalı Boşanma" Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, İzmir 2017 (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), s. 793-835.
- Rains Robert E., "A Prenup for Prince William and Kate? England Inches Toward Twentieth Century Law of Antenuptial Agreements; How Shall It Enter The Twenty-First?", *Florida Journal of International Law*, C. 23, 2011, s. 447-480.
- Rosenbury Laura A., "Friends with Benefits?", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 2, Kasım 2007, s. 189-242.
- Sanders Anne, "Private Autonomy and Marital Property Agreements", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 3, Temmuz 2010, s. 571-603.
- Scherpe Jens Martin/Sloan Brian, "Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Editör: Frederik Swennen, Heidelberg 2015, s. 165-193.
- Serozan Rona/Başoğlu Başak/Kapancı K. Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkelere ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2016 (Prof. Dr. İlhan Ulsan'a Armağan-Cilt II), s. 531-560.
- Swennen Frederik, "Private Ordering in Family Law: A Global Perspective", *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Heidelberg 2015, s. 1-59.
- Şahin Mustafa, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *GÜHFD*, C. 21, S. 3, Ankara 2017, s. 75-108.
- Şenocak Zarife, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", *AÜHFD*, C. 58, S. 2, Ankara 2008, s. 377-411.
- Taşatan Caner, "Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör: Başak Baysal, İstanbul 2016, s. 471-485.
- Thompson Sharon, "In Defence of the 'Gold-Digger'", *Oñati Socio-legal Series*, C. 6, S. 6, 2016, s. 1225-1248 (Gold-Digger).
- Tosun Yalçın, "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129-130, Ankara 2015, s. 53-77.
- Ünal Akın, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, Ankara 2019, s. 121-140.

TİCARET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN AVUKATLIK ŞİRKETLERİ*

ATTORNEY PARTNERSHIPS FROM A COMMERCIAL LAW PERSPECTIVE

Ahmet Fatih ÖZKAN**

Özet: Avukatlığın bir serbest meslek olması sonucu avukatlar, tek başlarına çalışabilecekleri gibi birlikte de faaliyet gösterebilirler. Avukatlığın kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi karşısında kanun koyucu, ortaklık ilişkisine dayalı olarak çalışma arzusunda olan avukatlar için “avukatlık ortaklığı” modelini ihdas etmiş, mesleğin ticaret şirketleri bünyesinde yürütülmesine ise bugüne kadar imkân tanımamıştır. Ancak bu durumun değişmeye başladığı, bu doğrultuda avukatlıkta şirketleşmenin ve şubeleşmenin önünün açılmasına yönelik çalışmalar yapıldığı görülmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) düzenlenen şirket tiplerinin, bünyelerinde hiçbir değişiklik yapılmaksızın doğrudan avukatların kullanımına sunulması, avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü birtakım hususlar nedeniyle mümkün görünmemektedir. Bu yüzden söz konusu hususlar göz önünde bulundurularak avukatlık şirketinin, esas alınacak şirket tipine ilişkin TTK’da yer alan düzenlemelerden ne ölçüde farklılaşacağına tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu makalede avukatlık şirketinin tasarlanması kapsamında birtakım değerlendirme ve önerilerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: “Avukatlık Şirketi”, “Avukatlık Ortaklığı”, “Avukatlıkta Şirketleşme”, “Adi Ortaklık”

Abstract: As part of being a freelance occupation, attorneys may work alone or together with others. Because the legal practice for attorneys constitutes a public service, the lawmaker created the “attorney partnership” model for attorneys who would like to work as partners, but has not allowed the commercialisation of legal practice through the use of companies to date. This has begun to change following the developments that enable the setting up of companies and opening of branches by attorneys. Certain issues that are peculiar to attorneys and their legal practice make the use of the existing company types in the Turkish Commercial Code no: 6102 (TCC) unlikely for attorneys, unless necessary amendments are

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, af.ozkan@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2277-072X, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.06.2020, Kabul Tarihi: 10.06.2020

made. For this reason, it is important to determine to what extent the company model for attorneys would differ from the features of the existing company types in the TCC in the light of those issues. This article analyses the design of the company model for attorneys and makes certain recommendations in this respect.

Keywords: “Attorney Partnership”, “Commercialisation of Legal Practice for Attorneys”, “Ordinary Partnership”

GİRİŞ

Serbest meslek faaliyetlerinin, özellikle de avukatlığın bir ortaklık/şirket çatısı altında yapılması konusu gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde tartışmalara yol açmıştır. Esasen avukatlığın bir serbest meslek olması sonucu avukatlar, mesleklerini tek başlarına icra edebilecekleri gibi meslektaşlarıyla birlikte de faaliyet gösterebilirler. Avukatların uzmanlaşarak mesleğe ve hukuka daha fazla katkıda bulunabileceği, örgütlenmiş ve kurumsallaşmış bir avukatlığın bireylere daha fazla güven verebileceği, geniş bir kadro ile avukatlık mesleğinin daha güvenli ve verimli bir ortamda yapabileceği, avukatlık bürosunun gerektirdiği giderlerin paylaşılabilmesi, ödenecek vergilerin indirilebileceği gibi düşüncelerle avukatların ortak çalışması destek bulmuştur.¹ Diğer taraftan avukatların ortak çalışması, özellikle de bunun tüzel kişiliği haiz bir ortaklık çatısı altında gerçekleşmesi; ortaklığın kâr amacı güderek kamu hizmeti olan avukatlık mesleğini ticari bir faaliyet haline getireceği, ticari amaçları ön plana çıkarabileceği, böylece mesleğin özellikleriyle bağdaşmayacağı, iş sahibi için güvence oluşturan avukatın kişisel mesleki sorumluluğunu ortadan kaldıracığı gibi düşüncelerle eleştirilmiştir.² Ortak çalışmaya izin verilse dahi avukatlık mesleğinin büyük kurumsal ortaklıklar yerine, birbirini iyi tanıyan ve birbirine güvenen az sayıdaki avukat tarafından yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.³

Avukatların ortak çalışmasının hukuki altyapısı, esasen uzunca bir geçmişe sahiptir. 1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (AvK),

¹ Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 759; Kemal Hakimoğlu, “Avukatlıkta Ortak Çalışma ve Uzmanlaşma”, *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000, s. 246.

² Güner, s. 759.

³ Ömer Lütfi Peker, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Avukatlık Ortaklığı”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007, s. 299.

“ortak avukat bürosu” çatısı altında avukatların birlikte çalışmalarına imkân tanımaktaydı. Ortak avukat bürosu, birden fazla avukatın aynı büroyu paylaşmasına dayanan, adi ortaklık temelli bir model olarak düzenlenmişti. Avukatlıkta ortak çalışmayı daha kurumsal bir temele oturtmak ve tüzel kişilik bünyesinde yapılmasını sağlamak üzere 2001 yılında 4667 sayılı Kanun ile AvK’da değişiklik yapılarak, “avukatlık ortaklığı” müessesesi getirilmiştir. Avukatlık ortaklığı, birden fazla avukatın mesleğini birlikte yürütmek üzere oluşturdukları, tüzel kişiliği haiz bir model olarak düşünülmüştür. Avukatlık ortaklığının 20 yıl kadar uygulanmasının ardından, avukatlıkta ortak çalışmayı mümkün kılan başkaca modeller geliştirilmeye başlanmıştır. Kamuyuna intikal eden bir kanun taslağına göre “avukatlık limited şirketi” ve “avukatlık anonim şirketi” adı altında iki yeni model tasarlanmış, böylece avukatlık mesleğini yürütmek üzere şirketleşmeye ve şubeleşmeye imkân tanınmıştır.⁴ Taslakta mevcut avukatlık ortaklığı modeli de baştan aşağıya değiştirilerek, tüzel kişiliği bulunmayan bir ortak avukat bürosuna indirgenmiştir. Söz konusu taslak ile birlikte avukatlıkta şirketleşme konusu yeniden gündeme gelmiştir.

Avukatlıkta şirketleşmeye izin verilip verilmeyeceği, sonuç itibarıyla kanun koyucunun tercihi olacaktır. Kanun koyucunun bu yönde bir irade göstermesinin ardından ise avukatlık şirketi modelinin nasıl oluşturulması gerektiği tartışmaya açılacaktır. Avukatların birlikte çalışmasını mümkün kılan model ister “avukatlık ortaklığı”, isterse “avukatlık şirketi” olarak nitelendirilsin, yapısal özellikleri gereği ti-

⁴ Yargı reformu çalışmaları kapsamında Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu ve Adalet Bakanlığı’nın 2021 yılı içinde AvK’da değişiklik öngören bir kanun taslağı hazırlaması ve Meclise sunması hedeflenmektedir. Hazırlanacak taslakta avukatların ortak çalışmasına ilişkin yeni birtakım düzenlemelerin de yer alacağına, öngörülen yenilikler arasında “avukatlık şirketi”nin kurulmasına imkân tanınacağına ve yurt içinde ve yurt dışında şube açılabilmesine izin verileceğine dair haberler kamuoyuyla paylaşılmıştır. Kaynak: <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/avukatlik-kanunu-2020-gundeminde-6203579> (Erişim tarihi: 05.05.2020). Bu bağlamda çeşitli mecralarda “Avukatlık Kanunu Taslağı” adı altında yeni hazırladığı iddia edilen bir çalışma paylaşıldığına rastlanmaktadır. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Duyurular/Avukatlik%20Kanunu%20tasla%C4%9El.pdf> (Erişim tarihi: 05.05.2020). Ancak Adalet Bakanlığı tarafından yapılan açıklama uyarınca söz konusu taslağın önceki hükümetler tarafından hazırlandığı, 2014 yılında baroların ve üniversitelerin görüşlerine sunulduğu ve hâlihazırda Bakanlığın bir çalışmasını yansıtmadığı ifade edilmiştir. Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakanligindan-avukatlik-kanun-taslagi-baslikli-metne-iliskin-aciklama/1828286> (Erişim tarihi: 05.05.2020).

caret şirketleriyle birtakım benzerlik ve farklılıklara sahip olacaktır. Bu husus avukatların şirket şeklinde birlikte çalışmalarını mümkün kılan modellerin, şirketleşmenin avukatlık mesleğiyle veya meslek etiğiyle bağdaşır bağdaşmadığı gibi salt avukatlık hukukuyla ilgili tartışmalar haricinde, ticaret hukuku perspektifinden de ele alınmasını gerektirmektedir. Şu hâlde avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü hususlar göz önünde bulundurularak avukatlık şirketinin, mevcut şirket tiplerine ilişkin TTK'da yer alan esaslardan ne ölçüde farklılaşacağına tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu makalede, mevcut avukatlık ortaklığı modelinden hareketle belli konu başlıklarından yola çıkılarak, ilerleyen dönemde avukatlıkta yepyeni bir ortak çalışma modeli oluşturabilecek avukatlık şirketlerine ilişkin birtakım değerlendirme ve önerilerde bulunmaktadır.

1. AVUKATLIK ORTAKLIĞI KAVRAMI

1.1. Avukatlıkta Ortak Çalışma

Avukatlık mesleği; hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasının her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlanması olarak tanımlanabilir (AvK m.2/1). Avukatlığın bir serbest meslek olması sonucu avukatlar, tek başlarına çalışmak suretiyle mesleklerini bireysel olarak yapabilirler. Bununla birlikte, ortak çalışarak mesleğin birlikte icrası da mümkündür. Avukatların ortak çalışması, dar anlamda birden fazla avukatın aynı büroyu paylaşması, büronun işletilmesinden doğan giderlere katılması şeklinde anlaşılabilir. Esasen mevzuat, bu tarz bir ortak çalışmaya engel olmamaktadır. Bu bağlamda, AvK'nın 44. maddesinin 4667 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki ilk halinde dahi avukatların, "ortak avukat bürosu" çatısı altında birlikte çalışmalarına imkân tanınmıştı. Ortak avukat bürosu, tüzel kişiliği haiz olmayan bir birim olarak tasarlanmış ve mesleğin ortaklaşa yapılmasının serbest meslek faaliyeti olduğu ve ticari sayılmadığı hükmüne bağlanmıştı. Ortak avukat bürosu, daha ziyade birden fazla avukatın aynı büroyu paylaşması şeklinde düşünülmüş bir modeldi.⁵

⁵ Ortak avukat bürosu modelinde her avukatın işi ayrı olup, ortaklık sadece büro kullanımı ve büro giderleriyle sınırlı olmakta, kendi aralarındaki paylaşım ölçüt-

Avukatların ortak çalışması her ne kadar ortak avukat bürosu çatısı altında her daim mümkün olsa da esasen ortak çalışma yalnızca aynı büroyu paylaşmaktan öte bir kavramdır. Geniş anlamıyla yorumlandığında ortak çalışma, avukatların bir ortaklık örgütlenmesi kapsamında, aynı amaç uğruna birlikte çaba sarf etmeleri anlamına da gelebilir. Geniş anlamıyla ortak çalışma, belli bir kurumsallığın, örgütlenmenin varlığını gerektirmektedir. Kurumsallık; ortaklık için bir vizyon belirlenmesi ve misyon seçilmesi, ortakların ortaklıkta sahip olacağı işlevler, her bir ortağın çalışma esasları, üstlenilen işlerin nasıl yapılacağı, koyulacak sermaye, ortak çalışmadan elde edilen gelirin paylaşımı, ortaklık kapsamında yapılan çalışmanın bir ücrete bağlanıp bağlanmayacağı, hesaplar ile dava ve işlerin denetimi, yaptırımlar gibi hususların⁶ uzun vadeli bir ortaklık kurmak isteyen avukatlarca kararlaştırılmasını ve somut birtakım kural ve kaidelere bağlanmasını gerektirmektedir. Bu ise salt büro ortaklığından daha kurumsal bir örgütlenmeye olan ihtiyacı göstermektedir. Bu ihtiyacı gidermek üzere gerek dünyada gerekse Türkiye’de avukatların mesleklerini birlikte gerçekleştirebilmelerine olanak tanıyan çeşitli modellerin geliştirildiği görülmektedir.

1.2. Avukatlık Ortaklığı Modeli ve Tarihsel Gelişimi

1969 tarihli bir kanuni düzenleme olan AvK’da düzenlenen ortak avukat bürosu modeli, ortak çalışmayı hayata geçirmiş olsa bile kurumsallıktan uzak olması nedeniyle daha gelişmiş bir modele duyulan ihtiyaca cevap verememişti. Bu ihtiyacı karşılamak üzere TTK’da düzenlenen ticaret şirketlerinin, ortaklık ilişkisine dayalı olarak çalışma arzusunda olan avukatlarca tercih edilmesinin uygun olabileceği düşünülebilir. Ancak AvK’da avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi (AvK m.1) ve tacir olmanın da avukatlıkla birleşme-

lerine göre büro giderleri bölüşülmektedir. Başka bir deyişle bu model, büro ortaklığına dayanmaktadır. Güner, s. 760. Ortak avukat büroları, sadece yer ve genel gider paylaşımına dayalı, herkesin işini takip ettiği bürolar veya birden fazla avukatın bir adi şirket şeklinde oluşturdukları çalışma için ortak olduğu bürolardır. Hakimoğlu, s. 245. Ortak avukatlık bürosu halinde çalışan avukatlar, büro giderlerini azaltmak ve büro çalışmasını daha akılcı biçimlendirebilmek amaçlarıyla ortak bir büroya sahip olmaktadır. Diğer bakımlardan bir ortaklık söz konusu değildir. Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği: Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Bası, Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 189.

⁶ Peker, s. 301.

yen bir iş olarak düzenlenmesi (AvK m.11) karşısında,⁷ ortak çalışmak isteyen avukatların şirket biçiminde örgütlenmesi düşüncesi kabul görmemişti.⁸ Dolayısıyla tarihsel süreçte, bir taraftan avukatların ortak çalışmasına imkân verecek, diğer taraftan da avukatlığın kamu hizmeti olma niteliğini zedelemeyecek ve avukatlığı ticari iş haline getirmeyecek yeni bir müessesenin varlığı gerekmektedir. Bu doğrultuda 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun⁹ ile AvK'nın 44. maddesinde değişiklik yapılarak “avukatlık ortaklığı” modeli Türk hukukuna dâhil edilmiştir. Bu kanun değişikliğiyle birlikte ortak avukat bürosu, “aynı büroda birlikte çalışma” olarak yeniden düzenlenmiş ve avukatların birlikte çalışmasının, tüzel kişiliğe sahip “avukatlık ortaklığı” adı altında yepyeni bir örgütlenme kapsamında gerçekleştirilmesine kapı aralanmıştır.

Bilindiği üzere tüzel kişilik oluşturulması noktasında sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) geçerli olup, kanun koyucunun belirlediği türler dışında, tarafların kendi iradeleri ile yeni bir tüzel kişilik tipi meydana getirmeleri mümkün değildir.¹⁰ AvK m.44'te yapılan değişiklikle birlikte kanun koyucu mevcut tüzel kişilerden farklı, yepyeni bir tüzel kişi türü öngörmüştür. 4667 sayılı Kanun'dan önce tüzel kişiliği haiz bir şekilde avukatlarca ortaklık kurulup kurulamayacağı tartışılmıydı. Tartışmalar kapsamında genel itibarıyla bu türden bir ortaklığa kanun tarafından tüzel kişilik tanınmadığı, bu yüzden de tüzel kişiliğin söz konusu olamayacağı görüşü hâkimdi.¹¹ Ancak 4667 sayılı Kanun tartışmalara son vermiş ve avukatlık ortaklığını, “aynı baroya kayıtlı bir-

⁷ Bununla birlikte avukatlar, AvK m.12/f gereği anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ortağı, yöneticisi ve denetçisi olabileceği gibi, komandit şirketlerde komanditer ortak olarak da yer alabilirler.

⁸ 4667 sayılı Kanun'dan önce limited şirket şeklinde kurulan bir avukatlık ortaklığı deneyimi, ortaklığın tacir olarak nitelendirilmesi ve ticaret şirketlerinin baroya kaydedilemeyecek ve yalnızca avukatların yapabileceği işlerle ilgilenmeyecek olması nedenleriyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu tarafından şirket kurmuş avukatlara disiplin cezası verilmesiyle sonuçlanmıştı. Güner, s. 760-761; Sungurtekin Özkan, s. 191.

⁹ RG tarih: 10.05.2001, no: 24398.

¹⁰ Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 263; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 87; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku*, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 212.

¹¹ İbrahim Arslan/Mücahit Ünal, “Avukatlık Ortaklığının Diğer Ortaklık Türleri ile Karşılaştırması ve Hukuki Niteliği”, *SÜHFD*, C: 16, S: 1, s. 59-60.

den çok avukatın bu Kanun'a göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişilik" olarak tanımlamak suretiyle, tüzel kişilik unsurunu açık ve net bir biçimde ortaya koymuştur. Dolayısıyla avukatlık ortaklıkları, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.48 uyarınca gerçek kişilere özgü özellikler dışında bütün haklara ve borçlara sahip olabilecektir.

AvK'nın 44. maddesinde avukatlık ortaklıklarının niteliği, kuruluş esasları, işleyişi, unvanı, üçüncü kişilerle olan ilişkileri, ortaklığı oluşturan avukatların hak ve borçları, sorumluluk, ortaklık payları ve pay devirleri ve uyuşmazlık çözümü gibi konulara yer verilmiştir. Bu yeni modelin hayata geçirilmesini sağlamak üzere yine 2001 yılı içerisinde ikincil mevzuat çalışmaları tamamlanmış ve avukatlık ortaklıklarının kuruluşuna, işleyişine ve sona ermesine ilişkin kuralları belirlemek amacıyla "Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği" (AOY) yürürlüğe girmiştir.¹² AOY, Türkiye'de kurulacak avukatlık ortaklıkları ile Türkiye'de salt yabancı hukuk sistemleri ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermek üzere kurulabilecek olan yabancı avukatlık ortaklıkları hakkında usul ve esasları içermektedir. Buna ek olarak, AvK ve AOY'de bahsi geçen ve avukatlık ortaklıklarının kurulması açısından gerekli olan "Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi", Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafından hazırlanarak yayınlanmıştır.¹³

1.3. Avukatlık Ortaklığının Hukuki Niteliği

AvK'nın 44. maddesinin gerekçesinde avukatlık ortaklığının, *"kendine özgü oluşu ve diğer sermaye ve şahıs şirketlerinden farklı olması nedeniyle bazı temel yasalarda öngörülen ortaklıklardan farklı bir düzenlemeyi"* zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. 4667 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ise avukatlık mesleğinin özellikleri ve avukatların yalnızca AvK'nın 35. maddesinde sayılan işleri yapabilecekleri dikkate alınarak oluşturulan avukatlık ortaklığı modelinin, *"Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve amacı iktisadî olan şirket nevilerinden birini"* oluşturmadığı ortaya konulmuştur. Esasen TTK'nın 124. maddesinde "kollektif şirket", "(adi) komandit şirket", "anonim şirket", "sermayesi paylara bölün-

¹² RG tarih: 25.11.2001, no: 24594.

¹³ Tip Ana Sözleşme, TBB'nin 24.12.2001 tarih ve 2001/46 sayılı genelgesi ile hazırlanmıştır. Bkz. http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/avukatlik_kanunu/ornekler/av_ort_sozl_ornegi.pdf (Erişim tarihi: 11.05.2020)

müş komandit şirket”, “limited şirket” ve “kooperatif şirket” olmak üzere altı farklı ticaret şirketi türüne yer verilmiştir. Şirketler hukuku öğretisindeki hâkim görüş, ticaret şirketlerinin sınırlı sayıda olduğudur.¹⁴ Bu bağlamda 124. maddede sayılmayan herhangi bir modelin, ticareti şirketi olması *de lege lata* mümkün değildir. 1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanunu’ndan bu yana yeni bir şirket türü de ihdas edilmemiştir. Sonuç olarak avukatlık ortaklığının, mevcut haliyle TTK anlamında bir ticaret şirketi olmadığı açıktır. Avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesi halinde ise TTK m.124’te sayılan şirketlerden bir veya birkaçı, özellikle de limited ve anonim şirketler, tercih edilerek avukatlık şirketi oluşturulabilecektir.

İlaveten, 4667 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde “*amacı yine iktisadî olan ve fakat tüzel kişiliği bulunmayan Borçlar Kanunu’ndaki adi şirket kurmak suretiyle avukatlık hizmetini yürütmelerinin meslekle bağdaşmayacağı göz önünde bulundurularak, kendine özgü bir avukatlık şirketi modeli*”nin oluşturulduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle avukatlık ortaklığının, örtülü bir biçimde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) düzenlenen “adi ortaklık” modelinden de farklı olduğu ortaya konulmuştur. Her ne kadar TBK m.620/2 uyarınca bir ortaklığın, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımaması durumunda adi ortaklık hükümlerine tabi olacağı ifade edilmişse de bu hüküm daha ziyade aynı büroda birlikte çalışma modeli açısından uygulanabilir niteliktedir.¹⁵ Zira avukatlık ortaklığının tüzel kişiliğe

¹⁴ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku: II. Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 87; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 7; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 48; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 167; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 108; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2018; Selma Çetiner/Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 270; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, C. 1, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 530.

¹⁵ 4667 sayılı Kanun öncesi dönemde de avukatların, adi ortaklık modeline uygun olarak mesleki faaliyetlerini birlikte yürütebilmelerinin mümkün olduğu, zira kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla her türlü amaç için kurulabileceği kabul edilen adi ortaklık modelinin, hukuki yardım sağlama amacıyla da tercih edilebileceği ifade edilmekteydi. Taylan Arıhan/Aslı Koçak, “Avukatlıkta Ortak Çalışma”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1997/2, s. 18. Gerçekten de adi ortaklık, avukatlık ortaklığından ziyade aynı büroda birlikte çalışma modelinin bünyesine daha uy-

sahip olması nedeniyle bu hüküm teknik olarak uygulama alanı bulamayacaktır. O halde hukuki niteliği itibarıyla avukatlık ortaklığının, öğretide de kabul edildiği üzere tüzel kişiliği bulunan, mesleki çalışmayı konu alan ve kendine özgü birtakım özellikleri barındıran (*sui generis*) bir ortaklık olduğu söylenebilir.¹⁶

4667 sayılı Kanun'un kanunlaşma sürecinde Bakanlar Kurulu tasarisının Meclis Adalet Komisyonunca değiştirilmeden önceki halinde "avukatlık ortaklığı" yerine, "avukatlık şirketi" ibaresi benimsenmişti. Bu ibarenin kanunun nihai halinde yer almamasının nedeni olarak genel gerekçede avukatlık ortaklığının, "diğer sermaye ve şahıs şirketleri ile özde olan farklılığın isimde de korunmak istenmesi" düşüncesi gösterilmişti. "Şirket" ibaresinin ticaret şirketlerini ve adi şirketi çağrıştırabilecek olması nedeniyle, avukatlık ortaklığının kendine özgü, yeni bir tür olduğu vurgulanmak için "ortaklık" ibaresi tercih edilmişti. Esasen "şirket" ve "ortaklık" terimlerinin TTK m.1531 uyarınca eş anlamlı ve birbirlerinin yerine kullanılacak sözcükler olması nedeniyle, "avukatlık ortaklığı" ve "avukatlık şirketi" ibareleri arasında da normal şartlar altında bir fark olmayacaktı.¹⁷ Ancak avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesi ve avukatlık ortaklığının tüzel kişiliği bulunmayan aynı büroda çalışma modeline dönüştürülmesi durumunda, "avukatlık ortaklığı" ve "avukatlık şirketi" ibareleri eş anlamlı olmaktan bir hayli uzak olacaktır. Diğer taraftan, avukatlık ortaklığının, TMK'daki "miras ortaklığı" (m.640 vd.) ve "mal ortaklığı" (m.256 vd.) gibi içerisinde "ortaklık" ibaresi geçip de tüzel kişiliği haiz olmayan müesseselerden farklı olduğu tartışmadan uzaktır.

gundur. TBK'daki adi ortaklık hükümlerinin pekâlâ uygulanabileceği aynı büroda çalışma modeli için ayrı bir düzenlemeye bile gerek bulunmamaktadır. Buna karşın, tüzel kişiliği haiz, kurumsal bir ortak çalışma modelinin oluşturulabilmesi için ayrı, özel bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

¹⁶ Asuman Turanboy, "Avukatlık Ortaklığı", *AÜHFD*, C: 50, S: 4, s. 57; Huriye Kubilay, "Avukatlık Kanunu'nun Avukatlık Ortaklıklarına İlişkin Hükümünün Eleştirisi", *DEÜHFD*, C: 7 (Özel Sayı), s. 134; Arslan/Ünal, s. 65.

¹⁷ "Ortaklık", geniş anlamda kişiler arasında herhangi bir hususta iş birliği yapılmasıdır. "Şirket" terimi karşılığı kullanılan "ortaklık" sözcüğü, dar anlamda iki veya daha fazla kişinin kazanç elde etmek amacıyla kurdukları iktisadi girişimi ifade etmektedir. "Şirket" ise sözleşme kavramını ifade ettiği gibi, bu sözleşmeden doğan varlığı da göstermektedir. Orhan Nuri Çevik, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 62.

2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA AVUKATLARIN BİRLİKTE ÇALIŞMASINI MÜMKÜN KILAN ÖRNEKLER

2.1. Almanya

2.1.1. Serbest Meslek Şirketi (*Partnerschaftsgesellschaft*)

Alman hukukunda avukatların birlikte çalışmasına cevaz veren iki önemli müessese bulunmaktadır. Bunlardan ilki "*Partnerschaftsgesellschaft*" modelidir. "Serbest meslek şirketi" (veya "serbest meslek ortaklığı") şeklinde Türkçeye çevrilebilecek *Partnerschaftsgesellschaft*, serbest meslek faaliyetlerinin birden fazla serbest meslek mensubu tarafından birlikte yapılmasına imkân tanımaktadır. 1994 tarihli "Serbest Meslek Mensupları için Serbest Meslek Şirketleri Hakkında Kanun" ("*PartGG*")¹⁸ uyarınca serbest meslek şirketi, "serbest meslek mensuplarının bir araya gelerek mesleklerini icra ettikleri şirket" olarak tanımlanmıştır (*PartGG* m.1/1). Serbest meslek şirketlerinin ticari faaliyette bulunamayacağı ve ortaklarının yalnızca gerçek kişiler olabileceği kabul edilmiştir (*PartGG* m.1/1). Söz konusu kanuna göre avukatlara ek olarak, doktorlar, veterinerler, mühendisler, mimarlar, gazeteciler vb. kişiler de serbest meslek şirketlerinde gerçek kişi ortak olabilecektir (*PartGG* m.1/2).

PartGG'de, serbest meslek şirketinin tüzel kişiliği haiz olup olmadığı konusunda net bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak *PartGG* m.7(2)'nin, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 124 vd. maddelerinde düzenlenen kolektif şirket (OHG) hükümlerinin uygulanacağı belirtilmesi sonucu serbest meslek şirketi, Alman hukukundaki kolektif şirketler gibi tüzel kişiliği haiz olmayıp, fiil ehliyetine ise sahiptir.¹⁹ Şirketin unvanında (*Firma*) bir veya birden fazla ortağın adı soyadı ile "*und Partner*" ("ve Ortağı") veya "*Partnerschaft*" ("Ortaklık") ibaresi ve

¹⁸ Gesetz über Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaft), BGBl I 1744.

¹⁹ Hans Gummert/Lutz Weipert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht: BGB-Gesellschaft, OHG, PartG, EWIV, Bd: 1, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2019, N. 7-8. Sadece 11 maddeden oluşan *PartGG*'de pek çok konuda HGB'deki kolektif şirket hükümlerine atıf yapılması sonucu, öğretilerde serbest meslek şirketinin kolektif şirkete yakın bir model olduğu ifade edilmiştir. Hans Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Auflage, Verlag CH Beck, München 2019, § 4, RN. 388.

yapılan serbest meslek türü yer almaktadır (PartGG m.2).²⁰ Yazılı bir sözleşmeyle kurulabilecek serbest meslek şirketi (PartGG m.3/1), serbest meslek şirketleri için tutulan özel bir sicile (*Partnerschaftsregister*) kaydedilmekte (PartGG m.4/1) ve üçüncü kişilere karşı tescille birlikte hüküm doğurmaktadır (PartGG m.7/1). Şirketin borçlarından dolayı ortaklar şahsen ve müteselsilen sorumludurlar (PartGG m.8/1).²¹ Yine ortakların şirketten ayrılması, çıkarılması, şirketin sona ermesi ve tasfiyesi gibi konularda da HGB'nin kolektif şirketle ilgili hükümlerine atıfta bulunulmuştur (PartGG m.9-10).

2.1.2. Avukatlık Şirketi (*Rechtsanwaltsgesellschaft*)

Avukatların ortak çalışmasını mümkün kılan diğer model ise "avukatlık şirketi"dir (*Rechtsanwaltsgesellschaft*). Avukatlık mesleğinin düzenlenmesine ilişkin 1959 tarihli "Alman Federal Avukatlık Tüzüğü"nde ("BRAO")²² 1998 yılında yapılan değişiklikle birlikte "avukatlık şirketi" modeli ihdas edilmiştir.²³ Avukatlık şirketi, Türk hukukundaki avukatlık ortaklığı gibi kendine özgü bir müessese olmayıp, esasen limited şirket (GmbH) şeklinde kurulmaktadır. BRAO uyarınca faaliyet konusu hukuki sorunlarda danışmanlık ve temsil

²⁰ Serbest meslek şirketinin mesleki sorumluluk sigortası yaptırması halinde, ortakların kusurlu eylemlerinden doğan zararlardan dolayı yalnızca şirket sorumlu olacaktır. Bu takdirde şirketin sorumluluğu mesleki sorumluluk sigortasında gösterilen azami rakamla sınırlı olup, ortaklarının kişisel sorumluluğu bulunmayacaktır. Sorumluluğun sınırlanması halinde şirketin unvanına sınırlı sorumluluğu belirtecek şekilde "mit beschränkter Berufshaftung" veya bunun kısaltması olarak "mbB" ibarelerinden birisinin eklenmesi şarttır (PartGG m.8/4).

²¹ Alman hukukunda serbest meslek şirketinin ortaklarının sorumluluklarının ancak bir durumda sınırlandırılacağı kabul edilmiştir. Buna göre görevi sırasında yerine getirdiği kusurlu eylemlerden (fehlerhafte Berufsausübung) doğan zararlardan yalnızca ilgili ortak (şirketle birlikte) sorumlu olup, diğer ortağın söz konusu eylemde bir dahlinin bulunmaması halinde zarardan da kişisel olarak sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (PartGG m.8/2).

²² Bundesrechtsanwaltsordnung, BGBl I 565.

²³ Avukatlık şirketi modelinin öne, 1994 tarihinde Baviera Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararıyla açılmıştır. Bir avukatlık limited şirketinin ticaret siciline tescil edilmesine dair sicil mahkemesinin kararına ilgili baronun itiraz üzerine dosyanın önüne geldiği söz konusu mahkeme, ilgili şirketin ticaret sicilinden terkin edilmesinin haklı bir nedene dayanmadığına karar vererek avukatların limited şirket kurmak suretiyle birlikte çalışmalarına imkân tanımıştır. Bunun üzerine Alman kanun koyucusu, 1998 tarihinde BRAO'ya 59c ila 59m maddelerini eklemek suretiyle bu ortaklık modelinin kanuni zeminini oluşturmuştur. Abuzer Kendigelen/Fatih Doğan, "Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası: Avukatlık Limited Şirketi", *AÜEHFD*, C: VII, S: 1-2, s. 317-318.

olan limited şirketlere, avukatlık şirketi olarak izin verilebilir (BRAO m.59c/1). Avukatlık şirketinin, bir limited şirket olması sonucu tüzel kişiliği de bulunmaktadır. Şirketin ortaklarının avukat olması şart olmayıp; patent vekilleri, vergi danışmanları, yeminli mali müşavirler gibi avukatların mesleğini birlikte icra edebileceği m.59a’da sayılan kişilerin de ortak olması mümkündür (BRAO m.59e/1). Bununla birlikte şirket paylarının veya oy haklarının çoğunluğunun avukatlara ait olması ve müdürlerin çoğunluğunun avukat olması zorunludur (BRAO m.59e/3 ve m.59f/1).

Avukatlık şirketi, merkezinin bulunduğu yerde bir avukatlık bürosu (*Kanzlei*) işletmek zorundadır (BRAO m.59i). Bu açıdan avukatlık şirketi, normal limited şirketlerden farklı olarak spesifik bir işletme konusunu gerçekleştirmek için kurulmaktadır.²⁴ Avukatlık şirketinin kurulabilmesi için BRAO m.51’de düzenlenen ve asgari tutarı her bir riziko için 2.5 Milyon Euro olan zorunlu mesleki sorumluluk sigortasının yaptırılması gerekli olup (BRAO m.59j/1), söz konusu sigortanın yapılmaması veya eksik yapılması halinde şirkete ek olarak ortaklar ve müdürler de sigorta konusu dışında kalan zararlardan kişisel olarak sorumlu olacaktır (BRAO m.59j/3). Dolayısıyla limited şirket modelinin sağladığı sınırlı sorumluluğun müvekkiller aleyhine doğurabileceği olumsuz sonuçlar sorumluluk sigortası suretiyle giderilebilecektir. Avukatlık şirketinin unvanında en azından bir ortağın soyadı ile “*Rechtsanwalts-gesellschaft*” ibaresinin kullanılması zorunlu olup, başka hiçbir şirket bu ibareyi kullanamaz (BRAO m.59k). Avukatlık şirketi, dava açma veya usuli işlemlerde bulunma konusunda yetkilendirilebilir ve bu durumda şirket, avukatların hak ve yükümlülüklerine sahip olacaktır (BRAO m.59l).

2.2. İngiltere

İngiliz hukukunda avukatların birlikte çalışmalarına imkân veren ve uygulamada en çok tercih edilen model “sınırlı sorumlu ortaklık”tır

²⁴ Alman hukukunda limited şirket, hukuken yasaklanmamış her türlü amaç için kurulabilecek bir modeli olarak öngörülmüştür. Ticari bir amaç, ticari olmayan bir ekonomik amaç (örneğin serbest meslek icrası) veya ideal bir amaç için dahi limited şirket kurulabilir. Bu özelliğinden dolayı limited şirketin, “her şeyde iyi” (*bonne à tout faire*) olduğu ifade edilmiştir. Holger Fleischer/Wulf Goette, Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd: 1, 3. Auflage, Verlag CH Beck, München 2018, § 1, RN. 17.

(*limited liability partnership*) (LLP).²⁵ LLP, 2000 yılında çıkarılan “Sınırlı Sorumlu Ortaklıklar Kanunu”nda (*Limited Liability Partnerships Act 2000*) (“LLPA”) düzenlenmektedir. Esasen bu model yalnızca serbest meslek mensupları için öngörülmemiş olup, esasen hukuka uygun ve kâr elde etme amacı güden herkes tarafından kullanılabilir (LLPA m.2/1).²⁶ Ancak LLP, ağırlıklı olarak avukatlar ve serbest muhasebeciler tarafından tercih edilmektedir.²⁷ Türk hukukunun aksine İngiliz hukukunda, “ortaklık” (*partnership*) ile “şirket” (*company*) farklı modeller olup, birbirleriyle eş değerde değildir. LLP, hukuki niteliği itibarıyla bir ortaklıktır.²⁸ Ancak diğer ortaklık türlerinin aksine, tüzel kişiliği haiz olması ve ortakların sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi bu modelin kendine özgü özellikleri arasındadır. Kendine özgü özellikleri sonucu LLP, öğretide ortaklık ile şirket arasında kalan melez (*hybrid*) bir tür olarak nitelendirilmektedir.²⁹

Tıpkı şirketler gibi “Şirketler Odası”na (*Companies House*) tescil ile birlikte tüzel kişilik kazanan LLP’lerin, şirketlerin aksine tek ortakla kurulması ise mümkün değildir. LLP, en az iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi “üye” tarafından kurulabilir (LLPA m.2/1-a).³⁰

²⁵ “Limited liability partnership” terimini, Türkçeye “sınırlı sorumlu şahıs şirketi” şeklinde çeviren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Murat Alışkan, *Limited Şirket (Tarihçe Niteliği)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 44.

²⁶ LLPA kanunlaşmadan önce hazırlanan taslakta LLP, yalnızca serbest meslek mensuplarının yararlanabileceği bir model olarak öngörülmüştü. Serbest meslek mensuplarının mesleki hayatlarında maruz kalabileceği çeşitli riskler dikkate alınarak, kendilerine açılacak tazminat davaları nedeniyle sorumluluklarının kişisel malvarlıklarına teşmil etmesini engelleyebilecek bir modele ihtiyaç olduğu belirtilmekteydi. Ancak tasarının öngördüğü bu kısıtlama sonradan kaldırılmış ve LLP modeli herkesin yararlanabileceği bir hale getirilmiştir. Stephen Griffin, *Company Law: Fundamental Principles*, 4. Edition, Pearson, United Kingdom 2006, s. 81.

²⁷ Denis Keenan/Sarah Riches, *Business Law*, 8. Edition, Pearson, United Kingdom 2007, s. 76.

²⁸ “Partnership”, tüzel kişiliği olmayan bir birim olarak daha çok şahıs şirketlerine benzerdir. İngiliz hukukunda “genel ortaklık” (*general partnership*) ve “sınırlı ortaklık” (*limited partnership*) olmak üzere iki farklı ortaklık türü bulunmaktadır. Öte yandan, “company” ise tüzel kişiliği haiz olup, daha çok sermaye şirketleriyle özleşen özellikler göstermektedir. Şirket türleri de temel olarak “private limited company” ve “public limited company” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

²⁹ Brenda Hannigan, *Company Law*, 5. Edition, Oxford University Press, United Kingdom 2018, N. 1-18; David Kelly/Ann Holmes/Ruth Hayward., *Business Law*, 5. Edition, Cavendish Publishing, United Kingdom 2005, s. 299; Ben Pettet, *Company Law*, 2. Edition, Pearson, United Kingdom 2005, s. 21.

³⁰ Üye sayısının bire düşmesi ve bunun altı ay boyunca devam etmesi halinde, kalan üyenin sınırlı sorumluluğu sona erecek ve LLP’nin karşılamadığı borçlardan

LLP'nin mensupları, LLPA'da ortak (*partner*) veya pay sahibi yerine (*shareholder*), "üye" (*member*) olarak nitelendirilmektedir. Bunun nedeni LLP'nin paylara dayalı herhangi bir sermaye yapısının bulunmamasıdır. LLP çatısı altında her üye şirketi temsil yetkisine sahip olup, şirketi bağlayıcı iş ve işlemler yapabilir (LLPA m.6/1). LLP'nin borçları ve işlemlerinden üyelerin sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak üyelerin tek başına hareket ederken meslekleri uyarınca verdiği zararlardan (*professional negligence*) dolayı zarar görenlere karşı, şirketle birlikte kişisel sorumluluğu söz konusudur.³¹ Son olarak LLP, şirketler gibi raporlama yükümlülüklerine ve iflas rejimine tabi tutulmuştur (LLPA m.14 vd.).

3. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ KURULUŞU

3.1. Ana Sözleşme

3.1.1. Avukatlık Ortaklığının Kuruluş Belgesi

Tüzel kişiler, yazılı bir kuruluş belgesinin hazırlanması ve gerekli diğer işlemlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte kişilik kazanmaktadır. Adi ortaklığın tüzel kişiliği haiz olmaması sonucu kurulabilmesi için bir kuruluş belgesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Herhangi bir şekle tabi olmayan adi ortaklığın örtülü olarak, hatta ortaklar bir adi ortaklık oluşturduklarının farkında dahi olmaksızın kurulması mümkündür. Ticaret şirketleri açısından ise kollektif, komandit ve limited şirketler için "şirket sözleşmesi", anonim şirketler için "esas sözleşme" hazırlanması zorunludur (TTK m.135/1). Hatta ticaret şirketlerinin, adi ortaklıktan farklılığını vurgulamak amacıyla, öğretilerde yapılan şirket tanımlarının bazılarında yazılı sözleşme unsuru açık bir şekilde

şahsen sorumlu olacaktır. Kelly/Holmes/Hayward, s. 300.

³¹ Bununla birlikte, üyenin şirket adına üstlendiği işleri yerine getirirken verdiği zararlardan ise kişisel sorumluluğu doğmamakta olup, bu takdirde yalnızca LLP sorumlu olacaktır. Keenan/Riches, s. 89. Bu husus LLP'yi, Partnerschaftsgesellschaft modelinden ayırmakta olup, ikincisinde ortakların sorumluluğunun kaldırılması veya şirkete devri söz konusu değildir. Bunun sonucunda AB mevzuatı uyarınca garanti altına alınan yerleşme serbestisinden (freedom of establishment; Niederlassungsfreiheit) yararlanılarak LLP modeli Almanya'da da yaygınlaşmaktadır. Kaynak: https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/moegliche-rechtsformen-fuer-rechtsanwaelte_idesk_PI17574_HI10523259.html (Erişim tarihi: 20.05.2020).

vurgulanmaktadır.³² Şirketler için TTK'da öngörülen yazılı şekil şartı, bir geçerlilik şartıdır.³³ Benzer bir durumun avukatlık ortaklığı açısından da geçerli olduğu görülmektedir. Avukatlık ortaklığının kurulabilmesi için "avukatlık ortaklığı ana sözleşmesi" ("ana sözleşme") adı verilen bir kuruluş belgesi hazırlanmalıdır. Terminoloji olarak avukatlık ortaklığı için benimsenen "ana sözleşme" ibaresinin, kooperatif şirketler için de aynı olduğu anlaşılmaktadır (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.2 vd.).

3.1.2. Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine Uygunluk

Avukatlık ortaklıklarının ana sözleşmesinin, TBB tarafından düzenlenen "Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi"ne uygun olarak hazırlanması gerekmektedir (AOY m.5, 12/2). O halde avukatlık ortaklığı kurabilmek için kurucuların, adı geçen örnek (tip) sözleşmeyi esas almaları gerekmektedir. Bu açıdan avukatlık ortaklıkları, ticaret şirketlerinden ayrılmaktadır. TTK'da her bir şirket türü için şirket sözleşmesinde kanunen bulunması gereken kayıtlar belirlenmiş olmakla birlikte (bkz. TTK m.213, 305(1), 339(2) ve 576), herhangi bir tip sözleşme örneği öngörülmemiştir. Ayrıca anonim ve limited şirketler için "emredici hükümler ilkesi" kabul edilmiş olup (TTK m.340 ve 579), söz konusu şirketlerin sözleşmeleri, TTK'nın ilgili şirkete ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verildiği takdirde farklılaşabilecektir.³⁴ AOY'nin çeşitli maddelerinde geçen "ana sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir" (m.15, 17, 21), "ana sözleşmede aksine düzenleme olmadıkça" (m.25, 27), "ana sözleşmede bu konuda bir düzenleme olmaması halinde" (m.17) gibi ibarelerden yola çıkarak, avukatlık ortaklıkları açısından böyle katı bir düzenlemenin bulunmadığı söylenebilir. Ana sözleşme, ortaklığın tescili anında ilgili baro tarafından AOY'ye ve Tip Ana Sözleşmeye uygunluk açısından incelenecektir.

³² Bkz. Pulaşlı, s. 53; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 165; Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, 10. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara 2019, s. 3; Osman Kiper, Uygulamada Ticaret Şirketleri, Beta Basım, İstanbul 1996, s. 1.

³³ Güzin Üçışık/Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C: 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 144; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 45; Bilgili/Demirkapı, s. 4.

³⁴ TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine "emredici hükümler ilkesi" geçerlidir. Rauf Karasu, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 45.

3.1.3. Ana Sözleşmenin Kapsamı

Tip Ana Sözleşmenin kapsamı, AOY'nin 12. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre Tip Ana Sözleşmede; ortakların adı soyadı, uyruğu ve açık ikamet adresleri, kayıtlı oldukları Baro, Baro sicil ve birlik numaraları, ortaklığın unvanı ve adresi, ortaklığın süresi, ortaklık payları, ortaklar arasındaki ilişkiler ve uyuşmazlıkların çözümü esasları, iş ve davalarda ilgili iş bölümü esasları, yönetici ortakların yetkileri, ortaklığın yönetimi ve temsili, ortaklar kurulu, kurulun görev ve yetkileri, gelir ve giderin paylaşılması denetim, ortaklıktan çıkma, ortaklıktan çıkarılma, pay devri ve hükümleri, ortaklığın sona ermesi, feshi, infisahı ve tasfiyesi gibi hususlar yer almaktadır. Bu hususlar, ana sözleşmede mutlaka bulunması gereken zorunlu kayıtlardır. Ancak bu hususların içeriğini ortaklar, yukarıda da ifade edildiği üzere çoğu zaman serbestçe düzenleyebilecektir, örneğin pay devri konusuna ilişkin bir hükmün mutlaka ana sözleşmede yer alması gerekmez birlikte, bu hükümle payların serbestçe devredilmesi kabul edilebileceği gibi pay devri tümünden de yasaklanabilir (AOY m.16/3). Diğer taraftan, kanuna, yönetmeliğe, meslek kurallarına, hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve bağımsızlığına aykırı olmamak şartıyla, ana sözleşmeye özel koşullar da koyulabilir (AOY m.12/3).

3.1.4. Ana Sözleşmenin Tescili ve İlanı

Avukatlık ortaklığının ana sözleşmesinin, Tip Ana Sözleşmeye uygun olarak hazırlanması yeterli olmayıp, ayrıca tescil edilmesi de gerekmektedir. Bu bağlamda avukatlık ortaklığı, *“kurucularının kayıtlı bulunduğu baro yönetim kurulu tarafından Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmasıyla tüzel kişilik kazanır”* (AvK m.44/B; AOY m.9/2). Buna göre avukatlık ortaklığı, kurucular tarafından imzalanan³⁵ ana sözleşme ve birtakım ek belgelerle birlikte (AOY m.7), kurucuların bağlı bulunduğu baroya başvurunun ardından *“Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili”*ne

³⁵ Ana sözleşmenin ortaklarca imzalanması yeterli olup, ayrıca imzaların noterce tasdik edilmesine veya sicil görevlisinin huzurunda atılmasına ihtiyaç duyulmamıştır (AOY m.7/a). 2016 yılında 6728 sayılı Kanun ile TTK'da yapılan değişikliklerin ardından şirket sözleşmesinin, noter tasdiki yerine geçecek şekilde ticaret sicili müdürü ya da yardımcıları huzurunda imzalanması da mümkündür. Bkz. Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliğ; RG tarih: 06.12.2016, no: 29910. Avukatlık şirketi halinde TTK'daki bu düzenleme uygulama alanı bulabilecektir.

yazılma (tescil) ile kurulacaktır.³⁶ Tüzel kişiliğin tescil ile kazanılacak olması ve tescil isteminin yalnızca AvK ve Tıp Ana Sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle reddedileceği (AOY m.8), ticaret şirketleri gibi avukatlık ortaklıkları açısından da tescil sisteminin benimsenmiş olduğunu göstermektedir.³⁷ Avukatlık ortaklıklarının, tescilinden önce ortaklık unvanını kullanamayacağı ve ortaklık adına mesleki faaliyette bulunamayacağı hükmünün bir sonucu olarak, tescil kurucu etkiye sahip olacaktır (AOY m.9/2).³⁸ Ticaret siciline tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanının aksine, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline tescilin ilanı öngörülmemiş olup, ilgili baro tarafından ana sözleşmenin bir örneğinin TBB'ye gönderilmesi yeterlidir (AOY m.9/2). Tescil isteminin reddi kararına karşı TBB'ye itiraz edilebilir (AOY m.10). Avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesi halinde şirketin baro siciline ek olarak, ticaret siciline de tescili gündeme gelebilecektir.

3.2. Ortaklar

3.2.1. Asgari Kurucu Ortak Sayısı

Geçmişte tüzel kişilerin vücut bulabilmesi için birden çok kişinin müşterek iradesinin gerektiği, vakıf hariç tek kişinin iradesine dayanılarak tüzel kişilik yaratılmasının modern hukuk anlayışıyla bağdaşmadığına dair bir görüş bulunmaktaydı.³⁹ Geleneksel olarak şirket (ortaklık) olgusu da, sözleşme ile kurulmuş ve ekonomik amacı olan

³⁶ AvK'da Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili'nin, sicil hukukundaki yeri, sicile itimat ve kayıtlardaki hatalardan doğan sorumluluk, alenilik gibi konular düzenlenmemiştir. Ancak Tıp Ana Sözleşme (m.22) söz konusu sicilin aleni olduğu ifade edilmiştir. Sicile ilişkin özelliklerin kanunda değil de ikincil mevzuatta açıklanması öğretide eleştirilmiştir. Bkz. Kubilay, s. 154.

³⁷ Tescil sisteminde (normatif sistem), tüzel kişilerin kurulması için mevzuatta asgari şartlar belirlenmiş olup, oluşturulmak istenen tüzel kişinin bu şartlara uyulup uyulmadığı resmi makamlarca incelenmektedir. Tescil sisteminde, inceleme olumlu sonuçlanınca tüzel kişi ilgili sicile kaydedilerek tüzel kişilik kazanılmakta, gerekli şartların bulunması halinde yetkili makam takdir yetkisine sahip olmayıp, tüzel kişinin kurulmasına izin vermek durumundadır. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 54; Oğuzman/Selici/Oktay Özdemir, s. 290; İhsan Erdoğan/Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku*, 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 349.

³⁸ Güner, s. 777.

³⁹ Reşat Atabek, "Tek Ortaklı Şirket", *BATIDER*, C: 14, S: 1, s. 26.

kişi birleşmeleri olarak tanımlanmaktaydı.⁴⁰ Şirketler kişi birlikleri olarak tanımlandığı takdirde, tek kişiden oluşan bir şirket fikri de kendi içinde çelişki yaratmakta, bu durum şirketler hukukunda günümüze kadar devam eden anlayışa aykırılık oluşturmaktaydı. Buna karşın kanun koyucu, AB yönergeleri ve gelişmiş Batı uygulamalarını dikkate alarak, tek kişiden oluşan şirket modellerini Türk hukukuna dâhil etmiştir.⁴¹ “Tek kişilik şirket” kurulmasının gerek Türk hukukunda, gerekse AB’de yasal bir zemine kavuşmasıyla birlikte kişi birleşmesi unsuru, şirket kavramının asli unsuru olma niteliğini kaybetmiştir.⁴² Payların tek bir ortağın elinde toplanması, şirketin kurumsal yapısını zedelemekle birlikte, ekonomik gereklilikler karşısında modern şirketler hukukunda benimsenmiştir.⁴³

AvK’ya göre avukatlık ortaklığı, “birden fazla avukatın” oluşturduğu bir tüzel kişidir. AOY’nin pek çok maddesinde de “ortaklar” ibaresi geçmektedir. Bu nedenle avukatlık ortaklığında asgari kurucu ortak sayısı en az iki olup, tek ortaklı bir avukatlık ortaklığı kurulması mümkün değildir. Şu hâlde avukatlık ortaklıklarının, modern şirketler hukukundaki bu görüşleri yansıtmadığı görülmektedir. Burada 4667 sayılı Kanunun kanunlaştığı tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı TTK uyarınca tek kişilik şirketlerin kurulmasının *de lege lata* mümkün olmasının, avukatlık ortaklığı modelini etkilediği düşünülebilir. Ancak avukatlık ortaklığının, esasen bir ortak çalışma biçimi olduğu unutulmamalıdır. Avukatlık ortaklığı oluşturmak, zaten mesleğini tek başına yapmayı arzu etmeyen avukatlarca tercih edilen bir yoldur. Ayrıca sorumluluk rejimi açısından da mesleğin tek başına veya avukatlık ortaklığı çatısı altında yapılması esaslı bir fark yaratmamaktadır.⁴⁴ Dola-

⁴⁰ Pulaşlı, s. 4.

⁴¹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 17.

⁴² Pulaşlı, s. 4.

⁴³ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, “Anonim Şirketler Hukuku: Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu”, C: 1, BTHAE Yayınları, Ankara 2013, s. 176.

⁴⁴ Tek kişi ortaklığının çıkış noktası bireysel girişimcilere hukuken sınırlı sorumluluk imkânı tanımaktır. Tek kişi ortaklığının kabulüne kadar sınırlı sorumluluk ayrıcalığının, ancak birden fazla kişi tarafından kurulan sermaye şirketlerinin ortaklarına tanınabileceği düşüncesi hâkim olduğundan, tek kişi ortaklık modeli anonim ve limited şirketler açısından tasarlanmıştır. Ortakların şirket borçlarından sınırsız sorumlu olduğu kolektif şirketlerin çok ortaklı olması ile tek ortaklı olması arasında ise esasen bir fark görülmemiştir. Kolektif şirketin tek kişi ile kurulmasının, bireysel girişimcinin tek ortaklı bir kolektif şirket kurmasını özendirecek bir yönü bulunmamaktadır. Bu kapsamda kolektif şirketin tek ortaklı

yısıyla tek ortaklı bir avukatlık ortaklığı, bu modelin *ratio legis*'iyle pek bağdaşmamaktadır. Belirtmek gerekir ki pay devri, ortaklıktan çıkma, çıkarılma gibi haller sonucu ortak sayısının ikinin altına düşmesi, avukatlık ortaklıkları için bir infisah nedenidir (AOY m.28/a).

3.2.2. Ortakların Nitelikleri

Yukarıda incelenen Alman *Partnerschaftsgesellschaft* ve *Rechtanwaltsgesellschaft* modellerinden görüleceği üzere, bazı kendine özgü özellikleri bulunan ortaklık türlerinin ortakları da ancak belli meslekleri icra eden veya belli özellikleri taşıyan kişiler olabilmektedir. Bu bağlamda AvK'da da avukatlık ortaklığının, "aynı baroya kayıtlı birden çok avukat" tarafından oluşturulması kabul edilmiştir (m.44/B). O halde avukatlık ortaklığının ortağı olabilmek için, en başta avukat olmak gerekmektedir olup, karşılaştırmalı hukuktaki bazı modellerin aksine diğer mesleklerden olan kişilerin de ortak olması mümkün değildir.⁴⁵ AvK'nın "Avukatlığa kabul şartları" başlıklı 3. maddesinde düzenlenen şartları taşıyan ve 5. maddede sayılan mesleğe giriş engelleri bulunmayan kişiler, kendilerine ruhsatname verilmesi amacıyla buldukları yerdeki baro levhasına kaydedilmelerini isteyebilirler (AvK m.6). Böylece kanuni süreci tamamlayarak "avukat" unvanını kullanmaya hak kazanan kişiler (AvK m.9), avukatlık ortaklıklarının ortağı olabilecektir. Avukat olma şartı sadece kuruluşta geçerli değildir; payın devri halinde devralacak kişinin de avukat olması zorunludur (AvK m.44/B-a(1); AOY m.16/1).

olarak kurulmasını gerektiren veya cazip kılacak yeterli nedenlerin bulunmadığı ifade edilmiştir. Fatih Aydoğan, Tek Kişi Ortaklığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 40-41. Aynı durumun avukatlık ortaklıkları açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Zira gerek bireysel olarak avukatlık mesleğini icra eden bir avukat, gerekse avukatlık ortaklığı bünyesinde faaliyet gösteren ortak avukatlar mesleki kusurlarından dolayı şahsen sorumludurlar. Aşağıda inceleneceği üzere, avukatlık ortaklıklarında ortakların şahsi kusurlarından dolayı ortaklığın da müteselsilen sorumlu olması, ortaklığa tanınan rücu imkânı göz önüne alındığında bu bağlamda bir anlam ifade etmemektedir. Türk hukukundaki avukatlık ortaklığı modeli ortakların sorumluluğunu sınırlandırmadığından, LLP modelinden farklılık göstermektedir. Ancak LLP'nin de tek ortakla kurulabilmesinin mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

⁴⁵ Öğretide avukatlık ortaklıklarının yalnızca avukatlardan oluşmasının yeterli olmadığı, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi vergi danışmanı, muhasebeci gibi avukatlık hizmetinin verilmesine katkıda bulunacak diğer mesleklerden kişilerin de ortak olabilmesinin yararlı olacağı ileri sürülmüştür. Kubilay, s. 168; Peker, s. 314-315.

Ortakların yalnızca avukatlar olabileceğinden çıkan diğer bir sonuç da, ortakların ancak gerçek kişiler olabileceğidir. Gerçekten, tüzel kişiler avukatlık ortaklıklarının ortağı olamaz.⁴⁶ Bu açıdan avukatlık ortaklıkları, komanditer ortak hariç olmak üzere şahıs şirketlerine benzemekte, sermaye şirketlerinden ayrılmaktadır. Diğer taraftan, avukatlık ortaklığının ortağı olacak avukatlar için “aynı baroya kayıtlı olma” (baro levhasına kayıtlı olma) koşulu da bulunmaktadır.⁴⁷ Bunun sonucunda Türkiye çapında farklı barolara kayıtlı avukatların, aynı avukatlık ortaklığı çatısı altında ortak çalışmasına izin verilmemiştir. Öğretide bu koşul ile kanun koyucunun ülke çapına yayılan farklı barolara kayıtlı ortaklardan oluşan avukatlık ortaklıklarının oluşumunu önlemek istediği ileri sürülmüştür.⁴⁸ AvK gereği avukatlık ortaklıklarının, tüzel kişi olmasına rağmen yurt içinde şube açamayacak olmasını da bu bağlamda değerlendirmek gerekir (m.43/2). Aynı baroya kayıtlı olmak dışında başka bir koşul, örneğin belli bir kıdem şartı vs. bulunmamaktadır. Son olarak, aynı baroya kayıtlı olma şartı avukatlık ortaklıklarının birleşmesi açısından da belirleyici olup, aynı baro nezdindeki sicile tescil edilmiş olmak kaydıyla avukatlık ortaklıklarının birleşmesi mümkündür (AOY m.30/1).

⁴⁶ Aşağıda incelendiği üzere avukatlık ortaklığının unvanının, bir veya birkaç ortağın adı veya soyadı ile “avukatlık ortaklığı” ibaresinden oluşacak olması da ortakların yalnızca gerçek kişi olabileceği sonucunu doğrular niteliktedir. Keza TTK’da ortakların “adı soyadı”ndan bahsedildiği durumlarda tüzel kişilerin ilgili düzenlemenin konusunu oluşturmayacağı, buna karşın ortakların “adı soyadı veya ticaret unvanı”ndan bahsedildiği durumlarda ise tüzel kişilere de ilgili düzenleme kapsamında izin verildiği görülmektedir. Örneğin yalnızca gerçek kişilerin ortak olabileceği kolektif şirketlerin sözleşmesinde, “ortakların ad ve soyadlarıyla yerleşim yerleri ve vatandaşlıkları”nın yer almasından söz edilmektedir (TTK m.213/1-a). Öte yandan, tüzel kişilerin de pay sahibi olabileceği anonim şirketlerde nama yazılı pay senetleri bağlamında “pay sahiplerinin adı ve soyadını veya ticaret unvanı”na gönderme yapılmaktadır (TTK m.487/2).

⁴⁷ Belirtmek gerekir ki 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte bir ilde birden fazla baro kurulmasının önu açıldığından, avukatlık ortaklığının ortaklarının kaydolacağı baro açısından da yeni bir düzenleme yapılmıştır. 7249 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle AvK’nın 44. maddesi değiştirilmiş olup, bu değişiklik sonrası avukatlık ortaklığının ortakları, “aynı ilde kurulan barolardan herhangi birine” kaydolabileceklerdir.

⁴⁸ Güner, s. 771.

3.3. Ortaklığın Sermayesi

3.3.1. Asgari Sermaye Tutarı

Klasik şirketler hukuku teorisine göre şirketlerin unsurlarından biri de sermayedir. Özellikle sermaye şirketlerinin kurulabilmesi için mevzuatta bazı asgari sermaye tutarlarına rastlanmaktadır (bkz. TTK m.332/1, 580/1). Avukatlık ortaklıkları açısından kanun koyucu, asgari bir sermaye tutarına gerek duymamıştır. Mevzuatta yalnızca ortaklığa sermaye olarak bir değer taahhüt edilmişse, bunun tescil sonrası “derhal ve eksiksiz olarak” ortaklığın malvarlığına geçirilmesi zorunlu tutulmuştur (AOY m.6/1). Asgari sermayenin olmayışının nedeni olarak, avukatlık ortaklığı çatısı altında birlikte faaliyet gösterilmesinin avukatlık mesleğini ticari bir faaliyet haline getirmemesi ve avukatlık ortaklığı kapsamında daha ziyade şahsi çabanın ön planda olması gösterilebilir. Belirtmek gerekir ki avukatları ortak çalışmaya, bu bağlamda avukatlık ortaklığı modeline yönelten nedenlerden birisi de avukatlık mesleğinin yerine getirildiği büroların oluşturulması, donanım ve altyapısının kurulabilmesi için gereken büyük sermayedir. Asgari bir sermaye tutarının bulunmaması, esasen avukatlık ortaklıklarının varlık nedenleriyle uyumlu değildir. Ancak kanunen asgari bir sermaye tutarının bulunmamasının, ortaklığın malvarlığına sahip olmayacağı anlamına gelmediği de unutulmamalıdır.

3.3.2. Katılma Payları

Bir ortaklık çatısı altında bir araya gelen kişiler, ortaklığın amacına ulaşması için sermayesini oluşturacak şekilde ortaklığa bazı değerleri getirmeyi taahhüt ederler. Şirketlerin sermayesi, ortakların ortak amacı elde etmeye elverişli “katılma payları”ndan (sermaye payı) oluşmaktadır.⁴⁹ Avukatlık ortaklarına taahhüt edilebilecek katılma payları AvK’da değil, AOY’de düzenlenmiştir. Buna göre ortaklar, katılma payı olarak “*mesleki faaliyetin gerçekleştirilmesine uygun gayrimenkul, menkul, nakit para, mesleki doküman, arşiv, bilgi ve emek*” taahhüt edebilecektir (AOY m.6).⁵⁰ Söz konusu hüküm katılma paylarını, ne adi

⁴⁹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 34.

⁵⁰ Madde kapsamında emeğin de zikredilmiş olması avukatlık ortaklığının yine şahıs şirketlerine yakın bir model olarak düzenlendiğini göstermektedir. Zira emeğin katılma payı oluşturması, kolektif şirketlerde ve komandit şirketlerin komandite ortakları açısından mümkündür. Avukatlık ortaklıklarında katılım payı

ortaklıklara ilişkin TBK'daki gibi "emek ve mal" olmak üzere dar,⁵¹ ne de TTK m.127'deki gibi geniş biçimde saymıştır.⁵² AOY m.6'da bu yönde bir açıklık olmasa da, sayılan değerlerin sınırlı sayıda olmadığı söylenebilir. Burada önemli olan katılma paylarının, avukatlık ortaklıklarının sermayeye dayalı bir ticaret şirketi olmaması ve konusunun da bir meslek çalışması olması sonucu, ortaklığın amacını gerçekleştirme hizmet edebilecek nitelikte olmasıdır.⁵³ Diğer taraftan, avukatlık ortaklıklarında avukatların mesleki bilgi ve birikimlerinin, en doğal sermaye payı olduğu ve ortaklığın kuruluşu açısından yeterli olacağı ileri sürülmüştür.⁵⁴

Katılma payı ile "ortaklık payı"nın karıştırılmaması gerekir. Katılma payı veya AOY'de ifade edildiği şekliyle "*ortaklığa katılım payı*", amacına ulaşmasını sağlamak üzere ortakların, ortaklığa taahhüt ettikleri ekonomik değerleri ifade etmektedir. Ortaklık payı ise avukatlık ortaklıkları bünyesindeki her bir ortak avukatın, ortaklıkta sahip olduğu hisse olarak tanımlanabilir.⁵⁵ AOY'nin 6. maddesinde "ortaklık

olarak örneğin bir ortağın büro için daire kiralamayı ve ofis malzemelerini temin etmeyi, diğer ortağın da dava ve işleri takip etmeyi üstlenmesi mümkündür.

⁵¹ TBK'da adı ortaklık tanımlanırken ortakların "emeklerini ve mallarını" ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeleri üzerinde durulmuştur (m.620/1). Öğretide haklı olarak adı ortaklığa taahhüt edilebilecek katılma paylarının, ortakların emek ve mallarıyla sınırlı olmadığı, bu bağlamda adı ortaklığın amacını gerçekleştirme elverişin her şeyin katılma payı olarak getirilebileceği belirtilmektedir. Aynur Yongalık, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, BTHAE Yayınları, Ankara 1991, s. 29.

⁵² TTK'nın 127. maddesinde ticaret şirketlerine taahhüt edilebilecek katılma payları örnek niteliğinde sayılmıştır. Buna göre para, alacak, kıymetli evrak gibi nakdi sermaye oluşturan değerler gibi; taşınmaz mal, taşınır mal, fikri mülkiyet hakları gibi aynı sermaye oluşturan değerler de şirketlere getirilebilecektir. Yine emek ve ticari itibarın da belli ticaret şirketleri açısından katılma payı oluşturmalarına imkân tanımıştır. Öğretide, ekonomik değer taşıyan ve devredilebilir nitelikteki her şeyin ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmektedir. Karayalçın, s. 202; Bahtiyar, s. 20; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 175-176; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 351; Şener, s. 111; Kayıhan, s. 48.

⁵³ Güner, s. 775; Sungurtekin Özkan, s. 209. Bununla birlikte, avukatlık ortaklığının faaliyetinin ticari olmaması sonucu, ticari itibar ve ticari işletmenin ise katılma payı oluşturmayaacağı söylenebilir.

⁵⁴ Atilla Özen, *Avukatlık Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 364.

⁵⁵ Sözlük anlamı itibarıyla pay; birden fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, hisse anlamındadır. TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 27.05.2020). TTK m.135/1 uyarınca "ortaklık payı" terimi, şahıs şirketlerindeki "ortaklık payını", anonim şirketteki "payı", limited şirketteki "esas sermaye payını" ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketteki "ortaklık payını" ifade etmektedir. Her ne kadar AvK veya AOY'de yer verilen "ortaklık payı" terimi tanımlanmamışsa da bu kavram avukatlık ortaklarında

payı" başlığı altında, esasen katılma payı düzenlenmiştir.⁵⁶ Avukatlık ortaklıklarında ortak olmanın sonuçlarından biri olan ortaklık payı; ortakların ortaklık içerisindeki konumunun ve yönetimde söz sahibi olmasının, elde edeceği gelirin veya uğrayacağı zararın, tasfiye halinde ortaklara düşecek mevcutların oranının vs. belirlenmesinde esas alınmaktadır. Katılma paylarının miktarıyla orantılı bir biçimde ortakların ortaklık payına sahip olması beklenir. Bununla birlikte, avukatlık ortaklıklarında ortaklık payları ve oranları ana sözleşmede serbestçe belirlenebilir (AvK m. 44/B-a (1); AOY m.15). Buna ek olarak, Tıp Ana Sözleşmenin 4. maddesinde ortaklık paylarının yüzde cinsinden rakamla ve yazıyla belirtilmesi öngörülmüştür. Şayet ana sözleşmede aksi belirtilmemişse, ortakların ortaklık payları eşit olacaktır (AOY m.15).

3.3.3. Katılma Paylarının Ortaklığa Taahhüt ve Tasarruf İşlemleri

Ana sözleşmeyle birlikte ortaklar, katılma payı olarak ortaklığa birtakım değerler getirmeyi taahhüt ederler. Ortaklığa taahhüt edilen "gayrimenkul için tapu kaydının, araç için ruhsatnamenin, nakit para için banka dekontunun ve menkul değere ilişkin belgenin onaylanmış örnekleri" tescil başvurusuna eklenecektir (AOY m.7/b). Taahhüt edilen söz konusu değerlere ilişkin tasarruf işlemleri de yapılmalıdır. Katılım payı olarak "gayrimenkul, araba ya da hisse senedi gibi menkul değerler taahhüt edilmişse, ortaklığın tescilini müteakip derhal bu tür karşılıkların resmi kayıtlarının da ortaklığa devri gerekir" (AOY m.6/3). Maddede taşınmaz, taşınır ve sermaye piyasası araçlarından bahsedilip "resmi kayıtlara" atıfta bulunulmasından yola çıkarak maddenin, katılma paylarının sicile tabi olması durumunda ilgili sicillerdeki kayıtların ortaklığı hak sahibi gösterecek şekilde düzeltilmesini gerekli kıldığı söylenebilir.

ortakların sahip olduğu pay olarak tanımlanabilir.

⁵⁶ AOY'nin 6/1. maddesinde ortakların "ortaklığa katılım payı olarak; "mesleki faaliyetin gerçekleştirilmesine uygun gayrimenkul, menkul, nakit para, mesleki doküman, arşiv, bilgi ve emek" taahhüt edebileceği hükmüne bağlanmıştır. Her ne kadar madde başlığı "ortaklık payı"na göndermede bulunsa da burada bahsi geçen taşınmaz, taşınır vs. esasen katılma paylarından başka bir şey değildir. Ortaklık payı ise katılma payı karşılığında ortağın elde edeceği orandır, örneğin %25, %50 vs. Payın devri halinde katılma payı olarak ortaklığa taahhüt edilmiş taşınmazın, taşınırın vs. mülkiyeti değil, bunun karşılığında ortağın elde ettiği ortaklık payı devredilmektedir.

Bu tasarruf işlemlerinin nasıl olacağı hususu noktasında ise AOY, “ortaklık adına kayıt ve tescil işlemleri, kaydın bulunduğu yere, devri yapacak olan ortak ile ortaklık temsilcisinin birlikte başvurusu ile yapılır” hükmünü içermektedir (m.6/3). O halde ortaklığın, tek taraflı olarak katılma payının kendi adına tescilini isteme hakkı bulunmamaktadır.⁵⁷

6102 sayılı TTK ile birlikte ticaret şirketlerine katılma payı olarak getirilen ekonomik değerlerin taahhüt ve tasarruf aşamalarına ilişkin olarak önemli yenilikler kabul edilmiştir.⁵⁸ Bu bağlamda taahhüdü açısından resmi şekil şartı öngörülmüş taşınmazlar, sicile tabi taşınırlar veya fikri mülkiyet hakları gibi katılma paylarının şirket sözleşmesinde yer almasının yeterli kabul edilerek, ayrıca bir şekil şartının gerekmemesi, sicile tabi olmayan taşınırlar açısından zilyetliğin devri şartı aranmaksızın tescili takiben şirketin bunlar üzerinde doğrudan tasarruf edebilecek olması, yine taşınmazlar için tapu siciline şerh, sicile tabi taşınırlar için ilgili sicile durumu belirten bir kaydın düşülmesi, diğer taşınırlar için güvenilir bir kişiye tevdi gibi birtakım ek önlemlerin getirilmesi, özellikle de sicile tabi katılma paylarının şirketlere

⁵⁷ 6762 sayılı TTK döneminde anonim ve limited şirketler, kendi yetkili organları vasıtasıyla şirkete taahhüt edilen taşınmazların şirket adına tescil edilmesini tapu sicilinden isteyebilmekteydi (m.285/2). Ancak kollektif ve komandit şirketler bağlamında benzer bir hükmün kanunda yer almaması sonucu, bu şirketlerde tescilin yalnızca taşınmazı şirkete taahhüt eden ilgili ortak tarafından yapılabildiği bir durum yaşanmaktaydı. Mehmet Özdamar, “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi”, GÜHFD, C: 10, S: 1-2, s. 110. Avukatlık ortaklıkları bağlamında da ortaklığa taahhüt edilen taşınmazların tescili, ancak ilgili ortak tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Taahhüdünü yerine getirmeye ortaklara karşı ortaklığın, ilgili sicil müdürlüğünden tescili isteme hakkı olmayıp, genel hükümlere göre ilgili ortağa karşı tescile zorlama davası açması gerekmektedir. Dolayısıyla avukatlık ortaklıkları açısından bu konuda da şahıs şirketlerine paralel bir durum söz konusudur. 6102 sayılı TTK’da ise yepyeni bir usul benimsenmiştir. TTK m.128/6 uyarınca ticaret şirketlerine taahhüt edilen sicile tabi katılma paylarının şirket adına tescil edilmesi, bizzat ticaret sicili müdürü tarafından ilgili sicillerden re’sen istenecektir. Ticaret sicili müdürünün diğer sicillere tescil talebinde bulunması için şirketin bu yönde bir istemde bulunmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak, ticaret sicili müdürünün tescil hususunda ihmalkâr davranmasının yaratacağı olumsuz sonuçları bertaraf etmek için tüm şirketlere doğrudan ilgili sicillere tescil talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Bilgili/Demirkapı, s. 56. AOY m.6/3’te öngörülen ortak ile ortaklık temsilcisinin birlikte tescili isteme usulü terk edilerek, avukatlık ortaklığının tescilini takiben ilgili baroya katılma payı olan değerlerin ortaklık adına tescil edilmesini diğer sicillerden isteme yetkisi ve görevinin verilmesi düşünülebilir.

⁵⁸ Konuyla ilgili bkz. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikleri Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 124-127.

kolayca intikalini sağlamak üzere ticaret sicili müdürlüğüne, şirket lehine sicilde gerekli değişikliklerin yapılmasını ilgili sicilden talepte bulunma yetkisi ve görevi verilmesi TTK'nun 128. maddesinde öngörülen usul ve esaslar arasındadır. Bu noktada AOY'deki taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin usulün, TTK'da kabul edilen bu usul ve esasların gerisinde kaldığı anlaşılmaktadır. TTK'daki bu usul ve esaslara ilişkin AOY'de değişiklik yapılarak, doğrudan TTK hükümlerine atıf yapılması isabetli olacaktır.

3.4. Ortaklığın Amacı, Konusu, Ehliyeti ve Unvanı

3.4.1. Ortaklığın Amacı ve Konusu

Avukatlık ortaklıkları, avukatlık mesleğinin kollektif olarak, bünyesindeki birden fazla avukat tarafından tüzel kişilik çatısı altında gerçekleştirilmesine imkân tanımaktadır. AvK'da avukatlık ortaklığının amacı ve konusu açıkça düzenlenmemiştir. Konuyla ilgili sayılabilecek tek hüküm, avukatlık ortaklığının çalışmasının meslek çalışması olduğu ve ticari sayılmadığıdır (AvK m.44/B, AOY m.4). Şüphesiz avukatlık ortaklıkları da çeşitli hizmetler vermekte ve bu hizmetler karşılığı gelir etmektedir. Ancak faaliyetlerinin ticari sayılmaması sonucu, avukatlık ortaklıklarının salt kâr elde etmek amacıyla kurulamayacağı açıktır. AvK'da avukatlık mesleğinin ticari faaliyet olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte kamu hizmeti olduğunun vurgulanması, onun ticari nitelikte bir faaliyet olarak düşünülmediğinin bir delilidir.⁵⁹ O halde avukatlık ortaklığının amacı avukatlık mesleğinin yapılması olacaktır. Bu bağlamda avukatın görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği kanuni işlerde ve hukuki konularda mütalaa vermek, mahkeme, hakem ve yargı yetkisini taşıyan diğer organlar huzurunda kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlemlere ait evrak düzenlemek gibi faaliyetler avukatlık

⁵⁹ Sungurtekin Özkan, s. 43. Yazara göre avukatlığın ticari faaliyet olarak kabulünü engelleyen temel unsur kâr amacıdır. Zira bilimsel esaslara dayanılarak yürütülen avukatlık gibi serbest mesleklerde en önemli özelliklerden biri de meslek mensuplarının kâr düşüncesiyle hareket etmemesi ve verdikleri hizmet ile onun karşılığı arasında doğrudan bir değişim ilişkisinin bulunmamasıdır. a.g.e. s. 43-44. Farklı bir görüşe göre ise kamu hizmet olgusu, avukatlığın ticari olmamasını ifade etmekten çok, hukukun egemenliği ve adaletin sağlanmasında avukatlığın önemli bir işleve ve sorumluluğa sahip olduğunu hatırlatmaktadır. Peker, s. 35.

ortaklıklarının konusunu oluşturmaktadır.⁶⁰ Yapılan faaliyetin aynı olacak olması sonucu, amaç unsurunun avukatlık şirketinde de değişmeyeceği açıktır.

3.4.2. Ortaklığın Ehliyeti

Avukatlık ortaklığının/şirketinin amacının tespiti, teorik bir tartışma olmayıp, pratik sonuçları olan bir husustur. AvK uyarınca avukatlık ortaklığı, amacın dışında hak ve mal edinemez, üçüncü kişilerle ortaklık kuramaz, tüzel kişilerin paylarını alamaz (m.44/B-a (3)). Bu hüküm sonucu öncelikle avukatlık ortaklıkları, avukatlık mesleğinin gerçekleşmesine hizmet etmeyecek faaliyetlerde bulunamayacaktır. Niteliği itibarıyla bu hüküm, ilk bakışta 6762 sayılı mülga TTK döneminde ticaret şirketlerinin işletme konusu dışındaki işlemleri açısından (hak) ehliyetini kısıtlayan düzenlemeye benzetilmektedir. Bu bağlamda ehliyeti amacıyla sınırlanan avukatlık ortaklığının, amacı dışında edindiği hak ve mallar, hukuken geçerli bir şekilde iktisap edilmiş olacaktır. 6762 sayılı TTK'da "şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde" olmayan hukuki işlemlerin akıbeti düzenlenmemiş olsa da öğretide işletme konusu dışındaki ("*ultra vires*")⁶¹ işlemlerin "yok hükmünde" olduğu kabul görmektedir.⁶² Avukatlık ortaklığının amacı dışında kalan faaliyetlerin akıbeti AvK'da da düzenlenmemiştir. Buradan hareketle, "yokluk" yaptırımının avukatlık ortaklıklarının amacı dışında kalan işlemleri açısından da uygulanabilir olduğu ileri sürülebilir.

⁶⁰ Güner, s. 772-773.

⁶¹ "Ultra vires" Latince kökenli bir sözcük olup, Türkçeye "yetkinin veya gücün aşılması" şeklinde çevrilebilir. "Ultra" sözcüğü "ötesi" veya "dışı" anlamına gelmekteyken, "vires" sözcüğü "güç" veya "kuvvet" anlamındadır. Gizem Alper, Türk Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 5. "Ultra vires" ilkesi uyarınca "yetkinin veya gücün aşılması" durumunda yapılan işlem hukuk düzeninde geçerlilik kazanamamaktadır.

⁶² Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N.125; Kendigelen, s. 122; Burçak Yıldız, "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", *BATIDER*, C: 27, S: 3, s. 111-134; Murat Alışkan, "İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 18, S: 2, s. 207-219; Alper, s. 39. 6102 sayılı TTK ile birlikte şirketlerin hak ehliyetine getirilen bu kısıtlama kaldırılmış olsa da işletme konusu şirket yöneticilerinin temsil yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi açısından önemini korumaktadır (bkz. TTK m.371/1, 629/1).

Diğer taraftan, AvK'nın bahsi geçen hükmünden anlaşılacağı üzere, avukatlık ortaklıklarının başka tüzel kişilerin üyesi, ortağı ya da pay sahibi olmasına da izin verilmemiştir. Dolayısıyla kanunda, yalnızca işletme konusu dışındaki işlemlerden daha geniş bir yasaklama söz konusudur. Bu durumun ticaret şirketlerindeki gibi çok farklı bir durum oluşturduğu ortadadır. Şu hâlde söz konusu hükümle ne amaçlandığının tespiti önemlidir.⁶³ Düşüncemize göre bu hüküm, avukatlık mesleğinin yerine getirilmesi dışında hiçbir faaliyetin yerine getirilemeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır. Avukatlık ortaklıklarına tanınan tüzel kişilik, amacına uygun bir şekilde kullanılmalı, bu bağlamda ticari, sosyal, kültürel vs. bir amaç tatbik edilmemelidir. Kanun koyucunun avukatlık ortaklıklarının ortaklık ilişkilerini de kısıtlamasının asıl nedeni faaliyetlerini amacıyla sınırlamak olup, ortaklığın başka tüzel kişilere ortak olarak dolaylı da olsa farklı amaçlar izlemesi, özellikle de ticari ilişkiler içerisine girmesi engellenmek istenmiştir. O halde ilgili hüküm, avukatlık ortaklıklarının çalışmasının ticari sayılmayacağına ilişkin hükmün bir devamı niteliğindedir. Avukatlık şirketinin hayata geçirilmesi halinde ise meselenin özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

3.4.3. Ortaklığın Unvanı

Avukatlık ortaklığının unvanı,⁶⁴ bir ya da birkaç ortağın ad ve/veya soyadlarına "*Avukatlık Ortaklığı*" ibaresi eklenerek belirlenir (AvK m.44/B). Avukatlık ortaklığının unvanının oluşturulmasına ilişkin ortakların adı ve soyadının gösterilmesi kuralı, TTK'da kolektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanına ilişkin kabul edilen esasları andırmaktadır (bkz. TTK m.42/1). Unvanda yer alacak "*avukatlık ortaklığı*" ibaresi ise TTK'da geçen şirketin türünü gösteren ibare olarak anlaşılmalıdır. Avukatlık ortaklığının "*işletme konusu*"nun avukatlık

⁶³ 4667 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde veya madde gerekçelerinde bu düzenlemeye ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Konuyla ilgili bir yargı kararı da bulunmamaktadır. Öğretide ise ilgili hüküm, avukatlık ortaklıklarının malvarlığı edinme hakkını sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir. Kubilay, s. 158.

⁶⁴ AvK'da avukatlık ortaklığının "unvanı" yerine "adı" terimi kullanılmıştır. Ancak buradaki "ad" teriminin, avukatlık ortaklığını tanıtan "unvan" dan başka bir şey olmadığı ortadadır. Turanboy, s. 50; Güner, s. 774. Kaldı ki gerek AvK'nın 44. maddesinin diğer bentlerinde, gerekse AOY'nin 12/b maddesinde "ortaklığın unvanı ve adresi" ne gönderme yapılarak, "ad" ibaresinin aslında "unvan" olduğu hususu zımnen doğrulanmıştır.

mesleğinin yerine getirilmesi olduğu dikkate alındığında, bunun unvanında ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu, ne işletme konusuna ilişkin bir ibarenin, ne de farklı ibarelerin ortaklığın unvanına ek olarak konulmasına izin vermiştir. O halde avukatlık ortaklığının unvanı yalnızca asli unsurdan (çekirdek) ibaret olup, ortaklık herhangi bir ek alamaz.⁶⁵ Bununla birlikte, avukatlık şirketinin unvanı için taslakta yine ad ve soyad esasından hareket edilmiş olmakla birlikte, “meslek onuruna aykırı olmayacak şekilde” ek kullanımına izin verilmiştir (m.62/3). Avukatlık ortaklığına yeni ortakların girmesi veya mevcut ortakların ortaklıktan ayrılması ya da ölümlü halinde bunun unvana etkisi ana sözleşmede gösterilebilir (AOY m.13/1). Taslakta ise bu gibi durumların şirketin unvanının değiştirilmesini gerektirmeyeceğine dair bir hükme rastlanmaktadır (m.62/6).

4. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ İŞLEYİŞİ

4.1. Avukatlık Ortaklığının Organları

4.1.1. Ortaklar Kurulu

Örgütlü birer kişi ya da mal toplulukları olan tüzel kişiler, gerçek kişilerden farklı olarak “organlara” sahiptir. Tüzel kişiler iradelelerini organları vasıtasıyla ortaya koymaktadır. Avukatlık ortaklığının organlarının neler olduğu AvK’da düzenlenmemiş, konuya ilişkin detaylar AOY’ye bırakılmıştır. Avukatlık ortaklığının en temel organı “ortaklar kurulu”dur. Ortaklar kurulu, avukatlık ortaklığının tüm ortaklardan oluşan en yetkili organıdır (AOY m.17/1). Ortaklar kurulunun AOY’nin 18. madde sayılan görev ve yetkilerinden anlaşılaca-

⁶⁵ Kural olarak ticaret unvanlarında ek kullanımı zorunlu olmayıp, ticaret unvanına istediği ibareleri eklemek tacirin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte ek kullanımı, bazı durumlarda bir zorunluluktur. Bu zorunluluk bazen uygulamadaki pratik bir ihtiyaçtan, bazen de kanuni bir düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Kavramsal olarak ek kullanımının yasak olduğu bir durumun olup olmadığı hususunda ise TTK’da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ahmet Fatih Özkan, “Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, C: 4, S: 2, s. 245 ve 252. Öğretide ticaret şirketlerinin unvanlarında ek kullanımının her zaman mümkün olduğu, ancak TTK’da dernek ve vakıflar ile kamu kuruluşlarının isimlerinin aynı zamanda unvanları olarak kabul edilmesi sonucu bunların unvanlarında herhangi bir ek kullanımının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Ali Bozer/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2017, s. 166. Dolayısıyla benzer bir durum, avukatlık ortaklıkları açısından da geçerlidir.

ğı üzere ortaklar kurulu, ortaklığın karar organıdır. Bir kurul olması sonucu ortaklar kurulunun toplantı yeri, zamanı ve şekli, toplantı ve karar yeter sayıları gibi çalışma esaslarının düzenlenmesi gerekmekte olup, kural olarak bu hususlar ana sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir (AOY m.17/2). Ortaklar kurulu, yılda en az bir kere olmak üzere ve ana sözleşmede farklı bir tarih belirlenmemişse ocak ayı içerisinde olağan olarak toplanır (AOY m.17/3). Ortaklar kuruluna temsilen katılmak mümkün olsa da ortaklar dışında başka bir kişi temsilci olarak görevlendirilemez (AOY m.17/4). Ortaklar kurulu kararları ortaklık karar defterine yazılır ve katılan ortaklarca imzalanır (AOY m.17/5).

Avukatlık ortaklığındaki ortaklar kurulu, şahıs şirketlerindeki "ortaklar kurulu" ile ismen aynı olmasına rağmen, niteliği itibarıyla sermaye şirketlerindeki genel kurula daha yakındır. Örneğin Tip Ana Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca her ortak, ortaklar kurulunda payı oranında oy hakkına sahiptir.⁶⁶ Karar organında söz sahibi olma açısından avukatlık ortaklığı, kanunen her ortağın ancak bir oy hakkına sahip olduğu ve şirket sözleşmesinde aksine bir düzenlemenin geçersiz olduğu şahıs şirketlerinden ayrılmakta (TTK m.226/1, 309/1), payların veya esas sermaye paylarının sayısı ile doğru orantılı olarak ortakların oy hakkının bulunduğu sermaye şirketlerini andırmaktadır (TTK m.434, 618).⁶⁷ Ayrıca kollektif şirketlerde ortaklar kurulunun toplanması, çağrı usulü, yeter sayıları gibi hususlar TTK'da yer almamaktayken, avukatlık ortaklıkları açısından bu bağlamda AOY'de detaylı hükümler bulunmaktadır.⁶⁸ Yine kollektif şirketlerde şirketi temsile

⁶⁶ Her ortağın ortak kurulunda payı oranında oy hakkının olduğunun kabul edilmesi, öğretide şahıs yerine sermaye esasına üstünlük tanındığı şeklinde yorumlanmıştır. Tuğrul Ansay, "Avukatlık Ortaklığı Yeni Bir Ortaklık Türü mü?," Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 içinde s. 139.

⁶⁷ 4667 sayılı Kanun'un kanunlaşması sürecinde verilen bir kanun teklifinde, avukatlık ortaklarındaki oy hakkının şahıs şirketlerindeki duruma paralel olarak düzenlenmesi öngörülmüştü. Buna göre "Ortaklar kurulunda, her ortak payına bağlı olmaksızın bir oy hakkına sahiptir. Toplantılara katılmayan ortak ancak diğer bir ortak tarafından vekâleten temsil edilebilir. Bir ortak toplantılarda ortakların pay ve paydaş olarak (1/3)'den fazlasını vekâleten temsil edemez". Bu hüküm 4667 sayılı Kanun'a alınmamıştır. Öğretide de paylarına bakılmaksızın her ortağın bir oy hakkının olması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Sungurtekin Özkan, s. 213.

⁶⁸ Kollektif şirketler bağlamında ortaklar kurulu kavramı, yalnızca TTK'nın 221/2., 227/2. ve 1527/2. maddelerinde geçmektedir. Kanunda toplantı yapılması bakımından herhangi bir çağrı usulü öngörülmemiştir. Öğretide ortaklar kurulunun gerektiği zaman toplanacağı, tüm ortakların katılımının sağlanması için fırsat

yetkili kişiler şirket sözleşmesinde gösterilecek olmasına rağmen (TTK m.213/1-f), avukatlık ortaklıklarında temsil yetkisine sahip yönetici ortakların seçimi ortaklar kurulunun yetkisinde olup, kuruluşu takiben de yöneticilerin seçilmesi mümkündür (AOY m.18/a). Dolayısıyla pek çok açıdan şahıs şirketlerine yakın bir konuma sahip avukatlık ortaklıkları, karar organı ve özellikle de oy hakkı açısından şahıs şirketlerinden ayrılmaktadır.

4.1.2. Yönetim ve Temsil

Yönetim ve temsil açısından AOY, ana sözleşme hükmü veya ortaklar kurulu kararı ile bir veya birden fazla ortağın, ortaklığı yönetim ve temsile yetkili kılınabilmesine imkân tanımaktadır (AOY m.19/1).⁶⁹ Bu ortağa “yönetici ortak” adı verilmektedir (AOY m.20/1). Yönetici ortakların kimler olduğu ana sözleşmede gösterilebilir. Alternatif olarak, kuruluşu takiben yapılacak ortaklar kurulunda yönetici ortakların seçimi mümkündür. Aksine bir ana sözleşme hükmü veya ortaklar kurulu kararı olmaması halinde ise ortaklığın yönetim ve temsilde tüm ortaklar yetkilidir (AOY m.19/1). Gerek ana sözleşmede gösterilsin gerekse ortaklar kurulu kararıyla belirlensin, yönetim ve temsile yetkili ortakların imza sirküleri ile yetkiye ilişkin belgeleri, ilgili baro tarafından onaylanır (AOY m.19/3). O halde imza sirküleri için notere başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Baroyla ilgili diğer bir işlem de yönetici ortaklarda yapılan değişikliklerdir. Yönetim ve temsilde yapılan değişikliğe ilişkin ortaklar kurulu kararının bir nüshası baroya bildirilecek ve baro tarafından ortaklığın sicil dosyasında saklanacaktır (AOY m.19/2).⁷⁰ Avukatlık ortaklıklarında ticaret sicili-

tanınması, gündemin ortaklara önceden bildirilmesi, kurulun yazılı oy toplama suretiyle de karar alabileceği ifade edilmiştir. Şener, s. 220.

⁶⁹ Avukatlık ortaklıklarında yönetici ortak, mutlaka ortaklığın bir ortağı olmalıdır. Ortaklık dışında bir yönetici ortak atanamayacağı gibi, ortaklığı temsil yetkisi de başkalarına devredilemez. Özen, s. 373.

⁷⁰ Ana sözleşmede ortaklığın kim veya kimler tarafından temsil edildiğinin belirtilmemiş olması veya bu yönde bir ortaklar kurulu kararının bulunmaması durumunda, üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması sorunu gündeme gelebilecektir. Ticaret şirketlerinin aksine ortaklık temsilcilerinin bilgileri herhangi bir yerde ilan edilmemekte, yalnızca Baroyla paylaşılmaktadır. AOY’de temsil yetkisine ilişkin belgelerin ilgili baro tarafından onaylanacağı belirtilmiştir (AOY m.19/3). O halde ana sözleşmede temsilcilerin gösterilmemesi durumunda bu belge aracılığıyla hangi ortakların temsile yetkili olduğu hususu, ortaklıkla hukuki işlemler içerisine girecek üçüncü kişilerle paylaşılabilir. Böylece ortaklık, üçüncü kişilerin bir or-

ne tescil ve ilan gibi bir müessesenin bulunmaması sonucu, temsil yetkisinde yaşanan değişikliklerin resmi makamlarla paylaşımı, baroya bildirim şeklinde gerçekleşmektedir.

Görüldüğü üzere avukatlık ortaklığında, şahıs şirketlerinde olduğu gibi her ortağın yönetim ve temsil yetkisini haiz olması esas alınmış, sermaye şirketlerindeki “yönetim kurulu” veya “müdürler kurulu” gibi bir organ öngörülmemiştir.⁷¹ Her bir ortağın temsil yetkisine sahip olması halinde ortaklığın en az iki temsilcisi olacağından, bunların çalışma esasları konusu önem kazanmaktadır. AOY yönetici ortakların seçilmeleri, görev süreleri, değiştirilme esasları, yetkileri, *toplantı zamanları, toplantıya çağırılma şekli ve kararlar için gerekli çoğunluk nispetleri* gibi hususların ana sözleşmede düzenlenmesini aramaktadır (AOY m.20/2). O halde yönetici ortakların birden fazla olması durumunda bunların adeta bir kurul halinde çalışması öngörülmüştür. Diğer taraftan, ana sözleşmede gösterilen yetki sınırları dışında, yönetici ortakların temsil yetkisi konusunda, ortaklığın amacı dışında mal ve hak edineme kısıtlaması dışında, genel olarak bir sınır bulunmamaktadır.⁷² Yönetici ortaklar; kanun, yönetmelikler, ana sözleşme ve ortaklar kurulunun kararlarına göre ortaklığın faaliyetlerini yönetir ve ortaklığı temsil ve ilzam eder (AOY m.20/3). Her ne kadar kolektif

tağın temsilci olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hususunu, temsil yetkisini gösteren belgenin (ve tabi imza sirkülerinin) kendisiyle paylaşıldığını göstermek suretiyle ispat edebilir.

⁷¹ TTK m.218 uyarınca kolektif şirketlerin ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haiz olup şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir. Bu açıdan avukatlık ortaklıkları için de benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak kolektif şirket sözleşmesinde şirketin temsil yetkisinin kim veya kimlere ait olacağına gösterilmesi zorunludur (TTK m.213/1-f). Avukatlık ortaklıkları açısından ise böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Zira avukatlık ortaklıklarında yönetici ortaklar, ortaklığın kuruluşunu takiben ortaklar kurulu kararıyla da belirlenebilirler.

⁷² 4667 sayılı Kanun’un kanunlaşması sürecinde verilen bir kanun teklifinde “Avukatlık ortaklığını yönetim ve temsil ile görevli olanlar, ortaklık amacına uygun olan her tür işi ve hukukî işlemi ortaklık adına yapmak ve ortaklık adını kullanmak zorundadırlar. Avukatlık ortaklığı, amacının dışında hak ve mal edinemez, üçüncü kişilerle ortaklık kuramaz, tüzel kişilerin paylarını alamaz” hükmü bulunmaktaydı. Bu hükmün ortaklığın ehliyetini sınırlayan ikinci cümlesi kanuna aynen alınmışken, yönetici ortakların yetkilerine ilişkin birinci cümlesine ise kanunun nihai metninde yer verilmemiştir. Yönetici ortakların yetkilerinin genişliğini göstermesi bakımından bu hükmün kanuna alınmaması isabetsiz olmuştur. Kaldı ki AOY’de de bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır.

şirketlerdeki gibi olağan ve olağanüstü işler şeklinde detaylı bir kanuni ayırım yapılmamış olsa da,⁷³ yönetici ortaklar açısından da benzer bir esasın geçerli olması gerektiği söylenebilir.

4.1.3. Denetim ve Denetleme Kurulu

Avukatlık ortaklığında her ortağın, ortaklık hakkında bilgi alma ve ortaklığın defterlerini, iş ve dava evraklarını incelemeye hakkı vardır (AOY m.24/1). Bilgi isteme ve inceleme yetkisi tüm ortaklara tanınmış olup, ortakların yönetici olup olmaması bu bağlamda bir fark yaratmamaktadır. Bu yetkiye ek olarak ortaklar, ortaklığın mali işlerini denetlemek üzere, görev ve yetkileri ana sözleşmede düzenlenen ve bir ya da birden çok kişiden oluşan bir “denetleme kurulu” görevlendirirler (AOY m.24/2). AOY ve Tip Ana Sözleşmede kullanılan ibarelerin farklı olması sonucu, denetleme kurulunun avukatlık ortaklığının bir organı olup olmadığı hususunda bir netlik olmadığı ileri sürülebilir.⁷⁴ Denetimin kapsamı konusunda da bir tutarlılık olmadığı anlaşılmaktadır. AOY’de denetleme kurulunun, “mali işlerin denetimi” için oluşturulacağı belirtilmişken, Tip Ana Sözleşmede denetleme kurulunun “ortaklığın defterlerinin kanuna ve yönetmeliğe uygun tutulup tutulmadığını, gelir ve gider belgelerinin defterlere usulüne göre işlenip işlenmediğini” denetleyeceği kaydedilmiştir (Tip Ana Sözleşme m.12/2). Denetleme kurulunun iş ve dava defteri, pay defteri, karar defteri gibi defterleri⁷⁵ de denetleyecek olması karşısında, denetimin kapsamının yalnızca hesap denetçiliğinden ibaret olmadığı söylenebilir. Ancak denetleme kurulunun, 6762 sayılı TTK zamanındaki düzenlemenin aksine, ortaklar kurulunu toplantıya çağırma gibi yönetime

⁷³ Kollektif şirketlerde yöneticiler birden fazlaysa, bunların her biri kural olarak tek başlarına şirket adına olağan işleri yapabilirler (TTK m.221). Olağan iş, günlük, normal, her iş yerinde görülen rutin işlerdir. Bunun dışında kalan işler ise olağanüstü işlerdir. Olağanüstü işlerin yapılması için ise ortakların oybirliği şarttır (TTK m.223). Şener, s. 219-220; Kayıhan, s. 129-130; Bozkurt, s. 151.

⁷⁴ AOY’de “görevlendirebilirler” ibaresi yerine “görevlendirirler” ibaresinin kullanılması sonucu denetleme kurulunun, avukatlık ortaklığının bir zorunlu organı olduğu izlenimi oluşmaktadır. Bununla birlikte, Tip Ana Sözleşmenin 12/2. maddesinde ise “görevlendirebilir” ibaresi geçmektedir. Kullanılan bu iki ibare arasındaki fark sonucu denetleme kurulunun avukatlık ortaklıklarının kanuni bir organı mı olduğu, yoksa ortakların talebi ve ihtiyaç duyulması halinde tıpkı bir özel denetçi gibi bir rolünün mü bulunduğu konusunda tereddüt doğmaktadır.

⁷⁵ Avukatlık ortaklıklarının kanunen tutması zorunlu defterleri için bkz. AOY m.31-37.

ilişkin görev ve yetkileri bulunmamaktadır. Disiplin hükümleri dışında, avukatlık ortaklıklarının baro tarafından denetimi de söz konusu değildir.⁷⁶

4.2. Ortaklar Arası Değişiklikler

4.2.1. Ortaklık Payının Devri

Avukatlık ortaklarında, payların ve oranlarının serbestçe belirlenmesi esası kabul edilmiş olsa da pay devirleri açısından aynı durum söz konusu değildir. Öncelikle avukatlık ortaklığının ortağı olabilmek için aranan avukat olma şartı, pay devirleri açısından da geçerlidir. Bu bağlamda ortaklık payları, yalnızca diğer ortaklara veya avukat olan üçüncü kişilere devredilebilir (AvK m.44/B-a (1); AOY m.16/1). Başka bir deyişle, ortaklık payının devri halinde payın devredileceği kişinin niteliği kanunen sınırlandırılmıştır.⁷⁷ Genel olarak avukatlık ortaklıklarında pay devri, limited şirketlerdeki pay devrine yakın bir biçimde düzenlenmiştir. Payın devri halinde limited şirketlerdeki gibi bu hususun pay defterine kaydı yeterli olup (AOY m.34), şahıs şirketlerinin aksine ana sözleşmenin değiştirilmesi gerekmez. Bununla birlikte, yine limited şirketlerdeki gibi, ana sözleşmeye bu yönde koyulacak bir hükümlerle birlikte pay devri tamamen yasaklanabilir (AOY m.16/3, aynı yönde bkz. TTK m.595/4). Yine pay devri yasaklanmamakla birlikte, ana sözleşmeyle ortaklar kurulunun onayına da tabi tutulabilir (AvK m.44/B-a (1)). Burada limited şirketlerden farklı olarak asıl olan payın serbestçe devri olup, bunun ortaklar kurulunun onayına tabi tutulması için ana sözleşmede bu yönde bir hüküm olması gerekir (karş. TTK m.595/2). Bu durumda ortaklar kurulu, pay devrine onay verip vermemekte ser-

⁷⁶ 4667 sayılı Kanun'un kanunlaşması sürecinde verilen ancak kanunun nihai halinde kendisine yer bulamayan kanun teklifi, denetim konusunda da mevcut kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme içermekteydi. Buna göre "Avukatlık ortaklıklarının meslekî çalışmalarını ve hesaplarını denetleme ve soruşturma yetkisi bağlı bulunduğu baroya aittir" hükmü yer almaktaydı. Bu hükmün kanunlaşmaması sonucu baroların, avukatlık ortaklıklarının hesapları üzerinde herhangi bir denetimi de bulunmamaktadır.

⁷⁷ AvK'daki bu düzenleme, öğretilerde devir konusunda "kanuni bir bağlam" olarak nitelendirilmiştir. Turanboy, s. 46. AvK'da payların yalnızca avukat vasfına sahip kişilere devredilebileceği belirtilmiş, ancak payı devralacak avukatın, diğer ortaklarla aynı baro levhasına kayıtlı olup olmadığı hususu açıkça düzenlenmemiştir. Düşüncemize göre avukatlık ortaklıklarının kuruluş şartlarından biri olan ortakların aynı baro levhasına kayıtlı olması şartının, ortaklık payını devralacak avukatlar açısından da aranması gerekmektedir.

besttir (Tip Ana Sözleşme m.11, aynı yönde bkz. TTK m.595/3).⁷⁸ Pay devri için ayrıca baronun onayına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Ana sözleşmede ortaklık payının devrinin yasaklanmadığı veya ortaklar kurulunun iznine tabi tutulmadığı durumlarda pay, diğer ortaklarla aynı baro levhasına kayıtlı herhangi bir avukata, istenilen bedel üzerinden devredilebilecek olup, diğer ortaklara payı almak konusunda bir ön alım hakkı tanınmadığı gibi, payı alma zorunluluğu da getirilmemiştir. Pay devrinin nasıl yapılacağı hususunda ise mevzuatta bir şekil öngörülmemiştir. Aşağıda inceleneceği üzere ortaklıktan çıkma halinde, bunun ortaklığa ve diğer ortaklara yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir (AOY m.25/1). Ancak çıkma işlemi esasen ortaklar kurulunun onayına tabi olduğundan yazılı bildirim aranması doğaldır. Pay devrinin yasak veya ortaklar kurulunun onayına tabi olmaması halinde payın herhangi bir şekle bağlı olmaksızın devredilebileceği, ancak devir işleminin pay defterine kaydedilmesi gerektiği söylenebilir. Bu, imzanın noterce tasdikinin arandığı limited şirket esas sermaye payı devrinden farklı bir düzenlemedir (TTK m.595/1). Pay devrinin yasaklandığı veya ortaklar kurulunun devre onay vermediği hallerde ise AvK, diğer ortaklar açısından payı gerçek değeri üzerinden ve kendi payları oranında üç ay içerisinde satın alma yükümlülüğü öngörmüştür (AvK m.44/B-a (1)). Bu süre içerisinde satın alma işleminin sonuçlandırılmaması halinde ortaklık infisah edecektir (AOY m.28/d). Dolayısıyla payını devredemeyen ortağın ortaklığın feshini istemesine gerek kalmaksızın ortaklık üç ay içerisinde kendiliğinden sona erecektir.

4.2.2. Ortaklıktan Çıkma

Payın devri halinde payını devreden ortak avukatlık ortaklığından çıkmış olacaktır. Buna ek olarak AOY, ortaklıktan çıkmaya ilişkin başka bir hüküm daha içermektedir. Ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa her ortak, payını ortaklardan herhangi birine veya ortak olabilme şartlarını taşıyan üçüncü bir kişiye devrederek ortaklıktan çıkabilir (AOY m.25/1).⁷⁹ Her ne kadar maddede açıkça belirtilme-

⁷⁸ Mevzuatta pay devrine onay açısından belli bir yeter sayı bulunmamaktadır. Bu nedenle ortakların salt çoğunlukla karar alması mümkündür. Öğretide pay devrinde ortaklardan en az dörtte üçünün onayının aranmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Sungurtekin Özkan, s. 212.

⁷⁹ AOY'de bu durum, devir olarak değil çıkma olarak nitelendirilmiş olsa da payın

mişse de bu çıkma şekli, haklı nedene dayalı olmayıp, daha çok isteğe bağlı olarak öngörülmüş, bu nedenle ana sözleşmede aksine hüküm olmaması halinde uygulanacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla ana sözleşmede, ortaklıktan haklı neden olmaksızın çıkmanın yasaklanması mümkündür.⁸⁰ Adı geçen madde uyarınca ortaklıktan çıkmak isteyen ortak, payının değerini ve devralacak olan kişiyi yazılı olarak ortaklığa ve diğer ortaklara bildirecek olup, en son ortağa bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde ortaklık kararını vermezse devre onay verilmiş sayılır. Devre onay vermek için gerekli yeter sayıya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.⁸¹ Devre açıkça onay verilmemesi halinde ise devir gerçekleşmeyecektir.⁸² Bununla birlikte ortağın, limited şirketlerde olduğu gibi (TTK m.595/5), haklı nedenlerin varlığı halinde ortaklıktan çıkma hakkı saklıdır. AOY’de ortaklıktan çıkmada haklı nedenler, ortaklıktan çıkma başlıklı 25. maddede değil, pay devri başlıklı 16. maddede düzenlenmiştir.⁸³

üçüncü bir kişiye devredilmesi suretiyle ortaklıktan çıkma, sonucu itibarıyla pay devrinden farklı bir şey değildir. Zira payın bedeli ortaklıktan değil, devredilen kişiden alınmaktadır. Çıkma, bir ortağın kendi isteğiyle şirketteki payını alarak şirketten ayrılması demektir. Kayıhan, s. 139. O halde payın mevcut ortaklardan birine devri, pay bedelinin ortaklıktan olmasa da ortaklardan alınması nedeniyle ortaklıktan çıkma anlamındadır.

⁸⁰ Bununla birlikte Tip Ana Sözleşmede “Bir ortak; payını ortaklığa, ortaklardan herhangi birine veya ortak olabileme şartlarını taşıyan bir başka kişiye devir ederek ortaklıktan çıkabilir” hükmü yer almaktadır (m.13). Şu halde ana sözleşmede ortaklıktan çıkmanın yasaklanması, Tip Ana Sözleşmedeki bu hükmün aynen korunması durumunda mümkün değildir.

⁸¹ AvK’da ortaklıktan çıkarmak için dörtte üçlük bir çoğunluk öngörülmüşken, ortaklıktan çıkmak için bir çoğunluk öngörülmemiştir. TTK’da kollektif şirketlerde ortaklıktan çıkmaya ilişkin bir hüküm sevk edilmemiştir. Bu nedenle şirket sözleşmesinde çıkmaya ilişkin bir hüküm bulunmadıkça, ortağın şirketten ayrılması sözleşmede değişiklik niteliğinde olacağından oybirliği şartına bağlı olacaktır. Bozkurt, s. 163-164. Buradan hareketle avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan çıkmak için de oybirliğinin gerekeceği ileri sürülebilir.

⁸² Esasen ortaklığın pay devrine onay vermemesi halinde AvK’nın 44/B maddesi ve TBB Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği hükümlerine göre işlem yapılacağı hükmüne bağlanmıştı (AOY m.25/2). Bahsi geçen AvK’nın 44/B-b maddesinde “Avukatların birlikte çalışmalarından veya avukatlık ortaklığında; ortakların kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili her türlü uyuşmazlıklar ile ortaklık pay devri ve intikalinde bedele ilişkin olarak üçüncü şahıslarla aralarında çıkacak anlaşmazlıklar, bu Kanun’un 167’nci maddesinde tanımlanan hakem kurulu tarafından, bu kanun ve yönetmelik hükümlerine göre çözümlenir.” denilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin 03.03.2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı kararıyla AvK’nın 167. maddesinin iptali üzerine bu hükmün uygulanma olanağı kalmamıştır. Kubilay, s. 164.

⁸³ Ortaklar dışında payın üçüncü bir kişiye de devredilebilecek olması sonucu, siste-

Buna göre payın avukat olmayan birine miras kalması ya da avukat olan mirasçının ortaklığa dâhil olmak istememesi, bir ortağın emeklilik ya da sağlık nedenleriyle avukatlığı bırakması, Baro levhasından silinmesi, meslekten çıkması ve çıkarılması, ortaklıktaki payına haciz konulması hallerinde ortaklık payı, gerçek değeri üzerinden diğer ortaklara ya da ortaklar kurulu kararıyla avukat olan üçüncü kişilere devredilebilir (AvK m.44/B-a(1); AOY m.16/4). Bu düzenlemeden görüleceği üzere ortaklıktan çıkmak için haklı neden teşkil edebilecek bu gibi hallerin gerçekleşmesi durumunda ilgili ortağın ortaklıktan çıkması, ortaklar kurulunun onayına tabi değildir. Ancak pay devrine ortaklar kurulunca izin verilmemesi halinden farklı olarak, haklı nedenle ortaklıktan çıkılmak istenmesi durumunda diğer ortakların ilgili ortaklık payını alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu takdirde ortaklar kurulu kararı ile ilgili pay, avukat olan üçüncü bir kişiye devredilecektir. Pay devrine izin verilmesi sürecinde olduğu gibi, üçüncü kişiye devir işleminin üç ay içerisinde tamamlanamaması durumunda da ortaklık infisah edecektir (AOY m.28/d). Buradaki üç aylık süre ile ortaklıktan haklı neden bulunmaksızın çıkmadaki iki aylık süre, birbiriyle karıştırılmaya elverişlidir. Son olarak ister pay devri nedeniyle, isterse ortaklıktan çıkma nedeniyle olsun, her hâlükârda paylar ortaklığa değil, yalnızca ortaklara devredilecektir.⁸⁴

4.2.3. Ortaklıktan Çıkarılma

Ortaklar arası değişiklik hallerinden sonuncusu ortaklıktan çıkarılmadır. Bir ortak, şahsına ilişkin haklı sebeplerin varlığı halinde, ortaklar kurulunun üye tam sayısının dörtte üçünün vereceği kararla ortaklıktan çıkarılabilir (AOY m.26). Bu hüküm uyarınca ortaklıktan çıkarılmak için ana sözleşmede bir düzenlemeye gerek olmasa da haklı bir nedenin varlığına gerek bulunmaktadır. Kollektif şirkete çok yakın bir model olarak düzenlenmesine rağmen avukatlık ortaklıklarında

matik yorum yöntemiyle bu durumun ortaklıktan çıkma yerine, bir nevi zorunlu pay devri gibi düşünülüp, bu yüzden AOY m.16 altında düzenlenmiş olduğu ileri sürülebilir.

⁸⁴ AvK, ortakların paylarının ancak diğer ortaklar (veya üçüncü kişiler) tarafından payları oranında alınabileceğini çok açık bir şekilde dile getirmekte olup, bu durum karşısında tüzel kişi olan ortaklığın, payın gerçek değerini ödeyerek payı satın alması mümkün değildir. Güner, s. 785. Başka bir deyişle, sermaye şirketlerinde belli koşullarda izin verilen ortaklığın kendi paylarını iktisabı müessesine (bkz. TTK m.379 vd., m.612) avukatlık ortaklıkları açısından izin verilmemiştir.

haklı nedenlerin neler olabileceği AvK'da veya AOY'de gösterilmemiştir.⁸⁵ Ortaklıktan çıkma bağlamında incelenen avukatın emekli olması, Baro levhasından silinmesi veya meslekten çıkarılması ya da ortaklık payına haciz konulması gibi hallerin, aynı zamanda ortaklıktan çıkarılma için haklı neden oluşturduğu söylenebilir. Öğretide başkaca nedenlerin de ana sözleşmede haklı neden olarak kararlaştırılabileceği, örneğin ortağın kötü şöhreti veya alışkanlıkları, rekabet yasağına uymaması, özel yaşantısının meslek etiğiyle bağdaşmaması, disiplin cezası alması gibi hallerin de bu bağlamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.⁸⁶ Özellikle ortakların rekabet yasağına (rekabet etmeme yükümlülüğü) uymamaları durumunda, bunun ortaklıktan çıkarılmak için haklı bir neden oluşturacağı ileri sürülebilir.⁸⁷ Çıkarılan ortağın payının akıbeti AvK ve AOY'de düzenlenmemiş olup, Tip Ana Sözleşmede ise çıkarılan ortağın payının, gerçek değeri üzerinden diğer ortaklarca payları oranında alınabileceği belirtilmektedir (m.14).

4.3. Hukuki Sorumluluk

4.3.1. Ortaklığın Sorumluluğu

Avukatlıkta ortak çalışma modellerinin en önemli özelliklerinden biri de sorumluluk konusudur. Avukatlık ortaklığının tüzel kişiliği

⁸⁵ TTK'daki esaslar değerlendirildiğinde haklı nedenin, ortaklıktan çıkarma ve şirketin feshini talep etme bağlamında önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Şirketin feshini isteyen bir ortak, oybirliği olmadıkça bunun için haklı bir nedene dayanmalı, aynı şekilde şirketten çıkarılmak istenen bir ortak için de o ortak rızasıyla şirketten ayrılmadıkça çıkarılmayı haklı kılan nedenler bulunmalıdır. Haklı neden kavramı, TTK'da en kapsamlı olarak düzenlendiği kolektif şirketler bağlamında 245. maddede tanımlanmıştır. Buna göre haklı neden, "şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır". Söz konusu maddede haklı neden oluşturabilecek birtakım durumlar örnek niteliğinde sayılmıştır. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Ersin Çamoğlu, Kolektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

⁸⁶ Güner, s. 786.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. Güner, s. 781. Avukatlık ortaklıklarında ortakların birden fazla avukatlık ortaklığının ortağı olması veya ortaklığın bürosu dışında başka bir büro edinmesi ya da bağımsız olarak dava ve iş takip etmesi yasaklanmıştır (AvK m.44/B-a (3)). Burada adı geçerse de kanundan doğan bir rekabet yasağının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ortakların bu kısıtlamalara uymaması, ortaklar arasındaki güven ilişkisinin daha sağlıklı ve kalıcı olmasını sağlayacağı gibi, ortaklık ile aralarında menfaat çatışmalarının doğmasını da engelleyebilecektir. Bunun ihlali ise güven ilişkisini zedeleyecek ve diğer ortaklar açısından ilgili ortakla daha fazla aynı ortaklık çatısı altında kalmayı çekilmez hale getirebilecektir.

haiz olması sonucu gerek ortaklığın gerekse ortakların nasıl bir sorumluluk rejimine tabi olduğu, şüphesiz avukatlarca bu modelin tercih edilip edilmeyeceğinde belirleyici olacaktır. Ayrıca avukatlık ortaklıklarında ortakların mesleki faaliyetleri kapsamında icra ettikleri kusurlu davranışlardan doğan zararlardan sorumluluk hususu (*malpractice*), ticaret şirketlerinde var olmayan ve avukatlık ortaklıklarına özgü bir konudur. Buna karşın, sorumluluk konusu AvK'da ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Avukatlık ortaklığı, ortakların ve ortaklıkta çalışanların, mesleki görevlerine ilişkin eylem, işlem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte müştereken, müteselsilen ve sınırsız olarak sorumlu tutulmuştur (AvK m.44/B-a(4)).⁸⁸ Bu hükümle temsil yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın ortakların, hatta ortaklıkta çalışanların dahi *mesleki görevleriyle ilgili* olması şartıyla eylem ve işlemleriyle, örneğin bir ortağın ortaklık adına takip ettiği davada temyiz süresini kaçırmaması, ortaklığı borç altına sokabileceği ortaya koyulmuştur. Düzenlemeyle ortaklık ile ortaklarının ve çalışanlarının müteselsil sorumluluğuna vurgu yapılmış, ancak bu sorumluluğun derecesi hakkında bir açıklamaya verilmemiştir. Öğretide avukatlık ortaklığı ile ortaklarının müteselsilen sorumlu olmasını, alacaklıların herhangi bir sıra gözetmeksizin bunlardan istediğine veya hepsine başvurabileceği şeklinde yorumlayan yazarlar olduğu kadar,⁸⁹ kollektif şirketlerde sorumluluk rejimine benzer olarak avukatlık ortaklığının birinci, ortaklarının ise ikinci derecede sorumlu olduklarını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.⁹⁰

⁸⁸ Böylece Partnershaftsgesellschaft modelinde olduğu gibi avukatlık ortaklığında da ortaklık, ortakların eylem ve işlemlerinden dolayı hukuken onlarla birlikte sorumlu tutulmuştur. Yalnız burada eylem ve işlemin mesleğin yerine getirilmesiyle bağlantılı olması gerektiği unutulmamalıdır. Mesleki faaliyetle ilgisi olmayan bir hususun, örneğin avukatlık ortaklığının ofisine mobilya satın alınması, yalnızca ortaklığın temsilcileri tarafından yapılabileceği ve geçerli temsil yetkisi dâhilinde ortaklığı bağlayacağı açıktır.

⁸⁹ Ansay'a göre yapılan faaliyetlerin ticari sayılmaması ve korunması gereken menfaatlerin önemi nedeniyle kanun koyucu, üçüncü kişileri korumak amacıyla avukatlık ortaklığının tüzel kişiliğini göz ardı ederek birinci derecede sorumluluk yerine, müteselsil sorumluluk esasını benimsemiştir. Ansay, s. 137-138. Arslan/Ünal ise ortaklar ile ortaklığın aynı sorumluluk rejimine tabi olduğunu, başka bir deyişle gerek ortaklığın gerekse ortakların birinci derecede sorumlu olduklarını ileri sürmüştür. Arslan/Ünal, s. 66.

⁹⁰ Turanboy, s. 60. Kollektif şirketler bağlamında TTK'da ortakların "müteselsilen ve bütün malvarlığı ile" sorumlu olduğu ortaya koyulmuş (m.236), buna ek olarak şirketin borçlarından dolayı "birinci derecede" şirketin sorumlu olduğu, ancak

4.3.2. Ortakların Sorumluluğu

Hukuki sorumluluk bağlamında incelenmesi gereken diğer bir husus da bir ortağın mesleğinin icrasıyla ilgili eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan diğer ortakların sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Bu husus yukarıda incelenen madde hükmünden net olarak anlaşılamamaktadır. Öğretide hâkim görüş, ilgili hükmün ortaklar arası bir teselsül öngörmediği yönündedir.⁹¹ Esasen bu görüşte isabet bulunmaktadır. Şöyle ki avukatlık ortaklığının konusu avukatlık mesleğinin yerine getirilmesidir. Bu bağlamda avukatlık ortaklığının bunu gerçekleştirebilmek için müvekkilleri ile vekalet ilişkisine girmektedir. Avukatlık ortaklığının tüzel kişi olması sonucu, avukatlık ortaklığınca dava veya işinin takip edilmesini isteyen iş sahipleri, vekaletnameyi ortaklık adına düzenleyecektir.⁹² Esasen vekaletname ortaklık adına verildiğinden, yetki belgesi aracılığıyla vekalet konu dava veya iş takip eden bir ortağın kusurlu davranışlarıyla yol açtığı zararlardan diğer ortakları da sorumlu tutmak, gerek AvK m.44/B-a(4) gereği ortaklığın sorumlu olması, gerekse kusurlu ortağın şahsi sorumluluğunun baki olması karşısında fazla önem arz etmemektedir. Ayrıca ortaklarının verdiği zararı tazmin eden avukatlık ortaklığına, ilgili ortağa rücu etme hakkı da tanınmıştır (AOY m.41). Rücu mekanizmasına izin vermesiyle kanun koyucunun, bir ortağın verdiği zararlardan diğer ortakların sorumlu tutulmasını arzu etmediği düşünülebilir. Hâlihazırda ortak-

şirkete karşı yapılan icra takibinin semeresiz kalması veya şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda ortak veya ortaklar aleyhine de dava açılacağı ve takip yapılabileceği kaydedilmiştir (m.237). Dolayısıyla sorumluluğun derecesi, TTK'nın aksine AvK'da açıkça belirtilmemiştir.

⁹¹ Ansay, s. 138; Kubilay, s. 158. Peker, s. 391. Bu şekilde yorumlandığında avukatlık ortaklığı, yalnızca mesleki faaliyet sırasında zarara yol açan eylemde dahlinin bulunmadığını ispat etmeleri halinde diğer ortakların sorumlu olmamasını kabul eden Partnershaftsgesellschaft'tan esasen daha avantajlı bir model oluşturmaktadır. Rechtsanwalts-gesellschaft modelinde ise mesleki sorumluluk sigortası yapıldığı sürece zaten kişisel sorumluluk bulunmamaktadır.

⁹² Ortaklığın takip edeceği işlere ait vekaletnameler ortaklık adına düzenlenir. Ortaklık, iş ve davayı takip edecek avukatlara (ortağı olsun veya olmasın) usulüne uygun olarak düzenlenmiş yetki belgesi verecektir (AvK m.44/B-a (2); AOY m.381). Konuya ilişkin olarak Yargıtay, vekil sıfatının tüzel kişiye ait olduğundan avukatlık ortaklığı adına çıkarılan vekaletnamelerin doğrudan ortaklarca kullanılmasını kabul etmemiş, takip edilen davalar kapsamında avukatların kendi adlarını gösterir yetki belgesini dosyaya eklemeleri ve dilekçeleri kendi ad ve soyadlarını gösterecek şekilde imzalamaları gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay HGG, 23.12.2009, E.2009/19-516, K.2009/575 (Kazancı İBB).

ların sorumluluğunu sınırlandırabilmek adına mesleki sorumluluk sigortasıyla ilgili bir düzenleme ise bulunmamaktadır.⁹³ Sigorta konusu, avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesi halinde daha yoğun bir şekilde tartışılacaktır.

5. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Avukatlık mesleğinin ticaret şirketleri bünyesinde yerine getirilmesine en büyük engel, avukatlığın kamu hizmeti olması (AvK m.1) ve tacirliğin avukatlıkla birleşmeyen bir iş olarak nitelendirilmesi (AvK m.11) sonucu avukatlık hukukundan kaynaklanmaktadır. Avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü bazı hususlar nedeniyle ticaret şirketi kurmak suretiyle mesleğin birlikte icrası *de lege lata* mümkün değildir. Kanun koyucu şirketleşmeye duyulan ihtiyacı avukatlık ortaklığı modelini ihdas ederek gidermeye çalışmıştır. Yukarıda incelendiği üzere kendine özgü bir niteliği haiz avukatlık ortaklığı modeli, büyük ölçüde kolektif şirketleri, kısmen de limited şirketleri andırmaktadır. Yani hâlihazırdaki model bile ticaret şirketlerinden farklı birtakım özelliklerin alınması suretiyle oluşturulmuştur. O halde şirketleşmeye engel olabilecek avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü hususlar özel olarak düzenlendikten sonra, TTK'daki ticaret şirketi türlerinden avukatların da yararlanmasında *de lege ferenda* bir sakınca olmadığı ileri sürülebilir. Bu konuda bir kanun değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Nasıl şirket olgusu uzun yıllar iki veya daha fazla kişiden oluşan bir ortaklık olarak tanımlanmaktayken bugün gelinen noktada tek bir kişiyle dahi bazı şirketler kurulabilmekteyse, ticari olmadığı belirtilen avukatlık mesleğinin de bu özelliği bozulmadan ticaret şirketleri bünyesinde icra edilmesi bir kanun değişikliğiyle mümkün hale getirilebilir. Nitekim Alman *Rechtsanwaltsgesellschaft* modeli tam da şekilde oluşturulmuştur.

Mevcut durumda avukatlık ortaklığının hukuki altyapısı, AvK'da yer alan tek bir maddeden ibarettir. Ortaklığın organları dâhil pek çok

⁹³ Avukatlık ortaklığı modellerinin yaygın olduğu ülkelerde ortağın önemli ölçüde ödeme yaparak ekonomik çöküntü içine girmesini önlemek, iş sahiplerinin, uğradıkları zararları daha kolay ve güvenceli bir ortamda tazmin edebilmelerine olanak sağlamak amacıyla "mali sorumluluk sigortası" sistemi oluşturulmuştur. Türk hukukunda da bu konunun değerlendirilmesi düşüncesi öğretilerde taraftar bulmuştur. Güner, s. 783-784; Sungurtekin Özkan, s. 212-213.

unsuru ikincil mevzuata bırakılmıştır. Diğer bir sorun ise Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesinin, AvK'da hiç değinilmeyen ve AOY ile bağdaşmayan birtakım hususları içermesidir. Mevcut haliyle Tip Ana Sözleşme, normlar hiyerarşisine aykırı olarak neredeyse AOY'den daha üstün bir uygulama kabiliyetine sahip görünmektedir. Ayrıca AOY'de ve Tip Ana Sözleşmede düzenlenmemiş konulara ilişkin olarak TTK'nın konuyla ilgili maddelerinin doğrudan veya kıyasen uygulanabileceği yönünde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Tip Ana Sözleşmenin 24. maddesi bu anlamda yeterli değildir. Avukatlık ortaklıkları bağlamında ilgili mevzuatta düzenlenmemiş bazı hususlara ilişkin TTK'da ayrıntılı hükümler bulunduğu (örneğin avukatlık ortaklığında sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinin sonuçları), TTK'daki ilgili hükümlerden yararlanma yoluna gidilebilirdi. Kaldı ki kolektif şirketlerin hukuken yalnızca bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulabileceği hususu ile avukatlık ortaklığının büyük ölçüde bu şirket modelinden yararlanılarak oluşturulmuş olması da temelde bağdaşmamaktadır. Bu ve bunun gibi nedenlerle avukatlık ortaklığı modelinin; ticaret şirketleri ile ahenk sağlayamadığı,⁹⁴ avukatlıkta şirketleşmeden beklenen faydaları gerçekleştirmeye uygun bir yapı olmadığı, kurumsallaşmayı başaramadığı, şahıs şirketlerini esas aldığından avukatlar arasında rağbet görmediği, hatta ölü dahi doğduğu öğretilde ifade edilmiştir.⁹⁵

Düşüncemize göre avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesi Türkiye için önemli bir adım olacaktır. Ülkemiz için ilk deneyim niteliğindeki avukatlık ortaklığı ile sınırlı kalınmamalı ve yaklaşık 20 yıldır hiçbir değişikliğin veya yeniliğin yapılmadığı avukatlıkta ortak çalışma modellerine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden yararlanma yoluna gidilmelidir. Bu noktada ilk karar verilmesi gereken husus TTK'daki hangi şirket türlerinin avukatlık şirketi olarak kurabilecek olmasıdır. Kolektif ve komandit şirketlerin yalnızca bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulabilecek olması sonucu, avukatlık şirketi için uygun bir model oluşturmayacağı açıktır. Kaldı ki bu şirketlerin, *hâlihazırdaki avukatlık ortaklığı modeline kıyasla* avukatlıkta şirketleşme olgusuna bir katkısı da olmayacaktır. Bu yüzden avukatlıkta şirket-

⁹⁴ Ansay, s. 142.

⁹⁵ Sungurtekin Özkan, s. 199-205.

leşmeyi, asıl limited ve anonim şirketler cazip kılacaktır. Kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç için kurulabilecek bu şirketlerden tercihleri doğrultusunda avukatlar da yararlanabilmelidir. Burada önemli olan avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü hususların tespit edilmesi ve mevzuatta özel olarak düzenlenmesidir. Bu bağlamda *Rechtsanwaltsgesellschaft* modelinin BRAO'ya eklenmesi örneğinde olduğu gibi, bu hususlar AvK'da ayrı bir bölümde düzenlenebilir. Bunun dışında kalan hususlara ilişkin olarak ise ilgili şirket tipine dair TTK'daki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle mevcut avukatlık ortaklığı modelinin aksine avukatlık şirketinin tüm özelliklerinin mevzuatta tek tek, özel olarak düzenlenmesine de gerek kalmayacaktır.

Sonuç itibarıyla avukatlıkta şirketleşmeye izin verilip verilmeyeceği, kanun koyucunun tercihi olacaktır. Kanun koyucunun bu yönde bir irade göstermesinin ardından avukatların ortak çalışmasını mümkün kılacak avukatlık şirketi modelinin nasıl olması gerektiği tartışmaya açılacaktır. TTK'daki şirket tiplerinin hiçbir değişiklik yapılmaksızın, doğrudan avukatların kullanımına sunulmasının uygun olmadığı açıktır. Bir örnek vermek gerekirse, avukatlık anonim şirketinde pay devri, aksine bir hüküm getirilmedikçe TTK'daki ilgili hükümlere tabi olacaktır. Ancak avukatlık şirketinin, diğer ticaret şirketlerine kıyasla avukatlara veya avukatlık mesleğinin gereklerine özgü birtakım özellikleri bünyesinde barındırması icap edecektir. Bu yüzden avukatlık anonim şirketinde payın, yalnızca avukat olan kişilere devredilebileceğine dair AvK'da özel bir hüküm öngörülerek, TTK'daki hükümlerden kısmen ayrılabilir. Yine ticaret şirketleri için normalde geçerli olan birtakım düzenlenmelerin avukatlık şirketleri açısından uygulanmayacağı da kabul edilebilir, örneğin avukat olmayan kişilerin kolayca eline geçme ihtimali karşısında avukatlık anonim şirketinde payların senede bağlanması yasaklanması gibi. Şu hâlde avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü hususlar göz önünde bulundurularak avukatlık şirketinin, mevcut şirket tiplerine ilişkin TTK'da yer alan esaslardan ne ölçüde farklılaşacağını tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda makalede incelenen konu başlıklarından yola çıkılarak, ileride oluşturulabilecek bir avukatlık şirketi modeline ilişkin aşağıda birtakım önerilere yer verilmiştir:

- Ana sözleşme: Diğer tüzel kişilerde olduğu gibi, avukatlık şirketinin kurulabilmesi için de bir kuruluş belgesine ihtiyaç olacaktır. Bu bağlamda ilk önce yazılı bir şirket sözleşmesinin hazırlanması gerekecektir. Burada bu sözleşmenin, herhangi bir tip sözleşmeye uygun olarak hazırlanıp hazırlanmayacağına karar verilmelidir. Bilindiği üzere ticaret şirketleri için mevzuatta herhangi bir tip veya örnek bir sözleşme bulunmamaktadır. Ortaklar TTK'da her bir şirket türü için öngörülen zorunlu kayıtları yerine getirdikten ve emredici hükümler ilkesine riayet ettikten sonra şirket sözleşmesini istedikleri gibi oluşturabilir. Ancak avukatlara ve avukatlık mesleğine özgü hususların hayata geçirilebilmesi için avukatlık şirketinin sözleşmesi, avukatlık ortaklıklarında olduğu gibi belli bir tip ana sözleşmeye uygun olarak hazırlanmalıdır. Taslakta avukatlık şirketi sözleşmesinin, TBB tarafından hazırlanacak "tip sözleşme"ye uygun bir biçimde düzenlenmesi öngörülmektedir (m.62/5 ve 62/8). O halde avukatlık şirketleri için de adı "tip sözleşme" veya "ana sözleşme" olsun, diğer şirketlerden farklı olarak içeriği kanunen önceden belirlenmiş bir örnek sözleşmeye uygunluk şartı aranmalıdır. Ancak avukatlık ortaklığından elde edilen deneyim sonucu, avukatlık şirketi için hazırlanacak tip sözleşmenin mutlak suretle birincil ve ikincil mevzuat ile uyumu sağlanmalıdır.

Avukatlık şirketi niteliği itibarıyla bir ticaret şirketi olacağından, şirketin kuruluşuna ilişkin ticaret sicili müdürlüklerinin görev ve yetki alanı ile ticaret siciline tescil ve ilan konuları gündeme gelecektir. Mevcut durumda avukatlık ortaklıkları açısından haliyle ticaret sicilinin bir fonksiyonu bulunmamakta ve ortaklık, kurucularının bağlı bulunduğu baroya başvurunun ardından "Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili"ne tescil ile kurulmaktadır. Avukatlık şirketlerinin tescili için oluşturulacak sicilin hangi kurum nezdinde tutulacağı tartışılmalıdır. Burada avukatlık şirketinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil zorunluluğu isabetli olacaktır. Tescil edilen hususların ayrıca ilanı da gerekmektedir. Avukatlara ve avukatlık mesleğine özgü hususların denetimi açısından ise tescil öncesinde şirketin bulunduğu yerdeki baronun onayı aranabilir. Baro tarafından yapılacak inceleme, tip sözleşmeye uygunluk ile sınırlı olmalıdır. Ortaklar imzalarını ticaret sicili müdürü veya

yardımcısının huzurunda atabilmeli, ayrıca avukatlık şirketinin elektronik ortamda da kurulmasına imkân tanınmalıdır. Taslakta avukatlık şirketi sözleşmesinin TBB onayına sunulacağı, onayı takiben şirketin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil edileceği, ayrıca TBB tarafından tutulacak "Avukatlık Şirketi Listesi"ne kaydedileceği ve ilgili baroya bildirileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla avukatlık şirketi modelinde şirket hem ticaret siciline hem de baro siciline kaydedilmiş olacaktır.

- **Ortaklar:** Avukatlık şirketlerinin ortağı olan kişilerin avukat olması gerektiği tartışmalıdır. Kimin avukat olup olmadığı hususu ticaret hukukunun dışında olup, AvK'ya göre tayin edilecektir. Avukatlık şirketinin kuruluşunda ortaklar, avukat sıfatlarını barodan alacakları bir belge suretiyle ispat edebilirler. Avukatlık ortaklığındaki gibi ortak avukatların aynı ilde kurulan barolardan herhangi birine kaydolma şartının aranmasına devam edilmelidir. Taslakta da ortakların, şirketin merkezinin veya varsa şubelerinden birinin bulunduğu yer barosuna kayıtlı olması yönünde bir düzenleme bulunmaktadır (m.62/2). Avukat olma şartı sonucu ortaklar yalnızca gerçek kişiler olabilecektir. Limited ve anonim şirketlerin artık tek ortakla kurulabilmesi nedeniyle, avukatlık şirketlerinde de asgari ortak sayısı bir olmalıdır. Diğer mesleklerden olan kişilerin avukatlık şirketine ortak olup olamayacağı hususu da ticaret hukukunun meselesi olmayıp, avukatlık şirketi ile izlenen politikaya göre belirlenmelidir. Alman *Rechtsanwalts-gesellschaft* modelinden hareketle, Türk hukukunda da buna imkân tanınmasına yönelik görüşler bulunmakla birlikte, taslakta buna ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Ortakların birden fazla avukatlık şirketinin ortağı olup olamayacağı da yine avukatlara özgü bir konu olup, taslakta buna izin verilmemiştir (m.64/2).
- **Sermaye:** Avukatlık serbest bir meslek olup, bu özelliği sonucu avukatların ekonomik faaliyeti, sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayanmaktadır. Bununla birlikte, avukatları ortak çalışmaya yönelten nedenlerden biri de büyük sermaye ihtiyacıdır. Avukatlık şirketi modelinin hayata geçirilmesiyle birlikte, avukatlık ortaklığının aksine asgari bir sermaye şartı aranacak ve aksine bir hüküm getirilmedikçe, limited ve anonim şirketlerin kurulabilmesi için gereken TTK'daki asgari sermaye tutarları avukatlık

şirketleri açısından da geçerli olacaktır. Sermayenin kaybı gibi meseleler de TTK'da ilgili şirket türüne ilişkin hükümlere tabi olmalıdır (örneğin TTK m.376). Yine aksine bir düzenleme yapılmadıkça, katılma paylarının şirkete taahhüdü ve ödenmesi de ilgili şirket türüne ilişkin TTK'daki hükümlere tabi olacaktır. Nelerin katılma payı olacağı genel olarak TTK m.127'e göre belirlenmeli, ancak avukatlara ve avukatlık mesleğine özgü nedenler sonucu sermaye şirketi de olsa, asgari sermaye tutarı saklı kalmak kaydıyla katılma payı olarak emeğin de getirilmesine izin verilmelidir. Katılma paylarının şirkete taahhüdü ve tasarruf işlemleri için de TTK m.128 vd. hükümlerinde kabul edilen esaslar uygulanmalıdır. Bu bağlamda AOY'de öngörülen taahhüt ve tasarruf işlemleri, 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte güncelliğini kaybettiğinden, avukatlık ortaklığı modelinin kaldırılmaması halinde en azından bu işlemlere ilişkin TTK'ya atıf yapılmalı ve TTK'nın bu konulara ilişkin getirdiği yeniliklerden yararlanılmalıdır.

- **Amac:** Avukatlıkta ortak çalışmayı mümkün kılan bütün modellerin belki de tek ortak özelliği faaliyetin mesleki çalışma olduğu ve ticari sayılmadığıdır. Taslakta bu husus aynen tekrarlanmıştır (m.62/4). Avukatlığın bir şirket bünyesinde yapılması, avukatlara ve avukatlık mesleğine özgü durumlar korunduğu sürece, ortaklar arasındaki ilişkiyi ticari hale getirmez. O halde şirketin amacının, diğer limited ve anonim şirketlerin aksine, avukatlık mesleğinin yerine getirilmesi olacağı tartışmasızdır. Taslakta ayrıca avukatlık şirketlerinin ticaret odasına kaydolma zorunluluğunun bulunmadığı da açıkça vurgulanmıştır (m.62/4). Bu hüküm de uygulamada yaşanacak olası tartışmaları önlemek açısından yerindedir. Şirketin amacının asıl önemi ise şirketin ehliyetine olan etkisinde kendini göstermektedir. Avukatlık ortaklıklarına ilişkin amaç dışında hak ve mal edineme, üçüncü kişilerle ortaklık kuramama ve tüzel kişilerin paylarını alamama kısıtlaması, taslakta avukatlık şirketleri için de aynen kabul edilmiştir (m.64/1). İşletme konusu dışında kalan işlemler için şirketin hak ehliyetinin kısıtlanması uygulamasına (*ultra vires*) son verildiğinden, avukatlık şirketleri açısından da işletme konusu, yalnızca şirketi temsile yetkili kişilerin temsil yetkilerinin sınırlanması açısından belirleyici olmalıdır. Diğer taraftan, avukatlık şirketinin başka şirketlerin ortağı veya

pay sahibi olamaması kısıtlaması ise, avukatlık mesleğine özgü bir durum olarak kabul edilmeli ve aynen korunmalıdır.

- **Unvan:** Avukatlık şirketi özelinde “ticaret unvanı” yerine “unvan”dan bahsetmek daha doğru olacaktır. Mevcut durumda avukatlık ortaklığının unvanı, bir ya da birkaç ortağın ad ve/veya soyadlarına “Avukatlık Ortaklığı” ibaresi eklenerek belirlenmektedir. Taslakta da unvan konusunu özel olarak düzenlenmiş olup, bu bağlamda bir veya birkaç ortağın ad veya soyadlarına “*avukatlık anonim şirketi*” veya “*avukatlık limited şirketi*” ibaresi eklenerek şirketin unvanının oluşturulabileceği belirtilmiştir (m.62/3). Şirketin işletme konusu yerine ortakların ad ve soyadlarının aranması sonucu, TTK'daki sermaye şirketlerinin ticaret unvanlarının oluşturulma esaslarından ayrılmıştır. Avukatların mesleki kariyerlerinin önemi nedeniyle unvanında ad ve/veya soyadlarının yer alması isabetlidir. Karşılaştırmalı hukuktaki modellerde de unvanlar bu şekilde oluşturulmaktadır. Ayrıca taslakta, avukatlık ortaklıklarının aksine avukatlık şirketinin unvanında “meslek onuruna aykırı olmayacak şekilde” ek kullanımına da izin verilmiştir. Bu da doğru bir tercih olup, bunun sonucunda unvanında “*hukuki hizmetler*”, “*hukuk ve danışmanlık*” gibi eklerin kullanılması mümkün olacaktır. Yine taslakta “*Avukatlık şirketine yeni ortakların katılması, şirketin unvanının değiştirilmesini gerektirmeyeceği gibi, adı veya soyadı unvanında bulunan ortaklardan birinin şirketten ayrılması veya ölümü de bu unvanın değiştirilmesini gerektirmez*” hükmüyle, mevcut durumdaki eksiklik de giderilmiştir (m.62/6).
- **Organlar:** Kendine özgü bir model olması sonucu avukatlık ortaklığının organları, yani ortaklar kurulu, yönetici ortaklar ve denetleme kurulu üzere mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Avukatlık şirketinin, niteliği itibarıyla bir limited veya anonim şirket olarak kurulacak olması sonucu şirketin organları da ilgili modele göre oluşturulacaktır. Bu açıdan organ konusu, ayrı bir tartışma konusu olmayacaktır. Esasen limited ve anonim şirket modellerinin ikisine birden izin verilmesi halinde sermaye ağırlıklı çalışmak isteyen avukatlar anonim şirketleri, şahıs unsurunun da gözetilmesini arzu eden avukatlar ise limited şirketleri tercih edebilecektir. Genel kurulun çağrı usulü, toplanması, yeter sayılar gibi hususlar

açısından tip sözleşmede hüküm bulunmadıkça, ilgili şirket türüne ilişkin TTK'daki hükümler uygulanacaktır. Yönetim konusunda yöneticilere dair taslakta özel bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle avukatlardan başka kişilerin de avukatlık şirketlerine ortak olabilmesine imkân tanınması halinde, *Rechtsanwaltsgesellschaft* modelinde olduğu gibi pay sahiplerinin çoğunluğunun ve yöneticilerin avukat olmasını şart kılan bir düzenlemenin de yapılması icap edecektir. Son olarak limited ve anonim şirket olması halinde avukatlık şirketi bünyesinde denetim veya denetleme kurulunun kurulması gerekli olmayacaktır. Avukatlık şirketlerinin bağımsız denetime tabi olup olmayacağı hususu ise kanun koyucu tarafından ayrıca ele alınmalıdır.

- Ortaklar arası değişiklikler: Avukatlık şirketinin, limited veya anonim şirket olacak olması sonucu pay devri, şirketten çıkma ve çıkarılma gibi ortaklar arası değişiklikler de ilgili şirket türüne ilişkin TTK'daki hükümlere göre gerçekleşecektir. Ancak ortaklar arası değişikliklere ilişkin olarak avukatlara ve avukatlık mesleğine özgü olan birtakım hususların dikkate alınması gerekmektedir. Payların yalnızca avukatlara devredilmesi, meslekten çıkma veya çıkarılma, baro levhasından silinme, disiplin cezası almış olma gibi esasen avukatlık ortaklıkları için de mevzuatta özel olarak düzenlenmiş ayrıksı durumlar, avukatlık şirketlerinde de aynen korunmalıdır. Ayrıca vekaletnamenin yalnızca şirket adına verilebilecek olması nedeniyle, ortaklıktan bağımsız olarak dava veya iş takip eden tüm ortaklar rekabet yasağına tabi olmalı, bazı şirket türlerinde olduğu gibi rekabet yasağı sadece yönetici ortaklarla sınırlandırılmamalıdır. Rekabet yasağının ihlali avukatlık şirketinde de ortaklıktan çıkarılmak için haklı bir neden oluşturmalıdır. Avukatlık ortaklıkları için mümkün olmayan ortakların talebi üzerine şirketin mahkeme kararıyla feshi müessesesi, ortaklar arası değişikliklerin TTK'ya tabi olacak olması sonucu avukatlık şirketleri için de geçerli olacaktır. Avukatlık ortaklığı modelinin kaldırılmaması halinde ise en azından AOY'de ortaklıktan çıkma konusunun pay devrinden farkı belirginleştirilmeli, iki ve üç aylık iki farklı süre yeknesaklaştırılmalı, ortaklıktan çıkarılma halinde başvurulacak yargı yolu ve dava açma süresi gibi hususlar düzenlenmelidir.

- **Sorumluluk:** Avukatlık şirketinin hayata geçirilmesi halinde üzerinde durulması gereken en önemli konu sorumluluk olacaktır. Sermaye şirketlerinde ortakların sorumluluğunun şirkete getirdikleri katılma payları ile sınırlı olması, avukatlık şirketlerinde de aynı sorumluluk rejiminin geçerli olup olmayacağı sorusunu akıllara getirmektedir. Zira sorumluluğun sınırlı olacak olması, mesleki faaliyetlerden doğan zararlara karşı kendilerini koruma altına almak isteyen avukatları büyük ölçüde şirket şeklinde örgütlenmeye teşvik edecektir. Avukatlıkta ortak çalışmaya getirilen en önemli eleştirilerden birisinin de bundan müvekkillerin zarar görebilecek olması olduğu unutulmamalıdır. Mevcut avukatlık ortaklığı modeli, sorumluluğun herhangi bir şekilde sınırlandırılmasına imkân vermemektedir. Öte yandan *Rechtsanwaltsgesellschaft* modelinde mesleki sorumluluk sigortası yapılmasıyla birlikte sorumluluğun sınırlandırılması mümkün olup, İngiliz LLP modelinde ise ortaklık adına yapılan işlerden dolayı ortakların kişisel sorumluluğu bulunmaktadır. Taslakta sorumluluk konusu ayrı bir maddede ve TTK'nın anonim ve limited şirketler için öngördüğü sorumluluk rejiminden oldukça farklı bir biçimde düzenlenmiştir. "Şirket ortaklarının sorumluluğu" başlıklı 64. maddesinin 3. fıkrasında avukatlık şirketinin, şirketle ilgili işlem veya eylemler nedeniyle doğan zararlardan dolayı, buna sebebiyet veren ortak veya ortaklık çalışanı avukatlar ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Burada sadece hukuki işlemlerden değil, hukuki eylemlerden de (özellikle haksız fiil) sorumluluk öngörülmüş, ayrıca çalışan avukatlar da sorumluluk zincirine dâhil edilmiştir. Dolayısıyla taslakta, avukatlık ortaklıklarındaki benzer bir hukuki sorumluluk rejimi kabul edilmiştir. Ortakların disiplin sorumluluğu ise haklı olarak saklı tutulmuştur (m.64/4).

Düşüncemize göre taslakta ağır bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Zira karşılaştırmalı hukuktaki deneyimden de anlaşılacağı üzere ortak çalışmanın bir tüzel kişilik çatısı altında yapılmasına imkân veren modellerin tercih edilmesinin en önemli nedenlerinden biri mesleki iş ve işlemlerden doğan zararlara karşı sorumluluğu sınırlayabilme arzusudur. Sorumluluk sınırsız olduğu sürece zaten aynı büroda birlikte çalışma modeli seçilebilir, hatta tek başına da faaliyet

gösterilebilir. Avukatlık şirketini cazip kılacak en önemli konu, avukatlık ortaklığının da eksik bir yönünü oluşturan sınırlı sorumluluktur. Elbette normal anonim ve limited şirketlere göre avukatların sorumluluğu yalnızca katılma payları ile sınırlandırılmaz, zira avukatlar serbest meslek mensupları olup, mesleklerini icra ederken gerçekleştirebilecekleri kusurlu davranışlarıyla (*malpractice*) müvekkillerine zarar verebilirler. Burada vekalet sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel bir sorumluluk doğabileceğinden, ticaret şirketleri bünyesinde karşılaşılmayacak bir durum söz konusudur. Vekaletnamenin şirket adına çıkarılacak olması sonucu bundan kaynaklanan zararlardan şirketin sorumlu olacağı açıktır. Asıl önemli konu ortakların da ayrıca şahsen sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Alman hukukunda bu sorunu aşmak üzere *Rechtsanwaltsgesellschaft*'ın mesleki sorumluluk sigortası yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Sigorta olduğu sürece şahsi sorumluluk doğmamaktadır. Taslakta avukatlar için TBB tarafından belirlenen esas ve usullere uygun olarak mesleki sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü öngörülmekle birlikte (m.84/5, 89/1-e), sigorta yaptırmanın avukatlık şirketlerinde şahsi sorumluluğu kısıtlayan bir boyutu bulunmamaktadır. Avukatlık anonim ve limited şirketleri için de mesleki sorumluluk sigortası yapılması öngörülmeli ve taslaktaki ağır sorumluluk rejimi, yalnızca sigortanın yapılmaması veya teminatın düşük olması hallerinde geçerli olmalıdır.

SONUÇ

Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir (AvK m.1). Avukatlığın bir serbest meslek olması sonucu avukatlar, tek başlarına faaliyet gösterebilecekleri gibi birlikte de çalışabilirler. Mesleğin birlikte icra edilmesi avukatlar arasında bir ortaklık ilişkisinin doğmasına yol açar. Bu ortaklık, dar anlamda birden fazla avukatın aynı büroyu paylaşması ve büronun işletilmesinden doğan giderlere katılması şeklinde gerçekleşebilir. Her ne kadar bu anlamda bir ortaklık, TBK bağlamında adi ortaklıktan farklı olmasa da AvK'da "aynı büroda ortak çalışma" olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan, geniş anlamıyla ortak çalışma ise belli bir kurumsallığın, örgütlenmenin ve tüzel kişilik çatısı altında faaliyetin varlığını gerektirmektedir. Bu çalışma biçimini hayata geçirmek üzere AvK'da 4667 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak "avukatlık ortaklığı" müessesesi getirilmiştir. Mevcut haliyle avukatlık

ortaklığı, kimi zaman şahıs şirketlerini, kimi zaman da sermaye şirketlerini andıran, kendine özgü bir niteliğe sahiptir. Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi ve tacirliğin de avukatlıkla bağdaşmayan bir iş olarak düzenlenmesi karşısında kanun koyucu, ortaklık ilişkisine dayalı olarak çalışma arzusunda olan avukatların ticaret şirketleri şeklinde örgütlenmesine bugüne kadar imkân tanımamıştır. Ancak kamuoyuna intikal eden bir taslakta, avukatların limited veya anonim şirket şeklinde kurulacak “avukatlık şirketi” olarak faaliyet gösterebilmesinin önü açılmıştır. Bu yönde bir çalışmanın kanunlaşma sürecine girmesiyle birlikte avukatlık şirketinin nasıl oluşturulması gerektiği tartışmaya açılacaktır. Bu makalede avukatlara ve avukatlık mesleğinin gereklerine özgü hususlar göz önünde bulundurularak, ilerleyen dönemde avukatlıkta yepyeni bir ortak çalışma modeli oluşturabilecek avukatlık şirketi modeline ilişkin birtakım değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, C: 1, 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2018
- Alışkan Murat, Limited Şirket (Tarihçe Niteliği), Legal Yayıncılık, İstanbul 2013
- Alper Gizem, Türk Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013
- Ansay Tuğrul, “Avukatlık Ortaklığı Yeni Bir Ortaklık Türü mü?” Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 içinde s. 129-145
- Aydoğan Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2018
- Bozer Ali/Göle Celal, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2017
- Bozkurt Tamer, Şirketler Hukuku, 10. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara 2019
- Çamoğlu Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008
- Çetiner Selma/Bozkurt Yüksel Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017
- Çevik Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2002

- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013
- Erdoğan İhsan/Keskin Dilşad, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2019
- Fleischer Holger/Goette Wulf, Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd: 1, 3. Auflage, Verlag CH Beck, München 2018
- Gummert Hans, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Auflage, Verlag CH Beck, München 2019
- Gummert Hans/Weipert Lutz, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht: BGB-Gesellschaft, OHG, PartG, EWIV, Bd: 1, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2019
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011
- Hannigan Brenda, Company Law, 5. Edition, Oxford University Press, United Kingdom 2018
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014
- Karayalçın Yaşar, Ticaret Hukuku: II. Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973
- Kayıhan Şaban, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- Keenan Denis/Riches Sarah, Business Law, 8. Edition, Pearson, United Kingdom, 2007
- Kendigelen Abuzer, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikleri Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016
- Karasu Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015
- Kelly David/Holmes Ann/Hayward Ruth, Business Law, 5. Edition, Cavendish Publishing, United Kingdom 2005
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku: Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, C: 1, BTHAE Yayınları, Ankara 2013
- Kiper Osman, Uygulamada Ticaret Şirketleri, Beta Basım, İstanbul 1996
- Oğuzman Kemal/Selici Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016
- Özen Atilla, Avukatlık Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- Özsunay Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978
- Pettet Ben, Company Law, 2. Edition, Pearson, United Kingdom 2005
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017

- Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği: Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Bası, Barış Yayınları, İzmir, 2013
- Üçışık Güzin/Çelik Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C: 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- Yongalık Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, BTHAE Yayınları, Ankara 1991

Makaleler

- Alışkan Murat, "İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 18, S: 2, s. 207-219
- Arıhan Taylan/Koçak Aslı, "Avukatlıkta Ortak Çalışma", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1997/2, s. 18-38
- Arslan İbrahim/Ünal Mücahit, "Avukatlık Ortaklığının Diğer Ortaklık Türleri ile Karşılaştırması ve Hukuki Niteliği", *SÜHFD*, C: 16, S: 1, s. 47-69
- Atabek Reşat, "Tek Ortaklı Şirket", *BATIDER*, C: 14, S: 1, s. 23-35
- Hakimoğlu Kemal, "Avukatlıkta Ortak Çalışma ve Uzmanlaşma", Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000, s. 245-259
- Kendigelen Abuzer/Doğan Fatih, "Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası: Avukatlık Limited Şirketi", *AÜEHFD*, C: VII, S: 1-2, s. 315-340
- Kubilay Huriye, "Avukatlık Kanunu'nun Avukatlık Ortaklıklarına İlişkin Hükümünün Eleştirisi", *DEÜHFD*, C: 7 (Özel Sayı), s. 133-171
- Özdamar Mehmet, "Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi", *GÜHFD*, C: 10, S: 1-2, s. 93-117
- Özkan Ahmet Fatih, "Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi*, C: 4, S: 2, s. 239-262
- Turanboy Asuman, "Avukatlık Ortaklığı", *AÜHFD*, C: 50, S: 4, s. 41-63
- Yıldız Burçak, "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", *BATIDER*, C: 27, S: 3, s. 111-134

Tezler

- Peker Ömer Lütfi, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Avukatlık Ortaklığı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007

GEMİ ADAMLARININ GEMİ ALACAKLISI HAKKI*

MARITIME LIEN FOR SEAFARER

Enes ALIŞ**

Özet: Deniz ticareti hukukuna has bir kavram olan gemi alacaklısı hakkı, sahibine alacağını diğer tüm rehinli alacaklardan öncelikli olarak isteyebilme imkânı sağlayan kanuni bir rehin hakkıdır. Bu imtiyazlı hakka sahip olabilen alacaklılardan birisi de çalışmasını denizin ihtiyaçlarına uygun olarak, fedakârlık ve özveri ile gerçekleştiren gemi adamlarıdır. Çalışmamızda kısaca gemi alacaklısı hakkından bahsedildikten sonra, Türk Ticaret Kanunu'nun bu imkânı bahşettiği gemi adamlarından bahsedilmiş ve kimlerin bu kavram içinde değerlendirileceği ele alınmıştır. Son olarak da gemi adamlarının gemi alacaklısı hakkı veren alacakları üzerinde durulmuş, tartışmalı hususlara değinilmiş ve bazı özellikli alacaklar için farklı ihtimallerde hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği ve çözüm önerilerimizden bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Deniz Ticareti Hukuku, Türk Ticaret Kanunu, Gemi Alacaklısı Hakkı, Kanuni Rehin, Gemi Adamı, Ücret

Abstract: The maritime lien, which is a context specific to maritime law is a equitable lien that gives its owner the opportunity to request it from all other lienor first. One of the creditors who can have this privileged right is the seafarer who perform their work in accordance with the needs of the sea with sacrifice and dedication. In the article, firstly, maritime lien is mentioned briefly, then the seafarer whom the Turkish Commercial Code bestowed this opportunity and who will be evaluated within this concept is discussed. Finally, the claim of the seafarer giving the maritime liens were emphasized and controversial issues about which law provisions should be applied in different possibilities for some specific claim and our solution suggestions were discussed and mentioned.

Keywords: Maritime Law, Turkish Commercial Law, Maritime Lien, Legal Lien, Seafarer, Fee.

* Bu çalışma Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programında 2019 - 2020 güz döneminde verilen "Gemi ve Yük Alacaklısı Hakkı ve Hukuku" dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın makale olarak düzenlenmiş halidir, yayın ve araştırma etiğine uygundur.

** Avukat, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, enesalis@kocaeli.av.tr ORCID: 0000-0003-3929-5670, Makale Gönderim Tarihi: 07.06.2020, Makale Kabul Tarihi: 09.06.2020

GİRİŞ

Deniz ticareti insanlık için tarih boyunca önemli bir yere sahip olmuştur. Serbest piyasa ekonomisine geçiş ile birlikte dünya ekonomik olarak tam anlamda küreselleşmiş; ülkeler ve şirketler maliyetleri en aza indirmek ve rekabeti arttırmak için ticarete deniz ulaşımını her zamankinden fazla kullanma ihtiyacı duymuşlardır. Bunun sonucu olarak da günümüzde dünya dış ticaretinin %90'ı deniz yoluyla sağlanmakta ve ticaretin vazgeçilemez bir unsuru halini almaktadır.¹

Küresel ekonominin vazgeçilemez unsuru olan deniz ticaretinin bel kemiğini ise gemi adamları oluşturmaktadır. Günümüzde bu küresel çarkın dönmesini sağlayan dünya genelinde 1,5 milyondan fazla gemi adamı olduğu tahmin edilmektedir.² Deniz iş piyasası işçinin emeğinin en fazla küreselleştiği alanlardan birisidir.³ Öyle ki dünyada deniz ticareti ile uğraşan gemilerin %65,8'inin personeli birden fazla milletten oluşmaktadır.⁴ Denizde yapılan çalışmanın doğası gereği fedakârlık ve özveri ile çalışan gemi adamlarının, emeklerinin karşılıksız kalmaması için gerek taraf olduğumuz 1993 tarihli Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpoteklerine İlişkin Milletlerarası Sözleşme (1993 Rehin MS) gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁵ ile kanundan doğan bir rehin hakkı olan gemi alacaklısı hakkı tanınmıştır.

Gemi adamlarına böylesi bir imtiyazlı hakkın tanınması ile kimlerin gemi adamı olarak değerlendirileceği ve hangi alacaklarının gemi alacaklısı hakkından faydalanma imkânı sağlayacağı gibi sorular ön plana çıkmaktadır. Çalışmamızda bu sorulara cevap aramakla birlikte gemi adamlarının alacakları için açtığı davalarda yabancılık unsurunun bir hayli fazla görülmesi sebebiyle uygulanacak olan hukuk konusunda doktrindeki bazı tartışmalar ve görüşlerimizden de kısaca bahsedilecektir.

¹ Bihter Kol, Türkiye'nin Dış Ticaretinde Deniz Taşımacılığını Önemi ve Sorunları, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, 2010 İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 42.

² <https://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade/global-supply-and-demand-for-seafarers> (E.T: 20.03.2020)

³ Aziz Muslu, "Türk Gemi Adamlarının Uluslararası Deniz İş Gücü Piyasalarında İstihdamı İçin Özel İstihdam Bürolarının Önemi", Gaziantep University Journal of Social Sciences, 2018, C. 17, S. 1, s. 292.

⁴ Muslu, s. 294.

⁵ RG 14.02.2011, S. 27846.

I. GEMİ ALACAKLISI HAKKI⁶

A. Kaynağı ve Tanımı

Gemi alacaklısı hakkının kökeni Roma Hukukuna dayanmaktadır. Hakkın kaynağını Roma Hukukuna dayandıran ipotek teorisinin etkisi, mevzuatımızda da yansımalarını göstermektedir.⁷ Gemi alacaklısı hakkı hususunda pek çok çalışması bulunan Atamer de gemi alacaklısı hakkının kökenlerini Roma Hukuku'nun *versio in rem ilkesine*⁸ (*eşyanın korunması için yapılan harcama*) dayandırmaktadır.⁹

⁶ Gemi alacaklısı hakkını eski Kanun döneminde bulunan ve yine deniz ticareti hukukuna özgü bir kavram olan yük alacaklısı hakkı ile karıştırmamak gerekir. Yük alacaklısı hakkı, Kanunda sınırlı olarak sayılan alacakların doğması halinde alacaklısına zilyetliğindeki yükü teslim etmeme ve yükü satarak alacağını karşılama imkânı sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ağsakal, *Yük Alacaklısı Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 28.

⁷ "Gemi alacaklısı hakkının kaynağı hakkında yapılan tarihsel çalışmalarda dört görüş ileri sürülmüştür. Bunlar ipotek teorisi, kişiselleştirme teorisi, usul teorisi ve çatışma teorisi olarak isimlendirilmektedir. İpotek teorisine göre gemi alacaklısı hakkı Roma hukukunda bir teminat türü olan zımnî ipotek kavramından ortaya çıkmıştır. Roma hukukunda ipotek (hypothec) kavramının zilyetliğe ya da mülkiyete dayanmayan, anlaşmaya dayanan aynı bir teminat olduğu belirtilmiştir. Roma hukukunda iki tür ipotek bulunduğu, birinin anlaşma ile diğerinin kanun yoluyla doğduğu ifade edilmiştir. İkincisi zımnî ipotek olup, tamir eden lehine, borçlunun gemisi ya da evinin onarımından doğmaktadır. Kişiselleştirme teorisine göre gemi hem tüzel bir kişilik hem de haksız fiile sebep olan ya da sözleşmeyi ihlal eden bir insan gibidir. Buna göre zarara neden olan gemi, sorumluluğu üstlenir ve zararı tazmin eder. Usul teorisine göre gemi alacaklısı hakkı borçluyu bulmak ve mahkemeye çıkarmak amacıyla gemilerin ihtiyaten haciz edilmesini işleminden doğduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla gemiye karşı yürütülen dava, maddi hukuka değil usule ilişkin bir işlem olduğu belirtilmiştir. Çatışma teorisine göre ise aynı dava (action in rem) denizcilik mahkemeleriyle Anglo-Sakson mahkemeleri arasındaki çatışmadan ortaya çıkmıştır. Eskiden İngiltere'de hakimler sabit bir maaş yerine gördükleri dava sayına göre ücrete hak kazanıyorlardı. Bu mahkeme hakimleri kendi menfaatlerini korumak kaygısı içindeydiler. Bu yüzden denizcilik mahkemeleri şahsi davalar yönünden Anglo-Sakson mahkemelerinin sınırlamalarıyla karşı karşıya kalıyorlardı. Bu sınırlamalar denizcilik yargısının gemi üzerindeki yargılama yetkisine etkili değildi. Bu yüzden denizcilik mahkemeleri aynı dava yoluyla ve gemiyi davalı olarak kullanarak kendini koruması ve yargı yetkisini genişletme yoluna gitmiştir." Söz konusu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Barış Günay, "Türk, İngiliz ve Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkının Tarihçesi" (makale), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 927 - 944; Aynı hususta bilgi için yazarın şu eserine bkz. M. Barış Günay, *Türk ve Anglo-Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 33 - 47.

⁸ Kerim Atamer, *Ursprung und historischer Normzweck des Schiffsgläubigerrechts, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A-97*, Hamburg 2003 (29.10.2002 tarihinde Alman Deniz Hukuku Derneğine sunulan tebliğ), (Türkçe özet için bkz. Kerim Atamer, *Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler*, XXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (12/06/2009), Ankara 2009, s. 165-274.) Aktaran: Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku (Gemilerin Eşya Hukuku)*, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 130, dn. 5.

⁹ Gemi alacaklısı hakkının tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Cüneyt

TTK'nın 1320. maddesinde düzenlenen ve deniz ticaretine has bir kavram ve kurum olan gemi alacaklısı hakkını şu şekilde tanımlamak mümkündür; *“Gemi alacaklısı hakkı, gemi alacaklarından birinin doğması halinde, herhangi bir tescile ihtiyaç duymaksızın, kendiliğinden ve kanun gereği doğan bir rehin hakkı bahşeden, geminin üçüncü kişi zilyedine karşı ileri sürülebilen ve bu hakkın sahibine alacağını diğer bütün adi ve rehinli alacaklardan öncelikli olarak isteyebilme imkânını sağlayan imtiyazlı bir haktır”*.¹⁰

B. İhdas Sebepleri

Eski Ticaret Kanunu (ETK)¹¹ döneminde 948 ve 1234/1 maddeleri ile donatanın mesuliyeti, deniz serveti¹² ile sınırlanmış ve donatanı alacaklısına karşı tek taraflı olarak korumuştur.¹³ Gemi alacaklısı hakkı tek taraflı bu korumaya denge getirmek amacıyla ihdas edilmiştir. Buna göre donatanın sınırlı aynı sorumluluğu nedeniyle, geminin işletilmesi ile ilgili borçlarının alacaklıları, alacaklarını yalnız deniz servetinden alabiliyorken, kara servetine başvuramaması sonucuna karşılık olarak;¹⁴ menfaatler dengesinin korunması düşüncesi ile alacaklarını deniz serveti üzerinden tahsil etme konusunda bu kişilere bir öncelik ve aynı güvence sağlanmıştır.¹⁵ Bu sayede donatanın kara servetine

Süzel, Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 153 – 174; Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 609 – 614.

¹⁰ Aynen alıntı için bkz. Begüm Can, Deniz İcra Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Ankara 2010, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10. Benzer şekildeki diğer tanımlar için bkz. Tahir Çağa/Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, Arıkan Yayıncılık, Ankara 2005, s. 7; İnci Deniz Kaner, Deniz Ticareti Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 67; Turgut Kalpsüz, Gemi Rehni, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 9.

¹¹ RG 09.07.1956, S. 9353.

¹² Deniz serveti, gemi, navlun ve surrogatlardan oluşmaktadır. Deniz-kara serveti ayrımı günümüzde kullanılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rayegan Kender/Ergon Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 78.

¹³ TTK'nın 949. maddesi hükmü uyarınca gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan sınırsız şahsî sorumluluk halleri gibi istisnai haller dışında. Can, B., s. 2, dn 1.

¹⁴ Sözer, s. 604.

¹⁵ Yusuf Ulutaş, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, İstanbul 2010, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1.

başvurma imkânından mahrum bırakılan alacaklılara, hiç değilse deniz servetinden öncelikle haklarını alabilme imtiyazı tanınarak menfaatler dengesi bir nebze olsun sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁶

Gemi alacaklısı hakkı alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesi sağlamanın yanı sıra, geminin yolculuk sırasında ihtiyaç duyabileceği giderleri için kredi bulabilmesini kolaylaştırmaktadır. Kılavuz, römorkaj, kurtarma gibi yardım faaliyetlerinde bulunanlara gemi alacaklısı hakkı sağlandığından, bu hizmetlerin icrasına teşvik edilmektedir. Bu hem alacaklıların hem de borçlunun menfaatine bir durum yaratacaktır. Gemi alacaklısı hakkının ihdas edilmesinde ayrıca, kamu alacaklarına getirilen imtiyaz bakımından hazinenin menfaati göz önüne alınırken, gemi adamlarının alacaklarına getirilen imtiyaz bakımından ise sosyal düşüncüler rol oynamaktadır. Tüm bu sebepler ile birlikte, gemi alacaklısı hakkının yalnızca sınırlı aynı sorumluluk sistemine denge getirmek için getirilmediğini, deniz ticaretinin sürekliliğini sağlamaya yönelik bir müessese olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁷

Dünyada deniz hukuku alanında vuku bulan gelişmeler ile birlikte donatanın sınırlı aynı sorumluluğu sistemi terk edilmiş ve sınırlı şahsi sorumluluk sistemi benimsenmeye başlanmıştır.¹⁸ Bunun sonucu olarak menfaatler dengesinin tekrar bozulduğu gerekçesi ile bazı imtiyazların uygulanmasına gerek kalmadığı görüşünden yola çıkılarak, uluslararası anlaşmalarla,¹⁹ gemi alacaklısı hakkı tanıyan haklar listesinde yeniden düzenleme yapılmıştır. 1976 tarihli Deniz Alacaklarına

¹⁶ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 1 - 2.

¹⁷ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 2; Kender/Çetingil, s. 205; Muhittin Doğrucu, Deniz Taşımacılığında Kanuni Rehin Hakkı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s. 18; Doğuş Taylan Türkel, Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, s. 3-4; Sözer, s. 604; Nuray Barlas, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 7-8; Ulutaş, s. 4-5; Can, B., s. 9.

¹⁸ Türkel, s.5.

¹⁹ Donatanın sınırlı aynı sorumluluğu, 19.11.1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin Londra Konvansiyonu ile terk edilmiş, sorumluluğun alacaklılara karşı sınırlandırılması, ancak gemi maliki ile yardım ve kurtarma faaliyetlerini gerçekleştiren kişiler bakımından ve Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan alacaklar ile sınırlı olmak üzere kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ataol, "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 57-85; Rayegan Kender/Ergon Çetingil/Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku, C. 1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 262 - 264.

Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Sözleşme'nin 01.07.1998 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından da yürürlüğe girmesiyle donatanın sorumluluğunu sınırlayan ETK m. 948 hükmü zımnen ilga olmuştur.²⁰ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu ile birlikte 19.11.1976 tarihli "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme"ye uygun olarak donatanın sınırlı aynı sorumluluğu kaldırılmış ve 06.05.1993 tarihinde kabul edilmiş olan "Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme"ye paralel olarak gemi alacaklısı hakkı veren alacakların sayısı azaltılmış ve hakların kapsamında değişiklikler yapılmıştır.²¹

C. Konusu ve Kapsamı

Eski Ticaret Kanunu döneminde gemi alacaklısı hakkının konusu, *gemi ve eklentisi, navlun* ve bunların *surrogatları*²² oluşturmaktaydı.²³

²⁰ Kerim Atamer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra (İcra), Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s.17-18 ve s.37-38; Öte yandan, 1976 tarihli Sözleşme hükümlerinin 1 Temmuz 1998 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği ve ancak yabancılık unsuru taşıyan olaylar bakımından uygulanması gerektiği konusunda bkz. Tahir Çağa/Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku I, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2009 s. 176; Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmelerin Anayasa m. 90 uyarınca "kanun" hükmünde olduğu ve 1976 tarihli Sözleşmenin TTK'daki sınırlı sorumluluk rejimini rafa kaldırdığının öne sürülebileceği ancak meselenin Anayasa m. 90'daki "Türk Kanunlarında değişiklik getiren her türlü sözleşmenin ancak TBMM'nin bir kanunla uygun bulması halinde onaylanmış olacağı" hususundaki hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. A. Samim Ünan, "Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulama Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı - Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı - Donatanın Karar Verdiği Kurtarma Yardımın Müşterek Avarya Olup Olmayacağı", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 639 vd.

²¹ Ulutaş, s. 2; Deniz alacaklarında sorumluluğun sınırlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 261 - 290; Yeni kanunla gelen değişikliklerin milletlerarası sözleşmeye uyumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Süznel, s. 153 - 327.

²² Geminin ortadan kalkması veya değerinin azalması hallerinde gemi alacaklılarının, alacaklarını alabilmesi amacıyla TTK bazı hallerde donatanın gemi ile ilişkisi bulunan bazı hak ve alacaklarını, gemi yerine geçen değerler olarak kabul etmiştir. Bu hak ve alacaklara "surrogat" denilmektedir. Her ne kadar TTK genel olarak surrogatları gemi alacaklısı hakkının kapsamından çıkarmış olsa da TTK m. 1321/3'te sayılan iki tazminat kalemi sınırlı olarak hakkın kapsamında tutulmuştur. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Kerim Atamer, Gemi ve Uçak İpoteklerinin Hukuksal Temelleri (İpotek), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 319; Sözer, s. 640; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 180 - 181.

²³ Türkel, s. 15 - 18; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 8 - 23; Doğrucu, s.

6102 sayılı TTK'nın 1321. maddesinde yalnızca gemi ve eklentisi ile sınırlı sayıda surrogat hakkın konusunu oluşturmaktadır.²⁴

Gemi alacaklısı hakkının asıl konusu geminin kendisidir. Buna göre önce bir cismin gemi²⁵ niteliğinde olup olmadığının tespitini yapmak gerekecektir. Bu tespitin TTK m. 1320/3'ün yollamasıyla TTK m.931/1'e göre yapılması lazım gelir. Maddede yer alan tarife göre Türk hukukunda "deniz gemisi" ile "iç su gemisi" ayrımı terk edilmiştir. Her ne kadar Türkiye'nin de taraf olduğu 1993 Rehin MS'de "deniz gemileri" tabiri kullanılmış olsa da m. 1320/3'ün yaptığı yollama dolayısıyla "iç su gemileri" de hakkın konusunu oluşturacaktır.²⁶

Gemi alacaklısına tanınan kanuni rehin hakkı ancak gemi alacağının doğumuna sebep olan gemi üzerinde ileri sürülebilir.²⁷ Buna karşın bazı şartlarda doktrinde "kardeş gemi" olarak isimlendirilen ve söz konusu alacağın şahsi borçlusu konumundaki kişiye ait olan bir başka gemi üzerinde de bu hak ileri sürülebilir.²⁸

Donatma iştirakinin malı olan gemilerde, gemi alacaklısı hakkı TTK m. 1322/2 gereği geminin tamamı üzerinde doğar. Donatanların paylarına göre bölünemez ve alacak tamamen ödeninceye kadar da gemi üzerinde etkisini gösterir. Müşterek donatanlardan biri kendi payına düşen borç miktarını ödemiş olsa dahi, borç tamamen ödeninceye kadar, gemi alacaklısı hakkı bu pay üzerinde de etkisini sürdürür.²⁹

Bir gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkının doğabilmesi için sicile kayıtlı, bir başka deyişle tescilli bir gemi olması gerektiği³⁰ gibi Türk bayrağı taşıması da gerekmez.³¹ TTK m. 935/2-a bendine göre,

29 - 35; Ulutaş, s. 14 - 23; Barlas, s. 11 - 16.

²⁴ Sözer, s. 635 - 640; Günay, s. 48 - 53.

²⁵ Gemi kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 45 vd.; Fehiman Tekil, 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2001, s. 67 vd.; Mertol Can, Deniz Ticareti Hukuku (Giriş - Gemi - Deniz Hukuku Kişileri), C.1, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 1 vd.; Cüneyt Süzel, "Türk Mevzuatında Gemi Tanımı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1615.

²⁶ Sözer, s. 636.

²⁷ Süzel, s. 192, dn. 583.

²⁸ Sözer, s. 636; aksi yönde görüş için bkz. Süzel, s.192 - 193.

²⁹ Sözer, s. 637; Ulutaş, s. 15; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 9; Barlas, s. 12.

³⁰ Günay, s. 48; Türkel, s. 15; Barlas, s. 11; Ulutaş, s. 14.

³¹ Doğrucu, s. 29.

Kanun'un "Gemi Alacakları" ile ilgili hükümlerinin "yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere" de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sebeple ticaret gemisi vasfında olmayan gemiler üzerinde de gemi alacaklısı hakkı doğacaktır.³²

Buna karşın TTK m.935/2-b bendinde sayılan "bir kamu hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemileri ve yardımcı gemiler" üzerinde gemi alacaklısı hakkı doğmayacaktır. Ancak TTK m. 1321/4, TTK m. 935/2-b'ye bir istisna getirmiştir. Buna göre maddede sayılan kamu tüzel kişileri, yalnızca alacağın doğduğu sefer sonundaki değer nispetinde, sınırlı şahsi olarak sorumlu olacaktırlar.³³

Gemi ve eklentisi icra takibi açıldığı esnadaki durumu ve değeri ile gemi alacaklısı hakkının konusunu oluşturur. Geminin değerinin geçirdiği kaza sebebiyle veya piyasa şartları gereği düşmesi ya da donatanın gemi üzerinde yaptığı iyileştirmeler sebebiyle değerinin artması sonucu donatan yaptığı masrafları düşemeyeceği gibi geminin değerindeki azalmaları da tamamlama yükümlülüğü altında değildir.³⁴ Ancak donatanın, geminin değerinde azalmaya sebep olan olayın sorumlusuna karşı sahip olduğu talep hakkı, TTK m. 1321/3 uyarınca gemi alacaklısı hakkı kapsamına girecektir.³⁵

Gemi alacaklısı hakkının doğumundan itibaren alacağı konu olan gemi bu vasfını kaybetse³⁶ dahi gemi alacaklısı hakkı sona ermez. Buna

³² Sözer, s. 637; Doğrucu, s. 29; Türkel, s. 15; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 8.

³³ Sözer, s. 637; Doğrucu, s. 29 - 30; Türkel, s.15; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 8 - 9.

³⁴ Ulutaş, s. 16; Barlas, s. 12; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 11.

³⁵ Sözer, s. 638.

³⁶ "Kurtarılamayacak şekilde batan veya tamir kabul etmez hale gelen ya da devamlı olarak suda hareket etmesini gerektirmeyen bir amaca tahsis edilen geminin gemi olma niteliği ortadan kalkar. TTK'nın uygulanması bakımından denize elverişsiz hale gelmiş olan bir gemi, tamiri hiç veya bulunduğu yerde mümkün değilse ve tamir edilebileceği bir limana götürülemezse, 'tamir kabul etmez gemi' sayılır (TTK m. 933/1 - a bendi). Denize elverişsiz hale gelmiş olan bir geminin tamir giderleri, eski ve yeni farkı gözetilmeksizin geminin önceki değerinin dörtte üçünü aşacaksa 'tamire değmez gemi' olarak nitelendirilir (TTK m. 933/1 - b bendi). Önceki değer, denize elverişsizlik bir yolculuk sırasında meydana gelmiş ise, geminin yolculuk öncesinde sahip olduğu değerdir; diğer hallerde, gemi denize elverişsiz hale gelmeden önce sahip olduğu veya gereği gibi donatılmış olsa idi sahip olacağı değer, önceki değer olarak kabul edilir (TTK m. 933/2). Tamire

göre tamir kabul etmez hale gelen, bir başka deyişle enkaz haline gelmiş olan gemilerin üzerinde, öncesinde doğmuş olan gemi alacaklısı hakkı devam eder ancak yeni bir gemi alacaklısı hakkı artık doğmaz.³⁷ Benzer şekilde tamire değmez hale gelen gemiler üzerinde de gemi alacaklısı hakkı sürmeye devam eder.³⁸

Gemi alacaklısı hakkına konu olan gemi suda hareketi gerektirmeyen bir amaca özgülenirse gemi vasfı ortadan kalkacaktır. Ancak gemi alacaklısı hakkı etkisini sürdürmeye devam eder. Bu etki devam edecek olsa da enkaz haline gelen gemilerdekine benzer şekilde artık yeni gemi alacaklısı hakkı doğmayacaktır.³⁹

Şüphesiz ki pervane, dümen, motor gibi bütünleyici parçalar⁴⁰ da gemi kavramı içinde değerlendirilmekte olup gemi alacaklısı hakkının konusudur. TTK m.1321/1 gereğince geminin eklentileri de hakkın konusu teşkil etmektedir. Ancak uygulamadaki sorunları çözmek amacıyla⁴¹ TTK m.1321/2 ile ETK döneminden farklı olarak gemi malikine ait olmayan eklentiler hakkın konusu dışında bırakılmıştır. Bu sayede TTK gemi alacaklıları ile üçüncü şahıslar arasında daha adil bir menfaat dengesi kurmuştur. 1993 Rehin MS’de benzer bir hüküm bulunmamakta ve hüküm bu yönüyle örnek teşkil etmektedir.⁴²

D. Hukuki Niteliği ve Özellikleri

1993 tarihli Milletlerarası Sözleşme’den önceki mevzuatlar döneminde gemi alacaklısı hakkının hukuksal niteliği özellikle Alman ve Türk Hukuk sisteminde uzun süre tartışılmıştır.⁴³ 1993 Rehin MS ve

değmez hale gelmiş olma, gemi niteliğini sona erdirmez”. Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 54.

³⁷ Doğrucu, s. 31; Türkel, s. 15 - 16; Günay, s. 48; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 10.

³⁸ Sözer, s. 638.

³⁹ Sözer, s. 638.

⁴⁰ Bütünleyici parça ve eklenti kavramı için bkz. Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 48; Tekil, s. 98 - 99.

⁴¹ TTK Madde Gerekçeleri, s. 363.

⁴² Günay, s. 49.

⁴³ Söz konusu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Kalpsüz, “Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti” (Gemi Alacaklısı Hakkı), Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 301 - 317; Barlas, s. 81 - 127; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 2 - 5; Günay, s. 34 - 47; Nil Kula-Değirmenci, “Türk Ticaret Kanunu Uygulamalarında Gemi Alacaklısı Hakkının Bir Unsuru Olarak Hakkın Sahibi”, *GÜHFD*, Temmuz

2011 tarihli TTK ile birlikte bu tartışmalar son bulmuş ve Türk Hukukunda gemi alacaklısı hakkı “gemi alacağı” (borç) ve bu alacağa güvence sağlayan “kanuni rehin hakkı” (aynı sorumluluk) olarak birbirinden ayrılmıştır.⁴⁴ Buna göre gemi alacağı borçlusunu aynı kalsa da geminin mülkiyeti el değiştirdikçe kanundan doğan rehin hakkına katılan kişi değişmektedir. Bunun sonucunda da gemi alacaklısının kanuni rehin hakkı, gemiyi iyi niyet ile iktisap eden üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. ⁴⁵ Kanuni rehin hakkı doğduktan sonra gemi cebri icra dışında bir yolla satılır, kiraya verilir, üzerinde intifa kurulur veya herhangi başka yolla mülkiyeti ya da zilyetliği devredilirse bile, gemiyi devralan üçüncü kişi kanuni rehinin muhatabı olacaktır. ⁴⁶ Hatta geminin işletilmesi, çalınma ya da gasp gibi gemi malikinin rızası dışında haksız bir sebebe dayansa dahi gemi alacaklısı hakkı veren bir alacağın doğumu ile gemi alacaklısı hakkı ortaya çıkacaktır. ⁴⁷ Ayrıca 1993 Rehin MS'nin 8. maddesinde “...gemi alacaklısı hakları, geminin malikinin veya sicilinin ya da bayrağının değişmesine bakılmaksızın, gemiyi takip eder.” denilerek gemi alacaklısı hakkının sağladığı takip hakkının bu durumlar için de devam edeceği belirtilmiştir. ⁴⁸

Taşınır rehni⁴⁹ niteliğinde olan gemi alacaklısı hakkı diğer rehinlerden farklı olarak teslim gerektirmeksizin, yani geminin zilyetliğinin rehin hakkı sahibine geçirilmeksizin gemi ve eklentileri üzerinde doğar. ⁵⁰ Gemi alacaklısı hakkından doğan kanuni rehin hakkının kullanılması zilyetliğin devrine ve herhangi bir sicile tescile bağlı olmadığından hak aleniyetten yoksundur. ⁵¹ Rehne aleniyeti ancak (sicile tescil

- Ekim 2014 (B.T: 3/2015), C. XVIII, S. 3 - 4, s. 254 - 255; Kerim Atamer, Gemi ve Yük Alacaklısı Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra (Gemi ve Yük Alacaklısı Hakkı), XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5.04.1997), Ankara 1997, s. 221.

⁴⁴ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 177; SÖZER, s. 606.

⁴⁵ Sözer, s. 607; Türkel, s. 10 - 11; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 6; Doğrucu, s. 40

⁴⁶ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 187.

⁴⁷ Ulutaş, s. 10.

⁴⁸ Sözer, s. 608, dn 16.

⁴⁹ Eşya Hukukunda “taşınır rehni” hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 995 vd.

⁵⁰ Türkel, s. 9; Sözer, s. 605; Ulutaş, s. 25; Can, B., s. 21.

⁵¹ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 6; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 178; Kalpsüz, s. 13; Barlas, s. 9; Sözer, s. 603; Doğrucu, s. 40.

imkânı sağladığından) gemi üzerinde alınacak ihtiyati haciz kararı (TTK m. 1352, 1353) sağlar.⁵² Sonuç olarak gemi ihtiyaten haczedilmediği ve hak düşürücü süreler içinde olmak koşuluyla, gemi üzerindeki kanuni rehinler, gemi el değiştirdikçe gemiyi takip edecektir.

TTK m. 1325 hükmünün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere kanuni rehin hakkı veren gemi alacaklısı hakkı fer'i nitelikte bir aynı haktır. Bu nedenle asıl borç ilişkisine sıkı sıkıya bağlıdır ve asıldan ayrı ve bağımsız olarak ileri sürülemez (TTK m. 1377/1).⁵³ Bunun sonucu olarak bir alacağın gemi alacaklısı hakkı sağlayıp sağlamadığı hakkında tespit davası da açılmaz.⁵⁴ Asıl borç ilişkisi sona erdiğinde, gemi alacaklısı hakkı da sona ererken, gemi alacaklısı hakkının sona ermesi halinde asıl borç ilişkisi varlığını sürdürmeye devam edecektir.⁵⁵

Gemi alacaklısı hakkının vermiş olduğu kanuni rehin hakkı, geminin cebri icra yolu ile satılması halinde ihale bedelinden, diğer bütün adi ve rehinli alacaklar ile ihtiyati veya icrai haciz ile temin edilmiş olan alacaklardan ve hapis hakkından önce geleceği, yani imtiyazlı bir alacak hakkı olduğu, bu alanda düzenlenen üç milletlerarası sözleşmede⁵⁶ de öngörülmüştür.⁵⁷ Ancak müşterek avarya garame payı alacaklılarına hem 1993 tarihli Rehin MS hükümleri hem de TTK m. 1323/2 hükmü gereği bu öncelik hakkı tanınmamıştır.⁵⁸

TTK m. 1320' de 6 bent halinde sayılan gemi alacaklısı hakkı veren gemi alacakları *sınırlı sayı (numerus clausus)* prensibine tâbi olup yargı içtihatları veya doktrin tarafından yeni alacaklar ilave edilemez.⁵⁹ 1993 tarihli Rehin MS' de de aynı prensip geçerlidir. Ancak 6. madde ile taraf devletlere milli kanunlarına 4. maddede sayılmış olanlar dışında başka gemi alacaklısı hakkı tanıma yetkisi vermiştir. Fakat bu şekilde getirilen haklar, 4. maddede sayılanlardan ve akdi ipoteklerden sonra

⁵² Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 178.

⁵³ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 178; Sözer, s. 605; Ulutaş, s. 25;

⁵⁴ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 174.

⁵⁵ Sözer, s. 605

⁵⁶ 1926 Rehin MS, 1967 Rehin MS ve 1993 Rehin MS.

⁵⁷ Sözer, s. 608; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 6.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzel, s. 282-285.

⁵⁹ Atamer, İcra, s. 183 - 184; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 138; Süzel, s. 281 - 282. İstisnai hallerde kıyas yolu ile başka alacaklara da gemi alacaklısı hakkı tanınabileceğine ilişkin görüş için bkz. Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 26.

gelecektir.⁶⁰ TTK m. 1320/1-f bendi ile getirilen müşterek avaryaya garame payı alacakları bu duruma örnektir.

E. Doğumu, Sona Ermesi, Hak Düşürücü Süre ve Zamanaşımı

1. Doğumu

Geminin işletilmesi ile ilgili bir durum sebebiyle,⁶¹ TTK m. 1320' de sayılan gemi alacaklarından birinin doğması ile birlikte gemi alacaklısı hakkı da kanun gereği kendiliğinden doğar.⁶² Gemi alacaklısı hakkının doğması için zilyetliğin devrine ihtiyaç olmadığı gibi herhangi bir sicile tesciline de imkân bulunmamaktadır.⁶³ Bu sebeplerle gemi alacaklısı hakkı aleniyetten yoksun "gizli bir rehin" olarak nitelendirilmektedir.⁶⁴

Gemi alacaklısı hakkının doğumuna sebep olan alacaklar sözleşme, haksız fiil ya da kanundan kaynaklı olabilir.⁶⁵ Bununla beraber hakkın doğumu için geminin işletilmesinin hukuka uygun bir sebebe dayanmasına ve gemi malikinin rızasına gerek yoktur. Örneğin, gemi çalınmış ya da gasp edilmiş olsa dahi gemi alacağı niteliğindeki bir alacağın doğmasıyla gemi alacaklısı hakkı doğar ve hak sahibine kanuni rehin hakkını kullanma imkânı sağlar. Her ne kadar gemi alacaklısı hakkının doğmasını engellemese de kanun (TTK m. 1061/2, c. 2), gemi malikine, geminin işletilmesinin haksız ve gemi alacaklısının da kötü niyetli olduğunu kanıtlaması halinde, gemi alacaklısı hakkı sahibinin alacağını gemiden almasını engelleme imkânı vermektedir.⁶⁶

⁶⁰ Sözer, s. 609.

⁶¹ Geminin denizde işletilmesiyle doğrudan ilgisi olmayan, geminin satış bedeli, inşa bedeli, tamir bedeli, sigorta primleri gibi alacaklar gemi alacaklısı hakkı kapsamına girmezler. Barlas, s. 27; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 27; Doğrucu, s. 19; Fehmi Ülgener, "Gemi Üzerindeki Rehin Hakkı 'Gemi Alacaklısı Hakkı' ", *Deniz Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, Aralık 1997, s. 6; Günay, s. 66; Türkel, s. 5.

⁶² Türkel, s. 10; Doğrucu, s. 39; Sözer, s. 606; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 7; Barlas, s. 8;

⁶³ Atamer, Gemi ve Yük Alacaklısı Hakkı, s. 221; Barlas, s. 8; Tekil, s. 470; Kalpsüz, Gemi Alacaklısı Hakkı, s. 303; Ulutaş, s. 10; Can, B., s. 11; Kula-Değirmenci, s. 255; Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD K.T: 09.12.1999, 1999/8012 E., 1999/10117 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 27.03.2020)

⁶⁴ Türkel, s. 10

⁶⁵ Sözer, s. 607; Barlas, s. 9;

⁶⁶ Türkel, s. 10; Sözer, s. 607; Barlas, s. 8; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 7; Ulutaş, s. 10.

2. Sona Ermesi

Geminin mülkiyeti ya da zilyetliği değişse bile gemi alacaklısı hakkı gemiyi takip etmeyi sürdürür. Gemi satın almayı ya da kiralamayı düşünenler için gemi alacağı ile karşılaşma riski her zaman bulunmaktadır. Bu sebeple gemi alacaklısı hakkının sona erdiği durumlar önem arz etmektedir.

Gemi alacaklısı hakkını sona erdiren hallerden ilki geminin cebri icra yoluyla satılmasıdır. Mevzuat 1993 tarihli Rehin MS m. 12'deki düzenleme ile uyumlu olarak TTK m. 1388/2 "*Satış bedeli icra dairesine ödendiği anda, ipotek alacaklısının rızasıyla alıcı tarafından yüklenilenler dışında, gemi üzerindeki bütün aynı ve kişisel haklar, külfetler ve sınırlandırmalar sona erer*" şeklinde düzenlenmiştir. Türk bayraklı gemilerin yurtdışında cebri satışını düzenleyen TTK m. 1350'de yine mevzuat ile uyumludur. Buna göre gemi alacaklısının rehin hakkının sona erip ermediği, madde de sayılan diğer şartlar da yerine geldiği vakit, cebri icranın gerçekleştiği ülkenin hukukuna⁶⁷ göre belirlenecektir.⁶⁸

Gemi alacaklısı hakkının son bulmasına sebep olan sebeplerden ikincisi ise zapt ve müsadere. 3894 sayılı Denizde Zapt ve Müsadere Kanunu'nun⁶⁹ 79'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre bir nakil vasıtası ya da mal zapt edilirse hükmün kesinleşmesi ile artık Türk Devleti'nin malı haline gelir. Zapt edilmesi ile birlikte kamu malı haline gelen gemi üzerindeki tüm gemi alacakları da son bulur.⁷⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁷¹ 54'üncü maddesine göre iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya müsadere edilir ve artık kamu malı olan eşya üzerindeki tüm gemi alacakları son bulur. Ayrıca 618 sayılı Limanlar Kanunu'nun⁷² 7'nci maddesi uyarınca can, mal ve çevresel risk taşıyan veya seyir ve seferin selametine engel olabilecek suret ve vaziyette karaya oturmuş,

⁶⁷ "İşlemin yapıldığı sırada geminin bulunduğu ülke hukuku" kıstası hakkındaki tartışmalar için bkz. Can, B., s. 31, dn 88.

⁶⁸ Süzel, s. 335; Ulutaş, s. 99.

⁶⁹ RG 18.07.1940, S. 4564.

⁷⁰ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 71; Günay, s. 64; Barlas, s. 20; Ulutaş, s. 100 - 101.

⁷¹ RG 12.10.2004, S. 25611.

⁷² RG 20.04.1341, S. 95.

yarı batık veya batık halde yahut terk edilmiş veya âtil halde bulunan gemileri ve eşyasını, geminin donatanı veya kaptanı kendilerine verilen süre içerisinde kaldırmaz ise; liman yönetimi gemileri satmaya ve sattırmaya yetkilidir. Liman yönetiminin söz konusu gemiyi satması halinde üzerindeki tüm gemi alacaklısı hakları sona erer.⁷³

Hukukumuzda göre kurtarılamayacak şekilde batan veya tamir kabul etmez hale gelen tekne, gemi olma özelliğini kaybeder ve enkaz haline gelir. Doktrinde gemi alacaklısı hakkı doğduktan sonra geminin enkaz haline gelmesi halinde, doğmuş olan alacaklar yönünden rehin hakkının devam edeceği ileri sürülmektedir.⁷⁴ Burada hiçbir şekilde kurtarılamayacak ve ekonomik değerini tamamen yitirmiş olan gemiler üzerinde gemi alacaklısı hakkının sona erdiği; buna karşın gemi enkazının tamamının ya da bazı parçalarının kurtarılıp satılabilmesi durumunda ise hakkın devam ettiğinin kabulü gerekir.⁷⁵ Gemi alacaklıları gemilerin yok olması ya da ekonomik değerlerinin düşmesi durumunda sigorta tazminatı üzerinde hak iddia edemeseler de⁷⁶ TTK m. 1321/3'te sınırlı sayıda sayılan surrogatlar üzerinde kanuni rehin hakkını kullanabileceklerdir.

Feri hak niteliğinde ve asıla tâbi olan gemi alacaklısı hakkı, asıl alacağın son bulması ile sona erer. Buna göre gemi alacağı ödeme, takas ya da başka bir sebeple sona ermesi halinde kanundan doğan rehin hakkı da asıl alacakla birlikte son bulacaktır.⁷⁷

ETK döneminde doktrinde gemi maliki veya üçüncü bir kişinin borca karşılık teminat göstermesi halinde gemi alacağının son bulacağını ve alacağın teminat üzerine geçeceği görüşü kabul görmüştür.⁷⁸ Söz konusu görüş 6102 sayılı TTK m. 1370- 1371 ile birlikte hüküm haline gelmiştir. Yine eski kanun döneminde mahkemenin istisnai hallerde teminatın ikmaline karar verebileceği, ikmal edilmemesi halinde

⁷³ Doğrucu, s. 47; Günay, s. 64.

⁷⁴ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 10 - 11; Barlas, s. 21, dn 45. Geminin ziyayı halinde gemi alacaklısı haklarının düşeceği yönünde görüş için bkz. Tekil, s. 482.

⁷⁵ Günay, s. 65 - 66.

⁷⁶ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 22.

⁷⁷ Barlas, s. 22; Ulutaş, s. 102; Günay, s. 67; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 73.

⁷⁸ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 152.

geminin aynı alacak için tekrar ihtiyati hazine karar verilebileceği görüşü doktrinde ileri sürülmüş⁷⁹ ve TTK m. 1375'te sınırlı olarak sayılan haller ile hüküm altına alınmıştır.

Gemi alacaklısı hakkına sahip olan alacaklı tek taraflı bir irade beyanı ile bu hakkından feragat edebilir.⁸⁰ Deniz İş Kanunu'na (DİŞK)⁸¹ tâbi olan gemi adamlarının ücret alacağından feragat etmesi hususunda kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Doktrinde işveren baskısı altında imzalatılacak feragat karşı gemi adamlarını korumak için önleyici bir hüküm konulması gerektiği savunulmuştur.⁸²

ETK döneminde bulunmayan TTK m. 1379 hükmü de önce rehne başvuru zorunluluğu getiren İİK m. 45 gibi kamu düzenine ve maddi hukuka ilişkindir.⁸³ Buna göre gemi üzerinde kanuni rehin hakkına sahip olan alacaklılar, genel haciz yolu veya kambiyo senetlerine mahsus yollar ile takip yapmaları halinde artık kanun gereği rehin hakkından feragat etmiş olacaktırlar. Borçlunun bu takiplere itirazı üzerine takip durduktan sonra, alacaklı aynı alacak için rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunursa, borçlu süresiz şikâyet yolu ile takibi iptal ettirebilir.⁸⁴

Gemi alacaklısı hakkını sonlandıran hallerden olan hak düşürücü süre ve zamanaşımı konusu ise önemine binaen aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

⁷⁹ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 154 - 155; Günay, s. 68.

⁸⁰ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 72.

⁸¹ RG 29.04.1967, S. 12586.

⁸² Günay, s. 73 - 74.

⁸³ İİK m. 45'in maddi hukuka ilişkin olduğu hakkında bkz. İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 646. Meselenin usul hukuku kuralı olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 7. İİK m. 45'in kamu düzenine ilişkin olduğu yönünde bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, 2004, s. 840 vd; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 488. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD, K.T: 27.10.2009, 2009/11706 E., 2009/20653 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 01.04.2020)

⁸⁴ Talih Uyar, "Deniz İcra Hukukunda Kanuni Rehin Hakkına Sahip Alacaklıların Kanuni Rehin Hakkından Feragati (TTK m. 1379)", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, C. 8, Ekim 2013, s. 2907 - 2914.

3. Hak Düşürücü Süre ve Zamanaşımı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na (TMK)⁸⁵ göre aynı bir hak olan rehin hakları herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tâbi değildir.⁸⁶ Ancak sınırlı bir aynı hak olan gemi alacaklısının rehin hakkı belirli sürelerin dolmasıyla sona ermektedir. Aleniyetten yoksun olan bu rehin hakkı ipotekli alacaklıların menfaatlerini ve gemiyi iyi niyetli olarak satın alan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını olumsuz yönde etkilemektedir. Kredi veren kuruluşların ve gemiyi alan iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatlerin korunması amacıyla, bu kişiler tarafından öngörülemeyecek olan gemi alacaklılarının kanuni rehin hakkı, hak düşürücü sürelerle tâbi tutulmuştur.⁸⁷

Mülga Kanun döneminde kanuni rehin hakkı (ETK m. 1259) ve rehin hakkı sağlayan gemi alacaklısı hakkı (ETK m. 1260) yalnızca zamanaşımı ile sınırlandırılmaktaydı. TTK m. 1326 ile birlikte 1993 Rehin MS m. 9'a uygun olarak hak düşürücü süreler kabul edilmiştir. Buna göre gemi alacaklısı, kanuni rehin hakkını hak düşürücü sürelerin sonunda ileri süremeyecekken; rehin hakkı sağlayan asıl alacak TTK m. 1327'ye göre zamanaşımına uğramadığı sürece borçluya karşı ileri sürülebilecektir.⁸⁸

1993 Rehin MS'nin 4. maddesinden TTK m. 1320/1'in "a" ile "e" bentlerine aynen alınan gemi alacakları için tanınan kanuni rehin hakkı bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulmuştur (TTK m. 1326/1, c. 1). Ancak müşterek avarya garama payı alacakları için 1993 Rehin MS m. 6'ya uygun olarak TTK m. 1326/2 "a" ve "b" bentlerinde belirtilen altı aylık ve altmış günlük süreler uygulanacaktır.⁸⁹

Kanunda belirtilen bu hak düşürücü süreler gemi adamı alacakları bakımından gemi adamlarının gemiden ayrıldığı tarihten (TTK m. 1326/1-a), diğer gemi alacakları için ise alacağın doğduğu tarih esas alınarak başlayacaktır (TTK m. 1326/1).⁹⁰

⁸⁵ RG 08.12.2001, S.24607.

⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay - Özdemir, s. 29.

⁸⁷ Süzel, s. 292 - 293.

⁸⁸ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 188.

⁸⁹ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 191; SÖZER, s. 647.

⁹⁰ Sözer, s. 647; Süzel, s. 301; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 189.

Mülga kanun döneminde ihtiyati haczin zamanaşımını kesip kesmeyeceği yönünde tartışmalar bulunmaktaydı.⁹¹ 1993 Rehin MS m. 9/1, c. 1'e uygun olarak düzenlenen TTK m. 1326/1, c. 1 bu tartışmayı sonlandırmıştır. Buna göre bir yıllık süre içerisinde gemi alacaklısı mahkmeden ihtiyati haciz kararı alıp fiilen de uygulanmış⁹² olmadıkça hak düşürücü süre işlemeye devam edecektir.⁹³ Geminin ihtiyaten haczi sonrasında gemi alacağına karşılık güvence verilmesi halinde, alacaklının artık gemi alacağına ihtiyacı kalmayacağından gemi serbest bırakılacaktır. Ancak doktrinde ATAMER bu güvenceye rağmen geminin aynı alacak için yeniden ihtiyaten haczi gerekirse⁹⁴ bir yıllık sürenin kaldığı yerden devam etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁵

1993 Rehin MS m. 9/2'den alınan TTK m. 1326/3 fıkrası daha öncesinde ihtiyaten haczedilen bir geminin diğer bir alacaklı tarafından yeniden ihtiyaten haczedilmesinin hukuken caiz olmadığı durumlarda, bu zaman aralığı için hak düşürücü sürenin duracağı hüküm altına alınmıştır.⁹⁶ Zamanaşımının durmasına ya da kesilmesine ilişkin başkaca sebepler kıyasen de olsa burada uygulanamayacaktır.⁹⁷

TTK m. 1326 kanuni rehin hakkına ilişkin bir hak düşürücü süre iken TTK m. 1327 rehin hakkı veren gemi alacağına ilişkin zamanaşımını düzenlemektedir. Buna göre alacak hakkında kendi kanununda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş ise TTK m. 1326'da belirlenen süreler asıl alacak yönünden de uygulanacaktır. Örneğin bedensel zararlardan doğan tazminat alacakları için 10 yıllık, çatma ve kurtarmadan doğan tazminat alacakları için 2 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Buna göre kanuni rehin hakkından yararlanma imkânı 1 yılın sonunda biterken kalan 9 ve 1 yıllık süre içerisinde borçluya asıl alacağı ileri sürme hakkı devam edecektir.⁹⁸

TTK m. 1327'nin madde gerekçesinde "diğer kanunlardaki" ibaresiyle Deniz İş Kanunu'ndaki özel hükümlerin saklı tutulduğu be-

⁹¹ Atamer, İcra, s. 268.

⁹² TTK m. 1366 ve m. 1367'nin uygulanması hakkında bkz. Atamer, İcra, s. 400 vd.

⁹³ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 189.

⁹⁴ Atamer, İcra, s. 329 vd.

⁹⁵ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 190. Aksi yönde görüş için bkz. Süzel, s. 305, dn 944.

⁹⁶ Süzel, s. 306; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 190; Sözer, s. 647.

⁹⁷ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 191.

⁹⁸ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 191.

İrtilmiş olsa da DİŞK'da gemi adamlarının ücret alacaklarının ilişkin bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu⁹⁹ (m. 32/8) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK)¹⁰⁰ (m. 147/1-b) göre ücret alacaklarında zamanaşımı 5 yıl olarak belirlenmiştir. Buna karşın İş Kanunu m. 4/1-a'ya göre İş Kanunu hükümleri gemi adamlarının alacakları açısından uygulanamaz. Bu durumda iki ihtimal uygulama imkânı bulacaktır. İlki TBK m. 147/1-b'deki 5 yıllık zamanaşımı, ikincisi ise DİŞK'da özel bir hüküm yer almadığından TTK m. 1327'de öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresidir. Yargıtay'ın bu husustaki görüşlerinde tutarlılık bulunmamaktadır.¹⁰¹ Doktrinde DİŞK'da değişiklik yapılarak gemi adamlarının alacakları için özel bir zamanaşımı kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁰² Kanımızca böyle bir kanun değişikliği yapılmasa dahi DİŞK m. 48 ve İş Hukuku kurallarının *nispi emredici*¹⁰³ olması sebebiyle TBK m. 147'deki 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması yerinde olacaktır.

II. GEMİ ADAMLARININ ALACAKLARINDAN KAYNAKLANAN GEMİ ALACAKLISI HAKKI

A. Gemi Adamı

DİŞK m. 2: “Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemi adamı denir.” şeklinde düzenlenmiştir. TTK m. 934'de ise “Gemi adamları; kaptan, gemi zabitleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir.” denilmiştir. Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği¹⁰⁴ m.3/1-s'ye göre “Gemi adamı, geminin kaptanını, zabitlerini, yardımcı zabitlerini, stajyerlerini, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelini, ifade eder” şeklindedir.

“Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Tutma Standartları” (STCW-1978) ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 sayılı “Gemi Adamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilerin Gemi Adam-

⁹⁹ RG 10.06.2003, S. 25134.

¹⁰⁰ RG 04.02.2011, S. 27836.

¹⁰¹ TTK hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. Yargıtay 9. HD, 1971/12562 E., 1971/13460 K. TBK hükümlerinin uygulanacağı yönünde aksi karar için bkz. Yargıtay 9. HD, 2007/93 E., 2007/663 K. (Kararlar için bkz. Süzel, s. 296, dn. 916).

¹⁰² Süzel, s. 296

¹⁰³ Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 35.

¹⁰⁴ RG 10.02.2018, S. 30328.

ları ile Donatılması Hakkında Sözleşmesi" nin 2/d maddesinde "Gemi adamı bu sözleşmenin uygulandığı gemilerde belirli bir kapasiteyle istihdam edilen, milli yasa, tüzük veya toplu sözleşmelerle tanımlanan kişilere denir" şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa Birliği' nin 1999/63 sayılı direktifin 2. maddesinde de benzer tanım yapılmıştır.¹⁰⁵

Deniz Ticareti Hukuku açısından bir çalışanın gemi adamı olarak nitelendirilmesi için şu hususların bulunması gerekir;

- Gemi adamı, donatan tarafından deniz seferinde fiilen çalıştırılmak üzere hizmete alınan kişilerdir.¹⁰⁶ Mühendis, işletme müdürü, muhasebeci, istifçi gibi karada veya geçici olarak gemide bulunan çalışanlar gemi adamı vasfı taşımazlar. Ancak gemi adamlarının bu ve benzeri işleri de yapması gemi adamı sıfatlarını etkilemez.
- Gemi adamı kavramından donatanın kendi gemisinde çalışanları anlamak gerekir. Çalışanların başka bir gemide kurtarma, yardım veya pilotaj gibi sebeplerle kısa bir süre hizmet vermesi o gemi donatanı ile arasındaki hukuki ilişki açısından gemi adamı olarak nitelenemez.¹⁰⁷
- Gemi adamları güverte sınıfı, makine sınıfı ve yardımcı sınıf olmak üzere üç sınıfa ayrılmaktadır.¹⁰⁸ Buna göre gemi adamları yalnızca geminin sevk ve idaresi ile ilgili bulunan (mürettebat) kişilerden oluşmamaktadır. Hekim, aşçı, garson, kamarot, ütücü, temizlikçi gibi yolculara ve mürettebata fayda sağlamak için hizmet veren yardımcı sınıf personeller de gemi adamı vasfı taşımaktadırlar.¹⁰⁹

Buna göre *gemi adamı, donatanın denetimi ve talimatı altında, deniz seyrüseferindeki gemide ve gemiye ilişkin hizmetlerde çalıştırılan kişilerdir.*¹¹⁰ Ayrıca gemi adamlarına DİŞK hükümlerinin uygulanabilmesi için donatan ile arasında bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir.¹¹¹

¹⁰⁵ Esra Dünder, Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 62.

¹⁰⁶ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 29 – 30; Sözer, s. 619; Barlas, s. 34 – 36; Dünder, s. 58- 59.

¹⁰⁷ Tekil, s. 200.

¹⁰⁸ Dünder, s. 61.

¹⁰⁹ Günay, s. 107 – 109; Tekil, s. 200; Atamer, İcra, s. 185; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 154 – 155.

¹¹⁰ Sözer, s. 249.

¹¹¹ Bektaş Kar, Deniz İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 86.

1. Kaptan ve Kılavuz Kaptan

DİŞK m. 2/1-C'ye göre "Gemiye sevk ve idare eden kimseye veya zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekalet eden kimseye kaptan denir" Kaptan, tüm geminin sevk ve idaresinden sorumlu, gemide çalışan en yetkili gemi adamıdır.¹¹² Ayrıca hukukumuzda kaptanın, yolculuk esnasında donatanın, taşıyanın, yükletenin, taşıtanın, gönderilenin ve ilgisi bulunan diğer kişilerin menfaatlerini korumaya yetkili ve sorumlu olan kişi olduğu belirtilmektedir.¹¹³

Gerek TTK'da gerekse DİŞK ve diğer tüm mevzuatımızda kaptan gemi adamı olarak kabul edilmektedir. DİŞK m. 2/1-Ç'de ise "Kaptan veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili olan kimseye işveren vekili denir." şeklindeki düzenlemesi ile kaptanın, diğer gemi adamlarına karşı işveren vekili konumunda olduğu belirtilmiştir. Ancak bu durum kaptanın donatan karşısında işçi ve gemi adamı olmasını etkilemez. Kaptanın DİŞK'dan doğan haklarından ve TTK'daki gemi adamlarına tanınan imtiyazlardan yararlanmasına engel olmaz. Buna göre kaptan hem işveren vekili hem de gemi adamı niteliği taşımaktadır.¹¹⁴ Yargıtay önceleri birinci kaptanın gemi adamı (işçi) sayılmaması yönünde kararlar¹¹⁵ vermişse de bu kararından dönerek birinci kaptanın da gemi adamı (işçi) niteliği taşıdığını kabul etmiştir.¹¹⁶ Buna karşın TTK m. 1079 maddesine göre paydaş donatan olan gemi kaptanı, Deniz İş Hukuku kapsamında işçi sayılamayacak ve DİŞK hükümlerinden yararlanamayacaktır.¹¹⁷

Sığ, akıntılı ve derinlikleri tam olarak bilinemeyen boğaz ve limanlarda, bu yerel suları iyi bilen ve gemi kaptanlarına yardımcı olan de-

¹¹² Tekil, s. 194; Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 299; Mehmet Nusret Bedük, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012, s. 14.

¹¹³ Kar, s. 110; Sezgi Öktem Songu, "Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004, S. 3, s. 840; K. Ahmet Sevimli, İş Hukukunda Kaptan, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 1999, s. 49.

¹¹⁴ Süzek, s. 199; Kar, s. 111 - 112; Bedük, s. 14 - 15; Serdar Acar, Gemiadamı Talepleri, Akademi Yayınları, İstanbul 2012, s. 15.

¹¹⁵ Yargıtay HGK, K.T: 15.05.1974, 1970/9-112 E., 1974/520 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 10.04.2020).

¹¹⁶ Yargıtay HGK, K.T: 14.01.1981, 1979/11-263 E., 1981/11 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 10.04.2020).

¹¹⁷ Kar, s. 112 - 113.

neyimli kişilere *kılavuz kaptan* denir.¹¹⁸ Kılavuz kaptanların gemi adamı olup olmadığı yönünde doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

Bunlardan ilkinde göre, gemi kaptanı, merkezinde geminin olduğu bir işletmede gemi adamı olarak görev yaparken; kılavuz kaptan ise, kara merkezli bir işletmede deniz adamı olarak faaliyet göstermektedir.¹¹⁹ Kılavuzlar devlet tarafından yetkilendirilmiş özel ya da kamu tüzel kişiliği bulunan işletmelerde istihdam edildiklerinden, donatan ile iş sözleşmesi ilişkisi bulunmamaktadır. Kılavuz geçici olarak geminin güvenle ulaşımını sağlamak amacıyla kontrolü gemi kaptanından almaktadır ve bunun karşılığında bağlı bulunduğu işletmeye bedel ödenmektedir. Sorumluluk esas olarak gemi kaptanı üzerinde kalmaya devam eder.¹²⁰ Kılavuz kaptan donatanın emir ve talimatı altında olmadığından bir iş ilişkisi için gerekli olan unsurlardan bağımlı şekilde iş görme unsurunu eksik kılmaktadır. Bağımlılık unsuru, hizmet akdi benzeri özel hukuk sözleşmeleriyle çalışanlarla, işçilerin ayırt edilmesinde önem arz etmektedir.¹²¹ Bu sebeplerle kanun gereği zorunlu kılavuz bulundurulması gereken hallerde dahi kılavuzlar gemi adamı sayılamazlar.¹²²

İkinci görüşe göre ise, kılavuz kaptan, kılavuzluk hizmetlerini gemide ifa etmek üzere istihdam edilen bir işçi olduğundan gemi adamı sayılması gerektiği yönündedir.¹²³ DİŞK m. 2/1-C ve m. 27/1 hükümleri bu görüşü destekleyen maddeler olarak ileri sürülmektedir. Yargıtay da bir kararında ilgili hükümlere dikkat çekerek kılavuz kaptanın gemi adamı olduğu ve DİŞK'na tâbi olduğu yönünde karar vermiştir.¹²⁴

¹¹⁸ Necmettin Akten, "Kılavuz Kaptan Gemiadamı Mıdır?" (Kılavuz Kaptan), *İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı*, Eylül 2007, s. 123 vd.

¹¹⁹ Akten, Kılavuz Kaptan, s. 125.

¹²⁰ Gemi zorunlu sevk kılavuzunun kontrolündeyken gerçekleşecek çatmadan istisnai olarak TTK m. 1291/2 hükmü gereğince donatan sorumlu değildir.

¹²¹ Sevimli, s. 16.

¹²² Barlas, s. 36; Günay, s. 108; Kılavuz kaptanın doğrudan gemi adamı olamayacağı ancak dolaylı gemi adamı olarak vasıflandırılabilmesi yönünde bkz. Necmettin Akten, "Dolaylı Gemiadamı: Vapur Çaycıları ve Büfeciler" (Dolaylı Gemiadamı), *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 85, S. 1, Ocak 2011, s. 115, dn 11.

¹²³ Hasan Pekdemir, *Uluslararası Boyutları ile Yorumlu Deniz İş Hukuku*, Türk-İş Yayınları, Ankara 2011, s. 22; Bedük, s. 19.

¹²⁴ Yargıtay 9. HD, K.T: 08.10.2007, 2007/11920 E., 2007/29801 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 12.04.2020).

Kanımızca, DİŞK'da yer alan hükümler hukuki bir belirsizlik yaratsa da kılavuz kaptanların hizmet akdi benzeri bir sözleşme olan kılavuzluk faaliyeti gerçekleştirmeleri, donatanın emir ve talimatı altında bulunmaları ve yapılan işin niteliği gereği gemi adamı olarak kabulü mümkün değildir.

2. Gemi Zabitleri

Kaptanın gemideki tüm işleri tek başına organize etmesi mümkün olmadığından gemiyi sevk ve idare görevinde ona yardımcı olan, uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuata göre belirli yeterlilikleri sağladıklarına dair ehliyetleri bulunan, donatanın ücretli çalıştırdığı kişilere *gemi zabiti* denir.¹²⁵

Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirilme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşmeye (STCW-1978) dayanılarak hazırlanan 10.02.2018 tarihli Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'ne göre zabitler yaptığı iş ve önem derecesine göre çeşitli sınıflara ayrılmışlardır.¹²⁶ Geminin tek bir kaptanı bulunmaktadır. Ancak kaptana geminin sevk ve idaresinde yardımcı olan geminin 2. kaptanı (birinci zabıt), 3. kaptanı (ikinci zabıt), 4. kaptanı (üçüncü zabıt) gibi zabitler bulunmaktadır. Bunlar gerek duyulması halinde kaptan tarafından verilecek yetkiyle vekaleten geminin başına geçerler (TTK m. 1094/1, c.2).

3. Tayfalar

Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin 3/1-tt bendine göre "*Geminin güverte, makine ve kamara bölümlerinde çalışan ve gemi kaptanı, gemi zabiti, yardımcı zabitleri ve stajyerler dışında kalan gemiadamı*" şeklinde tanımlanmıştır. Güverte Bölümünde, gemici, usta gemici, güverte lostromosu, miço; Makine Bölümünde, silici, yağcı,

¹²⁵ Dündar, s. 59; Bedük, s. 20; Kar, s. 89

¹²⁶ Vardiya Zabiti (sınırlı vardiya ve uzak yol vardiya zabiti), Birinci Zabıt (ve uzak yol birinci zabiti), Gemi Güvelik Zabiti, Makine Zabiti (ve sınırlı makine zabiti, sınırlı başmakini, ikinci makinist, uzak yol vardiya makinisti, uzak yol ikinci makinisti, uzak yol başmakini) ve Gemi Yardımcı Zabitlerinden oluşmaktadır. Bedük, s. 20.

usta makine tayfası, makine lostromosu, elektro-teknik tayfası; Kamarra Bölümünde de kamarotlar çalışmaktadır. Tayfalar, kaptan ve gemi zabitlerinin emir ve talimatı doğrultusunda çalışırlar. Gemideki hiyerarşik yapı içerisinde en altta yer alan gemi adamı sınıfıdır.¹²⁷

4. Gemide Çalıştırılan Diğer Kişiler

Gemi Adamları başlıklı TTK'nın 934. maddesinde 1993 tarihli Rehin MS'ye uygun olarak "gemide çalıştırılan diğer kişiler"¹²⁸ ibaresi kullanılmıştır. Bu sayede özellikle yolcu gemisinde geminin sevk ve idaresi dışında değişik hizmetlerde bulunan ve geminin yola elverişli hale gelmesi için önem arz eden garson, aşçı, temizlikçi, doktor, hemşire gibi hizmetliler de bu tanım içine alınmıştır.¹²⁹

İç sularda yolcu taşıma işi yapan feribot ya da vapurların büfelelerinde çalışan personelin gemi adamı sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre bu personel, ticaret gemilerindeki kamarot ve aşcının verdiği hizmeti feribot ve vapur yolcularına vermektedir. Diğer gemi adamları ile birlikte hazır bulunmakta vapur limana varınca da günlük hizmeti son bulmaktadır. Geminin yaptığı yolculukların olağan rizikolarına diğer gemi adamları gibi katlanmaları dikkate alınarak gemi adamı sayılmaları ve Gemi Adamları Yönetmeliği'nde bu personele de yer verilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹³⁰

Karşı yöndeki diğer görüşe göre ise yakın mesafelerde sefer yapan gemilerde çalışan büfeci ve çaycılar için ilgili yönetmelikte bir hüküm bulunmamakta ve geminin donatılmasına ilişkin asgari ölçütlerde bu personel sayılmamaktadır. Ayrıca bu personel yeterliliklerini gösterir gemi adamı belge ve cüzdanına da sahip değildirler. Her ne kadar hizmet gemide gerçekleşse de bu personel karada çalışanlar gibi belirli bir mesaiye sahip olup, diğer gemi adamları gibi dinlenme zamanla-

¹²⁷ Bedük, s. 21; Özbay Demirel, Gemi Adamlarının Hizmet Mukavelelerinden ve İş Hukukundan Doğan Hakları, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 5.

¹²⁸ Terim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, İcra, s. 185.

¹²⁹ Süznel, s. 210; Bedük, s. 21; Kar, s. 90 - 91.

¹³⁰ Akten, Dolaylı Gemiadamı, s. 119 - 110.

rını gemide geçirmemekte, iâşe ve barınmaları karşılanmamaktadır. Gemiyle ilgili hiçbir sorumluluğu bulunmayan bu personelin DİŞK'na tâbi olmayacağı, 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi olacağı haklı olarak ileri sürülmüştür.¹³¹

B. Gemi Adamlarının Alacakları

1. Gemide Çalıştırılmaları Dolayısıyla Ödenecek Ücretler ve Diğer Tutarlar ile Bu Hallere Yabancılık Unsurunun Etkisi

a. Gemi Adamı Alacaklarının Kapsamı

Mehaz Alman Ticaret Kanunu'na benzer olarak 1929 tarihli ETK'nu m. 1295/1 b. 3 ve 1956 tarihli ETK m. 1235/1 b. 3'te gemi adamlarına "hizmet ve iş sözleşmelerinden doğan alacakları" için gemi alacaklısı hakkına başvurma imkânı verilmiştir. 2011'de kabul edilen TTK ile birlikte 1993 tarihli Rehin MS'ye uygun olarak gemi alacağının doğması için "gemide çalıştırılma" ölçütü kabul edilmiştir. Bu sayede hükmün kapsamı genişletilerek gemide herhangi bir iş ya da hizmet sözleşmesi olmadan çalışan gemi adamları da ücret alacakları için gemi alacaklısı hakkından yararlanabilecektir.¹³²

Gemi adamının, gemi alacaklısı hakkı kazanabilmesi için gereken gemide çalıştırılmakta olma koşulu, tüm hizmetin/çalışmanın aralıksız gemide gerçekleşmesini gerektirmez. Kanun gereği ya da işverenin onayı ile gemiden ayrı geçirilen süreler için doğan alacaklar da bu hükmün kapsamındadır.¹³³ Örneğin, gemide çalıştırılmak üzere bir otelde bekletilen gemi adamlarının, bu süre zarfında doğan alacakları da gemi alacaklısı hakkı kapsamındadır.¹³⁴

Gemi adamlarının işveren ile olan iş sözleşmesi ve bu sözleşmeye uygulanacak olan mevzuat¹³⁵ uyarınca gemide çalışmalarını sebebiyle

¹³¹ Kar, s. 92 - 93; Bedük, s. 11 - 12.

¹³² Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 156; Sözer, s. 618; Süzel, s. 208; İngiliz ve Amerikan Hukuklarında kabul gören "gemiye sağlanan hizmet neticesinde hak edilen ücret" ölçütünün kabul edilmesinin daha geniş bir koruma sağlayacağı yönündeki görüş için bkz. Günay, s. 109 - 110.

¹³³ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 157.

¹³⁴ İngiliz Hukukunda aksi yönde bir uygulama için bkz. Ever Success [1999] 1 Lloyd's Law Reports, s. 833 - 834; detaylı bilgi için bkz. Günay, s. 114; Süzel, s. 215, dn 647.

¹³⁵ ILO tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelerde bu mevzuat kapsamın-

doğan her türlü alacak bu hükmün kapsamındadır. DIŞK'nun ücret başlıklı 29. maddesinde ücretin tanımı yapılmamış ve ücret alacağı'nın kapsamı sınırlandırılmamıştır.¹³⁶ Buna göre ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma, kullanılmayan izin ücretleri, ihbar tazminatı¹³⁷ ve kıdem tazminatı bu alacaklara örnek olarak sayılabilir. Gemi adamlarının geminin işletilmesi sırasında gelen bedensel zararlar da TTK m. 1320/1-b bendine dayanarak manevi zararları için gemi alacaklısı hakkına başvurabilecektir. Mevzuatta açık bir hüküm olmamasına karşın doktrinde, *psikolojik taciz (mobbing)* gibi bedensel olmayan zararların da gemi alacaklısı hakkı bahşedeceği ileri sürülmektedir¹³⁸.

Mehaz 1993 Rehin MS ve TTK'da yer alan "*diğer tutarlar*" kavramı konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. Rehin MS'nin görüşmelerinde gemi adamlarının ülkelerine geri gönderilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılım payları uygulamada yaşanabilecek sıkıntılar göz önüne alınarak madde metnine açıkça yazılmıştır.¹³⁹ Aynı endişe iş ilişkisi sonlandıktan sonra doğan *kıdem tazminatı* için de gündeme getirilmiştir. Ancak kıdem tazminatının "*diğer tutarlar*" kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek bu yönde bir ekleme yapılmamıştır.¹⁴⁰

dadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzel, s. 217; Demirel, s. 65 - 85.

¹³⁶ Süzel, s. 217.

¹³⁷ Sözer, s. 618.

¹³⁸ SamiAksoy, Gemi Adamının Manevi Tazminat Alacağı Gemi Alacaklısı Hakkı Bahşeder mi?, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 115 - 129. Aksi yönde karar için bkz. "İhtiyati haciz isteyen davacı vekili her ne kadar İstanbul 12. İş Mahkemesine ait 28/02/2017 tarih, 2016/1579 esas 2017/182 karar sayılı ilamıyla verilen 20.000,00 TL manevi tazminat açısından TTK madde 1320 gereğince gemi alacaklısı hakkına sahip olduklarından bahisle davalılar hakkında ihtiyati haciz talebinde bulunmuş ise de, TTK 1320 maddesinde gemi adamlarına gemide çalışmaları karşılığında ödenecek ücret ve diğer tutarlara ilişkin alacaklara gemi alacaklısı hakkı tanındığı, maddede hizmet sözleşmesi kapsamında işçilik ücreti ve diğer tutar olarak kıdem ve ihbar tazminatı gibi ödemelerin kastedildiği, somut olaydaki manevi tazminat alacağının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, bu nedenlerle ilk derece mahkemesince ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı, davacı vekilinin istinaf sebep ve gerekçelerinin haksız olduğu kanaatine varılmakla, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine oy birliği ile karar vermek gerekmiş olup, aşağıdaki hüküm kurulmuştur". İstanbul BAM 29. HD, K.T: 31.05.2018, 2018/1743 E., 2018/850 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 15.04.2020)

¹³⁹ Süzel, s. 215.

¹⁴⁰ Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 30; Süzel, s. 216; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 156.

Bağlama limanı dışında bulunduğu zamanlarda geminin iyi halde muhafazası için kaptan tarafından gerçekleştirilen hukuksal işlemlerden doğan masraflar Deniz Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ile Alâkalı Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (1926 Rehin MS) m. 2 b. 5 uyarınca gemi alacaklısı hakkı ile teminat altına alınmaktaydı. Bu alacak kalemlerine Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpoteklerine Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme (1967 Rehin MS) ve 1993 Rehin MS’de yer verilmemiştir. Buna karşın Alman hukukçular tarafından 1993 Rehin MS görüşmeleri sırasında bu istemlerin *diğer tutarlar* kavramı içine girecek şekilde yorumlanmasından endişe duyularak *diğer tutarlar* ibaresinin metinden çıkarılması önerilmiştir. Ancak gemi adamlarının işverenle iş ilişkisinden doğan alacakları gemi alacaklısı hakkı ile güvence altına alınmıştır. Yoksa kaptanın, donatanı temsil yetkisine dayanarak yaptığı işlemler, iş sözleşmesinden doğan alacak olarak değerlendirilemez. Bu sebeplerle ve gemi adamlarına sağlanan güvencenin daraltılmaması maksadıyla, hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.¹⁴¹ Buna göre gemi adamlarının donatan adına, hizmet ilişkisi sebebiyle de olsa başka bir hukuki sebepten kaynaklı alacakları TTK m.1320/1-a hükmü kapsamında bir gemi alacağı hakkı vermeyecektir.¹⁴²

Gemi adamlarının ücretinin tespiti ve hesaplama şekli, gemi adamı ücreti kavramı üzerinde bir önem taşımaz. Bu sebeple ücret aylık ya da saat hesabı üzerine tespit edilebileceği gibi sefer başına götürü ücret¹⁴³ ya da kârdan pay alma şeklinde de kararlaştırılması gemi adamlarının gemi alacaklısı hakkı imtiyazından yararlanmasına engel olmaz.¹⁴⁴

b. Yabancılık Unsurunun Gemi Adamlarının Ücret Alacaklarına Etkisi

Gemi adamlarının büyük bir çoğunluğu yaptıkları iş gereği çalışmalarını ya farklı ülkelerde ya da açık denizlerde gerçekleştirmekte-

¹⁴¹ Süzel, s. 216; Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 156; Atamer, İcra, s. 186.

¹⁴² Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 157; Barlas, s. 37 – 38.

¹⁴³ Birim saptanmasının güç olduğu veya birbirine benzememesi nedeniyle seri olarak yapılması mümkün bulunmayan ya da devamlılık göstermeyip bir süre sonra biten işlerde işin sonucuna göre ücret kararlaştırılmasıdır. Bkz. Süzek, s. 397.

¹⁴⁴ Barlas, s. 36 – 37; Sözer, s. 618; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III, s. 30 dn 15.

dir. Ayrıca bir gemide çoğu zaman farklı vatandaşlıklara sahip gemi adamları da çalışabilmektedir. Bu durumların hepsi iş ilişkisinde yaşanacak olası bir ihtilafta olaya yabancılık unsuru katmaktadır. Yabancılık unsuru bulunan bir olayda gemi adamının kanuni rehin hakkını kullanarak alacağına ulaşmak istemesi halinde hangi ülke hukukunun uygulanacağı öncelikli olarak belirlenmesi gerekir. Burada iki aşamalı bir tespit yapmak gerekmektedir.

İlk olarak yabancılık unsuru bulunan olaylarda gemi adamlarının işçilik alacaklarının hangi ülke hukukuna göre tespit edileceği sorusuna cevap bulmak gerekmektedir. Bilindiği üzere bir hukuki ihtilafta *yabancılık unsuru*¹⁴⁵ bulunması halinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁴⁶ uygulanacaktır.¹⁴⁷ Yabancılık unsuru bulunan bir olayda gemi adamının kıdem dahil olmak üzere diğer tüm işçilik alacakları için “İş Sözleşmeleri” başlıklı MÖHUK m. 27 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Maddenin ilk fıkrasına göre tarafların iş akdinde serbestçe tayin ettiği hukuk hâkim tarafından uygulanacaktır. Ancak gemi adamının *mutad* işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumaya ilişkin kurallar saklı kalacaktır. Başka bir ifadeyle seçilen hukuk mutad

¹⁴⁵ Kavram hakkında farklı tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ersin Erdoğan/Canan Erdoğan, “Türkiye’den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2016, S. 50, C. 13, s. 961 - 964 Belkis Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, S. 1, C. 3, s. 279 - 280; Kudsiye Nazlı Kafa Karakaya, Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 13 - 18; Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 39 - 46; Yargıtay HGK, K.T: 07.06.1989, 1989/10-316 E., 1989/411 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 16.04.2020); Ayrıca doktrindeki, yabancılık unsuru bulunmaması halinde tarafların yabancı hukuk seçme iradesi, sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirip getirmeyeceği tartışması hakkında bkz. Kafa Karakaya, s. 14 - 17.

¹⁴⁶ RG 12.12.2007, S. 26728.

¹⁴⁷ Kanun’un uygulanması için yabancılık unsuru şart olsa da herhangi bir tanımlanmamıştır. Söz konusu kavrama ilişkin mevzuatımızda yol gösterici ilk tanım 21.06.2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun’un “Yabancılık Unsuru” başlıklı ikinci maddesinde yapılmıştır. Burada yer alan tanımın yalnızca ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarla sınırlı uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Özel Sayı, Cilt: 16, s. 1032.

işyeri hukukunun işçiye sağladığı korumadan daha az koruma sağlanması halinde, bu hukuk seçimi dikkate alınmayacaktır.¹⁴⁸ Doktrinde iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin açık ya da örtülü yapılabileceği gibi; tam veya kısmi yapılabileceği de kabul edilmektedir.¹⁴⁹

Taraflar iş sözleşmesinde herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde MÖHUK m. 27/2 gereği gemi adamının işini mutad olarak yaptığı yer hukuku (*lex loci laboris*)¹⁵⁰ uygulanacaktır. İşin zaman ve içerik olarak çoğunlukla gerçekleştiği yer mutad iş yeri hukuku olarak kabul edilmektedir.¹⁵¹ Mutad işyerinin uzun bir zaman için dahi olsa geçici olarak değişmesi, bağlama kuralının uygulanmasını engellemeyecektir (MÖHUK m. 27/1-c.2).¹⁵² İşçinin iş görme edimini gerçekleştirdiği mutad bir işyerinin bulunmaması, sürekli olarak farklı ülkede ya da hiçbir ülke egemenliği altında olmayan yerlerde çalışması halinde MÖHUK m. 27/3 gereği *işverenin esas işyerinin*¹⁵³ bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu hüküm sürekli olarak açık denizlerde seyrüseferde olan gemi adamları için önem arz etmektedir.¹⁵⁴ Esas işyeri kavramı ile işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülke kastedilmektedir.¹⁵⁵ Ancak Kanun işverenin birden fazla işletme merkezi bulunması ya da işletme merkezi bulunmaması durumunda hangi ülke hukukunun uygulanacağını belirtmemiştir.

¹⁴⁸ Seçilen hukuk ile mutad işyeri hukuku arasında işçi lehine olan asgari düzenlemenin tespiti "yararlılık ilkesine" göre yapılmaktadır. Buna göre işçi lehine daha elverişli olan hukuk tespit edilmektedir. Yararlılık karşılaştırması yöntemleri ve karşılaştırma ölçütleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Vahit Doğan, "5718 sayılı Kanun'a Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", GÜHFD, Dr. İbrahim Ongün Armağanı, 2007, C. XI, S. 1-2, s. 155 - 158; Zeynep Derya Tarman, "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, 2010, C. 59, S. 3, s. 530 - 533; Kafa Karakaya, s. 42 - 45.

¹⁴⁹ Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 390; Tarman, s. 528 - 529; Kafa Karakaya, s. 23 - 29; Elçin, s. 77 - 79.

¹⁵⁰ Mutad işyeri hukuku kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Elçin, s. 120 - 126; Kafa Karakaya, s. 48 - 58.

¹⁵¹ Tarman, s. 534; Erdoğan/Erdoğan, s. 974

¹⁵² Çelikel/Erdem, s. 390. Hangi durumlarda mutad işyerinin geçici olarak değiştiği hususunda farklı görüşler için bkz. Tarman, s. 536 - 537; Elçin, s. 129 - 137.

¹⁵³ Kafa Karakaya, s. 58 - 62.

¹⁵⁴ Gemi adamlarının iş sözleşmesine geminin bayrak ülkesinin uygulanması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz. Elçin, s. 145 - 146.

¹⁵⁵ Tarman, s. 537.

Mevcut bütün hal ve şartlara göre mutad mesken ve işverenin esas işyerine uygulanacak olan hukuktan *daha sıkı ilişkili*¹⁵⁶ bir hukuk tespit edilebiliyor ise MÖHUK m. 27/4'e göre hâkim bu hukuku uygulayabilecektir. Doktrinde bir görüş¹⁵⁷ daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında hâkimin dikkate alması gereken en önemli unsurun işçinin menfaati olduğunu ileri sürerken; bir başka görüşe¹⁵⁸ göre işçinin daha az lehine olsa dahi, daha yakın irtibatlı hukukun uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanabilmesi için tarafların açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapmamış olmaları gereklidir. Aksi halde daha sıkı ilişkili bir ülke hukuku bulursa dahi seçilen ülke hukukunun uygulanması lazım gelir.¹⁵⁹

İkinci aşama ise yetkili ülke hukukuna göre tespit olunan işçilik alacaklarının gemi alacaklısı hakkı verip vermediğini hangi ülke hukukuna belirleneceğidir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1999 tarihli "*Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Milletlerarası Sözleşme*"nin¹⁶⁰ (1999 İhtiyati Haciz MS) 3. maddesinin 1. fıkrasının "e" bendinde¹⁶¹ bir alacağın gemi alacağı sayılıp sayılmayacağı, geminin ihtiyati haczi için başvuru ülke hukukuna göre belirleneceği belirtilmiştir. Ancak 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun*'un "*Taşıma araçları*" başlıklı 22. maddesinde "*Hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir.*" denilmektedir. Buna göre, gemi alacaklısı hakları da dahil olmak üzere, gemiler üzerindeki tüm

¹⁵⁶ Daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken dikkate alınabilecek kriterler doktrinde; işçinin ve işverenin ortak vatandaşlığı, ücretin ödendiği para birimi, iş sözleşmesi ile söz konusu ülke hukukunda uygulanan daha önceki bir sözleşmeye gönderme yapılmış olması, işçinin ve işverenin yerleşim yeri, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, sözleşmede kullanılan dil veya sözleşmenin şekli, olarak belirtilmektedir. Kafa Karakaya, s. 64 - 65; Elçin, s. 152; Doğan, s. 161 - 162; Erdoğan/Erdoğan, s. 976 - 977.

¹⁵⁷ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul 2017, s. 336; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2018, s. 293.

¹⁵⁸ Elçin, s. 148.

¹⁵⁹ Tarman, s. 539; Nomer, s. 336.

¹⁶⁰ *Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Milletlerarası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna dair 6904 sayılı Kanun*'un 25.03.2017 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

¹⁶¹ 1999 İhtiyati Haciz MS m. 3/1-e: "*Hakkında deniz alacağı ileri sürülen herhangi bir geminin ihtiyati haczi: istem, geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı ileri sürülmüş ve ihtiyati haciz için başvuru Devletin hukukuna göre bir gemi alacaklısı hakkıyla teminat altına alınmıştır; mümkündür.*"

aynı haklar gemilerin tescil edildiği devletin hukukuna tâbi tutulmuştur. Bu hüküm, 1999 tarihli Sözleşmenin anılan hükmüyle çelişmektedir. Söz konusu çelişkinin yaratacağı sorunları gidermek için TTK'nun meclisteki görüşmeleri sırasında bir önerge ile gemi alacaklısı hakkı veren alacak kalemlerini düzenleyen 1320. maddeye eski kanunda bulunmayan üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, "Türkiye'de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk hukuku uyarınca belirlenir" denilmiştir. Buna göre yabancılık unsuru olan bir olayda, olaya uygulanacak olan hukuktan bağımsız olarak gemi adamları, işçilik alacakları için Türk mahkemelerine başvurduğunda hâkim, TTK m. 1320/3 gereğince bu alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediğini Türk hukukuna göre belirleyecektir.¹⁶²

c. Özellik Arz eden Bazı Gemi Adamı Ücretleri

Gemi adamlarının gemi alacaklısı veren ücret alacaklarından genel olarak bahsettikten sonra özellik arz etmesi ve birtakım tartışmalar olması sebebiyle bazılarını detaylıca incelemekte fayda vardır.

aa. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı;¹⁶³ *Kanunda gösterilen fesih hallerinde en az bir yıllık kıdeme sahip işçiye veya işçinin ölümü halinde hak sahiplerine işveren tarafından kanun gereği ödenmesi icap eden, miktarı işçinin kıdemine ve son brüt kazancına göre belirlenen bir miktar paradır.*¹⁶⁴ Kıdem tazminatının hukuki niteliği konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır.¹⁶⁵

¹⁶² Süzel, s. 169.

¹⁶³ Kıdem tazminatı ilk kez Fransa'da fabrikada işinden başarıyla ayrılan işçilere işveren tarafından hediye olarak verilmeye başlanmış ve sonraları toplu iş sözleşmelerine bir tazminat olarak girmiş ve en nihayetinde de yasalarla hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer Demirebilek, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar", *TBB Dergisi*, Aralık 2014, S. 115, s. 432 - 433.

¹⁶⁴ Resul Limon, "Türkiye'de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu", *İş ve Hayat Dergisi*, 2015, C. 1, S. 1, s. 148; F. Kerim Anadolu, "Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdemine Hesaplanması", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003, S. 10, s. 241.

¹⁶⁵ Kıdem tazminatının ücret niteliğinde olduğu, tazminat niteliğinde olduğu, işsizlik sigortası niteliğinde olduğu, iş güvencesi sağlama niteliğinde olduğu ve ikramiye niteliğinde olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin hepsi eleştirilmiş ve bu nitelendirmelerin kıdem tazminatını açıklamada yetersiz kaldığını ve bu sebeple kıdem tazminatının sui generis (kendine özgü) bir kurum olduğu savunulmuş-

aaa. İş Kanunu ve DİŞK'na Tâbi Olmayan Gemi Adamları

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 4. maddesinde "deniz ve hava taşıma işlerinde" İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre gemi adamlarının kıdem tazminatı için öncelikli olarak 854 sayılı Deniz İş Kanun'u uygulama alanı bulacaktır. Ancak Kanun'un kapsamını belirleyen birinci maddesinde "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır" denilerek bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre sınırlamanın dışında kalan çalışanlar bakımından hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. Bu ihtimalde gemi adamı ve işvereni arasındaki iş ilişkisine genel kanun olan TBK'nın 393 ve devamı maddelerinde düzenlenen *hizmet sözleşmesi* hükümlerinin uygulanması lazım gelir.¹⁶⁶ Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.¹⁶⁷

Akla gelen bir başka soru ise hizmet sözleşmelerini düzenleyen TBK hükümlerinde kıdem tazminatı düzenlenmemiştir. O halde İş Kanunu ve DİŞK'na tâbi olmayan işçilerin, iş ilişkileri haksız olarak sona erdirilmesi halinde kıdem tazminatı alamaması gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır ki bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır. TBK'da kı-

tur. Detaylı bilgi için bkz. S. Alp Limoncuoğlu, "Karşılaştırmalı Hukukta Kıdem Tazminatı Uygulamaları", Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak - Şubat 2010, s. 47; Demirbilek, s. 432; Limon, s. 159; Anadolu, s. 241; Süzek, s. 771.

¹⁶⁶ Erdal Gökçe, "Deniz İş Kanunu'nun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 2, s. 741 - 742; Süzek, s. 242.

¹⁶⁷ "İş ilişkisine dayalı bir uyuşmazlıkta işçi deniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu kapsamında kalmaz ise uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır". Yargıtay 9. HD, K.T: 15.01.2018, 2015/16211 E., 2018/76 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 18.04.2020).

"Ancak, yabancı bayraklı gemide çalışan davacı, davasını hizmet sözleşmesi ve iş hukuku hükümlerine dayalı olarak açmıştır. Hizmetin ifa edildiği geminin, Türk bayraklı olmayıp yabancı bayraklı olması nedeniyle uyuşmazlık, Türk bayraklı gemilerde bir hizmet akdi ile yapılan çalışmalarını düzenleyen 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durumda, taraflar arasındaki temel ilişki hizmet akdinden kaynaklanıp, uygulanacak hükümleri de hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler olduğundan ve uyuşmazlıkta Asliye Hukuk Mahkemesi görevli bulunduğu yargılamaya devamla hüküm tesisi gerekirken, uyuşmazlığın ticari nitelikte olduğu ve asliye ticaret mahkemesinin görevli bulunduğu kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir". Yargıtay 11. HD, K.T: 03.10.2016, 2016/6539 E., 2016/7658 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 19.04.2020).

dem tazminatına ilişkin bir düzenleme bulunmasa da kanun koyucu hâkime bu eşitsizliği ortadan kaldırmaya yarayacak bazı özel tazminat imkânları tanımıştır. Bunlardan ilki “Feshe karşı koruma” başlığını taşıyan TBK’nın 434. maddesidir. Buna göre, “Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür” denilerek kötü niyetli fesihler için işçiye koruyan özel bir tazminat türü belirlenmiştir. Kanun koyucu kötüye kullanımları sınırlı olarak sayma yoluna gitmemiş ve hâkime geniş bir takdir hakkı tanımıştır.

Söz konusu eşitsizliği gidermeye yönelik ikinci tazminat ise TBK m. 438’de düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu süreler uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir” denilerek işçinin müspet zararının¹⁶⁸ giderilmesi sağlanmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz” şeklindeki düzenleme ile İş Kanunu ve DİŞK hükümlerinden yararlanamayan işçiler açısından eşitsizliğin bir noktaya kadar giderilmesi imkânı sağlamaktadır.¹⁶⁹ Tüm bu tazminat kalemlerine rağmen, kıdem fazla olan işçiler için eşitsizlik devam edeceğinden TBK’da kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılması en doğru çözüm olacaktır.

bbb. Kıdem Tazminatına Yabancılık Unsurunun Etkisi

Yabancılık unsuru içeren bir hukuki ihtilafta Türk yargı yerinin farklı bir ülke hukukunu uygulaması gerektiğinde, özellikle kıdem tazminatı uygulaması olmayan bir ülkenin hukukunu uygularken hâkim uyuşmazlığı nasıl çözecektir sorusu akla gelmektedir. Dünyada

¹⁶⁸ Müspet zarar kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, C. 1, s. 396 vd.

¹⁶⁹ Hükümde belirtilen üst sınırın işçinin çıplak ücreti üzerinden mi yoksa İş Kanunu’ndaki gibi giydirilmiş brüt ücreti üzerinden mi hesaplanacağı açık değildir. Hükümün “ratio legis”inden zayıf konumda olan işçinin korunmaya çalışıldığı anlaşıldığından hesaplamının brüt ücret üzerinden yapılması gerektiği kanısındayız.

kıdem tazminatı uygulaması ülkeden ülkeye değişmekle birlikte bazılarında bu yönde zorunlu bir uygulama bulunmamaktadır.¹⁷⁰ Buna göre yabancılık unsuru içeren bir olayda hâkim, bağlama kuralı olarak tayin ettiği ülkelerden birinin hukukunu uygularken kıdem tazminatı uygulaması bulunmaması halinde, gemi adamı bu alacak yönünden gemi alacaklısı hakkına sahip olamayacak mıdır?

Doktrinde kıdem tazminatı yönünden tartışma Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1992 tarihli kararı¹⁷¹ üzerinden yapılmaktadır. Yargıtay'ın bu kararı hakkında ileri sürülen bir görüşe göre, kıdem tazminatı hakkı asgari norm niteliğinde olduğundan işçiler için vazgeçilmez niteliktedir. Buna göre 1475 sayılı Kanun'un¹⁷² halen yürürlükte olan 14. maddesi işçiler için asgari koruma sağlamakta olup bu korumanın altına inilmesi kamu düzeni müdahalesini gerektirmektedir.¹⁷³ Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, yetkili yabancı hukukun kıdem tazminatı miktarını Türk hukukundan farklı düzenlenmiş olması kamu düzeni müdahalesini gerektirmez.¹⁷⁴ Kamu düzeni müdahalesini gerektiren sebepler, yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren sebeplerden daha önemli olmalıdır.¹⁷⁵ Kamu düzeni müdahalesi sınırlı

¹⁷⁰ Limoncuoğlu, s. 48 vd.

¹⁷¹ Olayda, Türk işveren tarafından Libya'da çalıştırılan Türk işçinin kıdem tazminatını Türk hukukuna göre alması üzerine, Libya kanunlarında göre daha az kıdem tazminatı öngörülmesi ve yabancılık unsuru bulunduğundan, yetkili hukukun uygulanarak daha az kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğinden bahisle, işveren şirket işçi aleyhine fazla ödemenin iadesi için takip başlatmış ve itiraz üzerine Türk mahkemelerinde dava açmıştır. Yerel mahkeme davacı işvereni haklı bularak dava konusu değer bir kısmını hüküm altına almıştır. Davalı işçi tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "Kıdem tazminatı Türk kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla taraflar arasındaki uyuşmazlığın, Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerekir" gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yargıtay 9. HD, K.T: 06.07.1992, 1992/1621 E., 1992/7890 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 22.04.2020).

¹⁷² RG 01.09.1971, S. 13943.

¹⁷³ Tankut Centel, "Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk- Kamu Düzeni", *İş Hukuku Dergisi*, 1992, S.1, s.605-607; M. Fatih Uşan/Musa Aygül, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurtdışındaki İş Yerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", *Legal YKİ Dergisi*, Mayıs 2007, s. 89; Nuray Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, 1997, s. 136.

¹⁷⁴ Elçin, s. 202 - 205; Erdoğan/Erdoğan, s. 982; Tarman, s.545.

¹⁷⁵ Derya Doğan, "Kıdem Tazminatı Ödenmesinde Türk ve Yabancı Hukuk Normla-

ve istisnai nitelikli olduğundan uygulanmasında çekimser davranılması gerekir.¹⁷⁶ Ancak yetkili yabancı ülke hukukuna göre belirlenen kıdem tazminatı adalet duygusunu zedeleyecek oranda az olması ya da hiç düzenlenmemiş olması halinde kamu düzeni müdahalesi mümkün olabilmelidir.¹⁷⁷

Bazı durumlarda yabancılık unsuru bulunmasına rağmen yetkili yabancı hukuk uygulanmamaktadır. Buna sebep olan durumlardan ilki MÖHUK m. 6'da sayılan "doğrudan uygulanan kurallardır".¹⁷⁸ İkinci durum ise MÖHUK m. 5'te düzenlenen "kamu düzenidir".¹⁷⁹ Kamu dü-

rünün Uygulanma Koşulları ve Karar İncelemesi", *İntes İşveren Dergisi*, 1992, S. 12, s. 23

¹⁷⁶ Tarman, s. 546; Elçin, s. 202.

¹⁷⁷ Erdoğan/Erdoğan, s. 983; Tarman, s. 546. Kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması ihtimalinde dahi kamu düzeni müdahalesinin doğmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Gaye Baycık, "Çalıştırılmak Üzere Yurtdışına Götürelen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, İNTES Yayınları, Ankara 2017, s. 119.

¹⁷⁸ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 153 - 154. İç hukukta kamu menfaati ağırlıklı ve emredici nitelikte olan bu kurallar, ülke hukuku için taşıdıkları önem nedeniyle, yabancılık unsuru bulunan hukuki ilişkilerde, yabancı hukuka bakılmaksızın doğrudan uygulanır. Bu kuralın uygulama imkânı bulabilmesi için işçi lehine olup olmadığına bakılmaksızın devletin önemli ekonomik ve sosyal politikalarına hizmet etmesi gerektiği belirtilmektedir. Vural Çelenk, s. 291; Elçin, s. 164. Doktrinde iş hukuku açısından yabancıların çalışma izinlerine ilişkin hükümler, ücret eşitliğini düzenleyen hükümler, asgari ücret, hamileleri ve çocukları koruyan hükümler, tatil ve bayram izinleri, ihbar süreleri, iş sağlığı ve güvenliği gibi hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Vural Çelenk, s. 291; Elçin, s. 170. Ancak bu yönde tespitlerin önceden yapılması hatalı uygulamalara götürebileceğinden her somut olay ve şartlara göre tespit yapmak ve yetkili hukuka müdahalenin istisna olduğunu göz önüne alarak dar yorumlamak gerekir. Erdoğan/Erdoğan, s. 966; Elçin, s. 166; Vural Çelenk, s. 288.

¹⁷⁹ "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve bireyler arasındaki ilişkilerde ahlak kurallarına uygunluğu temine yarayan kural ve kaidelerin tümü" olarak tanımlanmaktadır. Çelikel/Erdem, s. 139. "Ö halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir". Yargıtay İBKG, K.T: 10.02.2012, 2010/1 E.,

zeni kurumunun doğrudan uygulanan kurallardan en önemli farkı,¹⁸⁰ maddi olaya uygulanacak hukuk belirlendikten sonra ve Türk kamu düzenine açıkça aykırılık bulunması halinde uygulanma imkânı bulunmasıdır.¹⁸¹ Kamu düzeni müdahalesi halinde önce yetkili yabancı hukukta somut olaya uygulanabilecek başka bir hükmün bulunup bulunmadığı araştırılmalı, bulunamaması halinde Türk hukuku uygulanmalıdır.¹⁸²

Doktrinde kıdem tazminatının doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüş kıdem tazminatı hükümlerinin, işçiyi koruyucu ve işçi açısından asgari koruma standardı sağladığını ve devletin kamu menfaatini gözeten önemli ekonomik ve sosyal politikaları içerisinde değerlendirmiştir. Bunun sonucunda da kıdem tazminatı hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁸³ Ancak bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, kıdem tazminatı devletin kamu menfaatini gözeten ekonomik ve sosyal politikalarından ziyade, İş Hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesinin bir sonucudur.¹⁸⁴ Bu sebeplerle kıdem tazminatına ilişkin yabancılik unsuru bulunan ihtilaflarda doğrudan uygulanan kural müessesesi de uygulanmamalıdır.¹⁸⁵

2012/1 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 21.04.2020).

¹⁸⁰ Kamu düzeni uygulaması ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki fark için bkz. Çelikel/Erдем, s. 158 -159; Erdoğan/Erdoğan, s. 965 - 966.

¹⁸¹ Tarman, s. 544.

¹⁸² Elçin, s. 201. Kanunda kamu düzenine açıkça bir aykırılık aranması, kamu düzeni müdahalesinin de istisnai olarak uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Çelikel/Erдем, s. 141; Elçin, s. 199; Kafa Karakaya, s. 120; Nomer, s. 163. Doktrinde kamu düzeni müdahalesine örnek olarak hayat boyu çalışma sözleşmesi, kadının iş sözleşmesine kocanın engel olması hakkı, işçiyi fesih hakkı tanınmaması, ayrımcılık içeren iş ilişkisi hükümleri örnek olarak sayılmıştır. Ancak bu hallerde dahi kamu düzeni müdahalesi gerekip gerekmediğine her somut olayda yetkili yabancı hukukun uygulanması sonucunda istisnai olarak karar verilmelidir. Elçin, s. 196 - 197. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda çalışma hayatına dair hak ve özgürlüklere yer veren anayasal güvencelere aykırılık halinde uygulanacak hukuk kamu düzeni müdahalesi içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz. Elçin, s. 208 - 209.

¹⁸³ Kafa Karakaya, s. 115.

¹⁸⁴ Ersin Erdoğan, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, INTES Yayınları, Ankara 2017, s. 127 - 128; Baycık, s. 119; Elçin, s. 205; Erdoğan/Erdoğan, s. 970; Vural Çelenk, s. 290.

¹⁸⁵ İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu yönünde bkz. Zeynep Derya Tarman, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Un-

Kısaca özetlenecek olursa gemi adamlarının kıdem tazminatına ilişkin yabancılık unsuru bulunan ihtilaflarında öncelikli olarak yukarıda da bahsedildiği şekilde MÖHUK m. 27 hükmü uygulanarak yetkili hukuk belirlenmeli ve maddi olaya uygulanmalıdır. Yetkili yabancı ülke hukukuna göre belirlenen kıdem tazminatı adalet duygusunu zedeleyecek oranda az olması ya da hiç düzenlenmemiş olması halinde hâkim, kamu düzeni müdahalesi ile Türk hukukunu uygulamalıdır.

bb. Fazla Çalışma Ücreti

aaa. Genel Olarak

Denizde yapılan çalışma diğer işlerden farklı özelliklere ve ihtiyaçlara sahip olması sebebiyle karada yapılan çalışmalardan farklı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenlerle pek çok ülkede gemi adamları için ayrı bir iş kanunu düzenlenmiştir.¹⁸⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'nda (m. 63) haftalık çalışma süresi 45 saat olarak düzenlenmesine karşın 854 sayılı DİŞK'da ve Türkiye'nin taraf olduğu 2006 tarihli *Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde*¹⁸⁷ bu süre 48 saat olarak öngörülmüştür.

DİŞK m. 28/1'de "*Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır*" denilmektedir. Buna göre gemi adamlarının haftalık çalışma sürelerini aşmamış olsalar dahi günlük çalışma sürelerini aşmaları halinde de fazla çalışma yapmış olacaktırlar. Tam tersi şekilde günlük çalışma süreleri aşılmadan haftalık çalışma süresinin aşılması halinde de gemi adamları fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.¹⁸⁸

4857 sayılı İş Kanunu'na göre belli sebeplerin varlığı halinde işçiye fazla çalıştırma yaptırabilmek için yazılı onayının alınması gerekirken, DİŞK'da böyle bir şart aranmamaktadır. Bu sebeple gemi adamı,

suru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi" (Hukuk Secimi), BATİDER, 2010, C.XXVI, S.1, s. 163-171, s. 161 dn 74; Vural Çelenk, s. 291; Kafa Karakaya, s. 104 - 106. İşçi sağlığı ve güvenliği hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi halinde taraflara tanınan hukuk seçimi imkânının anlamını yitireceği yönündeki aksi görüş için bkz. Çelikel/Erdem, s. 392 - 393.

¹⁸⁶ Dündar, s. 141.

¹⁸⁷ Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, ILO'nun 36 sözleşmesini ve 1 protokolünü revize eden bir çatı sözleşmesi niteliğindedir. 6898 sayılı uygun bulma Kanunu ile 25.03.2017 tarihli 30018 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁸ Demirel, s. 41.

herhangi bir sebep olmaksızın işveren ya da işveren vekilinden fazla çalışma yönünde bir talimat geldiğinde yerine getirmek zorundadır.¹⁸⁹

4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışma süreleri ile ilgili günde 3 saat, yılda 270 saat gibi sınırlamalar getirirken, DİŞK’da bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu tarz bir sınırlamanın olmaması gemi adamının sınırsız şekilde çalıştırılabileceği anlamına gelmez.

DİŞK m. 26/2’ye göre “İş süresi, gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir” şeklindeki düzenlemesi ile gemi adamının gemide geçirdiği tüm süre çalışma süresi olarak değerlendirilemeyecektir. Bir başka ifadeyle gemi adamının çalışma süresi hesaplanırken, gemi seferde olsun ya da olmasın gemide geçirdiği süreyi değil işbaşında çalıştığı ya da vardiya tuttuğu süre dikkate alınacaktır.¹⁹⁰ 4857 sayılı İş Kanunu m. 66/1-c bendinde, “işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler” işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılacağını belirtmiştir. Gemi adamları denizde seyir halindeyken ya da gemi limanda demirli iken karaya çıkma olanağı pek çok zaman olmayabilir. Bu durumda bu süreler iş süresinden sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Gemiden ayrılamama denizde çalışmanın doğal bir sonucudur.¹⁹¹ Gemi adamları denizde çalışmanın bu tabii sonucunu bilerek işe girmekte ve uygulamada karada çalışan işçilerden de bu nedenlerle daha yüksek ücret almaktadırlar.¹⁹²

¹⁸⁹ Dündar, s. 150; Kar, s. 155.

¹⁹⁰ “... 2. Davacı günde 16 saat fazla çalışma yaptığını iddia ederek bunun karşılığının tahsilini istemiştir. Davacı gemi adamıdır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun 26/2. maddesine göre iş süresi, gemi adamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir. Davalı idare, davacıya sekiz saat fazla mesai vermiştir. Bu hususta uyumsuzluk yoktur. Gemi adamının gerek seyir halinde gerekse limanda gemi içinde bulunması fazla mesai sayılmaz. Fazla mesai alabilmesi için iş başında çalışması veya vardiya tutması lazımdır. Mahkemenin, başka bir görüşle davacının günde yirmi dört saat çalıştığını kabul etmesi Yasa’ya aykırı olduğu gibi insan takati ile de kabili telif değildir. Temyiz edilen kararın 2. bentte gösterilen sebepten davalı yararına bozulmasına oybirliği ile karar verildi”. Yargıtay 9. HD, K.T: 09.07.1975, 1975/4223 E., 1975/37758 K.; Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD, K.T: 14.10.1985, 1985/6928 E., 1985/9281 K.; Yargıtay 9. HD, K.T: 01.06.1995, 1995/18197 E., 1995/19595 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 25.04.2020).

¹⁹¹ “Buna karşılık gemi adamının gemide bulunması fiili bir zorunluluktan değil de liman ve tersanelere ilişkin mevzuattan ya da doğrudan işverenin ya da kaptanın buyruğundan kaynaklanıyorsa bu takdirde gemide uyku, yemek gibi zorunlu ihtiyaçlar dışında geçen bölümünü iş süresinden saymak daha isabetli bir yorum olacaktır”. Şahlanan, s. 12; Dündar, s. 146.

¹⁹² Kar, s. 156; Dündar, s. 145 - 146.

DİŞK m. 28/3 denizde yapılan çalışmanın özelliği dikkate alınarak günlük ve haftalık çalışma süresini aşsa dahi fazla çalışma sayılmayacak işleri düzenlemiştir. Bunlar;

- Geminin, gemideki şahısların veya gemi hamulesinin(yükünün) selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,
- Gümrük, karantina ve sair sıhhi formaliteler dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,
- Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terketme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savunma) talimleridir.

Kanun bu işlerin fazla çalışma sayılmayacağını belirtmiştir. Ancak bu sürelerin normal iş sürelerinin hesaplanmasında dahil edilip edilmeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde ŞAHLANAN bu sürelerin normal iş süresine dahil olduğu görüşünde¹⁹³ iken TUNCAY denizde çalışmanın hem farklı özelliği gereği özveri isteyen karakteri nedeni ile hem de 57 ve 76 sayılı ILO sözleşmeleri bu olağandışı çalışmaları fazla çalışma ve normal çalışma olarak saymaması sebebiyle bu sürelerin iş sürelerine dahil olmaması gerektiğini savunmaktadır.¹⁹⁴

DİŞK'nun 27. maddesi gemi adamlarından bazılarının yaptıkları işlerin niteliğinden dolayı iş sürelerine ilişkin hükümlerin dışında tutulmuştur. Buna göre birinci kaptan veya vekili, başmakinist, doktor, sağlık çalışanları, hemşire, hasta bakıcılar, kurtarma gemilerinde çalışanlar ve gemide kendi nam ve hesabına çalışanlar kanunda belirtilen iş sürelerine tâbi olmayacaklar.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 93 ve 109 sayılı sözleşmelerine benzer olarak DİŞK m. 28 uyarınca yapılan fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal saat ücretinin %25 fazlasıdır. Doktrinde, 4857 sayılı İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma ücreti normal

¹⁹³ Fevzi Şahlanan, "Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar", *TÜHİS Dergisi*, Kasım 1998, C. 11, S. 7, s. 11 - 16.

¹⁹⁴ Can Tuncay, "ILO Normları Işığında Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul 2008, S. 91, s. 115; Dündar, s. 151; Kar, s. 158.

çalışma saat ücretinin %50'si oranında artırım öngörürken, Deniz İş Kanunu'na tâbi çalışanlar için bu oranın %25 olarak belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir.¹⁹⁵

Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere bu oran alt sınır olup iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile arttırılabilecektir. Fazla çalışma ücreti, fazla çalışmanın yapıldığı tarihteki çıplak saat ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. DİŞK'da ücret ve ekleri ile fazla çalışma ve diğer işçilik alacakları için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından yasal faiz uygulanmalıdır.¹⁹⁶

bbb. Fazla Çalışma Ücretine Yabancılik Unsurunun Etkisi

Gerek İş Kanunu gerekse DİŞK'da yer alan fazla çalışmaya ilişkin hükümler işçinin haftalık normal çalışma süresini aşan çalışmaların karşılıksız kalmaması için salt işçi menfaatleri düşünülerek getirilmiş düzenlemelerdir. Yabancılik unsuru bulunan bir ihtilafta gemi adamının fazla çalışma ücreti alacağı için MÖHUK m. 6'da belirtilen doğrudan uygulanan kurallar mekanizması işletilemez.¹⁹⁷ MÖHUK m. 27 hükmü uygulanarak yetkili ülke hukukun tespiti ve olaya uygulanması gerekecektir. Ancak yetkili hukukun uygulanması ile kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir durum ortaya çıkması halinde MÖHUK m. 5 hükmü uygulanabilecektir.¹⁹⁸

cc. Yıllık İzin Ücreti

aaa. Genel Olarak

Çalışanların dinlenme hakkı Anayasa¹⁹⁹ m.50/3'te "*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.*" şeklindeki ifadesiyle güvence altına alınmıştır. Bir çeşit dinlenme hakkı olan *yıllık ücretli izin*, yıl boyunca çalışıp yorulan

¹⁹⁵ "01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 402/1 maddesi ile bu oranın %50'den az olamayacağı kuralını getirmektedir. Genel Kanun olan Yeni Borçlar Kanunu'ndaki bu hüküm lehe olduğundan, Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesi yollaması ile bu tarihten itibaren fazla mesai ücreti %50 zamlı olarak hesaplanmalıdır". Kar, s. 160.

¹⁹⁶ Kar, s. 160.

¹⁹⁷ Erdoğan/Erdoğan, s. 971.

¹⁹⁸ Erdoğan/Erdoğan, s. 971.

¹⁹⁹ RG 09.11.1982, S. 17863(Mükerrer).

işçinin dinlenmesi, bedensel ve ruhsal yorgunluğunu üzerinden atması ve böylece zindeliğini koruyabilmesi amacıyla yılda bir kere, işçinin ücreti kesilmeksizin, birbirini takip eden günler şeklinde sağlanan kanuni bir izindir.²⁰⁰ Yıllık ücretli izin işçinin kişilik haklarına ilişkin olduğundan işçinin bu hakkından vazgeçmesi hukuken geçerli değildir (DİŞK m. 40/3-c. 2, TMK m. 23/2).²⁰¹

Gemi adamının yıllık ücretli izni farklı ihtimallere göre değişiklik gösterecektir. Gemi adamı DİŞK'na tâbi bir çalışan ise İş Kanunu'nda belirtilen bir yıllık süreden farklı olarak en az altı ay çalışmış olan gemi adamı yıllık ücretli izine hak kazanacaktır. Hak kazanma süresinin aynı işverenin emrinde (aynı işverene ait farklı gemilerde yapılan çalışmalar da dahil olmak üzere) veya aynı gemide bir takvim yılı içinde farklı işveren emrinde geçmesi gerekir.²⁰² Yıllık ücretli izne hak kazanmak için çalışmanın kesintisiz olması şartı aranmaz.²⁰³

4857 sayılı İş Kanunu, yıllık ücretli izin sürelerini kıdeme göre artan kademeli bir artış yöntemini seçmesine karşın, DİŞK altı aydan bir yıla kadar çalışması olanlara 15 günden az, bir yıldan fazla çalışması olanlar için ise 30 günden az izin verilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu 2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesine göre gemi adamına her ay için 2,5 gün izin verilmesini öngörülmüştür. Sözleşme altı aylık bir çalışmada 15 gün izin hakkı sağladığından DİŞK ile çelişmemektedir.

2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, sözleşmeye taraf ülkelerin yetkili makamlarının, uluslararası sefer yapmayan ve 200 grostonilatonun altında bulunan gemilere sözleşme hükümlerinin uygulanmamasını kararlaştırabileceğini belirtmiştir. DİŞK'nun "*kanun kapsamı*" başlıklı 1. maddesinde Kanun'un 100 grostonilatonun üzerindeki gemilerde çalışanlar için uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre 100 grostonilatonun altında bulunan gemilerde çalışan gemi adamları için hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorusu gündeme gele-

²⁰⁰ Ebru Kılıç, "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin", *TAAD*, 20 Ocak 2011, C. 2, Y. 2, S. 4, s. 174 - 175; Süzek, s. 863 vd.

²⁰¹ Yargıtay HGK, K.T: 05.07.2000, 2000/9-1079 E., 2000/1103 K., Yargıtay 9. HD, K.T: 08.07.2010, 2008/33840, 2010/22535 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 28.04.2020); Kar, s. 171.

²⁰² Kar, s. 173.

²⁰³ Tuncay, s. 122.

cektir. Bu ihtimalde genel hüküm olan TBK'nun *hizmet sözleşmesi* hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kanun'un 422. maddesinde yıllık izin, "*İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve on sekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür*" şeklinde düzenlenmiştir.

Yıllık ücretli izin temel bir hak olması sebebiyle de iş ilişkisi devam ettiği sürece çalışanlarca kullanılması gereken bir haktır. İş ilişkisi ne zaman son bulursa o zaman iznin ücrete dönüşmesi söz konusu olur. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nda yıllık ücretli iznin, ücret alacağına dönüşmesi ve talep edilebilmesi tüm fesih hallerinde mümkün iken DİŞK m. 40/7 fıkrasına göre 14. maddenin II, III ve IV numaralı bentlerine göre feshedilen iş ilişkilerinde yıllık izin ücretinin istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre işverenin iş ilişkisini haklı nedenle sonlandırdığı veya gemi adamının sebep göstermeksizin istifa ettiği durumlarda yıllık izin ücretini isteyemeyecektir. Doktrinde bu durum eleştirilmiş ve 6098 sayılı TBK'nın 425/3 maddesinin sonradan yürürlüğe girmesi ile DİŞK m. 40/7 maddesinin düzeltildiği ve buna göre her türlü fesih halinde yıllık izin ücretinin doğacağı ileri sürülmüştür.²⁰⁴

bbb. Yıllık İzin Ücretine Yabancılık Unsurunun Etkisi

Anayasa m. 50/4' de yer alan ve temel bir hak olan yıllık ücretli izin hakkı,²⁰⁵ işçinin bedeni ve ruhsal sağlığını koruyarak sosyal ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve bunun sonucunda toplumsal yararın korunması amacını taşır.²⁰⁶ Yıllık ücretli izne ilişkin hükümler işçinin bireysel menfaati ile birlikte toplumun ekonomik ve sosyal menfaatlerini de ilgilendirir. Bu sebeplerle yıllık izin ve kullandırılmaması halinde ödenecek ücrete ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.²⁰⁷ Ancak bu durum kuralın niteliği gereği yalnızca Türkiye'de yapılan iş-

²⁰⁴ Kar, s. 176.

²⁰⁵ "Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez". Yargıtay 7. HD, K.T: 12.04.2016, 2016/12051 E., 2016/8083 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 04.05.2020).

²⁰⁶ Ercan Akyiğit, 1475 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2000, s.34.

²⁰⁷ Erdoğan, s. 128.

lerde uygulanma şansı bulacaktır.²⁰⁸ Yurtdışında yapılan işler için yine MÖHUK m. 27 hükümlerine başvurmak gerekecektir.

2. Gemi Adamlarının Ülkelerine Geri Getirilme Giderleri

Gemi adamlarının ülkelerine geri getirilme giderleri DİŞK'nun 21 ve 25'inci maddeleri arasında işverenin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. 1967 Rehin MS'de bulunmayan bu yükümlülük 1993 Rehin MS'nin hem m. 4/1-a hem de m. 12/2, c. 2'de düzenlenmiştir. Sözleşme tekrara düşüldüğü gerekçesiyle istemin m. 4/1-a'dan çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak düzenlemenin iki farklı durumu ihtiva ettiği, yani bilinçli bir tercih olduğu ve tekrar amacı taşımadığı ileri sürülerek teklif reddedilmiştir.²⁰⁹

Söz konusu alacak hakkında ILO'nun hazırladığı "Gemi Adamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin 166 Sayılı Sözleşme"de (ILO MS) bulunmaktadır.²¹⁰ Sözleşme, yürürlükte olduğu devletin siciline kayıtlı deniz aşırı sefer yapan gemilerde çalışanlar hakkında uygulanır. Gemide çalışan gemi adamlarının uyruğunun önemi yoktur. Türk Bayraklı bir gemi, yurtdışında bulunduğu sırada bir gemi adamı ile iş sözleşmesi sona ererse gemi adamının vatandaşlığına bakılmaksızın ILO MS uygulanacaktır.²¹¹

Gemi adamlarının ülkelerinde getirilmesi ile ilgili hem DİŞK'da hem de ILO MS'de hüküm bulunmaktadır. Aynı hususu düzenleyen bu iki hukuki normun birbiri ile çelişmesi halinde hangisinin uygulanacağı yönünde tartışmalar bulunmaktadır.²¹² Hem uluslararası sözleşme olması hem de gemi adamları lehine hükümler içermesi sebebiyle doktrinde çelişki halinde ILO MS'nin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.²¹³

²⁰⁸ Erdoğan, s. 128.

²⁰⁹ Süzel, s. 218; Atamer, İcra, s. 187.

²¹⁰ Türkiye bu sözleşmeye 17.03.2005 tarihi itibarı ile taraftır. Bkz. 15.07.2003 tarihli, 4941 sayılı Uygun Bulma Kanunu (RG 22.07.2003 - 25176)

²¹¹ Süzel, s. 219; Sözer, s. 616.

²¹² Ali Güzel, ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yayını, Ankara 1997, s. 18.

²¹³ Cüneyt Süzel, "Deniz İş Kanunu Kapsamında Kaptan ve Kaptanın İş Sözleşmesi" (Kaptan), Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 454 - 457.

3. Gemi Adamları Adına Ödenmesi Gereken Sosyal Sigorta Katılma Payları

Mehaz 1993 Rehin MS ile uyumlu olarak gemi adamları adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları TTK m. 1320/1-a'da düzenlenmiştir. Buna göre Sosyal Sigorta Kurumu tarafından doğrudan gemi adamlarından istenebilecek olan ve işverenin gemi adamlarının ücretinden keserek onlar adına yatırması gereken ancak yatırılmayan prim borçlarının gemi alacağı olacağı kabul edilmektedir.²¹⁴ Yoksa kurum lehine, işverenin diğer işçiler adına ödemesi gereken primler ile kendi işletmesine ait prim borçları için, gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkı ileri sürülemeyecektir.²¹⁵ Yasa değişikliği ile gemi adamı, söz konusu ödemelerden muaf tutulur ya da bu ödemeler ortadan kaldırılırsa artık bu hususta bir gemi alacağından da bahsedilemeyecektir.²¹⁶

SONUÇ

Kaynağı Roma Hukukuna kadar dayandırılan gemi alacaklısı hakkı, koşulların oluşması halinde sahibine herhangi bir tescile gerek olmaksızın kendiliğinden ve kanun gereği bir rehin hakkı bahşeder. Bu öyle bir hak ki aleniyetten yoksun olmasına rağmen gemiye zilyet olan üçüncü kişilere dahi diğer tüm alacaklardan öncelikli olarak başvurma imkânı sağlamaktadır. Hakkın konusunun gemi ve eklenmelerinden oluştuğu gemi alacaklısı hakkı deniz ticaretinin sürekliliği için vazgeçilemez bir hukuki müessesedir. Gemi alacaklısı hakkının doğumuna sebep olan alacaklar sözleşme, haksız fiil ya da kanundan kaynaklı olabilir.

Gemi adamı, donatanın denetimi ve talimatı altında, deniz seyrüseferindeki gemide ve gemiye ilişkin hizmetlerde çalıştırılan kişilerdir. Kanımızca kılavuz kaptanların kara merkezli bir işletmeye bağlı olarak hizmet akdi benzeri bir sözleşme olan kılavuzluk faaliyeti gerçekleştirmeleri, donatanın emir ve talimatı altında bulunmamaları ve gemi kaptanına göre sınırlı sorumlulukları bulunması sebeplerinden dolayı gemi adamı olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. Feri-

²¹⁴ Süzel, s. 221.

²¹⁵ Atamer, Deniz Ticareti Hukuku II, s. 159; Süzel, s. 222; Sözer, s. 617; Atamer, İcra, s. 188.

²¹⁶ Sözer, s. 617.

bot ve vapur büfelerinde çalışanlar da diğer gemi adamlarından farklı olarak belirli bir mesaiye sahip olmaları, dinlenme zamanlarını gemide geçirmemeleri, iâşe ve barınma ihtiyaçlarının karşılanmaması gibi sebeplerle gemi adamı olarak kabul edilmemelidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu Türkiye'nin taraf olduğu 1993 tarihli Rehin MS'ye uygun olarak "*gemide çalıştırılma*" ölçütünü kabul etmiş ve bu sayede herhangi bir sözleşme akdetmeksizin çalışan gemi adamları da ücret alacakları için söz konusu haktan yararlanabilecektir. Kanun gemi adamlarının ücret alacaklarına yönelik herhangi bir sınırlama yapmamış tam tersine diğer tutarlar ibaresi ile iş ilişkisine dayanan tüm alacakları kapsam içerisine alınmıştır.

Deniz ticareti çoğunlukla ülkeler hatta kıtalar arası gerçekleştiğinden gemiler pek çok ülkeye gidebilmekte, seyrüseferin büyük kısmı açık denizlerde geçebilmektedir. Ayrıca gemide çalışan gemi adamları çoğunlukla birden fazla milletten oluşmaktadır. Bu durumların hepsi yabancılık unsuru yaratmaktadır. Yabancılık unsuru bulunan bir olayda gemi alacaklısı hakkının hangi ülke hukukuna göre belirleneceği tespiti zor bir husustur. Olması gereken hukuk açısından gemi alacaklısı hakkının tespitinin iki aşamalı olarak yapılması gerekir. Yabancı unsurlu bir olayda hakim ilk olarak MÖHUK m. 27 hükmünü uygulayacaktır. Yetkili hukuk tespit edilip uygulandığında MÖHUK m. 5'e göre Türk kamu düzeni ihlal ediliyorsa o halde yetkili hukuk yerine Türk hukuku uygulanması lazım gelmektedir. Ayrıca MÖHUK m. 6'da belirtilen doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümlerin MÖHUK m. 27 hükmü uygulanmaksızın öncelikli olarak uygulanacaktır. İkinci olarak ise bir gemi adamının çalışmasının karşılığı olan ücret alacakları tespit edildikten sonra gemi alacaklısı hakkı verip vermediği TTK m. 1320/3 gereğince Türk hukukuna göre tespit edilecektir.

Doktrinde tartışma Yargıtay'ın 1992 tarihli kıdem tazminatına ilişkin bir kararı üzerinden yapılmaktadır. Çokça eleştirilen söz konusu kararda kamu düzeni müdahalesi yanlış olarak uygulanmıştır. Katıldığımız görüş uyarınca kıdem tazminatı doğrudan uygulanan kural niteliği taşımamaktadır ve uygulanacak yetkili hukuk kuralının Türk hukukundan farklı olması tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmemelidir. Aynı durum fazla çalışma ücreti için de geçerlidir.

Yıllık ücretli izne ilişkin hükümler ise işçinin bireysel menfaati ile birlikte toplumun ekonomik ve sosyal menfaatlerini de ilgilendirdiğinden doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Ancak kuralın niteliği gereği yalnızca Türkiye’de gerçekleşen çalışmalar için uygulanmalıdır. Yurtdışında yapılan çalışmalar için MÖHUK m. 27 hükmünü uygulamak gerekecektir.

Yapılan işin niteliği gereği gemi adamları yaşadıkları şehirden uzaklara yolculuk etmekte hatta çoğunlukla yurtdışına çıkmak zorunda kalmaktadırlar. Gerek taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde gerekse milli mevzuatımızda gemi adamlarının yurda dönüş için gerekli olan ücret gemi alacaklısı hakkı ile güvence altına alınmıştır. Ayrıca işverenin gemi adamı adına ücretinden keserek ilgili sosyal sigorta kurumuna ödemesi gereken primler de gemi alacaklısı hakkı verdiği kabul edilerek kanuni rehin hakkından faydalanması sağlanmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Acar Serdar, Gemiadamı Talepleri, Akademi Yayınları, İstanbul 2012
- Ağsakal İbrahim, Yük Alacaklısı Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Akyiğit Ercan, 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2000
- Atamer Kerim, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006
- Atamer Kerim, Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Atamer Kerim, Ursprung und historischer Normzweck des Schiffsgläubigerrechts, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A-97, Hamburg 2003 (29.10.2002 tarihinde Alman Deniz Hukuku Derneğine sunulan tebliğ), Aktaran: Atamer Kerim, Deniz Ticareti Hukuku (Gemilerin Eşya Hukuku), C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 130
- Barlas Nuray, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, Beta Yayınları, İstanbul 2000
- Bedük Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012
- Can Mertol, Deniz Ticareti Hukuku (Giriş - Gemi - Deniz Hukuku Kişileri), C.1, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003
- Çağa Tahir/Kender Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku III, Arıkan Yayıncılık, Ankara 2005
- Çağa Tahir/Kender Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2009

- Çelikel Aysel, /Erdem B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016
- Doğrucu Muhittin, Deniz Taşımacılığında Kanuni Rehin Hakkı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997
- Dündar Esra, Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- Elçin Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- Günay M. Barış, Türk ve Anglo-Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009
- Kafa - Karakaya Kudsiye Nazlı, Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020
- Kalpsüz Turgut, Gemi Rehni, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- Kaner İnci Deniz, Deniz Ticareti Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019
- Kar Bektaş, Deniz İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Kender Rayegan/Çetingil Ergon, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007
- Kender Rayegan/Çetingil Ergon/Yazıcıoğlu Emine, Deniz Ticareti Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 262 - 264.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, 2004
- Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul 2017
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, C. 1
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay - Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özkes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018
- Pekdemir Hasan, Uluslararası Boyutları ile Yorumlu Deniz İş Hukuku, Türk-İş Yayınları, Ankara 2011
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Sözer Bülent, Deniz Ticareti Hukuku, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016
- Süzel Cüneyt, Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman - Fiğanmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2018
- Tekil Fehiman, 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2001

Türkel Doğuş Taylan, Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir 2008

Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004

Makaleler

Aksoy Sami, "Gemi Adamının Manevi Tazminat Alacağı Gemi Alacaklısı Hakkı Bahşeder mi?", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 115 - 129.

Akten Necmettin, "Kılavuz Kaptan Gemiadamı Mıdır?" (Kılavuz Kaptan), *İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı*, Eylül 2007

Anadolu F. Kerim, "Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003, S.10

Atamer Kerim, "Gemi ve Yük Alacaklısı Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra", XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5.04.1997), Ankara 1997

Ataol Hüseyin, "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000

Aygün Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Özel Sayı, Cilt: 16, s. 1025- 1066

Baycık Gaye, "Çalıştırılmak Üzere Yurtdışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, INTES Yayınları, Ankara 2017

Centel Tankut, "Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk- Kamu Düzeni", *İş Hukuku Dergisi*, 1992, S.1

Demirbilek Tamer, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar", *TBB Dergisi*, Aralık 2014, S. 115

Doğan Derya, "Kıdem Tazminatı Ödenmesinde Türk ve Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanma Koşulları ve Karar İncelemesi", *İntes İşveren Dergisi*, 1992, S. 12

Doğan Vahit, "5718 sayılı Kanun'a Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", *GÜHFD*, Dr. İbrahim ONGÜN Armağanı, 2007, C. XI, S. 1-2, s. 147- 163

Ekşi Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçoğlu'na Armağan, 1997

Erdoğan Ersin/Erdoğan Canan, "Türkiye'den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2016, S. 50, C. 13, s. 955 - 988

Erdoğan Ersin, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Yurtdışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, INTES Yayınları, Ankara 2017

Gökçe Erdal, "Deniz İş Kanunu'nun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C. 82, S. 2

- Günay M. Barış, "Türk, İngiliz ve Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkının Tarihiçesi", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan (makale), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007
- Güzel Ali, "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yayını, Ankara 1997
- Kalpsüz Turgut, "Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti" (Gemi Alacaklısı Hakkı), Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988
- Kılıç Ebru, "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin", *TAAD*, 20 Ocak 2011, C. 2, Y.2, S.4
- Kula-Değirmenci Nil, "Türk Ticaret Kanunu Uygulamalarında Gemi Alacaklısı Hakkının Bir unsuru Olarak Hakkın Sahibi", *GÜHFD*, Temmuz - Ekim 2014 (Basım Tarihi: 3/2015), C. XVIII, S. 3 - 4
- Limon Resul, "Türkiye'de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu", *İş ve Hayat Dergisi*, 2015, C. 1, S. 1
- Limoncuoğlu S. Alp, "Karşılaştırmalı Hukukta Kıdem Tazminatı Uygulamaları", Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, Ocak - Şubat 2010
- Muslu Aziz, "Türk Gemi Adamlarının Uluslararası Deniz İş Gücü Piyasalarında İstihdamı İçin Özel İstihdam Bürolarının Önemi", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 2018, C. 17, S. 1, s. 291 - 302
- Songu Sezgi Öktem, "Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004, S. 3
- Süzel Cüneyt, "Deniz İş Kanunu Kapsamında Kaptan ve Kaptanın İş Sözleşmesi", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009
- Süzel Cüneyt, "Türk Mevzuatında Gemi Tanımı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010
- Şahlanan Fevzi, "Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar", *TÜHİS Dergisi*, Kasım 1998, C. 11, S. 7
- Tarman Zeynep Derya, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi" (Hukuk Secimi), *BATİDER*, C.XXVI, S.1, Yıl: 2010, s. 143-171
- Tarman Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", *AÜHFD*, 2010, C. 59, S. 3, s. 521 - 550.
- Tuncay Can, "ILO Normları Işığında Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Devrim ULUCAN'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul 2008, S. 91
- Uşan M. Fatih/Aygül Musa, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurtdışındaki İş Yerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", *Legal YKİ Dergisi*, Mayıs 2007
- Uyar Talih, "Deniz İcra Hukukunda Kanuni Rehin Hakkına Sahip Alacaklıların Kanuni Rehin Hakkından Feragati (TTK m. 1379)", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, C. 8, Ekim 2013, s. 2907 - 2914.

- Ülgener Fehmi, "Gemi Üzerindeki Rehin Hakkı 'Gemi Alacaklısı Hakkı'", *Deniz Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, Aralık 1997
- Ünan A. Samim, "Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulama Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı - Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı - Donatanın Karar Verdiği Kurtarma Yardımın Müşterek Avarya Olup Olmayacağı", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000
- Vural Çelenk Belkis, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, S. 1, C. 3, s. 277 - 296

Tezler

- Can Begüm, Deniz İcra Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Ankara 2010, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Demirel Özbay, Gemi Adamlarının Hizmet Mukavelelerinden ve İş Hukukundan Doğan Hakları, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009
- Kol Bihter, Türkiye'nin Dış Ticaretinde Deniz Taşımacılığını Önemi ve Sorunları, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, 2010 İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Sevimli K. Ahmet, İş Hukukunda Kaptan, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 1999
- Ulutaş Yusuf, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar, Yüksek Lisans Yeterlik Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010

İnternet Kaynakları

- <https://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade/global-supply-and-demand-for-seafarers>
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

