

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



# 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 : 26. 05. 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

- 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.

- 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.

- İlk maddedeki kural "**çeviriler**" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
- Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
- 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.

- 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](mailto: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 kelimeden 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 Süleyman ÖZAR**  
Etik ile Hukuk Sarkacında Açlık Grevi / Hunger Strike in the Pendulum of Ethics and Law
- 41 Erdinç AVŞAR**  
Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Tartışılması ve Değerlendirilmesi / Discussion and Evaluation of Witness Statement in Criminal Procedure
- 97 Dilek Özge UĞRAŞ**  
Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma / Search, Duplication and Seizure of Computers, Computer Programs and Logs According to Turkish Criminal Procedure Code Art. 134 (tCPC Art. 134)
- 135 Barış ÇİFTÇİ**  
Muris Muvazaası ve Muvazaa İddiasında Bulunulamayacak Bazı Durumlar / Simulation of the Deceased and Some Situations in Which Simulation Cannot Be Considered
- 155 Yusuf Can DELİPİNAR**  
İnşaatçı İpoteğinde Aynı İş İçin Birden Fazla Ödeme Yapılması Sorunu ve Bazı Çözüm Önerileri / (The Problem of Making More Than one Payment in Hypothec of Construction and Some Solution Offers)
- 173 Selçuk ÖZTEK / Mert NAMLI**  
İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı) / Important Amendments Intended to be Made in the Swiss Civil Procedure Code

### MAKALELER / ARTICLES

- 229 Hasan TUNÇ**  
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti'nde Egemenliğin Görünümü: Anayasa Hukuku Bağlamında Bir Değerlendirme / A Perspective on Turkish Republic of Northern Cyprus As a Sovereign State: an Assessment in the Context of Constitutional Law
- 265 İbrahim KAPLAN**  
Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Şirketlerin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptıkları Borçlandırıcı Sözleşmelerin Hukuki Akibeti... / Mergers of Companies, Dividing, and Transfer of Their Assets, Legal Results of Companies' Previous Debt Contracts with Third Parties





# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Covid-19 pandemisi nedeniyle ülke olarak olağanüstü bir dönemden geçiyoruz.

Dünyayı saran pandemi ülkemizi de çok derinden etkiledi.

Özellikle aktif olarak adliyede çalışan meslektaşlarımdan hemen her gün sürecin olumsuz etkilerine yönelik mesajlar alıyorum. Paylaştıkları kaygılara birebir katılıyorum.

Türkiye Barolar Birliği olarak yargının kurucu unsuru olan hâkim ve savcılarla eşit konumda olan avukat ve stajyer avukat meslektaşlarımızın Covid-19 virüsüne karşı öncelikli aşılanması gereken risk grupları arasında sayılması için aşı uygulamasına geçildiği günden bu yana büyük bir çaba sarf ettik ve ediyoruz.

Mesailerinin büyük bir kısmını zorunlu sebeplerden ötürü adliyelerde geçirmek zorunda kalan meslektaşlarımızın Covid-19 virüsüne karşı korunması ve gerekli her tür önlemin alınması için gerek Sağlık Bakanlığımız gerekse Adalet Bakanlığımız ile sürekli görüşme halindeyiz.

Konuyu müteaddit defalar Sağlık Bakanımız ve Adalet Bakanımıza şifahi olarak da iletтік. Görüşmelerimiz sonucu virüsün, en kısa zaman içinde meslektaşlarımız açısından sorun olmaktan çıkacağını ümit ediyorum.

Türkiye Barolar Birliği'nin her zaman meslektaşlarımızın ve barolarımızın yanında olduğunun, sorunlarımızın çözümü için fedakârca, mesai gözetmeksizin çalıştığının bilinmesini de özellikle vurgulamak isterim.

Tüm meslektaşlarıma sağlıklı nice yıllar diliyorum.

Saygılarımla.

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



# ETİK İLE HUKUK SARKACINDA AÇLIK GREVİ

## HUNGER STRIKE IN THE PENDULUM OF ETHICS AND LAW

Süleyman ÖZAR\*

**Özet:** Çok çeşitli bağlamlarda görülebilecek olan açlık grevleri, cezaevleri için çok daha önemli sonuçlara yol açar. Çünkü bu kurumlarda sağlık çalışanları etik ile hukuk arasında bir ikilemde kalabilirler. Cezaevlerindeki açlık grevleri, sahadaki uygulamacılar için etik, hukuk, tıp, insan hakları gibi pek çok açıdan türlü zorluklar taşımaktadır.

Kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası ise yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Fakat cezaevinde açlık grevine ilişkin kurallar, bu genel kaideye yönelik bazı istisnalara sahiptir.

Bu çalışmada açlık grevinin yönetimi konusunda iç hukuk ve uluslararası standartlar bakımından bir inceleme yapılacaktır. Bu bağlamda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun düzenlemesi ve bunun anayasal çerçeve, AIHM içtihatları ile etik ilkelere uyumu irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Açlık Grevi, Ölüm Orucu, Zorla Besleme, Biyopsikiyatrik Özerklik, Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahale, Rıza

**Abstract:** Hunger strikes occur in various contexts, but they result in important legal and ethical dilemmas for health care professionals caring for hunger strikers who are imprisoned or detained. Prison hunger strikes present clinical, ethical, legal, and human rights challenges to practitioners.

Physical integrity of the person can not be violated without his or her consent. The consent of the person will justify the intervention. However, rules of hunger strike in prisons have some exemptions from this general rule.

This study will try to give an overview and assess the domestic law and international standards regarding the management of hunger strikes. In that sense, the study will attempt to analyse The Law on the Execution of Penalties and Security Measures (Law no. 5275) and its conformity with the constitutional framework, ECHR jurisprudence and ethical principles.

**Keywords:** Hunger Strike, Total Fasting, Force-Feeding, Individual Autonomy, Informed Consent, Medical Intervention, Consent

\* Dr., Hâkim, Londra Adalet Müşaviri, suleyman.ozar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0934-9594, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.02.2021, Kabul Tarihi: 07.02.2021

## Giriş

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesi, hükümlü veya tutuklu tarafından beslenmenin herhangi bir nedenle reddedilmesi halinde yapılması gereken işlemleri düzenlemektedir. Bu nedenler arasında en sık görüleni, açlık grevi olarak ortaya çıkan protesto eylemleridir. Mevzuatımız bu düzenlemeyle, vücut bütünlüğüne rıza dışı müdahale bakımından cezaevinde barındırılan kişilerin açlık grevi ile özgür kişilerin açlık grevi arasında bir fark gözettiğini ortaya koymaktadır. Bu farkın sebep ve sonuçlarının izini süreceğimiz çalışmamızda açlık grevi ve/veya ölüm orucu, belli şartlar altında müdahale öngören söz konusu düzenleme merkezinde ele alınacaktır.

Bu kapsamda, önce açlık grevinin hukuki niteliği ve etik zemini tartışılacaktır. Bu zeminin insan onuru ve irade özerkliği üzerinden çalışmamıza doğru bir düşünme kanalı açacağını umuyoruz. İkinci bölümde, tıbbi müdahalenin ne olduğu, geçerli bir rızanın şartları, hasta-hekim arasında onam ilişkisi gibi hususlara değinilmesi planlanmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise açlık grevine tıbbi müdahalenin hukuksal ve etik görünümü üzerinde durulacaktır.

Bu çalışmada, açlık grevine müdahale sorunu özgür bireyler ve hükümlüler açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Hükümlülerin açlık grevine müdahale kısmı ise zorla besleme ve tıbbi müdahale ayrımı çerçevesinde ilerleyecektir. Zorla besleme ile tıbbi müdahaleyi ayrı başlıklarda değerlendirmemizin nedeni sadece kanundaki sistematığı takip etmek arayışımızdan kaynaklanmamıştır. Bu durum aynı zamanda, zorla besleme işleminin insanın hiçbir surette dokunulmaması gereken onuruna müdahale niteliğinde olduğunu ayrıca belirtmek istediğimizi de yansıtmaktadır.

Çalışmada, hükümlünün zorla beslenmesine veya tedavi altına alınmasına ilişkin düzenlemelerin tıp etiği karşısındaki tartışmalı konumuna da yer verilecektir. Bu vesileyle, etik ile kanun arasında kalan hekimin seçmesi gereken hukuksal yola dair cevap aranacaktır.

Açlık grevinin daha çok ceza infaz kurumlarında görülmesi doğaldır. Modern çağın büyük kapatma/hapishane anlayışının kendi içinden çıkardığı bu modern protesto şeklinde amaç dışarıya ses duyurmak, dikkatleri üzerine çekmektir. Bir açlık grevinin kamuoyunda ne kadar dikkat çektiği, o toplumda insan yaşamının ne kadar siyaset üstü bir değer olarak görüldüğü ile doğru orantılıdır.

## I- AÇLIK GREVİ

### 1. Tanım ve Kapsam

Açlık grevi, belli bir olayı protesto etmek ya da birtakım taleplerinin karşılanmasını sağlamak için kişilerin beslenmeyi bırakmasıyla gerçekleşir. Dünya Tıp Birliği Malta Bildirgesi'ne göre açlık grevi, taleplerini bildirmenin başka yolu kalmayan kişilerin bir çeşit protesto biçimidir. Açlık grevcisi ise, idare üzerinde kamuoyu baskısını sağlayarak hedeflerine ulaşmak için önemli bir süre beslenmeyi reddeden, kendi sağlığı hakkında karar verme melekesi yerinde olan kişidir.<sup>1</sup>

Açlık grevinin geri dönülmez aşamaya geçmesi ülkemizde "ölüm orucu"<sup>2</sup> olarak ifade edilmektedir. İnfaz Kanunu da bu tabiri benimsemiştir (m. 82/2). Birey, açlık greviden sonuç alamadığında eylemini ölüm orucuna dönüştürebileceği gibi<sup>3</sup> en başından itibaren de ölüm orucuna karar verebilir. Açlık grevi ile ölüm orucu arasında konu, sebep ve amaç farkı bulunmamakta, sadece yöntemler değişmektedir. İlkinde beslenme dönüşümlü ve belli vitaminlerle, çeşitli sıvılar alarak

<sup>1</sup> 1991'de Malta'da düzenlenen 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilen Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon ("Malta Bildirgesi"): <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/> (sgt: 09.04.2021)

<sup>2</sup> Ölüm orucunun isabetsiz bir tabir olduğu, dünyada tek örneğinin Türk mevzuatında bulunduğu eleştirisi ve kavram önerisi olarak "ölüm hedefli açlık grevi" için bkz. Ahmet Taşkın, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 62, 2006, s. 239. Bize göre "ölüm orucu" tabirinde sorun oruç kelimesinde değil, ölüm kelimesindedir. Orucun dini istilahta yer alması, onun yemeden-içmeden tamamen kesilmeyi tasvir eden başka durumlarda kullanılmasına engel teşkil etmez. Açlık grevi kavramının doğduğu Anglosakson dünyasında da açlık grevi için hunger strike tabiri kullanılırken, eylemin hiçbir katı-sıvı gıda almama ya da sadece su alma şeklindeki türüne ise "total fasting" (mutlak oruç) adı verilmektedir (Örnek kullanım ve tanım için bkz. Dünya Sağlık Örgütü "Health in Prisons" [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0009/99018/E90174.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/99018/E90174.pdf)). Buradan da anlaşılacağı üzere grevin herhangi bir biçimine ölüm ismini kullanmamak gerekir. Çünkü isimlendirme ölüm ile başladığında bu hem grevin tanımına ve amacına aykırı düşer hem de yapılacak müdahaleleri baştan meşrulaştırıcı bir dili yansıtmış olur. Bu rezervimize rağmen, Kanundaki ifadenin izinden gitmek için çalışmamızda ölüm orucu tabirini kullanmaya devam ettik. Bu vesileyle, ilerleyen zamanlarda Kanun değişecek olursa buna isimden başlamak gerektiğini, bugün ölüm orucu dediğimiz duruma tam/kesin/mutlak açlık grevi gibi tabirler bulmak gerektiğini ifade edelim.

<sup>3</sup> Taşkın, s. 239; Özge Sırma, "Açlık Grevi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 26, Ocak 2012, s. 20.

zayıf da olsa sürdürülürken, ikincisinde hiç besin alınmamakta ya da şuuru açık tutacak kadar su tüketilmektedir. Bu durumda ölüm orucunu açlık grevinin bir türü olarak kabul etmek gerekmektedir. Tıbbi raporlara göre ölüm 42 ila 79. günler arasında gerçekleşmektedir.<sup>4</sup> Ancak açlık grevinin başında da yetersiz beslenmeden kaynaklanan ve ani gelişen komplikasyonlar sonucu hayati tehlike ve hatta ölümün meydana geldiği de bilinmektedir.<sup>5</sup>

Tanımlardan çıkan sonuca göre açlık grevi şu dört unsura sahiptir:<sup>6</sup> (1) Tam veya kısmen beslenmenin reddi, (2) gönüllülük, (3) spesifik bir amaç ve (4) sağlığı etkileyecek kadar belli bir süre.

Gönüllülük şartı özellikle yaygın sistematik eylemlerde kritik bir vaziyet almaktadır. Bu halde grev veya ölüm orucu kararının kişinin bireysel kararıyla alınıp alınmadığı konusunda kuşku duyulması gayet doğaldır. Hükümlünün eyleme özgür iradesiyle mi yoksa zorla mı başladığı sorusu her zaman aklın bir köşesinde durmalıdır. Özgür iradeye dayanmayan bir açlık grevinde açlık gerçek ise de grev sözde-dir. Bu nedenle devlet, eylemin özgür iradeye dayanıp dayanmadığını araştırmakla yükümlüdür, ispat yükü devlettedir. Böyle bir durumun ispatı halinde ilgiliye müdahale edilmesi ve grevcinin gerçek iradesine baskı yapan örgütlerden korunması devletin görevidir.<sup>7</sup>

## 2. Tarihçe

Modern-siyasi içeriğiyle ilk açlık grevi olarak 19. yüzyıl sonunda Çarlık Rusyası'nda sürgündeki siyasi hükümlülerin eylemi gösterilmektedir. Açlık grevlerinin dünya çapında adını duyurması ve dikkatleri üzerine toplaması ise 20. yüzyılın başında İngiltere'de oy hakkı isteyen kadınların greve başlamasıyla olmuştur.<sup>8</sup> Londra'da 1909'da,

<sup>4</sup> Amanda Gordon, "The Constitutional Choices Afforded to a Prisoner on Hunger Strike: Guantanamo", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 345, 2011, s. 350.

<sup>5</sup> Taşkın, s. 238.

<sup>6</sup> Cochav Elkayam Levy, "Facing the Human Rights Challenge of Prisoners' and Detainees' Hunger Strikes at the Domestic Level", *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, 2015, s. 9.

<sup>7</sup> Şahin Akıncı, "İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, S. 6, 1998, s. 755.

<sup>8</sup> Açlık grevinin tarihçesi için; Murat Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-1, 2002, s. 114-116.

Avam Kamarası'nın duvarına 1689 Haklar Bildirgesi'nden bir pasaj<sup>9</sup> yazdığı için verilen para cezasını ödemediğinden bir ay hapis cezası alan Marion Wallace Dunlop isimli kadın hükümlü, ölüm orucunun 91. saatinde serbest bırakılmıştır.<sup>10</sup> Bu olay, açlık grevlerinin idareye karşı etkili bir eylem olarak kullanılabilceğini gösteren ilk sansasyonel vaka olmuştur. Sonraki dönemde İrlanda, Hindistan, ABD, İspanya ve Güney Afrika'da dünya çapında ses getiren ve tarihe geçen açlık grevleri gerçekleştirilmiştir. Hindistan'da Gandhi'nin pasif direnişin bir parçası olarak açlık grevine gitmesi, açlık grevi tarihçesinde önemli duraklardan biridir.<sup>11</sup>

Türkiye'de ise bilinen ilk açlık grevi şair Nazım Hikmet'in 1950'de Bursa Cezaevi'ndeki eylemidir.<sup>12</sup> Yaygın politik protesto eylemlerine ise 1970'lerin sonunda Metris Cezaevi'nde rastlanmaktadır.<sup>13</sup> 1982'de Diyarbakır Cezaevi'ndeki işkenceleri protesto etmek amacıyla başlatılan ölüm orucunda kırk üç günün sonunda dört tutuklu hayatını kaybetmiştir.<sup>14</sup> Bu yıllardan itibaren açlık grevine bazen artan sayılarda olmak üzere her dönem başvurulmaktadır. Eylemin en sistematik ve kapsamlı bir şekilde yapıldığı 1996 yılında 38 ilde, 41 cezaevinde 1500 tutuklu ve hükümlünün katılımıyla yapılan açlık grevlerinde 12 kişi hayatını kaybetmiştir.<sup>15</sup>

### 3. Açlık Grevinin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler

Açlık grevi, devlete veya hükümete ya da idareye yönelik bir itirazın "ifade" biçimidir. Bu nedenle amaç çoğunlukla siyasi, ancak

<sup>9</sup> "Krala dilekçe vermek bütün yurttaşların hakkıdır ve bu tür bir dilekçenin soruşturulması yasadışıdır"

<https://www.exploringsurreyspast.org.uk/themes/subjects/womens-suffrage/suffrage-biographies/marion-wallace-dunlop-1864-1942/>

<sup>10</sup> <https://www.museumoflondon.org.uk/discover/six-things-you-didnt-know-about-suffragette-hunger-strikes>

<sup>11</sup> Metin Feyzioğlu, "Açlık Grevi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 160.

<sup>12</sup> Bkz. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Nâzım Hikmet'in Açlık Grevi (Millele Verdiğim Açık İstidaya Canımı Pul Yerine Kullanıyorum), 2011.

<sup>13</sup> Sırma, s. 21.

<sup>14</sup> Nalan Ova, "Türkiye'de Köşe Yazılarında Açlık Grevi Tartışmaları", *Mülkiye Dergisi*, 37/3, 2013, s. 107.

<sup>15</sup> TTB web sayfası "Mayıs 1996 Açlık Grevi-Ölüm Orucu Katılımcılarının Klinik Değerlendirmesi" [https://www.ttb.org.tr/eweb/aclik\\_grevleri/turkce4.html](https://www.ttb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/turkce4.html) (sgt: 10.02.2021)



kişi sağlıklı yaşam hakkı gibi en değerli haktan vazgeçerek toplumun siyaset üstü duygularını arkasına almak istemektedir. Grevci aynı zamanda bir insanın ölümüne seyirci kalmak istemeyen devlet yetkililerinin vicdanlarına da tesir ederek, siyasi isteklerinin karşılanmasını amaçlamaktadır.<sup>16</sup>

Bu kapsamda, açlık grevcisinin eylemi bir düşüncenin ifade edilme biçimi olarak Anayasa'nın 26. Maddesindeki "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" içinde değerlendirilebilir.<sup>17</sup> Hakkın sınırları, kullanılması ve kötüye kullanılması da bu maddedeki hükümlere ve yine Anayasa'nın 13. maddesinde ortaya konulan çerçeveye<sup>18</sup> göre belirlenmelidir. Bu görüş, AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün, ifadenin sadece içeriğini değil, yöntem ve şeklini de koruduğunu kabul eden AİHM içtihatlarına da uygundur.<sup>19</sup>

Buraya kadar herhangi bir tartışma yoktur; "sorun" bu grevin hayati tehlikeye yol açması ile birlikte başlamaktadır. Bazı hukukçular yaşamın tehlikeye girmesi halinde kişiye tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle grevi sonlandırmanın devletin görevi olduğunu, diğerleri ise müdahalenin bir insan hakkı ihlali olacağını savunmaktadır. Bu konuyu ilerleyen bölümlerde hükümlüler ve özgür bireyler açısından ikili bir ayırım çerçevesinde geniş biçimde tartışacağız.

Ölüm orucundakilerin bir intihar eylemi içerisinde olup olmadıkları konusu üzerinde de durmak gerekmektedir. Bir defa, yaşam hakkının devletin korumakla yükümlü olduğu hakların en başında geldiğine tereddüt yoktur. Hatta bu hakkı devlet gerektiğinde kişinin kendisine karşı bile korumalıdır. Tam da bu nedenle kişilerin intiharını önlemek devletin vazifesidir, yine bu sebeple intihara yardım etmek suçtur. Ama ölüm orucu, intihar mıdır? Kişi ölmek için mi beslenmeyi reddetmektedir? Bu sorulara verilecek cevaplar, açlık grevine müdahale bakımından alınacak düşünsel pozisyona da ayna tutacaktır.

<sup>16</sup> Fezyioğlu, s. 157.

<sup>17</sup> Fezyioğlu, s. 162.

<sup>18</sup> Anayasa m. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

<sup>19</sup> Oberschlick v. Avusturya, 23.5.1991 (Hasan Tahsin Gökcan, "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018, s. 171).

İntihar iradesine sahip bir kimse bunun şartlarını kendi belirlediği yer ve zamanda, istediği şekilde yerine getirmektedir. Açlık grevinde ise kişi protesto ettiği konuda sonuç alana dek beslenmeyi ve tedaviyi reddetmektedir.<sup>20</sup> Amaç hayata son vermek değil, kamuoyu baskısıyla muhatabını belli bir sonuca -yaşamı pahasına- zorlamaya yöneliktir.<sup>21</sup> Açlık grevi, bir intihar şekli olmadığı için bu eylemi teşvik etmek de intihara yönlendirme suçunu oluşturmaz.<sup>22</sup> Açlık grevinin yalnızca Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir temel hak olduğu ve amacın "ölmek" olmadığı kabul edildiğinde, yaşam hakkının kötüye kullanılması gibi mülahazalara yer kalmayacaktır.<sup>23</sup>

## II- TIBBİ MÜDAHALE

### 1. Tıbbi Müdahalenin Anlamı

Vücut bütünlüğüne rıza dâhilinde yapılan her müdahale tıbbi müdahale olmayabilir. Örneğin başkasının vücuduna dövme yapmak ya da küpe takması için kulak delmek gibi eylemler tıbbi olmayan müdahale biçimleridir. Öte yandan her tıbbi müdahale, mutlaka ilgilinin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem şeklinde ortaya çıkar. O halde tıbbi müdahaleye rızayı tartışmadan önce tıbbi müdahalenin ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HYY) 4/g maddesine göre tıbbi müdahale; "tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi" ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de tıbbi müdahaleyi

<sup>20</sup> Çağatay Üstün/G. Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 6 Sayı 53, Nisan 2014, s. 32.

<sup>21</sup> Hernan Reyes, "Force-Feeding and Coercion: No Physician Complicity", *American Medical Association Journal of Ethics*, Volume 9, Number 10, October 2007, s. 703; Sondra S. Crosby/Caroline M. Apovian/ Michael A. Grodin, "Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians' Responsibilities", *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 298, No: 5, 2007, s. 563; Rifat Murat Önok, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005, s. 141.

<sup>22</sup> Taşkın, s. 249.

<sup>23</sup> Sevinç, s. 162.

*“hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>24</sup>

Bu tanımlar hasta ve hastalık odaklı olup kendi bağlamında doğrudur ancak vücut bütünlüğü hakkına müdahale kavramı açısından eksiktir. Zira tıbbi müdahalenin amacı her zaman tedavi ve iyileştirme olmayabilir; müdahale gerekçesi suç delilinin toplanması, bilimsel araştırma, nüfus planlaması, estetik, gelenek, din gibi çok geniş bir yelpazede gözlenebilir.<sup>25</sup> Keza, kişilerin rızasına dayalı olarak nakil amaçlı doku ve organ alınması gibi işlemlerin de tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmesinde tereddüt yoktur.<sup>26</sup>

Şu hâlde, en geniş anlamıyla tıbbi müdahaleyi, “tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından insan vücuduna tıbbi ya da biyolojik yöntemlerle yapılan her türlü müdahale” olarak kabul etmek gerekmektedir.<sup>27</sup> Tıbbi müdahaleye yetkilendirilen kişi genellikle hekim olmakla birlikte, bu konuda hekimlerin münhasıran yetkili olduğunu söylemek yanlış olur. Bazen normal olarak bazen de durumun aciliyeti nedeniyle ilk yardım teknisyeni, sağlık memuru, ebe veya hemşire gibi yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan müdahaleler de tıbbi müdahaledir.<sup>28</sup>

## 2. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Unsurları

Rıza, bir hakkın ihlal edilmesine hakkın sahibi tarafından onay verilmesidir.<sup>29</sup> Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren geçerli bir

<sup>24</sup> Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11/11/2015, § 52. Karara yönelik değerlendirme için bkz. Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 326-328.

<sup>25</sup> Özge Yücel, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018, s. 33.

<sup>26</sup> İsmail Atak, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 19/4, 2020, s. 20.

<sup>27</sup> Yücel, s. 33; Burcu G. Özcan/Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, 2007, s. 55.

<sup>28</sup> Aşıkoğlu, s. 320.

<sup>29</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 976.

rıza, şu dört unsurla oluşur: Rıza ehliyeti, rızaya elverişli konu, aydınlatılmış onam ve beyan.<sup>30</sup>

### a. Rıza ehliyeti

Bir kimsenin rıza beyan edebilmesi için normun koruduğu hukuksal yararın sahibi olması ve rıza açıklama yetisinin bulunması gerekir.<sup>31</sup> Fiil kimin hakkına yöneldiyse, rıza açıklama ehliyeti de ona aittir.<sup>32</sup> Kişiyi sıkı sıkıya bağlı olan bu konuda temsil mümkün değildir.<sup>33</sup> Ayırtım gücüne sahip olan herkes rızaya da ehil olacaktır. Kişinin bir hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini kullanıp kullanmaması kişilik hakkına ait bir seçimdir. Çünkü bu konu insanın kendi varlığını, kimliğini koruma ve geliştirme, kendi kaderini tayin etme, diğer ifadeyle özerkliğine saygı duyulmasını isteme hakkı ile ilişkilidir.<sup>34</sup> İlgili, küçük veya mahcur ise rıza ehliyeti veli veya vasiye aittir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/1).<sup>35</sup>

### b. Rızaya elverişli konu

Bir hakkı ihlal eden fiilin rıza nedeniyle hukuka uygun olabilmesi için, öncelikle üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak söz konusu olma-

<sup>30</sup> Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2002, s. 26 vd.

<sup>31</sup> Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, s. 394.

<sup>32</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, s. 333.

<sup>33</sup> İçel, s. 397; Centel/Zafer/Çakmut, s. 337.

<sup>34</sup> Özge Yücel, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018, s. 197.

<sup>35</sup> Velinin izni meselesi ile özellikle çocuklara uygulanan aşı tedbirinde karşılaşmaktadır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin "muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" kenar başlıklı 6/2. maddesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (m. 70/1) ve Hasta Hakları Yönetmeliği (m. 24/1) küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde açıkça velinin iznini şart koşmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bebeklik dönemi aşılarında muvafakatin sadece anne-babaya ait olabileceğini teyit ederek ihlal kararı vermiştir (Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11/11/2015). Öte yandan bu durumun 1959 BM Çocuk Hakları Evrensel Bildirgesi ile 1989 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından kabul edilen çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Yine, Anayasamızın 41/2. maddesine göre de devlet "özellikle ananın ve çocukların korunması" ile yükümlüdür. Şu hâlde, bu konuda çocuğun velisini peşinen tek yetkili olarak kabul etmek her zaman kolay değildir.

lıdır.<sup>36</sup> Diğer bir anlatımla, kişinin bir hakkı üzerinde tasarruf yetkisi varsa, o hakka dokunulmasına da rıza yetkisi vardır. Bu durumda rıza gösterilen hareket haksızlık oluşturmayacaktır.<sup>37</sup>

Ceza Kanunu'nun "*Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*" kenar başlıklı 26. maddesinin ikinci fıkrasında bu konu şu şekilde ifade edilmiştir: "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

Örneğin, yaşam hakkı üzerinde kişinin tasarruf yetkisi yoktur, bu hak üzerinde sınırsız tasarruf ya da isteğe bağlı olarak kişinin yaşamına son verilmesi, hukuki ve etik açıdan olumsuz karşılanmaktadır.<sup>38</sup> Bu konuda kişinin vereceği rıza da geçersiz olacaktır. İyileşme olanağı bulunmayan hastanın, çektiği acıyı dindirmek amacıyla ve kendi rızasıyla ölümü istemesi durumunda dahi ölüme yardım etme fiili, kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.<sup>39</sup> Bu örnek, doğal olarak ötanazi fiilini ve beraberindeki tartışmaları akla getirmektedir.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 335; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2019, s. 189; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 291; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 374. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 339; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 347.

<sup>37</sup> Centel/ Zafer/Çakmut, s. 332.

<sup>38</sup> Koca, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 5, Sayı: 12, 2010, s. 20.

<sup>39</sup> Demirbaş, s. 342; M. Emre Tulay, "Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 827.

<sup>40</sup> Hastanın rızasına dayanarak onun ölümüne yol açan davranışın icrai olması halinde aktif ötanazi, hareketsiz kalınarak yani ihmal şeklinde olması halinde pasif ötanazi söz konusudur. (Muharrem Özen/Meral Ekici Şahin, Ötanazi, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2010, s. 17)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ötanazinin bir hak olarak görülebilip görülemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. (Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 292) Belirtmek gerekir ki, aktif ötanazi hakkında AİHM yaşam hakkını, yaşamın kutsallığını ve dokunulmazlığını irade hürriyetinden üstün tutan bir anlayışa sahiptir. *Pretty v. Birleşik Krallık*, *Nicklinson ve Lamb v. Birleşik Krallık*, *Haas v. İsviçre* davalarında Mahkeme bu tespiti destekleyen bir yaklaşım ortaya koymuştur. Öte yandan, ülkelerin iç hukuklarında aktif ötanaziye hukuka uygun kabul etmeleri de elbette her zaman mümkündür ve bu tarz bir düzenleme de insan hakları standartlarına uygun olacaktır.

Gerçekten, eza ve ızdırabın etkisiyle öldürülmesini talep eden kişinin bu yönde-

ki yakarışları ve çektiği acı karşısında yaşamaına son veren yakınının veya sağlık görevlisinin kusurluluğunun ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekirdi. (Özgenç, s. 348, 563 no.lu dip not)

Aslında 5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısının "Acıyı Dindirme Saiki" başlıklı 140. maddesinde bu konuda şu şekilde bir düzenleme önerilmektedir: "İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Meclis Adalet Komisyonunda metinden çıkarılan bu hüküm ötanazinin aktif ve pasif halini birlikte karşılayacak şekilde kaleme alınmıştı.

Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İtalya ve Kanada'da aktif ötanazi insan onuru içerisinde mütalaa edilerek hukuka uygun kabul edilmiştir. (Kutluhan Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14 S. 2, Aralık 2017, s. 241-270)

Bununla birlikte, ihmali yardımla ortaya çıkan pasif ötanaziye ilişkin olarak ülkelerin daha esnek bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir. Örneğin aktif ötanazi ("talep üzerine öldürme") müstakil düzenlemeyle yasaklayan Almanya'da pasif ötanazi serbesttir. (Tulay, s. 829)

AIHM de 10.02.1993 tarihli Widmer v. İsviçre kararında Sözleşme'nin 2. maddesinin pasif ötanazi kapsamındaki fiillerin suç olarak düzenlenmesini zorunlu kıldığı şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. (Gökcan, s. 164)

Ülkemizde ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile bu uygulama da yasaklanmış görülmektedir. Oysa tarafı olduğumuz Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi, hastanın tedaviye yönelik iradesini her zaman serbestçe geri alabileceğini hüküm altına alarak pasif ötanaziye bunun dışında tutmamıştır. Bu durumda yönetmeliğin 13. maddesinin geçerli olmayacağını ifade edilmektedir. (Barış Atladı, "Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Şubat 2008, s. 38)

Öte yandan, hukukumuzda zaten var olan "hastanın tedaviyi ret hakkının" bir nevi pasif ötanazi olduğu da savunulmaktadır. (Korkut Kanadoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 119, 2015, s. 32)

Ünver, pasif ötanazi olarak adlandırılan ve esasta hastanın tedaviyi ret hakkının kullanılmasını ifade eden eylemlerin, TCK'nın 26. maddesi kapsamında hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde izah edilebileceği düşüncesindedir. (Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2006, s. 264)

Ekici Şahin de pasif ötanazide hastanın tedaviyi ret hakkı bulunduğundan hekimin cezalandırılmasının düşünülemediğini, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. madde hükmüne göre hekimin eyleminin suç teşkil etmeyeceği görüşündedir. (Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara Üni. Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 258)

Yine, pasif ötanazide kasten öldürmeden değil de intihara yardım etmekten cezalandırılmayı savunan görüş de (Tulay, s. 830) yabana atılmamalıdır.

Soyaslan'a göre de ötanazi durumunda hâkim, mağdurun ızdırap ve rızasını göz önünde bulundurarak TCK m. 62'ye göre cezada takdiri indirimde başvurmalıdır. (Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 160)

Ne var ki pasif ötanazinin altında yatan vicdani özü kurtarmaya yönelik olan bütün bu görüşler mevcut TCK karşısında yetersiz kalmakta; fiilin haksızlık içeriğini, kınanabilirliğini ve anti-sosyallik derecesini gözetken müstakil bir yasal düzenleme

### c. Aydınlatılmış Onam

Aydınlatılmış onam hakkı, tıbbi müdahaleye rıza beyanı ile tıbbi olmayan müdahalelere yönelik rıza açıklamaları arasındaki kilit farktır. Tıbbi müdahalenin teknik ve sofistike özelliği nedeniyle burada verilecek rızanın yeterince aydınlatılmış olması da gerekir. Rıza açıklayacak kişi, neye razı olduğunu bilmelidir. Böylece tıbbi müdahaleler bakımından, geçerli rızanın genel şartlarına ilaveten karşımıza “aydınlatılmış onam” kavramı çıkmaktadır.

Bir hakkın ihlaline rızayla katlanmanın özünde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi bulunmaktadır.<sup>41</sup> İşte aydınlatılmış onam; kişiye kendi yaşamı, vücudu, geleceği hakkında serbestçe karar alma, kaderini belirleme hakkını temin etmektedir.<sup>42</sup> Dolayısıyla aydınlatılmış onam, özgür irade kadar vücut bütünlüğünün korunmasına da hizmet eden bir haktır.<sup>43</sup>

Nitekim Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin<sup>44</sup> 5. maddesinde tıbbi müdahaleye verilecek onamın özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde olması gerektiği belirtilmektedir. Sözleşme'ye göre bu bilgilendirme “önceden” olmalı ve “müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler” içermelidir.<sup>45</sup>

---

ihtiyacını giderememektedir. Hastanın tedaviyi ret hakkının pasif ötanazi anlamına gelip gelmediği halen belirsizliğini korumaktadır. Kanaatimize göre hastanın tedaviyi ret hakkı çerçevesinde Ceza Kanunumuzda yalnızca pasif (dolaylı) ötanaziye öngörecektir şekilde bir hukuka uygunluk sebebine ihtiyaç bulunmaktadır.

<sup>41</sup> Gülsün Ayhan Aygörmez, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, s. 138.

<sup>42</sup> Yücel, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla...”, s. 197.

<sup>43</sup> Munise Gülen Kurt, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 146, 2020, s. 199.

<sup>44</sup> Avrupa Konseyi tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, TBMM’de 3 Aralık 2003 tarihinde uygun bulunmuş, 20 Nisan 2004 tarihli Resmi Gazete ile de yürürlüğe girmiştir. Sağlık hizmetlerinde insan hakları konusunu detaylı bir şekilde ele alan bu Sözleşme, Anayasa m. 90 gereğince iç hukukumuza doğrudan etki etmektedir.

<sup>45</sup> Mevzuatımızda aydınlatılmış onama ilişkin düzenlemelere şu örnekler verilebilir: 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 7. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31/1, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/2. Yine, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesine yönelik düzenlemeden de (m. 70) zımnen hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ifade edildiği sonucu çıkarılabilir. (Özcan/Özel, s. 59)

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları içerisinde de oldukça önemli bir yere sahip olan aydınlatılmış onam,<sup>46</sup> tıbbi müdahaleye başlamak, devam etmek ya da müdahalenin durdurulması, reddedilmesi konusunda ilgilinin karar verebilmesi için, içinde bulunduğu duruma ilişkin bütün gerçeklerin ortaya konulmuş olmasıdır.<sup>47</sup>

Tıbbi müdahale hakkında aydınlatılan kişi, kanunun zorunlu kıldığı haller dışında *“kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir”* (HYY m. 25). Bu düzenlemesiyle Yönetmelik, tedaviyi ret hakkı bakımından hastanın kişiliğine saygıyı esas alan, çağcıl gelişmelere uygun bir pozisyon almış durumdadır.<sup>48</sup>

#### d. Rıza beyanı

İlgilinin açık ya da örtülü, yazılı ya da sözlü ama bir şekilde iradesini açık etmiş olması gerekir.<sup>49</sup> Özel bir düzenleme yoksa rıza açıklamasının biçimi önemli değildir.<sup>50</sup> Sonuçta fiil, rıza beyanını arkasına

<sup>46</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının “Aydınlatılmış Onam” başlıklı 26. maddesi şu şekildedir:

“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.” ([https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&id=65&Itemid=31](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31)) (sgt: 11.04.2021).

<sup>47</sup> Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, İstanbul 1999, s. 160.

<sup>48</sup> Sevinç, s. 121.

<sup>49</sup> Koca/Üzülmez, s. 293.

<sup>50</sup> Toroslu, s. 190. Örneğin organ nakli için gereken rızanın geçerliliği, 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” ile belirlenen şartlara uygun olmasına bağlıdır.



olarak işlenmiş olmalıdır. Hareketten sonra beyan edilen rıza ise fiili hukuka uygun hale getirmez. Rıza, en geç hareketin yapıldığı sırada beyan edilmiş olmalıdır.<sup>51</sup>

### 3. Rıza Olmasa Bile Hukuka Uygun Tıbbi Müdahaleler

Kural, vücut bütünlüğüne müdahalenin rıza ile yapılabilmesidir. Anayasa'nın 17/2. maddesi, "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz" hükmüyle hem kuralı hem de istisnaları ortaya koymuş bulunmaktadır. Buna göre, tıbbi müdahalede rıza arayışına iki istisna söz konusudur: Tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hal. Eğer tıbbi zorunluluk ve/veya kanunla düzenlenmiş bir hal varsa rıza olup olmadığına bakılmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecektir.

Kanundan kaynaklanan istisnai duruma 5271 sayılı CMK'nın delil elde etmek için iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına izin veren 75/1. maddesi örnek gösterilebilir. CMK, bu müdahaleyi hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararıyla bırakmıştır. Bu karar verildikten sonra hekim için tıbbi müdahale görevin ifasıdır (TCK m. 24/2). Yine, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde belirttiği hastalıklarda zorunlu aşı öngören 72. maddesi de kanundan kaynaklanan bir tıbbi müdahale çeşididir. Bu durumda zorunlu aşı, hekim bakımından Kanun hükmünün yerine getirilmesi anlamına gelecektir (TCK m. 24/1).

Müdahaleye rıza kuralının diğer istisnası olan tıbbi zorunluluk hâlinde ne anlaşılması gerektiği konusunda ise HYY'nin 24/7. maddesi bir açıklamada bulunmaktadır. Yönetmeliğe göre, hastanın rızasının sorulmadığı, bilincinin kapalı ve hayati tehlikesinin bulunduğu acil durumlarda tıbbi müdahale için rıza beklenmeyecektir. Yine, hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı nedeniyle tıbbi müdahalenin genişletilmesi gerekiyorsa, bu durumda da tıbbi müdahalede bulunmak için rıza aranmaz. Her iki durumda da hastanın bilinci açıldığı andan itibaren yapılacak tıbbi müdahaleler için rıza işlemlerine başvurmak gerekmektedir (HHY m. 24/7-son cümle). 1219 sayılı Kanun'un 70/1.

<sup>51</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 335.

maddesinde de “üzerinde ameliye yapılacak kişi görüş belirtecek durumda değilse” rıza şartından sarf-ı nazar edilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Hayati tehlikenin bulunduğu acil hallerde ilgilinin rızasını sorma imkânı bulamayan hekimin müdahalesinde, “gerçek vekâletsiz iş görme” nedeniyle hukuki sorumluluğun doğmayacağı ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Ceza sorumluluğu bakımından ise bu durum genellikle “varsayılan rıza” kavramıyla açıklanmaktadır.<sup>53</sup> Buna göre, hastanın içinde bulunduğu durum olmasaydı müdahaleye rıza göstereceği varsayımı, müdahale açısından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Koca-Üzülmez, bu gibi durumlarda, varsayılan rıza gibi “uydurma bir kavram” yerine, hakkın kullanılması veya görevin ifası gibi kurallar üzerinden bir sonuca varmak gerektiğini ifade etmektedir.<sup>55</sup> Aslında hekim bu olasılıkta mesleki hakkını icra ettiği için hukuka uygunluğun temelinde, görevin ifası görülmelidir.<sup>56</sup> Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği de bu konuda hekime tavsiye değil bir görev tevdi eder şekilde kaleme alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki, varsayılan rıza kavramı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını dolanmak için kullanılacak bir araç değildir. Bu kuram, hastanın rızasının alınmadığı ama iradesinin bu yönde olacağını varsayıldığı, hekimin mesleğini gönül rahatlığı içinde ifa etmesi ile hastanın yararlarının korunması için ön plana çıkmıştır.<sup>57</sup> Bunun dışında tıbbi zorunluluk, hastanın rızasının alınmasına ihtiyaç duyulmayan genel bir neden olarak görülmemeli, sadece hastanın rızasının alınmadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan acil hallerde kabul edilmelidir.<sup>58</sup> Hatta acil servise gelen her hastanın rızasının aran-

<sup>52</sup> Musa Furkan Şahin, “Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1 Sayı:1, 2019, s. 145.

<sup>53</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 335.

<sup>54</sup> Ceyda Ümit, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 8, S. 32, Ekim 2017, s. 209.

<sup>55</sup> Koca/Üzülmez, s. 294; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2, İstanbul 1994, s. 53.

<sup>56</sup> Ahmet Gökçen, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, *SÜHFD Milenyum Armağanı*, C.8, S.1-2, 2000, s. 64; Özlem Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, s.157.

<sup>57</sup> Barış R. Erman, “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Sayı: 4, Mart 2010, s. 32.

<sup>58</sup> Ümit, s. 209.

masına gerek bulunmadığı gibi bir anlayışa kapılmak doğru değildir, mümkün mertebe rıza aranmalıdır.<sup>59</sup> Hastanın tedaviyi açıkça reddettiği hallerde “tıbbi zorunluluk” bulunduğu gerekçesiyle kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmemelidir.<sup>60</sup>

### III- AÇLIK GREVİNE TIBBİ MÜDAHALE

#### A. Özgür Bireylerin Açlık Grevine Tıbbi Müdahale

Özgür bir kişinin açlık grevine müdahaleyi meşru kabul eden görüşün dayanak noktası, yaşam hakkının vazgeçilemeyecek bir temel hak olması, bu hakkın aynı zamanda aile ve topluma karşı sorumlulukları da içermesidir.<sup>61</sup> Bu çerçevede, Anayasa’nın 12/1. maddesi<sup>62</sup> esas alınmakta, buna bağlı olarak Anayasa’nın 17. maddesinde yaşama hakkıyla birlikte hükme bağlanan maddî varlığı koruma ve geliştirme hakkının devredilmez ve vazgeçilmez olmasına dikkat çekilmektedir.<sup>63</sup> Bu durumda kişinin kendisine kalıcı zarar vererek maddi varlığını zedelemesi, tehlikeye sokması ya da büsbütün sonlandırması Anayasa’nın 12. ve 17. maddelerine aykırı olacaktır. Söz konusu yaklaşıma göre, açlık grevinin meşruiyeti kalıcı zarar doğma tehlikesine kadardır,<sup>64</sup> bu andan itibaren eylem haklılığını (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini) kaybedecektir. Öyle ki açlık grevi hakkın kötüye kullanımı olarak görüldüğünde, müdahale için sağlığın kritik eşiğe dayanması bile şart olmayacaktır.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Erman, “Türk Hukukunda...”, s. 33.

<sup>60</sup> Ümit, s. 209. Bu konuda, kan naklini inançları gereği reddeden Yehova Şahitleri adlı dini gruba dair çarpıcı örnekler bulunmaktadır. Örneğin İngiltere’de yaşanan bir olayda Emma Gough, yaptığı doğumun hemen ardından kan kaybetmeye başlayınca, kanamayı durdurmaya çalışan doktorlar, acil kan nakline karar vermişlerdir. İnancı nedeniyle kan naklini kabul etmeyen kadın, nakil için gerekli bilgi formunda yer alan “Kan verilmesini istemiyorum” bölümünü işaretlemiş ve sonuçta hayatını kaybetmiştir (Aşıkoğlu, s. 340).

<sup>61</sup> Doğan Soyaslan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, C. 16 Sayı 3, Temmuz 1990, s. 273.

<sup>62</sup> “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

<sup>63</sup> Feyzioğlu, s. 163.

<sup>64</sup> Feyzioğlu, s. 163.

<sup>65</sup> Akıncı, s. 753.

Açlık grevcisine müdahaleyi hukuka aykırı bulan görüşün temelinde ise bireysel özerklik hakkı bulunmaktadır. Bireysel özerklik hakkı, kişinin sahibi olduğu hukuki değer üzerinde özgür iradesiyle özgürce tasarrufta bulunabilmesidir.<sup>66</sup> Bu hak, kişinin kendi geleceğini kendisinin belirleme özgürlüğünü de beraberinde getirmekte; insan onurunun dokunulmazlığı ve insanın öz saygınlığı esasına dayanmaktadır.<sup>67</sup> Söz konusu anlayış çerçevesinde insan onuruna saygı ilkesi, devletin yaşamı koruma ilkesinin dahi önündedir.<sup>68</sup> Bu kapsamda, bir hastanın özgür iradesiyle doğal yollardan ölüme terk edilmeyi istemesi ya da hayati tehlikeye rağmen tedaviyi reddetmesi “tıbbi veto hakkı” olarak adlandırılmakta, bu sonuç insanın öz saygınlığı ilkesine dayandırılmaktadır.<sup>69</sup>

Biz bu iki yaklaşımdan ikincisine, özerklik odaklı yaklaşıma hak veriyoruz. Açlık grevine belli bir aşamadan sonra müdahaleyi savunanların yanılığının, bu eylemi ölüm odaklı olarak değerlendirmelerinden kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Halbuki süreci tersine çevirmek her zaman mümkündür, eylemci de bu imkâna dayanmaktadır. Açlık grevcisi, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde hareket etmekte, başkalarına zarar vermeden düşüncesini ifade aracı olarak vücudunu ve sağlığını ortaya koymaktadır. Bu durumda açlık grevine adeta acıkana kadar izin vermek, ifade hürriyetinin doğasıyla da açlık grevinin mahiyetiyle de bağdaşmamaktadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi, hastanın önceden açıkladığı iradesinin, sonraki evrelerde de gözetilmesi gerektiğini prensip olarak ortaya koymuştur. Artık bir hastaya dönüşen açlık grevcisi için de bu prensibin uygulanması zorunludur. Hukuk uygulayıcısının bu Sözleşme'ye aykırı herhangi bir iç hukuk normunu görmezden gelerek Sözleşme hükümlerini uygulaması gerekmektedir.<sup>70</sup> Kaldı ki, 2014 yılında değişen hükümleriyle Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de “tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınması” zorunlu kılınmış (m. 24/5), Sözleşme'ye paralel bir yaklaşım benimsenmiştir.

<sup>66</sup> Aygörmez, s. 138.

<sup>67</sup> Üstün/Uğurlubay, s. 29.

<sup>68</sup> Akıncı, s. 754.

<sup>69</sup> Aygörmez, s. 147.

<sup>70</sup> Erman, “Türk Hukukunda...”, s. 35.

Dünya Tabipler Birliği'nin bu konudaki kabulüne göre de hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir hak olup, hekimin bu isteğe saygı göstermesi gerekmektedir. Açlık grevcisinin hayatı tehlikeye girse bile, bilinci açıkken verdiği son karara uygun şekilde tedaviden kaçınılmalıdır.<sup>71</sup>

Şu hâlde, ölüm orucundaki özgür bir bireyin, herhangi bir hastanın sahip olduğu tüm haklara sahip olacağına kuşku duyulmamalıdır. Hiç kimsenin kendi isteği ile temel hak ve hürriyetlerinden feragat edemeyeceği, bu nedenle özgür bireylerin de açlık grevine müdahale edilebileceği yönündeki yaklaşım<sup>72</sup> artık eskide kalmıştır. Zira uzun yıllar içerisinde bu konu, yaşam hakkının korunması bağlamından insan onuru ve kişi özerkliği zeminine doğru kaymıştır. Özerklik ilkesinin tıp etiğine ve hukuk metinlerine girmesi rastlantı olmayıp, insan ilişkilerinin ve kişilik haklarının günümüzde vardığı noktanın bir sonucudur.<sup>73</sup> Açlık grevine müdahale konusuna bu pencereden bakıldığında, grevciye müdahalede zaruret hali<sup>74</sup> ya da üçüncü kişi lehine meşru müdahale<sup>75</sup> nedeniyle hiçbir hukuki sorumluluğun doğmayacağı yönündeki görüşlerin de artık bir geçerliliğinin kalmayacağı düşüncesindeyiz. Özgür bireylerin açlık grevine hangi aşamada olursa olsun istem dışı tıbbi müdahale, hukuki ve mesleki sorumluluk doğurmalıdır.

## B. Hükümlü veya Tutuklunun Açlık Grevine Tıbbi Müdahale

### 1. Mevzuatımızın Cezaevindeki Açlık Grevine Bakış Açısı

#### a. TCK m. 298

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme" kenar başlıklı 298. maddesinin ikinci fıkrasında hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi halinde beslenmenin engellenmesi suçunun oluşacağı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü

<sup>71</sup> Dünya Tabipler Birliği'nin Eylül 1992'deki 44. Asemblası raporundan aktaran; Can Çelik, "İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 53, Nisan 2014, s. 53.

<sup>72</sup> Feyzioğlu, s. 164.

<sup>73</sup> Kurt, s. 200.

<sup>74</sup> Soyaslan, "Açlık Grevi...", s. 269.

<sup>75</sup> Feyzioğlu, s. 166; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 2007, s. 84.

fıkrasında ise, beslenmenin engellenmesi nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya ölüm meydana gelmesi halinde ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçundan sorumluluk doğacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere açlık grevi, tıpkı intihar gibi, kişinin kendi eylemi açısından değil, başkalarını buna yönlendirmek bakımından suç kapsamına alınmıştır. Böylece yasa koyucu, açlık grevini kişinin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf biçimlerinden biri olarak kabul etmiş görünmektedir.

### b. CGİK m. 40

Mevzuatımızda açlık grevinin kişi hak ve özgürlüğü içinde müta-laa edilmediğine ilişkin en belirgin örneğe 5275 sayılı CGİK'nın 40/2-g maddesinde rastlamaktayız.<sup>76</sup> Bu düzenleme uyarınca, hükümlü veya tutuklunun açlık grevi yapması, "*bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma*" şeklindeki disiplin cezasını gerektiren hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir. Açlık grevine başlandığı anda bu disiplin suçu işlenmiş olacaktır.

Söz konusu düzenleme uyarınca verilen disiplin cezası nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.<sup>77</sup> Mahkeme, devletin ceza infaz kurumunun güvenliğini ve düzenini sağlama ile mutlak kontrolünde bulunan bu kurumlarda zorunlu olarak tutulan bireylerin sağlıklarını koruma yükümlülüğüne vurgu yaparken, cezaevinde bulunmanın hükümlüye de sorumluluklar yüklediğinin altı çizmektedir.<sup>78</sup> Dolayısıyla bu düzenleme, Anayasa'nın 26/2. maddesinde öngörülen çerçevede bir sınırlama olarak kabul edilmiştir.

Kanaatimize göre ise, açlık grevini hükümlü için bir çeşit ifade özgürlüğü olmaktan tamamen çıkararak bu düzenleme, demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırıdır. Mahkeme bu kararıyla, ceza infaz kurumlarında yapılan açlık grevlerinin bir ifade yöntemi olabileceğini yönündeki kendi kabulü<sup>79</sup> ile de çelişmektedir. Elbette

<sup>76</sup> Çelik, s. 45.

<sup>77</sup> Kahraman Güvenç, B. No: 2016/15659, 23/6/2020, Mehmet Ayata, B. No: 2013/2920, 7/7/2015.

<sup>78</sup> Kahraman Güvenç § 37-39.

<sup>79</sup> Mehmet Ayata, § 24; Kahraman Güvenç § 31.

ifade özgürlüğü mutlak değildir, hele cezaevindekiler için bu sınırlamalar çok daha farklı ve fazla olabilir ama söz konusu düzenleme sınırlamanın da ötesinde, açlık greviyle ifade edilen düşünce açıklamasını en baştan tanımamaktadır.<sup>80</sup> Eğer hükümlünün topluma yeniden kazandırılması infazın hedeflerinden biri ise, ifade özgürlüğünün görünümü niteliğindeki demokratik eylemlerin hangi ölçüde sınırlanacağı konusunda da hak temelli bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>81</sup>

### c. CGİK m. 82

Hükümlülerin açlık grevi hakkında temel rejimi belirleyen 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun "*Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi*" kenar başlıklı 82. maddesi de bu eylemi hak olarak görmeyen yaklaşıma uygun şekilde kaleme alınmıştır. Aşağıda daha ayrıntılı tartışacağımız bu düzenleme, Anayasa'nın vücut bütünlüğü dokunulmazlığı kuralına getirdiği "*kanunda yazılı hal*" istisnasına bir örnek teşkil etmektedir. İnfaz Kanunu'nun 110. maddesindeki yolla- ma sonucu tutukluları da kapsayan maddenin birinci fıkrası zorla besleme, ikinci fıkrası ise tıbbi müdahaleye ilişkindir.

### d. Yönetmelik

Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan, 29 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren "*Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik*", açlık grevi ve ölüm orucu hakkında Kanun düzenlemesini tekrar ifade etmekle yetinmiştir (m. 101). İnsan haklarını yakından ilgilendiren bir kanuni düzenlemenin uygulama esas ve usullerinin Yönetmelik ile belirtilmesi gerekmektedir.

<sup>80</sup> AİHM'in Kara v. Türkiye (B. No: 22766/04, 30 Haziran 2009) kararını da bu bağlamda not etmek gerekir. Kasım 2000'de gerçekleşen dava konusu olayda, Anadolu Tutuklu ve Hükümlü Aileleri Yardımlaşma Derneği, açlık grevi başlatan tutukluları desteklemek amacıyla üyelerinin de belirli olmayan bir süre için açlık grevi yapmalarına karar vermiştir. Yerel mahkeme 27 Aralık 2002 tarihinde verdiği kararda, açlık grevi organize etmek ve broşür dağıtmak suretiyle derneklerin tüzük dışı faaliyet yasağını ihlal suçundan mahkûmiyet kararı vermiştir. Başvuran, altı ay hapis cezasından çevrilen adli para cezasına mahkûm olmuştur. AİHM ise bu cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatiyle AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

<sup>81</sup> Konuyu AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında etraflıca değerlendiren bir çalışma için; Çiğdem D. Sever, "*Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı*", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 122, 2016, s. 141-192.

### e. Genelge

Adalet Bakanlığı'nın 6 Ocak 2020 tarihli "Ceza İnfaz Kurumlarında Barındırılanların Uluslararası Standartlarda İnsan Hakları Merkezli Sağlığa Erişimi ve Tedavileri, Tedavi Nedeniyle Nakilleri, Ceza Tehiri İşlemleri" hakkında 172 numaralı genelgesinde açlık grevi veya ölüm orucuna yer verilmediği gibi, beslenmeyi ret konusunda da doğrudan bir açıklamada bulunulmamıştır.<sup>82</sup> Ancak, genelgenin iki yerinde İnfaz Kanunu'nun 82. maddesine gönderme vardır. Buna göre, bulaşıcı hastalığı bulunup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların hayati tehlike altında olması halinde CGİK m. 82/2. maddesinin uygulanması öngörülmektedir. İkinci olarak, tedavi nedeniyle hastaneye sevk edilen hükümlünün tedaviyi reddetmesi halinde genel hükümlere işaret edilirken, CGİK'nın 82. maddesi hükümleri bu uygulamadan ayrıksı tutulmuştur. Genelgede açlık grevindeki hükümlülere tedaviyi ret hakkının tanınmaması, Kanun hükmü karşısında son derece doğaldır. Burada dikkat çeken husus, açlık grevinde olmayan yani sırf hasta olan hükümlülerin hastanede tedaviyi reddetmesi hakkının açıkça tanınmış olmasıdır. İnfaz Kanunu'nun bu konudaki suskunluğunu idarenin düzenleyici işlemiyle gidermek ya da meseleyi etik ilkelere havale etmek yeterli değildir, kanunun da aynı anlayış çerçevesinde hükümler içermesi isabetli olacaktır.

### f. Üçlü Protokol

Son olarak, Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlığı arasında 17 Ocak 2000 tarihinde yapılan "Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevlerindeki Yönetim, Dış Koruma ve Sağlık Hizmetlerine İşlerlik Kazandırılmasına İlişkin" üçlü protokole değinmek gerekmektedir. Protokolün 19. maddesi *açlık grevinde durumları kritikleşenlere müdahale ve tıbbi tedavi uygulamasını düzenlemekteydi*.<sup>83</sup> Bu husus yönünden Türk Tabipler Birliği'nin Hasta Hakları Yönetmeliği'ne aykırılık gerekçesiyle açtığı iptal davası Danıştay tarafından reddedilmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi'nin 20.11.2002 tarihli kararını oy çokluğuyla onayan İdari Dava Daireleri Kurulu, etik ilkeleri bir *öneri* olarak görmüş, değerlendirmiş

<sup>82</sup> Genelge metni; <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2212020114623172%20genelge.pdf> (09.02.2021)

<sup>83</sup> Protokol metni; <https://www.ttb.org.tr/mevzuat/2005ek/Cilt1.pdf> (05.02.2021)



fakat Anayasa'nın 17 ve AIHS'in 2. maddesi kapsamında yaşam hakkının korunması bakımından devletin pozitif yükümlülüğünü öne çıkarmıştır. Kararda Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ne ise hiç değinilmemiştir<sup>84</sup>. Söz konusu protokol, 19.08.2011 tarihli yeni bir üçlü protokolle kaldırılmış, açlık grevi konusuna yeni protokolde hiç girilmemiştir.<sup>85</sup>

## 2. Zorla Besleme (CGİK m. 82/1)

CGİK'nın 82/1. maddesine göre; *"hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır."*

Söz konusu düzenleme çerçevesinde zorla besleme; hekim ya da infaz kurumu görevlilerince yapılabilen, kişinin vücuduna gıda verilmesini amaçlayan, cezaevinin uygun bir yerinde icra edilebilen bir işlemdir.<sup>86</sup> Dolayısıyla, halen bilinci açık olan, hasta konumunda olmayan grevciye yapılacak zorla besleme tıbbi müdahale şeklinde olmayabilir. Madde metni bu işlemin mutlaka tıbbi yöntemlerle yapılmasını gerektirecek şekilde yazılmamıştır. Bu işlem her zaman vücut bütünlüğüne müdahaledir, ancak her zaman tıbbi müdahale değildir. Hekim marifetiyle damardan enjekte etme gibi tıbbi yöntemler kullanılacaksa bu besleme işlemi tıbbi müdahale anlamına gelecektir.

Bu aşamaya ilişkin olarak Kanun, grev ya da ölüm orucu kelimeleri yerine *hareket* tabirini seçmiştir. Çünkü hükümlü grev dışında, psikolojik bir sorun veya intihar isteği gibi başka bir nedenle de beslenmeyi reddetmiş olabilir. Bununla birlikte beslenmeyi reddin kahir ekseriyetle açlık grevi ihtimalini gündeme getireceği de bilinen bir gerçektir.

<sup>84</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 7.12.2006 tarih 2003/501 E 2006/2096 K sayılı kararı.

<sup>85</sup> Yeni protokol metni; [https://www.ttb.org.tr/mevzuat/images/stories/Yeni\\_I\\_protokol.pdf](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/images/stories/Yeni_I_protokol.pdf) (05.02.2021)

<sup>86</sup> Ayşe Özge Atalay, "İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:109 – 110, Eylül- Ekim 2013, s. 71.

Bir hükümlünün protesto amacıyla beslenmeyi *sürekli olarak*<sup>87</sup> reddetmesi halinde açlık grevi eyleminin başladığı kabul edilmelidir. Bu durumda devlet harekete geçer. Cezaevi hekimi ilgiliyi aydınlatır, bu hareketin neden olacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda bilgilendirmede bulunur. Aynı zamanda cezaevinin psiko-sosyal hizmet birimi de kişinin bu hareketinden vazgeçmesi için çalışmalar yapar.

Cezaevinde zorla besleme için hayati tehlike şartı aranmamış, sadece eylemin tüm ikna çalışmalarına rağmen sürdürülmesi yeterli görülmüştür. Bu durumda Kanun, kurum hekimince belirlenen rejime göre ilgilinin uygun ortamda beslenmesine başlanmasını buyurmaktadır. Düzenlemede 'zorla' ibaresi kullanılmasa da hükümlünün rızasına aykırı olarak beslenmesini başka kelimeyle tarif etmek imkânı bulunmamaktadır.

İnsanın öz varlığını, onur ve haysiyetini ilgilendiren bu düzenleme yalnız başına bırakılmamalı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında çizilen çerçeve ile birlikte düşünülmelidir. Mahkeme'nin ihlal kararları verdiği *Neumerzhitsky v. Ukrayna* (2005), *Ciorap v. Moldova* (2007) gibi davalarda ortaya koyduğu standartlar şu şekildedir:<sup>88</sup>

Zorla besleme;

- tıbben gerekli olmalı,
- ilgilinin yaşamını kurtarmaya yönelik olmalı,
- itiraz hakkı, yargısal denetim, uygulamanın tutanağa bağlanması, yetkili hekim tarafından gerçekleştirme gibi güvenceler içermeli,
- mümkün olan en hafif müdahale yöntemiyle, insan onur ve haysiyetini çiğnemeyecek şekilde yapılmalı,
- greve son verdirmek için bir baskı ve ceza aracına dönüşmemeli.

Görüldüğü üzere AİHM, gıda verme işleminde rıza aranmamasını sorun etmemiştir, yeter ki insan onurunu alçaltıcı şekilde müdahale edilmesin. İnsan onuru, devletin tüm işlem ve eylemlerinde gözetmesi

<sup>87</sup> Mevzuatımızda belli bir süre öngörülmemiştir. ABD'de Federal Ceza İnfaz Kurumlarında bu süre 72 saat olarak öngörülmüştür. 72. saatten sonra kişi açlık grevcisidir (Gordon, s. 350). Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu konuda kesin bir süre belirlemek doğru değildir. Kişiden kişiye değişebilecek fiziksel yeterliliğe göre açlık grevinin başlangıcına karar verilmelidir (Levy, s. 9).

<sup>88</sup> Levy, s. 30.

gereken temel değerdir. İnfaz Kanunumuz da 82. maddenin son fıkrasında, uygulanacak zorlayıcı tedbirlerin onur kırıcı nitelikte olmamasını şart koşturmuştur. Bu şart malumun ilamıdır; yazılmamış olsaydı, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde devletin insan onurunu gözetmek yükümlülüğünden eksilen bir şey olmazdı.

Bu noktada Dünya Hekimler Birliği'nin en son 2016 yılında gündellediği 1975 Tokyo Bildirgesi'nde<sup>89</sup> hekimlere yönelik tavsiyesine kulak vermek gerekmektedir: *"Bir mahkûm gıda almayı reddettiğinde ve hekim tarafından böyle bir kararı sonuçlarını bilerek kendi başına ve kendi tercihiyle alabilecek yeterlikte görüldüğü durumda, DTB'nin Açlık Greleriyle ilgili Malta Bildirgesi'nde belirtildiği gibi ilgili kişinin yapay beslenmesi yoluna gidilmeyecektir. Mahkûmun böyle bir kararı verme yeterliğine sahip olduğu en az bir bağımsız hekim tarafından daha teyit edilmelidir. Gıda almayı reddetmenin sonuçları hekim tarafından mahkûma anlatılacaktır."*

Görüldüğü üzere, tıp etiği açısından zorla besleme, hükümlünün iyiliği için yapılacak olsa bile kategorik olarak reddedilmektedir.<sup>90</sup>

Aynı doğrultuda, Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi'nin 2016 yılında İsrail hakkında düzenlediği raporda İsrail mevzuatına göre açlık grevinde olan birinin (karar alma yeteneğini haiz olsa bile) rızası olmaksızın zorla beslendirilmesi, kötü muamele yasağının ihlali olarak görülmüş ve BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne aykırı bulunmuştur (m. 16).<sup>91</sup>

BM İnsan Hakları Komitesi'nin Guantanamo hakkındaki ABD raporunda da zorla beslemenin başlıbaşına insan hakkı ihlali olduğu belirtilmiş, bu ihlalle birlikte orantısız güç kullanımı da varsa, eylemin işkence ve kötü muamele olacağı tespitinde bulunulmuştur. Komite raporuna göre zorla besleme ilgilinin sağlık hakkını çiğnediği gibi, bu işlemde rol alan hekim için de etik ilkelerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Resmi adı "Gözaltında ve Mahkumiyette İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezalar Konusunda Hekimler için Kılavuz" olan bu Bildiri'nin Türkçe metnine erişim için; [https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB\\_Tokyo\\_Bildirgesi\\_2016.pdf](https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf) (08.02.2021)

<sup>90</sup> Levy, s. 22.

<sup>91</sup> Rapora erişim için; <https://www.refworld.org/docid/57a99c6a4.html> (08.02.2021)

<sup>92</sup> Raporun 88 ve 94. paragrafları. "Situation of detainees at Guantánamo Bay"

Gerçekten, insan onuru madem hukukun merkezindedir, zorla beslemenin niteliği gereği onura dokunup dokunmayacağı sorgulanmalıdır. Kişinin kendi iradesine sıkı sıkıya bağlı bir tercihi göz ardı edip, henüz bilinci de yerindeyken zorla beslemenin onura dokunmadan yapılması mümkün müdür? AİHM'in belirlediği asgari standartlar karşısında CGİK'nın 82/1. maddesinin AİHS'e aykırı olmadığı sonucuna varılabilir. Fakat insan onuru mihengine vurulduğunda bu ve benzeri düzenlemeleri sorunsuzca işletebilmenin kolay olmadığı kabul edilmelidir. Uygulamada, ikna edilemeyen grevciyi cezaevinde zorla besleme yerine, bu işi bir sonraki aşamaya (hastaneye) bırakma eğiliminin daha baskın olmasını biraz da bu zorluğa bağlıyoruz. Bu tercihin mevzuat kuralı haline gelmesinden yanayız; şuuru açık hükümlüyü zorla beslemekten tamamen vazgeçmelidir. Hükümlünün bilincinin yerinde olduğu, kararından dönmediği ve özgür iradesiyle beslenmeyi reddettiğinin tespit edilmesi durumunda, bu "kişinin" istek ve iradesine saygı gösterilmeli; CGİK m. 82/1 bu yönde değiştirilmelidir.<sup>93</sup>

### 3. Zorla Tedavi (CGİK m. 82/2)

#### a. Yasal Çerçeve

CGİK'nın 82/2. maddesine göre; *"beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır."*

Buna göre, açlık grevini bırakmayan hükümlünün *hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu* hekim raporuyla tespit edildiğinde, rızasının olup olmadığına bakılmaksızın, kurumda veya kurumda mümkün değilse hastanede tedavi işlemi yapılacaktır. Bu uygulama çoğunlukla ölüm oruçlarında söz konusu olur. Tıbbi müdahale sorunsalı da gene daha çok bu süreçte gündeme gelir.

<sup>93</sup> başlıklı rapora erişim için; <https://undocs.org/E/CN.4/2006/120> (08.02.2021) Aynı yönde; Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s. 284.

Bu aşamada grevciye *muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi* tedbirler uygulanacaktır. Bu arada, CGİK m. 82/1'deki herkes tarafından yapılabilen zorla besleme ile m. 82/2'de öngörülen tedavi amaçlı zorla beslemeyi ayırt etmek gerekir. Hekim veya sağlık çalışanı tarafından yapılacak besleme işlemi de tedavinin bir parçası olduğundan artık bu da bir tıbbi müdahale sayılmalıdır. Hayati tehlikeye altındaki kişiyi beslemenin tıbbi yöntemlerle icra edileceğine kuşku yoktur.

Hukuk düzenimizde özgür bir kişinin açlık grevi ile cezaevindeki hükümlünün açlık grevine yaklaşım farkı tam bu aşamada belirginlik kazanmaktadır. İnfaz Kanunu'nun 82/2. maddesi, hükümlü ile hekim arasındaki ilişkiyi pür hasta-hekim ilişkisi olarak kabul etmemekte, açlık grevcisi hükümlünün iradesine belli bir aşamadan sonra itibar etmemektedir.

Uluslararası belgeler açısından söz konusu düzenlemeyi yokladığımızda, konunun belli standartlar içinde ulusal mevzuat takdiri-ne bırakıldığı görülmektedir. Örneğin Avrupa Konseyi İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT), 2002 yılında yayımladığı CPT Standartları belgesinde “*açlık grevi durumunda, bazı ülkelerdeki kamu yetkilileri veya profesyonel kurumlar, hastanın şuuru ciddi bir biçimde bozulduğunda ölümü engellemek için doktorun müdahale etmesini zorunlu kılar. Diğer ülkelerde ise kural, klinik kararların gerekli yerlere danışan ve bütün verileri değerlendiren sorumlu doktora bırakılması yönündedir*” şeklinde bir tespitte bulunmuştur.<sup>94</sup> Aynı şekilde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı da mevzuatımızı doğrulamaktadır.<sup>95</sup>

Ülke mevzuatlarında, cezaevlerinde açlık grevi halinde ne yapılacağına veya ne yapılmayacağına dair düzenlemelerin olması önemli

<sup>94</sup> UNHCR web sayfası uzantısından belgenin Türkçe metnine erişilebilir; <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2> (05.02.2021)

<sup>95</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cezaevinde Tıbbi Bakımın Ahlaki ve Kurumsal Yönleri ile İlgili R (98) 7 sayılı tavsiye kararına ek karara göre; “Eğer doktora göre açlık grevcisinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibarıyla bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir. (Mesleki standartlar da dâhil.)” Karara erişim için; [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf) (05.02.2021)

ve gereklidir. Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi'nin 2007 yılında düzenlediği Hollanda raporu bu konuda yol göstermektedir. Rapora göre, cezaevlerinde açlık grevine ilişkin olarak hangi adımların atılacağını gösteren, açık ve anlaşılır kurallar bulunmalı, bu düzenlemede grev sırasında sağlık çalışanlarının gözetim yetkisine somut bir şekilde yer verilmelidir.<sup>96</sup>

Mukayeseli hukukta birçok ülke, açlık grevcisi hükümlüye hayati tehlikeden itibaren tıbbi müdahalede bulunmak yönünde bir yaklaşım sahiptir.<sup>97</sup> Öte yandan, hükümlülerin açlık grevini özgür bireylerinkinden farklı görmeyen İngiltere'nin 1913 yılında çıkardığı "Sağlık Nedeniyle Geçici Tahliye Kanunu" gereğince açlık grevindeki hükümlülerin sağlıkları bozulduğunda tahliye edilmektedir.<sup>98</sup> Ülkede 1974 yılında çıkarılan başka bir kanun ile de açlık grevindeki hükümlüye rıza dışı tıbbi müdahale ve zorla besleme yasaklanmıştır.<sup>99</sup> ABD'de ise konu mahkeme kararlarıyla şekillenmekte olup, açlık grevcisine zorla besleme de dâhil olmak üzere tıbbi müdahale çoğunlukla kabul edilmektedir.<sup>100</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi, kötü muamele ve işkence yasağını ihlal etmeyen zorla beslemeyi uygun görmekte, açlık grevinin sınırları konusunda cezaevinde bulunan ile bulunmayan arasında fark gözetmektedir.<sup>101</sup>

### **b. Tıp Etiği ve Türk Tabipler Birliği'nin konuya yaklaşımı**

Dünya tıp etiği belgelerinde, sağlığı bozulan açlık grevcisi her halükârda ve sadece hasta olarak kabul edilmekte, cezaevinde bulunan-bulunmayan ayrımı yapılmamaktadır. Örneğin Malta Bildirgesi, özgür bireylerin açlık grevi ile cezaevindekilerin açlık grevini eşitleyerek, bu konudaki perspektifini şu şekilde orta koymuştur: "*Açlık grevi*

<sup>96</sup> Avrupa Konseyi CPT Hollanda (2007) raporu; [https://rm.coe.int/168069780d\(07.02.2021\)](https://rm.coe.int/168069780d(07.02.2021))

<sup>97</sup> Radu-Florin Geamanu, *Hunger Strikes and Force-Feeding in Prisons, Challenges of the Knowledge Society*; Bucharest 2016, s. 64.

<sup>98</sup> <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote/case-study-the-right-to-vote/the-right-to-vote/winson-green-forcefeeding/cat-and-mouse-act/> (09.02.2021)

<sup>99</sup> James Welsh, "Responding to Food Refusal: Striking the Human Rights Balance", *Interrogations, Forced Feedings, and The Role of Health Professionals* (eds. Ryan Goodman&Mindy J. Roseman), Harvard University Press, 2009, s. 147.

<sup>100</sup> Gordon, s. 348.

<sup>101</sup> Gordon, s. 358 vd.

*çok çeşitli bağlamlarda ortaya çıkabilir ama özellikle kişilerin özgürlüklerinden mahrum edildiği cezaevi, nezarethane, göçmen tutma merkezleri gibi yerlerde ciddi bir ikilime neden olur... Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir.”* Bildirge, kişinin bilinci açıkken özgür iradesiyle vermiş olduğu karara ileriki aşamalarda riayet edilmesi gerektiğinden bahisle bireyin özerkliğine saygı duyulmasını salık vermektedir. Sonuç itibarıyla hiçbir kayıt, şerh veya istisna öngörülmez, tedaviyi reddeden hükümlünün vakar içinde ölmesine izin verilmesi önerilmektedir.

1999 tarihli BM “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu” (İstanbul Protokolü) hasta-hekim ilişkisinin etik standartlarını bir adım daha öteye taşımıştır. Buna göre, sağlık çalışanlarının etik yükümlülükleri ile ulusal mevzuat çelişiyorsa, mevzuata değil etik ilkelere uyulması tavsiye edilmektedir.<sup>102</sup>

Bu bağlamda Türk Tabipler Birliği’nin deklare ettiği ilkelere göre de “açlık grevcisinin bilinci bozulur ya da komaya girerse hekim açlık grevcisinin son kararına saygı göstererek tutum alacaktır.” Bu noktada kişinin hükümlü olup olmamasına göre bir fark gözetilmesinin Cenevre Bildirgesi Dünya Tabipler Birliği Modern Hekimlik Andı’na aykırı olacağı, bunun ayrımcılık anlamına geleceği düşünülmektedir.<sup>103</sup>

TTB etik ilkelerine göre hekim, grevciyi her gün kontrol etmeli, beslenmemesinin sonuçları konusunda aydınlatmalı, ayrıca bir tıbbi takip formu tutmalı ve bu formda ilgilinin bilinç kaybı durumunda tedavi kabul edip etmeme isteğini mutlaka not etmelidir.<sup>104</sup>

Tabipler Birliği Etik Kurulu’nun, 24 Eylül 2018 tarihli görüşünde de hekimlik mesleğinin ne pahasına olursa olsun kişiyi yaşatmak ödevini içermediği, ama bireyin özerkliği ve onuruna saygı duyulmasını öncelikle gerektirdiği tespiti paylaşılmıştır. Etik Kurula göre, açlık grevlerinde güvene dayalı hekim-hasta ilişkisi çerçevesinde özerkliğe

<sup>102</sup> <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/istanbul-protokolu.pdf> (s. 15)

<sup>103</sup> Onur Naci Karahancı/Nüket Örnek Büken, “Evrensel Etik İlkeler Işığında Açlık Grevleri ve Hekimlik”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, C. 26 Sayı 4, 2017, s. 170.

<sup>104</sup> TTB “Açlık Grevi Sırasında Tıbbi Etik İlkeler ve Bunun Yansımaları”: [https://www.ttb.org.tr/aclik\\_grev/tibbi.html](https://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html) (10.02.2021)

saygı, aydınlatılmış onam, mahremiyet ve tedaviyi ret hakkı gibi etik ilkeler gözetilmelidir.<sup>105</sup> Hekim ancak tedaviyi reddetme yönündeki önceki beyanların zorlama altında verildiği düşüncesindeyse tedavi uygulayabilir. Bu halde, açlık grevcisi yaşama döndükten ve karar verme yeterliliğini yeniden kazandıktan sonra grevi sürdürme niyetini koruyorsa, bu karara saygı duyulması gerektiği önerilmektedir.<sup>106</sup>

Görüldüğü üzere, Türk Tabipler Birliği'nin hükümlünün zorla tedavisine yaklaşımı, uluslararası belgelere (özellikle Tokyo ve Malta Bildirgesi'ne) uygun bir seyir izlemektedir.<sup>107</sup>

### c. Yasal düzenleme göz ardı edilebilir mi?

Yaşamsal açıdan durumu kritik hale gelen açlık grevcisi hükümlü/tutukluya tıbbi müdahaleyi zorunlu kılan kanun hükmü karşısında tıp etiği, iç hukuk kuralları ile çatışmaktadır. Bu durumda hekimin yürürlükteki bir yasal düzenlemeyi göz ardı edebilmesi için, devletin doğrudan bu düzenlemeyi tekzip eden bir Sözleşme'ye taraf olması gerekmektedir. Şu an itibarıyla kanunun uygulanmamasını sağlayacak üst normatif bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu çerçevede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin farklı hükümler içermesi nedeniyle İnfaz Kanunu'ndaki düzenlemenin hukuka aykırı hale geldiği yönündeki görüşe<sup>108</sup> katılmadığımızı da belirtmeliyiz. Söz konusu Sözleşme hükümleri açlık grevindeki hükümlü ve tutuklulara tıbbi müdahaleye doğrudan nüfuz etmemektedir.

Elbette Kanun mevcut haliyle kişi iradesini önemsiz kıldığı için etiğe aykırı görülebilir, eleştirilebilir.<sup>109</sup> Ama bu eleştirilerin, hukuk düzeninin uyulması zorunlu bir kuralını değiştirme gücüne sahip

<sup>105</sup> TTB "Özgürlüğünden Yoksun Bırakılanların Sağlık Hakkı ile İlgili Etik Kurul Görüşü":

[https://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd) (10.02.2021)

<sup>106</sup> TTB "Açlık Grevleri ve Hekimler Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut" El Kitabı, Ankara 2012, s. 19.

<sup>107</sup> Serkan Cengiz, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010, s. 431.

<sup>108</sup> Cengiz, s. 437; Yücel, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla...", s. 200.

<sup>109</sup> Bu yönde birtakım eleştiriler için bkz. Yener Ünver, "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslar arası Hukuk Açısından Konumlandırılması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 1, Nisan 2007, s. 208 vd.



olmadığı izahtan varestedir. O halde, ortada bir çelişme varsa buluşulacak ortak zemin etik değil, hukuksal alan olmalıdır.<sup>110</sup> Etik ilkeler hukuk kuralını değişime zorlayıcı etki gösterebilir, fakat tek başına o değişikliğin yerine geçemez.

Şu durumda, bireysel özerklik odaklı yaklaşımın hayati tehlike altındaki hükümlü ve tutuklular bakımından da uygulanması hukuk ihlali olacaktır. Çünkü hukuk düzenimizde hastaya tanınan bireysel özerklik kuralına cezaevindekiler bakımından açık istisna getirilmiştir.

Öbür yandan, hayati tehlikeden itibaren hükümlüye tıbbi müdahalenin meşru olması, devletin o ana kadar kayıtsız kalabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi ve AİHM bu eylemi ifade hürriyetinin kullanımı olarak nitelediğine göre, artık idare bu yaklaşımı süreç yönetimine yansıtmalıdır. Bu kapsamda, devletin grev sürecini şeffaflıkla ve denetime açık bir şekilde yürütmesi gerekmektedir. Bağımsız gözlemci kuruluşlar ve insan hakları kurumları idare ve grevcilerle irtibata geçebilmeli, grevcinin haklı beklentilerini kamuoyuna yansıtılabilmelidir. Aynı şekilde, kamu denetçisi de hükümlünün şikâyetlerini etkin bir şekilde incelemelidir.<sup>111</sup> Kısaca, açlık grevinin hükümlü-tutuklu için bir ifade aracı olduğu gerçeği kabullenilmelidir. Hal böyle olunca, sadece “cezadan kurtulmak için açlık grevi yapmak” gibi durumlarla sınırlı olarak hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilecektir.<sup>112</sup>

#### 4. Hekimin Sorumluluğu

Bir tıbbi müdahalenin tüm unsurlarını yokladığımızda, ölüm orucundaki hükümlüye yönelik tıbbi müdahalede aydınlatılmış onam hakkının eksik kaldığı görülmektedir. İlgilinin rızasızlığından doğan bu boşluğu yukarıda açıklandığı üzere Kanun doldurmaktadır.

Hekim, hayati tehlike veya bilinç bozulması halinde CGİK'nın 82/2. maddesi gereğince grevcinin isteğine bakmaksızın tedaviye başlamalıdır.<sup>113</sup> Kritik eşiğe gelmiş hükümlüye, mevcut veya önceki açık

<sup>110</sup> Ekici Şahin, s. 231.

<sup>111</sup> Levy, s. 45.

<sup>112</sup> Sevinç, s. 162.

<sup>113</sup> İnsanın kendi geleceğini belirleme hakkının sadece özgür kişiler için değil herkes için bir hak olduğu, bu nedenle hekimin tıbbi müdahale mecburiyeti olmaması

iradesine dayanarak bile olsa tıbbi müdahale edilmemesi, ihmal suretiyle kasten öldürme suçuna yol açabilecektir. Müdahale etmemenin icrai davranışa eş değer olabilmesi için TCK'nın 83. maddesi gereğince hekimin; *belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması* gerekir. Bu kapsamda, kanuni düzenleme veya bir sözleşme hükmü, hasta ile hekim arasında bir tür garantörlük ilişkisi yaratmaktadır.<sup>114</sup> Hekimin açlık grevcisine tıbbi müdahale yükümlülüğüne kaynaklık eden *garantör*, CGİK m. 82/2'dir.

Bilinci kapalı hükümlüye yapılan tıbbi müdahaleye rağmen ölümün gerçekleşmesi durumunda ise hekime herhangi sorumluluk yüklenemeyecektir. Hatta ölüm, riskli tıbbi müdahaleden kaynaklanmış olsa bile aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü her sağlık hizmetinin tabiatında risk vardır, hekimin bu konudaki yükümlülüğü rizikonun artmasını önlemekten ibarettir.<sup>115</sup> Bu durum, illiyet bağına rağmen neticenin faile yüklenebilmesini önleyen "objektif isnadiyet" teorisi ve onun bir ölçütü olan "izin verilen risk" hipoteziyle açıklanabilecektir.<sup>116</sup> İzin verilen risk, hukuken izin verilen tehlike yaratma alanıdır.<sup>117</sup> Buna göre, hukukun izin verdiği risk alanı içinde, tedavi amacıyla, dikkat ve özenle gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden doğan netice, hekime objektif olarak isnat edilmez.<sup>118</sup>

Hükümlünün bilinci yerine geldiğinde (hayati tehlike de yoksa) İnfaz Kanunu m. 82 askıya alınmalı, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24-25 tümüyle devreye girmelidir. Dolayısıyla "hastanın" *tıbbi veto* hakkı gereğince tedaviyi yine reddetmesi halinde müdahaleyi durdurmak gerekecektir.<sup>119</sup> Bu durumda ölüm neticesi ortaya çıkarsa bunun so-

---

gerektiğine dair bir değerlendirme için bkz. Ömer Çelen, "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 3- 4, 2007, s. 68.

<sup>114</sup> Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 168.

<sup>115</sup> Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2012, s. 191.

<sup>116</sup> Neden olunan neticeden sorumluluğu önleyen "izin verilen risk" hakkında bkz. Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2020, s. 234-238.

<sup>117</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 284.

<sup>118</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 284.

<sup>119</sup> Burada bir kısır döngünün ortaya çıkma ihtimali vardır. Yani hükümlü bilinci

rumluluğu hekime yine objektif olarak isnat edilemez. Ayrıca, kişilerin yaşam hakkının ihlal edildiği yönünde idareye bir kusur da atfetmek de doğru değildir. Devletin tüm imkânları seferber ederek, hükümlünün hayatını kurtarmaya hazır olması gerekli ve yeterlidir.<sup>120</sup>

Ölüm orucundakilere tıbbi müdahale, tutuklu veya hükümlü ile devlet arasında özel bakım, koruma ve disiplin ilişkisinin bir sonucudur.<sup>121</sup> Bu ilişki hastanede tedaviye alınan hükümlü-tutuklu üzerinde de devam edecektir. Ancak, İnfaz Kanunu'nun 16/2. maddesi<sup>122</sup> gereğince tahliye söz konusuysa, Kanun'un 82. maddesi grevci üzerindeki etkisini yitirecek, eylemin özgür bireylerin açlık grevi veya ölüm orucundan farkı kalmayacaktır.

Bu bağlamda bazı uygulama örneklerinde, ölüm orucunda durumu kritik hale gelen kişi tutukluysa adli kontrole,<sup>123</sup> hükümlüyse infazın ertelenmesiyle tahliye kararı verildiği görülmektedir. Yargıtay da bir kararında, yüksek hayati riske rağmen tedaviyi reddeden açlık grevcisi hükmen tutuklu hakkında 5275 sayılı Kanun'un 16/2. maddesi gereğince *"iyileşinceye kadar infazın durdurulmasına"* hükmetmiştir.<sup>124</sup>

---

açıkken tedaviyi reddedince bilinci bozulacak, bu nedenle yeniden tıbbi müdahalede bulunulması mümkün hale gelecek. Haliyle ret-bilinç yitirme-tıbbi müdahale-bilincin yerine gelmesi-ret döngüsü tekrar tekrar yaşanabilecektir. Hukuk düzenimizde bu kısır döngüye düşmemenin tek yolu, infazın durdurulması veya tutukluluğun kaldırılmasıdır.

<sup>120</sup> AİHM Horoz v. Türkiye kararı (başvuru no. 1639/03, 31.03.2009).

<sup>121</sup> Barış R. Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 199.

<sup>122</sup> "Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır."

<sup>123</sup> 14.4.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun'la CMK'nın 109. maddesine ağır hastalık halinde adli kontrol imkanını ekleyen kanun koyucunun, zaten mümkün olan bu usule ilişkin uygulamaya hatırlatmada bulunma ihtiyacı hissettiği düşüncesindeyiz. Düzenleme şu şekildedir: "(4) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir."

<sup>124</sup> "...Dosyanın temyiz incelemesi sırasında hükmen tutuklu Aytaç Ünsal'ın açlık grevine devam edip etmediği tıbbi müdahaleyi kabul edip etmediği hayati riskinin bulunup bulunmadığı son aşamadaki durumunun ne olduğu hususunda 02.09.2020 tarihinde, İstanbul Kanuni Sultan Süleyman Eğitim Araştırması Başhekimliği'ne yazılan müzekkere cevaben düzenlenen aynı tarihli raporda; açlık grevinin 212. gününde olan hasta her ne kadar tanı ve tedaviye yönelik hiçbir işlemi

Bu uygulama, etik ilkeler ile mevzuat arasında sıkışan hekimlerin işini biraz daha kolaylaştırmaktadır.

İlave etmek gerekir ki, Korsakov sendromu, kaşektik vb. teşhislerde cezaevinde infaza devam edilmesini sakıncalı bulan Adli Tıp raporu, hastanelerin mahkûm koğuşu için herhangi bir rezerv içermiyorsa, hastanede infaza devam edilebilir. Bu takdirde ilgiliye tıbbi müdahalede bulunulması AİHS'e aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>125</sup> Kanımızca bu durum asgari standart olarak kabul edilmeli, Adli Tıp raporları bu halde de tahliyeyi sağlayabilmelidir. Aynı şekilde, Korsakov sendromunda artık hastanın tedaviden ziyade, bakım hastası haline geldiği hatırdadır tutulmalıdır. Geri dönüş ihtimali nerdeyse ortadan kalkmış olan hükümlü-hastanın infaz durumunun infazdan beklenen yarar çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.<sup>126</sup>

## Sonuç

1. Açlık grevi, kişinin bir itiraz ya da talebini açıklama biçimi olarak ifade özgürlüğü içerisinde kalan bir protesto eylemidir.

---

kabul etmiyor olsa da hastanın tıbbi durumu ve literatür verileri de göz önünde tutularak hayati riskinin olduğu kanaatine varıldığı, açlık grevine bağlı elektrolit dengesi bozukluğuna bağlı ani kalp durması riskinin olduğu beyan edilmiştir. 1412 sayılı CMUK'un 399/2. maddesinde düzenlenen hayati tehlikeye sebebiyet veren hastalık nedeniyle infazın iyileşinceye kadar durdurulması hükmü aynı şekilde 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 16. maddesinde yer almıştır. Cezaevi idaresi yasalara uygun şekilde sanığın açlık grevinden en az şekilde zarar görmesi için gerekli tüm tedbirleri orantılı biçimde almak suretiyle tam teşekküllü bir hastaneye tedavi amaçlı sevk ettiği, ancak sanığın tedaviyi kabul etmemesi nedeniyle durumunun ağırlaştığı, açlık grevinin sonlandırılması ve tedavi yapılmasına izin verilmesi hususundaki telkinleri kabul etmeyen ve açlık grevine devam eden sanığın hayati riskinin devam ettiği anlaşılmıştır. Cezaevinde kalmayı engelleyecek şekilde hayati tehlikeye sebebiyet verecek bir hastalığa yakalanmak sanığın kusurundan ya da doğal nedenlerden ileri gelmesi durumları için bir ayırım gözetmeyen kanun koyucu, cezaların infazını iyileşme tarihine kadar ertelemeyi tercih ederek bu şekilde düzenleme yapmıştır. Bu açıklamalar ışığında ve önceki yargısal uygulamalar doğrultusunda, hükmen tutuklu Aytaç Ünsal'ın cezaevinde veya hastanenin mahkûmlar için ayrılan mahsus yerinde kalması hayati risk oluşturduğundan 5275 sayılı Kanun'un 16/2 ve 116/1 maddelerindeki hükümler doğrultusunda infazın durdurulmasına, infazın gerçekleştirilebilmesi için adli kontrol tedbiri uygulanmasına karar vermek gerektiği kanaatine varılmıştır..." (Yargıtay 16. CD 03/09/2020 Esas No: 2020/1499 Karar No: 2020/3679)

<sup>125</sup> AİHM Özgül v. Türkiye kararı (başvuru no. 7715/02, 06.03.2007).

<sup>126</sup> Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hizmetleri El Kitabı, Editör: Prof. Dr. Zafer Öztekin, Adalet Bakanlığı, 2012, s. 190.

2. Özgür bireylerin açlık grevi veya ölüm orucu en kritik aşamada dahi rıza dışı sonlandırılmaz. İç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile buna uygun düzenlemeler içeren Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuda bireysel özerkliği merkeze almaktadır.
3. Özgür bireylerin açlık grevine tıbbi müdahale şartları konusunda etik ile hukuk çatışmadığından, hekim aynı zamanda etik ilkelerin izinden yürüyebilecektir.
4. Açlık grevindeki hükümlü/tutuklunun sağlığı kritik eşiğe dayandığı andan itibaren iradesine itibar edilmemesi hukuksal bir zorunluluktur. Diğer anlatımla, hayati tehlike veya bilinç bozulması halinde hükümlülerin açlık grevine rıza dışı da olsa tıbbi müdahale edilmelidir.
5. Açlık grevcisi hükümlü/tutukluya rıza dışı tıbbi müdahalede bulunan hekim, etik ilkelere aykırı ve fakat hukuka uygun davranmış olur. Bu durumda sorumluluk doğmaz, çünkü hekim bu ihtimalde Kanun hükmünü yerine getirmektedir.
6. Ölüm orucundaki hükümlü/tutuklu hakkında infazın durdurulması kararı verilmişse, tıbbi müdahale yapıp yapılmayacağı konusu hekim-hasta ilişkisinin genel kurallarına göre belirlenecektir.
7. Cezaevindeki açlık grevcisine disiplin cezası öngören 5275 sayılı CGİK'nın 40/2-g maddesi, eylemin hukuki özü ile bağdaşmadığı gibi, *demokratik toplum düzeninin gereklerine* de uymamaktadır.
8. Zorla besleme bakımından Kanun, hükümlü/tutuklunun hayati tehlikeye girmesini ya da şuurunun kapanması dahi aramamaktadır. Bilinci açık bir kimseyi onurunu kırmadan zorla besleyebilmek pek olası değildir. Bu düzenleme tıp etiği belgelerine ve AİHM standartlarına uygun şekilde değiştirilmelidir.
9. Adalet Bakanlığı genelgesinde, açlık grevinde olmayan yani sırf hasta olan hükümlü/tutuklunun hastanede tedaviyi reddetme hakkı gayet isabetli bir tutumla açıkça tanınmıştır. Ancak bu konunun idarenin düzenleyici işlemine ya da etik ilkelere havale edilmesi yeterli değildir; İnfaz Kanunu'nun da aynı anlayış çerçevesinde hükümler içermesi isabetli olacaktır.

10. Ölüm orucunda bile olsa açlık grevcisinin hedefinin ölmek değil, bir talebinin idare ve kamuoyu tarafından ciddiye alınmasını sağlamak olduğu kabul edildiğinde, müdahalenin hukuka uygunluğu meselesi sürekli olarak gündemde kalacaktır. Bu tarz bir temellendirme aynı zamanda, idareyi açlık grevini sınırlandıracak araçlar yerine, eyleme hiç başlanmamasını ya da gönüllü olarak son verilmesini sağlayacak çözümler üzerinde durmaya yöneltecektir.
11. Bir etik ilke ile hukuk kuralı çatıştığında hekimin hukuku göz ardı etmesini önermek doğru değildir; öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkeleri açısından da son derece sakıncalıdır. Böyle bir çatışma varsa yapılması gereken, hukuk kuralını uygulamak ve söz konusu kuralın değişmesi için de kamuoyunda ve politika yapıcılar üzerinde konuya ilişkin farkındalığı artırmak olmalıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020.
- Çakmut Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.2, İstanbul 1994.
- Ekici Şahin Meral, Ceza Hukukunda Rıza, Ankara Üni. Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Erman Barış R., Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Geamanu Radu/Florin, Hunger Strikes and Force-Feeding in Prisons, Challenges of the Knowledge Society, Bucharest 2016.
- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2012.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018.
- İnceoğlu Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul 1999.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2020.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2019.

Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

Yenerer Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2002.

## Makaleler

Akıncı Şahin, "İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Sayı 6, 1998.

Aşıkoğlu Eda Demirsoy, "Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, Sayı 35, Temmuz 2018.

Atak İsmail, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 19/4, 2020.

Atalay Ayşe Özge, "İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:109-110, Eylül-Ekim 2013.

Atladı Barış, "Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Şubat 2008.

Aygörmez Gülsün Ayhan, "Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, S. 2, Aralık 2009.

Bozkurt Kutluhan, "Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14 S: 2, Aralık 2017.

Cengiz Serkan, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88, 2010.

Çelen Ömer, Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 3- 4, 2007.

Çelik Can, "İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 53, Nisan 2014.

Erman Barış R., "Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Sayı: 4, Mart 2010.

Feyzioğlu Metin, "Açlık Grevi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, 1993.

Gordon Amanda, "The Constitutional Choices Afforded to a Prisoner on Hunger Strike: Guantanamo", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 345, 2011.

Gökcan Hasan Tahsin, "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018.

Gökcan Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", *SÜHFD Milenyum Armağanı*, C.8, S.1-2, 2000.

- Crosby Sondra S./Apovian Caroline M./Grodin Michael A., "Hunger Strikes, Force-feeding, and Physicians' Responsibilities", *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 298, No: 5, 2007.
- İnceoğlu Sibel, "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2006.
- Kanadoğlu Korkut, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 119, 2015.
- Karahancı Onur Naci/Büken Nüket Örneç, "Evrensel Etik İlkeler Işığında Açlık Grevleri ve Hekimlik", *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, C. 26 Sayı 4, 2017.
- Koca Mahmut, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 5, Sayı: 12, 2010.
- Kurt Munise Gülen, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 146, 2020.
- Levy Elkayam Cochav, "Facing the Human Rights Challenge of Prisoners' and Detainees' Hunger Strikes at the Domestic Level", *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 57, 2015.
- Ova Nalan, "Türkiye'de Köşe Yazılarında Açlık Grevi Tartışmaları", *Mülkiye Dergisi*, 37/3, 2013.
- Önok Rifat Murat, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, İstanbul, 2005.
- Özcan Burcu G./Özel Çağlar, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, 2007.
- Özen Muharrem/Ekici Şahin Meral, Ötanazi, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2010.
- Reyes Hernan, "Force-Feeding and Coercion: No Physician Complicity", *American Medical Association Journal of Ethics*, Volume 9, Number 10, October 2007.
- Sever Çiğdem D., "Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 122, 2016.
- Sevinç Murat, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-1, 2002.
- Sırma Özge, "Açlık Grevi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 26, Ocak 2012.
- Soyaslan Doğan, "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, C. 16 Sayı 3, Temmuz 1990.
- Şahin Musa Furkan, "Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1 Sayı:1, 2019.
- Taşkın Ahmet, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 62, 2006.
- Tulay M. Emre, "Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020.



- Ümit Ceyda, "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 8, S. 32, Ekim 2017.
- Ünver Yener, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2006.
- Ünver Yener, "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslar arası Hukuk Açısından Konumlandırılması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 1, Nisan 2007.
- Üstün Çağatay/Uğurlubay G. Ayhan Aygörmmez, "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 6 Sayı 53, Nisan 2014.
- Welsh James, "Responding to Food Refusal: Striking the Human Rights Balance", *Interrogations, Forced Feedings, and The Role of Health Professionals*, Eds. Ryan Goodman&Mindy J. Roseman), Harvard University Press, 2009.
- Yücel Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018.
- Yücel Özge, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara 2018.

### **Kurumsal Yayınlar**

- Adalet Bakanlığı, Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hizmetleri El Kitabı, Editör: Prof. Dr. Zafer Öztek, 2012.
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Nâzım Hikmet'in Açlık Grevi (Millete Verdiğim Açık İstidaya Canımı Pul Yerine Kullanıyorum), İstanbul 2011.
- Türk Tabipler Birliği "Açlık Grevleri ve Hekimler Klinik, Etik Yaklaşım ve Hukuksal Boyut" El Kitabı, Ankara 2012.

### **İnternet Kaynakları**

- Malta Bildirgesi:  
<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/>
- Tokyo Bildirgesi:  
[https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB\\_Tokyo\\_Bildirgesi\\_2016.pdf](https://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf)
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (98) 7 sayılı tavsiye kararı:  
[https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf)
- Avrupa Konseyi CPT Standartları:  
<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2>
- Avrupa Konseyi CPT Hollanda (2007) Raporu:  
<https://rm.coe.int/168069780d>

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) "Health in Prisons": [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0009/99018/E90174.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/99018/E90174.pdf)

BM İşkenceyi Önleme Komitesi İsrail 2016 raporu:

<https://www.refworld.org/docid/57a99c6a4.html>

BM İnsan Hakları Komitesinin ABD Guantanamo 2006 Raporu:

<https://undocs.org/E/CN.4/2006/120>

İstanbul Protokolü:

<https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/istanbul-protokolu.pdf>

TTB "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları":

[https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&id=65&Itemid=31](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31)

TTB "Mayıs 1996 Açlık Grevi-Ölüm Orucu Katılımcılarının Klinik Değerlendirmesi":

[https://www.ttb.org.tr/eweb/aclik\\_grevleri/turkce4.html](https://www.ttb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/turkce4.html)

TTB Açlık Grevi Tıbbi İlkeler:

[https://www.ttb.org.tr/aclik\\_grev/tibbi.html](https://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html)

TTB "Özgürlüğünden Yoksun Bırakılanların Sağlık Hakkı İle İlgili Etik Kurul Görüşü":

[https://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd)

AİHM cezaevinde açlık grevine ilişkin karar özetleri:

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hunger\\_strikes\\_detention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_TUR.pdf)

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları:

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Yargıtay ve Danıştay kararları:

[www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr) (karar sorgulama)

Üçlü protokol 2000:

<https://www.ttb.org.tr/mevzuat/2005ek/Cilt1.pdf>

Üçlü Protokol 2011:

[https://www.ttb.org.tr/mevzuat/images/stories/Yeni\\_1\\_protokol.pdf](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/images/stories/Yeni_1_protokol.pdf)

İngiltere'de açlık grevi tarihçe ve mevzuat:

<https://www.museumoflondon.org.uk/discover/six-things-you-didnt-know-about-suffragette-hunger-strikes>

<https://www.exploringsurreyspast.org.uk/themes/subjects/womens-suffrage/suffrage-biographies/marion-wallace-dunlop-1864-1942/>

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/elections-voting/womenvote/case-study-the-right-to-vote/the-right-to-vote/winon-gre-en-forcefeeding/cat-and-mouse-act/>



# CEZA MUHALEMESİNDE TANIK BEYANININ TARTIŞILMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

## DISCUSSION AND EVALUATION OF WITNESS STATEMENT IN CRIMINAL PROCEDURE

Erdoğan AVŞAR\*

**Özet:** Ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için maddi gerçeği temsil eden delillerin muhakeme faaliyeti içinde ortaya konulması, tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir. Ceza muhakemesinin nihai amacına ulaşmak için izlediği yolun da hukuka uygun olması gerektiğinden delillerin elde edilmişinden, ortaya konulup tartışılmasından tutun da değerlendirilmesine kadar her aşamada hukuka uygun olup olmadıkları önem arz eder. Bu kapsamda, delillerin tartışılıp değerlendirilmesinin de hukuka uygun olması için muhakemenin sùjelerine delilleri tartışma imkânının tanınarak bu suretle delillerin değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, ceza muhakemesinde vicdani kanaate ulaşmak için hâkimin deliller arasında bir derecelendirme, astlık üstlük ilişkisi ya da daha değerli daha değersiz gibi bir ayrım olmaksızın akla ve mantığa uygun olarak muhakeme konusu olayı temsil etmesi kaydıyla değerlendirmede bulunmasıdır. Yoksa, delillerin serbestçe değerlendirilmesi demek delillerin salt karar makamı tarafından dilendiği zaman ve şekilde değerlendirilebileceği anlamına gelmez. Ceza muhakemesinde son derece önemli ve vazgeçilmez deliller arasında yer alan tanık beyanı, önemli olduğu kadar güvenilirliği tartışılmalı bir delildir. Bu nedenle diğerk delillere nazaran tanık beyanının güvenilirliğinin denetlenmesi açısından muhakemenin sùjeleri huzurunda ortaya konulup tartışılması daha önemlidir. Tüm sùjelerin huzurunda ortaya konulup tartışılan tanık beyanının tecrübe kurallarına göre değerlendirilmesiyle maddi gerçeğe dair bir sonuca ulaşılabilir ve böylece söz konusu tanık beyanı delil olarak kabul edilerek hükme dayanak olabilir. Bu çalışmada “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Tartışılması ve Değerlendirilmesi” başlığı altında tanık beyanı ve bu beyanının alınması, tartışılması ve değerlendirilmesi hakkında bilgi verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Delil, Tanık, Tanık Beyanı, Tartışılma, Değerlendirilme, Yüzleştirme, Soru Sorma

**Abstract:** The evidence representing the material fact needs to be presented, discussed and evaluated within the procedural activity to reveal the material fact, which is the ultimate goal pur-

\* Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcısı, erdinc.avsar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-1712-4408, Makalenin Gönderim Tarihi: 29.03.2021, Kabul Tarihi: 29.03.2021

sued by the criminal procedure. Because of the fact that the way followed by the criminal procedure to reach its ultimate goal needs to comply with the law, it is of importance whether the evidence complies with the law at every stage, from its obtaining, presentation, discussion and to its evaluation. In this regard, with a view to conducting discussion and evaluation of evidence in accordance with the law, the subjects of procedure should be granted with the opportunity to discuss the evidence and thereby to evaluate the evidence in this way. Free evaluation of evidence means that a judge performs an evaluation by representing the case subject to the procedure to reach a conscientious opinion in criminal procedure, in accordance with the reason and logic, without making any distinction between the evidence such as rating, grading, attributing less or more value to it. Otherwise, it cannot be concluded from the free evaluation of evidence that it can be evaluated only by the decision-making authority whenever and how it wishes. Witness statement, which is regarded as among the most significant and indispensable evidence under the criminal procedure, is an important evidence, but at the same time its reliability is questionable. Therefore, presenting and discussing the witness statement in the presence of the subjects of procedure is of more importance for reviewing its reliability, compared to other evidence. Conclusion of the material fact may be reached by evaluating the witness statement presented and discussed in the presence of all subjects in accordance with the rules of experience and thus it may be accepted as evidence and become a basis for judgment. This study provides information on the witness statement and its obtaining, discussion and evaluation under the title of "Discussion and Evaluation of Witness Statement in Criminal Procedure".

**Keywords:** Evidence, Witness, Witness Statement, Discussion, Evaluation, Confrontation, Questioning

## Giriş

Ceza Muhakemesi Hukuku; bir suçun işlenip işlenmediğinin, işlenmiş ise kim tarafından nasıl işlendiğinin ve hangi ceza normlarının uygulanacağını tespitine dair yapılan yargılama faaliyetlerine ilişkin yöntemleri düzenleyen hukuk dalıdır. Muhakeme, geçmişte yaşanmış bir olaya ilişkin olduğundan, geçmişte yaşanmış bir olaya ilişkin maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaçlayan ve bu amaca ulaşmak için insan haklarına uygun araçlar kullanılan ceza muhakemesinde, tanık önemli bir role sahiptir. Muhakeme hukuku açısından, vakıf olduğu olay hakkında edinmiş olduğu bilgileri Cumhuriyet savcısı ya da hâkim huzurunda sözlü olarak anlatan kişiye tanık denir. Tanıklık; kamu hukukundan kaynaklı ve kural olarak yapılması zorunlu olan bir kamu görevi, kamusal bir ödevdir.

Ceza muhakemesi açısından tanıklık, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43'üncü ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda, 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu'nda, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nda ve başka birçok kanunda tanıklığa ve tanığın korunmasına dair hükümler mevcuttur.

Ceza muhakemesinde vicdani ispat sistemi benimsenmiştir. Vicdani ispat sistemi gereğince deliller tür, sayı, nitelik ve benzeri bakımlardan bir sınırlama olmaksızın serbestçe değerlendirilebilir.<sup>1</sup> Ceza muhakemesinde vicdani ispat sisteminin benimsenmesinin ve bu kapsamda delillerin serbestçe değerlendirilmesinin nedeni, ceza muhakemesinde ulaşılmak istenilen maddi gerçeğin geçmişe dair bir olaya ilişkin olması ve dolayısıyla bu olayın ve gerçeğin ortaya çıkma koşullarının ve zamanının önceden bilinmesinin mümkün olmamasıdır.<sup>2</sup> Ceza muhakemesinde, suçların ve ceza muhakemesinin niteliği itibarıyla ulaşılmak istenilen maddi gerçeğe dair delillerin olay olmadan önce belirlenebilmesi, hazırlanabilmesi mümkün değildir.<sup>3</sup> Bununla birlikte delillerin serbestçe değerlendirilmesinden, hiçbir kural ve kaideye bağlı olmaksızın delillerin değerlendirilebileceği anlaşılmamalıdır. Delillerin, belirlenmiş olan usul ve esaslar dairesinde ortaya konulup tartışılması, ortaya konulan delillerden hukuka aykırı oldukları tespit edilenlerin delil olarak kabul edilmeyerek değerlendirilmemesi gerekir. İşte bu kapsamda, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında delil olarak kullanılacak ve hükme esas alınacak olan tanık beyanının hukuka uygun bir şekilde ortaya konulup değerlendirilmesi gerekir.

Vicdani ispat sistemi ve bunun sonucu olarak benimsenen delillerin serbestliği ilkesi gereğince, ceza muhakemesinde delil olarak ortaya konulup tartışılan tanık beyanları da serbestçe değerlendirilecektir. Buradaki serbestçe değerlendirmeden, tanık beyanının delil olarak

<sup>1</sup> Yener Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, 2006, s. 107.

<sup>2</sup> Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 168.

<sup>3</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 350.

diğer delillerden üstün tutulabileceği haller olabileceği gibi diğer delillere üstünlük tanındığı hallerin de olabileceği; bir tanığın beyanının bazen birden çok tanığın beyanından üstün tutulabileceği; yani, tanık beyanının inandırıcı, güvenilir olup olmadığının serbestçe değerlendirilip takdir edilebilmesi anlaşılmalıdır.<sup>4</sup> Ancak, yapılan bu değerlendirmenin ve takdirin gerekçelerinin gösterilmesi gerekir.<sup>5</sup>

“Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Tartışılması ve Değerlendirilmesi” başlıklı bu makalede; genel olarak delil kavramı ve delillerin özellikleri ile çeşitleri hakkında bilgi verildikten sonra tanık beyanı ile tanık beyanın alınması, tartışılması ve değerlendirilmesi konularında çalışmanın kapsamı ve niteliği itibariyle kısaca bilgi verilmiştir.

## I. Delil

### A. Kavramsal Olarak Delil

Arapça kökenli bir sözcük olan delil, “*yol gösteren, kılavuz, belge, şahit*”;<sup>6</sup> “insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, kanıt, emare” anlamına gelir.<sup>7</sup> Hukuki anlamda delil kavramından, bir fiil veya olgunun olduğuna veya olmadığına dair muhakeme hukukunun izin verdiği ispat araçları anlaşılır.<sup>8</sup> Öğretide delil kavramı; “*yaşanmış bir olaydan arta kalan ve olayın tespitini sağlayan*”, “*hâkimin maddi olay hakkında kanaate ulaşmak için kullandığı*” ispat araçları şeklinde tanımlanmıştır.<sup>9</sup>

Ceza muhakemesine dair kanunların hiçbirinde delilin tanımı yapılmamıştır. Ceza muhakemesine dair mevzuatta delillerin elde edilmesi, delillere el konulması, delillerin değerlendirilmesi ve benzeri gibi birçok yerde delillerden söz edilmiş olmasına rağmen delil kavramının tanımı yapılmamıştır. Delilin ne olduğuna dair açıklama getiren

<sup>4</sup> Ünver, s. 106; Yurtcan, s. 125; Toroslu/Feyzioğlu, s. 169.

<sup>5</sup> Yener Ünver, “Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK’nın İncelenmesi”, *İHFEM*, C. 55 S. 1-2, 1996, s. 195.

<sup>6</sup> Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, B. 20, Aydın Kitabevi, Ankara, 2003, s. 172.

<sup>7</sup> Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, www.tdk.gov.tr, E.T: 21.12.2018.

<sup>8</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 209.

<sup>9</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, B. 16, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 482; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, B. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.37.

tek düzenleme, 1983 tarihli Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmeliktir. Bu Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde delil, "Meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası" olarak tanımlanmıştır.

Ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşmanın aracı delillerdir. Delil, muhakeme konusu olayın veya durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini ispata yarayan araçtır.<sup>10</sup>

Ceza muhakemesinde vicdani ispat sistemi geçerli olduğundan, ceza muhakemesi sonunda vicdani kanaatin oluşmasını sağlayacak hukuka, akla ve mantığa uygun olan her şey delil olarak kullanılabilir. Bu duruma da delil serbestisi adı verilir.<sup>11</sup>

## B. Delillerin Özellikleri

Kullanmış olduğumuz "delillerin özellikleri" ifadesinden anlatmak istediğimiz, bir şeyin delil olup olmadığına ilişkin değil; bir şeyin delil olarak kabul edilebilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiğine ilişkindir. Başka bir ifadeyle, delillerin özelliklerinden anlamamız gereken; hangi özelliklere sahip olan delillerin muhakemede delil olarak kabul edilebileceğidir. Genel olarak, bu özellikleri ise "hukuka uygunluk", "gerçekçilik", "akılcılık", "olayı temsil etme", "müştereklik" şeklinde özetleyebiliriz.<sup>12</sup>

Her şeyden önce delillerin hukuka ve kanuna uygun olması, muhakeme konusu olan olayı aydınlatmaya yarayacak nitelikte olması gerekir.<sup>13</sup> Bu nedenle de bu husus CMK'nın "Delillerin Ortaya Konulması ve Reddi" başlıklı 206'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, kanunda aykırı olarak elde edilen delilin; (b) bendinde de delille ispat edilmek istenin olayın karara etkisinin olmaması halinde delilin kabul edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

CMK'nın "Delilleri takdir yetkisi" 217'nci maddesinin birinci fıkrasında "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış

<sup>10</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 617.

<sup>11</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 620.

<sup>12</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, B. 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 28-29.

<sup>13</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s. 163.



delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir" denildikten sonra, ikinci fıkrada "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" denilmiştir. CMK'nın 217'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "her türlü delille" ibaresi, delil serbestinin kabul edildiğini göstermektedir. Yine, 5271 sayılı CMK'nın "İfade alma ve sorguda yasak usuller" başlıklı 148'inci maddesinin ilk üç fıkrası şöyledir:

"(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez."

Dikkat edilecek olursa, buraya kadar yapılan açıklamaların ortak özelliği ve delillerin hukuka uygun olması gerektiğidir. Bu hukuka uygunluk delilin kendisini olduğu kadar el ediliş yöntemini de kapsar. Ceza muhakemesinin nihai amacı, nasıl ve hangi yöntemlerle ulaşıldığı önemli olmaksızın maddi gerçeğe ulaşmak değildir. Maddi gerçeğe, hukuka uygun olarak ulaşılması gerekir. Bu itibarla, bireylerin haklarına saygılı şekilde yürütülecek olan, delillerin sağlıklı bir şekilde elde edildiği ve tartışılıp değerlendirildiği bir muhakeme sonucunda maddi gerçeğe ulaşılmalıdır.<sup>14</sup>

Deliller gerçekçi, akılcı ve mantıklı olmalıdır.<sup>15</sup> Delillerin beş duyu ile öğrenilebilecek, akıl ve mantık kullanılarak kabul edilebilecek nitelikte olması gerekir. Delilin gerçekliği, delilin beş duyu organı ile algılanabilir olmasını ifade eder. Yani, delilin gerçekliğinden anlaşılması gereken delilin sahihliği değildir.<sup>16</sup>

Erişilebilir olması da delillerin özelliklerindedir. Erişilebilirlikten anlaşılması gereken, delilin elde edilebilmesidir. Bazı hallerde delil vardır ama artık elde edilmesi imkansızdır. Örneğin, olayın görgü

<sup>14</sup> Metin Köse, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, 2019, s. 176.

<sup>15</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 620; Toroslu, s. 162.

<sup>16</sup> Şahin/Göktürk, s. 28.

tanığının ölmesi gibi. İşte bu hallerde, delile erişilemeyeceği için söz konusu bu delilin 5271 sayılı CMK'nın 217'nci maddesine göre duruşmada ortaya konulup tartışılması da mümkün olmayacaktır. Anılan Kanun maddesi uyarınca da ortaya konulup tartışılmayan böyle bir delile dayanılarak hüküm kurulamayacaktır.<sup>17</sup> Bununla birlikte, öyle bazı durumlar vardır ki, daha önce elde edilen bir delilin duruşma aşamasında elde edilmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir durum, özellikle de beyan delillerinde söz konusu olabilir. Beyan delillerin mutlaka duruşmada ortaya konulması ve tartışılma imkânı tanınması gerekir.<sup>18</sup> 5271 sayılı CMK'nın "*Duruşmada okunmayacak belgeler*" başlıklı 210'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez*". Ancak, yine 5271 sayılı CMK'nın "*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*" başlıklı 211'inci maddesinde şöyle denilmiştir:

"(1) a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse,

b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse,

c) İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa,

Bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler."

Böylece, CMK'nın 211'inci maddesinde yer alan düzenleme ile duruşmada dinleme zorunluluğuna birtakım istisnalar getirilmiştir.

<sup>17</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, B. 10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 63.

<sup>18</sup> Feridun Yenisey, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil*", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, 2007, s. 20.

İşte anılan 211'inci maddede sayılan durumların varlığı halinde, elde edilen beyanların belge delili olarak duruşmaya dahil edilmesi mümkündür.

Ortaya konulan ya da araştırılan bir delilin muhakemeye konu olan olayı ya da durumu temsil edici özellikte olması gerekir; muhakeme konusu olay ya da durumla hiçbir ilgisi olmayan, maddi gerçeğe ulaşma yönünde hiçbir faydası olmayacak bir araç delil olarak kabul edilemez. Bir delilin olayı ya da durumu temsil edici olması için öncelikle bu delilin güvenilir olması; ispat bakımından önemli olması, ispatına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili olması gerekir.<sup>19</sup> Delil, sadece suç iddiasına ilişkin olayın konusu olmayıp, ceza muhakemesinde ispatı gereken diğer hususlara ilişkin de olabilir. Örneğin; bir tanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olmadığı, hâkimin reddini gerektiren bir durumun olup olmadığı, yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir sebebin bulunup bulunmadığı, sanığın kusurluğunu etkilen bir nedenin olup olmadığı hususlarına ilişkin de olabilir. Özellikle vurgulamak isteriz ki, delilin illa da müspet anlamda bir hususu temsil etmesi gerekmez. Yani, delil müspet olduğu kadar menfi bir hususu da temsil edebilir. Başka bir ifadeyle, delil, bir hususun varlığına ya da yokluğuna, olduğuna ya da olmadığına, yaşandığına ya da yaşanmadığına ilişkin olabilir. Önemli olan delilin olayı temsil etmesidir. Bir delilin olayı temsil edip etmediği ise, delil değerlendirilmesi sonucu anlaşılır.

Deliller müşterek olmalıdır. Delillerin müşterek olmasından anlaşılması gereken ise; delillerin içeriğinin sadece karar veren tarafından yani hâkim tarafından değil, davanın taraflarının tümü tarafından bilinir olmasıdır. Böylece, delillerin tartışılması sağlanacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında;<sup>20</sup> *“Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması,*

<sup>19</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 622; Toroslu, s. 163.

<sup>20</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/04/1993 tarih ve E. 1993/6-79 K. 1993//108 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, E.T: 12/01/2019.

ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır” demek suretiyle delillerin özelliklerine dair yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları destekler mahiyette özetlemiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi de bir kararında “... sanığa yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, bir delilin reddedilmesi için CMK'nın 206/2. maddesinde sayılan durumların dışında delilin, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması ya da taraflı anlatımda bulunduğuyla ilişkin bazı bilgi veya emarelerin bulunması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu...” demek suretiyle delillerin nasıl olması ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda açıklamalarda bulunmuştur.<sup>21</sup>

Nihayet, bir delilin hâkimin şahsi bilgisine ya da daha doğru bir ifadeyle tanıklığına dayanmaması gerekir. Aksi halde, delillerin müşterekliği söz konusu olamayacağından hâkimin davadan çekilmesi gerekir.<sup>22</sup>

### C. Delillerin Çeşitleri

Öğretide delillerin çeşitli tasniflere tabi tutulduğu görülmektedir. Bu tasnifler genel olarak, doğrudan delil ve dolaylı delil, maddi delil ve şahsi delil, beyan, belge ve belirtili delilleri şeklindedir.<sup>23</sup>

Doğrudan deliller ve dolaylı deliller ayırımına göre, doğrudan deliller, çözülmesi gereken asıl olayı ispatlayan; dolaylı deliller ise, çözülmesi gereken asıl olaylara bağlı yan olayları ispatlayan delillerdir.<sup>24</sup> Öğretide bazı yazarlar doğrudan ve dolaylı delil ayırımını delillerin doğrudan doğruyalı ilkesi çerçevesinde ele almışlar ve buna göre, hâkimin ilk elden yani araya bir vasıta girmeksizin edindiği delillere doğrudan deliler demişlerdir. Örneğin, keşif sonucunda

<sup>21</sup> Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi'nin 02/04/2013 tarih ve E. 2011/22605, K. 2013/9564 sayılı kararı, uyp.gov.tr. E.T: 12/01/2019.

<sup>22</sup> Toroslu, s. 164.

<sup>23</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 493.

<sup>24</sup> Ünver/Hakeri, s. 597.

hâkimin elde ettiği deliller, doğrudan delillerdir. Dolaylı delillerin ise, hâkimin bir aracı vasıtasıyla edindiği delillerdir. Buna örnek olarak, daha önce dinlenen bir tanık beyanının duruşmada okunmasını gösterebiliriz. Dolaylı ve dolaysız delil ayrımında belirti delilleri ifade edilmek istenmektedir.<sup>25</sup> Burada belirtilmelidir ki, doğrudan deliller ile dolaylı deliller arasında bir altlık sütlük ilişkisi yoktur. Yani, biri diğerine göre daha çok tercih edilebilecek türden değildir. Zira, delil serbestisi ilkesi gereğince hâkim delilleri serbestçe takdir edecektir. Önemli olan hangi delile neden üstünlük tanındığının gerekçeli kararda belirtilmesidir.<sup>26</sup>

Şahsi delil ve maddi delil ayrımı ise delilin kaynağına göre yapılan bir ayrımdır. Şayet, delilin kaynağı kişi ise bu delile şahsi delil adı verilir. Örneğin; tanık beyanı, sanık beyanı, mağdur beyanı böyledir. Maddi delil ise, delilin kaynağının nesne olması halinde söz konusu olur. Buna örnek olarak da belge ve belirti deliller olarak, imza, fotoğraf, görüntü, suç aleti gösterilebilir. Şahsi delil ve maddi delil ayrımında, şahsi deliller ile beyan delillerinin; maddi deliller ile ise belge ve belirti delilleri ifade edilmek istenmektedir.<sup>27</sup>

Dikkat edilecek olursa deliller çeşitlerine göre ayırım yapılırken esas alınan aslında beyan, belge ve belirti delilleridir. Bu itibarla da öğretilerde en çok kabul gören ve yapılan ayırma göre deliller beyan delilleri, belge delilleri ve belirti delilleri olarak ayrılmaktadır.<sup>28</sup>

Beyan delilleri, olay hakkında bilgi sahibi olan kişilerin yapmış olduğu sözlü açıklamalardır. Örneğin; sanığın beyanı, mağdurun beyanı, tanığın beyanı gibi. Belge delilleri, olayı yansıtan yazı, şekil, ses ve benzeri içerikleri barındıran belgelerdir. Belirti delilleri ise, beyan ve belge delilleri haricinde olan, olaya ilişkin her türlü iz ve eseri ifade eder. Örneğin, kan lekesi ve benzeri. Belirti delilleri, beyan ve belge delilleri gibi olayı tam olarak yansıtmaz ancak bir takım yan vakıaları ortaya koyar.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 240.

<sup>26</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluk İlkesi), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 52.

<sup>27</sup> Centel/Zafer, s. 240.

<sup>28</sup> Şahin/Göktürk, s. 29.

<sup>29</sup> Aydın, s.78; Centel/Zafer, s. 241; Şahin/Göktürk, s. 58-60.

## II. Tanık Beyanı ve Tanık Beyanının Alınması

### A. Tanık Beyanı

Mevzuatımızda tanığın kim olduğuna ilişkin ya da tanık kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar mevzuatımızda bu yönde bir düzenleme yer almasa da bazı hükümlerin madde gerekçelerinden ve bu hükümlerde yer alan ibarelerden yola çıkarak tanıktan ve dolayısıyla tanık beyanından ne anlaşılması gerektiği veya tanığın kim olduğu hususunda çıkarımlar elde edebilmekteyiz. CMK'nın tanıklıktan çekinmek ile ilgili olan 45'inci maddesinin gerekçesinde "*tanık bildiklerini söylemek zorundadır*";<sup>30</sup> CMK'nın meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme ile ilgili olan 46'ncı maddesinin birinci fıkrasında "*öğrendikleri bilgiler*"; CMK'nın devlet sırrı niteliğindeki bilgiler ile ilgili tanıklık konusuyla ilgili 47'nci maddesinde "*suç olgusuna ilişkin bilgiler*"; CMK'nın yemin verilemeyen tanıklar ile ilgili olan 50'nci maddesinde "*tanıklık yapacağı olay*"; CMK'nın tanığa yaptırılacak yeminin biçimiyle ilgili olan 55'inci maddesinde "*bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime*" şeklinde yer alan ibarelerden, tanığın muhakeme konusu olay hakkında bilgi sahibi olan kişi olduğu anlaşılmaktadır.

Ceza muhakemesinde bir delil olan tanık beyanının, delillerin özelliklerine sahip olması gerekir. Bu kapsamda tanık beyanının olayı yansıtması ve temsil etmesi, akla ve mantığa uygun olması, maddi gerçeğe ve hukuka aykırı olmaması gerekir. Tanık beyanının olayı temsil etmesinden; muhakeme konusu olayı yeniden canlandırabilecek, yansıtacak nitelikte olması anlaşılmalıdır. Zira, ceza muhakemesine konu olan olay geçmişte yaşanmış ve bitmiş bir olaydır. Tanık beyanı olayın tamamını yansıtılabileceği gibi bir kısmını da yansıtabilir. Çünkü tanık olayın tamamına olduğu kadar bir kısmına da tanık olmuş olabilir. Bu nedenle de tanık beyanı olayın bir parçasını ya da bütünü temsil edebilir.<sup>31</sup> Örneğin; bir kimse A'nın B'ye hakaret ettiğine tanık iken, bir başka kimse bu olayın hemen öncesinde B'nin A'ya tokat attığını görmüş olabilir.

<sup>30</sup> 5237 sayılı TCK'nın Madde Gerekeçleri, www.tbmm.gov.tr, E.T. 12/06/2020.

<sup>31</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem, vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 312.

Tanığın elde ettiği ve aktardığı bilgiler duyu organları aracılığıyla elde edilmiş olmalıdır. Bu durumda, tanık beyanının objektif olduğu kabul edilir.<sup>32</sup> Tanığın olaya ilişkin kişisel yorumlarını ve değerlendirmelerini içeren beyanları, tanık beyanı olarak kabul edilemez.<sup>33</sup> Tanık, olayla ilgili olarak duyu organları aracılığıyla elde ettiği bilgileri, kendi yorumunu ve değerlendirmesini katmadan olduğu gibi beyan etmesi gerekir. Tanık beyanının objektif olması gerektiğini ileri sürdüğümüz bu durumda, suçun mağdurunun tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği sorunu ile karşılaşırız.<sup>34</sup> Suçun mağdurunun bir yandan objektif olması beklerken diğer yandan da tanığa ilişkin bir yükümlülük olan objektif olmasını beklemek doğru değildir.<sup>35</sup> Bununla birlikte, suçun mağduru muhakemenin sujesi olmamışsa, yani davaya katılma talep ederek katılan sıfatını almadığı sürece tanık olabilecektir.<sup>36</sup> Zira, muhakemenin sujeliği ile tanıklık bağdaşmaz. Ayrıca, mağdurun tanık olarak dinlenmesi de diğer tanıklardan farklı usullere tabidir.<sup>37</sup> Tanık beyanının objektifliği açısından suç ortağı olan kişinin tanıklığı da ayrı bir tartışma konusudur. CMK'nın 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre; *"Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar"* yemin-siz olarak tanık sıfatıyla dinlenebilir. Madde metnindeki düzenleme lafzıyla yorumlandığında, burada ifade edilen suç ortağının; sanıkla aynı davada yargılanmayan, ayrı bir davada sanık olarak yargılanan bir kimse olabileceği anlaşılmaktadır.

<sup>32</sup> Metin Feyzioglu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 78.

<sup>33</sup> Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 605.

<sup>34</sup> Öğretide mağdurun tanık olarak dinlenilip dinlenilmeyeceği hususunda görüş birliği olmamakla birlikte ilerleyen bölümlerde bu konuda açıklama yapılacağından tekrarlamamak için bu başlık altında açıklama yapılmamıştır.

<sup>35</sup> Faruk Erem, Adalet Psikolojisi, B. 7, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-Sevinç matbaası, Ankara, 1977, s. 307.

<sup>36</sup> CMK'nın 234'üncü maddesi gereğince suçun mağduru davaya katılma hakkına sahiptir. Kanaatimizce, katılan sıfatını almayan mağdur tanık olabilir ancak CMK'nın 236'ncı maddesindeki "mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde..." ibaresinden dolayı katılan sıfatını alsa da mağdurun tanık olarak dinlenebileceği görüşünde olan yazarlarda bulunmaktadır. Bkz. Bahri Öztürk/Dumuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B. 10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 234 vd.

<sup>37</sup> CMK'nın 236'ncı maddesi gereğince suçun mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.

İşte tam da bu noktada yeri gelmişken, uyuşmazlıkların birleştirilmesi durumunda birleşen dava sanıklarının ve bu kapsamda birleşen davada yer alan suç ortaklarının tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceğine değinilmelidir. Bilineceği üzere, birleşen davanın sanıkları da yargılamaya taraftır.<sup>38</sup> Anayasanın 38'inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince *"hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya ya da bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"*; CMK'nın 147'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince şüphelinin veya sanığın kendisine yöneltilen suçlama hakkında susma ve kendi lehine olan hususları ile sürme hakkı vardır. İşte, tam da bu nedenle uygulamada ve öğretide iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının tanıklık yapıp yapamayacakları hususunda özellikle de davaların birleşmesi durumunda tereddütler ve tartışmalar bulunmaktadır.

Yukarıda yazılı olan CMK'nın 50'nci maddesinde belirtilen kimselerin yeminsiz olarak dinlenebilecekleri belirtilmiştir. Bu maddeden yola çıkıldığında, suç ortaklarının tanık olarak ancak yeminsiz bir şekilde dinlenebilecekleri anlaşılmaktadır. Suç ortağı olan sanıklar hakkında ayrı ayrı düzenlenen iddianameler üzerine ayrı ayrı kovuşturmaya başlanmış olabileceği gibi, tek bir iddianame ile aynı kovuşturma yürütülebilir. Suç ortağı olan sanıkların hakkında kovuşturmaların ayrı ayrı yürütülmesi ya da daha açık bir ifadeyle ayrı davalarda yargılanıyor olmaları halinde, suç ortağı olan sanıklardan birbirlerinin davalarında tanık olarak beyanlarının alınmasında engel olmadığı hususunda tereddüt yoktur.<sup>39</sup> Tereddüt edilen hususu, suç ortakları hakkındaki davaların ayrı ayrı açılmış olmaları ve birleştirilmemeleri halinde suç ortaklarının birbirlerinin yargılandıkları davalarda tanık olarak dinlenilip dinlenilemeyecekleridir. Kanaatimizce, suç ortaklarının uyuşmazlık konusu olayla ilişkin olarak tanık olarak dinlenip dinlenemeyecekleri ile ilgili olarak suç ortakları hakkındaki davaların ayrı davalar olması ya da bu davaların birleşmiş olması, başka bir ifadeyle aynı dava veya ayrı dava ayırımı yapılmış olmasının hiçbir önemi yoktur. Bu nedenle de sanık sıfatında bulunan kimselerin kesin bir şekilde

<sup>38</sup> Neslihan Göktürk, "Yalan Tanıklı Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, Y. 20, S.1, 2016, s. 352.

<sup>39</sup> Devrim Güngör, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 313 vd.



tanıklık yapamayacaklarını söylemek doğru olmayacaktır.<sup>40</sup> Bununla birlikte, tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, davaların birleşerek ya da ayrı ayrı görülüyor olması fark etmeksizin suç ortaklarının aynı suç olgusu ile ilgili olarak tanık sıfatıyla beyanda bulunmalarını beklemenin, sanığın kendisi hakkında suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanması anlamına da geleceği ileri sürülebilir.<sup>41</sup> Bu nedenle her ne kadar engelleyici bir hüküm bulunmasa da suç ortaklarının birleşen dava olsun ya da olmasın tanık olarak dinlenmemelerinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. CMK'nın 50'nci maddesinde düzenlenen hükümde yer alan suç ortakları dışındaki kimselerin, yani soruşturma ve kovuşturma konusu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten sanık konumunda bulunan kimselerin de tanık olarak dinlenilmelerinin ise sorun olmayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, söz konusu bu kişilerin tanık olarak beyanların güvenilirliği konusunda haklı bir şüphe oluşacaktır.

Tanığın muhakeme konusu olayla ilgili olarak beş duyu organı aracılığıyla elde ettiği bilgileri, beyanda bulunarak açıklaması gerekir. Bu husus CMK'nın 43, 45, 47, 50, 52, 54, 55, 57, 58, 59, 206, 208'inci maddelerinde yer alan tanığın dinlenildiğine dair ibarelerden ve bunu ortaya koyan diğer ifadelerden, tanık beyanının sözlü olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Kaldı ki, doğrudanlık ilkesi de tanık beyanının sözlü olmasını gerektirir.<sup>42</sup>

Kural olarak, bir beyanın tanık beyanı olarak kabul edilebilmesi için yetkili makam huzurunda açıklanmış olması gerekir. Tanık beyanı sözlü olarak yetkili makam huzurunda açıklanmış olmalıdır. Tanığın beyanının sözlü olması gerektiğine ve yetkili makam huzurunda açıklanmış olmasına dair kuralın ileride inceleyeceğimiz istisnaları bulun-

<sup>40</sup> Süheyl Donay, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 156.

<sup>41</sup> Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 14, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 246; Doğan Gedik/Mahir Topaloğlu, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 59; Şerafettin Canpolat, Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi, Kemal Matbaası, Adana, 1974, s. 28.

<sup>42</sup> Metin Feyzioğlu, "İstinabe Yoluyla Tanık Beyanının Elde Edilmesi ve Bu Beyanının Değerlendirilmesi", <http://www.feyzioglu.av.tr/istinabe-yoluyla-tanik-beyaninin-elde-edilmesi-ve-bu-beyanin-degerlendirilmesi>, E.T. 24.04.2021.

maktadır. Bunlar kuralın istisnası niteliğindeki hükümlerde düzenlenmiş olduğundan, istisna niteliğindeki bu hükümler kıyas yoluyla genişletilemez.

## B. Tanık Beyanının Alınması

### 1. Tanıkların Çağrılması

Ceza muhakemesinde dinlenilmesi için tanık olduğu tespit edilen kişiye bu husus bildirilir. Kimin tanık olduğu bazen olayın taraflarınca yetkili makama bildirilmiş olabileceği gibi, Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından da tespit edilebilir. Yine, soruşturma aşamasında adli kolluk görevlileri de olaya tanık olabilecek kişileri bilgi sahibi olan kişiler olarak tespit edebilir. Kişilerin şikayetlerinde ya da yapılan ihbarlarda da olayın tanıkları bildirilmiş olabilir. Keza, şüpheli ya da sanık da savunmasını destekleyici tanıkları bildirmiş olabilir.

Ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşmak için tanıkların tespiti ve dinlenilmeleri önemlidir. Bu aynı zamanda adil yargılanma ve yine bunun bir gereği olan makul sürede yargılanma açısından da önemlidir. Bu itibarla, özellikle soruşturma aşamasında tanıkların tespit edilmesi son derece önemlidir. Kovuşturma aşamasında da kural olarak, soruşturma aşamasında tespit edilen bu tanıklarla kovuşturma makamının re'sen tespit edeceği ya da mağdur ya da sanığın bildirmiş olduğu tanıklar duruşmadan önce çağrılmalıdır. Bu da adil yargılamanın ve makul sürede yargılamanın bir gereğidir. Bu amaçla hâkim, kural olarak, CMK'nın 175'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca duruşmada hazır bulunması gerektiğini tespit etmiş olduğu tanıkları çağırmalı, gerekirse istinabe ya da naip hâkim aracılığıyla dinlenilmesine karar vermelidir. CMK'nın 177'nci maddesi gereği de sanık savunma delillerin toplanmasını isteyebilir. Bu kapsamda anılan maddenin birinci fıkrasına göre, sanık, dinlenmesini istediği tanıkları duruşma gününden en az beş gün önce vereceği bir dilekçeyle mahkemeye bildirmiş olmalıdır. Sanığın bu talebi üzerine mahkemenin söz konusu talebi reddi ya da kabulü yönündeki kararının derhal sanığa bildirilmesi gerekir<sup>43</sup>. CMK'nın 178'inci maddesi

<sup>43</sup> CMK'nın 177'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, sanığın bu yöndeki talebinin kabulü halinde, ayrıca Cumhuriyet savcısına da bu kararın bildirilmesi gerekir.

gereğince mahkeme sanığın talebini reddetmiş olmasına rağmen sanık bildirmiş olduğu kişi veya kişileri mahkemeye getirerek duruşmada dinlenilmesini talep ettiği takdirde bu kişi veya kişilerin duruşmada dinlenilmesi gerekir. Ancak, sanığın bunu davayı uzatmak amacıyla yaptığının anlaşılması halinde mahkeme, tanık olarak bildirilen bu kişi veya kişilerin dinlenilmesi talebini reddedebilir.

Her ne kadar CMK'nın 177'nci maddesinin birinci fıkrasında sanığın dinlenilmesini istediği tanıkları bildirdiği söz konusu dilekçesini beş gün içinde vermesi gerektiği belirtilmiş ise de bu süreye riayet edilmemiş olması sanığın bildirdiği tanıkların dinlenmeyeceği anlamına gelmez. Zira, CMK'nın "*Delil ve Olayın Geç Bildirilmesi*" başlıklı 207'nci maddesinde "*Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez*" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, mahkeme sanığın dinlenilmesini istediği tanıkları geç bildirmiş olması nedeniyle bu tanıkları dinlemeyi reddedemez. Böyle bir durumda, mahkeme geç de olsa bu tanıkları dinleyebilecektir. Ancak, her ne kadar geç bildirilmesi nedeniyle tanıkların dinlenmesine dair bu talebin reddedilmesi mümkün değilse de bu talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığının anlaşılması halinde reddine karar verilebilecektir. Zira, CMK'nın "*Delillerin ortaya konulması ve reddi*" başlıklı 260'nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendine göre, bu talebin sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılması halinde reddine karar verilecektir. Burada üzerinde durulması gereken sorun, söz konusu talebin davayı uzatmak amacıyla yapılıp yapılmadığının tespitine ilişkindir. Belirtmiş olduğumuz üzere, salt tanıkların geç bildirilmiş olması nedeniyle bu tanıkların dinlenilmesi talepleri reddedilemez ve reddedilmiş olsa bile mahkemeye getirildikleri takdirde dinlenilmeleri zorunludur. Ancak, mahkeme bunun yargılamanın uzatılması amacıyla yapıldığını tespit ederse yine de tanık dinlenilmesi yönündeki talebi reddedebilir.<sup>44</sup> Bu halde, söz konusu talebin somut ve belirlene-

<sup>44</sup> Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. CD'sinin 25.11.2016 tarih ve 2016/64 Esas, , 2016/76 Karar sayılı kararı: "... CMK'nın 178. maddesinde "mahkeme başkanı veya hakim sanığın ve katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir bu kişiler duruşmada dinlenir" hükmü uyarınca sanık veya katılan tarafından duruşmada hazır edildiği bildirilen tanıkların dinlenmesi yasanın amir hükmü olup, tanık bildirilmesinin sırf yargılamanın uzatılması amacıyla yönelik olduğunun sabit olması hali dışında mahkemenin bu hususta takdir hakkı bulun-

bilir bir gerekçe ile bir reddedilmesi gerekir.<sup>45</sup> Buna karşılık, bu talebin yargılamanın uzaması maksatlı olduğuna dair bir delil ya da emare bulunmaması halinde talebin kabulüne karar verilerek tanıkların dinlenilmesi gerekir. Aksi halde, özellikle de sanık açısından düşünüldüğünde savunma hakkı hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile sınırlandırılmış olacaktır.

Bir beyanın tanık beyanı olarak kabul edilebilmesi için öncelikle yetkili makam huzurunda alınması gerekir.<sup>46</sup> Bu itibarla, yetkili makamın tanığın bilgisine başvurulacağını bildirmesi ile tanık durumdan haberdar olur ve konu hakkında bilgisine başvurulacağını öğrenir. Tanığın beyanının alınması için yetkili makam tarafından çağrılmasına ilişkin usuller kanunda belirlenmiştir. CMK'nın 43'üncü maddesinde "*Tanıkların Çağrılması*" başlığı altında yer alan hükümlerde tanığın nasıl çağrılacağına dair usullere yer verilmiştir. Buna göre, tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdına gelmemenin sonuçları bildirilir. Şayet tanıklık yapılacak olan muhakemede şüpheli ya da sanık tutuklu bulunuyorsa, bu halde tanığın doğrudan zorla getirilmesine de karar verilebilir. Şüpheli ya da sanık tutuklu değilse, tanığın zorla getirilmesi için çağrı kâğıdına rağmen gelmemesi gerekir. Çağrı kâğıdı aracılığıyla yapılacak çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılması mümkündür. Ancak, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz. Dolayısıyla bu halde, şayet şüpheli ya da sanık tutuklu değilse zorla getirme kararı verilemez. Böyle bir durumda zorla getirme kararı verilebilmesi için çağrı kâğıdına rağmen tanığın gelmemiş olması gerekir. Zorla getirmeye soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında hâkim karar verebilir.

mamaktadır", www.uyap.gov.tr, E.T. 24.04.2021.

<sup>45</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. CD'sinin 10.04.2017 tarih ve 2017/894 Esas, 2017/790 Karar sayılı kararı: "... sanığın müdafisinin 09.02.2017 tarihli celsede hazır ederek dinlenmesini istediği iki tanığın CMK'nun 178.maddesi gereğince sadece 'davayı uzatmak amacıyla yapılan talep' olması halinde dinlenmesinin red edilebileceği amir hükmüne rağmen 'tanıklık yapacakları konu göz önüne alınarak dinlenmeleri davaya bir katkı sağlamayacağından' gerekçesi ile red edilmes..." , www.uyap.gov.tr, E.T. 24.04.2021.

<sup>46</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 745.

### a) Tanığı çağırabilecek makamlar

CMK'nın tanıkların çağırılmasına ilişkin 43'üncü maddesinin beşinci fıkrasında "*Bu Madde hükümleri, kişinin ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesi halinde uygulanabilir*" denilmiştir. Buna göre, tanıkları çağırmaya yetkili makamlar Cumhuriyet savcısı, hâkim ya da mahkemedir. Bu makamlar sadece tanıkları çağırmayı değil, tanıkların çağrı kağıdına uymamanın sonuçlarından sorumlu tutulmaları yönünde karar vermeye de yetkili olan makamlardır.

Tanık beyanı bazı hallerde kısaltılmış adı SEGBİS olan ses ve görüntü bilişim sistemi aracılığıyla ya da istinabe suretiyle alınabilmektedir. Bu hallerde de yine tanığın yine çağırılması gerekir. SEGBİS ya da istinabe ile tanığın beyanının alınması, tanığın ilgili Cumhuriyet Başsavcılığının ya da mahkemenin yargı alanı dışında bulunması veya tanığın geçerli bir mazereti nedeniyle ilgili makamın yargı çevresine gelemeyecek durumda olması hallerinde uygulanır. İşte, böyle bir durumda beyanı ilgili Cumhuriyet Başsavcılığının ya da mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir yerde alınacak olan tanığı çağırarak olan makam hangisidir? SEGBİS'in kullanılması halinde de muhakeme ile doğrudan ilgili olan Cumhuriyet Başsavcılığı ya da mahkeme tarafından tanığın bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı ya da mahkeme istinabe edilmektedir. Bu halde, istinabe olunan Cumhuriyet Başsavcılığı ya da mahkeme tanığı hazır bulundurur ve SEGBİS aracılığıyla muhakemeye doğrudan ilgili olan Cumhuriyet Başsavcılığı ya da mahkeme ile tanık arasında iletişim sağlar. Tanığın SEGBİS aracılığıyla dinlenmesi halinde de istinabe söz konusu olduğundan, tanığın SEGBİS aracılığıyla dinlenmesi için öncelikle istinabe olunan Cumhuriyet Başsavcılığına ya da mahkemeye başvurması gerekeceğinden, tanığa yapılacak çağrının da istinabe olunan Cumhuriyet Başsavcılığına ya da mahkeme tarafından yapılması gerekir.

### b) Tanığın çağırılma usulleri ile zorla getirilmesi ve hazır edilmesinin emredilmesi

#### aa) Çağrı kâğıdı ile çağırma

CMK'nın "*Tanıkların Çağırılması*" başlıklı 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında, tanıkların çağrılmalarına dair genel bir hüküm yer al-

maktadır. Bu hükme göre, tanıklar çağrı kağıdı ile çağrılır. Çağrı kağıdı 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tanığa tebliğ edilmelidir.<sup>47</sup> Çağrı kağıdına dair tebligatta nelerin olması gerektiği 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 9'uncu maddesinden anlaşılmaktadır. Buna göre, çağrı kağıdında tanık olarak dinlenecek kişinin ve varsa kanuni temsilcisinin ad ve soyadları ile adresleri, tebligatın yani çağrı kağıdının neden yapıldığının anlaşılacak şekilde belirtilmesi, tanığın hangi mercide ve hangi gün ve saatte hazır bulunması lazım geldiği belirtilmiş olmalıdır.

Tanığa tebliğ edilecek olan çağrı kağıdında gelmemesinin sonuçları bildirilmelidir. Aksi halde, gelmediği takdirde bu sonuçların tanığa uygulanması mümkün değildir. Ayrıca, çağrı kağıdında bunlar bildirilmiş olsa bile tanığın gelmemesi halinde hakkında söz konusu olacak sonuçların uygulanabilmesi için çağrı kağıdının usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olması da şarttır. Çağrı kağıdına uymamanın sonuçları CMK'nın 44'üncü maddesinde belirtilmiştir. CMK'nın 44'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır."*

Tanıklık bir kamu görevidir. Bu nedenle de tanıklar çağrı kağıdı gereği görevlerini yerine getirmek zorundadır. Hatta tanık olarak tespit edilen kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan bir kişi olması durumunda da bu kişinin çağrıya uyması gerekir. Yani, bu durumda da tanık çağrıya uymalı ve çekinme hakkını öyle kullanmalıdır.<sup>48</sup> Aksi takdirde, çekinme hakkına sahip olan kişi hakkında da zorla getirme kararı verilebilir. Zira, çekinme hakkı, kendiliğinden kişinin tanıklık yapmasına engel olan bir durum olmayıp, tanık bu hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbesttir.

<sup>47</sup> Tanık olarak çağrılan kişinin velayet ya da vesayet altında bulunan bir kişi olması halinde çağrı kağıdının 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesi gereğince kanuni temsilciye tebliğ edilmesi gerekir.

<sup>48</sup> Yargıtay 3. CD'sinin 29.03.2016 tarih ve E. 2016/931, K. 2016/7906 sayılı ilamı, uyp portalı, E.T. 22/01/2020.

*ab) Çağrı kâğıdı dışında alternatif yöntemlerle çağırma*

CMK'nın 43'üncü maddesinin ikinci fıkrasında tanığın çağrılmasına ilişkin olarak, çağrı kâğıdı ile çağırma dışında alternatif yöntemlerde belirlemiştir. Söz konusu fıkra hükmü şöyledir: *"Bu çağrı telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz."* Buna göre, tanık çağrı kâğıdı dışında telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlarla da çağrılabilir. Söz konusu fıkra hükmünde "gibi araçlarla" ibaresi kullanıldığından bu alternatif yöntemlerin sınırlı sayıda ve sınırlayıcı olarak belirlenmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Tanığın çağrı kâğıdı dışında alternatif yöntemlerle de çağrılması, zamandan kazanım olacağı gibi, bir kısım tebligat prosedürü ve benzeri nedenlerle tanığın tanıklık yapacağına dair bilgiyi daha erken öğrenmesini sağlamakla birlikte öğrenememe ihtimalini de azaltmaktadır. Bu da yargılamanın daha erken sonuçlanması açısından önemli bir durumdur.

Tanığın alternatif yöntemlerle çağrılması halinde, çağrıya uymaması durumunda tanık hakkında çağrı kağıdına uymamaya bağlanan sonuçlar uygulanmaz. Fakat bunun da önüne geçmek amacıyla tanığa çağrı kâğıdı tebliğ edilmekle birlikte alternatif yöntemlerle de tanığın çağrılmasında engel yoktur. Bu itibarla, çağrı kağıdına bağlanan sonuçların da uygulanabilmesi için mümkünse çağrı kâğıdı ile çağırma ile birlikte alternatif yöntemlerle de tanığın çağrılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

*ac) Tanığın zorla getirilmesi*

Kural, tanıkların çağrı kâğıdı ile çağrılmalarıdır. CMK'nın 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında bu kural belirtildikten hemen sonra, tutuklu işlerde tanıkların zorla getirilmeleri için karar verilebileceği belirtilmiştir. Kanunda *"verilebilir"* ibaresi kullanıldığından bu bir zorunluluk değildir. Dolayısıyla, şüpheli ya da sanığın tutuklu olması halinde soruşturma veya kovuşturma konusu olan olayda tanıklığına başvurulacak kişinin doğrudan zorla getirilmesine karar verilebileceği gibi bu kişinin çağrı kâğıdı ya da çağrı kağıdına alternatif yöntemlerle çağrılması da mümkündür.

CMK'nın 43'üncü maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde; *"Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir..."* denilmektedir. Buna göre, tanığın zorla getirilmesine karar verildiği takdirde, zorla getirme kararının nedenlerinin ilgili kararda gösterilmesi gerekir. İlgili kararda gösterilmesi gereken bu nedenlerin, zorla getirme kararı verilmesini tercih edilmesinin nedenleri olduğu kanaatindeyiz. Zira, yetkili makamın tanığı zorla getirmek veya çağrı kâğıdı ile ya da çağrı kâğıdına alternatif yöntemlerle çağırmak konusunda takdir hakkı bulunmaktadır.

Şüpheli veya sanığın tutuklu olması hali, ceza muhakemesindeki en ağır koruma tedbiridir. Söz konusu bu koruma tedbirinin ağırlığı karşısında ve özellikle de tutuklamanın bir tedbir olması göz önünde bulundurulduğunda, muhakeme konusu olayla ilgili olarak tanığın bir an önce dinlenmesinde yarar vardır. İşte, kanun koyucu bu hususu göz önünde bulundurarak şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde tanık hakkında zorla getirme kararı verilebileceğini öngörmüştür.

*ad) Tanığın hazır edilmesinin emredilmesi*

CMK'nın 43'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre; *"Mahkeme, duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenilmesi gerekli görülen tanıkların belirteceği gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir."* Bu durum, kovuşturma evresinde duruşma devresi içinde duruşma sırasında gerçekleşebilir. Böyle bir durumda, mahkeme duruşma sırasında bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi gerektiğini tespit edip, bu kişinin tanık olarak beyanının alınmasını gerekli görürse ve tanık olarak beyanının alınmasının gerektiği düşünülen bu kişinin dinlenmesi halinde davanın hüküm verilebilecek bir duruma geleceği kanaatinde olursa, kolluk görevlilerine belirlemiş olduğu bu tanığın duruşmaya getirilmesi konusunda yazılı emir verebilir.<sup>49</sup>

Söz konusu olan bu durumda tanığa çağrı kâğıdı tebliğ edilmiştir. Bu durumda, mahkeme doğrudan tanığın hazır edilmesi konusunda yazılı emir vermektedir. Esasen, niteliği itibariyle bu uygulamanın zorla getirme uygulaması olduğunu da söyleyebiliriz.

<sup>49</sup> İsmail Malkoç/Mert Asker Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 296.



Tanığın hazır edilmesinin emredilmesine ilişkin CMK'nın 43'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki yetkiye mahkemeler sahiptir. Zira, bu yetki duruşma aşamasında kullanılabilen bir yetkidir. Yine, bu yetkinin kullanılış şekli ve zamanı da Kanunda belirlenmiştir. Buna göre, tanıkların hazır edilmesine dair emir ancak duruşma aşamasında verilebilir. Yani, soruşturma aşamasında verilemeyeceği gibi kovuşturma aşamasında da ancak duruşma devresinde verilebilir. Söz konusu emrin yazılı olarak verilmesi gerektiği de Kanunda açık bir şekilde ifade edilmiştir.

## 2. Tanık Beyanının Alınmasındaki Usul ve Esaslar

### a) Genel olarak

Ceza muhakemesi sonucunda hukuka uygun usul ve yöntemlerle maddi gerçeğe ulaşılması için bir kısım ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeler, ceza muhakemesinde adil bir yargılama için olmazsa olmaz niteliğindeki ilkelerdir. Bu ilkelerden bir kısmı Ceza muhakemesinde delillerin ortaya konularak tartışılıp değerlendirildiği ve hükmün oluştuğu kovuşturma evresiyle ilgilidir. Kovuşturma evresiyle ilgili olan bu ilkeler daha çok delillerin ortaya konulup tartışılıp değerlendirilmesi konularıyla bağlantılıdır. Tanık beyanı da ceza muhakemesinde delil olarak kabul edildiğinden, söz konusu ilkeler kapsamında ortaya konulup, tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir. Kovuşturmaya hâkim olan ve tanık beyanı açısından önemli olan bu temel ilkeler; doğrudanlık, yüze karşılık, sözlülük ilkeleridir.

Doğrudanlık, yüze karşılık, sözlülük olmak üzere kovuşturmaya hâkim olan ve tanık beyanı açısından önemli olan ilkeler gereğince tanığın muhakeme sonucunda hükmü verecek olan mahkemede duruşmada hâkim huzurunda dinlenmesi gerekir. CMK'nın "*Tanık ve Bilirkişinin Naipe veya İstinabe Yoluyla Dinlenmeleri*" başlıklı 180'inci maddesinde tanığın istinabe suretiyle hükmü verecek olan mahkeme ya da hâkim dışında dinlenilmesi hususu düzenlenmiştir. Ancak bu durum, tanığın hükmü verecek olan mahkemede duruşmada hâkim huzurunda dinlenmesi kuralının bazı hallerin varlığında uygulanabilecek istisnası niteliğindedir. CMK'nın anılan bu 180'inci maddesinin gerekçesinde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma ve sözlülük ilkeleri ile Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi kararları gereği, muhakeme sonucunda hükmü verecek olan mahkemede duruşmada hâkimin tanığı bizzat dinlemesi gerektiği hususu belirtilmiştir.<sup>50</sup>

CMK'nın "*Duruşmanın Başlaması*" başlıklı 191'inci maddesinin birinci fıkrasına göre duruşmaya tanıkların gelip gelmediklerinin tespiti ile başlanır. Bu tespit, tanıkların ya da önceden belirlenmiş olan tanıkların kimliklerinin tespiti amacıyla yapılan bir tespit olmayıp, yani başka bir ifadeyle bir yoklama olmayıp, duruşmaya gelenler içinde kimlerin tanık olduklarını belirlemeye yönelik bir tespittir.<sup>51</sup> Zira, bu tespitten sonra CMK'nın 180'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere tanıklar duruşma salonundan çıkarılır.

Tanıklar duruşma salonundan çıkarıldıktan sonra CMK'nın 180'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereği duruşmada sırasıyla; sanığın açık kimliği saptanır ve sanığın kişisel ve ekonomik durumu hakkından kendisinden bilgi alınır, iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve CMK'nın 147'nci maddesinde belirtilen diğer hakları sanığa bildirilir ve nihayet sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde de usulüne göre sorgusu yapılmaya başlanır.

Sanığın sorgusu yapıldıktan sonra delillerin ortaya konulmasına geçilir. Bu itibarla tanıklar da sanığın sorgusu yapıldıktan sonra dinlenmelidir. Duruşmada sanığın sorgusu yapıldıktan sonra her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıkları yanında olmaksızın dinlenir. Tanıkların birbirlerinden etkilenmemeleri için önce dinlenen tanıklar dinlendikten sonra duruşmadan çıkartılmamalıdır.<sup>52</sup> Burada yeri gelmişken tanıkların dinlenilmesine ilişkin bu hususun istisnasına da değinmekte yarar var. Kural olarak, CMK'nın "*Tanıkların Dinlenmesi*" başlıklı 52'nci maddesinin birinci fıkrası gereği her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıkları yanında olmaksızın dinlenir. Bu kuralın istisnası, tanıkların birbirle-

<sup>50</sup> 5237 sayılı TCK Madde Gerekçeleri, www.tbmm.gov.tr, E.T. 17/02/2020.

<sup>51</sup> Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık", s. 318.

<sup>52</sup> Tanığın kendisinden önce dinlenen tanık veya tanıkların bulunduğu ortamda rahatlıkla ve doğru bir şekilde beyanda bulunamayacağı yönünde kanaat olduğu takdirde, hâkim, daha önce dinlenen tanık veya tanıkların duruşmadan geçici olarak çıkarılmasına karar verebilir.

riyle veya şüpheli ile yüzleştirilmeleridir. Tanıkların birbirleriyle veya şüpheli yüzleştirilebilmesi için ise bu yüzleştirme işleminin yapılacağı zaman ve koşulları yönünden CMK'nın 52'nci maddesinin ikinci fıkrasında kurala bağlanmıştır. Buna göre, söz konusu yüzleştirmenin kovuşturma evresine kadar yapılması gerekir. Ayrıca, söz konusu bu yüzleştirmenin gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığında ya da kimliğin belirlenmesine ilişkin hallerde yapılması mümkündür.

CMK'nın 58'inci maddesi gereği duruşmaya alınan tanığın ilk önce kimlik tespiti yapılır. Tanığın beyanlarının güvenilirliğinin denetlenebilmesi ve özellikle tanıklıktan çekinme ya da yeminsiz dinlenme gibi haklarının hatırlatabilmesi için tanıktan şüpheli, sanık ya da mağdur ile olan ilişkisi veya yakınlığı hakkında bilgi alınır. Tanığa bu konularda sorulacak sorular muhakeme konusu olaya ilişkin olmadığından, tanığın bu sorulara cevap vermekten çekinme hakkı bulunmamaktadır. Tanığa bu yönde kimin soru sorarak bilgi alacağına ilişkin olarak Kanunda bir açıkça yazan bir düzenleme bulunmamasına rağmen CMK'nın 192'nci maddesi gereğince duruşmayı yönetme, delillerin ikame edilmesini sağlama mahkeme başkanı veya hâkimin görevi olduğu belirtildiğinden, bu hususta soru sorup bilgi alacak kişinin de mahkeme başkanı ya da hâkim olduğu anlaşılabilir.<sup>53</sup>

Tanık beyandan çekinme hakkında sahip değilse hâkim CMK'nın 53'üncü maddesi gereğince tanığa tanıklık görevinin önemini anlatır. CMK'nın "*Tanığa Görevinin Önemini Anlatma*" başlıklı 53'üncü maddesine göre, tanığa, tanıklık etmesi beklenen olayla ilgili bildikleri sorulup tanık dinlenmesine geçilmeden önce gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylemesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, izin verilmeden duruşmadan çıkamayacağı ve duruşmayı terk edemeyeceği anlatılır. Tanık, beyandan çekinme hakkına sahipse ve çekinmeyip dinlenmek istemişse, hâkim bu defada yine CMK'nın 53'üncü maddesi gereği tanıklık görevinin önemini anlatacaktır ancak bu defa yemin ettirip ettirmeme konusu hâkimin takdirinde olacaktır. Yapılan bu işlemlerin ardından yemin ettirilecekse tanığa CMK'nın 54 ila 57'nci maddeleri göz önünde bulundurularak yemin ettirilir.

<sup>53</sup> Samiyet Badem, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 45, Y. 12, Ocak 2021, s. 305.

Yapılan bu işlemlerin ardından tanık, muhakeme konusu olayda tanıklık etmesi beklenen konu ile ilgili olarak dinlenir. Bu kapsamda, CMK'nın 59'uncu maddesi gereği tanığa tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgi verilir; hazır olan sanık, tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır. CMK'nın 52'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereği tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü veya sesler kayda alınabilir. Yine, anılan fıkrada bazı hallerde bu kayda alma işleminin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Buna göre mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin dinlenilmesinde söz konusu bu kayıtların alınması zorunludur. Özellikle mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesinde bunun zorunlu olmasının temelinde, mağdur çocukların beyanlarının anlaşılmasında sorunların olması halinde, bu çocukların tekrar dinlenmesinin psikolojisini olumsuz yönde etkileme tehlikesini ortadan kaldırmak yer alır.

Yine, CMK'nın 236'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, muhakeme konusu suçun mağdurlarının da tanık olarak dinlenmesi mümkündür. Mağdurların tanık olarak dinlenilmelerinde de yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocukların veya mağdurların, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin tanık olarak birden fazla kez dinlenmeleri ancak maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerde söz konusu olabilir. Yine, anılan maddenin üçüncü fıkrası gereğince de mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmalıdır. Az önce yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere CMK'nın 53'üncü maddesi uyarınca tanığa dinlenmeden önce görevinin önemi anlatılmalıdır; bu kapsamda, tanığa gerçeği söylemesinin önemi ve gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı anlatılmalıdır. İşte, çocukların tanık olarak dinlenilmesinde de bu kişiler tanık olarak dinlenmeden önce, yapacağı tanıklığa konu olay hakkında bir ön görüşme yapması gerekir ve CMK'nın 53'üncü maddesi gereğince tanıklık görevinin önemine ilişkin hususların da bu uzman kişiler tarafından anlatılması doğru olacaktır<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Ali İhsan İpek, Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 112.

Burada yeri gelmişken CMK'nın "*Sorgu Sırasında Sanığın Mahkeme Salonundan Çıkarılabilmesi*" başlıklı 200'üncü maddesine de değinmeliyiz. CMK'nın 200'üncü maddesi özellikle mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesinde önemlidir. Mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesinde CMK'nın 200'üncü maddesine dayanılarak sanığın duruşma salonundan çıkartılmasında ve mağdur çocuk tanık olarak dinlendikten sonra sanık duruşmaya alınarak mağdur çocuğun tutanağa bağlanan beyanın okunması yerinde olacaktır. Böylece, mağdur çocuğun etki altında kalmaksızın beyanda bulunması sağlanmış olacağı gibi psikolojik yönden de olumsuz etkilenmesi engellenmiş olacaktır.

Tanık, tanıklık ettiği konulara ilişkin bildiklerini söylerken yani tanıklık ederken sözü kesilmez. Tanık beyanda bulunduğu sırada sözünün kesilmemesi, tanığın bildiklerini daha rahat açıklamasını sağlayacak, tanık açıklamalarını etki altında kalmadan yapabilecektir<sup>55</sup>. Ancak, burada tanığın sözünün kesilmemesinden, tanığın tanıklık yaparken kayıtsız şartsız sözünün kesilmemesi anlaşılmalıdır. Şayet tanık, tanıklık yaparken konuları karıştırıyor, tanıklık ettiği olayı karşılık ve ilgisiz bir şekilde anlatıyor ve bu nedenle de beyanlarının anlaşılması ve değerlendirilmesi zorlaşıyorsa, tanığı tanıklık edilen konunun sınırlarına çekmek, olayı anlaşılır kılmak ve değerlendirme yapabilmek için soru sorulabilir.

Nihayet, tanık dinlendikten yani tanıklık ettikten sonra da taraflara tanık beyanlarına karşı diyecekleri olup olmadığı sorulur. TCK'nın 59'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve tanığın bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltebilir. TCK'nın 59'uncu maddesinde tanığa soru sorulabileceği belirtilmiş olmasına rağmen kimlerin soru sorabileceği belirtilmemiştir. Bununla birlikte CMK'nın "*Dorudan soru Yönelme*" başlıklı 201'inci maddesinde Cumhuriyet savcısının, müdafi veya vekilin tanıklara doğrudan soru yöneltebilecekleri; sanık ve katılanın da mahkeme başkanı ya da hâkim aracılığıyla tanığa soru yöneltebileceği; heyet halinde görev

<sup>55</sup> Devrim Güngör, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 310 vd.

yapan mahkemelerde heyeti oluşturan hakimlerin de doğrudan soru yöneltebilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, 201'inci madde de belirtilen söz konusu kişiler tanığa soru sorabileceklerdir. 201'inci maddesindeki düzenleme ve bu düzenlemenin mahiyeti dikkate alındığında, tanığa soru yöneltebilecek kişilerin tahdidi olarak belirtilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Tanığa yöneltilen sorulara itiraz edildiğinde ya da itiraz edilmese bile CMK'nın 206'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereği sorulan soruyla elde edilecek beyanın karar etkisinin olup olmayacağını değerlendirerek sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine mahkeme başkanı ya da hâkim karar verir.

### **b) Naip hâkim veya istinabe suretiyle tanık beyanının alınması**

CMK'nın "*Tanık ve Bilirkişinin Naiple veya İstinabe Yoluyla Dinlenmeleri*" başlıklı 180'inci maddesine göre iki halde naip hâkim ya da istinabe suretiyle tanığın beyanının alınması mümkündür. Bu hallerden birincisi, tanığın hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan bir nedenle uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman duruşmada bulunmasının olanaklı bulunmayacağını anlaşılmasıdır. İkinci hal ise, tanığın konutunun yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesinin zor olmasıdır.<sup>56</sup>

CMK'nın 180'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, zorunluluk olmadıkça büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan tanıkların istinabe yoluyla dinlenmesine karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan tanığın istinabe suretiyle dinlenilmesinin zorunlu olup olmadığını takdir edecek olan yer istinabeye başvuracak olan yargı merciidir. İstinabeye başvuracak olan yer büyükşehir belediye sınırları içinde bulunan bir tanığın istinabe suretiyle dinlenip dinlenmemesine karar verirken tanığa, adrese, somut olaya göre her koşulu değerlendirerek zorunluluk halinin bulunup bulunmadığını takdir edecektir. İstinabe olunan yargı mercii, istinabeye başvuran yargı merciinin zorunluluk olup olmadığına dair takdir ve kararını değerlendiremez ve istinabe olunmuşsa bu kararı yerine getirmek zorundadır. Nitekim CMK'nın 180'inci maddesinin dördüncü fıkrasında da "*İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sı-*

<sup>56</sup> Malkoç/Yüksektepe, s. 293.

*nırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar” denilmiştir.*

Tanığın istinabe suretiyle beyanının alınması yoluna gidildiğinde tanığa CMK’nın 43’üncü maddesi gereğince yapılacak çağrının istinabe olunan yer tarafından yapılması gerekir. CMK’nın 44’üncü maddesi gereğince çağrıya uymayan tanıklara uygulanacak tedbir ve yaptırımlara da yine istinabe olunan yer tarafından karar verilir. Esasen, tanıklığa ilişkin her türlü kuralı; bu kapsamda, tanığın haklarının kullanılmasına, tanığın yükümlülüklerinin yerine getirilmesine, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tanığa uygulanacak yaptırımlara dair kuralları istinabe olunan yer uygulayacaktır.

İstinabe suretiyle tanığın dinlenmesine karar veren yargı makamı, tanığın hangi hususlarda bilgisine başvurulacağını, varsa Cumhuriyet savcısı, sanık, sanık müdafii, katılan, katılan vekili tarafından sorulması istenen soruları, tanık daha önce dinlenmiş ise bu dinlemelere ilişkin tutanakları ve ilgili diğer evrakları istinabe olunan yargı makamına yazacağı istinabe evrakında belirtmeli ve gerekirse ilgili istinabe yazısına eklemelidir.

Beyanı alınması gereken tanığın yurt dışında bulunması durumunda da istinabe mümkündür. Bu halde, uluslararası istinabe söz konusu olur. Uluslararası istinabe işlemleri ilgili devletle Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında imzalanmış ve yürürlükte bulunan ikili ya da çok taraflı sözleşmelere göre yapılır. Böyle bir sözleşmenin bulunmaması halinde ise, istinabe işlemleri uluslararası teamül hukuku kuralları ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde yürütülür.<sup>57</sup>

Her ne kadar tanığın naip hâkim ya da istinabe suretiyle dinlenebileceği öngörülmüş ise de esas olan tanığın doğrudan ilgili yargı makamı tarafından dinlenmesidir. Bu itibarla öncelikle tanığın bizzat dinlenmesi; CMK’nın 180’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen naip hâkim ya da istinabe suretiyle dinlenmesini mümkün kılan bir durumun varlığı halinde de sesli ve görüntülü bilişim sistemi olan

<sup>57</sup> Bkz. Hukuki Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar – Genelge 63/2, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, www.adalet.gov.tr, E.T. 12.06.2020.

SEGBİS aracılığıyla dinlenmesi yoluna gidilmeli; bunun da mümkün olmaması halinde tanık, naip hâkim ya da istinabe suretiyle dinlenmelidir. Yani, tanığın naip hâkim ya da istinabe suretiyle dinlenmesi son çare olmalıdır. Bu husus CMK'nın 180'inci maddesinin beşinci fıkrasında, "... tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır..." denilerek ifade edilmiştir.

### c) SEGBİS yoluyla tanık beyanının alınması

Ceza muhakemesinde kovuşturma aşamasında tanığın durulmada ve duruşmaya katılma hakkına sahip olanların huzurunda dinlenmesi gerekir.<sup>58</sup> Bununla birlikte bazı hallerde tanıkların SEGBİS yoluyla da dinlenilmesi mümkündür. SEGBİS suretiyle tanıkların beyanlarının alınması yasal dayanağını tanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak beyanlarının alınabileceğinin belirtildiği CMK'nın 180'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan kuraldan alır.

Tanık beyanının SEGBİS yoluyla alınabilmesi için CMK'nın 180'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiş olan tanığın istinabe suretiyle beyanının alınması için aranan şartların bulunması gerekir. Yine, CMK'nın 58'inci maddesinin üçüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tanığın duruşmada hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa da tanık SEGBİS yoluyla dinlenebilecektir. Ayrıca, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde tanığın korunmasına ilişkin tedbirler arasında duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenilmesi de belirtilmiş olup, aynı Kanununun 9'uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında da haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenilmesi sırasında CMK'nın 58'inci maddesinin üçüncü fıkrası

<sup>58</sup> Faruk Turhan, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 118.



hükmünün uygulanacağı ve CMK'nın 58'inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına da mahkemece karar verileceği hükme bağlanmıştır. Son olarak CMK'nın 139'uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye de değinecek olursak, bu fıkra hükmüne göre de gizli soruşturmacının kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinleneceği belirtilmiştir.

Tanığın beyanı SEGBİS yoluyla alındığı takdirde CMK'nın 219'uncu maddesi gereğince bu beyana dair kayıtların vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtabi tarafından imzalanması gerekir. Mahkeme başkanının mazereti bulunursa ise bu tutanağın üyelerin en kıdemlisi tarafından imzalanması gerekir.

Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik ile dinlenilmesine gerek görülen kişilerin SEGBİS kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Yönetmeliğin "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 3'üncü maddesinde SEGBİS kısaltmasının UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı maddede talep eden ve talep edilen makamların Cumhuriyet savcılığı, hâkim ve mahkeme olduğu belirtilmiştir. Bundan dolayı Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkeme dışındaki kimselerin yani müdafî veya vekillerin SEGBİS ile tanık dinlenilmesini talep etme yetkisinin olmadığı anlaşılıyorsa da özellikle istinabe ya da naip hâkim suretiyle dinlenilmesine karar verilen bir tanığın, esas mahkemesindeki duruşma ile eş zamanlı olarak istinabe olunan mahkemede SEGBİS yoluyla dinlenmesini talep etme hakları bulunduğu kabul edilmelidir.

Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin 13'üncü maddesine göre, soruşturma ve kovuşturma aşamasında talep eden makam tarafından kabul edilen mazeretleri nedeniyle hazır bulunmayan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir. SEGBİS ile dinlemeyi talep eden Cumhuriyet Savcısı, Hâkim ya da mahkeme dinleme

yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili kolluk birimine bildirir. Kolluk görevlisi dinlenecek kişiyi dinlemenin yapılacağı yerde hazır eder ve dinleme talep eden ayrıca belirtmediği sürece dinlenecek kişinin dinlenmesi talep edilen kişi olduğuna dair tutanak düzenler. Dinlenmesi istenen kişi dinleme talep eden makamın yargı çevresi dışında ise; talep eden makam dinlenecek kişiye ait adres, kimlik bilgileri varsa isnat olunan suç ya da olayı, dinleme için yapılması gereken hazırlıklar talep edilen makama bildirilir. Talep edilen makam dinlenecek kişinin dinleme odasında hazır edilmesini sağlar.

#### **d) Özel durumlarda tanık beyanının alınması**

##### *aa) Sağır veya dilsiz tanığın beyanının alınması*

Sağır veya dilsizlik, tanığın tanıklık yapmasına engel olabilecek bedensel bir engel olduğundan bu kimselerin tanık olarak beyanları alınırken bir kısım özel usuller uygulanır. Sağır veya dilsiz olan tanığın nasıl yemin edeceği CMK'nın 56'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, sağır veya dilsiz olan tanığın nasıl dinleneceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanunda sağır veya dilsiz olan tanığın nasıl dinleneceğine dair bir düzenleme bulunmama ile birlikte bu konuda CMK'nın 56'ncı maddesi kıyasen uygulanabilecektir. Buna göre, sağır veya dilsiz olan tanığın işaret dilinden anlayan tercüman aracılığıyla beyanı alınabilir.

##### *ab) Akıl hastası tanıkların beyanlarının alınması*

Ceza muhakememizde tanıklık ehliyeti konusunda bir sınırlandırma yoktur. Bu itibarla, zihinsel engelli biri de tanıklık yapabilir. Kişinin zihinsel engelli olması tanık olarak beyanlarının güvenilirliğinin ve doğruluğunun değerlendirilmesinde önemlidir.

Bilindiği üzere tanığın beyanlarının beş duyu organı aracılığıyla elde etmiş olduğu bilgilere dayalı olarak açıklanması gerekir. Bu nedenle tanık olmak için tanığın beş duyu organı ile algılayabilme yeteneği dışında bir yeti aranmaz. Kural olarak, herkes tanık olabilir. Bu kapsamda, akıl hastalarının da tanıklığına engel yoktur.

CMK'nın 43'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince akıl hastası olan bir kişinin tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmaması halinde, tanık olarak dinlenilmesine kanuni temsilcisinin rıza göstermesi gerekir. Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayıp anlayamayacağına ise bir uzman tarafından belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şayet, akıl hastasının kanuni temsilcisi söz konusu olan muhakemede şüpheli ya da sanık ise bu defa tanık olarak dinlenmesi için akli hastası kişinin kanuni temsilcisinin rızası gerekmez.

Aklıl hastasının tanık olarak dinlenmesi halinde, hastalığının derecesi ve niteliğine göre beyanlarına ne kadar güvenilebileceği konusunda hekim raporu alınabilir<sup>59</sup>. Ancak, bu husus da akıl hastası bir kişinin tanık olarak beyanının alınması ile değil, beyanının değerlendirilmesi ile ilgili bir husustur. Akıl hastalarının tanıklığında yemin etme, çekilme ve benzeri hususlarda düzenlemeler bulunmakla birlikte beyanının alınmasına dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Akıl hastalarının tanık olarak beyanları alınırken durum ve koşullara göre gerekirse bir uzmandan yardım alınmasına engel bulunmamaktadır. Hatta böyle bir uzmanın bulunmasında yarar vardır.

#### *ac) Çocuk tanıkların beyanlarının alınması*

TCK'nın 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre çocuk; henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişidir. Tanığın beyanlarının beş duyu organı aracılığıyla elde etmiş olduğu bilgilere dayalı olarak açıklanması gerektiğinden, tanığın beş duyu organı ile algılayabilme yeteneğine sahip olması dışında bir yeti aranmaz. Bu nedenle de kural olarak, herkes tanık olabilir. Bu kapsamda, çocukların da tanıklığına engel yoktur. Tanığın çocuk olması, tanıklık yapması açısından önemli olmayıp; tanık olarak beyanlarının güvenilirliğinin ve doğruluğunun değerlendirilmesinde önemlidir.

CMK'da çocukların tanık olarak dinlenilmelerine ilişkin olarak da tıpkı akıl hastalarının dinlenmesinde olduğu gibi düzenlemeler yer almaktadır. CMK'nın 43'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan bir çocuğun tanık olarak dinlenilmesine kanuni temsilcisinin rıza göstermesi

<sup>59</sup> Osman Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı e Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu; C. I, B. 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 649.

gerekir. Şayet, çocuğun kanuni temsilcisi söz konusu olan muhakemede şüpheli ya da sanık ise bu defa tanık olarak dinlenmesi için çocuğun kanuni temsilcisinin rızası gerekmez. Çocuğun tanıklıktan çekinmenin önemini anlayıp anlayamayacağını ise bir uzman tarafından belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

CMK'nın 52'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereği mağdur çocukların tanık olarak beyanları alınırken görüntü ve ses kaydı alınması zorunludur. Zira, mağdur çocukların beyanlarının anlaşılmasında sorunların olması halinde, bu çocukların tekrar dinlenmesi psikolojilerini olumsuz yönde etkileyebileceğinden bu kayıtlar sayesinde tekrar dinlemeye de gerek duyulmayabilir.

CMK'nın 236'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocukların veya mağdurların, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin tanık olarak birden fazla kez dinlenmeleri ancak maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerde söz konusu olabilir. Yine, anılan maddenin üçüncü fıkrası gereğince de mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmalıdır.

CMK'nın 53'üncü maddesi gereği tanığa dinlenmeden önce görevinin önemi anlatılmalıdır. İşte, çocukların tanık olarak dinlenilmesinde de tanıklık yaparken bulunması gereken uzman kişilerin çocuğun tanık olarak dinlenilmesinden önce, yapacağı tanıklığa konu olay hakkında çocukla bir ön görüşme yapması gerekir ve CMK'nın 53'üncü maddesi gereğince tanıklık görevinin önemine ilişkin hususların da bu uzman kişiler tarafından çocuğa anlatılması gerekir.

CMK'nın 200'üncü maddesi özellikle mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesinde önemlidir. Mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesinde CMK'nın 200'üncü maddesine dayanılarak sanığın duruşma salonundan çıkartılmasında ve mağdur çocuk tanık olarak dinlenildikten sonra sanık duruşmaya alınarak mağdur çocuğun tuta-nağa bağlanan beyanın okunması yerinde olacaktır. Böylece, mağdur çocuğun etki altında kalmaksızın beyanda bulunması sağlanmış olacaktır gibi psikolojik yönden de olumsuz etkilenmesi engellenmiş olacaktır.

*ad) Türkçe bilmeyen tanıkların beyanlarının alınması*

CMK'nın 58'inci maddesi gereğince tanığa ilk önce sorulacak hususlardan olan adı ve soyadı ile diğer kişisel bilgilerinden tanığın yabancı olduğu ya da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmasına rağmen yeterince Türkçe bilmediğinin anlaşılması halinde, tanık olarak beyanının alınmasına ihtiyaç duyulan bu kişinin hangi dili konuştuğu öğrenilmelidir.

Tanık olarak beyanının alınmasına ihtiyaç duyulan bu kişinin Türkçe olarak beyanını anlatması güç ise veya tanık bildiklerini Türkçe olarak iyi ifade edemeyecekse yahut hiç ifade edemeyecekse, söz konusu kişinin tanık olarak beyanı alınırken tercüman görevlendirilerek, beyanlarını kendisini daha iyi ifade edebileceği dilde anlatması istenmelidir. Bu husus, tanık beyanının değerlendirilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemlidir.

*ae) Cumhurbaşkanının tanık olarak beyanının alınması*

CMK'nın 43'üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Cumhurbaşkanı tanıklıktan çekinebilir. Buna rağmen Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinmeyerek tanıklık yapmak da isteyebilir. Cumhurbaşkanının tanıklıktan çekinmeyerek tanıklık yapmak istemesi halinde, beyanı konutunda alınabilir ya da Cumhurbaşkanı beyanını yazılı olarak gönderebilir.

CMK'nın 43'üncü maddesinin gerekçesinde; "... Maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanının tanıklığı ile ilgili çağırma ve ifade alma yönünden özel hükümlere yer verilmiştir: Cumhurbaşkanının tanık olarak çağrılmaması esas kuraldır; tanık sıfatıyla beyanı konutuna gidilerek alınacaktır. Cumhurbaşkanı isterse beyanını yazılı olarak da gönderebilir; ancak esas, beyanın hâkim tarafından tutanağa geçirilmesidir..." denilmiştir.<sup>60</sup> Cumhurbaşkanının tanıklığının söz konusu olduğu durumlarda, tanığın hazır bulunma yükümlülüğünün istisnası söz konusudur. Zira, Cumhurbaşkanı'nın tanık olarak dinlenilmesi halinde Cumhurbaşkanı'nın beyanda bulunması ve duruşmada hazır bulunması kendi takdirindedir. Bu nedenle de Cumhurbaşkanının tanık olarak çağrılmaması gerektiği, Cumhurbaşkanının tanıklık yapmak istemesi halinde konu-

<sup>60</sup> 5271 sayılı CMK'nın Madde Gereçekçeleri, www.tbmm.gov.tr, 12.09.2019.

tunda beyanın alınabileceği veya yazılı olarak beyanda bulunabileceği; her halde Cumhurbaşkanının bu beyanlarının hâkim tarafından tutanağa geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

CMK'nın 47'nci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince de devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili olarak Cumhurbaşkanının tanıklığının söz konusu olduğu durumlarda, sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu Cumhurbaşkanı kendisi takdir eder.

### 3. Soru Sorma

Tanığa ilk önce sorulacak hususlar CMK'nın 58'inci maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın 58'inci maddesinin birinci fıkrasına göre tanığa ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları sorulur. Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir. Tanığın adının, soyasının sorulması ile kim olduğu saptanarak, gelen şahsın tanık olarak tespit edilen kişi olup olmadığı belirlenir.

Tanık, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olsa bile kimliğine ilişkin sorulara cevap vermekle yükümlüdür.<sup>61</sup> Tanığın kimliği ile ilgili olarak kendisine sorulan sorulara cevap vermemesi halinde, hakkında CMK'nın 60'uncü maddesi gereğince disiplin hapsi uygulanır.

Tanığın yabancı bir kişi olduğunun tespit edilmesi halinde, tabiiyeti ile hangi dili konuştuğu da sorulmalıdır.<sup>62</sup> Tanığın Türkçe olarak beyanını anlatması güç ise veya tanık bildiklerini Türkçe olarak iyi ifade edemeyecekse, tercüman görevlendirilerek tanığın bildiklerini kendisini daha iyi ifade edebileceği dilde anlatması istenebilir. Bu husus, tanık beyanının değerlendirilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemlidir.

Tanığın kimliğinin ve iletişim bilgilerinin tespitine dair sorulardan sonra, tanığın tanıklığına ne kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi

<sup>61</sup> Metin Feyzioğlu, Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 1.

<sup>62</sup> Ali Parlar, Teori ve Uygulamada CMK El Kitabı. B. 2, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 114.

aydınlatacak durumlar ile özellikle olayın şüpheli, sanık ya da mağdur ile olan ilişkilerine dair sorular sorulur. Tanığın bu sayılan kişilerle olan ilişkileri, yakınlığı tanığın beyanlarına güven açısından mutlak surette belirleyici değildir. Tanığın belirtilen kişilerle yakınlığının ya da husumetli olması, beyanlarının muteber olmayacağı anlamına gelmez. Başka bir ifade ile bu husus tanık beyanının delil değerini doğrudan etkilemez. Bu husus, hâkimin beyanı değerlendirmesinde diğer durumlarla birlikte göz önünde bulundurabileceği bir husustur. Yargıtay da tanığın sanıkla ya da mağdur ile arkadaş olmasının ya da akrabalık bağı bulunmasının beyanının subjektif olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.<sup>63</sup> AİHM de salt akrabalık bağının tanıklığın kabul edilmemesi için yeterli olmadığını belirtmiştir.<sup>64</sup> Bununla birlikte Yargıtay, tanık ile sanık ya da mağdur arasında husumetin veya davanın varlığının, tanık beyanının tarafsızlığını etkileyebileceğini de belirtmiştir.<sup>65</sup> Ancak dikkat edilecek olursa, bu hususun tanığın beyanının tarafsız olduğu değil, olabileceği konusunda tanık beyanının değerlendirilmesi açısından önemli olduğu anlaşılmaktadır. Yoksa, söz konusu salt bu husumet ya da dava nedeniyle tanık beyanının tarafsız olmayacağı söylenemez.

CMK'nın 58'inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan hususların, yani tanın kimlik tespitine dair hususların tanığa sorulması mecburidir. Buna karşılık, söz konusu fıkrasının ikinci cümlesinde yazılı olan hususları tanığa sorup sormama konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, tanığın şüpheli, sanık ya da mağdur ile olan ilişkisi hakkında olan soruların sorulup sorulmayacağı hâkimin ya da Cumhuriyet savcısının takdirindedir.

CMK'nın 58'inci maddesine göre tanığa ilk önce sorulması gereken sorulardan sonra, CMK'nın 59'uncu maddesi gereği tanığın tanıklık yapacağı olaya dair beyanın alınmasına geçilir. Bu kapsamda, CMK'nın 59'uncu maddesinde, tanığa neler sorulacağı ve söyleneceği

<sup>63</sup> Yargıtay 4. CD'sinin 17.02.2016 tarih ve E. 2013/36021, K. 2016/2687 sayılı ilamı, UYAP portalı, E.T. 12/01/2019.

<sup>64</sup> AİHM'nin 13.07.2016 tarihli Popov/Rusya Kararı, Bkz. Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Yayınları, 2007, s. 137.

<sup>65</sup> Yargıtay 4.CD'sinin 25.03.2015 tarih ve E. 2013/11145, K. 2015/25167 sayılı ilamı, UYAP portalı, E.T. 12/01/2019.

belirtmiştir. CMK'nın 59'uncu maddesine göre tanığa dinlenmeden önce tanıklık yapacağı olayla ilgili bilgi verilir. Hazır bulunan sanık tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır. Anlaşılacağı üzere, sanık ile tanığın yüzleştirilmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, somut olayın özelliğine göre yüzleştirme yapılması gerekebilir. Yargıtay da olayın özelliğine göre yüzleştirme yapılması gerektiği durumlarda, bunun mümkün olmaması halinde, tanığa sanığın fotoğrafı gösterilerek fotoğraf üzerinden de teşhis yaptırılabilceğini ifade etmektedir.<sup>66</sup>

Tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir ve bu aşamadayken tanığın sözü kesilemeyeceğinden tanığa soru sorulamaz. Tanığa, tanıklık ettiği konulara ilişkin bildiklerini söyledikten sonra, tanığın söylediği konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa soru yöneltebilir.

Tanığa soru yöneltebilecek olanlar Cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı, hâkim, sanık ve müdafii ile katılan ve vekilidir. Tanığa yöneltecek sorular, duruşma düzen ve disiplini ile tanıklık edilen konu ile ilgili olması açısından sınırlandırılabilir<sup>67</sup>. Duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak mahkeme başkanının ya da hâkimin görevi olduğundan bu yöndeki sınırlandırmayı da belirtilen nedenlerle ancak mahkeme başkanı ya da hâkim yapabilecektir. Bu sınırlandırma, soru sormayla ilgili değil; sorulan soruların niteliği ile ilgilidir. Yoksa, mahkeme başkanı ya da hâkimin soru sorulmasını sınırlandırması söz konusu değildir. Sınırlandırılabilir olan soru sorulması değil, soruların içeriğidir.

Tanığa soru sorma aşamasına geçildiğinde Cumhuriyet savcısının, mahkeme başkanının, hâkimin, müdafii ile ve katılanın tanığa doğrudan soru yöneltme hakkı bulunmaktadır. Sanık ve katılanın da tanığa soru yöneltme hakları bulunmaktadır ancak bu kişiler doğrudan değil, mahkeme başkanı ya da hâkim aracılığıyla soru yöneltebilirler.

Tanığa doğrudan soru sorma ile ilgili olan CMK'nın "Doğrudan Soru Yönelme" başlıklı 201'inci maddesine göre sanık ve müdafii ile ka-

<sup>66</sup> Yargıtay 13. CD'sinin 03.11.2015 tarih ve E. 2014/25680, K. 2015/17003 sayılı ilamı, UYAP portalı, E.T. 12.03.2020

<sup>67</sup> Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Barış Yayınları, İzmir, 1999, s. 274.



tilan ve vekiline tanınan soru sorma hakkının kullanılabilmesi için tanığın dinleneceği duruşma gün ve saati ile yerin bu kişilere bildirilmesi gerekir. Bu aynı zamanda CMK'nın 181'inci maddesinde de bir zorunluluktur. Buna göre tanığın dinlenmesi için belirlenen gün Cumhuriyet savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafisine bildirilmelidir. Örneğin; duruşmanın sanık ve müdafinin hazır bulunduğu 01.03.2019 tarihinde yapılan oturumunda, oturumun bitiminde duruşmanın gelecek oturumunun 23.03.2019 tarihine bırakıldığı halde, 23.03.2019 tarihli oturumda tanığın hazır bulunduğu bahisle sanık ve müdafii haberdar edilmeksizin beyanının alınması CMK'nın 181'inci ve 201'inci maddelerine aykırı olacağı gibi savunma hakkını da kısıtlamış olacaktır.

Tutuklu olan sanık, ancak tutuklu bulunduğu yer mahkemesinde dinlenecek olan tanığın dinlenmesinde hazır bulunmayı isteyebilir. Bununla birlikte, sanık tutuklu olsa ve tanık tutuklu sanığın bulunduğu yer dışındaki bir mahkemede dinlenecek olsa bile hâkim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hallerde tutuklu sanığın da tanığın dinlenmesinde hazır bulunmasına karar verebilir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da tanığın dinlendiği duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olan kişilerin duruşma gün ve saatinden haberdar edilmemelerinin kanuna aykırı olduğu belirtilmiştir.<sup>68</sup>

CMK'nın 215'inci maddesine göre, tanık, tanıklık yapacağı olaya ilişkin olarak bildiklerini anlattıktan sonra, yani tanık beyanda bulunmasından sonra, taraflara bu beyana karşı diyeceklerinin olup olmadığı sorulmalıdır. CMK'nın 215'inci maddesinde tanığın dinlenmesinden sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığının katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulacağı hükme bağlanmıştır. Anlaşılacağı üzere, tanık, tanıklık ettiği konulara ilişkin olarak bildiklerini söyledikten yani beyanda bulduktan sonra, CMK'nın 59'uncu maddesine göre mahkeme başkanı veya hâkim tarafından tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve tanığın bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa soru yöneltilir. Bundan sonra ise, CMK'nın 215'inci madde-

<sup>68</sup> Yargıtay 4'üncü CD'sinin E. 2006/3203, K. 2007/10902 sayılı ilamı, UYAP portalı, E.T. 01.02.2020.

sine göre tanığın beyanlarına karşı taraflara diyecekleri sorulur. Tanık beyanda bulunduktan sonra, artık bir delil olarak bu tanık beyanı duruşmada ortaya konulmuş olup, tartışılması gerekir. İşte bu nedenle de CMK'nın "Delillerin Tartışılması" başlıklı 216'ncı maddesi gereğince ortaya konulan bu delille yani tanık beyanı ilgili olarak tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilir.

Tanığa yöneltilecek sorularla tanık beyanının doğruluğu, güvenilirliği, tanığın olaya ilişkin bilgisinin kaynağı ortaya konularak tanık beyanın tartışılması ve değerlendirilmesine katkı sağlanmış olacaktır. Ayrıca, bu sorular sayesinde maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da yardımcı olunacaktır. Bu itibarla, tanığa yöneltilecek soruların da bu amaca hizmet etmesi gerekir. Tanığı baskı altına alan, tanığı belli bir şekilde açıklama yapmaya yöneltici soru sorulmamalıdır. Bunun için sorulan sorunun ne olduğu kadar nasıl sorulduğu da önemlidir. Tanığa soru yöneltecek olan kişinin soruyu sorarkenki beden dili, tonlaması ve vurguları, mimikleri tanığı etkileyebileceğinden, soru soran kişinin bu hususları tanığı baskı altına almak, tanığı belli bir şekilde açıklama yapmaya yöneltmek için kullanmasına müsaade edilmemelidir.<sup>69</sup>

Hâkim ya da mahkeme başkanı, tanığa soru yöneltme aşamasından itibaren tanık için rahat bir ortamın oluşmasını sağlamalı, tanığa karşı saldırgan bir tutumda bulunmasına müsaade etmemeli; hâkim ya da mahkeme başkanı kendisi de dahil olmak üzere tanığa sorulacak soruların nazik ve yumuşak bir şekilde ifade ediliyor olmasına özen göstermelidir. Çünkü tanığa soru yöneltilmesinin amacı tanık beyanının doğrulunu denetleyerek tanığın maddi gerçeğe dair bildiklerinin ortaya konulup tartışılmasını sağlamak ve böylece de tanık beyanın delil olarak değerlendirilmesine katkı sağlamaktır.

<sup>69</sup> İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esaslar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s.208; Mesut Ertanhan, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.252; Haluk Çolak, *Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Soru*, Ankara, 2007, Bilge Yayınevi, s. 41; Köse, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi", s. 194.

### III. Tanık Beyanının Tartışılması

#### A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde delillerin tartışılmasından, delillerin sorgulanması anlaşılmalıdır. Muhakemenin taraflarının tanığın beyanlarını sorgulama ve sorgulatma hakkı vardır. Bu hak, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Tanık beyanının doğru olup olmadığını anlamaya yönelik olan, tanığın beyanın kaynağı ile ilgili olarak yöneltilen soruların tümü delillerin tartışılması ile ilgilidir. Bu itibarla, CMK'nın "*Dinleme ve Okumadan Sonra Diyeceğinin Sorulması*" başlıklı 215'inci maddesi delillerin tartışılması konusunun kapsamı içindedir.<sup>70</sup> CMK'nın 215'inci ve 216'ncı maddeleri delillerin tartışılmasına dair genel nitelikteki hükümlerdir.<sup>71</sup> Deliller ortaya konulduktan sonra delillerin tartışılmasına geçilir.

Ceza muhakemesinde ortaya konulan delillerin tartışıldıktan sonra takdir edilerek hüküm verilecek olduğundan, ceza muhakemesinde deliller ortaya konulduktan sonra delillerin tartışılması ile muhakeme soncunda verilecek olan hükmün dayanabileceği deliler taraflarca son kez tartışılır.<sup>72</sup> Delillerin tartışılması, tüme varım yöntemi ile gerçekleşir. Bu kapsamda, önce tek tek sonra da bir bütün olarak ortaya konulmuş olan deliller tartışılır.

Ceza muhakemesinde delil olarak ortaya konulan tanık beyanının tartışılmasında CMK'nın 215'inci maddesi gereğince, tanığın dinlenmesinden sonra bunlara karşı diyecekleri olup olmadığının katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulması suretiyle gerçekleştirilir. Bu kapsamda tanığa sorular yöneltilir, varsa çelişkilerin giderilmesi sağlanır ve yine gerek duyulursa CMK'nın 52'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince yüzleştirme yapılabilir.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Fatih Birtek, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, B. 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 523.

<sup>71</sup> Birtek, s. 523.

<sup>72</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690 vd.

<sup>73</sup> Köse, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi", s. 193.

## B. Delillerin Tartışılmasında Soru Yönelme

Tanıkların muhakeme konusu maddi olaya ilişkin bildiklerini rahat ve doğru bir şekilde ifade edebilmeleri için sözünün kesilmemesi gerekir. Bu itibarla da tanık beyanda bulunup beyanı bittikten sonra tanığa soru yöneltebilir.

Tanık tanıklık ettiği olaya dair bildiklerini anlattıktan sonra, delillerin tartışılması, tanığa CMK'nın 59'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince tanıklık ettiği konunun aydınlatılması, tamamlanması ve bilgilerinin dayanağı olan durumların gereğince değerlendirilebilmesi için soru yöneltebilecektir. Bu amaçla mahkeme başkanı ya da hâkimin dışındaki kişilerin de tanığa soru yöneltilmesinde CMK'nın 216'ncı maddesinde belirtilen sıraya göre mahkeme başkanı ya da hâkim soru yöneltilmesini sağlamalıdır. Bu sıraya göre söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilir. Bu sözün verilir verilmemesi hususu mahkeme başkanı ya da hâkimin takdirinde değildir. Tanık beyanına karşı beyanlarını ve varsa sorularını yönelmeleri için belirtilen kişilere soru yönelme hakkının tanınması adil yargılamanın ve çelişme ilkelelerinin bir gereğidir.

Delillerin tartışılmasında tanığa vermiş olduğu beyanlarla ve maddi olayla ilgili soru yöneltilmek suretiyle tanık beyanının güvenilirliği denetlenmiş olmakla birlikte, maddi gerçeğin aydınlığa kavuşması da sağlanmaya çalışılır.<sup>74</sup>

Mahkeme başkanı ya da hâkim, soru yönelmelerinde, yöneltilcek sorularla duruşma düzen ve disiplininin bozulmasını engelleyici tedbirleri almalı ve gerekirse soru yönelmeden önce tarafları bu hususta uyarmalı, yöneltilen sorunun da muhakeme konusu olayla ilgisiz olması ya da duruşma düzen ve disiplininin bozacak nitelikte olması halinde bu soruya ve soruyu soran tarafa müdahale etmelidir.

Mahkeme başkanı ya da hâkimin dışında tanığa doğrudan soru yönelme hakkına sahip olanlar CMK'nın 201'inci maddesinin birinci fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukattır. Aynı fıkra hükmüne göre, sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile tanığa soru yöneltebilecektir.

<sup>74</sup> Erkan Canak, Çapraz Soru, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 13,

### C. Hatırlatma ve Çelişki Giderme ile Önceki Beyanların Okunması

Ceza muhakemesinde soruşturma aşamasından sonra gelen kovuşturma aşamasında, soruşturma aşamasında toplanan delillerin tümü hâkime sunulmuş olur. Böylece hâkim, kovuşturmanın başlangıcında davaya konu olan olay ve olayın delilleri hakkında büyük ölçüde bilgi sahibi olabilecektir. Ancak, kovuşturmanın başlangıcında edindiği bu bilgi hâkimi muhakeme sonucuna ilişkin bir kanaate ulaştırmaz. Zira, ceza muhakemesinde hâkim ancak delillerin tartışılıp değerlendirilmesinden sonra duruşmanın bitiminde bir kanaate ulaşabilir.<sup>75</sup>

Ceza muhakemesinde doğrudanlık ilkesi ile kovuşturma evresinde geçerli olan sözlülük ilkesi gereği hâkimin soruşturma kapsamında dosyada beyanları bulunan ve soruşturma kapsamında düzenlenen dosya içeriğinden muhakeme konusu olaya tanık olduğuna kanaat getirdiği kişileri mümkün olduğunca duruşmada dinlemesi gerekir. Soruşturma aşamasında beyanı alınmış olan birin kovuşturma aşamasında tanık sıfatıyla beyanı alınırken, bu kişinin soruşturma aşamasındaki beyanının tekrar okunmaması gerekir. Delil niteliğinde olan bir beyanın, tanık beyanının duruşmada sözlü olarak alınması kuraldır. Tanık beyanının alınması sırasında soruşturma aşamasındaki beyanının okunması durumunda, tanığın beyanının güvenilirliğini değerlendirmek yönünden olumsuz bir durum ortaya çıkabileceği gibi tanığın “önceki beyanlarım doğrudur, tekrar ederim” şeklinde bir beyanda bulunmasına da sebebiyet verilmiş olacaktır ki bu durumda, delil olarak kullanılacak tanık beyanı duruşmada sözlü olarak ifade edilmiş olmayacaktır.<sup>76</sup>

Duruşmada tanık olarak beyanı alınan kişinin daha önceki beyanları, beyanını alınması sırasında önceden okunamaz. Yoksa, beyanı alındıktan sonra okunmasında bir engel yoktur. Hatta bazı hususların tamamlanabilmesi, olayın aydınlatılabilmesi ve çelişkili beyan varsa bunun giderilebilmesi ve özellikle de tanık beyanının güvenilirliğinin

<sup>75</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 29.

<sup>76</sup> Metin Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 359.

denetlenebilmesi için tanığın önceki beyanlarının okunması gerekir.<sup>77</sup> Kaldı ki, CMK'nın "Delilleri Takdir Yetkisi" başlıklı 217'nci maddesinde "hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir" denilmek suretiyle tanığın önceki beyanlarının da okunmasını ve beyanlarının tartışılmasını öngörmüştür. Öte yandan, CMK'nın "Tanığın Önceki İfadesinin Okunması" başlıklı 212'nci maddesine göre de duruşmada tanığın olayı hatırlamadığını beyan etmesi halinde, önceki ifadesine ait tutanaklar duruşmada okunarak hatırlamasına yardımcı olunmalıdır.<sup>78</sup> Ancak, bunun tam olarak yapılan bir okuma şeklinde olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Tanığın hatırlamasına yardımcı olacak şekilde ilgili kısımların okunması ile yetinilmelidir. Aksi halde, tanığın beyanlarının güvenilirliğinin denetlenmesi, maddi gerçeğin ortaya konulması zorlaşır. CMK'nın 212'nci maddesinin ikinci fıkrasında da tanığın önceki açıklamaları ile çelişkiye düşmesi durumunda önceki ifadesinin okunarak çelişkinin giderilmeye çalışılacağı belirtilmiştir. Tanığın duruşmadaki beyanı ile önceki beyanı arasında uyumsuzluk veya çelişki varsa, önceki ifade okunarak bu çelişkinin nedeni sorulmalıdır.

#### D. Yüzleştirme

Ceza muhakemesinde aynı maddi olaya ilişkin olarak dinlenen tanıkların beyanlarının birbiriyle çelişmesi durumunda, bu çelişkinin giderilmesi için tanıkların birbirleriyle veya şüpheli ya da sanıkla yüzleştirmesi yapılabilir.<sup>79</sup> Yüzleştirme ile de tanık beyanının doğruluğu denetlenmiş olacağı gibi maddi gerçeğe ulaşmak amaçlanır. Ayrıca, birbiri ile çelişen tanık beyanlarının varlığı halinde yüzleştirme ile hangi tanık beyanına diğerine göre neden üstünlük tanınacağı da tespit edilebilecektir. Esasen, bunlar delillerin tartışılmasının bir bütün olarak amacıdır.

Yüzleştirme de ceza muhakemesinde kural olarak, kovuşturma aşamasında delillerin tartışılmasında söz konusu olabilir. Kovuşturma aşamasından önce, yani soruşturma aşamasında yapılacak bir yüzleş-

<sup>77</sup> Şahin, s. 243.

<sup>78</sup> CMK'nın 210'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince tanıklıktan çekinebilecek olan kişinin, duruşmada tanıklıktan çekinmesi halinde önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz.

<sup>79</sup> Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s. 332.

tirme, tanıkların hüküm verecek olan mahkeme huzurunda beyanda bulunmadan önce etki altına alınmasına, beyanlarının yönlendirilmesine neden olabileceğinden, kural olarak, soruşturma aşamasında tanıkların yüzleştirilmesi söz konusu olmaz. Ancak, soruşturma evresinde de iki halde tanıkların birbirleriyle ve şüpheli ile yüzleştirilmesi mümkündür. Bu hallerden birincisi, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı; ikincisi ise, kimliğin belirlenmesine ilişkindir.

#### IV. Tanık Beyanının Değerlendirilmesi

##### A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde vicdani ispat sistemi geçerlidir.<sup>80</sup> Vicdani ispat sisteminde kural olarak maddi gerçeğin tespiti için vicdani kanaate serbestlik tanınmaktadır. Buna göre, bir olay ya da durum kural olarak hukuka uygun olmak kaydıyla her türlü delille ispatlanabilir ve söz konusu delilin muteber olup olmadığının takdiri de belirli bir kurala bağlı değildir.<sup>81</sup> Ancak, belirtmeliyiz ki, delillerin takdirinde serbestlik demek, takdir hakkının ve yetkisinin keyfi kullanılabilmesi anlamına gelmez. Takdir hakkı ve yetkisi akıl ve mantık kuralları ile çelişmeyecek şekilde kullanılmalıdır.<sup>82</sup> Hâkim, delileri akıl yürüterek vicdanına göre değerlendirir.

Delillerin değerlendirilmesinde takdir hakkının nasıl kullanıldığının, yani, hangi delile neden üstünlük tanındığının ya da tanınmadığının hâkim tarafından gerekçeli kararda belirtilmesi gerekir ki bu durum da takdir hakkının keyfi kullanılmasını engelleyen bir güvencedir.<sup>83</sup> Aslında, vicdani ispat sisteminde delillerin takdirinde keyif davranılmamasını önleyen güvencelerin arasında en etkili ve önemli olanı, delillerin tümünün duruşmada ortaya konularak tartışılmasının mecburi olarak öngörülmüş olmasıdır.

<sup>80</sup> Yurtcan, s. 350.

<sup>81</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, s. 291; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 483; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 2, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 198-199.

<sup>82</sup> Centel/Zafer, s. 776-777; Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, B. 5, AÜHF Yayınları, Ankara, 1978, s. 375.

<sup>83</sup> Karakehya, s. 199; Metin Köse, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 50.

Özetle; ceza muhakemesinde hâkim delilleri akıl yürüterek vicdani kanaatine göre değerlendirir. Bunun içinse tanık beyanının delil olarak değerlendirilmesinde iki hususun değerlendirilmesi önem arz eder. Birincisi, tanık beyanının güvenilirliği yani tanıklık edilen konuyla ilgili gerçeğe uygun olup olmadığı değerlendirilir. İkincisi ise, tanık beyanının tarafsız olup olmadığı yani tanıklık edilen konuyu temsil edip etmediği değerlendirilir.<sup>84</sup> Yapılan tüm bu değerlendirmelerden sonra tanık beyanları ile birlikte muhakemeye yansıyan tüm deliller bir bütün olarak değerlendirilerek hüküm verilecektir.<sup>85</sup>

## B. Bilgi kaynağının güvenilirliği açısından

Hâkim, tanığın beyanının güvenilirliğini takdir ederken hayat tecrübelerini de göz önünde bulundurarak beyanın gerçeğe uygun olup olmadığına kanaat getirip, buna göre hüküm verir.<sup>86</sup> Hâkim delilleri değerlendirip bir kanaate varırken, delilin akla, mantığa, bilimsel verilerek, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere ters düşüp düşmediğini tespit eder. Bu kapsamda, tanık beyanının değerlendirilmesinde de aynı hususlara dikkat edilmesi gerekir. Nitekim, Yargıtay bir kararında;<sup>87</sup> “... delilin, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, tanık beyanlarının samimi bulunmadığı gibi yakınma mahiyetinde değerlendirildiği şeklindeki hukuka uygun olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi hukuka aykırıdır” demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.

<sup>84</sup> Köse, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, s. 196.

<sup>85</sup> Metin Feyzioglu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 141; Barış Erman, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2010, s. 699

<sup>86</sup> İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matabbası, İstanbul, 1975, s. 647.

<sup>87</sup> Yargıtay 4. CD’sinin 07.05.2013 tarih ve E. 2011/23710, K. 2013/13658 sayılı ilamı, Uyap Portalı, E.T. 12.07.2019.



Hâkim tanık beyanını değerlendirirken birçok hususu göz önünde bulundurmalı ona göre bir değerlendirme yapıp kanaate varmalıdır. Şüphesiz bunun için hâkim öncelikle tanığın kişiliğini, kişisel özelliklerini gözlemlemelidir. Örneğin görme engelli birinin bir hususu gördüğünü söylemesi durumunda tanık beyanının güvenilirliği olmayacaktır. Hâkim, tanık beyanının gerçeğe uygun olup olmadığını yanı güvenilir olup olmadığını denetlerken tanığın kişisel özellikleri kapsamında tanığın beyanını aktarırkenki üslup ve tarzıdır. Bazen tanığın olayı anlatırken kişisel durumundan dolayı kelimeleri doğru ve yerinde kullanamamasından kaynaklanan üslup ve anlatım sorunları ile karşılaşılabilir. Başka bir ifadeyle, tanık, bildiklerini anlatırken akıcı olarak anlatamayabilir, yeterli olabilecek kadar öyküleyebilme yeteneğine sahip olmayabilir. İşte böyle bir durum, tanığın beyanlarının yanlış ya da eksik algılanmasına veya yorumlanmasına neden olabilecektir. Bu da hâkimi tanığın beyanlarının gerçek olmadığı veya güvenilir olmayabileceği düşüncesine yöneltebilir. Bunun tam aksi de mümkündür. Yani, tanık çok etkileyici bir üsluba ve anlatıma sahip olabilir. Böyle bir durum da tanığın beyanlarının gerçek olduğu ve beyanlarına güvenilebileceği düşüncesine yöneltebilir.<sup>88</sup> Hâkim, tanığın kişisel özellikleri ile birlikte tanığın tanıklık ettiği somut olayın tüm koşullarını da göz önünde bulundurmalıdır.

Hâkim, tanık beyanını değerlendirirken geçmişte yaşanmış ve üzerinden zaman geçmiş olan bir olayla ilgili bilgi aldığını unutmadan, tanık beyanının da tanıklık edilen olaya ilişkin bazı hususların yanlış ya da eksik hatırlanmış olabileceğini ya da hatırlanmamış olabileceğini göz önünde bulundurmalıdır.<sup>89</sup> Tanığın bir olayı yanlış veya eksik söylemiş olması ya da hiç söylememiş olması başlı başına o tanığın beyanını güvenilmez kılmayacaktır.

Hâkim tanık beyanının gerçeğe uygun olup olmadığını, güvenilir olup olmadığı yönünde bir kanaate ulaşmak için tanığın beyanlarının öncelikle kendi içinde tutarlı olup olmadığını, sonrasında da diğer delillerle tutarlı olup olmadığını irdelemelidir.<sup>90</sup> Hâkimin tanık beyanının

<sup>88</sup> Ertanhan, s. 354 vd.

<sup>89</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 514.

<sup>90</sup> Mustafa Tören Yücel, "Ceza Adaletinde Tanık Üzerine", *TBB Dergisi*, S. 2, 1994, s. 104 vd.

da çelişkili bulunduğu hususlar varsa bu hususları gidermeye çalışması gerekir. Tüm bunlar yapıldıktan sonra da tanık beyanının diğer delillerle birbirini tamamladığı, hayatın olağan akışına, akla ve mantığa uygun olduğu anlaşıldığı takdirde tanık beyanının güvenilir olduğuna kanaat getirilebilir.

### **C. Tarafsızlık Açısından**

Esasen tarafsızlık açısından tanık beyanının değerlendirilmesi de tanık beyanının gerçekliği ve güvenilirliği ile ilgilidir. Ancak, kişi içinde bulunduğu durum ve koşullara göre de farkına varmadan tarafgir bir tutum gösterebilir, yani tarafsız davranmayabilir. Tanıkların tarafsız davranmamalarının altında birçok neden yatabilir. Örneğin; tanık, kendisine ya da yakınlarına bir menfaat sağlamak istiyor olabilir, kendisi veya yakınlarının zarar görebileceğinden endişe ediyor olabilir. Yine, tanık taraflardan biriyle meslektaş, komşu, hısım, arkadaşı, duygusal yakınlık, husumet içinde olduğu için veya benzeri nedenlerle de tarafsız davranamayabilir.

Tarafgir bir tutum içinde olan kişinin beyanları da gerçeği olduğu gibi objektif bir şekilde anlatan bir nitelikte olmaz. Tanık beyanının tarafsız bir şekilde açıklanması gerekir. Tanık, tanıklık edeceği olaya dair bildiklerini ve algıladıklarını olduğu gibi aktarmalıdır. Tanığın tarafsız olmaması durumunda, tanık bu beyanlarını, olayı doğru algılamış olmasına rağmen bazı hususları gizleyerek, değiştirerek ya da yalan olarak anlatabilir.

### **D. Gizli Tanıklık ve Diğer Koruma Tedbirlerinin Uygulandığı Hallerde Delillerin Değerlendirilmesi**

Adil yargılanma hakkı, kişilerin özellikle ceza yargılamalarında en önemli haklarından biridir. Adil yargılanma hakkı, içinde birçok hakkı beraber bulandıran kolektif bir hak niteliği taşır. Evrensel insan hakları ve ceza hukuku prensiplerine göre suça konu bir olayla ilgili maddi gerçeklerin ortaya çıkarılmasını temin etmek için ne olursa olsun ortaya çıkarılması değil, bu gerçeklerin hakkaniyetli ve adil bir yargılama yapılarak ortaya çıkarılması gerekir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında içinde yer alan savunma hakkı kapsamında sanığın asgari bazı hakları vardır. Bu haklardan birisi de sanığın aleyhinde ifade veren tanıkları sorgulamak veya sorgulatmak, lehine ifade veren tanıkları da aleyhe ifade veren tanıklarıyla aynı koşullarda çağrılarak dinlenilmesi hakkıdır.

Adil bir yargılanmadan bahsedilebilmesi için kural olarak tanık beyanlarının aleni duruşmada iddia ve savunma tarafının önünde alınması ve tartışılması gerekir. Özellikle örgütlü suçlara ilişkin muhakemelerde bu suçlara tanıklık eden kişilerin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşmesi nedeniyle korunmalarına ilişkin olarak adli önlemlerin geliştirilerek tanık koruma programlarının oluşturulmasını gerektirir. Hukukumuzda gizli tanıklık kavramı kapsamındaki tedbirlere ilişkin olarak CMK ile bu hususta özel bir kanun niteliğinde olan Tanık Koruma Kanunu'nda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Muhakeme makamları, sanığın adil bir şekilde yargılanması ile tehlike altındaki tanığın haklarının korunması noktasında adil bir denge gözetmekle yükümlüdür. Bu dengenin korunmaması durumunda sanığın adil bir şekilde yargılandığı söylenemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde, suçlanan bir kişinin aleyhine olan tanıkları sorgulamak veya sorgulatmak, lehine olan tanıkların da aleyhe olan tanıklarla aynı koşullarda çağrılmasını ve beyanlarının alınmasının sağlanması hakkı garanti altına alınmıştır. Kural olarak, tanık beyanlarının açık duruşmada ve sanık huzurunda ortaya konulması ve değerlendirilmesi gerekir. Gizli tanık uygulaması bir istisnadır ve bazı ölçütlerin uygulanması halinde salt gizli tanık kendiliğinden adil yargılanmanın bir ihlalini oluşturmayacaktır.

Tüm bu hususlara riayet edilerek alınan gizli tanık beyanı hukuka uygun olacaktır ancak gizli tanık beyanının diğer delillerle desteklenmesi gerekir. Tanık Koruma Kanununun 9'uncu maddesinin sekizinci fıkrası gereğince, gizli tanık beyanları tek başına hükme esas alınamaz. Bu itibarla, söz konusu gizli tanık beyanının diğer delillerle desteklenmesi gerekir. Öte yandan, diğer delillerle de desteklenen gizli tanık beyanının, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda oluşan vicdani kanaati de kuvvetlendirmesi gerekir. Kısaca, gizli tanık beyanının tek başına delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

## E. Değerlendirme Yasakları

Kural olarak, maddi gerçeği ortaya çıkarıyor olsa dahi hukuka aykırı olan delilin değerlendirilmemesi gerekir. Benimsen bu kural sayesinde soruşturmaların kualsız ve keyfi biçimde yürütülmesi engellenmiş olmakla birlikte temel hak ve özgürlükler de koruma altına alınmaktadır.<sup>91</sup> Yine, bu kapsamda özel hayatın gizliliğine ve savunma hakkına saygı korunmaktadır.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilmemesi gerektiğine dair öğretilerde ileri sürülen farklı görüşler bulunmaktadır. Yapmış olduğumuz açıklamalarda konunun niteliği ve önemi itibarıyla bu görüşler ve uygulama hakkında kısaca bilgi vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

### 1. Mutlak Değerlendirme Yasağı

Mutlak değerlendirme yasağı gereğince hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinin hiçbir evresinde hiçbir şekilde kullanılmaması ve değerlendirilmemesi gerekir. Buna göre, delil ve bu kapsamda tanık beyanı kurallara aykırı olarak elde edildiği takdirde, bu mutlak bir hukuka aykırılık olarak kabul edilerek maddi gerçeğin aydınlanması açısından ne denli önemli olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın değerlendirilmelidir.<sup>92</sup>

Mutlak değerlendirme yasağının temelinde, hukuka aykırılığın azının ya da çoğunun olmadığı düşüncesi yatar. Sonuç olarak ortada bir hukuka aykırılık varsa, buna kıymet verilmemelidir. Delilinin ve bu kapsamda tanık beyanının elde edilmesinde hukuka aykırılık olması halinde, bu da bir hukuka aykırılıktır ve ne pahasına olursa olsun bu hukuka aykırılığa rağmen söz konusu delile kıymet verilmemelidir.<sup>93</sup> Nitekim, Anayasa'nın 38. maddesinde "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez*" denilmektedir. CMK'nın 217'nci

<sup>91</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1412; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 250.

<sup>92</sup> Erdener Yurtcan, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 520.

<sup>93</sup> Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 2, İstanbul, Aralık 2006, s. 224.

maddesinin ikinci fıkrasında da “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” denilmek suretiyle hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirilmemesi gerektiği kabul edilmiştir. Kanaatimizce de hukuka aykırı delillerin hiçbir ayırım yapılmaksızın değerlendirilmemesi gerekir. Ancak, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda hukuk aykırı delilden de söz edilemeyeceğini gözden uzak tutmamalıyız. Delilin elde edilmesine dair hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının kabulü de, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesi gerektiğine dair kuralın esnetilmesi anlamına gelmemektedir.

## 2. Nispi Değerlendirme Yasağı

Nispi değerlendirme yasağı ile delilin, bu kapsamda tanık beyanının elde edilmesinde ihlal edilen hak ile delilinin hukuka aykırı kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek hak arasında orantılı bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilir.<sup>94</sup> Buna göre, somut olayda delilin elde edilmesinde sanığın ihlal edilen hakkının, devletin suçları cezalandırmasına dair hakkından ya da daha doğru bir ifadeyle çıkarından daha üstün olması halinde hukuka aykırı delil kullanılamamalı ve değerlendirilmemelidir; hukuka aykırı delilin elde edilmesinde sanığın ihlal edilen hakkı çok önemli olmayıp, devletin suçları cezalandırmasına dair çıkarından daha üstün değil ise hukuka aykırı delil kullanılıp değerlendirilebilmelidir.<sup>95</sup>

Ülkemizde Anayasa kuralı ve ilgili mevzuat gereğince hukuka aykırı olan delillerin ve bu kapsamda tanık beyanının istinasız olarak, mutlak bir şekilde kullanılmaması ve değerlendirilmemesi gerekir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın nispi değerlendirme yasağını benimsediğini söyleyebileceğimiz bazı kararları da bulunmaktadır. Örneğin; CMK’nın 52’nci maddesi gereğince tanıkların ayrı ayrı dinlenilmeleri gerekir iken yargılamayı yapan mahkemenin buna uymaksızın tanıkları dinlemiş olması halinde, her ne kadar tanık beyanlarının alınmasında hukuka aykırılık olsa da söz konusu durum sonuca etkili bulunmadığı takdirde tanık beyanlarının delil olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 8, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 690.

<sup>95</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 1473.

<sup>96</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.6.2007 tarih ve E. 2007/7-147, K. 2007/159 sayılı ilamı; Yargıtay 5. CD’sinin 12.12.1992 tarih ve E. 1992/174, K. 1992/465 sayılı ilamı.

## SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı, 'adil yargılanma' ilkeleri çerçevesinde masumiyet karinesine dayalı olarak ve hukuka uygun elde edilen delillerle maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasıdır. Geçmişte gerçekleşmiş olan bir olayın ne zaman, nasıl, nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiğini ortaya koyarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan ispat araçlarının en önemlilerinden birisi tanık beyanıdır. Tanık beyanı, tanığın uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kendisini dinlemeye kanunen yetkili kişi veya makam huzurunda verdiği bilgilere denir.

Tanık beyanının kaynağı insan olduğundan ve dolayısıyla da insanın aldanabileceği, aldatılabileceği, tanık olduğu bir hususu yanlış, eksik veya yetersiz anlayabileceği göz önünden bulundurulduğunda, ispat gücü ve delil değeri tartışmalıdır. Bununla birlikte ceza muhakemesi açısından en önemli ve vazgeçilmez bir delil olduğu da bir gerçektir.

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmeleri, hal ve hareketlerinin hakimler tarafından gözlemlenebilmesi, sanık ve avukatlarının tanıklara soru sorma imkânına sahip olmaları gerekir. Bu itibarla, kural, aleni yargılamadır. Ancak, gizli tanık kullanılacak ise mahkeme huzurunda dinlenmeli ve hâkim gizli tanığın kimliğini bilmelidir. Gizli tanık beyanlarına karşı, savunma tarafına elverişli fırsatlar verilerek güvenlik ve gizlilik arasındaki zorluklar dengelenmelidir.

Ceza muhakemesinde geçerli olan vicdani ispat sistemi gereğince hâkim kararını ancak duruşmada ortaya konulmuş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Tanık beyanının da kural olarak duruşmada ortaya konulması ve tartışılması gerekir. Bu adil yargılanma ve bunun bir gereği olan çelişmeli yargılama ilkesinin bir gereğidir. Bu kapsamda hâkim, savcı, müdafii veya katılan vekili olan avukat tanığa duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru sorabilir. Sanık ve katılanın da hâkim aracılığıyla soru yöneltme hakkı vardır.

Hâkim, tanığa doğrudan soru sorma ya da yöneltme hakkına sahip olan kimselere tanık beyanlarına karşı diyebileceklerinin olup olmadığını sorar ve gerektiğinde tanıkların beyanlarının birbiriyle çelişkili

olması durumunda çelişkinin giderilmesi için yüzleştirme yapar. Tanık beyanı tüme varım yöntemi ile değerlendirilir. Bu kapsamda gerçeğe uygunluk açısından önce tanık beyanı tek başına sonra da diğer tüm delillerle birlikte değerlendirilmelidir. Bu şekilde yapmış olduğu değerlendirmeler sonucunda, hâkim gerçeğe uygun olduğuna kanaat getirdiği tanık beyanını delil olarak kabul edecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aydın Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, B. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Birtek Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, B. 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Canak Erkan, Çapraz Sorgu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/McBride Jeremy/Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Yayınları, 2007.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 8, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Çolak Haluk, Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.
- Develioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, B. 20, Aydın Kitabevi, Ankara, 2003.
- Erem Faruk, Adalet Psikolojisi, B. 7, AÜHF Yayınları-Sevinç matbaası, Ankara, 1977.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, B. 5, AÜHF Yayınları, Ankara, 1978.
- Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Feyzioğlu Metin, Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- İpek Ali İhsan, Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Karafakih İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esaslar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 2, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

- Köse Metin, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 16, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Malkoç İsmail/Yüksektepe Mert Asker, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- Özbek Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 13, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Öztürk Bahri/Tezcan Dumuş/Erdem M. Ruhan ve diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B. 10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Parlar Ali, Teori ve Uygulamada CMK El Kitabı. B. 2, Bilge Yayınevi, Ankara.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matabbası, İstanbul, 1975.
- Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Barış Yayınları, İzmir, 1999.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, B. 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Toroslu Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Yaşar Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu; C. I, B. 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Yenisey Feridun/ Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004.



### **Makaleler**

- Badem Samiyet, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 45, Y. 12, Ocak 2021.
- Erman Barış, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2010.
- Güngör Devrim, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015.
- Koca Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 2, İstanbul, Aralık 2006.
- Köse Metin, "Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, 2019.
- Ünver Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, 2006.
- Ünver Yener, "Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelemesi", *İHFM*, C. 55 S. 1-2, 1996.
- Yenisey Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, 2007.
- Yurtcan Erdener, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasası", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998.
- Yücel Mustafa Tören, "Ceza Adaletinde Tanık Üzerine", *TBB Dergisi*, S. 2, 1994.

### **Mahkeme Kararları**

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/04/1993 tarih ve E. 1993/6-79 K. 1993/108 sayılı ilamı.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.6.2007 tarih ve E. 2007/7-147 K. 2007/159 Karar sayılı ilamı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13.07.2016 tarihli Popov/Rusya Kararı
- Yargıtay 3. CD'sinin 29.03.2016 tarih ve E. 2016/931, K. 2016/7906 sayılı ilamı.
- Yargıtay 4. CD'sinin 17.02.2016 tarih ve E. 2013/36021, K. 2016/2687 sayılı ilamı.
- Yargıtay 4.CD'sinin 25.03.2015 tarih ve E. 2013/11145, K. 2015/25167 sayılı ilamı.
- Yargıtay 5. CD'sinin 12.12.1992 tarih ve 1992/174 Esas, 1992/465 karar sayılı ilamı.
- Yargıtay 13. CD'sinin 03.11.2015 tarih ve E. 2014/25680, K. 2015/17003 sayılı ilamı.
- Yargıtay 4'üncü CD'sinin E. 2006/3203, K. 2007/10902 sayılı ilamı.
- Yargıtay 4. CD'sinin 07.05.2013 tarih ve E. 2011/23710, K. 2013/13658 sayılı ilamı.
- Yargıtay 4. CD'sinin 02/04/2013 tarih ve E. 2011/22605, K. 2013/9564 sayılı ilamı.
- Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. CD'sinin 25.11.2016 tarih ve 2016/64 Esas, 2016/76 Karar sayılı kararı.
- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. CD'sinin 10.04.2017 tarih ve 2017/894 Esas, 2017/790 Karar sayılı kararı.

### **İnternet Kaynakları**

5237 sayılı TCK'nın Madde Gerekçeleri, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr).

5271 sayılı CMK'nın Madde Gerekçeleri, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr).

Feyzioğlu Metin, "İstinabe Yoluyla Tanık Beyanının Elde Edilmesi ve Bu Beyanın Değerlendirilmesi", <http://www.feyzioglu.av.tr/istinabe-yoluyla-tanik-beyaninin-elde-edilmesi-ve-bu-beyanin-degerlendirilmesi>.

Hukuki Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar – Genelge 63/2, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr).

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

### **Diğer Kaynaklar**

Feyzioğlu Metin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.



# BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA

## SEARCH, DUPLICATION AND SEIZURE OF COMPUTERS, COMPUTER PROGRAMS AND LOGS ACCORDING TO TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE ART. 134 (tCPC Art. 134)

Dilek Özge UĞRAŞ\*

**Özet:** Günümüzde teknolojik araçlarda yaşanan hızlı değişim ve gelişim etkisini tartışmasız hukuk alanında da göstermekte, kanun koyucuları kanunların teknolojinin beraberinde getirdiği gelişmeler ve farklı uyumsuzluk konuları hakkında mevcut düzenlemelerin yeterli olmadığı noktada bu gelişmelerle uyumlu yeni normlar düzenlemeye ya da mevcut normlarda değişiklikler yapmaya sevk etmektedir.

Bu hukuki düzenlemelerden birini de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m. 134 hükmünde yer alan norm oluşturmaktadır. Bu hükümlerle, geleneksel suçlarda söz konusu olan delillerin yanı sıra özellikle bilişim sistemleri aracılığıyla veya bu sistemlere karşı işlenen suçlarda söz konusu olabilecek delillerin elde edilmesine ilişkin olarak arama ve istisnai olarak elkoyma koruma tedbiri düzenlenmiştir.

Bu çalışmada anılan koruma tedbirinin şartları ve uygulanma usulü yakından incelenecek, bu kapsamda sorunlu olan hususlara değinilmeye gayret edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Bilgisayar, Bilgisayar Programları, Bilgisayar Kütükleri, Arama, Elkoyma

**Abstract:** The rapid change and development in technological tools today shows its influence undisputedly also on the field of law, and encourages legislators to organize new norms or make amendments, which are compatible with these developments, when existing regulations are not sufficient regarding to developments brought by technology and different dispute issues.

One of the most significant regulations constitutes Art. 134 of Turkish Criminal Procedure Code, which regulates the conditions of any search in computers, computer programs and logs and as an

\* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, ozge.erdem@asbu.edu.tr., ORCID: 0000-0002-2226-7369, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.07.2020, Kabul Tarihi: 16.07.2020

extraordinary measure, seizure of these mediums in scope of a criminal investigation.

Hereby, in this article, the legal conditions of above-mentioned procedural measures and their practical application will be closely examined and efforts will be made to address the problematic issues in this context.

**Keywords:** Computer, Computer Programs, Computer Logs, Search, Seizure

## I. GİRİŞ

Teknolojik imkânların klasik suçların işlenmesinde yeni yöntemler geliştirilmesine olanak tanınmasının yanı sıra teknolojik araçların, yeni suçların doğrudan ve bunlara özgü araçları olarak kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bilişim suçları, teknolojik vasıtaların suçun doğrudan aracı olduğu ve yalnız bu araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilen özel suç tipleri ihtiva etmektedir. Bu özgün suçlarda olduğu gibi, klasik suçların da bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi halinde, suçtan geriye kalan delillerinin bizatihi bu sistemler dahilinde bulunması, ulusal ve uluslararası kanun koyucuları bu delillerin elde edilmesinde özel yollar izlenmesine yönelik düzenlemeler yapmaya sevk etmektedir. Nitekim tarafı olduğumuz Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi<sup>1</sup> bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçların uluslararası ölçüde olması, taraf devletler arasında bu tür suçlara karşı ortak mücadele ihtiyacından ve hatta zorunluluğundan doğmuştur. Türk Hukukunda da bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçların delillerinin elde edilmesine yönelik özel düzenleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134 hükmüyle bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri olarak uygulanmaya başlamıştır.

İşte bu çalışmada anılan koruma tedbirinin şartları ve uygulanma usulü doktrin ve yargı kararları doğrultusunda, karşılaştırmalı hukuktaki uygulama ve doktrin de göz önünde bulundurularak, yakından incelenecek; hükme ilişkin olarak doktrinde ifade edilen ve uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilmeye çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Budapeşte 2001, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2020); sözleşme 02.05.2014 tarihli 29966 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 22.04.2014 tarihli 6533 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.

## II. GENEL OLARAK

### A. Delillerin Sınıflandırılması ve Dijital Deliller

Ceza muhakemesi hukukunda deliller, yargıcın muhakeme sonucunda maddi olayı çözmesine ve bunu sabit görmesine ya da görmemesine hizmet eden araçlardır.<sup>2</sup> Medeni muhakemenin aksine ceza muhakemesinde delil serbestisi sistemi benimsenmiş olup, kural olarak her şeyin delil olabilmesi mümkündür; belirli olaylar belirli delillerle ispat edilmek zorunda değildir.<sup>3</sup> Ceza hukukunu ilgilendiren olaylarda medeni muhakemeden farklı olarak bireylerin muhtemel uyumsuzluklar hakkında önceden ispat vasıtalarını, işlenecek suçun delillerini hazırlanması söz konusu değildir.<sup>4</sup>

Doktrinde maddi olayın ispatına yarayan vasıtalar olarak deliller farklı sınıflandırmalara tâbi tutulmuştur.<sup>5</sup> Delilleri maddi olayı temsil kabiliyetine göre doğrudan ve dolaylı deliller<sup>6</sup>; kaynaklarına göre kişilerden (beyan delilleri) veya şeylerden kaynaklanan deliller (belgeler, keşfe konu olan ve beş duyu organıyla algılanabilen belirtiler)<sup>7</sup> olarak ayırmak mümkündür. Genel olarak kanunun sistematigi içerisinde delilleri beyan, belge ve belirti delilleri olarak sınıflandırmak mümkündür. Beyan delilleri, şüpheli, sanık ve tanık beyanları olarak üçe ayrılmaktadır.<sup>8</sup> Belge delilleri; somut olayı tespit eden, insan yapısı araçlardır.<sup>9</sup> Doktrinde bir görüşe göre belge delilleri yazılı, şekil tespit eden ve ses tespit eden belge delilleri olarak üçe ayrılmaktadır.<sup>10</sup> Daha isabetli görünen diğer bir görüşe göre ses ve görüntü tespit eden nes-

<sup>2</sup> Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 171.

<sup>3</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s. 219; ceza muhakemesinde yalnızca duruşmanın akışının ispatıyla ilgili olarak kanuni delil sistemi benimsenmiştir (CMK m. 222); buna göre duruşmanın kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yapıldığının ispatı ancak duruşma tutanağıyla mümkündür ve bu tutanağa karşı yalnızca sahtecilik iddiası yöneltilir (Centel/Zafer, s. 219).

<sup>4</sup> Centel/Zafer, s. 219.

<sup>5</sup> Bu ayrımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 177, 178.

<sup>6</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 601.

<sup>7</sup> Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, Baden-Baden 2016, § 21 Rn.1.

<sup>8</sup> Ünver/Hakeri, s. 602 vd.

<sup>9</sup> Ünver/Hakeri, s. 616.

<sup>10</sup> Ünver/Hakeri, s. 616; Toroslu/Feyzioğlu, s. 178.

neler belge değil, belirti delili niteliğindedir.<sup>11</sup> Belirtiler, keşif<sup>12</sup> veya bilirkişi incelemesiyle<sup>13</sup> ortaya çıkabilecek ve olaydan geriye kalan iz ve eserlerdir.<sup>14</sup> Belge delillerinin konusu bir düşüncenin aktarılması olup zihinsel olarak algılanması söz konusuysen, belirti delilleri beş duyu organıyla (işitme, görme, dokunma, koklama, tatma) algılanabilir niteliktedir.<sup>15</sup> Failin iradesi dışında olaydan geriye kalan iz ve eserler (tükkürük, ayak izleri gibi) “*tabii belirti*” olarak, failin iradesiyle veya bir insan tarafından belirli bir amaçla hazırlanmış olan nesnelere (düğme, tabanca, bıçak gibi) “*sunî belirti*” olarak değerlendirilmektedir.<sup>16</sup> Belirti delilleri, kural olarak dolaylı deliller olup, maddi olayın ispatında tek başlarına yeterli değildirler, çoğu zaman diğer delillerle desteklenmeleri gerekmektedir.<sup>17</sup> Nitekim kanun koyucu CMK m. 214, 215 hükümlerinde *belgenin okunmasından* söz etmekle<sup>18</sup> belge delillerinin, belirti delillerinden farklı olarak beş duyu organıyla algılanamayan fakat zihinsel olarak idrak edilen deliller olma yönünü ortaya koymuştur. Yine Anayasa Mahkemesi<sup>19</sup> ve Yargıtay da bu tür delillerin tek başlarına ispat güçlerinin zayıf olduğunu ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>20</sup>

Bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçlar ardında dijital deliller olarak nitelendirilebilecek deliller bırakmaktadır.<sup>21</sup> Geleneksel delillerden farklılık arz eden bu delillerin niteliği ve kavramın kapsamının

<sup>11</sup> Ali Kemal Yıldız, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, CHD 2006/2, s. 258; Werner Beulke, Strafprozessrecht, München u.A. 2010, § 10 Rn. 204; Kindhäuser § 21 Rn. 105; Centel/Zafer, s. 269; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München 2017, § 28 Rn. 9; BGH NJW 1960, 1582 (1582); BGH NJW 1977, 1545 (1545)

<sup>12</sup> Centel/Zafer, s. 222; Ünver/Hakeri, s. 617.

<sup>13</sup> Centel/Zafer, s. 273.

<sup>14</sup> Centel/Zafer, s. 222.

<sup>15</sup> Kindhäuser § 21 Rn. 105.

<sup>16</sup> Centel/Zafer, s. 272.

<sup>17</sup> Toroslu/FeYZioğlu, s. 198; Centel/Zafer, s. 272.

<sup>18</sup> Centel/Zafer, s. 269.

<sup>19</sup> AYM T: 18.08.171 E: 1971/41 K: 1971/67 “Yukarıdan beri açıklananlarla varılan sonuç şudur : Başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının, bir yurttaşa yapılan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını teğyir ve tebdile ve bu yasa ile kurulmuş Türkiye Büyük Millet Meclisini İskata veya görevini yapmaktan men’e cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak” gibi çok ağır bir isnada yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden ciddilik kazandırabilmesi bir hukuk Devletinde düşünülemez...” .

<sup>20</sup> Centel/Zafer, s. 269.

<sup>21</sup> Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014, s. 86.

ortaya konması gerekmektedir. Dijital/elektronik delilleri, "bir elektronik araç üzerinde saklanan veya bu araçlar aracılığıyla iletilen soruşturma açısından değeri olan bilgi ve veriler"<sup>22</sup> olarak tanımlamak mümkündür. Bir diğer deyişle, elektronik delillerden anlaşılması gereken sayısal formatta üretilen, dönüştürülebilen ve kaydedilebilen enformasyon teknolojisi (*Informationstechnik-IT*) sistemleri yardımıyla algılanabilir hale gelen her türlü dijital bilgidir.<sup>23</sup> Bu bilgi ve veriler esas itibarıyla 0 ve 1'lerden oluşan notasyonlardan meydana gelmekte olup duyu organlarıyla algılanabilir nitelikte değildir; duyu organlarıyla algılanabilir hale gelmeleri çeşitli yazılımlarla aktarılabilir halde mümkün olmaktadır.<sup>24</sup> Ceza muhakemesi sürecinde bu delillerin elde edilmesi, analiz edilmesi ve sunulması adli bilişim adı verilen teknik inceleme yöntemiyle gerçekleşmektedir.<sup>25</sup> Bu anlamda adli bilişimin, delillerin değerlendirilmesi faaliyetinin yargı makamınca yürütüldüğü ceza soruşturması ve kovuşturması bakımından bilirkişilik faaliyeti yürüttüğü ifade edilmekte<sup>26</sup>, bilirkişilik faaliyetiyle içeriklerine ulaşılan dijital veriler doktrinde belirti delili olarak nitelendirilmektedir.<sup>27</sup>

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak CMK m. 134 hükmünde olduğu gibi dijital delillerin elde edilmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu delillerin elde edilmesi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) arama ve elkoymaya ilişkin genel hü-

<sup>22</sup> Muharrem Özen/Gürkan Özocak, Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134), ABD 2015/1, s. 59.

<sup>23</sup> Laura Iva Savić, Die digitale Dimension des Strafprozessrechts, Berlin 2020, s. 43.

<sup>24</sup> Claudia Warken, Elektronische Beweismittel im Strafprozessrecht-eine Momentaufnahme über den deutschen Tellerrand hinaus, Teil 2, NZWiST 2017, 329 (329).

<sup>25</sup> Özen/Özocak, s. 45.

<sup>26</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s. 1103, 1105; Gürkan Yaşar Duran, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *BÜHFD*, C. 14, S. 173-174, Y. 2019, s. 203; gerçekten de bilgisayar, bilgisayar kütüklerinde ve bilgisayar programlarında arama ve elkoyma tedbirleri koruma tedbiri niteliğinde olmakla birlikte, delillerin ortaya konulması adli otopsi işleminde olduğu gibi zorunlu bir bilirkişilik gerektirmektedir (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1400; Duran, s. 204, 205). Adli otopside toplanması ve incelenmesi gereken deliller adli tıbbın uzmanlık alanına giren biyolojik ya da tıbbi delillerken, CMK m. 134 bakımından adli bilişimin uzmanlık alanına giren dijital delillerin elde edilmesi, tespiti ve analizi söz konusu olmaktadır (Duran, s. 204, 205).

<sup>27</sup> Rolf Hannich/Bruns, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München 2019, StPo § 110 Rn. 2, 4; Aydın, s. 87; Duran, s. 207.



kümleri olan §§ 94, 102, 103 ve bu verilerin incelenmesine ilişkin § 110 paragrafları gereğince yapılmaktadır.<sup>28</sup> Alman hukukunda bilgisayarların mekanik donanımları (hardware) ve yazılım sistemleri (software) de § 94 StPO kapsamında elkoymaya konu eşya olarak değerlendirilmektedir.<sup>29</sup> Arama sonunda bulunan cihazlara geçici olarak § 110 StPO gereğince incelenmek üzere el konulması mümkündür; bu cihazların incelenmesi kâğıtların incelenmesine ilişkin § 110 StPO hükmü gereğince yapılmaktadır, hükümdeki “kâğıt” teriminin geniş yorumlanması gerekmektedir.<sup>30</sup> Bu terimden anlaşılması gereken yazıyla, çizimle, defter tutulmasıyla ve veri tabanları üzerinde işlenerek husule gelen her türlü düşünce açıklamasıdır; düşünce açıklamasının bir madde olarak “kâğıt” üzerinde gerçekleşmiş olması gerekli değildir; insanın kendini ifade edişine hizmet eden her türlü diğer materyaller de bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>31</sup> Bu şekilde düşünce açıklamasını ihtiva eden cihazlar, bilirkişi incelemesine konu belirti delili niteliğindedir.<sup>32</sup>

## B. Bilgisayar, Bilgisayar Kütükleri ve Bilgisayar Programları

CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirlerin konusu bilgisayarlar, bilgisayar kütükleri ve bilgisayar programları olarak belirlenmiştir. Temel olarak mekanik donanım (hardware) ve yazılım (software) denilen iki ana unsurun bir araya gelmesiyle oluşan<sup>33</sup> cihaz olan bilgisayar sözlükte, “çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin” olarak tanımlanmaktadır.<sup>34</sup> Bilgisayar programla-

<sup>28</sup> Wolfgang Joecks/Markus Jäger/Karsten Randt/Joecks, Steuerstrafrecht, München 2015, AO § 399 Rn. 17, 62 vd.; Ingeborg Zerbes/Mohammad El-Ghazi, Zugriff auf Computer: Von der gegenständlichen zur virtuellen Durchsuchung, NStZ 2015, 425 (426); BVerfG NJW 2009, 2431 (2434) Rn. 61; BVerfG NJW 2005, 1917 (1920, 1921); BVerfG NStZ 2002, 377.

<sup>29</sup> Tido Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, München 2018, § 4 Rn. 804; Joecks/Jäger/Randt/Joecks AO § 399 Rn. 62.

<sup>30</sup> Jürgen-Peter Graf/Hegmann, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, München 2020, StPO § 110 Rn. 1-3.

<sup>31</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 2; BeckOK StPO/Hegmann StPO § 110 Rn. 3; Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner/Hartmann, Gesamtes Strafrecht Handkommentar, Baden-Baden 2017, StPO §110 Rn. 3.

<sup>32</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 2, 4.

<sup>33</sup> Yusuf Yaşar/İsmail Dursun, Bilgisayarlarda, “Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 17.

<sup>34</sup> Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s. 268.

rı, bilgisayarın, belli işlemleri yerine getirebilmesi için belirli bir düzen ve kurallarla oluşturulmuş komutlardır.<sup>35</sup> Bilgisayar dosyaları olarak da ifade edilebilecek olan bilgisayar kütükleri ise, bir bilgisayar programı aracılığıyla kullanılabilen, sabit ya da taşınabilir nitelikte,<sup>36</sup> verilerin saklandığı, genellikle dayanıklı ve uzun ömürlü bir çeşit depolama aracı olarak tanımlanmaktadır.<sup>37</sup> CMK m. 134 hükmünde her ne kadar “bilgisayarlarda aramadan” söz edilmekteyse de, aramaya konu olan bir nesne olarak bilgisayarın kendisi değil veri tabanıdır.<sup>38</sup> Nitekim doktrinde de isabetli olarak hükümde sayılan tüm kavramları kapsayıcı ve TCK’da yer alan bilişim suçlarında kullanılan terminolojiyle de uyumlu olarak “bilişim sistemi” teriminin kullanılması önerilmiştir.<sup>39</sup> Bilişim sistemi kavramı, Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Sistemleri Hakkında Kanun Tasarısı m. 2/1/d hükmünde “... Bilgisayar, çevre bilimleri, iletişim altyapısı ve programlarından oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi...ifade eder” denilerek bilgisayarları, bilgisayar kütüklerini ve bilgisayar programlarını da kapsar şekilde tanımlanmıştır. Bir sistemin, anılan özelliklere sahip bilişim sistemi niteliğinde olup olmadığının tespitinde, uzman bilirkişinin görüşü esas alınmalıdır.<sup>40</sup> Bilişim sisteminin arama konusunu oluşturabilmesi için şüpheliye ait olması, onun mülkiyetinde bulunması gerekmemektedir; kanunda “şüphelinin kullandığı” denilerek üçüncü kişilere ait cihazlar üzerinde de arama yapılabilmesine imkân tanınmıştır.<sup>41</sup> Ancak somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin bulunduğu araçlarda arama yapılmalıdır, sırf şüpheli tarafından kullanılmış olabileceği düşüncesiyle şüphelinin bulunduğu ortamdaki tüm cihazların aranması<sup>42</sup> ölçülülük ilkesi bakımından tereddütlere yol açacaktır.

<sup>35</sup> Batuhan Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, *YÜHFD*, C. 14, S. 2, Y. 2017, s. 219.

<sup>36</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular (Edt. Nur Centel), İstanbul 2015, s. 230.

<sup>37</sup> Yaşar/Dursun, s. 18.

<sup>38</sup> Joecks/Jäger/Randt/Joecks AO § 399 Rn. 62.

<sup>39</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 320.

<sup>40</sup> Özge Apış, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Tedbiri”, *Yasama Dergisi*/37, Y. 2018, s. 55.

<sup>41</sup> Centel/Zafer, s. 424.

<sup>42</sup> Yavuz Erdoğan, Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayar Araması ve Bulunan Delillere

Günümüzde bilgisayar olarak adlandırılmamakla birlikte, bir bilgisayarın hemen hemen bütün özelliklerini taşıyan akıllı telefonlar ve tabletler de bu hüküm kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>43</sup> Nitekim Yargıtay da bu tür cihazlarda yapılacak inceleme işlemleri hakkında CMK m. 134 hükmünün uygulanma alanı bulacağını belirtmiştir.<sup>44</sup> Doktrinde bir görüşe göre, bu cihazların farklı özelliklerinden yola çıkılarak uygulanacak tedbir belirlenmelidir; buna göre cep telefonunda yapılan arama ya da elkoymanın cihazın telefon özelliği ile ilgili olması, konuşma veya mesaj kayıtlarının incelenecek olması halinde tedbir genel aramaya ilişkin CMK m. 119 gereğince; yapılan işlemin cihazın bilgisayar özelliğiyle ilgili olması, örneğin arama motoru, trafik kaydı, e-posta kayıtları gibi verilerin incelenmesi söz konusuysa CMK m. 134 hükmü gereğince gerçekleştirilecektir.<sup>45</sup> Bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira kişiler arasında telefon üzerinden gerçekleştirilen mesaj kayıtlarıyla internet üzerinden gerçekleştirilen e-posta kayıtları arasında birinin gsm servis sağlayıcısı üzerinden diğerinin ise internet servis sağlayıcısı üzerinden gerçekleşmesi dışında hiçbir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki günümüzde kişiler arası aynı mesajlaşma programının hem cep telefonunda hem de bilgisayarda yüklenmiş şekilde bulunması ve aynı kayıtlara her iki cihaz üzerinden de ulaşılabilmesi mümkündür; bu halde anılan görüş çerçevesinde düşünüldüğünde ilgili mesajların cep telefonu üzerinden incelenmesi halinde genel arama tedbirine göre, bunların bilgisayar üzerinden incelenmesi halinde ise CMK m. 134 hükmünde yer alan özel düzenlemeye göre işlem yapılacaktır. Böyle bir uygulama farklılığının tercih edilmesi ise ikna edici görünmemektedir.

---

Elkonulması, Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yönetimi (Edt. Fahrettin Özdemirci/Zeynep Akdoğan), Ankara 2017, s. 178.

<sup>43</sup> Özen/Özocak, s. 69; Duran, s. 209; Aktaş, s. 219.

<sup>44</sup> Yargıtay 17. CD. T: 15.02.2017 E: 2015/27517 K: 2017/1716; "...Cumhuriyet savcısının emri ya da mahkeme kararı olmadan kolluk görevlileri tarafından incelendiği ve telefonda, müştekiye ait çalıntı motosikletin fotoğrafının telefonda K ismiyle kayıtlı bir kişiye gönderildiğinin tespiti üzerine sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de; işlevi itibarıyla bilgisayar niteliğinde olan cep telefonu üzerinde inceleme yapılabilmesi için CMK'nın 134. maddesi uyarınca hakim kararı alınması gerektiği bu kararın alınmaması nedeniyle arama ve incelemenin yasaya aykırı olduğu ve bu delilin mahkumiyete esas alınmayacağı...".

<sup>45</sup> Özen/Özocak, s. 69, 70.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da elektronik postalar (e-posta/e-mail) hakkında hangi tedbirin uygulanma alanı bulacağıdır. Elektronik posta sistemlerini mail user agent (MUA) ve webmail sistemleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bu sistemlerden ilkinde, belirli bir cihazda yüklü olan e-posta programları aracılığıyla posta alışverişi gerçekleştirilmekte, postanın cihaza yüklenmesi söz konusu olmaktadır; cihaz üzerinden internet bağlantısı bulunmadığında dahi daha önce indirilmiş olan bu postalara ulaşmak mümkün olduğu gibi, çevrimdışı olarak elektronik posta yazmak ve bunu taslak halinde kaydetmek de mümkündür.<sup>46</sup> Bu sistemde aracı yazılım yoluyla elektronik postalar, üye olunan elektronik posta servisinin serverından alıcının cihazına aracı yazılım vasıtasıyla indirilmektedir.<sup>47</sup> Kısaca burada elektronik postalarla ilgili süreç bunların yazılması, göndericinin serverına yollanması (burada postanın kayda alınması), buradan alıcının serverına ulaştırılması, alıcının serverından alıcıya ulaştırılması ve alıcının posta kutusunda erişime sunulmasından meydana gelmektedir.<sup>48</sup>

Bir diğer sistem olan webmailde ise doğrudan herhangi bir cihazda bulunan yazılıma bağlı olunmadan elektronik posta serverına internet tarayıcısı üzerinden ulaşılarak e-postalara buradan erişilmesi söz konusudur; webmail sisteminde diğerinden farklı olarak elektronik postalar cihaza indirilmemekte, kullanıcı doğrudan internet tarayıcısı üzerinden servera bağlanarak e-postalarına ulaşmakta, internet bağlantısı olmaksızın bunlara ulaşamamaktadır.<sup>49</sup> Yine webmail sisteminde diğerinden farklı olarak doğrudan server üzerinden postanın gönderilmesi söz konusu olduğundan gönderilen postanın yazılım üzerinden, göndericinin serverında ara kayıt şeklinde kaydedilmesi söz konusu olmamakta, posta doğrudan server üzerinden gönderilmektedir.<sup>50</sup> Alman hukukunda doktrin ve yargı uygulamasında postanın henüz servera ve serverdan alıcıya transfer sürecinde olması halinde iletişimin denetlenmesine ve izlenmesine ilişkin tedbirin uy-

<sup>46</sup> Park § 4 Rn. 808; bu tür sistemlere akıllı telefonlarda ve bilgisayarlarda yüklü bulunan elektronik posta programları (örneğin Outlook, Apple Mail) örnek gösterilebilir.

<sup>47</sup> Park § 4 Rn. 808.

<sup>48</sup> Park § 4 Rn. 808.

<sup>49</sup> Park § 4 Rn. 808.

<sup>50</sup> Park § 4 Rn. 808.

gulama alanı bulacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır.<sup>51</sup> Postanın MUA sisteminde, serverda ara kayıt halinde olduğu duruma ilişkin olarak BGH<sup>52</sup>, elektronik posta sağlayıcısında (e-mail provider) bu iletilere el konulmasının kıyasen, postada el konulmasına ilişkin hükümlere (§§ 99 StPO) göre yapılması gerektiğini belirtmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu halde iletişimin gizliliğine ilişkin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen menfaatin etkilendiğini kabul etmekle birlikte, meselenin elkoymaya ilişkin genel hükümlere (§§ 94 vd. StPO) göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>53</sup> Bu halde mahkemeye göre her ne kadar Telekomünikasyon Kanununun 3. maddesinde tanımlandığı anlamda dinamik bir süreç söz konusu olmayıp iletiler elektronik posta sağlayıcısında statik bir şekilde bekliyor olsa da, Anayasa m. 10 hükmü yalnız olarak Telekomünikasyon Kanunu'nda esas alınan telekomünikasyon terimini esas almamakta, iletişim, iletişim akışına üçüncü kişilerin dahil olmasından dolayı hak sahiplerini ve bunların korunmaya değer menfaatlerini esas almaktadır.<sup>54</sup> Yine aramaya ilişkin genel hüküm olan § 94 StPO ve postada elkoymaya ilişkin § 99; iletişimin denetlenmesine ilişkin § 100a ve iletişim bilgilerinin elde edilmesine ilişkin § 100g StPO hükümlerinin düzenledikleri yerin sistematüğinden Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen temel hakka müdahaleye izin veren hükümlerin yalnızca §§ 99, 100a, 100g StPO hükümlerinden kaynaklandığı sonucuna varılması doğru değildir.<sup>55</sup> Mahkemeye göre bu halde iletişimin gizliliğine ilişkin menfaat söz konusu olmakla birlikte §§ 94 vd. StPO hükümleri esas olarak yeterli hukuki gerekçeyi sunmaktadır, § 94 hükmü kapsamına fiziki nitelikte olmayan varlıklar da dahildir, bu anlamda tedbir aramaya ilişkin kurallara uygun olarak muhatabının bilgisi dahilinde, açık şekilde gerçekleştirilmelidir.<sup>56</sup> Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı elektronik postaların ele geçirilmesinde arama ve elkoymaya ilişkin genel kuralların yeterli görülmesinin koruma alanını zayıflatacağı yönünden eleştirilmiş, § 100a StPO hükmünde düzenlenen tedbire uygun şekilde nitelikli şartların arandığı gizli bir tedbir olarak yerine getirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Joecks/Jäger/Randt/*Joecks* AO § 399 Rn. 71; Park § 4 Rn. 810.

<sup>52</sup> BGH NJW 2009, 1828 (1828).

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436) Rn. 55 vd.

<sup>54</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436) Rn. 47.

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436) Rn. 57.

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436) Rn. 55 vd.

<sup>57</sup> Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, Heidelberg 2018, § 12 Rn. 253b.

Elektronik posta iletilerine alıcı ya da gönderinin bilişim sisteminde bulunması halinde, elektronik posta sağlayıcısının hâkimiyet alanında bulunmadığı için iletişimin gizliliği söz konusu olmayacaktır. Bu halde elkoymaya ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır, zira bu halde artık iletişim ve haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasanın 10. maddesinden kaynaklanan özgürlüklere değil fakat özel hayatın gizliliğine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hürriyetini düzenleyen m. 2 ve 13 hükümlerinden kaynaklanan özgürlük alanına müdahalenin söz konusudur ve bu müdahalenin de elkoymaya ilişkin genel hükümler gereğince yapılması gerekmektedir.<sup>58</sup> Bir diğer deyişle; postanın yazılması ve göndericinin serverına ulaşması, göndericinin serverından alıcının serverına ulaşması, alıcının serverından postanın alıcının erişimine sunulmak üzere aracı yazılıma ulaştırılması aşamalarında iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler söz konusuysen, diğer aşamalarda elkoymaya ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır.<sup>59</sup> Webmail servislerinin söz konusu olduğu hallerde aynı şekilde serverda kayıtlı olan elektronik postalar hakkında da elkoymaya ilişkin genel hükümler geçerli olacaktır.<sup>60</sup>

### III. BİLİŞİM SİSTEMLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN DİĞER ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİYLE İLİŞKİSİ

Bilişim sistemlerinde arama koruma tedbirinin genel arama tedbiri ile ilişkisi konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbir arama ceza muhakemesi koruma tedbirinin bilgisayar kütük ve programlarında icrasıyla ilgili özel bir hükümdür,<sup>61</sup> burada kural arama tedbiri olup, elkoyma tedbiri ikincil ve istisnai olarak düzenlenmiştir.<sup>62</sup> Bu görüşe göre, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen arama tedbiri hakkında CMK m. 141-144 hükümlerinde, CMK m. 134 hükmünde sayılan arama işlemleri özel olarak düzenlenmediğinden tazminat istemi söz konusu

<sup>58</sup> Park § 4 Rn. 810; Beulke/Swoboda, § 12 Rn. 253b.

<sup>59</sup> Park § 4 Rn. 811, 815.

<sup>60</sup> Park § 4 Rn. 816.

<sup>61</sup> Ünver/Hakeri, s. 428.

<sup>62</sup> Yener Ünver, *Durchsuchung des Computers im Rahmen des Art. 134 tStPO, Strafrecht und moderne Technologien-Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Hrsg. Gunnar Duttge/Yener Ünver), Ankara 2018, s. 215.

olamamaktadır, bu halde bilişim sistemlerinde hukuka aykırı olarak arama gerçekleştirilmesi halinde İdari Yargılama Usulü Kanunu gereğince idare mahkemeleri önünde tam yargı davası açılarak tazminat istenebilecektir.<sup>63</sup> Hukuka aykırı bir elkoyma işleminden kaynaklanan tazminat istemlerinde ise, özel norm olarak CMK m. 141-144 gereğince ceza mahkemesi önünde tazminat davası açılması mümkündür.<sup>64</sup> Ancak bu görüş bir yandan CMK m. 134 hükmünde yer alan düzenlemenin genel arama karşısında özel bir düzenleme olduğunu belirtmekte ancak hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen aramalar hakkında CMK hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir. Diğer yandan bu görüş kapsamında arama tedbirinde başvurulmamakla birlikte, elkoyma tedbirinde koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat istemlerinde CMK'da yer alan hükümlerin uygulanma alanı bulacaktır. CMK m. 141<sup>65</sup> hükmünde ayrıca CMK m. 134 hükmünde yer alan koruma

<sup>63</sup> Ünver, s. 199, 200.

<sup>64</sup> Ünver, s. 200.

<sup>65</sup> CMK m. 141 hükmünde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemine konu olabilecek durum olarak "arama tedbirinin ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi" sayılmıştır, hükmün lafzından ilk olarak tedbirin uygulanmasında ölçülülük ilkesine aykırılık halinde tazminat isteminin söz konusu olabileceği, hukuka aykırı arama kararlarından kaynaklı olarak bu hükme başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay bu hususa ilişkin olarak hukuka aykırı aramalar hakkında da bu hükme dayanılarak tazminat talebinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Nitekim Yargıtay 12 CD 24.12.2013-9105/30731 sayılı kararına göre: "Fıkra düzenlemesinden genel olarak, tazminat isteminin haksız arama kararı veya hukuka aykırı arama kararına değil, arama kararının ölçüsüz şekilde yerine getirilmesine dayanması gerektiği anlaşılmakta ve Dairemiz uygulamaları da bu yönde ise de açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunup, bulunulamayacağını da değerlendirilmesi gerekmektedir... Tazminat talebinin dayanağını oluşturan arama kararı bu açıdan değerlendirildiğinde, somut delile dayanmayan, içinde makul şüpheyi barındırmayan, sadece bir telefon ihbarı üzerine davacının evinde arama yapıldığı anlaşılmakta olup, talep açısından ayrıca maddenin öngördüğü "makul şüphe" kavramı üzerinde de durulmalıdır... Hâkimin hangi delil unsurlarına dayanarak ihtilafli arama emrini çıkardığı açık bir şekilde ortaya konmamış, sadece emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ceza mahkemelerinin ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı yönündeki tespitlerini kayda geçmektedir... Cumhuriyet Savcılığınca işin gereği araştırılmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılmakla davacı lehine makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gere-

tedbirinin sayılmış olmaması, tazminata ilişkin bu hükmün uygulanmaması için, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirin genel arama karşısında özel bir düzenleme olarak kabul edilmesi halinde ikna edici bir gerekçe teşkil etmemektedir. Daha isabetli görünen diğer bir görüşe göre CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbir, genel arama ve elkoyma tedbirlerinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır<sup>66</sup> ve bu nedenle bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulanmasından kaynaklanan zararların tazmininde CMK m. 141-144 hükümleri uygulanma alanı bulacaktır.<sup>67</sup>

Doktrinde bir görüşe göre kişinin özel hayat beklentisinin azaldığı ya da ortadan kalktığı hallerde, bilgisayarlarda arama yapılabilmesi genel arama tedbirine ilişkin kurullarla gerçekleştirilebilecektir.<sup>68</sup> Somut olaylar bakımından makul bir insan tarafından, özel hayatın alenilik kazanmadığının anlaşılabilir olması halinde, özel hayat beklentisinin varlığından söz edilecektir.<sup>69</sup> Örneğin kişinin bilgisayarını başka bir kişiye sattığı ve içerisindeki verileri silmediği durumda bu verilere ilişkin özel hayat beklentisinin azaldığından söz edilecektir, ancak kişinin bu verileri bilgisayarın çöp kutusu bölümüne aktarmış olması halinde özel hayatının korunmasına ilişkin beklentisinin devam ettiği kabul edilmelidir.<sup>70</sup> Kişinin özel hayat beklentisinin azaldığı ya da ortadan kalktığı hallerde üçüncü kişiler tarafından bu verilerin elde edilmesi halinde, verilerin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden söz edilemeyecektir.<sup>71</sup> Buna göre örneğin, bilgisayarını tamir için teslim eden bir kişinin cihazında, teknik servis elemanının çocuk pornografisi niteliğinde veriler tespit etmesi ve bu konuda adli makamlara ihbarda bulunması halinde, teknik servis elemanı tarafından elde edilen verilerin hukuka uygun olarak kabul edilmiş olacağı, zira kişinin özel hayatının gizliliğine ilişkin makul bir beklentisinin

---

kirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, kanuna aykırı...dır.” (Aktaran: Centel/Zafer, s. 470 dn. 346).

<sup>66</sup> Centel/Zafer, Apiş, s. 68; s. 424; Yargıtay 16. CD. T: 21.04.2016 E: 2015/4672 K: 2016/2330 (Aktaran: Duran, s. 191 dn. 69).

<sup>67</sup> Duran, s. 234.

<sup>68</sup> Duran, s.184, 186.

<sup>69</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017, s. 422.

<sup>70</sup> Yenisey/Nuhoglu, s. 422, 423.

<sup>71</sup> Yenisey/Nuhoglu, s. 423.



bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>72</sup> Ancak özel hayat beklentisine ilişkin mesele, açıklandığı gibi, üçüncü kişiler tarafından verilerin elde edilmesi halinde bunların hukuka uygun yollardan elde edilip edilmediği tartışmasıyla ilgili olup, arama koruma tedbiri bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, burada üçüncü kişiler tarafından yapılan inceleme, koruma tedbirlerini yürütmekle yetkili organlar tarafından yapılan “arama koruma tedbiri” niteliğinde olmayıp, değerlendirmeye konu olan husus üçüncü kişilerin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediği ve bu surette verilere erişiminin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Buradan yola çıkılarak genel arama tedbirine ilişkin koşulların adli makamların bilişim sistemlerinde arama işlemini gerçekleştirmesi için yeterli olacağı sonucuna ulaşmak isabetli görünmemektedir. Öte yandan kanunda özel hayat beklentisine göre bir ayırım yapılmamış olması karşısında, bu şekilde koruma tedbirinin uygulanma alanının genişletilmesi kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Doktrinde bir görüşe göre konutta veya işyerinde CMK m. 134 hükmünde yer alan tedbirin konusunu oluşturan araçların bulunabilmesi için gerçekleştirilecek arama, CMK m. 134 gereğince gerçekleştirilecek aramanın zorunlu bir unsuru olarak görülmelidir.<sup>73</sup> Bu bakımından bilgisayarların veya diğer araçların bulunabilmesi amacıyla konutta veya işyerinde yapılacak aramalarda CMK m. 116 vd. hükümleri gereğince ayrıca arama kararı verilmesine gerek bulunmamaktadır.<sup>74</sup> Ancak CMK m. 134 gereğince konutta veya işyerinde yapılan aramada yalnızca bilgisayar ya da diğer araçlar aranabilecek, bu kapsamın dışına çıkılarak şüpheliye ait diğer evrak veya çeşitli belgeler aranmayacaktır; bu kapsamında dışına çıkılması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı nitelikte olacaktır.<sup>75</sup> Bu görüşe göre, şüphelinin kullandığı bilgisayarı saklamak için üçüncü bir kişiye vermesi durumunda, CMK m. 134 hükmüne dayanılarak yapılan arama kapsamında üçüncü kişilerin konutunda arama yapılabilmesi

<sup>72</sup> Tara McGraw Swaminatha, *The Fourth Amendment Unplugged: Electronic Evidence Issues & Wireless Defences*, *Yale Journal of Law and Technology*, C. 7 S. 1, Y. 2005, s. 54-60.

<sup>73</sup> Yaşar/Dursun, s. 22.

<sup>74</sup> Yaşar/Dursun, s. 22.

<sup>75</sup> Yaşar/Dursun, s. 22.

de mümkün olacaktır.<sup>76</sup> Daha isabetli görünen bir diğer görüşe göre, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirlerin konusu şüphelinin kullandığı bilişim sistemleri olup; şüpheli veya üçüncü bir kişinin konutu ya da işyerinde bu hüküm kapsamında arama yapılması mümkün değildir.<sup>77</sup> Genel arama ve CMK m. 134 hükmünde düzenlenen arama arasındaki ilişki, hakkında tutuklama kararı verilmiş olan kişilerin tutuklanmasının yakalamayı da içinde barındırdığı hallerde olduğu gibi araç- amaç tedbir ilişkisine benzetilmemelidir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan bir kişinin bu kararın yerine getirilmesi amacıyla yakalanması, tedbirlerden birinin diğerinin unsurunu oluşturduğu bu hal, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alman Yönetmeliği m. 5/d hükmünde kolluğun doğrudan yakalama işlemini gerçekleştirebileceği bir durum olarak ayrıca düzenlenmiştir. Genel arama ve CMK m. 134 gereğince yapılacak arama işlemleri arasında ise böyle bir bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle CMK m. 134 hükmü gereğince şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinin incelenmesi söz konusu olduğunda, bu cihazların konutta veya işyerlerinde arama yapılarak bulunması gerektiğinde ayrıca CMK m. 116 vd. hükümleri gereğince genel aramaya ilişkin şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.<sup>78</sup> Aranılan cihazların bulunması halinde genel arama işlemi sona erecektir, bu noktada bilişim sistemlerinde arama işlemlerinin gerçekleştirilmesi sırasında genel aramada bulunması gereken kişilerin hazır bulunup bulunamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Daha önce değinildiği gibi CMK m. 134 hükmü, genel arama karşısında özel hüküm niteliğindedir, bu nedenle arama sırasında hazır bulunması gereken kişilere ilişkin CMK m. 120 hükmü kıyasen uygulanmalıdır.

Yine CMK m. 134 hükmü kapsamındaki cihazların aranmasının avukat bürolarında ya da askeri mahalde gerçekleştirilecek olması halinde CMK m. 119/5, 130 hükümlerinde öngörülen şartların ayrıca yerine getirilmiş olması gerekmektedir.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Duran, s. 193.

<sup>77</sup> Duran, s. 193.

<sup>78</sup> Duran, s. 193, 194.

<sup>79</sup> Duran, s. 194-196, 198.

#### IV. ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMA ALANI VE ŞARTLARI

##### A. Tedbirlerin Uygulanma Alanı

###### 1. Kişi Bakımından Uygulanma Alanı

CMK m. 134 hükmünde sayılan tedbirlerin muhatabının şüpheli olduğu belirtilmiştir; şüpheli dışındaki kişilerin kullandığı bilişim sistemlerinde arama yapıp yapılamayacağı hususunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre CMK'da düzenlenmesi de mağdurun rızası bulunması halinde mahkeme kararı gerekmektedir. Ancak mağdurun rızasının bulunması halinde mahkeme kararının aranmayacağına ilişkin Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8/f hükmünde yer alan "*ilgilinin rızası ile*" ibaresi Danıştay kararıyla iptal edilmiştir.<sup>80</sup> Bu nedenle suç şüphesi altında bulunmayan mağdur veya tanık gibi üçüncü kişilerin kullandığı bilişim sistemlerinde arama yapılmasının dayanağı bulunmamaktadır.<sup>82</sup>

Bu noktada ayrıca özellikle bulut bilişim sistemlerinde söz konusu olan, verinin harici, üçüncü kişiye ait olan sistemlerde depolanması halinde bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin kuralların uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu husus Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi m. 19/2 hükmünde de düzenlenmiş olup, Alman hukukunda sözleşmeyle uyum sağlanması amacıyla kâğıtların incelenmesine ilişkin StPO § 110 hükmünde 2007 yılında yapılan değişiklikle, arama işleminin konusunu oluşturan veri taşıyıcısından, başka bir yerde bulunan veri taşıyıcısına uzaktan erişimin bulunması ve verilerin kaybolma tehlikesinin bulunması halinde, uzakta bulunan veri taşıyıcısına erişilerek verilerin temin edilebileceği ve bunların incelenmek üzere muhafaza altına alınabileceği düzenlenmiştir.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Erdoğan, s. 182.

<sup>81</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin T: 13.03.2007 E: 2005/6392 K:2007/948 sayılı Kararı; bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu T:14.09.2012 E: 2007/2257 K: 2012/1117 sayılı kararı ile onanmıştır (Bkz. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği dn. 1).

<sup>82</sup> İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Dergisi*, S. 9, Y. 2010, s. 28; Ünver, s. 210.

<sup>83</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8.

Türk hukukunda uzaktan erişime konu olan bu sistemlerde tedbirin uygulanması Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17/3 hükmünde “Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır” denilerek düzenlenmiştir. Ancak koruma tedbirlerinin kapsamının yönetmelikle genişletilmesinin, kanunilik ilkesi bakımından tereddütleri de beraberinde getirdiği ifade edilmelidir.<sup>84</sup> CMK m. 134 hükmünün ise bulut sistemlerinde arama yapılabilmesi için kanuni dayanak oluşturmadığı, zira burada failin kullanmadığı -verilerin depolandığı- bir bilgisayarda arama işleminin gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu, CMK m. 134 hükmüne göre yapılan aramada ancak failin kullandığı bilgisayarlarda fiziki olarak mevcut bulunan verilerin aranabileceği, uzaktan erişim yoluyla elde edilen delillerin bu nedenle hukuka aykırı delil niteliğinde olacağı doktrinde belirtilmiştir.<sup>85</sup> Yine bu sistemde verilerin fiziki olarak depolandığı yerin failin kullandığı cihazlar dışında olması, verilerin başka bir ülkede depolanmış olabilmesi ve hatta sürekli göç halinde bulunabilmesi, bu halde bulut bilişim sağlayıcısının dahi verilerin hangi zamanda nerede bulunduğu dair bilgiye sahip olmama ihtimalinin bulunması, yargı yetkisi bakımından sorunları da beraberinde getirmektedir.<sup>86</sup> Öte yandan verilerin yargı yetkisi içinde depolanmış olması halinde dahi, veri dağıtım teknolojilerinin bir kullanıcının verilerini bulut bilişim ortamındaki bir dizi veri depolama aygıtına bölerek depolanmış olmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>87</sup>

Bulut bilişim, enformasyon tekniği altyapılarının internet üzerinden kullanıcıların hizmetine sunulduğu platformlara ilişkin kapsayıcı

<sup>84</sup> Erdoğan, s. 181.

<sup>85</sup> Özde Dereboylular, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükmelerin Uygulanabilirliği”, *CHD*, S. 39, Y. 2019, s. 183, 184.

<sup>86</sup> Dereboylular, s. 170, 171.

<sup>87</sup> Dereboylular, s. 172; nitekim Rusya’da bu tür sorunların önüne geçmek amacıyla 241 sayılı Federal Kanun’la Rus vatandaşlarının verilerinin Rusya Federasyonu dışında depolanmasının yasaklandığı belirtilmiştir (Dereboylular, s. 174); Irina Diz, *Anwendbarkeit und Reichweite der Befugnisse gem. §§ 110 III, 100j StPO im Hinblick auf “Cloud Computing” und “Cloud Storage”*, *Strafrecht und moderne Technologien-Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Hrsg. Gunnar Duttge/Yener Ünver), Ankara 2018, s. 187.

bir kavram olarak kullanılmaktadır.<sup>88</sup> Harici bir alanda verilerin depolanmasının söz konusu olduğu sistemlerde kullanıcı internet aracılığıyla bir server üzerinden ya da bir hizmet paketi kapsamında (web-space) harici depolama alanına ulaşmaktadır.<sup>89</sup> Bu tür sistemlere daha önce değinilen elektronik postaların serverda kaydedildiği webmail uygulamaları, dropbox, Google drive, Skydrive gibi uygulamalar örnek gösterilebilir.<sup>90</sup>

Alman hukukunda da bulut bilişim sistemlerinde yer alan veriler söz konusu olduğunda nasıl bir yöntem izleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Esas itibarıyla doktrinde bilgisayar kütüklerinin ülke içerisinde bulunduğu durumlara ilişkin görüş birliği mevcut olup, bu tür verilere aramaya ilişkin genel hükümler gereğince ulaşılması ve bu verilerin StPO § 110 III hükmü gereğince incelenebilmesi ve muhafaza altına alınabilmesi mümkündür; bu halde tedbirden üçüncü kişilerin etkilenmesi söz konusu olduğu için StPO § 110 III/2 nin atfı ile StPO § 98 II gereğince mahkeme kararı gerekli olup, StPO § 33 II, III gereğince kütüğün sahibi konumunda bulunan üçüncü kişilere mahkemede dinlenme hakkı tanınmalıdır.<sup>91</sup> Bu verilerin şifre koruması altında bulunması halinde şifrelerin bilişim uzmanlarınca hukuka uygun bir arama emrine dayalı olarak kırılması mümkün olup, burada arama tedbirinde söz konusu olan, hukuka uygun, orantılı bir zorlamadan söz edilecektir.<sup>92</sup> Buna karşın verilerin yurtdışında bulunduğu hallerde hâkim görüşüne göre, bunlara kamuya açık olarak erişim mümkün olduğunda Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi m. 32/a gereğince ya da uluslararası hukukta geçerli olan teamül kuralları gereğince erişilebilmesi mümkündür.<sup>93</sup> Ancak erişimin şifre kullanılması gibi çeşitli yollarla kısıtlanmış olması halinde, Sözleşmenin 32/b hükmü gereğince bunlara erişim ancak hak sahibinin rızası veya ilgili devletin hukuki yardımıyla mümkündür; hak sahibinin rızası-

<sup>88</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8.

<sup>89</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8.

<sup>90</sup> Magda Wicker, Durchsuchung in der Cloud Nutzung von Cloud-Speichern und der strafprozessuale Zugriff deutscher Ermittlungsbehörden, MMR 2013, 765 (765).

<sup>91</sup> Park § 4 Rn. 824; BeckOK StPO/Hegmann StPO § 110 Rn. 13; KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8.

<sup>92</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8; Diz, s. 186; BeckOK StPO/Hegmann StPO § 110 Rn. 13.

<sup>93</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8a.

nın bulunmaması durumunda ancak uluslararası adli yardımlaşma<sup>94</sup> yoluna başvurulabilecektir.<sup>95</sup> Öte yandan bu usullere uyulmadan elde edilen delillerin, devletlerin egemenlik hakkı ihlal edilerek hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunun ve hükme esas alınamayacağıının kabulü, hukuka aykırı şekilde bu verilerin elde edilmesinin kasıtlı olarak gerçekleştirildiği, ilgili devletin verilere ulaşılmasını ya da bunların kullanılmasını açıkça reddetmesine rağmen, buna uygun davranılmadığı istisnai hallerde söz konusu olacaktır.<sup>96</sup> Verilerin yer aldığı kütüklerin ülke içerisinde bulunup bulunmadığı ya da nerede bulunduğu tespit edilebilir nitelikte değilse ve soruşturma makamlarının tüm çabalarına rağmen verilerin yurtdışında mı yurtçinde mi olduğu konusunda bilgi edinilememişse, bu noktada en azından hizmet sağlayıcısının yurtçinde depolama alanı bulunma imkânı elenmemeli<sup>97</sup> ve verilerin yurtdışında bulunduğu açıkça saptanamadığı hallerde bunların incelenebileceği ve hükme esas alınabileceği kabul edilmelidir.<sup>98</sup> Ayrıca, gecikmesinde sakınca olan hallerde resmi olarak talepte bulunulmadan önce, verilerin kaybolmasını önlemek amacıyla Sözleşmenin m. 29, 32 hükümleri gereğince Avrupa Birliği ülkeleri arasında verilerin bulunduğu ülke tarafından, bunların geçici olarak muhafaza altına alınmasının talep edilmesine olanak tanınmıştır.<sup>99</sup> Sözleşmenin 25. maddesi gereğince böyle bir talep şekle bağlı olmayıp telefax veya elektronik posta yoluyla da gerçekleştirilebilir.<sup>100</sup>

Verilerin yurtdışında bulunması halinde bunların elde edilmesine ilişkin bir diğer görüşe göreyse, burada uzaktan erişim sağlanan

<sup>94</sup> Detaylı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rıfat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2021, s. 171 vd.).

<sup>95</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8a; Park § 4 Rn. 826.

<sup>96</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8a; Christopher Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider/Hauschild, Münchener Kommentar zur StPO, Band I, München 2014, StPO § 110 Rn. 19; BGH NJW 2007, 2269 (2271, 2272).

<sup>97</sup> Bu şekildeki düşünce biçiminin arkasında özellikle Amerikan İstihbarat Birimlerinin ülkedeki verilere erişimine ilişkin skandalların ortaya çıkmasından sonra birçok bulut hizmeti sağlayıcısının açıkça Alman hukukunda geçerli olan kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca Almanya içerisinde de depolanacağını duyurmaları ve halihazırda birçok büyük şirketin Almanya'da host-serverlar kullanmalarının bulunduğu belirtilmiştir (KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8a).

<sup>98</sup> KK-StPO/Bruns StPO § 110 Rn. 8a.

<sup>99</sup> BeckOK StPO/Hegmann StPO § 110 Rn. 15; MüKoStPO/Hauschild StPO § 110 Rn. 18.

<sup>100</sup> MüKoStPO/Hauschild StPO § 110 Rn. 18.

kütüklerin hizmet sağlayıcısı tarafından kullanıcıya kiralandığı, kullanıcının fiilen bu kütüklere erişimin bulunmasının yeterli olduğu, nitekim kanunda bunların mülkiyetine sahip olmasının aranmadığı belirtilmiştir.<sup>101</sup> Burada önemli olan yurtiçinden bu kütüklere erişimin sağlanabiliyor olmasıdır; hizmet sağlayıcısının veri depolarının bulunduğu yerde fiziki olarak arama yapılmadığı sürece arama ve inceleme işlemleri bunlara ilişkin genel hükümler olan StPO §§ 102, 110 III gereğince iç hukuk kurallarına göre yapılacaktır; yine bu şekilde arama ve incelemenin yapılabilmesi için verilere yurtiçinden erişilebilir olması ve soruşturmanın yurtiçinde gerçekleştiriliyor olması gerekli ve yeterlidir.<sup>102</sup> Egemenlik ilkesine uygun hareket edilmesi ve devletlerarası yardımlaşma için öngörülen usullerin izlenmesi, arama işleminin bu üçüncü kişi nezdinde fiili olarak yurtdışında gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olacaktır.<sup>103</sup>

CMK m. 134 hükmünde yer alan düzenlemede şüphelinin kullandığı bilgisayar kütüklerinden söz edildiği için, Alman StPO'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde, şüphelinin kullanımında olan cihazlardan bunlara erişimin bulunması ve verilerin yurtiçinde depolanmış olması halinde CMK m. 134 hükmüne dayanılarak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin yapılabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan verilerin yurtdışında depolanmış olması halinde CMK m. 134 hükmünün bunlara erişim için hukuki dayanak oluşturmadığı konusundaki eleştiri hatalı görünmektedir. Zira burada mesele başka bir devletin egemenlik alanına müdahale edilmesi olacağından buna yalnızca iç hukukta yapılabilecek bir düzenlemeyle hukuki dayanak kazandırılması en başından mümkün değildir. Bu alanda karşılaşılan sorunların çözümü Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi ile de adres alındığı gibi, uluslararası iş birlikleri ve düzenlemelerle çözülebilecek niteliktedir.

## 2. Ceza Muhakemesi Evresi Bakımından Uygulanma Alanı

Kanun koyucu, tedbirlerin ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada uygulanabileceğini belirtmiştir. Soruşturma, yetkili makamlarca suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlayacak olup (CMK m. 2/1-e), bilişim sistemlerinde arama, kopyalama veya elkoyma tedbirlerine

<sup>101</sup> Wicker, s. 766, 767.

<sup>102</sup> Wicker, s. 768, 769.

<sup>103</sup> Wicker, s. 768.

soruşturmanın başlamasından önce, soruşturmanın başlatılıp başlatılmayacağına karar vermek üzere deliller toplanması amacıyla başvurulamayacaktır. Yine söz konusu soruşturmanın ceza soruşturması olması gerekir, idari ya da disiplin soruşturması nedeniyle bilişim sistemlerinde arama, kopyalama veya elkoyma tedbirlerine başvurulabilmesi mümkün değildir.<sup>104</sup>

Kanun koyucu, tedbirin uygulanma alanı bakımından soruşturma konusu suç yönünden herhangi bir kısıtlamaya yer vermemiştir. Kanun tasarısında yer alan iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar nedeniyle yapılan soruşturmada bu tedbirlere başvurma şartına, kanunda yer verilmemiştir.<sup>105</sup> Yine diğer bazı koruma tedbirlerinin uygulanması için aranan soruşturma konusu suçun kanunda öngörülmüş olan katalog suçlardan biri olması şartı bu tedbir bakımından aranmamıştır. Doktrinde tedbirin uygulama alanının genel tutulması ve belirli suçlara özgü olarak kısıtlanmamış olması; tedbirle temel haklar üzerindeki gerçekleştirilen müdahalenin ağırlığına işaret edilerek eleştirilmiştir.<sup>106</sup>

Doktrinde bir görüşe göre madde metninde açıkça tedbirin soruşturma aşamasında ve şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerine yönelik olarak düzenlenmiş olmasından dolayı, tedbirin kovuşturma aşamasında uygulanması mümkün değildir,<sup>107</sup> kaldı ki duruşmaların aleni olması ilkesinin söz konusu olduğu kovuşturma aşamasında bu tedbire başvurulması halinde, şüphelinin tedbirin uygulanması kararından haberi olacağından delilleri ortadan kaldırmasının her zaman mümkün olabileceği belirtilmiştir.<sup>108</sup> Hükmün lafzından yola çıkarak tedbirin yalnızca soruşturma aşamasında uygulanmasının mümkün olduğunu kabul eden bir diğer görüşe göreyse, tedbirin uygulanma alanının soruşturma evresiyle kısıtlanması hatalıdır; nitekim her ne kadar kovuşturma evresinde alenilik ilkesi hâkim olsa da sanığın tutuklu olması veya herhangi başka bir nedenle ilgili veri taşıyıcılarına ulaşamaması ve delilleri ortadan kaldırma olanağının bulunmaması

<sup>104</sup> Cengiz Tanrıku, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma*, Ankara 2014, s. 395; Rezan Epözdemir, "Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 142, Y. 2018, s. 91; Yaşar/Dursun, s. 8.

<sup>105</sup> Tanrıku, s. 388.

<sup>106</sup> Aktaş, s. 235; Centel/Zafer, s. 426.

<sup>107</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1098; Aydın, s. 108; Epözdemir, s. 91.

<sup>108</sup> Centel/Zafer, s.



da mümkündür; yine verilerin silinmiş olması halinde de bunların kısmi olarak da olsa geri getirilebilmesi mümkündür.<sup>109</sup> Bu nedenle kanun hükmünde kovuşturma evresinde de tedbirin uygulanmasını mümkün kılacak şekilde değişiklik yapılmalıdır.<sup>110</sup> Tedbirin kovuşturma evresinde de uygulanabilir olduğunu savunan yazarlar ise, bu uygulamaya başvurulabilmesinin gerekçesini, kovuşturma evresinde mahkemenin re'sen araştırma yetkisine sahip olmasında (CMK m. 207) görmektedir.<sup>111</sup> Hükmün lafzından yola çıkarak bu tedbirlerin yalnızca soruşturma aşamasında uygulanmasının mümkün olduğunu belirten görüşler daha isabetli görünmektedir. Nitekim her ne kadar kovuşturma evresinde de delillerin toplanması, mahkemenin bu konuda re'sen yetkili olması söz konusu olsa da CMK m. 134 hükmünde açıkça kıyasa yer bırakılmaksızın bu tedbirlerin soruşturma aşamasında söz konusu olacağı, şüpheli hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Buna karşın doktrinde, uygulamada ihtiyaçların tedbirlere kovuşturma aşamasında da başvurulması yönünde olduğu belirtilmiştir.<sup>112</sup> Yine Yargıtay da bir olayda daha dijital delillerin yeterli ölçüde toplanmadığı ve ilk derece mahkemesi tarafından daha fazla dijital delilin elde edilmesi ve daha ayrıntılı kovuşturma yapılması gerektiği belirtilerek bozma kararı<sup>113</sup>; diğer bir olayda mağdurun cep telefonuna gönderilen mesajın hangi bilgisayardan gönderildiğinin tespit edilmemesi soruşturmada önemli bir eksik olarak değerlendirilerek, bu tespitin kovuşturma aşamasında girilmesi için bozma kararı vermiştir.<sup>114</sup>

## B. Uygulanma Şartları

### 1. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

Bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine başvurulabilmesi için kanun koyucu, somut delillere dayanan kuv-

<sup>109</sup> Ünver, s. 217.

<sup>110</sup> Ünver, s. 217.

<sup>111</sup> Baştürk, s. 25; Yaşar/Dursun, s. 10.

<sup>112</sup> Tanrıkulu, s. 399.

<sup>113</sup> Yargıtay 1. CD T: 14.11.2011 E: 3891 K: 3230 sayılı kararı (Aktaran: Tanrıkulu, s. 399).

<sup>114</sup> Yargıtay 4. CD T: 09.05.2006 E: 16417 K:10607 sayılı kararı (Aktaran: Tanrıkulu, s. 399).

vetli şüphe sebeplerinin varlığını aramaktadır. Doktrindeki eleştiriler doğrultusunda<sup>115</sup> şüphe derecesine ilişkin bu düzenleme, hükme 21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenmiştir.

Somut delillerden anlaşılması gereken kuvvetli şüphenin oluşmasına imkân tanıyan, yalnızca sübjektif tahminleri esas almayan fakat maddi olguları yansıtan delillerdir.<sup>116</sup> Somut delillerin ilişkili olması gereken, bilişim sistemlerinde arama sonucu suç soruşturmasına ilişkin delillerin elde edileceğini gösteren olgulardır. Arama kararında kuvvetli suç şüphesinin dayanağını oluşturan bu somut delillerin neler olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Öte yandan doktrinde kuvvetli şüphenin, suçun işlendiğine ilişkin şüphe derecesini yansıttığı belirtilmiştir.<sup>117</sup> Ancak hükmün lafzında *“bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı...halinde şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına...”* yer alan ifadesinden, şüphe derecesinin arama işlemine yönelik olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim CMK m. 135 hükmünde, bilişim sistemlerinde aramadan farklı olarak iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanabilmesi açıkça *“suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına”* bağlı tutulmuş, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe açıkça suç işlendiğine ilişkin şüphenin<sup>118</sup> derecesi olarak belirlenmiştir. Yine aramaya ilişkin genel hüküm olan CMK m. 116 hükmünde *“...suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa...aranabilir”* denilerek aranan şüphe derecesi, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak suçun işlendiğine yönelik olarak değil, açıkça suç delillerinin elde edilmesine ilişkin olarak belirlenmiştir. Bilişim

<sup>115</sup> Hükümde 2014 yılında yapılan değişiklikten önce doktrinde düzenleme, koruma tedbirlerine başvurulması için gerekli olan belirli bir şüphe derecesine ulaşılmış olmasının CMK m. 134 hükmünde aranmaması yönünden eleştirilmekte, olaylara dayanmayan bir şüphe üzerine soruşturmaya başlanmasının kanuni değil keyfi bir davranış olduğu belirtilmekteydi

<sup>116</sup> Ünver, s. 198.

<sup>117</sup> Özen/Özocak, s. 62; Apiş, s. 72; Ünver, s. 206; Centel/Zafer, s. 401; *“belirtelim ki şüpheli veya sanığın üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde veya ona ait diğer yerlerde aranan şeyin arandığı yerde olduğunu gösteren somut delillere dayalı kuvvetli şüphe, aynı zamanda şüpheli veya sanığın suçu işlediğine dair somut delillere dayalı kuvvetli şüphe demektir.”*

<sup>118</sup> Benzer şekilde CMK m. 100, 128, 133, 139, 140 hükümlerinde açıkça suçun işlendiğine dair kuvvetli şüpheden söz edilmiştir.

sistemlerinde yapılacak olan aramanın özel hayata ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hürriyetlerine genel arama tedbirine kıyasla daha ağır bir müdahale teşkil edecek olması, kanun koyucuyu isabetli olarak bu tedbirin uygulanması bakımından genel arama tedbirinde delillerin mevcudiyetine yönelik aranan şüphe derecesinden daha yüksek bir şüphe derecesinin aranmasına sevk etmiştir. Belirtildiği gibi hükmün lafzından anlaşılan, aranan kuvvetli şüphe derecesinin delillerin bilişim sisteminde bulunduğuna ilişkin olmasıdır; kanun koyucu suçun işlendiğine dair nitelikli bir şüphe derecesinin bulunmasını aramamıştır. Bu iki şüphe derecesinin farkını şu şekilde açıklamak mümkündür; örneğin mağdurun, şüphelinin kendisinin rızası dışında cep telefonuyla fotoğraflarını çektiğini iddia ettiği ve bu yönde tanık beyanının bulunduğu bir soruşturmada, mağdurun ve tanığın beyanları somut deliller teşkil edecek, soruşturma organlarında bu beyanlara dayalı olarak suçun delili niteliğindeki fotoğrafların şüphelinin cep telefonunda bulunduğuna ilişkin kuvvetli şüphe oluşabilecektir.

Ancak henüz soruşturmanın bu aşamasında Cumhuriyet savcısında suçun işlendiğine dair mahkûm olma olasılığının çok yüksek görüldüğü kuvvetli şüphenin<sup>119</sup> oluşmamış olması ve bu şüphe derecesine ilgili delillerin elde edilmesiyle ulaşılabilecek olması mümkündür. Benzer şekilde, soruşturma makamında suçun işlendiğine ilişkin soruşturma kapsamında elde edilen deliller sonucunda kuvvetli şüphe oluşmuş olabilir, ancak bu suçun delillerinin şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde bulunduğuna ilişkin aynı şüphe derecesini oluşturacak deliller mevcut bulunmayabilir. Bunu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, şüpheli hakkında Sermaye Piyasa Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen bilgi suistimali suçundan dolayı yürütülen bir soruşturmada, şüphelinin içeriden öğrenen kişi niteliğinde olması ve yatırım hesabında ani bir kazancın gözlenmesi halinde, kazancın elde edildiği işlemin bilgi suistimalinden kaynaklandığına ilişkin diğer delillerle desteklenen kuvvetli şüphe oluşabilir; ancak bu işlemi şüphelinin bilişim sistemlerini kullanarak mı gerçekleştirdiği yoksa aracı kuruma emrin başka yollarla mı iletildiği konusunda aynı derecede kuvvetli şüpheye ulaşılabilir. Nitekim bilgi suistimali

<sup>119</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 318; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara 2020, s. 583, 584.

suçuna vücut veren hareket olarak işlem emrinin verilmesi, kişinin bilişim sistemlerini kullanarak internet üzerinden emri iletmesi yoluyla olabileceği gibi, aracı kurum yetkilisine telefon açarak bu emri vermesi de mümkündür.<sup>120</sup> Elbette ki suç delillerinin belirli bir yerde mevcut olduğuna ilişkin şüphenin bulunması, o suçun işlendiğine yönelik şüphenin de varlığına işaret etmektedir. Delillerin belli bir yerde bulunduğuna ilişkin belirli bir kanaat oluştuğunda, delillerin ait olduğu suçun işlendiğine ilişkin de kanaat oluşmuş olacaktır. Ancak CMK m. 134 hükmünün lafzından her iki hususa ilişkin şüphe derecesinin birbirinden farklı olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşın, kişilerin özgürlük alanlarına son derece ağır bir müdahale teşkil eden bu tedbirlerin uygulanmasında delillerin arama yapılan yerde bulunacağına dair kuvvetli şüphenin yanı sıra suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin de bulunması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu şekilde düşünüldüğünde, bir yandan başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması şartı aranırken diğer yandan soruşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin nasıl oluşmuş olabileceği tereddütü ortaya çıkmaktadır; zira kuvvetli şüpheden anlaşılması gerekenin şüphelinin mahkûm edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu<sup>121</sup> kabul edildiğinde artık bu yoğunlukta delile ulaşıldığına göre bu tedbire başvurma gereği de bulunmayacak, tedbire başvurulması orantılılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.<sup>122</sup> Nitekim haklı olarak doktrinde başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması şartının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, soruşturmanın başında veya soruşturma sürecinde başka bir tedbire başvurulmasının olayın aydınlatılmasını olanaksız kılacak olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>123</sup> Şu halde bu iki şart birlikte değerlendirildiğinde anlaşılması gereken, suç delillerinin ancak bilişim sistemlerinde yapılacak aramayla elde edilebileceği hususunda kuvvetli şüphenin bulunması ve bu delillere ulaşmanın ise ancak bu tedbirlere başvurulmasıyla mümkün olmasıdır.

<sup>120</sup> Nitekim bugün birçok banka online olarak borsada işlem emri verilmesi imkânı sağlamanın yanı sıra yatırım işlem hatları üzerinden telefonla işlem emri oluşturulması hizmeti sunmaktadır.

<sup>121</sup> Dülger, *Bilişim Sistemleri*, s. 318.

<sup>122</sup> Benzer tereddütler CMK m. 135 hükmünde düzenlenen iletişim tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri yönünden de geçerlidir, bkz. Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara 2019, s. 270.

<sup>123</sup> Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 273.

## 2. Başka Surette Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması

Başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4/c hükmünde; *“Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması”* şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde bu şarttan anlaşılması gerekenin tüm tedbirlerinin denenmesi neticesinde bir delilin elde edilememesi değil fakat somut olayı aydınlatabilecek delillerin elde edilmesi için ilgili tedbire başvurma zorunluluğunun bulunması olduğu belirtilmiştir.<sup>124</sup> Bu tedbire son çare (ultima ratio) olarak başvurulmalıdır.<sup>125</sup>

Başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasına ilişkin düzenlemeyi, soruşturma konusu suç ile ilgili olarak diğer koruma tedbirleri yoluyla hiçbir delilin elde edilemediği ve suça ilişkin delillerin ancak bilişim sistemlerinde yapılacak arama ile mümkün olabileceği şeklinde anlamamak gerekir. Nitekim suç ile ilgili hiçbir delilin, Cumhuriyet savcısında suçun işlendiği yönünde izlenimin oluşmasına neden olacak hiçbir olgunun<sup>126</sup> bulunmadığı durumda soruşturmanın başlatılması için gerekli olan “basit şüphenin” olduğundan da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla burada başka türlü delil elde etme imkânının bulunmamasından anlaşılması gereken, soruşturma konusu suçun delili niteliğindeki belli verilere ancak bilişim sistemlerinde yapılacak aramayla ulaşılabilecek olmasıdır.

Bu duruma örnek olarak Cumhuriyet savcısının TCK m. 243 hükmünde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunun işlendiğine yönelik olarak ihbar aldığı ve soruşturmanın başlatılması için yeterli şüphenin olduğu durumda bu suçun işlendiğine dair delillerin elde

<sup>124</sup> Aktaş, s. 235; bir diğer görüşe göre CMK’da düzenlenen koruma tedbirleri arasında temel haklara yapılan müdahalenin ağırlığına göre kronolojik bir sıralama bulunmaktadır; bu kronoloji izlenerek uygulanan tedbirler vasıtasıyla elde edilmesi mümkün olan ve olayları ispata yeter deliller mevcut ise o halde başka surette delil elde etme imkânının bulunmadığından söz edilemeyecektir (Tanrıkulu, s. 390).

<sup>125</sup> Yaşar/Dursun, s. 12; Baştürk, s. 27.

<sup>126</sup> Centel/Zafer, s. 80.

edilebilmesi için şüphelinin bilişim sisteminin incelenmesinin gerekmesi gösterilebilir. Zira burada ihbarın mağdur tarafından yapılmış olması halinde mağdurun beyanı da delil niteliğindedir ve soruşturma konusu suça ilişkin beyan delili niteliğinde delil bulunmaktadır, ancak suçun işlendiğine dair şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinin incelenmesi yoluyla elde edilebilecek delillerin başka surette elde edilmesi imkânı bulunmamaktadır.

Doktrinde bu şartın aranmasının özellikle bilişim suçları ve bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmiş suçlar hakkında yapılacak olan soruşturmalarda son derece hatalı olduğu belirtilmiştir.<sup>127</sup> Bu görüşe göre, bu halde yapılması gereken ilk iş, sistemin yapısı ve veri bütünlüğü bozulmadan içindeki bağlantıların ve verilerin tespit edilmesi olacaktır. Zira bu suçlara ilişkin olarak yürütülen soruşturmada genellikle başka surette delil elde etme imkânı bulunmamakta, başka şekillerle delillerin elde edilmesi sağlanmaya çalışıldığında ve son çare olarak bu tedbire başvurulduğunda artık çok geç olabilmekte; faile ve delillere ulaşma imkânı son derece güçleşebilmektedir.<sup>128</sup> Bu görüş, her suç soruşturmasında ilk olarak bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine başvurulması halinde kişisel verilerin güvenliğinin ve özel hayatın korunması imkânının kalmaması tehlikesinin ise kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması şartının gerçek anlamda uygulanmasıyla aşılabileceğini belirtilmiştir.<sup>129</sup> Ancak başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması şartından; diğer koruma tedbirlerinin denenmesi fakat sonuç alınamaması değil, fakat belirli bir delilin ancak bilişim sistemlerinde yapılacak arama tedbiriyle elde edilebileceği anlaşıldığında ayrıca bilişim sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen veya bu sistemlere karşı işlenen suçların, delillerin elde edilmesine ilişkin bu nitelikli şarttan hariç tutulmasına da ihtiyaç kalmayacaktır.

### 3. Hâkim veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

Bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin CMK m. 134 hükmünün ilk halinde, şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine başvurulabil-

<sup>127</sup> Dülger, Bilişim Suçları, s. 585.

<sup>128</sup> Dülger, Bilişim Suçları, s. 585.

<sup>129</sup> Dülger, Bilişim Suçları, s. 585.

mesi Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla mümkündür. Hükümde 25/07/2018 tarihli 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yapılan değişiklik sonrasında bu tedbirlere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla da başvurulabilmesi düzenlenmiş<sup>130</sup>, Anayasa m. 20 hükmünde uygun olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulacağı ve hâkimin en geç yirmi dört saat içerisinde karar vereceği hükümde belirtilmiştir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksi yönde karar verilmesi halinde ise çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhal imha edilecektir (CMK m. 134/1).

Adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan halin tanımı kanunda yapılmamıştır, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 4 hükmünde "*Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ... ifade eder.*" denilerek tanımlanmıştır.

Doktrinde düzenlemenin lafzının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararıyla başvurulabilecek tedbirlerin CMK m. 134/1 hükmünde sayılan "arama, kopyalama ve metin haline getirme" işlemleriyle sınırlı olduğu izlenimini yarattığı, nitekim elkoymanın hükmün ikinci fıkrasında düzenlendiği ve Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilecek kararların açıkça birinci fıkrada belirtilen arama ve kopyalama işlemlerine ilişkin olarak düzenlendiği, ikinci fıkrada benzer bir düzenleme yapılmamasının bazı tereddütleri doğurduğu belirtilmiştir.<sup>131</sup> Bu durum karşısında, düzenlemeyi iki şekilde yorumlamak mümkündür; öncelikle düzenlemeyle Cumhuriyet savcısı kararıyla elkoyma işleminin yapılamayacağı, bunun için hâkim kararının gerekli olduğu düşünülebilir.<sup>132</sup> İkinci olarak elkoyma tedbiri bakımın-

<sup>130</sup> Kanunda yapılan bu değişiklik ile 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile bu tedbirlere başvurulması imkânı olağanüstü hâl süresi ile sınırlı olmaktan çıkarılarak kalıcı hale getirilmiştir.

<sup>131</sup> Olgun Değirmenci, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 146, Y. 2018, s. 151, 152.

<sup>132</sup> Değirmenci, s. 152.

dan da birinci fıkrada anılan makamların yetkili olduğu düşünülebilir, ancak bu halde Cumhuriyet savcısı kararıyla elkoyma gerçekleştirilmesi halinde, hâkim kararı için sürenin dolması veya aksine karar verilmesi halinde metinlerin ve kopyaların imha edileceği açıkça düzenlendiği gibi elkoyma işleminde de elkonulan eşyanın iade edilmesine Anayasa m. 20 hükmüne uygun olarak kanunda ayrıca yer verilmesi gerekmektedir.<sup>133</sup> Birinci fıkra hükmünde açıkça elkoyma tedbirine de yer verilmesiyle bu tereddütlerin ortadan kaldırılması mümkündür.

### C. Elkoyma Tedbiri Yönünden Aranılan Diğer Şartlar

CMK m. 134 hükmünde aramaya konu cihazlara elkonulması işlemi istisnai olarak uygulanabilecek bir işlem olarak öngörülmüş; sistemlere şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması veya işlemin uzun sürecek olması şartlarından birinin gerçekleşmiş olmasına bağlı kılınmıştır. İşlemin uzun sürecek olması nedeniyle elkoyma tedbirine başvurulabilmesi olanağı kanuna 25.7.2018 tarihli 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yapılan değişiklikle eklenmiştir. Doktrinde değişikliğin uygulamadan gelen talepler doğrultusunda yapıldığı, nitekim yerinde yapılacak arama veya kopyalama işlemlerinin çoğu zaman teknik yetersizlik ya da kolluğun sınırlı zamanı nedeniyle gerçekleştirilemediği ve bu halde kanunda düzenlenmeyen bir neden olmasına rağmen uygulamadan kaynaklanan ihtiyaç nedeniyle esasında hukuka aykırı olarak cihazlara el konulduğu belirtilmiştir.<sup>134</sup> Elkoyma tedbirine başvurulabilmesi, hükümde sayılan amaçlarla sınırlı olarak gerçekleştirilebilecek, şifrenin çözülmesi, delillerin kopyalanmasının ardından elkonulan cihazlar derhal iade edilecektir (CMK m. 134/2). Kanun'da bu işlemin ne kadar sürebileceğine dair bir sınırlama öngörülmemiştir; ancak daha önce de belirtildiği gibi burada esas itibarıyla adli bilişim uzmanlarınca gerçekleştirilecek bir bilirkişi incelemesi söz konusu olduğundan, bilirkişiliğe ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır; buna göre adli bilişim uzmanları tarafından yapılan inceleme üç ayı geçemeyecek, kendisini atayan merciin gerekçeli kararıyla bu süre üç ay daha uzatılabilecektir (CMK m. 66/1).<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Değirmenci, s. 152.

<sup>134</sup> Değirmenci, s. 152.

<sup>135</sup> Duran, s. 216.



## V. TEDBİRLERİN UYGULANMA USULÜ

Bilişim sitelerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması esnasında delil toplanması için olay yerinde adli bilişim uzmanının bulunması gerekmektedir; zira dijital nitelikteki bu tür delillerin bilişim sistemlerinde yanlış işlemler sonucu yok olması veya zarar görmesi olasılığı yüksek olup, delillerin sağlıklı bir şekilde elde edilebilmesi için işlemler mutlaka alanında uzman kişiler tarafından gerçekleştirilmelidir.<sup>136</sup> Nitekim olay yerinde adli bilişim uzmanının bulunması, Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik m. 10 vd. hükümlerinin de bir gereğidir.<sup>137</sup>

CMK m. 134 hükmünde kural, verilerin arama yapılan yerde kopyalanmasıdır; bu tedbir kural olarak şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde arama yapılmasını, sistemdeki verilerin kopyasının çıkarılmasını ve kayıtların çözümü yapılarak metin haline getirilmesini içermektedir.<sup>138</sup> Şüphelinin kullandığı bilişim sistemi, olduğu yerde bırakılacak, kolluk güçleri veri taşıyıcısının veya sistemin aslını almayaacaktır.<sup>139</sup> CMK m. 134/5 hükmünde verilerin elkonulmasına gerek kalmaksızın kopyasının alınması halinde kopyası alınan verilerin kâğıda yazdırılacağı, bu hususun tutanağa kaydedilerek ilgililer tarafından imza altına alınacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm doktrinde hem gereksiz olduğu hem de yerine getirilmesinin somut olayda maddi olarak imkânsız olmasının mümkün olduğuna işaret edilerek eleştirilmiştir.<sup>140</sup>

CMK m. 134 hükmünde verilerin kopyalanmasından ve elkoyma sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesinden söz edilmiş, ancak kanunda veya yönetmelikte bu işlemlerin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde isabetli olarak kopyalama ve yedekleme işlemlerinin verilerin imajı alınarak ve hash değeri oluşturularak şüpheli ve müdafî önünde gerçekleştirilmesi; adli bilişim uzmanlarınca daha sonra yapılacak incelemelerin oluşturulan yedekler üzerinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>141</sup> Bu şe-

<sup>136</sup> Özen/Özocak, s. 65; Duran, s. 205.

<sup>137</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1105.

<sup>138</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 320.

<sup>139</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 320.

<sup>140</sup> Özen/Özocak, s. 70.

<sup>141</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 323.

kilde, elde edilen verilerin bütünlüğü ve güvenilirliği sağlanarak, ileride söz konusu olabilecek verilerin değiştirildiğine yönelik iddiaların önüne geçilmiş olacaktır.<sup>142</sup>

CMK m. 134/3 hükmünde elkoyma işlemine başvurulması halinde, elkoyma sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağı, f. 4 hükmünde bu şekilde alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline<sup>143</sup> verileceği düzenlenmiştir.<sup>144</sup> Doktrinde yedekleme işlemiyle kast edilenin, uygulamada imaj alma olarak ifade edilen, fiziksel kopyalama olduğu belirtilmiştir.<sup>145</sup> Fiziksel kopyalamada, bir depolama aygıtının üzerine veri yazılabilen tüm alanlarının, özel bir formatta ve hash değeri hesaplanarak bire bir kopyalanması söz konusu olmaktadır; kopyalamanın herhangi bir adli bilişim dosya formatına çevrilmeden doğrudan verilerin dosya formatında kopyalanması şeklinde gerçekleştirilmesi ise klon kopyalama olarak adlandırılmaktadır.<sup>146</sup> Yine bir veri depolama aygıtının tamamen ya da kısmen kopyalanması (mantıksal kopyalama) yoluna gidilmeksizin, depolama aygıtı içerisindeki bir veya birden fazla dosyanın kopyalanması söz konusu olduğunda bu işlem klasör ya da dosya kopyalama olarak adlandırılmaktadır.<sup>147</sup> Hash değeri, dosyaların parmak izi de denilebilen ve içeriğinde en ufak bir değişiklik yapıldığında değişen, imaj alma işlemi sonrasında elde edilen ve imajı alınan verilerin bir nevi mühürlenmesini sağlayan sayısal bir değerdir.<sup>148</sup> Herhangi bir dosya, belge veya programın orijinali ile farklılık bulunup bulunmadığının tespitinde hash değerine bakılacaktır. Eğer hash değeri, işlem öncesi ve sonrasında aynı ise datada herhangi bir değişiklik olmadığı; farklı ise datada değişiklik yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Hash

<sup>142</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 323, 324.

<sup>143</sup> Hükümde kullanılan vekil terimi hatalıdır; zira CMK m. 2/1/d gereğince vekil; katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı ifade etmektedir. CMK m. 2/1/c gereğince şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat hakkında ise müdafii terimi kullanılmaktadır.

<sup>144</sup> CMK m. 134/4 hükmünde 6256 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle şüpheliye veya vekiline yedekten kopya verilmesi, talebe bağlı olmaktan çıkarılmıştır. Değişiklik öncesinde kopya verilmesi bu kişiler tarafından "istenmesi halinde" gerçekleşmekteydi.

<sup>145</sup> Değirmenci, s. 149, 150.

<sup>146</sup> Değirmenci, s. 149.

<sup>147</sup> Değirmenci, s. 149.

<sup>148</sup> Özen/Şenocak, s. 53; Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 323.

değerinin elde edilmesi için diskin bütününe fiziksel kopyalama yoluyla kopyalanmasına gerek yoktur; mantıksal kopyalama ya da dosya kopyalama yolunda da kopyalanan dosyaların imajı alınarak hash değeri elde edilmesi mümkündür.<sup>149</sup>

Elkoyma işlemi yapılması gerektiğinde, doktrinde hash değeri oluşturularak yedekleme yapılmasının elkoyma işleminden sonra değil bizatihi elkoyma işlemi esnasında yapılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>150</sup> Nitekim kanunda da açıkça yedekleme işleminin elkoyma işlemi sırasında yapılacağı belirtilmiştir (CMK m. 134/3). Bu anlamda, yedekleme işleminin arama yapılan yerde teknik nedenlerle gerçekleştirilememesi ve işlem yapılmak üzere cihazların merkeze götürülmesi gerektiğinde bunlar üzerinde seri numarası bulunan özel delil torbalarına konularak götürülmeli, yedekleme işlemi şüpheli ve müdafinin önünde gerçekleştirilerek, oluşturulan yedeğin kopyası bu kişilere verilmelidir. Nitekim doktrinde, uygulamada elkoyma işleminin koluk tarafından tedbire konu araçların şüpheli ve müdafinin önünde özel delil torbalarına konulup mühürlenerek, bu esnada gerçekleştirilen tüm işlemlerin tutanağa bağlanarak gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. Merkeze götürülen bu araçlar üzerinde inceleme yapılacağı zaman ise duruma göre şüpheli ve/veya müdafinin incelemenin yapılacağı merkeze çağırıldığı ve bu işlem için hazırlanmış özel bir yere alınarak adli bilişim uzmanını inceleme yaparken buraya yerleştirilmiş kameralar sayesinde kendilerine ayrılan yerden canlı olarak monitörlerden izlediği belirtilmiştir.<sup>151</sup>

Alman hukukunda tedbirin muhatabı kişinin ya da müdafinin inceleme işlemleri sırasında hazır bulunma hakkına sahip olup olmadığı StPO § 110 III hükmünde 2004 yılında Birinci Yargıda Modernleşme Kanunu kapsamında yapılan değişikliklerle, hazır bulunma hakkının alternatif bir düzenlemeye yer verilmeksizin kaldırılmasıyla tartışmalı hale gelmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi<sup>152</sup> bu konuda, hazır bulunma hakkı kanunen açıkça düzenlenmemekle beraber, somut olayda müdahalenin ölçülülük ilkesine uygunluğunun sağlanmasının gerek-

<sup>149</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Leitfaden, IT-Forensik", Bonn 2011, s. 211.

<sup>150</sup> Özen/Özocak, s. 68.

<sup>151</sup> Dülger, Bilişim Sistemleri, s. 326.

<sup>152</sup> BVerfG NJW 2005, 1917 (1922); NJW 2009, 2431 (2437).

tirmesi halinde bu kişilerin inceleme esnasında hazır bulunmalarına olanak tanınması gerektiğini belirtmiştir; bilhassa veri taşıyıcılarının üçüncü kişilerle ortak kullanımının söz konusu olduğu hallerde, şüpheli olmayan bu kişilerin de gerektiğinde ilgili verilerin soruşturma açısından önemine ilişkin olarak, anlaşılır ve kontrol edilebilir açıklamalarda bulunması ve incelenecek verilerin tasnifinin ve kapsamının daraltılmasının kolaylaştırılması mümkündür.<sup>153</sup> Bir görüşe göre eşya üzerinde ortak zilyetliğe sahip kişilerin iradesine karşı olarak müdafii inceleme katılma hakkı bulunmamaktadır.<sup>154</sup> Diğer bir görüşe göre müdafii inceleme katılma hakkı hiçbir surette bulunmamaktadır; inceleme konu verilerin müvekkiline ait olması halinde de burada StPO § 147 hükmü gereğince dosyayı inceleme hakkı söz konusu olmamaktadır, zira bu hak mahkemenin önüne gelmiş deliller ve resmi olarak muhafaza altına alınmış olan deliller hakkında söz konusu olup inceleme işlemi nedeniyle geçici olarak muhafaza altına bulunan veriler mahkeme tarafından bunlar hakkında elkoyma kararı verilene kadar bu nitelikte değildir.<sup>155</sup> Elkoyma kararı ise ancak inceleme işleminden sonra söz konusu olmaktadır, inceleme işlemi aramanın bir aşaması olarak değerlendirilmekte ve verilerin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine, mahkemeden elkoyma kararı talep edilmesine gerek olup olmadığına ya da geçici olarak muhafaza altına alınan eşyaların iade edilmesine karar verilmek üzere yapılmaktadır.<sup>156</sup> Daha isabetli görünen diğer bir görüşe göre, kanun hükmünde hazır bulunma hakkının kaldırılmış olması redaksiyon hatası olarak değerlendirilmelidir; bu değişiklikte birlikte artık tedbirin muhatabının inceleme sırasında hazır bulunma hakkına sahip olmaması ve incelemenin “karanlıkta” gerçekleştirilebileceğinin kabulü mümkün değildir.<sup>157</sup> Kaldı ki inceleme esnasında hazır bulunma hakkı kanunun sistematüğinden de çıkarılmaktadır; bu işlem esas itibariyle aramanın bir aşaması olup, arama işleminde hazır bulunma hakkı kanunda açık-

<sup>153</sup> BeckOK/Hegmann StPO § 110 Rn. 11.

<sup>154</sup> BeckOK/Hegmann StPO § 110 Rn. 10.

<sup>155</sup> MüKoStPO/Hauschild StPO § 110 Rn. 12.

<sup>156</sup> Park § 2 Rn. 239, 242.

<sup>157</sup> Christopher Knauer/Christian Wolf, Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz-Teil 2: Änderungen der StPO, NJW 2004, 2932 (2938).

ça düzenlenmiştir (StPO § 106).<sup>158</sup> Müdafinin hazır bulunma hakkının ise aramaya ilişkin bu genel hükmün yanı sıra, sistematik olarak ifade ve sorgu almada hazır bulunma hakkından çıkarılabileceği belirtilmiştir.<sup>159</sup> Nitekim müdafinin hazır bulunması aynı zamanda şüphelinin lehine olan delillerin gözden kaçırılması tehlikesinin önlenmesine de hizmet edecektir.<sup>160</sup>

CMK m. 134/2 hükmünde şifrenin çözülmesi ve gerekli kopyaların alınması halinde elkonulan cihazların gecikme olmaksızın iade edileceği düzenlenmiştir. Esas itibarıyla, imaj alınarak yedekleme, cihazların içerisindeki verilere erişim şifre koruması altında bulursa dahi gerçekleştirilebilir; bu şifrelerin ise daha sonra özel programlar aracılığıyla kırılması mümkündür.<sup>161</sup> Ancak şifrenin kırılmasından önce cihazların içerisindeki veriler hakkında görevlilerin bilgisi olmayacaktır, bu halde sırf yedekleme işleminin gerçekleştirilmesi ardından cihazların iade edilmesi halinde içerisinde çocuk pornografisi niteliğindeki görüntüler gibi bulundurulması suç teşkil eden verilerin de şüpheliye iadesi sağlanmış olacaktır. Bu halde esas itibarıyla, eşyanın, verilere ulaşarak ve bu nitelikteki veriler silinerek şüpheliye iade edilmesi daha isabetli olacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun şifrenin çözülmesi ve yedekleme işleminin yapılmasını iadenin yapılabilmesi için birlikte gerçekleşmesi gereken koşullar olarak öngörmesi son derece isabetli görünmektedir. Nitekim doktrinde de özellikle suçun konusu olan çocuk pornografisi yahut mağdurun kredi kartı bilgileri gibi verilerin, cihazın içinde yer aldığı durumlarda bunun geri verilmesinin suçun işlenmesine kanun tarafından cevaz verilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir.<sup>162</sup> Bu gibi durumlarda TCK m. 54 hükmü gereğince eşya müsadere gündeme gelebilecekse de CMK m. 134 hükmünde özel bir düzenleme yapılması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir.<sup>163</sup> Zira TCK m. 54 hükmü gereğince, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilmesi mümkün olmakla birlikte, TCK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirinin konusunu oluşturan cihazların iyiniyetli üçün-

<sup>158</sup> Knauer/Wolf, s. 2938; Kristina Peters, Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme, NZWiST 2017, 465(470).

<sup>159</sup> Knauer/Wolf, s. 2938; Park § 2 Rn. 259.

<sup>160</sup> Park § 2 Rn. 259.

<sup>161</sup> Değirmenci, s. 149.

<sup>162</sup> Özen/Özocak, s. 70.

<sup>163</sup> Özen/Özocak, s. 70.

cü kişilere<sup>164</sup> ait olması ve bu nedenle müsadere edilememesi mümkündür. Öte yandan eşyanın şüpheliye ait olması halinde de cihazın müsadere edilmesi yerine, bu tür veriler silinerek iade edilmesi daha orantılı olacaktır. Bu nedenle doktrinde ifade edilen CMK m. 134 hükmünde özel bir düzenlemeye yer verilmesi görüşü son derece isabetli görünmektedir.

## VI. SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134 hükmünde düzenlenmiş olan koruma tedbirleri, nitelik itibariyle arama ve elkoyma tedbirlerinin özel bir görünümünü teşkil etmektedir. Bu tedbirlerin uygulanma alanı bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bilgisayar programları olarak belirlenmiş olmakla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan terminolojiyle uyum sağlanması ve bunları kapsayıcı bir üst kavram niteliğinde olması nedeniyle bilişim sistemleri kavramının tercih edilmesi daha isabetli görünmektedir.

Kanun hükmünde açıkça tedbirlerin soruşturma aşamasında ve şüpheli hakkında uygulanabileceği düzenlenmiş olup, kovuşturma evresinde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Tedbirin uygulanabilmesi için bilişim sistemlerinin şüpheli tarafından kullanılması gerekli ve yeterlidir; ayrıca bunların şüpheliye ait olmasına gerek yoktur.

Şüphelinin kullanmadığı fakat suçun delillerinin yer aldığı, üçüncü kişilerin ya da mağdurun kullandığı cihazlarda arama yapılabilmesinin, bu kişilerin rızalarının bulunması halinde dahi yasal dayanağı bulunmamaktadır.

CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirlere başvurulabilmesi somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde mümkündür. Kuvvetli şüphe sebeplerinin aranması, hükümde 2014 yılında 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle gerçekleşmiştir. Buna göre; suç delillerinin şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde bulunduğu hususunda soruşturma mercilerinde olgulara dayanan, sübjektif varsayım ve tahmin niteliğinde olmayan şüphe derecesine ulaşılmış olmalıdır. Başka surette delil etme imkânının bulunmamasından anlaşılması ge-

<sup>164</sup> İyiniyetli üçüncü kişi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Aysun Dalkılıç, Türk Ceza Hukukunda Müsaade, Ankara 2013, s. 72-75.

reken diğer bütün koruma tedbirlerinin denenmiş fakat sonuç alınmamış olması değil; belirli delillere ancak bu tedbirlere başvurulması yoluyla ulaşılabilecek olmasıdır. 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ayrıca elkoyma işlemi sırasında alınacak olan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye ya da müdafisine verilmesi isteğe bağlı olmaktan çıkarılarak zorunlu hale getirilmiştir.

Kanunda 2018 yılında 7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ilk olarak 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile bu tedbirlere başvurulması olağanüstü hâl süresi ile sınırlı olmaktan çıkarılarak kalıcı hale getirilmiştir.

CMK m. 134 hükmünde aramaya konu cihazlara elkonulması işlemi istisnai olarak uygulanabilecek bir işlem olarak öngörülmüş; ancak sistemlere şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması veya işlemin uzun sürecek olması şartlarından birinin gerçekleşmiş olmasına bağlı kılınmıştır. İşlemin uzun sürecek olması nedeniyle elkoyma tedbirine başvurulabilmesi olanağı, uygulamadan kaynaklanan ihtiyaçlar doğrultusunda 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yapılan değişiklikle eklenmiştir.

Tedbirlerin uygulanması kapsamında elde edilen dijital verilerin güvenilirliğini korumak amacıyla verilerin kopyalanması ve yedeklenmesi sırasında imaj alınarak hash değeri oluşturulmalı, bu değer şüpheli veya müdafii ile paylaşılmalıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aydın Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara 2014.
- Beulke Werner, *Strafprozessrecht*, München u.A. 2010.
- Beulke Werner/Swoboda Sabine, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2018.
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, *Leitfaden, IT-Forensik*, Bonn 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2015.
- Dalkılıç Aysun, *Türk Ceza Hukukunda Müsaade*, Ankara 2013.
- Dölling Dieter/Duttge Gunnar/Rössner Dieter (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, Baden-Baden 2017.
- Dülger Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara 2020. (Bilişim Suçları)
- Graf Jürgen-Peter (Hrsg.), *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, München 2020. (BeckOK StPO)

- Hannich Rolf (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München 2019. (KK-StPO)
- Joecks Wolfgang/Jäger Markus/Randt Karsten (Hrsg.), *Steuerstrafrecht*, München 2015.
- Kindhäuser Urs, *Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2016.
- Knauer Christopher/Kudlich Hans/ Schneider Hartmut (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur StPO*, Band I, München 2014. (MüKoStPO)
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoglu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2010.
- Öztürk Bahri/Eker Kazancı Behiye/Soyer Güleç Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara 2019.
- Park Tido, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, München 2018.
- Roxin Claus/Schünemann Bernd, *Strafverfahrensrecht*, München 2017.
- Savić Laura Iva, *Die digitale Dimension des Strafprozessrechts*, Berlin 2020.
- Tanrikulu Cengiz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sisteminde Arama ve Elkoyma*, Ankara 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Rifat Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara 2021.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2015.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara 2005.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2014.

## Makaleler

- Aktaş Batuhan, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme", *YÜHFD*, C. 14, S. 2, Y. 2017, ss. 211-239.
- Apiş Özge, "Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Tedbiri", *Yasama Dergisi*/37, Y. 2018, ss. 49-86.
- Baştürk İhsan, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Dergisi*, S. 9, Y. 2010, ss. 23-32.
- Değirmenci Olgun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 146, Y. 2018, ss. 146-155.
- Dereboylular Özde, "Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği", *CHD*, S. 39, Y. 2019, ss. 161-202.
- Diz Irina, *Anwendbarkeit und Reichweite der Befugnisse gem. §§ 110 III, 100j StPO im Hinblick auf "Cloud Computing" und "Cloud Storage"*, *Strafrecht und moderne Technologien-Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Hrsg. Gunnar Duttge/Yener Ünver), Ankara 2018, ss. 183-195.
- Duran Gürkan Yaşar, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *BÜHFD*, C. 14, S. 173-174, Y. 2019, ss. 173-241.



- Dülger Murat Volkan, Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular (Edt. Nur Centel), İstanbul 2015, ss. 315-327. (Bilişim Sistemleri)
- Epözdemir Rezan, "Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 142, Y. 2018, ss. 88-98.
- Erdogan Yavuz, Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayar Araması ve Bulunan Delillere Elkonulması, Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yönetimi (Edt. Fahrettin Özdemirci/Zeynep Akdoğan), Ankara 2017, ss. 173-190.
- Knauer Christopher/Wolf Christian, Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz-Teil 2: Änderungen der StPO, NJW 2004, ss. 2932-2938.
- McGraw Swaminatha Tara., The Fourth Amendment Unplugged: Electronic Evidence Issues & Wireless Defences, *Yale Journal of Law and Technology*, C. 7 S. 1, Y. 2005, ss. 51-86.
- Özen Muharrem/Özocak Gürkan, Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134), ABD 2015/1, ss. 43-76.
- Peters Kristina, Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme, NZWiST 2017, ss. 465-473.
- Ünver Yener, Durchsuchung des Computers im Rahmen des Art. 134 tStPO, Strafrecht und moderne Technologien-Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler (Hrsg. Gunnar Duttge/Yener Ünver), Ankara 2018, ss. 196-226.
- Yıldız Ali Kemal, "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", *CHD* 2006/2, ss. 253-264.
- Warken Claudia, Elektronische Beweismittel im Strafprozessrecht-eine Momentaufnahme über den deutschen Tellerrand hinaus, Teil 2, NZWiST 2017, ss. 329-337.
- Wicker Magda, Durchsuchung in der Cloud Nutzung von Cloud-Speichern und der strafprozessuale Zugriff deutscher Ermittlungsbehörden, MMR 2013, ss. 765-769.
- Yaşar Yusuf/Dursun İsmail, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri", *MÜHF-HAD*, C. 19, S. 3, Y. 2013, ss. 3-34.
- Zerbes Ingeborg/El-Ghazi Mohammad, Zugriff auf Computer: Von der gegenständlichen zur virtuellen Durchsuchung, NStZ 2015, ss. 425-433.

### İnternet Kaynakları

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>

### Mahkeme Kararları

[www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

# MURİS MUVAZAASI ve MUVAZAA İDDİASINDA BULUNULAMAYACAK BAZI DURUMLAR

## SIMULATION OF THE DECEASED AND SOME SITUATIONS IN WHICH SIMULATION CANNOT BE CONSIDERED

Barış ÇİFTÇİ\*

**Özet:** Uygulamada yaygın olan muris muvazaasının temeli, mirasbırakanın (murisin) ailesinden bazılarına terekesinden daha çok mal bırakmak istemesinden veya mirasçılarında mal kaçırmasından kaynaklanır. Bu sebeple gerçekte yapmak istemedikleri bir sözleşmeyi yaparlar. İrade ile dışı vurulan beyan arasında birbirine uygunluk bulunması gerekirken mirasçılardan mal kaçırmak için bir uygunsuzluk yaratılmaktadır. Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapılan bu taşınmaz devri kesin hükümsüzdür. Mirasbırakanın gerçek iradesinin ne olduğunun tespitini yaparken ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimler, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, minnet duygusu, mal paylaşırma (denkleştirme) amacı, davalının alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, sözleşme tarihinde murisin yaşı fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın tüm mamelekine oranı, gibi olgular esas alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Muris, Muvazaa, Muris Muvazaası, Mirasçıdan Mal Kaçırma Kastı, Mirasbırakanın Asıl İradesi, Gizli Anlaşma

**Abstract:** Simulation of the deceased is common in practice. Its basis stems from the desire of the legator (deceased) to leave more of his/her heritage to specific family members or to smuggle property from heirs. Therefore, they draw up a contract that they do not actually intend. While there has to be a compatibility between the will and the declaration, an inconvenience is created to smuggle property from the heirs. This conveyance of real property which is made to deceive the third parties is absolutely null and void. While determining what the real will of the legator, it should be considered that the traditions of the country and the region inclinations of the society, natural tenor of events, whether the legator has valid and reasonable cause to conclude a contract, sense of gratitude, purpose of sharing goods whether the defendant has purchasing power,

\* Av., av.barisciftci@gmail.com, ORCID ID:0000-0003-1247-5305, Makalenin Gönderim Tarihi 30.09.2020, Kabul Tarihi: 30.09.2020

the price gap between the sales price and the actual value on the contract date, age, physical and general health status of legator on the contract date, family conditions and relations, the amount of assets held and the proportion of transferred goods to all assets.

**Keywords:** Deceased, Collusion, Deceased Collusion, Intention of Property Abduction From the Inheritor, Actual Will of The Legator, Secret Contract

## I. GİRİŞ

Uygulamada yaygın olan muris muvazaasının temeli, mirasbırakanın (murisin) ailesinden bazı kişilere terekesinden daha çok mal bırakmak istemesinden veya mirasçılarında mal kaçırmasından kaynaklanır. İrade ile dışa vurulan beyan arasında birbirine uygunluk bulunması gerekirken mirasçılardan mal kaçırmak için bir uygunsuzluk yaratılmaktadır. Üçüncü kişileri (çoğu zaman mirasçıları) aldatmak amacıyla, gerçek iradeye aykırı yapılan taşınmaz devri kesin hükümsüzdür. Zira taşınmaz devri gerçek iradelerle resmi şekildeki beyanlar arasında uygunluk sağlanarak yapılmalıdır. Ancak bazı durumlarda irade ile beyan arasında kasti uygunsuzluk resmi şekle geçerken gerçek irade değil, gerçekte olmayan irade (satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi) gösterilir. Bu durumda yapılan işlem şekle aykırılıktan kesin hükümsüz olacaktır. Aynı hakka ilişkin olan bu işlem hak düşürücü süreye tabi değildir. Kural olarak zamanaşımı da alacak haklarında olduğu için muvazaalı işlemlerde zamanaşımı da söz konusu olmaz.<sup>1</sup> Yeter ki ileri sürülen taşınmazların muris muvazaasına dayalı tapu iptali 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olmasın. Ayrıca belirtmek gerekir ki taşınır bir malın mal kaçırmak amacı ile verilmesi şekle tabi olmadığı için gerçek irade olan bağış geçerli sayılacak ve iptale değil, tenkise tabi olacaktır.<sup>2</sup>

## II. MUVAZAA

Bir sözleşmenin yapılması sırasında, irade ile dışa vurulan beyan birbirine uygun olmalıdır. Ancak bazı hallerde gerçek irade ile dışa vu-

<sup>1</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s.1283.

<sup>2</sup> Erhan Günay, Mirastan Mal Kaçırma, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013. s.14.

ruhan beyan birbiri ile uyumlu olmayabilir. Bu durum kasıtlı yapıldığı takdirde muvazaadan söz edilir.<sup>3</sup> Bir sözleşmede muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç sonuç doğurmamasını veya görünüşteki sözleşmeden farklı bir sonuç doğurması konusunda anlaşmalarıdır.<sup>4</sup> Kısaca muvazaa tarafların irade ve beyanları arasında isteyerek yaptıkları uyumsuzluktur.<sup>5</sup> Muris muvazaasında, mirasbırakan bu kastını mirasçılarını aldatarak onlardan mal kaçırmak için yaratır.<sup>6</sup>

Muvazaa şartlarının oluşması için üç koşul bir arada bulunması gerekir. Bunlar:

- I. Tarafların gerçek amaçları ile yaptıkları işlemler arasında bilerek ve isteyerek yapılan bir uyumsuzluk,
- II. Üçüncü kişileri aldatma amacı,
- III. Tarafların muvazaalı işlem yapma konusunda aralarında anlaşmaları.

Muvazaa, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>7</sup>

Mutlak (Adi) muvazaada taraflar aslında hiç yapmak istemedikleri hukuki işlemi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla irade açıklamasında bulunurlar. Bu sebeple mutlak muvazaada gizli işlem söz konusu değildir. Taraflar hiç hukuki işlem yapmak istememektedirler. Bir kimsenin alacaklılarından mal kaçırmak için arkadaşına arabasını satış yapması durumunda taraflar aslında hiç hukuki işlem yapmak istememektedirler.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Vasiyetname tek taraflı düzenlendiği için vasiyetnamede muvazaadan söz edilmez. Zira iki taraf bulunmamaktadır.

<sup>4</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, 12. Bası, İstanbul 2014, s.130; Fahrettin Kayhan, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası" *Ankara Barosu Dergisi*, 2000-3, s.178.

<sup>5</sup> Eren, s.350. Ancak bu tanıma üçüncü kişileri aldatma amacı da eklenmelidir. Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, İstanbul 2014, s.345.

<sup>6</sup> Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, 3.Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, S. 310.; Nihat Yavuz, Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-I Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları 4. Bası, Ankara 2015, s. 3.

<sup>7</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, s. 130. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.279; Eren, s.365.

<sup>8</sup> Turgut Akıntürk /Derya Ateş: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, Eylül 2016, s. 55.

Nisbi muvazaada ise taraflar bir işlem yapmak istemekte ancak çeşitli nedenlerden üçüncü kişileri aldatmak için bu irade açıklamasını farklı yönde yapmaktadırlar. Aslında arkadaşına bağışlamak istediği saatini eşinin kızacağı düşüncesi ile satış işlemi gibi gösterilmesi veya çoğu zaman karşılaşılan durum ise birden fazla mirasçısı bulunan murisin bazı mirasçılarında daha fazla mal bırakmak için gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını satış olarak göstermesi gibi. Gerçek iradesi bedelsiz şekilde yani bağış yapmak olmasına rağmen irade beyanları sanki satış sözleşmesi gibi resmi kayıtlara geçmektedir.<sup>9</sup> Taşınır mal söz konusu ise şekil şartı olmadığından bağış sayılabilecek ancak taşınmaz söz konusu ise tapuda yapılan işlem için gerçek irade ile uygunluk aranacaktır.<sup>10</sup> Yargıtay'a göre muvazaalı sözleşme muvazaa nedeni ile hüküm doğurmaz.<sup>11</sup> Muvazaa kesin hükümsüz yani butlandır. Öğretide muvazaalı işlemin iradeye uygun olmadığını ve hukuki işlemin kurucu unsuru bulunmadığından yokluk olduğunu savunanlar da vardır.<sup>12</sup>

### III. MURİS MUVAZAASI

Nisbi muvazaa türü kabul edilen muris muvazaasında bir kimşenin mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla yaptığı karşılıksız kazandırmaları tapuda satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi göstermesidir.<sup>13</sup> Tıpkı nisbi muvazaada olduğu gibi gerçekte yapmak istedikleri hukuki işlemi bazı nedenlerden (mirasçılardan mal kaçırmak gibi) iradeye aykırı beyan etmektedirler. Buradaki temel amaç saklı paylı mirasçılarının ilerde tenkis davası açarak miras paylarını almalarını önlemektir. Kısaca mirasbırakan gerçekte bağışlamak istediği mallarını satış karşılığında devretmiş gibi göstererek mirasçılarında ilerde terekesinden taşınmaz kalmasını önlemek istemektedir. Mirasbırakanın yapması gereken ise vasiyetname yaparak taşınmazını istediği kişiye bırakmalı veya tarafların tapuda gerçek ira-

<sup>9</sup> Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 103; Eren, s. 369.

<sup>10</sup> Günay, s.14.

<sup>11</sup> Oğuzman/Öz, s.132; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm,1. Cilt, İstanbul 2010, s.356.

<sup>12</sup> Eren, s.356.

<sup>13</sup> Kayhan, s. 184.; Ali Özüğür, Tenkis Muvazaa Mirasta İade Davaları, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011. s.866.

deleri olan bağışlamayı beyan etmeleri gerekmektedir. Zira gerçekte bağış olan iradelerini tapuda ölünceye kadar bakma sözleşmesi veya satış olarak göstermişlerse bu işlem geçerli olmayacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 203/4 uyarınca muvazaalı olan bu işlem tanık dahil her türlü delille ispat edebilir.<sup>14</sup> Ayrıca saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılar muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davasını açabilir. Hatta atanmış mirasçı da muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davasını açabilir<sup>15</sup>.

Muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davasını tespit edilmesi gereken hususlar şunlardır:<sup>16</sup>

Gelenek ve görenekler,

Toplumsal eğilimler,

Olayların olağan akışı,

Mirasbırakanın taşınmaz satımında haklı bir sebebinin olup olmaması,<sup>17</sup>

Murise davalının bakması veya minnet duygusu olup olmadığı,

Mirasbırakanın taşınmaz satışına ihtiyacının olup olmadığı,

Mirasbırakanın gelir durumu emekli maaşı ve gelir düzeyi,

Ölümüne yakın tüm mal varlığını sebepsiz devretmesi ve davalının ödeme gücü,<sup>18</sup>

Satış bedeliyle işlem tarihindeki gerçek değer arasındaki fark,

Mirasbırakanın devir tarihinde ekonomik ve sosyal durumunun nasıl olduğu,

<sup>14</sup> Kayhan, s.184.

<sup>15</sup> Kemal Oğuzman, "Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (Özel Sayı)", *İstanbul Üniversitesi Dergisi*, İstanbul 1990, s. 189; Rona Serozan/Engin Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014. s. 234; Dural/Öz, s.263.

<sup>16</sup> Murat Topuz, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan (Özel Sayı)", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2016, Cilt 15, Sayı 2, s.726.

<sup>17</sup> Y.1. HD, T.29.11.2007, E.2007/9815, K.2007/11607. (Erişim Tarihi: 20.01.2021).

<sup>18</sup> Y. 1. HD, T.11.5.2011, E.2011/4340, K.2011/5650. (Erişim Tarihi: 25.01.2021).

Taşınmazın devirden sonra kimin tasarrufunda olduğu,<sup>19</sup> gibi her somut olaya göre şekillenen bu muvazaa olgusu uygulamada sık rastlanması sebebi ile Yargıtay kararları ile şekillenmiştir.

## A. MURİS MUVAZAASININ UNSURLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.06.2010 Tarihli 2010/1-295 esas numaralı, 2010/333 sayılı kararında, muris muvazaasının diğer nisbi muvazaa türü gibi 4 unsurdan oluştuğunu şu şekilde ifade etmiştir.

### 1- Görünüşteki Sözleşme

Gerçekte yapmak istemediği işlemi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla istiyormuş gibi irade açıklamasıdır. Sözleşmelerin geçerli olabilmesi için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Oysa muris muvazaasında mirasbırakan ve sözleşmenin karşı tarafının iradesi görünüşteki sözleşmeyi yapmamak konusunda birbirine uygundur.<sup>20</sup> Bağış yapmak isterken dışarıya satış sözleşmesinin veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin **şartlarını açıklayarak işlem** yapmaktadırlar.

### 2- Üçüncü Şahısları (Mirasçıları) Aldatmak Amacı

Mirasbırakan kişi yani muris diğer miraslarından mal kaçırmak için aslında yapmak istemediği bir işlemin şartlarını açıklamaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 tarihli kararından yola çıkarak muris muvazaası kavramının varlığından söz edebilmemiz için, İçtihadı birleştirme kararında değinildiği üzere, mirasbırakanın muvazaalı işlem yapmadaki amacı mutlaka mirasçılarından mal kaçırmak olmalıdır. Böylece terekesinden taşınmaz eksilecek ve mal kaçırmak istediği mirasçıları tenkis davası da açamayacaktır. Zira miras hukuku mirasbırakanın sağlığında yaptığı işlemlerle ilgilenmemektedir. Ancak yapılan işlem muvazaalı olduğu için tapu iptal ve tescil davası açılıp mirasçılar miras paylarını alabilecektir.

<sup>19</sup> Y. 1. HD, T.13.5.2008, E. 2008/1744, K.2008/6028. (Erişim Tarihi: 25.01.2021).

<sup>20</sup> Eren, s. 372, Kocayusufpaşaoğlu, s. 355; Serozan/Engin, s. 234.

### 3- Tarafların Beyanları ile İradeleri Arasında İsteyerek Meydana Getirdikleri Uyumsuzluğu Açıklayan Muvazaa Anlaşması

Sözleşmeyi yapan iki tarafın gerçekte yapmak istemedikleri işlemi **üçüncü kişileri aldatmak için yapmış görünmeleridir**. Muris muvazaasında, muvazaa anlaşmasının varlığı muvazaanın oluşması için şarttır.<sup>21</sup>Bu anlaşma açık veya örtülü olabilir.

### 4-Gizli Sözleşme

Muris muvazaasının son unsuru, tüm nispi muvazaalarda olduğu gibi gizli sözleşmedir. Mirasbırakan taşınmazını bağış yoluyla devretmek istemekte, ne var ki bu sözleşmeyi gerçek iradesine uygun olmayan satış sözleşmesinin arkasına gizlemektedir.<sup>22</sup>

### B- MURİS MUVAZAASINI AÇIKLAYAN 01.04.1974 TARİHLİ YİBK

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında mirasçiyı miras hakkından yoksun etmek amacıyla mirasbırakanın muvazaalı olarak yapmış olduğu tasarruf işlemlerinin iptalini dava etmek hakkı, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın tüm mirasçılara tanınmış ayrıca tenkis ve mirasta iade ile ilgili hükümleri aslında geçerli tasarruflar için uygulanabileceği açıklanmıştır.

*“Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu arasındaki görüş ayrılığı, bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla; tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malını, gerçekte bağışlamak istediği halde, Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış biçiminde açıkladığının gerçekleşmiş olması durumunda, saklı pay sahibi olan mirasçıların, tenkis ya da mirasta iade davası açmak haklarını kullanmayıp Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptalini isteyebilir isteyemeyecekleri ve saklı pay sahibi olmayan mirasçıların da aynı davayı açmak yetkisine sahip olup olmadıkları ... konusundadır.*

...

<sup>21</sup> Eren, s.378.

<sup>22</sup> Antalya, s.279.



Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında; *mirasçıyı miras hakkından yoksun etmek amacıyla mirasbırakanın muvazaalı olarak yapmış olduğu tasarruf işlemlerinin iptalini dava etmek hakkı, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın tüm mirasçılara tanınmış ve tenkis ve mirasta iade ile ilgili hükümleri aslında geçerli tasarruflar için uygulanabileceği açıklanmıştır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi kararlarında ise böyle bir dava hakkı tanınmamış; sadece saklı pay sahiplerinin Medeni Kanun'un 507. maddesinin 4. fıkrası gereğince tenkis davası açabilecekleri ve mirasbırakanın bu davranışının Medeni Kanun'un 603. maddesinin 2. fıkrası gereğince o taşınmazı iade etmekten ayrık tuttuğu anlamına geldiği kabul edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda konu, sadece sevk edildiği olayla sınırlı olarak ele alınmıştır. Daha açık bir deyimle; tasarruf işleminin tapu sicilinden kayıtlı olan, taşınmaz malın, görünüşte satış ve gerçekte ise hibe biçiminde olduğu olayıyla sınırlandırılmıştır.*

...

*Muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılsa bile gizli hibe akdi geçerli olacağından mirasçının Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak açacağı davada yarar bulunmadığı ve bu nedenle bir sonuç doğurmayacağı düşüncesini de kabul etmek olanaksızdır. Gerçekten böyle bir davayı açacak kimsenin, davada yararının bulunması zorunludur. Ve ilke olarak da gizli akit geçerlidir. Ancak gizli akdin geçerli sayılabilmesi için tüm koşulların oluşmuş olması zorunludur. İçtihadı Birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışidir. Böyle bir durumda gizli akdin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü Tapu Memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmiyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi işlemin gizli akdi de içine alacağı kabul edilemez.*

...

*Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte başışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklanmış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış*

*sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanununun 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi.”<sup>23</sup>*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 18’e dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 507 ve 603’ün sağladığı haklara etkili olmayacağı...” şeklinde özetlenmiştir.<sup>24</sup> Ancak şunu belirtmek gerekir ki muvazaa olgusu şekil şartı gerektirmeyen işlemlerde hüküm doğurmayabilir. Saatini oğluna vermesi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı için bağış olarak kabul edilecektir. Zira gizli işlemin salt muvazaalı işlemle birlikte yapılmış olması onun da geçersiz olması sonucunu doğurmaz.<sup>25</sup>

Muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davalarında saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen her mirasçının bunu dava edebileceğini ve muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilirler zira mirasçılar muvazaalı işlemin tarafı değildir. Bu davayı yasal mirasçılar yanında atanmış mirasçılar da açabilir<sup>26</sup>. Ancak bu davayı mirası reddeden, miras hakkından feragat eden, mirastan yoksun olan veya mirastan çıkarılan kişiler açamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki taraflardan birisi kendi muvazaasına dayanarak dava açması bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesine aykırı olacağından kimse kendi muvazaasına dayalı dava açamaz. Bu sebeple taraflar veya muvazaalı işlem sırasında veli vasi kayyım gibi sıfatlarla işlem yapanlar da kendi muvazaalarına dayanamaz.<sup>27</sup> Muvazaa davası der-

<sup>23</sup> YİBK, T. 1.4.1974, E. 1974/1, K. 1974/2. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>24</sup> Özüğür, s.883.

<sup>25</sup> Eren, s. 377; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s.74.

<sup>26</sup> Oğuzman, s. 189; Serozan/Engin, S. 234; Dural/Öz, s.263.

<sup>27</sup> YHGK, T. 27.01.2010, E.2010/1-1, K.2010/32. “Dosya arasında bulunan resmi senette muris taşınmazı bedeli karşılığı sattığını belirtmiş, davacı baba da bedelini vererek taşınmazı davalı adına aldığını açıklamıştır. Diğer davacıların bu devrin

dest iken tenkis davası açılabilir. Esasen kademeli olarak açılma olanağı bulunan bu davalarda muvazaa olgusu ispatlanamadığı takdirde tenkis davasının incelenmesi gerekir. Önce tenkis davası açıldıktan sonra muvazaaya dayalı davada ayrı bir dilekçe ile her zaman açılabilir. Bu halde muvazaa davasının tenkis davası için bekletici mesele sayılması gerekir. Muvazaa sebebiyle tapu iptal tescil davası, tenkise oranla daha geniş kapsamlı olduğundan ıslah yoluyla da olsa tenkis davası muvazaa davasına dönüştürülemez. Ancak muvazaa davası, tenkis davasına dönüştürülebilir. Farklı yörelerde bulunan taşınmazlar yönüyle muris muvazaası nedenine dayalı dava birlikte açılabilir. Muvazaalı temliklerde, mirasçılar, miras payları oranında tapu iptal ve tescil isteyebilecekleri gibi, taşınmazın terekeye döndürülmesini de isteyebilirler. Pay oranında iptal tescil istenilmesi halinde, dava açan mirasçıların payları yönünden dava kabul edilecek, bundan dava açmayanlar yararlanamayacaktır. Muris muvazaası iddiasına dayalı olarak pay oranında istekte bulunulabileceği gibi, terekeye iade (tüm mirasçılar adına tescil) de istenebilir. Ancak bu duruma diğer mirasçıların muvafakati sağlanmazsa terekeye temsilci atanması gerekir.

## C- MUVAZAA İDDİASINDA BULUNAMAYACAK BAZI DURUMLAR

### 1-DENKLEŞTİRME AMACIYLA YAPILAN SATIŞLAR

Muris muvazaasından söz edilmesi için mirasbırakanın mirasçısından mal kaçırma kastının bulunması gerekir. Mirasbırakan tüm

---

danışıklı olduğuna dair kendi miras haklarına dayanarak açtıkları bu davanın her türlü delil ile ispatı mümkün ise de davacı s.... işlemde velayeten taraf olduğundan kendisinin bizzat yaptığı bu işlemin muvazaalı olduğunu iddia etmesi mümkün değildir. Burada bir hususu açıklamakta yarar vardır. Bir işlem ya muvazaalıdır ve bu nedenle davada taraf olanların tümü için geçersizdir veya değildir. İşlemin bazı davacılar için geçerli, bazıları için geçersiz olduğunu söyleme olanağı yoktur. Bu nedenle davacı s.... yönünden de geçersiz olduğu söylenebilir. Ancak burada bir ayırım söz konusudur. Davacı her ne kadar tapudaki muvazaalı işlemde velayeten bulunmuş ise de işlemin tarafıdır, taşınmazı bedel ödeyerek davalı adına aldığı resmi memur huzurunda beyan etmiştir. o halde kendisinin de bir muvazaası söz konusudur ve kural olarak hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemez. Kaldı ki böyle bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten TMK ikinci maddesine de aykırıdır.” (Erişim Tarihi: 25.01.2021).

mirasçuları kapsar nitelikte bir paylaşırma yapmışsa; artık mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastının değil denkleştirmeyi sağlama amacının olduğu söylenebilir. Mirasbırakan mirasçularına tapuda satış göstererek taşınmazlarını paylaşmışsa bu temliklere karşı artık muvazaa iddiasında bulunulamaz. Zira burada mal kaçırma kastı değil mal paylaşırma kastı vardır. Denkleştirmenin mirasbırakana ait her bir taşınmazda her bir mirasçıya pay ya da hak vermesi şeklinde yapılmasına gerek olmayıp, tüm malvarlığında her bir mirasçıya kabul edilebilir ölçüde bir mal veya hak vermesi halinde, mirasbırakanın amacının mal kaçırma olmadığı, sağlığında malvarlığını mirasçuları arasında paylaşırma kastı taşıdığı kabulü zorunludur. Bu amaçla yapılan görünüşte satış geçerli sayılmaktadır. Mirasbırakan sağlığında hak dengesini gözetken kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçılarını kapsar biçimde bir paylaşırma yapmışsa mal kaçırma kastından söz edilmez ve 01.04.1974 tarihli YİBK kararı uygulama alanı bulmaz. Hal böyle olunca, mirasbırakandan tüm mirasçularına intikal eden taşınır, taşınmaz mallar ve haklar araştırılmalı, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgeler mercilerden getirilmeli, her bir mirasçıya nakledilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınmalı, paylaşırma kastının bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>28</sup>

## 2-MEHİR SÖZLEŞMESİ

Mehir, kocanın evlenme sözleşmesi anında ya da devamı sırasında bazen de sona ermesi halinde kadına belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan bir şeyi armağan etmesidir. Mehir, Yargıtay kararlarında kocanın evlenme sözleşmesi anında ya da devamı sırasında, bazen de sona ermesi halinde kadına belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan bir şeyi armağan etmesi olarak tanımlanmıştır.<sup>29</sup> Mirasbırakan ikinci evliliğini yapan kendi adlarına kayıtlı bazı gayrimenkulleri eşlerine tapuda bedelsiz olarak devrederse fakat buna rağmen devri tapuda satış olarak göstermiş olsa da Yargıtay bu satışı mehir sözleşmesi olarak kabul etmekte ve açılan muvazaa davasını kabul et-

<sup>28</sup> Y. 1. HD, T.12.04.2012, K.1520/4247. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>29</sup> Y. 1. HD, T.03.04.2014, E.2014/4841 K. 2014/7106. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

memektedir. Amacı mal kaçırmak değil mehir sözleşmesi ile taşınmaz vermektir. Bu amaçla yapılan temlik mal kaçırma amacı olmadığından geçerli sayılmaktadır.<sup>30</sup>

### 3-MİNNET DUYGUSU İLE YAPILAN SATIŞLAR

Minnnet duygusunun egemen olduğu temlikte muvazaa kabul edilmemektedir. Bu amaçla yapılan görünüşte satış geçerli sayılmaktadır. Zira muris (bakım alacaklısı) taşınmazını mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla değil, gerçekten bakıp gözetilmek amacıyla bakım borçlusuna temlik etmişse, işlemin muvazaa nedeniyle iptali istenemez. “Asıl olan tarafların akitteki gerçek ve müşterek amaçlarının saptanmasıdır. (TBK madde 19) şayet bakım alacaklısının temliki, işlemde bakıp gözetme koşuluna değil de bir başka amacı gerçekleştirme iradesini taşıdığı belirlenirse (örneğin: mirasçılardan mal kaçırma düşüncesinde ise), bu takdirde akdin ivazlı (bedel karşılığı) olduğundan söz edilemez; akitte bağış amacının üstün tutulduğu sonucuna varılarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 01.04.1974 tarihli kararı olayda uygulama yeri bulunur. “Mirasbırakanın ölünceye kadar bakım gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenmesi için de sözleşme tarihinde murisin yaşı fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdan kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir.”<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Y. 2. HD, T.25.10.1965, K.4557/5028. Somut olaya gelince; davacı tarafın gösterdiği tanıklar taşınmazın devrinin bedelsiz olduğunu belirtirken hiçbirisi murisin mirasçısından mal kaçırmak amacıyla temlikin gerçekleştirildiğini ima yollu dahi bildirmemiş, ortaya koymamışlardır. Aksine taşınmazın davalıya bağışlandığını vurgulayarak mehir olarak verildiğini ifade ettikleri gibi davacılar vekili dava dilekçesinde çekişmeli taşınmazın tapusunun davalı ile murisin evliliği karşılığında muris tarafından davalıya verilmiş olabileceğini bildirmiştir. Bilindiği üzere; mehir kocanın evlenme sözleşmesi anında ya da devamı sırasında bazen de sona ermesi halinde kadına belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan bir şeyi armağan etmesidir. TMK, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaat edip bir süre ertelemesini yasaklamamıştır. Bu nedenle, eski hükümlere göre kurulmuş mehir, TMK tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olarak kabul edilemez. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>31</sup> Süleyman Sapanoğlu, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.86-91 Bkz. Y. 1.HD, T.20.02.2012, K.1190/1607; Y. 1.HD. T.20/01/2014, K.124/619. (Erişim Tarihi: 24/01/2021).

Bakım alacaklısının sözleşme anında özel bakıma muhtaç durumda olmaması, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin muvazaası altında yapıldığını göstermez. Yargıtay kararlarında “Tüm çocukların ahlaki yönden murise bakmakla yükümlü olmasına rağmen, bunlardan birinin kendisine samimiyetle daha iyi bakacağı düşüncesiyle tercih edilerek, onunla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmak murisin en doğal hakkıdır.” Diğer taraftan bu durumda özel bakım ihtiyacını aramak ve özel bakım ihtiyacının olmaması halinde mal kaçırma kastının kabulü hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açık olarak kararda belirtilmiştir.<sup>32</sup>

Özetle mirasbırakan taşınmazını mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla değil, gerçek bakılıp gözetilmesi amacıyla temlik etmişse, işlemin muvazaası nedeniyle iptali istenemez. Murisin gerçek iradesi saptanmalı ve iradeye uygun karar verilmelidir. Ölüncüye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir akitir. Bakım akdi ile yapılan temlikin muvazaalı olmadığı anlaşıldığı takdirde muris muvazaasına konu olmaz. Öte yandan ölüncüye kadar bakım sözleşmeleri ivazlı akitlerden olup, tenkise tabi değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki muvazaalı işlemlerde bankadan göstermelik para transferi yapıp hemen ardından paranın çekilip terekede bu paranın çıkmaması da muvazaaya karine olmaktadır.<sup>33</sup> Tarafların gerçek iradesinin mahkemece tüm olgular dikkate alınıp saptanması gerekir.

<sup>32</sup> YHGK. T.16/03/1988, E.1987/2-814 K.1988/247. “Bir kimsenin gerek maddi ve gerekse manevi açıdan geleceğini güvence altına almak amacıyla, tüm çocukları ahlaki yönden kendisine bakmakla yükümlü olmakla birlikte, bunlardan birinin kendisine samimiyetle daha iyi bakacağı düşüncesiyle tercih edilerek, onunla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yaparak, taşınmaz bir malını temlik etmesi en doğal hakkıdır. Diğer taraftan bu durumda özel bakım ihtiyacının varlığını aramak, başka bir anlatımla özel bakım ihtiyacının mevcut olmaması halinde mal kaçırmak kastının gerçekleştiğinin kabulü de hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Şöyle ki özel bakım ihtiyacı olmamakla beraber ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapılan çocuk, miras bırakanla gerçekten maddi, manevi her yönden ilgilenip sağlığında her türlü ihtiyacını da karşılamış, diğeri hiçbir surette ilgilenmemiş, örneğin ziyaret görevini dahi yerine getirmemiş ise, özel bakım ihtiyacı yoktur gerekçesiyle uyumsuzluğu çözümlenmek kuşkusuz her iki çocuğu aynı duruma getirecek ve hakkaniyetle bağdaşmaz sonuçlar hasil olacaktır. Ancak miras bırakanın sözleşmeyi yaparken diğer mirasçılardan mal kaçırmak kastıyla hareket ettiği anlaşılırsa, kuşkusuz durum değişir.” (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>33</sup> Y. 1. HD, T.03.03.2015, E.2014/3953, K.2015/3138. “Yapılan araştırma ve uygulama sonucu çekişme konusu taşınmazların resmi akitte gösterilen değeri ile o tarihteki gerçek değerleri arasında açık nispetlilik bulunduğuna, murisin ekonomik sı-

#### 4- MUVAZAA DAVASINDAN FERAGAT

Mirasbırakanın temlikinin muvazaalı olduğu saptanmışsa, bu temlike daha sonradan icazet verilmesi temliki geçerli hale getirmez. Ancak kendisinden mal kaçırılan mirasçı yani davacı taraf bu temlike karşı dava açılmayacağını yazılı olarak taahhüt etmişse, miras hakkı üzerinde gerçekleştirilmiş bir sözleşme var demektir. Bu taahhüt yapılan akdi geçerli hale getirmese de muris muvazaası nedeni ile tapu iptal ve tescil davası açabilecek mirasçının yazılı taahhüdü kendisini bağlar ve açtığı dava reddedilir.<sup>34</sup>

#### 5- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Hakkın kötüye kullanılması esas itibariyle bir özel hukuk kavramıdır. Bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından saptırılarak kullanılması olarak tanımlanabilir. Hakkın kötüye kullanılması şartlarının oluşması için:<sup>35</sup>

- I. Bir hakkın varlığı,
- II. Hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması,
- III. Başkalarının hakkın kullanılmasından zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olması,

---

kıntısı ve mal satma ihtiyacının olmadığı, aynı zamanda bağ-kurdan emekli olup sosyal güvencesinin de bulunduğu, dava konusu taşınmazlarını temlik etmesinin makul ve zorunlu bir sebebinin bulunduğu tespit edilemediği, ölümünden sonrada terekesinde başka taşınmaz kaldığına dair bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan; her ne kadar temlikten dört gün sonra 10.5.2011 tarihinde murisin ziraat bankası şubesindeki hesabına davalı tarafından tarla alım bedeli olarak toplam 8.000,00 TL yatırılmış ise de bu paranın 12.5.2011 tarihinde muris tarafından banka hesabından çekildiği dosya içeriğindeki belgelerle sabittir. o halde; belirlenen bu olgular, yukarıda açıklanan ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde dava konusu taşınmazların miras bırakan tarafından davalıya temlikinin bedelsiz, muvazaalı ve mirasçıdan mal kaçırma amaçlı olduğu, murisin bankadaki hesabına paranın yatırılması ve kısa sürede çekilmesinin muvazaalı işlemi gizlemeye ve yasal zemin hazırlamaya yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır. Hâl böyle olunca; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Davacının bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle, (6100 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına..." (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>34</sup> Y. 1. HD, T.01.12.2010, K.11765/12656. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>35</sup> Halil Kalabalık/Murat Erdem, Temel Hukuk Bilgisi, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.212

#### IV. Hakkın kullanılmasının sınırını belirleyen açık bir kuralın bulunmaması

Şartlarının bir arada bulunması gerekir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un "Dürüst davranma" başlıklı 2. maddesi hükmüne göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Şeklinde düzenlenerek hakkını kötüye kullanan kimseyi hukuk düzeninin korumayacağını açıkça belirtmiştir. Kural olarak zamanaşımı sadece alacak haklarında söz konusu olur. Alacak hakkı dışındaki haklar ilke olarak zamanaşımına uğramaz. Özellikle aynı haklar, kişilik hakları, fikri haklar, üyelik hakları ve yenilik doğuran haklar zamanaşımına tabi değildir.<sup>36</sup> Muris muvazaası hukuki sebebine dayanan, "tapu sicilinin düzeltilmesi" (Yargıtay kararlarındaki niteleme ile "tapu iptali ve tescil") davalarında, davayı açan mirasçı, tapu sicilinde başka birisinin ismi olmasına rağmen, aynı hak sahibidir. Mirasçının, 01.04.1974 tarihli YİBK'deki unsurları taşıyarak açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davası da mirasçının aynı hakkına dayalı olarak açıldığı için, "aynı haklar zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerle uğramaz" kuralı gereğince, mirasbırakanın ölümünden sonraki dönemde "her zaman" açılabilir. Ancak muvazaası iddiası hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, muvazaası iddiası dinlenmez.<sup>37</sup> Özetle, yapılan muvazaalı satış her ne kadar zamanaşımı

<sup>36</sup> Eren, s.1283

<sup>37</sup> Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaası Davaları, Seçkin Yayınları, 5. Bası Ankara 2013, s. 41. Y. 13. HD, T.31.03.1986, K.1335/1912.; Y. 2. HD, T.25.02.1986, K.1447/1963. YHGK, T. 06.05.2015, E.2013/1-2302, K.2015/1313. "Somut uyuşmazlıkta, muris Yusuf b. davalı kızı s. güzel ile 23.08.1974 tarihinde, davalı damadı a. güzel ile 21.08.1975 tarihinde dava konusu edilen satış suretiyle temlikleri gerçekleştirmiş, 20.03.1976 tarihinde ise vefat etmiştir. Dava murisin ölümünden 33 yıl geçtikten sonra açılmıştır. Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığı, işlemin muvazaalı olması durumunda üzerinden bir zaman geçmesi halinde geçerli hale gelmeyeceği ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman açılabileceği kuşkusuzdur. Bu nedenle muris muvazaasına dayalı olarak dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından temliklere 33 yıl ses çıkarılmamasının ve malikin devamlı dava tehdidi altında bulunmasının 4721 sayılı TMK'nın 2.maddesine aykırılık teşkil edeceği görüşü dile getirilmiş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından halimsenmemiştir. O halde, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel



veya hak düşürücü süreye tabi değilse de kendisinden mal kaçırılan mirasçının uzun yıllar bekleyip hakkını kötüye kullanarak açtığı dava reddedilmelidir.<sup>38</sup>

Yapılan muvazaalı satıştan haberdar olan mirasçı çok uzun bir sürenin geçmiş olmasından sonra muris muvazaasına dayalı tapu iptal tescil davası açmışsa açıkça hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Zira zamanaşımı olmamasının nedeni mirasbırakan kişi tapulu taşınmazı arkadaşına devretmiş daha sonra mirasçısına vermesi gerektiğini söylemiş olabilir. Bu durumda miras hakkından mahrum kalan mirasçılar durumdan haberdar olmayabilir. Bu sebeple davanın açılması mümkündür ve uzun yıllar geçmesine rağmen dava açılması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez. Ancak durumdan haberdarken 20-30 yıl geçtikten sonra (taşınmazın değerlendirilmesi, mirasçılarının arasının bozulması gibi) muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davası açılması hakkın kötüye kullanılması olacaktır. Zamanaşımı veya hak düşürücü süre işletmemek satışın bilinmediği sonradan öğrenildiği durumlarda geçerli olmalı ve aynı hakka dayalı muris muvazaasına dayalı tapu iptal tescil davası sonradan öğrenilirse herhangi bir zaman kısıtlaması olmadan açılmalıdır. Ancak durum bilindiği halde 20-25 yıl gibi uzun süre geçtikten sonra açılan dava dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Yargıtay 'her ne kadar muris muvazaasına dayalı davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu değilse de' şeklinde hüküm kurulması muvazaada zamanaşımı veya hak dürücü süre olmasa da bu hakkını dürüstlük kuralına aykırı ileri süremez.<sup>39</sup>

---

daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>38</sup> Y. 1. HD, T.12.09.2013, K.3217/12421.; Y. 1. HD, T.05.04.2011, E.10/13278, K.11/3935. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>39</sup> Y. 1. HD, T.30.01.2014, E.13/21600, K.14/1631. Davacılar, miras bırakanları FK'nın, davalıların murisi HK'ya yapılan temliklerin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır. Mahkeme bu iddiayı sabit görerek davayı kabul etmiştir. çekişme konusu yapılan taşınmazlardan bir tanesinin tamamı, diğer ikisinin ise ¼ payı kadastro tespiti sırasında davalıların murisi adına tespit edilmiş ve bu tespitler 15.03.1982 tarihinde kesinleşmiş, kök miras bırakan FK'nın ise öldüğü 06.04.1991 tarihinden itibaren dava tarihi olan 10.02.2010 tarihine kadar dava açılmadığı, her ne kadar muris muvazaasına dayalı davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu değilse de, aradan bunca zaman (19 yıl) geçtikten sonra dava açılmasının TMK m.2 hükmüyle bağdaşmadığı açıktır. Benzer kararlar için bkz. Y. 1. HD T.12.06.2014, E.2013/21251,

Önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu son tarihli kararında bu görüşünden vazgeçmiştir. Uzun süre geçtikten sonra açılan muris muvazaası davalarında davacının menfaatinin devam ettiği işlemin muvazaalı olması durumunda üzerinden bir zaman geçmesi halinde geçerli hale gelmeyeceği ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman açılabilmesi, bir kısım üyeler tarafından davacının temliklere 33 yıl ses çıkarılmamış olmasının ve malikin devamlı dava tehdidi altında bulunmasının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık teşkil edeceği görüşü dile getirilmiş ise de kurul tarafından benimsenmediği bu sebeple muvazaalı satışın bilinmesine rağmen uzun zaman sonra muris muvazaası davası açılmasını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırı görmemiştir.<sup>40</sup> Görüldüğü üzere muvazaalı satışı bilen ancak bu duruma ses çıkarmayan mirasçının yıllar sonra dava açması durumunu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu son tarihli kararında tek başına yeterli görmemiştir. Ancak mahkemenin yıllarca muvazaalı satışı bilip davalı ile samimi görüşen dava açmayacağını beyan eden mirasçının durumunu hem feragat hem de dürüstlük kuralı açısından değerlendirmesi gerekir. Aynı şekilde mahkemenin muvazaalı satışı uzun süredir bilip

---

K.2014/11685. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

<sup>40</sup> YHGK, T. 06.05.2015, E. 2013/1-2302, K. 2015/1313. Uyuşmazlık, murisin ölüm tarihinin üzerinden uzunca bir zaman geçmiş olması halinde (somut uyuşmazlıkta 33 yıl) açılan muris muvazaasına dayalı tapu iptali ve tescil davasının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesine aykırılık teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, muris Yusuf B. davalı kızı S. Güzel ile 23.08.1974 tarihinde, davalı damadı A. Güzel ile 21.08.1975 tarihinde dava konusu edilen satış suretiyle temlikleri gerçekleştirmiş, 20.03.1976 tarihinde ise vefat etmiştir. Dava murisin ölümünden 33 yıl geçtikten sonra açılmıştır. Muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığı, işlemin muvazaalı olması durumunda üzerinden bir zaman geçmesi halinde geçerli hale gelmeyeceği ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman açılabilmesi kuşkusuzdur. Bu nedenle muris muvazaasına dayalı olarak dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından temliklere 33 yıl ses çıkarılmamış olmasının ve malikin devamlı dava tehdidi altında bulunmasının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık teşkil edeceği görüşü dile getirilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. O halde, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

davalı ile görüşen mirasçının yıllar sonra dava açacağından bahisle davalıdan menfaat temin etmek istemesini, menfaati yerine getirmeyince de dava açmasını dürüstlük kuralı açısından değerlendirmesi ve açılan davayı reddetmesi gerekir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Antalya Gökhan /Sağlam İpek, Miras Hukuku, 3.Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Günay Erhan, Mirastan Mal Kaçırma, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Kalabalık Halil/Erdem Murat, Temel Hukuk Bilgisi, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm,1. Cilt, İstanbul 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, İstanbul 2014.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Oğuzman Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV. Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Özüğür Ali, Tenkis Muvazaa Mirasta İade Davaları, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Özkaya Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin Yayınları, 5. Bası Ankara 2013.
- Sapanoğlu Süleyman, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Serozan Rona/ Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014.
- Reisoğlu Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Yavuz Nihat, Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-I Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, 4. Bası, Ankara 2015.

**Dergiler**

Kayhan Fahrettin, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası", *Ankara Barosu Dergisi*, 2000-3, s.178-184.

Oğuzman Kemal, "Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (Özel Sayı)", *İstanbul Üniversitesi Dergisi*, İstanbul 1990, s.189.

Topuz Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan (Özel Sayı)", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2016, Cilt 15, Sayı 2, s.726.

**İnternet Kaynakları**

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.legalbank.com.tr](http://www.legalbank.com.tr)

[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr)



# İNŞAATÇI İPOTEĞİNDE AYNI İŞ İÇİN BİRDEN FAZLA ÖDEME YAPILMASI SORUNU VE BAZI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

(THE PROBLEM OF MAKING MORE THAN ONE  
PAYMENT IN HYPOTHEC OF CONSTRUCTION AND  
SOME SOLUTION OFFERS)

Yusuf Can DELİPİNAR\*

**Özet:** Bu çalışmada, inşaatçı işlerinde alt yükleniciye tanınan kanuni inşaatçı ipoteği hakkına ilişkin bir sorun ele alınmıştır. Çalışmanın başlangıcında, sorunun kaynağının daha iyi anlaşılabilmesi için inşaatçı ipoteği kavramı ve inşaatçı ipoteğinin hukuki niteliğine kısaca değinilmiştir. Taşınmaz maliki, aynı inşaat işi için hem yükleniciye hem de inşaatçı ipoteği nedeniyle alt yükleniciye ödeme yapmak durumunda kalabilir. Bu durumda, aynı iş için iki kez ödeme yapan taşınmaz malikinın başvurabileceği hukuki yollar ve sorunun çözümü için bazı çözüm önerileri dile getirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İnşaatçı İpoteği, Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteği Hakkı, Rücu Kavramı

**Abstract:** In this study, a problem related to the subcontractor's right of legal hypothec of construction is discussed. At the beginning of the study, in order to better understand the source of the problem, the concept of hypothec of construction and its legal nature is evaluated. The owner of the immovable may have to find himself in a position of paying both the contractor and the subcontractor because of the hypothec of construction. In this case, legal remedies that the owner of the immovable may apply and some solution offers are expressed.

**Keywords:** Hypothec of Construction, Subcontractor's Right to Hypothec of Construction, the Concept of Recourse

## A. İnşaatçı İpoteğine Genel Bakış

Türk Medeni Kanunu'nun "Tescile tabi kanuni ipotekler" başlıklı 893. maddesinde, alacaklıların kanuni ipotek haklarının bulunduğu üç durum sayılmıştır ve alacaklıların, bu kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilecekleri belirtilmiştir. Bu üç durumdaki alacaklılardan biri de

\* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, yusufcandelipinar@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1901-2231, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.03.2021, Kabul Tarihi: 24.03.2021

maddenin üçüncü bendinde “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar” olarak ifade edilmiştir. Yüklenici ve zanaatkarların alacağına ilişkin olarak tanınmış bu kanuni ipotek hakkına, öğretide ve uygulamada “inşaatçı ipoteği”,<sup>1</sup> “yapı ipoteği”<sup>2</sup> veya “yapı alacaklısı ipoteği”<sup>3</sup> gibi isimler verilmektedir.

Kanunda, inşaat alacaklısına bu şekilde bir ipotek hakkı tanınmasının ardındaki temel neden, emeğiyle veya hem emek hem de malzeme ve ekipmanıyla taşınmazda bir değer artışı yaratan, ancak ücretini daha sonra, muhtemelen işin sonunda alacağı için ücretini tahsil edememe riskiyle karşı karşıya olan alacaklıya bir güvence sağlamaktır.<sup>4</sup> İnşaatçı ipoteği, sadece bir yapının inşasında değil; tamir, tadilat, restorasyon, yıkım gibi diğer işlerde de kullanılabilir yasal bir haktır.<sup>5</sup>

Kanun lafzen ele alındığında, inşaat alacaklısı kavramının kapsamı alt yüklenici ve zanaatkârlardan oluşmaktadır. Ancak, inşaat işini bir eser sözleşmesiyle üstlenen yüklenicinin de alt yüklenici gibi inşaatçı ipoteği tesis edebileceği konusunda öğretide genel bir kabul vardır.<sup>6</sup> Dolayısıyla, aynı iş için aynı taşınmaz üzerinde hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin inşaatçı ipoteği kurması mümkün

<sup>1</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 983 vd.; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, İzmir, Barış Yayınları, 2020, s. 607; Aydın Aybay, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 192, s. 47 vd.; Yarg. 15. H.D., T. 16.12.2019, 399/5161; (<https://karararama.yargitay.gov.tr>). Yarg. 14. H.D., T. 10.07.2018, 5067/5246 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

<sup>2</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, 2018, s. 795 vd.; Bedia Güleş, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1 vd.; Cansın Akcan, “Yapı İpoteği”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 76, S. 2, Ankara, 2018, s. 69-110.

<sup>3</sup> Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 359; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 699; Yarg. 15. H.D., T. 04.10.2018, 2855/3585 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

<sup>4</sup> Jean Claude de Haller, *Le Droit A L’Inscription De L’Hypothèque Légale De L’Entrepreneur*, Lozan, Imprimerie Vaudoise Lausanne, 1970, s. 15; Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 983; Ertaş, a.g.e., s. 607.

<sup>5</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 359.

<sup>6</sup> Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 984; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020, s. 607; Sirmen, a.g.e., s. 699; Güleş, a.g.e., s. 63.

olacaktır. Kanunda ifade edilen zanaatkâr kavramıyla, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu<sup>7</sup> m. 3 uyarınca, “*ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan*” elektrik veya su tesisatçısı ya da marangoz gibi kimseler anlaşılmalıdır.<sup>8</sup> Alt yüklenici kavramından ise, asıl yüklenici ile sözleşme yapan ve inşaatın belirli uzmanlık gerektiren işlerini asıl yükleniciden bağımsız olarak gerçekleştiren kişilerdir.<sup>9</sup>

Kanuni ipotek hakkından faydalanabilmek için ilgili zanaatkâr ve yüklenicinin taşınmazın maliki ile birebir borç ilişkisi içinde bulunması şartı aranmamaktadır.<sup>10</sup> Örneğin; bir arsa sahibi arsası üzerinde inşaat yapmak üzere bir yükleniciyle inşaat sözleşmesi yapmış olsun. Yüklenici de yapılacak inşaatın su tesisatı için bir alt yükleniciyle anlaşmış, doğramalar için de bir marangozla anlaşmıştır. Bu durumda, alt yüklenici ve zanaatkâr olan marangoz, inşaatın kaynaklı alacakları için malikle hiçbir şekilde doğrudan doğruya borç ilişkileri olmasa bile, söz konusu taşınmaz üzerinde inşaatçı ipoteki hakkının tescilini isteyebileceklerdir.<sup>11</sup>

Madde metninin düzenlenişinde, özellikle emek veya emek ve malzeme sarf edenler için bu hakkın tanındığının altını çizmek gerekmektedir. Dolayısıyla, bir taşınmaz üzerindeki inşaatın hiçbir emek sarf etmeden sadece malzeme temin eden kişilerin bu haktan faydalanamayacağı söylenebilecektir. İnşaata sadece, tuğla kiremit, kapı, elektrik malzemesi satan tacir niteliğindeki bir kişinin ipotek hakkı olmayacaktır.<sup>12</sup> Buradaki temel amaç, bir taşınmaza artı değer kazandır-

<sup>7</sup> R.G. 21.06.2005, S. 25852.

<sup>8</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360.

<sup>9</sup> Tuğçe Oral, “Türk İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpotekine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 3, Ankara, 2019, s. 676.

<sup>10</sup> Jean Claude De Haller, *Le Droit A L’Inscription De L’Hypothèque Légale De L’Entrepreneur*, Lozan, Imprimerie Vaudoise Lausanne, 1970, s. 18; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 984.

<sup>11</sup> Sirmen, a.g.e., s. 699.

<sup>12</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 985; Ertaş, a.g.e., s. 607; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 796; Güleş, a.g.e., s. 63. Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 97 II 212 sayılı kararında inşaatın beton sağlayan kişinin, kanuni ipotek hakkını tescil edebileceği söylenmiştir. Burada betonun sadece teslim edilen bir malzeme gibi görülmeyip, betonun dökülmesinin bir emek de gerektirmesinin de etkili olduğu söylenebilir. Bkz. BGE 97 II 212 (www.bger.ch).



mak için emek sarf eden ve emeğinin sonunda iş bittiğinde, alacağını tahsil etmeyi bekleyen kişilerin alacağını güvence altına almak ve bu şekilde inşaat işlerinin devamlılığını sağlayabilmektir. Diğer yandan, inşaatta bedensel olarak değil ama fikren emek harcayanların kanuni ipotek hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>13</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, fikri emek gibi inşaatın bütünleyici parçasını oluşturan işler için emek harcayan kişilerin alacakları için de inşaatçı ipoteği kurulamayacağını belirtmektedir.<sup>14</sup>

Bir görüşe göre, inşaata yapılan işle ilgili alacağın, inşaat alacağı olup olmadığı tespit edilirken, emek veya emek ve malzemenin inşaatta bir değer artışı yaratmış olması aranmaktadır.<sup>15</sup> Bir başka görüş ise, bunun gerekli olmadığını savunmaktadır.<sup>16</sup> Bunun yanında, inşaat alacaklısının inşaatçı ipoteğinden faydalanabilmesi için, inşaatın taşınmaz malikinin rızası kapsamında yapılıyor olması aranmaktadır.<sup>17</sup> Örneğin; taşınmaz malikinin rızası olmamasına rağmen kiracı tarafından yaptırılan bir inşaatta, zanaatkâr veya yüklenicilerin emek veya emek ve malzeme alacakları için TMK m. 893 kapsamındaki inşaatçı ipoteğinden faydalanması mümkün olmayacaktır.<sup>18</sup>

İnşaatçı ipoteği, zanaatkârların ve yüklenicilerin, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan itibaren tapu kütüğüne tescil edilebilir.<sup>19</sup> Ancak bu hakkın, tapu kütüğüne tescili için bir hak düşü-

<sup>13</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360; Sirmen, a.g.e., s. 701; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 796. İsviçre Federal Mahkemesi, inşaatın projesini hazırlayan mimarların yaptığı işin de bedensel değil fikri bir emek olduğu için mimarlık alacakları için inşaatçı ipoteği konulamayacağına ve geçici tescil şerhi istenemeyeceğine hükmetmiştir. BGE 119 II 426 (www.bger.ch).

<sup>14</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, bina inşaatında inşaat iskelesi kuran kişilerin alacağı için, yapılan işin inşaatın bütünleyici bir parçası haline gelmediğinden inşaatçı ipoteği ile güvence altına alınamayacağına hükmetmiştir. Bkz. BGE 131 III 300 (www.bger.ch).

<sup>15</sup> Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 289; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 985.

<sup>16</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 359, dn.169.

<sup>17</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 986.

<sup>18</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararlarında da bu esas benimsenmişken, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli kararlarında bu esastan vazgeçilmiş hatta yetkisiz bir üçüncü kişi tarafından yapılan inşaatların alacakları için bile inşaatçı ipoteği konulabileceği şeklinde içtihat oluşturulmuştur. Daha geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 986.

<sup>19</sup> De Haller, a.g.e., s. 46; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 290; Ertaş, a.g.e., s. 607.

rücü süre de öngörülmüştür. Buna göre, TMK m. 895/2 uyarınca, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren üç ay içinde yapılmış olması gerekmektedir. Ayrıca, inşaatçı ipoteğinin konulabilmesi için TMK m. 895/4 gereğince, taşınmaz malikinin yeterli güvence göstermemiş olması gerekmektedir. Nitekim ipotek tapu siciline tescil edildikten sonra bile, eğer taşınmaz maliki yeterli güvence gösterirse tescil edilen ipoteğin tapudan terkini gerekecektir.<sup>20</sup>

İnşaata konu olan taşınmazın, üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda ise inşaatçının kanuni ipotek hakkını yeni malike karşı da ileri sürüp süremeyeceği konusunda farklı görüş ve yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüş, bu hususu taşınmazda değer artışının ortaya çıkmış olup olmamasına göre değerlendirmektedir.<sup>21</sup> Bu görüşe göre, yeni malik taşınmazı inşaat bittikten sonra devralmışsa inşaatın yeni malik için hiçbir değer artışı yaratması söz konusu olmayacağından burada kanuni ipotek hakkının yeni malike karşı ileri sürülmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>22</sup> Aynı doğrultuda, yeni malik eğer taşınmazı inşaat devam ederken devralmışsa bu durumda inşaatçı ipoteğinin yeni malike karşı da ileri sürülmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir görüş ise, bu hususu inşaatçı ipoteğini talep hakkının şahsi veya aynı bir hak niteliğinde olup olmamasına göre değerlendirmektedir.<sup>23</sup> Eğer bu hak şahsi bir hak ise, sadece iş sahibine karşı yöneltilebileceğinden yeni malike karşı yöneltilemeyecektir. Bu hakkın aynı bir hak olarak değerlendirilmesi durumunda ise, bu talep taşınmaza bağlı olarak yeni malike de yöneltilebilecektir.

## B. İnşaatçı İpoteğinin Hukuki Niteliği

İnşaatçı ipoteği, inşaat alacaklısına emek veya emek ve malzeme harcayarak inşaatında görev aldığı taşınmaz üzerinde ipotek kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran haktır.<sup>24</sup> TMK m. 893'te düzenlenen

<sup>20</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 988; Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 361; Safa Reisoğlu, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Matbaası, Ankara, 1961, s. 101.

<sup>21</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 987.

<sup>22</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 987.

<sup>23</sup> Aydın Aybay, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 52 vd.

<sup>24</sup> De Haller, a.g.e., s. 13; Ercoşkun Şenol, a.g.e., s. 386; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Öz-

ve tescile tabi kanuni ipotekler başlığı altında sayılan bu hakkın doğduğu an da önem taşımaktadır.

Öğretideki hâkim görüşe göre, inşaatçı ipoteği inşaatın yapılmasıyla değil, hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesiyle birlikte kurulmaktadır.<sup>25</sup> Zaten Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinin madde başlığında da inşaatçı ipoteği "*Tescile tabi kanuni ipotekler*" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, inşaatın yapılmasıyla birlikte doğrudan taşınmaz üzerinde inşaat alacaklısının bir ipoteğinin doğduğunu söyleyemeyiz. Ancak, inşaatın yapılmaya başlanmasıyla birlikte inşaat alacaklısı taşınmaz üzerinde alacağının güvencesi olarak bir ipotek kurulmasını talep hakkı elde etmektedir. Bu doğrultuda, inşaatçı ipoteği için her ne kadar bir kanuni ipotek hakkı denmekteyse de söz konusu hakkın doğrudan kanundan doğan bir ipoteği değil, sözleşmeden doğan fakat kanunen tanınmış bir ipotek talep etme hakkını ifade ettiği söylenebilir. Bu doğrultuda, inşaatçı ipoteğinin doğum anı konusunda, öğretide ipoteğin tescille birlikte doğduğu konusunda hâkim bir görüş olduğu söylenebilmektedir.<sup>26</sup>

### C. Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpotek Talep Hakkı

İnşaat işlerinde yükleniciler, genellikle başka alt yükleniciler kullanılmaktadır. Örneğin; bir bina inşaatı yapan yüklenici, inşaatın sıva ve boya işlerini bir alt yükleniciye, marangozluk işlerini başka bir alt yükleniciye yaptırabilir. Böyle bir durumda hem yüklenicinin kendisi hem de alt yüklenici söz konusu taşınmazda bir değer artışı yarattığını ve inşaat alacaklısı olduğunu ileri sürebilir.<sup>27</sup> Bu durumda, her ne kadar iş sahibi borçlar hukuku gereğince sadece yükleniciye karşı borçtan sorumluydu da TMK m. 893 gereğince, alt yüklenici veya zanaatkârlar da inşaattan olan alacakları için kanuni ipotek tesis edebilecektir. Böyle bir

demir, Eşya Hukuku, s. 986.

<sup>25</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 987; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 106; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 799.

<sup>26</sup> De Haller, a.g.e., s. 41; Aybay, a.g.e., s. 51; Selahattin Sulhi Tekinay, "İnşaatçı İpotekinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.3, S.4, 1969, s. 139; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 987; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 801; Sirmen, a.g.e., s. 646.

<sup>27</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 984, Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 359.

durumda, iş sahibi yükleniciye karşı olan borcunu ödemiş olsa bile alt yüklenici veya zanaatkârın ipoteği varlığını koruyacaktır.<sup>28</sup> Nitekim, TMK m. 893 hükmünde de açıkça alt yüklenici ifadesinin kullanılmış olması, alt yüklenicilerin emeklerinin ve masraflarının karşılığını alma konusunda tahsil sıkıntısı çekmelerini önlemek ve alt yüklenici ve zanaatkarlar için bir güvence amacıyla getirildiği açıktır.

Kanun hükmünün açık bir şekilde alt yüklenici ve zanaatkarları koruma amacıyla kaleme alındığı da göz önünde bulundurulursa, alt yüklenicilerin iş sahibi ile doğrudan bir sözleşmesel ilişkisi olmadığından inşaatçı ipoteğinden faydalanamayacağı söylenemez. Hatta bunun de ötesinde, hükmün zayıf olan tarafı koruma amacı taşıması ve alacaklıların, kanuni ipotek hakkından önceden feragat etmelerinin de yasaklanmış olması dikkate alındığında, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede, yüklenicinin alt yüklenici kullanması yasaklanmış olsa bile, alt yüklenicinin lehine inşaatçı ipoteğinin tescilini isteyebileceği kabul edilmelidir.<sup>29</sup> Nitekim, öğretide de inşaatçı ipoteğinin tesis edilebilmesi için aranan şart, taşınmaz malikinin inşaatı yapan kişiye rıza göstermesi olarak değil; inşaatın yapılmasına rıza göstermiş olması olarak ifade edilmektedir.<sup>30</sup>

Öğretide, her ne kadar inşaatçı ipoteği ile teminat altına alınacak alacakların toplamının iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki iş bedelini aşmaması gerektiğini savunanlar olmuşsa da bu durum hem birden fazla alt yüklenicinin toplam alacağının iş bedelini aşması durumunda alt yüklenicilerin korunmasını engellediğinden hem de yasal bir dayanakla desteklenemediğinden pek kabul görmemiştir.<sup>31</sup>

TMK m. 895'in üçüncü fıkrasına göre, inşaatçı ipoteğinin tescil edilebilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkeme-

<sup>28</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 361.

<sup>29</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 800; Sirmen, a.g.e., s. 700. Aksi yönde bkz. Güleş, a.g.e., s. 66-67: "Alt yüklenicinin yapmış olduğu iş dolayısıyla yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkı kazanabilmesi için yapılmış olan alt eser sözleşmesi yapılmasının caiz olması gerekir. Bu husus asıl yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye devre yetkili olması konusu ile ilgilidir."

<sup>30</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 989: "... inşaat alacağının kanuni ipotekle teminat altına alınabilmesi için taşınmaz malikinin inşaatın yapılmasına rıza göstermiş olması veya kendi davranışı ile inşaatın yapılmasına sebep olması gerekir."

<sup>31</sup> Görüş hakkındaki tartışma için bkz. Güleş, a.g.e., s. 71 vd.

ce karara bağlanmış olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, alacak çekişmesiz olmalıdır.<sup>32</sup> Dolayısıyla, alt yüklenicinin inşaat alacağının iş sahibi veya yapı maliki tarafından tanınması gerekmektedir.<sup>33</sup> Alt yüklenicinin inşaatçı alacağının yapı maliki tarafından tanınmaması veya kabul edilmemesi durumunda, alt yüklenicinin mahkemeye başvurarak alacağına ilişkin bir mahkeme kararı alması gerekecektir. Tabii, bu süre içerisinde inşaatçı ipoteğinin tescili için gereken üç aylık sürenin kaçırılmamasına dikkat edilmelidir.<sup>34</sup>

#### **D. Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteği Nedeniyle İş Sahibinin Mükerrer Ödeme Yapması Olasılığı**

Hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin aynı iş için taşınmaz üzerinde inşaatçı ipoteği tesisini talep edebileceği göz önüne alındığında, taşınmaz üzerine konulan ipotek miktarı, iş sahibinin toplam borç miktarını aşabilecektir.<sup>35</sup> Kaldı ki, asıl yüklenici taşınmaz üzerinde inşaatçı ipoteği tesis etmese bile, iş sahibi ile arasındaki sözleşme gereğince ücretini iş sahibinden isteyebilecektir. Dolayısıyla, zaten asıl yükleniciye ücretini ödeyecek olan iş sahibinin bir de inşaatçı ipoteği nedeniyle alt yüklenicilere ödeme yapmak zorunda kalması haksız bir durum oluşturmaktadır.

Öğretide, nasıl olsa iş sahibinin inşaatçı ipoteği nedeniyle alt yükleniciye ödediği miktarı, sonradan asıl yükleniciye rücu ederek tahsil edebileceğinden bu durumun, iş sahibi açısından adaletsiz bir sonuç yaratmayacağı söylenmektedir.<sup>36</sup> Nitekim kanun koyucunun da burada temel olarak, emek ve malzemesiyle taşınmazda bir değer artışı yaratan alt yüklenicinin mağduriyetini önleme konusunda bir öncelik tercihinde bulunduğu açıktır. Ancak, alt yüklenicinin korunması iş sahibinin aynı iş için birden fazla kez ödeme yapması sonucunu doğurmamalıdır. Her ne kadar iş sahibinin asıl yükleniciye rücu hakkı, iş sahibinin zararını giderme imkânı tanımaktaysa da, özellikle asıl yüklenicinin borca batık durumda olması halinde iş sahibinin bu durumdan zarar görmesi muhtemeldir.

<sup>32</sup> Akcan, a.g.e., s. 86.

<sup>33</sup> Akcan, a.g.e., s. 87.

<sup>34</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 988.

<sup>35</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360.

<sup>36</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360.

Bu husus, temel olarak inşaatçı ipoteğinde iş sahibinin aynı iş için birden fazla ödeme yapması riskini ortaya çıkarmaktadır. Bu durum, iş sahibi açısından bakıldığında önceden öngöremeyeceği şekilde, asıl yüklenicinin yanı sıra hiçbir şekilde sözleşmesel borç ilişkisi içinde olmadığı alt yüklenicilere karşı da borçtan sorumlu duruma düşmesi sonucunu yaratacaktır. Böyle bir durum, sadece hukukumuzda değil, İsviçre hukukunda da bir sorun olarak değerlendirilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, alt yüklenicinin inşaatçı ipoteği nedeniyle aynı iş için birden fazla kez ödeme yapmasının özellikle maddi durumu pek de iyi olmayan taşınmaz malikleri açısından “çok hassas sonuçları olacağını” ifade etmiştir.<sup>37</sup> Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir başka kararında bu durumun sadece çok hassas sonuçlar doğurmadığı, ayrıca şok edici olduğu da ifade edilmiştir.<sup>38</sup> Nitekim, İsviçre hukukunda alt yükleniciye inşaatçı ipoteği hakkı tanınması bile bu nedenle eleştiri konusu olmuştur.<sup>39</sup> Bu doğrultuda, Türk hukukunda da alt yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkının yasal düzenlemeyle kaldırılması gerektiği savunulmuştur.<sup>40</sup>

Öğretide alt yüklenicinin inşaatçı ipoteği nedeniyle, taşınmaz malikinin aynı iş için birden fazla kez ödeme yapma riskinin ortadan kaldırılması için iş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılacak sözleşmeye konulacak bazı hükümler önerilmiştir.<sup>41</sup> Bu hükümler, asıl yükleniciye yapılacak ödemenin inşaatçı ipoteğinin tescili için öngörülen işin bitiminden itibaren üç aylık sürenin dolmasından sonraya bırakılması veya asıl yükleniciden bu süre için bir teminat talep edilmesi olarak ifade edilmiştir.<sup>42</sup>

Bu öneriler, iş sahibini veya taşınmaz malikini mükerrer ödemeden koruma bakımından isabetli olsa da daha çok işin başında yapıl-

<sup>37</sup> Oral, a.g.e., s. 681; BGE 95 II 87 (www.bger.ch): “L’institution d’une double hypothèque légale en faveur de l’entrepreneur général, d’une part, et du sous-traitant, d’autre part, entraîne ainsi des conséquences extrêmement rigoureuses pour le propriétaire, surtout s’il est de condition modeste.”

<sup>38</sup> BGE 104 II 348 (www.bger.ch).

<sup>39</sup> Farklı hukuk sistemlerindeki görüşler ve uygulamalar hakkında bkz. Oral, a.g.e., s. 665-706.

<sup>40</sup> Eleştiriler için bkz. Oral, a.g.e., s. 681.

<sup>41</sup> Bkz. Oral, a.g.e., s. 679-680.

<sup>42</sup> Oral, a.g.e., s. 679.

ması gereken ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde de karşı tarafa kabul ettirilmesi pek kolay olmayan önerilerdir. Kaldı ki, bu öneriler hukuk öğretisinin soruna getirdiği çözüm önerileri olarak ifade edilemez. Sadece avukatlara ve iş sahiplerine yönelik pratik hatırlatmalar olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, asıl bakılması gereken iş sahibi veya taşınmaz malikinin İsviçre Federal Mahkemesi'nin de ifade ettiği şekliyle "şok edici" bu durum ortaya çıktıktan sonra nasıl bir hukuki çözüm aranması gerektiğiyle ilgili olmalıdır.

### E. İş Sahibinin Mükerrer Ödeme Yapma Olasılığını Azaltmak İçin Yapılması Gerekenler

Alt yüklenici ve zanaatkarların sahip olduğu kanuni ipotek hakkı nedeniyle iş sahibinin birden fazla ödeme yapma olasılığı iki şekilde ortaya çıkabilir. Birinci durum, iş sahibi asıl yükleniciye ödeme yapmış olmasına rağmen asıl yüklenicinin alt yükleniciye olan ödemesini yapmamış olması halidir. Böyle bir durumda, asıl yükleniciye borcunu ödemiş olan iş sahibi, alt yüklenicinin de alacağı nedeniyle taşınmaz üzerine inşaatçı ipoteği tesis etmesi üzerine aynı borcu tekrar ödemek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda, alt yüklenicinin inşaatçı ipoteği nedeniyle aynı iş için ikinci kez ödeme yapan iş sahibi olan taşınmaz malikinin aynı iş için iki defa ödeme yapmış olma durumundan kurtulmak için, asıl yükleniciye rücu ederek asıl yükleniciye yapmış olduğu ödemenin iadesini istemesi gerekecektir.<sup>43</sup>

İş sahibinin kanuni ipotek hakkı nedeniyle mükerrer ödeme yapma olasılığının bulunduğu bir diğer durum ise, iş sahibi olan taşınmaz malikinin hem yükleniciye hem de alt yükleniciye ödeme yapmamış olması ve alt yüklenicinin asıl yükleniciden de alacağını almamış olması durumudur. Böyle bir durumda, aynı taşınmaz üzerinde hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin inşaatçı ipotekleri tesis edilecektir. Burada da ipoteğin paraya çevrilmesi sonrasındaki paylaşım aşamasında, taşınmaz malikinin aynı iş için birden fazla kez ödeme yapmasını önleyecek şekilde paylaşım yapılmalıdır.

<sup>43</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 361.

## 1. İş Sahibi Asıl Yükleniciye Ödeme Yaptıktan Sonra Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteği Tesis Etmesi Durumunda

İş sahibi, asıl yükleniciye olan borcunu ödedikten sonra, inşaatçı ipoteği nedeniyle alt yüklenici veya zanaatkâra da tekrar ödemek yapmak zorunda kalırsa, iş sahibinin aynı iş için yapmış olduğu bu ikinci ödemeyi asıl yükleniciden geri alması gerekmektedir. Bunun için iş sahibinin, asıl yükleniciye rücu etmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>44</sup>

İş sahibinin asıl yükleniciye, rücu etmesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Kanaatimce, bu rücu ilişkisi Türk Borçlar Kanunu'nun 167. ve 168. maddelerinde düzenlenen müteselsil borçluların iç ilişkideki paylaşım ve halefiyet kurallarına göre düzenlenmelidir.

Müteselsil borçlularda iç ilişki, borçlulardan kimin hangi oranda ödenen borçtan sorumlu olacağını belirlemektedir.<sup>45</sup> Borçlular arasındaki iç ilişkiye göre de, borcun ifa edilmesinden sonra hangi borçlunun borcun ne kadarından sorumlu tutulacağı belirlenmektedir.<sup>46</sup> Müteselsil borçluluk durumunda, kural olarak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça borçlular alacaklıya karşı eşit oranda sorumludur.<sup>47</sup> Ancak, asıl yükleniciye borcunu zaten ifa etmiş olan iş sahibinin alt yüklenicinin inşaatçı ipoteği nedeniyle ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalması durumunda bu genel kuralın uygulanması adil olmayacaktır, böyle bir uygulama halinde yine iş sahibinin aynı iş için fazladan ödeme yapması sonucu ortaya çıkacaktır.

Bu durumda rücu bakımından iç ilişkide, taşınmaz malikinin müteselsil borçluluğunun iç ilişkide hiçbir yük altına girmeden, tüm yükün asıl yükleniciye ait olduğu bir ilişkinin bulunduğu bahsedilebilir. İş sahibinin müteselsil borçluluğunun sadece alt yüklenici veya zanaatkara bir teminat sağlama amacından kaynaklandığı, ancak

<sup>44</sup> Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 360.

<sup>45</sup> S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, s. 314; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 1342; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2020, s. 488.

<sup>46</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 490; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 314; Eren, a.g.e., s. 1342.

<sup>47</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 490; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 315; Eren, a.g.e., s. 1342.



iç ilişkide asıl yükleniciye karşı bir borcu olmadığı ortadadır. Böyle bir durumda, iş sahibi alt yükleniciye yaptığı ödemenin tamamını asıl yükleniciden isteyebilecektir.<sup>48</sup> Aynı şekilde, eğer taşınmaz üzerinde alt yüklenici lehine kurulmuş olan inşaatçı ipoteği, asıl yüklenicinin borcun tamamını ifa etmesiyle terkin edilmiş ve iş sahibi inşaatçı ipoteği borcundan kurtulmuşsa, asıl yüklenici de kendi alacağını iş sahibinden tahsil etmişse artık taşınmaz malikine rücu etmesi söz konusu olamaz.<sup>49</sup> Borç ilişkisi sona erecektir.

İş sahibinin, aynı iş için birden fazla ödeme yaptıktan sonra asıl yükleniciye rücu etmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 168. maddesinde düzenlenen halefiyete ilişkin hükümlerinin de uygulanması gerekeceği söylenebilir. Buna göre, asıl yükleniciye rücu hakkına sahip olan iş sahibi, ifa ettiği miktar oranında alt yüklenicinin haklarına halef olacaktır. Bunun sonucunda iş sahibi, asıl yükleniciye karşı alt yüklenicinin yerine geçerek ödemiş olduğu tutarı tahsil etmeye çalışacaktır. Halefiyet hükümlerinin uygulanması sonucunda, iş sahibinin asıl yükleniciye rücu etmesi kolaylaştırılmakta ve mükerrer ödeme yapan iş sahibinin daha fazla korunması sağlanmaktadır.<sup>50</sup> İş sahibi, halefiyet hükümleri gereğince, alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı aralarındaki sözleşmesel ilişki gereğince sahip olduğu kefalet ve teminatlardan yararlanabilecektir.<sup>51</sup> Kefalet ve teminatların yanı sıra, işlemekte olan faiz de halefiyet gereğince iş sahibi lehine işlemeye devam edecektir. Burada söz konusu olan kanundan doğan bir halefiyettir.<sup>52</sup> Bu doğrultuda iş sahibi, teminatlar arasında eğer bir taşınmaz rehni varsa, tapu sicilinde alacaklı olarak adının yazılmasını isteyebileceği gibi, taşınır rehni olması durumunda da taşınırın zilyetliğinin kendisine devredilmesini talep edebilir.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2020, s. 491.

<sup>49</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 491: "İlk borçlu ise, borcun tümünü tek başına ödemiş olsa bile, teminat vermek için borca katılan borçludan hiçbir şey isteyemez."

<sup>50</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 320; Eren, a.g.e., s. 1345; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Beta, 14. Bası, İstanbul, 2015, s. 422.

<sup>51</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 321; Eren, a.g.e., s. 1345.

<sup>52</sup> Eren, a.g.e., s. 1345; Nomer, a.g.e., s. 422.

<sup>53</sup> Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 809; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s. 321; Eren, a.g.e., s. 1345.

Halefiyet durumunda, iş sahibi ödemiş olduğu ek ve haklı gider ödemelerini de vekaletle ilişkin TBK m. 510 ve 529 hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda asıl yükleniciden talep edebilmelidir.<sup>54</sup> Böyle bir durumda iş sahibi, alt yüklenicinin tesis ettirdiği inşaatçı ipoteği nedeniyle ödemek zorunda kaldığı icra ve yargılama masrafları ile vekalet ücreti gibi giderleri de asıl yükleniciden isteyebilecektir.<sup>55</sup>

## 2. İş Sahibinin Asıl Yükleniciye Ödeme Yapmasından Önce Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteği Tesis Etmesi Durumunda

İş sahibinin asıl yükleniciye ödeme yapmasından önce alt yüklenicinin iş sahibinin taşınmazı üzerinde inşaatçı ipoteği tesis etmesi durumunu ise rücu ilişkisinin dışında farklı bir çözüm getirmek gerekecektir. Henüz asıl yükleniciye ödemesini yapmamış olan iş sahibinin önce alt yükleniciye ödeme yapması, sonrasında ise asıl yükleniciye rücu etmesi, iş sahibinin asıl yüklenicinin acze düşmesi durumunda alacağını alamaması riskini doğurabilecektir. Kaldı ki bu durum, ödeme yapan iş sahibinin önce alt yükleniciye ödeme yapması, sonrasında ise asıl yükleniciye tekrar ödeme yapması ve en sonunda asıl yükleniciye rücu ederek alt yükleniciye yapmış olduğu ödeme için rücu etmesi gibi gereksiz ve anlamsız bir çözüm ortaya koymaktadır.<sup>56</sup>

Bunu önlemek için, iş sahibin daha alt yükleniciye ödeme yaparken asıl yükleniciye olan borcundan kurtulması gerekmektedir. Dolayısıyla, iş sahibinin alt yükleniciye yaptığı ödemenin asıl yükleniciye olan borcundan mahsup edilmesi ve asıl yüklenicinin kalan alacak miktarının bu mahsup işlemi yapıldıktan sonra kalan tutara göre hesap edilmesi gerekmektedir. Ancak bu mahsup işleminin kimin tarafından yapılacağı da inşaat ipoteğinin sadece alt yüklenici lehine tesis olması durumuyla, hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin taşınmaz üzerinde inşaatçı ipoteği tesis etmiş olması durumuna göre farklılık göstermektedir.

<sup>54</sup> Von Tuhr, a.g.e., s. 805; Eren, a.g.e., s. 1344.

<sup>55</sup> Von Tuhr, a.g.e., s. 805; Eren, a.g.e., s. 1344.

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 495.

### a) Sadece Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteki Tesis Etmesi Durumunda

İş sahibi asıl yükleniciye ödemesi gereken inşaat bedelini henüz ödemiş, aynı şekilde asıl yüklenici de alt yükleniciye ödeme yapmamış olduğu durumu düşündüğümüzde, asıl yüklenici alacağı için süresi içerisinde bir inşaatçı ipoteği kurulmasını talep etmemiş; ancak alt yüklenicinin talebi üzerine alt yüklenici lehine taşınmazın tapu kaydına bir inşaatçı ipoteği tescil edilmiş olsun. Böyle bir durumda, alt yüklenicinin ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmesi üzerine, ipotek paraya çevrilerek alt yüklenicinin alacağı sona erebilecektir. Bunun üzerine, asıl yüklenicinin aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanarak iş sahibinden alacağını talep etmesi durumunda ise, iş sahibi alt yükleniciye yapmış olduğu ödeme tutarının asıl yükleniciye olan borcundan mahsup edebilecektir.<sup>57</sup> Sonuç olarak da, iş sahibinin alt yükleniciye yapmış olduğu ödeme tutarı, asıl yükleniciye yapılacak ödeme tutarından düşülecektir. Rücu ilişkisinde olduğu gibi burada da iş sahibi, alt yüklenicinin kanuni ipoteği nedeniyle ödemek zorunda kaldığı masraf ve vekalet ücretlerini asıl yükleniciye yapacağı ödemedenden mahsup edebilecektir. Ancak, alt yüklenicinin ödemesini alamaması, asıl yüklenicinin de vadesinde iş sahibinden olan ödemesini alamamasından kaynaklanıyorsa burada masrafın kusurlu olan iş sahibi ve asıl yüklenici arasında paylaşılması daha adil bir çözüm olacaktır.

Öğretide, böyle bir durumda iş sahibinin asıl yükleniciye karşı takas beyanında bulunabileceği de ifade edilmektedir.<sup>58</sup> Tabii ki, borçlar hukukunun temel ilkeleri gereğince, alt yüklenicilere ödeme yapmış olan ve bu nedenle asıl yükleniciden alacaklı olan iş sahibinin asıl yükleniciye karşı takas beyanında bulunması kabul edilebilir. Ancak burada, iş sahibinin takas dışında mahsup hakkının da bulunduğu kabul edilmesi, hakların yarışması bakımından iş sahibine avantaj sağlayacaktır. Mahsup, takastan farklı olarak borçlunun beyanı olmaksızın da dikkate alınabileceğinden ve doğrudan bir hesaplama tekniği olduğundan iş sahibinin aynı iş için birden fazla ödeme yapmasını önleyicilik açısından daha koruyucu olacaktır.<sup>59</sup> Bunun yanı sıra, mahsup itirazı iş sahibinin kendisi dışındaki üçüncü kişiler tarafından da ileri

<sup>57</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 495; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 307.

<sup>58</sup> Güleş, a.g.e., s. 73.

<sup>59</sup> Oğuzman/Öz, C.2, s. 625.

sürülebilmektedir.<sup>60</sup> Örneğin; iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibinin bir kefil varsa, kefil de mahsup itirazında bulunabilecektir. Diğer yandan, alt yükleniciye yapılan ödeme bakımından iş sahibinin mahsup hakkı olmadığı kabul edilirse, kefilin tek başına takas def'ini ileri sürmesi mümkün olmayacaktır.<sup>61</sup>

### **b) Hem Asıl Yüklenicinin Hem Alt Yüklenicinin İnşaatçı İpoteği Tesis Etmesi Durumunda**

İş sahibinin henüz asıl yükleniciye ödemesi gereken inşaat bedelini ödemediğini varsayalım. Ödenmemiş olan inşaat bedelinin güvence altına alınması için asıl yüklenici inşaatı konu taşınmaz üzerinde kendisi lehine bir inşaatçı ipoteği tesis etmiş olsun. Aynı şekilde, alt yüklenici de henüz asıl yükleniciden inşaatı kaynaklı alacağını alamamış olduğundan aynı taşınmaz üzerinde alt yüklenici lehine de bir inşaatçı ipoteği tesis edilmiş olsun. Bu durumda aynı taşınmaz üzerinde aynı iş için hem asıl yüklenicinin hem de alt yüklenicinin inşaatçı ipotekleri kurulmuş olacaktır.

Söz konusu inşaatçı ipoteklerinin birbirine göre sırasına bakıldığında, bu ipotekler değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkarlar ve yükleniciler inşaatçı ipoteğinden yararlanma bakımından aynı sırada sayılırlar (TMK m.896). Dolayısıyla, asıl yüklenicinin ve alt yüklenicinin inşaatçı ipotekleri paraya çevrildiğinde her iki inşaat alacaklısı da aynı sırada yer alacaktır.<sup>62</sup> Bu durumda, kural olarak ipoteği paraya çeviren icra müdürlüğünün her iki alacaklının da alacaklarını eş zamanlı olarak ödemesi gerekecektir. Ancak bu durum da iş sahibi olan taşınmaz malikinin aynı iş için birden fazla ödeme yapması sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki, sonrasında iş sahibinin asıl yükleniciye tekrardan rücu etmesi gibi gereksiz bir işlem daha yapılması gereği doğacaktır. Bunun yerine, icra müdürlüğünün satış bedelinin paylaştırılması amacıyla sıra cetveli oluştururken, alt yükleniciye yapılan ödeme ölçüsünde asıl yüklenicinin alacağından mahsup işlemini gerçekleştirmesi daha isabetli olacaktır.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Von Tuhr, a.g.e., s. 685.

<sup>61</sup> Von Tuhr, a.g.e., s. 685.

<sup>62</sup> Ertaş, a.g.e., s. 608; Sirmen, a.g.e., s. 704; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 802.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. Reisoğlu, a.g.e., s. 151 vd.

Böyle bir yöntemin belirlenmesi, kural olarak, paraya çevrilen ipotek bedelinin alacaklarının tamamını karşılamaması durumunda da önem taşımaktadır. Böylece, zaten rücu ile iş sahibi tarafından asıl yükleniciden geri alınacak bedel, asıl yüklenicinin alacağından peşinen mahsup edilerek alt yüklenicinin alacağını daha büyük ölçüde tahsil etmesi olanağı tanyacaktır. Bu yöntemin, inşaatçı ipoteği alacaklılarının eşit sırada olması prensibine aykırı olacağı düşünülebilirse de burada ipoteğin sırası bakımından bir fark yaratılmamakta sadece paranın paylaşılması aşamasında mahsup ilişkisine dayanılarak yasal bir boşluğun doldurulduğunu söyleyebiliriz.

## SONUÇ

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin inşaat bedelini ödeme konusunda yükleniciye karşı borç altına girmesine rağmen alt yüklenicilerin de kanuni ipotek haklarını kullanarak iş sahibinin taşınmazı üzerinde inşaatçı ipoteği tesis etmeleri durumunda, iş sahibi aynı iş için birden fazla ödeme yapma riski altında kalacaktır. Bu durum, iş sahipleri için şaşırtıcı ve adil olmayan bir sonuç yaratabilir. Kanun koyucu iradenin, bu şekilde adil olmayan bir sonucun doğmasına sebep olan yasal düzenlemeyi benimsemesi ise taşınmaz maliki karşısında zayıf konumda gördüğü alt yüklenici ve zanaatkarları koruma içgüdüsüne dayanmaktadır. Bu içgüdüyle hazırlanan yasal düzenlemenin ise kötü niyetli kullanımını önlemek ve taşınmaz maliklerinin de zarar görmesini engellemek için Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlediği rücu, halefiyet, mahsup gibi kavramlardan somut olaya uygun düştüğü ölçüde yararlanılmalıdır.

Hukuk uygulayıcıları da, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı nedeniyle, iş sahibinin zarar görme riskini dikkate almalıdır. Özellikle, inşaatçı ipoteğinin paraya çevrilmesi ve bedelin paylaşılması aşamalarında karşılaşılabilecek sorunları öngörmeli ve iş sahibinin riskini en aza indirmek için gerekli önlemleri almalıdır. Son olarak, iş sahibinin riskinin adil olmayan bir risk yarattığı ve bunun alt yüklenici ve zanaatkarların korunmaya muhtaç menfaatleriyle bağdaştırılamayacağı konusunda toplumsal bir mutabakat oluşmuşsa daha kalıcı bir çözüm arayışı gerekecektir. Böylece, sosyal ihtiyaçlar ve toplumsal talepler doğrultusunda kanun koyucunun da en doğru ve en adil çözümü bulmak için üzerine düşeni yapması ve gerekli yasal düzenlemeleri yapması gerekecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akıpek, Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- Aybay Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962.
- Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- De Haller Jean Claude, Le Droit A L'Inscription De L'Hypothèque Légale De L'Entrepreneur, Lozan, Impremerie Vaudoise Lausanne, 1970.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020.
- Güleş Bedia, Türk Hukukunda Yapı İpoteği, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (Metinde "C.1" olarak anılacaktır.)
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (Metinde "C.2" olarak anılacaktır.)
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Reisoğlu Safa, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Matbaası, 1961.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.

### Makaleler

- Akcan Cansın, "Yapı İpoteği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2018, C. 76, S. 2, s. 69-110.
- Oral Tuğçe, "Türk İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2019, C. 68, S. 3, s. 665-706.
- Tekinay Selahattin Sulhi, "İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 1969, C.3, S.4, s.133-139.

### Mahkeme Kararları

Yargıtay Kararları: <https://karararama.yargitay.gov.tr>

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları: [www.bger.ch](http://www.bger.ch)



# İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNUNDA YAPILMASI DÜŞÜNÜLEN ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER (26/02/2020 TARİHLİ TASARI) IMPORTANT AMENDMENTS INTENDED TO BE MADE IN THE SWISS CIVIL PROCEDURE CODE

Selçuk ÖZTEK\*  
Mert NAMLI\*\*

**Özet:** 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu, İsviçre’de medenî yargının ulusal düzeyde birleştirilmesini sağlamıştır. Böylece kanun temel amacını yerine getirmiş olsa da yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra, uygulamada ortaya çıkan bazı sorunların giderilmesi için Federal Meclise birçok teklif sunulmuştur. Bu talepler üzerine Federal Konsey, 2018 yılının sonuna kadar Kanunda yapılacak değişiklikleri konu alan bir tasarı hazırlayıp Federal Meclis’e sunmakla görevlendirilmiştir. Böylece çalışmalara başlayan Federal Konsey, önce Mart 2018’de Ön Tasarı’yu, nihâyet 26.02.2020 tarihinde ise “*Medeni Usul Kanunu’nda Değişiklik Tasarısı’nı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasını Geliştirilmesi)*” sunmuştur.

Tasarı hazırlanırken İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun henüz çok genç bir kanun olduğu göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede, Kanunun dayandığı temel ilkeler korunmuş ve Kanunda esaslı değişiklikler yapılmasından kaçınılmıştır. Tasarı ile yapılmak istenen, bugüne kadar uygulamada yaşanan sorunlar ve Federal Mahkeme’nin kararları ile elde edilen tecrübe birikimi doğrultusunda adeta nokta değişiklikler yapılması suretiyle Kanunun geliştirilmesidir. Bu makale, Tasarı ile getirilen başlıca değişikliklerin Türk Hukukunda genel olarak tanıtılmasını amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Medeni usul hukuku, İsviçre Medeni Usul Kanunu, Medeni Usul Hukuku Revizyonu, 26.02.2020 tarihli Tasarı

**Abstract:** The Swiss Civil Procedure Code, which entered into force on 01.01.2011, enabled the unification of the civil procedure in Switzerland at the national level. Although the law fulfilled its primary purpose, shortly after its entry into force, many proposals were made to the Parliament to address some of the problems that arose in its practice. Based on these requests, the Federal Council

\* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, soztek@fsm.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6145-0967, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.04.2021, Kabul Tarihi: 15.04.2021

\*\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, mnamlı@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8335-2308



was tasked with preparing a draft on amendments to the Law by the end of 2018 and submitting it to the Federal Assembly. The Federal Council, which began its endeavours to this end, first submitted the Preliminary Bill in March 2018, then the *Draft Amendment to the Civil Procedure Code (Improving the Applicability and Implementation of the Law)* on 26.02.2020.

While this draft was being prepared, the fact that the Swiss Civil Procedure Code is still a very young law was taken into consideration. In this framework, the basic principles on which the Law is based were preserved and substantial changes to the Law were avoided. The purpose of the draft is to improve the Law by performing almost surgical amendments in line with the problems experienced in practice so far and the experience accumulated via the decisions of the Federal Court. This article aims to introduce to the Turkish Law the primary amendments brought by the Draft.

Keywords: civil procedure, Swiss Civil Procedure Code, Revision of civil procedure, draft dated 26.02.2020.

## GİRİŞ

01.01.2011 tarihinde, yani Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzdan dokuz ay önce yürürlüğe giren (İsviçre)<sup>1</sup> Medenî Usûl Kanunu,<sup>2</sup> İsviçre’de medenî yargının ulusal düzeyde birleştirilmesini sağlamış ve böylece bu alandaki kantonal çeşitliliğin yarattığı sakıncaları ortadan kaldırmıştır.<sup>3</sup> Yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen yaklaşık dokuz yıllık süreç, İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun kantonların tümü tarafından benimsendiğini ortaya koymuştu; şu hâlde Kanunun başarılı olduğu söylenebilecektir.<sup>4</sup>

İsviçre Medeni Usul Kanunu temel amacını yerine getirmiş olsa da yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra Federal Meclis’e (“*Assemblée nationale*”), Kanun’un uygulanmasında ortaya çıkan eksiklik ve aksak-

<sup>1</sup> İsviçre kanun koyucusu, *Code de procédure civile*’i (Medeni Usul Kanunu’nu) kabul ederken, “Federal” veya “İsviçre” nitelemelerini kullanmamış, “*Code de procédure civile*” (Medeni Usul Kanunu) adını kullanmakla yetinmiştir. İsviçreli yazarlar ve mahkemeler “*Code de procédure civile suisse*” (İsviçre Medeni Usul Kanunu) şeklinde bir başlık kullanmayı tercih etmektedirler.

<sup>2</sup> RS 272.

<sup>3</sup> Bununla birlikte mahkeme ve uzlaştırma daireleri teşkilatının oluşturulması (Federal Anayasa m.122/2; CPC m.3), mahkemelerin maddi ve fonksiyonel anlamda yetkilerinin belirlenmesi (CPC m.4/1), yargılama gider tarifelerinin hazırlanması (CPC m.96) kural olarak kantonların yetki alanına dâhildir.

<sup>4</sup> *Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l’application du droit)*, FF 2020, s. 2612.

lıklara ilişkin birçok soru önergesi ile Kanun'da bazı değişiklikler yapılmasına ilişkin birçok teklif sunulmuştur.<sup>5</sup> Bu ısrarlı talepler üzerine Federal Meclis'in iki kanadı ("*Conseil des Etats*" ve "*Conseil national*"), Federal Konsey'i (*Conseil fédéral*, yani federal yürütme organı; bakanlar kurulu), Medeni Usul Kanunu'nun uygulama bakımından yeterliliği sorununu değerlendirmek ve 2018 yılının sonuna kadar Kanunda yapılacak değişiklikleri konu alan bir tasarı hazırlayıp Federal Meclis'e sunmakla görevlendirmiştir.<sup>6</sup> Böylece çalışmalara başlayan Federal Konsey, önce Mart 2018'de Ön Tasarı'yı, nihâyet 26.02.2020 tarihinde ise "*Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Tasarısı'nı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)*" sunmuştur.<sup>7</sup>

Tasarı hazırlanırken İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun henüz çok genç bir kanun olduğu göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede, Kanun'un dayandığı temel ilkeler korunmuş ve Kanun'da esaslı değişiklikler yapılmasından kaçınılmıştır. Böylece bir yandan birçok sorun hakkında istikrar kazanmış yargı kararlarının somutlaşması istenmiş; diğer yandan, yapılacak kapsamlı bir değişikliğin hem erken olacağı hem de hukuk güvenliğine zarar verebileceği düşünülmüştür. Tüm bu nedenlerle Tasarı ile yapılmak istenen, bugüne kadar uygulamada yaşanan sorunlar ve Federal Mahkeme'nin kararları ile elde edilen tecrübe birikimi doğrultusunda adeta nokta değişiklikler yapılması suretiyle Kanun'un geliştirilmesidir.<sup>8</sup> Ancak, yine de 55 madde değiştirilmiştir ki, bu durum 408 maddelik bir Kanunun %10'undan fazlasının değiştirildiği anlamına gelmektedir.

## I. TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ VE BAŞLICA AMAÇLARI

### A-) TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ

Tasarı'nın hazırlanma sürecinin temelleri, 2011 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde, kantonların ilk derece ve ikinci derece hukuk

<sup>5</sup> Bu önergeler genellikle arabuluculuk, uzlaştırma, mahkemelerin görevi, yargılamanın sevk ve idaresi ile kolektif hukuki himaye üzerine yoğunlaşmıştır. Bkz *Message FF 2020*, s. 2612-2613.

<sup>6</sup> *Message FF 2020*, s. 2612-2613.

<sup>7</sup> Tasarı'nın tam metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf>.

<sup>8</sup> *Message FF 2020*, s. 2612-2615.

mahkemeleri hâkimlerinden bir çalışma grubu kurulmasıyla atılmıştır.<sup>9</sup> Bu çalışma grubu, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yapılabilecek değişiklikleri 07.05.2015, 20.03.2017 ve 19.06.2017 tarihli toplantılarda ortaya koymuştur.

Çalışma grubunun yaptığı hazırlıktan sonra 2017 yılının Haziran ayında çeşitli uzmanların ve meslek gruplarının temsilcilerinin katılımıyla konuya ilişkin toplantılar gerçekleştirilmiştir.

Böylece oluşturulan temel esas alınarak, akademik çevreler ile yargıdan ve barolardan seçilen bir grubun<sup>10</sup> denetiminde Ön Tasarı hazırlanmıştır.<sup>11</sup> 02.03.2018 tarihinde Federal Konsey, Ön Tasarı'yı açıklamış ve görüşe sunmuştur. 11.06.2018'de tamamlanan görüş sunma sürecinde<sup>12</sup> görüş sunan kantonların, siyasi partilerin ve kuruluşların önemli çoğunluğu, çıkış noktaları ve amaçları bakımından Ön Tasarı'yı genel olarak desteklemişler, ancak getirilmesi önerilen değişiklikler bakımından bazı eleştirilerde bulunmuşlardır. Buna karşılık altı kanton<sup>13</sup> ve bir siyasi parti,<sup>14</sup> Ön Tasarı'ya bütünüyle karşı çıkmışlardır. Federal Konsey, ileri sürülen görüşleri göz önüne almış ve bunun sonucunda hazırlanan Tasarı 26.02.2020 tarihinde Federal Meclis'e sunulmuştur.

<sup>9</sup> *Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)*, s. 9.

<sup>10</sup> Bu uzman grubunda Zürih Üniversitesi'nden Prof. Dr. Samuel Baumgartner ve Prof. Dr. Tanja Domej, Saint-Gallen Üniversitesi emekli öğretim üyesi ve Zürih Ticaret Mahkemesi eski hâkimi Prof. Dr. Alexander Brunner, Bern Üniversitesi ve Fribourg (Freiburg) Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Isabelle Chabloz, Cenevre Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Nicolas Jeandin, Luzern Üniversitesi'nden Prof. Dr. Karin Müller, Argovie Ticaret Mahkemesi Başkanı Meinrad Vetter ve Zürih Barosu avukatı Martin Bernet görev almıştır. Uzman grubunda Fransızca konuşan kantonlarda son yıllarda medeni usul hukuku alanında sivrilmiş François Bohnet, Denis Tapy, Fabienne Hohl (aynı zamanda Federal Mahkeme hâkimi), Jacques Haldy gibi akademisyenlere yer verilmemiş olması dikkati çekmektedir.

<sup>11</sup> Ön Tasarı'nın tam metni için bkz. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.

<sup>12</sup> Ön Tasarı hakkında sunulan görüşler için bkz. *Synthèse des résultats de la procédure de consultation: Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)*, 29.01.2020, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.

<sup>13</sup> Tasarı'ya bütünüyle karşı çıkan kantonlar şunlardır: Luzern, Nidwald, Obwald, StGallen, Schwyz ve Uri'dir.

<sup>14</sup> Tasarı'ya İsviçre Halk Partisi (SVP) tamamen karşı çıkmıştır.

## B-) TASARI'NIN AMAÇLARI

Tasarı'nın başlıca amacı, Medenî Usûl Kanunu'nun uygulanabilirliğini geliştirmektir.<sup>15</sup> Bu çerçevede, ilk olarak, mahkemeye erişim hakkını güçlendirmek amacıyla yargılama giderlerinin ve gider avansının düzenlenmesi bakımından çeşitli değişiklikler yapılmıştır.<sup>16</sup> Aslında burada teklif edilen hususlar, Medeni Usul Kanunu'nun hazırlandığı dönemde de tartışılmış; ancak, bütçesel gerekçeler nedeniyle reddedilmiş idi.<sup>17</sup> Bu noktada Tasarı'yı hazırlayanlar, öğreti ve uygulamada ileri sürülen eleştirileri ve âdil yargılanma hakkını dikkate alarak bu konulara ilişkin düzenlemeleri tekrar ele alma ihtiyacını hissetmişlerdir.

Tasarı ile izlenen bir diğer amaç, uygulamada belki de en fazla eleştiri konusu olan bir hususa ilişkindir ki, o husus da yargılama usulleri arasında koordinasyon sağlanmasıdır. Şöyle ki, İsviçre Hukuku'nda birden fazla yargılama usulünün düzenlenmesi ve daha da önemlisi, davaların yalnızca dava konusunun değeri itibarıyla farklı yargılama usulüne tâbi olmaları uygulamada önemli sorunlara yol açmaktadır.<sup>18</sup> Bu nedenlerle Tasarı'da, davaların yığılmasına<sup>19</sup> ve karşı davaya<sup>20</sup> ilişkin bazı değişiklikler yapılarak bu sorunlara çözüm getirmek amaçlanmıştır.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu hazırlanırken kanun koyucunun bir amacı da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesiydi.<sup>21</sup> Bu çerçevede, kabul edilen uzlaştırma (*conciliation*) yöntemi uygulamada önemli bir başarı elde etmiştir.<sup>22</sup> Bu nedenle Tasarı'da uzlaştırma yolunun geliştirilmesi doğrultusunda bazı değişikliklere yer verilmiştir.<sup>23</sup>

Tasarı'da takip edilen amaçlardan biri de gerek dünyadaki akımlar gerekse de Avrupa Hukuku'ndaki gelişmeler değerlendirilerek Kanu-

<sup>15</sup> Bu amaç daha Tasarı'nın başlığında ortaya konulmuştur. Şöyle ki, yukarıda da belirtildiği gibi, Tasarı'nın tam başlığı, "Medeni Usul Kanunu Değişikliği (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)" dir.

<sup>16</sup> Bkz. aşağıda VI.

<sup>17</sup> *Message*, FF 2020 s. 2623.

<sup>18</sup> *Message*, FF 2020 s. 2624.

<sup>19</sup> Bkz. aşağıda V, A.

<sup>20</sup> Bkz. aşağıda X, B.

<sup>21</sup> *Message*, FF 2006, s. 6870-6873.

<sup>22</sup> *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet*, s. 10 vd.

<sup>23</sup> Bkz. aşağıda IX.

nun geliştirilmesi olmuştur.<sup>24</sup> Bu bağlamda dünyada son dönemlerde görülmeye başlanan uluslararası ticaret mahkemeleri örnekleri çerçevesinde İngilizce yargılama yapan mahkemeler kurulmasına imkân sağlanmıştır.<sup>25</sup>

Tasarı'nın temel amacının Kanunun uygulanabilirliğini artırmak olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu çerçevede Tasarı'yı hazırlayanlar, Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada yaşanan sorunları tespit ederek, konuya ilişkin Federal Mahkeme kararları ile öğretide ileri sürülen görüşleri değerlendirmişlerdir. Bunun sonucunda Tasarı'nın birçok maddesinde, Federal Mahkeme'nin kararları kanunlaştırılmak suretiyle uygulamadaki tereddütlere son verilmek istenmiştir.<sup>26</sup> Bununla birlikte, Tasarı'yı hazırlayanlar, istikrar kazanmış olsa dahi Federal Mahkeme içtihatlarına katılmadıkları bazı konularda, bu içtihatlarda benimsenen görüşün aksini kabul etmekten de kaçınmamışlardır.<sup>27</sup>

## II. TİCARET MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI

### A-) GENEL OLARAK

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 6.maddesi ticaret mahkemelerine ayrılmıştır. Burada kanun koyucu, kantonlara, ticari uyuşmazlıklara bakacak ve o kantonda ticari uyuşmazlıklarda tek (yegâne) derece mahkemesi sıfatını haiz olacak özel bir mahkeme kurma yetkisini tanımıştır (CPC m.6/1).<sup>28</sup> Ayrıca, bu yetkiyi kullanan kantonlar için, ti-

<sup>24</sup> Message, FF 2020 s. 2620-2621.

<sup>25</sup> Bkz aşağıda X, A.

<sup>26</sup> Örneğin Tasarı ile CPC m.70, 90, 143/1 (bis), 149, 224, 317/1 (bis), 318/2 ve 327/5'de yapılan değişikliklerde Federal Mahkeme'nin bazı usul hukuku sorunlarına ilişkin çözümlerinin kanunlaştırılması yolu açılmıştır. Fransız hukukunda da çok uygulanan bu yöntem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında" 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun vesilesiyle ülkemizde de uygulanınca, nedendir bilinmez, hemen eleştirilmiştir.

<sup>27</sup> Örneğin CPC m. 118, 177 ve 241/3'de getirilen değişikliklerde Federal Konsey, Federal Mahkeme'nin kararına katılmayarak, uygulamaya yön vermek amacıyla bunun aksini kabul etmiştir. Tasarı'da benimsenmiş olan bu yöntemin eleştirisi için bkz François Bohnet/Julitte Schaller, "Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence", *La Semaine judiciaire- doctrine*, 2020 II,, s.189 vd.

<sup>28</sup> 2020 yılı itibariyle Argovie, Bern, Zürih ve StGallen kantonları bu yetkiyi kullanarak ticaret mahkemeleri kurmuşlardır.

cari davaların özelliklerini belirlemek suretiyle ticaret mahkemelerinin görev alanını düzenlemiştir.<sup>29</sup> Buna göre, ticaret mahkemeleri, ticari uyuşmazlıklara bakmakla görevli olacaklardır (CPC m. 6/1). Bunun ardından maddenin ikinci fıkrasında, bir uyuşmazlığın “ticari” nitelikte olduğunun kabulü için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Madde- nin dördüncü fıkrasında ise, kantonlara, ticari nitelikte olmayan bazı uyuşmazlıkları ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil etme yet- kisi tanınmıştır.

Tasarı, ticaret mahkemelerinin görev alanı ile ilgili olarak üç de- ğişiklik getirmektedir. Bunlardan ilki, ticari dava tanımının unsurlar- ının belirginleştirilerek tamamlanmasıdır. İkinci olarak, ihtiyari dava arkadaşlığı hâlinde ticaret mahkemesinin görevinin nasıl belirleneceği konusunda Federal Mahkemenin benimsediği çözümün kanunlaş- tırılması önerilmektedir. Üçüncü olarak ise, tarafların kabul etmeleri durumunda bazı uluslararası uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesi hakkında kantonlara yetki verilmiştir.

## B-) TİCARİ DAVA KAVRAMI

CPC m.6/2’de bir davanın ticari nitelikte olduğunun kabulü için şu üç şartın yerine gelmesi aranmıştır:

- (a) Uyuşmazlığın en azından taraflardan birinin ticari faaliyetine ilişkin olması,
- (b) Karara karşı Federal Mahkeme’ye başvurunun mümkün olma- sı,
- (c) Tarafların İsviçre Ticaret Sicili’ne ya da muadili bir yabancı si- cile kayıtlı olmaları.

Burada düzenlenen şartların mevcut olması durumunda, bu uyuş- mazlık “ticari” nitelik taşıyacak ve eğer o kantonda kurulmuş ise, zo- runlu olarak ticaret mahkemesinde görülecektir.

Tasarı, CPC m.6/2 (a)’da düzenlenen şart bakımından herhangi bir değişiklik getirmemektedir. CPC m. 6/2 (b)’de düzenlenen şart, “*uyuşmazlık konusunun 30.000 Frank’ı geçmesi*” şeklinde değiştirilmek- tedir. Federal Mahkeme Kanunu’nun (LTF) 74/1 maddesi uyarınca,

<sup>29</sup> Kantonların bu şartları genişletemeyeceği hakkında bkz ATF 140 III 155.

uyuşmazlık konusunun para ile ölçülebildiği davalarda, eğer dava iş hukukundan veya kira hukukundan doğmuşsa itiraz (*recours, Besc-hwerde*) sınırı 15.000 Frank (a), bu iki uyuşmazlık türünün dışında kalıp konusu para ile ölçülebilen diğer davalarda ise 30.000 Frank (b) olarak belirlenmiştir. Tasarı'da, söz konusu değişiklik ile, CPC m.6/2 (b)'nin LTF m.74/1 (b) ile uyumlaştırılması amaçlanmıştır.<sup>30</sup>

CPC m. 6/2 (b)'de yapılması önerilen değişikliğin bir başka önemi daha vardır. Şöyle ki, CPC m.243/1 ve 2'de "basitleştirilmiş yargılama usulü" nün uygulama alanı düzenlenmiştir.<sup>31</sup> Söz konusu maddenin ilk

<sup>30</sup> Message, FF 2020 p. 2634.

<sup>31</sup> İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda "olağan yargılama" ("*procédure ordinaire*"), "basitleştirilmiş yargılama" ("*procédure simplifiée*") ve "basit yargılama" ("*procédure sommaire*") olmak üzere üç tür yargılama usulü düzenlenmektedir. Basitleştirilmiş yargılama usulü (CPC m.243-247), başta dava konusu 30.000 Frank'ı geçmeyen uyuşmazlıklar ile kira ve iş uyuşmazlıkları olmak üzere basitlik ve hızlı önem kazandığı davalarda (CPC m.243) uygulanmaktadır. Olağan yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler kıyas yoluyla basitleştirilmiş yargılama usulüne de uygulanacağı için (CPC m.219), kanun koyucu, yalnızca farklı olan hususları düzenlemekle yetinmiştir. Bu noktada en önemli farklardan biri, talebin ileri sürülmesidir. Şöyle ki basitleştirilmiş yargılama usulünde talebin sözlü olarak ileri sürülmesi mümkün olup; bu durumda mahkeme bunu tutanağa geçirecektir (CPC m. 244). Talebin gerekçeli olmaması durumunda mahkeme, bunu karşı tarafa tebliğ edecek ve tarafları duruşma için dâvet edecektir (CPC m.245/1). Böylelikle bu durumda dilekçeler aşaması gerçekleştirilmeyecektir. Talebin gerekçeli olması hâlinde ise mahkeme, karşı tarafa cevap süresi verecektir (CPC m.245/2). Basitleştirilmiş yargılama usulünde kural olarak bir duruşma yapılacak olup (CPC m.246/1); ancak şartların gerektirmesi hâlinde mahkeme tarafların karşılıklı dilekçe vermelerine ve ayrıca duruşma yapılmasına da karar verebilecektir (CPC m.246/2). Basitleştirilmiş yargılama usulünde, "zayıflatılmış taraflarca getirilme ilkesi" (*maxime des débats atténuée*) uygulanmaktadır (Halay, s. 167). Buna göre, taraflarca getirilme ilkesi yine esas olup; mahkeme, uygun sorular ile, getirilen vakialardaki yeter-sizliklerin giderilmesini ve tarafların delilleri getirmelerini sağlayacaktır (CPC m.247/1). Ayrıca dava konusunun 30.000 CHF'i aşmayan kira sözleşmeleri ile iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme, vakıaları re'sen araştıracaktır (CPC m.247/2). Basit yargılama usulü (CPC m.248-270) ise özellikle (İsviçre) Medeni Kanun (CPC m.249), (İsviçre) Borçlar Kanunu (CPC m.250) ve (İsviçre) İcra ve İflâs Kanunu'ndan (CPC m. 251) doğan bazı uyuşmazlıklarda, geçici hukuki koruma kararlarına ilişkin yargılama ve çekişmesiz yargıda uygulama alanı bulmaktadır. Burada yargılama bir dilekçe ile başlamakta olup; basit veya acil hâllerde bu dilekçenin tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak ileri sürülmesi de mümkündür (CPC m. 252/2). Dilekçenin verilmesi üzerine mahkeme, dilekçeyi açıkça kabul edilemez veya temelden yoksun bulmazsa, karşı tarafa kendisini yazılı veya sözlü olarak ifade etme imkânı tanıyacaktır (CPC m. 253). Bunun ardından mahkeme, kanunda aksine düzenleme olmadıkça, duruşma yapıp yapılmasına göre karar verecektir (CPC m.256). Basit yargılama usulünün en önemli özelliklerinden biri de kullanılacak delillerdir. Şöyle ki, basit yargılama usulünde ispat, kural olarak belgeler ile gerçekleştirilebilecektir (CPC m.254/1). Buna karşılık yargılamanın geciktirilmesine neden olmayacaksa, yargılamanın amacı

fıkrasında 30.000 Frank'ı aşmayan davalarda basitleştirilmiş yargılama usulünün uygulanacağı öngörülmüş iken, maddenin ikinci fıkrasında ise, dava konusunun değerine bakılmaksızın, niteliği gereği, basitleştirilmiş usulün uygulama alanı bulacağı bazı dava ve işler sayılmıştır. Federal Mahkeme, CPC m.243/1 ve 2'de basitleştirilmiş yargılama usulünün uygulanacağı iş ve davalarda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermektedir.<sup>32</sup> CPC m.6/2 (b)'de değer kıstasının belirlenmesi sonucunda, basitleştirilmiş yargılama usulünün ticaret mahkemelerinde uygulanma ihtimali artık kanun gereği söz konusu olmayacaktır.<sup>33</sup>

Tasarı, CPC m 6/2 (c)'de düzenlenen ve “ *tarafların İsviçre Ticaret Sicili'ne ya da muadil bir yabancı sicile kayıtlı olmaları*” yönünde olan şartı, “ *tarafların İsviçre Ticaret Sicili'ne ya da muadili bir yabancı sicile hukuki varlık<sup>34</sup> olarak kayıtlı olmaları*” şeklinde değiştirmektedir. CPC m.6/2(c)'de düzenlenen şart bakımından maddenin Almanca gerekçesinde, iki tarafın da ticaret siciline “ *ticaret unvanı*” (*raison de commerce*) ile kayıt olması gerektiği belirtilmiştir. Daha önce vermiş bulunduğu kararlarında Federal Mahkeme de bu düşünceye katılmış ve her ne kadar Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da davalının ticaret siciline organ olarak kayıtlı olması durumunda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermiştir.<sup>35</sup> Söz konusu değişiklik önerisiyle Kanun metni bir yandan Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda açıklığa kavuşturulmakta, öte yandan ise 17 Ekim 2007 tarihli Ticaret Sicili Hakkında Kararname ile uyumlu hâle getirilmektedir.<sup>36</sup> Diğer unsurların mevcut olmasına rağmen yalnızca davalının ticaret siciline kayıtlı olması durumunda davacı, ticaret mahkemesi veya diğer mahkemelerde dava açabilecektir (CPC m.6/3).<sup>37</sup>

---

gerektiriyorsa veya mahkeme vakıaları re'sen araştırıyorsa, diğer delillerin ileri sürülmesi mümkündür (CPC m.254/2). Basit yargılama usulünde de kural olarak taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmektedir. Buna karşılık kanun koyucu, CPC m.255'de buna iki istisna getirmiştir. Buna göre iflâs ve konkordato ile çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme vakıaları re'sen araştırılacaktır (CPC m.255).

<sup>32</sup> ATF 143 III 137.

<sup>33</sup> *Message*, FF 2020 p. 2635.

<sup>34</sup> “*entité juridique*”.

<sup>35</sup> ATF 140 III 409.

<sup>36</sup> Kararnâme'nin tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinde, tüzel kişilik kavramı kullanılmaktadır.

<sup>37</sup> Bu düzenleme, yürürlükteki Kanun'da da yer almaktadır. Burada yalnızca, Kanun'da yer alan “ *ticaret siciline kayıtlı olma*” ibaresi “ *ticaret siciline tüzel*



Tasarı'da ticari dava kavramının unsurlarını düzenleyen CPC m.6/2'ye, (d) bendi eklenmektedir. Buna göre, iş sözleşmeleri ile kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari nitelikte sayılmayacaktır. Tasarı'yı hazırlayanlar, burada da uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek adına, kanton mahkemeleri ile Federal Mahkeme kararlarında benimsenen görüşü kanunlaştırma yönünde öneride bulunmayı tercih etmiştir.<sup>38</sup>

### C-) KANTONLARA TANINAN YETKİ

CPC m.6/2'de ticari dava tanımlandıktan sonra, maddenin 4.fıkrasında, kantonların şu uyuşmazlıklarda da ticaret mahkemelerinin görevli olacaklarını kararlaştırabilecekleri hususu düzenlenmiştir:

- (a) CPC m. 5/1'de düzenlenen uyuşmazlıklar,<sup>39</sup>
- (b) Ticaret şirketleri ve kooperatif hukukundan doğan uyuşmazlıklar.

Tasarı'da söz konusu maddeye (c) bendi eklenmektedir. Buna göre:

- taraflardan en az birinin ticari faaliyetine ilişkin olması,<sup>40</sup>
- uyuşmazlık konusunun en az 100.000.-CHF olması,
- Tarafların onay vermeleri,<sup>41</sup>

---

kişilik olarak kayıtlı olma" şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>38</sup> Şu an yürürlükte olan mevzuatta, iş sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlığın, taraflardan en azından birinin ticari faaliyetinden kaynaklanması durumunda ticaret mahkemesinin görev alanına girip girmeyeceği hususunda açık bir düzenleme yoktur. Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararı bulunmamakla birlikte Zürih Ticaret Mahkemesi, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda ticaret mahkemesinin görevli olmayacağına karar vermiştir. Kira hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ise Federal Mahkeme'nin birçok kararı mevcuttur. Federal Mahkeme'ye göre bu uyuşmazlıklarda, basitleştirilmiş yargılama usulü uygulanmadığı sürece ticaret mahkemeleri görevli olacaktır. Burada benimsenen kıstas ise uygulamada tereddütlere ve belirsizliklere yol açmıştır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2637.

<sup>39</sup> Burada oldukça geniş bir listeye yer verilmiştir. Örneğin fikrî mülkiyet hukukundan, kartel (rekabet) hukukundan, değerinin 30.000.-CHF'i geçmesi şartıyla haksız rekabetten doğan davalar bu listede yer almaktadır.

<sup>40</sup> Bu uyuşmazlık bakımından tarafların ticaret siciline kayıtlı olmalarına gerek bulunmamaktadır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2639.

<sup>41</sup> Onay bakımından bir şekil şartı söz konusu olmayıp, zımnî onay da yeterli olacaktır. Bkz *Message*, FF 2020 p. 2639.

- Onay verilmesi ânında taraflardan en az birinin yerleşim yerinin, mutad meskeninin veya merkezinin yabancı bir ülkede bulunması durumunda kantonlar, bu uyuşmazlıkların ticaret mahkemesinde görüleceğini düzenleyebileceklerdir. İsviçre’de özellikle Zürih ve Cenevre kantonları, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde özel usûl kuralları uygulayan ihtisaslaşmış mahkemeler kurulabilmesi için kantonlara yetki verilmesi hususunda uzun zamandır çaba sarf etmekteydiler.<sup>42</sup> Bunun bir sonucu olarak Tasarı’ya bu düzenleme eklenerek kantonlara, tarafların kabul etmeleri hâlinde, uluslararası nitelikteki bazı uyuşmazlıkları ticaret mahkemelerinin görev alanına dâhil etme imkânı tanınmıştır.

#### D-) İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI HALİNDE

İsviçre Medeni Usûl Kanunu’nda, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı ilişkisinin bulunması ve ticaret mahkemesinin, dava arkadaşlarından yalnızca bazıları bakımından görevli olması ihtimalinde mahkemenin nasıl bir karar vereceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Zürih Kanton Mahkemesi<sup>43</sup> ve Bern Kanton Mahkemesi,<sup>44</sup> bu ihtimalde davanın genel mahkemelerde görüleceğini kabul etmekte olsalar da bu durum uygulamada tereddütlere yol açmıştır.<sup>45</sup>

Tasarı ile bu tereddütleri gidermek amacıyla CPC m. 6’ya altıncı fıkra eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ticaret mahkemesi, ancak dava arkadaşlarının hepsi bakımından şartların mevcut olması hâlinde görevli olacaktır.

### III. HÂKİMİN YASAKLILIĞI

Hâkimin yasaklılığı sebeplerinin sonradan öğrenilmesini düzenleyen CPC m.51/3’e göre, bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden (yargılamanın kapatılmasından) (*clôture de la procédure*)<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Message, FF 2020 p. 2638.

<sup>43</sup> Zürih Kanton Mahkemesinin bu kararına Federal Mahkeme’nin bir kararında yer verilmiştir. Bu karar için bkz ATF 138 III 471.

<sup>44</sup> Message, FF 2020 p. 2640.

<sup>45</sup> Message, FF 2020 s. 2640.

<sup>46</sup> Biz “*clôture de la procédure*” terimini, “yargılamanın sona ermesi” terimiyle karşılamayı tercih ediyoruz.

sonra ortaya çıkması hâlinde, yargılamanın iadesine ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Madde metninde ve gerekçesinde, “yargılamanın sona ermesi” ile neyin kastedildiği açıkça belirtilmese de öğretide, bununla kesinleşmesi aranmaksızın ilk derece mahkemesinin nihaî karar tarihinin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>47</sup>

Davanın sona ermesi ile nihai kararın verilmesinin kastedildiğinin kabul edilmesi, CPC m.51/3’ün yorumu bakımından bir başka zorluk ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, nihaî kararın verildiği tarihten sonra istinaf veya itiraz (*recours, Beschwerde*)<sup>48</sup> kanun yoluna başvuru imkânı mevcut ise, yasaklılık sebebi bu kanun yollarında ileri sürülebilecek midir, yoksa mutlaka yargılamanın iadesine mi başvurulmalıdır? Öğretideki bir görüş bu ihtimalde yargılamanın iadesine başvurulması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>49</sup> Bununla birlikte öğretideki ağırlıklı görüş, yargılamanın iadesinin, istinaf ve itiraza (*recours, Beschwerde*) göre ikincil nitelikte olduğunu, bu nedenle de başvurulması mümkün ise sonradan öğrenilen yasaklılık sebebinin istinaf ve itirazda (*recours, Beschwerde*) ileri sürülmesi gerektiği yönündedir.<sup>50</sup> Federal Mahkeme de 2013 tarihli bir kararında, istinaf ve itiraza (*recours, Beschwerde*) başvurma imkânı varsa, sonradan öğrenilen yasaklılık sebebinin yargılamanın iadesi yoluyla ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.<sup>51</sup>

Tasarı’da bu tartışmalara son vermek amacıyla düzenlemenin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden sonra öğrenilmesi ve başka açık bir kanun yolunun bulunmaması hâlinde yargılamanın iadesine ilişkin düzenlemeler uygulanır.”.

<sup>47</sup> Denis Tappy, Commentaire CPC, 2.éd, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018, art. 51 no. 15; Jean-Luc Colombini, Petit Commentaire, art. 51 no. 9.

<sup>48</sup> İtiraz (*recours, Beschwerde*), CPC m. 319 vd.’de düzenlenen ve özellikle ilk derece mahkemesinin, istinaf yolunun açık olmadığı kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur. Bu yönüyle de öğretide, istinafa göre tâli (*subsidaire*) kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. Bkz David Hofmann/Christian Lüscher, Le Code de procédure civile, 2. éd., Stampfli, 2015, s. 296; Nicolas Jeandin, Commentaire CPC, art. 319 no: 4.

<sup>49</sup> Marc Weber, Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. éd., Helbing Lichtenhahn, Basel 2017, art. 51 no: 7.

<sup>50</sup> Tappy, Commentaire CPC, art.51 no. 16; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.Auflage, 2016, art.51 no.10.

<sup>51</sup> ATF 139 III 466; JdT 2015 II 439.

Görüldüğü gibi, Tasarı'da, burada, maddeye “*başka açık bir kanun yolunun bulunmaması hâlinde*” ibaresinin eklenmesi önerilmektedir. Böylece ilk olarak “yargılamanın sone ermesi” kavramından nihai kararın verildiği tarihin anlaşılacağı ortaya konulmuştur. İkinci olarak ise, istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yolunun açık olması hâlinde, sonradan öğrenilen sebebin bu kanun yollarında ileri sürülebileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Tasarı ile CPC m.51/3'e paralel olarak, yargılamanın iadesi sebeplerinin düzenlendiği CPC m.328/1'de de bir değişiklik yapılmış ve “*bir yasaklılık sebebinin yargılamanın sona ermesinden sonra öğrenilmesi ve başka açık bir kanun yolunun bulunmaması*” bir yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir.

#### IV. DAVA ARKADAŞLIĞI

##### A-) MECBURİ DAVA ARKADAŞLIĞI

CPC m.70/1'de mecburî dava arkadaşlarının davada birlikte hareket etmek zorunda oldukları belirtilerek, bunlar arasındaki sıkı ilişki ortaya konulmuştur. Bunun ardından kanun koyucu, maddenin ikinci fıkrasında bu ilişkiyi bir ölçüde hafifletmiştir. Şöyle ki dava arkadaşlarından biri tarafından uygun zamanda (“*en temps utile*”) yapılan usûl işlemleri, kanun yollarına başvuru haricinde, diğerleri için de geçerli olacaktır.

CPC m.70/2'nin Almanca metninde “kanun yolları” (*Rechtsmitteln*) kavramı kullanılmış olmakla birlikte, Fransızca metinde “kanun yolları” (*voies de recours*) yerine, bir kanun yolu türü olan itiraz (*recours, Beschwerde*) kavramına yer verilmektedir. Öğretide kanun koyucunun hem istinaf hem de itiraz (*recours, Beschwerde*) başvurusunu bu düzenlemenin kapsamının dışında tutma amacı taşıdığı, bu nedenle de Fransızca metinde yer alan kavramın yanıltıcı olduğu ifade edilmiştir.<sup>52</sup>

Tasarı ile bu uyumsuzluk giderilmek istenmiş ve maddedeki ifade “*istinaf ve itiraz (recours, Beschwerde) başvurusu haricinde*” olarak değiştirilmiştir. Ancak öğretide, maddede “kanun yolları” kavramı yerine “*istinaf ve itiraz*” (*recours, Beschwerde*) kavramlarına yer verilmesinin

<sup>52</sup> Nicolas Jeandin, Commentaire CPC, art. 70, no: 14.

yargılamanın iadesi bakımından tereddütlere yol açabileceği gerekçe-  
siyle bu değişiklik eleştiri konusu yapılmaktadır.<sup>53</sup>

## B-) İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI

CPC m.71/1'e göre, hak ve borçları benzer vakıalar veya hukuki sebeplerden kaynaklanan kişiler birlikte dava açabilecekler ya da bu kişilere karşı birlikte dava açılabilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, davaların farklı yargılama usûllerine tâbi olması durumunda ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olamayacaktır.

CPC m.71/1'de ihtiyari dava arkadaşlığı düzenlenirken, *"aynı mahkemenin görevli olması"*ndan bahsedilmemiştir. Bununla birlikte öğretili<sup>54</sup> ve Federal Mahkeme,<sup>55</sup> her ne kadar kanunda açıkça düzenlen-  
mese de ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olabilmesi için aynı mahkemenin görevli olmasını zımnî bir şart olarak kabul etmiştir.

Tasarı'da bu düzenleme, önemli değişiklikler yapılmaksızın yeni-  
den formüle edilmiştir. Maddenin yeni hâli şu şekildedir:

*"Birden fazla kişi, şu şartların varlığı hâlinde birlikte dava açabilecekleri  
gibi bu kişilere karşı birlikte dava açılabilir:*

*a. hak ve borçların benzer vakıalar veya hukuki sebeplerden kaynaklan-  
ması*

*b. taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olması*

*c. aynı mahkemenin görevli olması."*

Görüldüğü gibi, ilk cümlede kanun koyucu ihtiyari dava arkadaş-  
lığında birden fazla kişinin yer almasına vurgu yapmakla yetinmiş ve  
daha sonra bu ilişkinin şartlarını sıralamıştır. İlk şartı oluşturan "da-  
valar arasında bağlantı bulunması" şartı aynen korunmuştur.<sup>56</sup> CPC  
m.71/2'de yer alan hüküm Tasarı'da ihtiyari dava arkadaşlığının bir

<sup>53</sup> Bohnet/Schaller, s. 192.

<sup>54</sup> Jeandin, Commentaire CPC, art. 71, no.8; Fabienne Hohl, Procédure civile, t.I,  
2.éd., Stampfli, 2016, s.163.

<sup>55</sup> ATF 122 III 129; ATF 138 III 471.

<sup>56</sup> Federal Mahkeme, buradaki bağlantının geniş şekilde yorumlanarak, usûl ekon-  
omisi veya çelişkili kararların önlenmesi bakımından yararlı olması durumunda  
ihtiyari dava arkadaşlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz ATF 142  
III 581

şartı olarak düzenlenmiş olup, burada da herhangi bir yenilik söz konusu değildir. Maddenin (c) bendinde ise “*aynı mahkemenin görevli olması*” şartı eklenmiş; böylece öğreti ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilen bu hususun Kanuna dahil edilmesi önerilmiştir.

## V. DAVA TÜRLERİ

### A-) DAVALARIN YIĞILMASI

İsviçre Hukuku’nda davaların yığılmasının şartları CPC m.90’da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aynı dava içinde ileri sürebilmesi için, aynı mahkemenin görevli olması ve bu taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olmaları gerekmektedir.

Davaların yığılması için aranan şartlar, özellikle de taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olması, öğretide eleştiri konusu yapılmış ve bu şartların hafifletilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.<sup>57</sup> Bu noktada malvarlığına ilişkin iki talepten biri basitleştirilmiş yargılamaya tâbi veya yalnızca miktarından ötürü özel bir mahkemenin görev alanına dâhil iken, diğerinin genel görevli mahkemede ve yazılı yargılamaya tâbi olması durumunda, davalının korunmasını ve bu nedenle de dava yığılmasının kabul edilmemesini gerektirecek bir neden bulunmadığı ileri sürülmüştür. Federal Mahkeme de 2016 yılına ait bir kararında, iki davanın yalnızca dava konusunun değeri veya miktarı nedeniyle farklı mahkemelerde, farklı yargılama usulüne tâbi olması durumunda bunların dava yığılması şeklinde ileri sürülebileceğine karar vermiştir.<sup>58</sup>

Federal Konsey, öğretideki görüşleri ve Federal Mahkeme’nin kararını göz önüne alarak, Ön Tasarıda CPC m.90’un farklı yargılama usulüne tâbi davaların, davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmelerini sağlayacak şekilde yeniden yazılmasını önermiştir. Bununla birlikte bu teklife karşı, uygulamada birçok karışıklığa neden olabileceği gerekçesiyle itirazlar ileri sürülmüş; bu nedenle de Federal Konsey sonuçta bu düşünceden vazgeçmiştir.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> François Bohnet, Commentaire CPC, art. 90 no: 9; Hofmann/Lüscher, s. 157-159.

<sup>58</sup> ATF 142 III 788.

<sup>59</sup> Message, FF 2020 s. 2648.

CPC m. 90'un yeniden kaleme alınmasından vazgeçilmesi üzerine, Tasarı ile söz konusu maddeye ikinci fıkra eklenmesi kararlaştırılmıştır. Maddeye eklenen hüküm şu şekildedir:

*“Görevli mahkeme veya yargılama usulünün yalnızca dava konusunun değerinden ötürü farklı olması durumunda da dava yığılması kabul edilecektir. Farklı yargılama usullerinin uygulanacak olması durumunda davalar, olağan yargılama usulüne göre görülecektir.”*

Görüldüğü gibi Tasarı'da yapılan yenilik, Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin kararının kabul edilmesinden ibarettir. Buna göre davaların farklı yargılama usulüne tâbi olmalarının tek nedeni dava konusunun değeri ise, dava yığılması ilişkisi yine oluşacaktır. Ancak bu davaların nitelikleri gereği farklı yargılama usulüne tâbi olmaları durumunda davaların yığılması halî uygulama alanı bulmayacaktır.

## B-) TOPLULUK DAVASI

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda kolektif hukuki korumanın sağlanmasına yönelik temel kurum, CPC m.89'da düzenlenen topluluk davasıdır. Söz konusu madde uyarınca dernekler ve statüleri çerçevesinde belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya yetkili olan ulusal veya bölgesel öneme sâhip diğer tüzel kişiler, bu grubun üyelerinin kişiliğine yönelik ihlâllere karşı kendi adlarına dava açabileceklerdir. Bu davada, haksız ihlâlin yasaklanması, devam etmekte ise sona erdirilmesi ve söz konusu fiilin hukuka aykırılığının tespit edilmesi istenebilecektir.

Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren CPC m.89 çerçevesinde herhangi bir topluluk davası açılmaması üzerine, Kanunda yer alan bu düzenlemenin etkinliği ve verimliliği sorgulanmaya başlanmıştır. Bu amaçla Federal Konsey tarafından hazırlanan raporda, bu davada tazminat taleplerinin ileri sürülememesi ve davanın konusunun grubun üyelerinin kişiliğine yönelik ihlâllerle sınırlı tutulmasının, topluluk davasının uygulanabilirliğini olumsuz yönde etkilediği sonucuna varılmıştır.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> *Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives*, Rapport du Conseil fédéral, Bern 2013, s. 26-27.

Ön Tasarı'da, uygulamada henüz hiç başvurulmadığı için âdetâ "ölü doğan" bu kurumun uygulanabilirliğinin artırılması amacıyla önemli değişiklikler teklif edilmiştir. Bu çerçevede, ilk olarak, CPC m.89'da topluluk davası açılması için gerekli koşulların değiştirilmesi önerilmiştir. Şöyle ki CPC m. 89'da topluluk davasını "*dernekler ve statüleri çerçevesinde belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya yetkili olan ulusal veya bölgesel öneme sâhip diğer tüzel kişiler*" açabilmektedir. Ön Tasarı'da ise gelir elde etme amacı olmayan, statüleri belli bir kişi grubunun menfaatlerini korumaya izin veren ve onların menfaatlerini savunmaya yeterli olan tüzel kişilerin topluluk davası açabilecekleri kabul edilmiştir. Böylece Ön Tasarı'da, uygulamada belirsizliklere yol açan "*ulusal veya bölgesel öneme sâhip olma*" kistası kaldırılmıştır.

Ön Tasarı'da getirilen daha önemli bir değişiklik, CPC m.89a'da "*topluluk tazminat davası*" adıyla yeni bir dava türü ihdas edilmesi ve bazı şartlar çerçevesinde tüzel kişilerin, temsil ettikleri kişi grubunun uğradığı zararın tazmini talebiyle dava açabileceklerinin düzenlenmesidir.<sup>61</sup>

Ön Tasarı'da yer alan bu değişiklikler, görüş toplama sürecinde derin görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Genel olarak bakıldığında, görüş bildirenlerin bir kısmı, kolektif hukuki korumanın bir ihtiyaç olması ve fakat yürürlükteki hükümlerin yetersiz kalması gerekçesiyle, Ön Tasarı'nın konuya ilişkin düzenlemelerini olumlu bulmuştur.<sup>62</sup> Buna karşılık bir diğer görüş ise, Ön Tasarı'nın yeterli yeniliği getirmediğini ileri sürmüştür.<sup>63</sup> Üçüncü olarak, bazı görüş sahipleri, düzenlemeleri tamamen reddetmişlerdir.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Ön Tasarı'nın 89a maddesinde düzenlenen topluluk tazminat davasının açılabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır: a-) Grup üyelerinin ihlâl teşkil eden fiil nedeniyle tazminat hakkına sâhip olmaları, b-) Dava sonucunda elde edilecek nihaî kazancın esas olarak bu gruba gitmesi veya yalnızca onların yararı için kullanılması, c-) Grup üyelerinin, yazılı olarak veya bunu kanıtlamaya izin veren başka yazılı bir yolla tüzel kişiye temsil yetkisi vermiş olmaları. Bu durumda tüzel kişi, özellikle ulusal düzeyde aktif veya uluslararası bir öneme sahipse, ilgili hukuk alanında en az beş yıllık deneyimi haizse ya da grup üyelerinin çoğunluğu tarafından dava açmaya yetkili kılınmışsa, tazminat talebinde bulunabilecektir.

<sup>62</sup> 8 kanton, 4 siyasi parti ve 22 kuruluş olumlu görüş bildirmiştir.

<sup>63</sup> Bir siyasi parti ve 10 kuruluşun görüşü bu yöndedir.

<sup>64</sup> Bir kanton, iki siyasi parti ve 23 kuruluş bu yönde görüş bildirmiştir.



Ön Tasarı'daki somut değişiklikler bakımından da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki, bazı görüş sahipleri, CPC m.89'da yapılan değişikliğin topluluk davası sayısını gereğinden fazla arttırabileceğinden ve bunun sonucunda da açılacak davaların istenen amacı gerçekleştiremeyebileceğinden endişe etmişlerdir.<sup>65</sup> Kezâ, bu maddeye ilişkin ikinci eleştiri ise "menfaatleri korumaya yeterlilik" kistasının belirsizliklere yol açacak olmasıdır.<sup>66</sup>

Görüş toplama sürecinde konuya ilişkin düşüncelerin fazlasıyla ayrışması üzerine Federal Konsey, konu hakkında daha kapsamlı bir çalışma yapılması gerektiğini belirterek, tüm bu yenilikleri değişiklik paketinden çıkarmıştır.<sup>67</sup>

Tasarı'da ise topluluk davası bakımından tek bir değişiklik getirilmekte ve İsviçre Medeni Usûl Kanunu'na, topluluk davasında dava konusunun değerinin belirlenmesine ilişkin 94a maddesi eklenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, dava bir tüzel kişi tarafından açıldığında ve taraflar dava konusu üzerinde anlaşamadıklarında veya onların ileri sürdükleri miktar açıkça yanlış ise, mahkeme dava konusunun değerini, ilgili grubun her bir üyesinin yararına ve davanın önemine bağlı olarak (haiz bulunduğu takdir yetkisine göre) re'sen belirleyecektir.

Hâlen bir topluluk davasında dava konusunun değeri CPC m.91/2'ye göre tespit edilmektedir. Buna göre davanın konusu belirli bir miktar paranın ödenmesi değilse ve taraflar dava konusunun değeri üzerinde anlaşamazlarsa veya ileri sürdükleri değer açıkça yanlış ise, dava konusunun değerini mahkeme belirlemektedir.

Hâlen yürürlükte olan düzenleme çerçevesinde, dava konusunu belirlerken mahkeme, "ilgili kişilerin kolektif yararı"nı göz önüne alıp dava konusunun değerini oldukça yüksek bir şekilde belirleyebilecek olup, bu da yargılama giderlerinin artmasına neden olabilecektir. Tasarı'da bu durumun önüne geçebilmek adına getirilen yeni düzenlemede, dava konusunun değerini belirlerken mahkemenin, "ilgili grubun her bir üyesinin yararı ile davanın önemi"ni göz önünde bulun-

<sup>65</sup> *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 21.

<sup>66</sup> *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 21.

<sup>67</sup> Bkz <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-78231.html>.

duracağı belirtilmiştir. Böylece mahkeme, grubun üyelerinin kolektif menfaatini veya üyelerin bireysel menfaatlerinin toplamını dikkate alamayacaktır.

## VI. YARGILAMA GİDERLERİ

### A-) GİDER AVANSI

CPC m.98'e göre mahkeme, davacıdan<sup>68</sup>, tahmin edilen yargılama giderlerinin tamamı kadar bir avans isteyebilecektir.<sup>69</sup> Yargılama giderlerinin dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmesi durumunda bu giderlerin ödenmeyebileceğini veya uzun bir takip süreci sonucunda alınabileceğini düşünen kanun koyucu, bunun önüne geçmek amacıyla giderlerin önceden avans olarak istenebilmesine imkan sağlamıştır.<sup>70</sup> Kanunda yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebileceği düzenlense de, kantonlar, kendi iç hukuklarında azami sınırı belirleyebileceklerdir.<sup>71</sup>

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun hazırlanma sürecinde oluşturulan Ön Tasarı'da yargılama giderlerinin yarısının avans olarak istenebileceği öngörülmüş idi. Uzmanlar Kurulu, bu oranın kantonlar arasındaki uygulamalar göz önüne alınarak belirlendiğini ve mahkemeye erişim hakkını ihlâl edecek ölçüde yüksek olmadığını belirtmişti.<sup>72</sup> Bununla birlikte kantonların bu düzenlemenin ek yük getireceği yönündeki eleştirileri nedeniyle bu oran daha sonra yargılama giderlerinin tamamı olarak değiştirilmiştir.

Medeni Usûl Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise öğretide, yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebilmesini düzenleyen bu hüküm, hukuk devleti ilkesinin gözardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>73</sup> Ön Tasarı'da bu eleştiriler dikkate alınmış ve

<sup>68</sup> Gider avansı yalnızca davacıdan istenebilecek olup; davalıdan istenmesi mümkün değildir. Bkz Hofmann/Lüscher, s. 95; Jacques Haldy, *Procédure civile suisse*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 219.

<sup>69</sup> Burada mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmış olup; mahkeme yargılama giderlerini avans olarak istemek zorunda değildir. Bkz Hofmann/Lüscher, s. 95.

<sup>70</sup> Tappy, *Commentaire CPC*, art. 98 no.3; Nicolas Jeandin/Aude Peyrot, *Précis de procédure civile*, Schulthess, 2015, s.127.

<sup>71</sup> Tappy, *Commentaire CPC*, art. 98 no: 5.

<sup>72</sup> *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet*, s. 52

<sup>73</sup> Hofmann/Lüscher, s.95.

mahkemenin isteyebileceği avans tutarının azami sınırı "(yapılması) tahmin edilen yargılama giderlerinin yarısı" olarak değiştirilmiştir. Ön Tasarı hakkındaki görüş toplama sürecinde değişikliklere ilişkin birçok farklı görüş ileri sürülmüş olup; kantonlar arasında ise yalnızca Zürih Kantonu bu değişikliği desteklerken, 14 kanton açıkça karşı çıkmıştır.<sup>74</sup>

Federal Konsey, Ön Tasarı'daki düzenlemeye karşı ileri sürülen olumsuz görüşlere rağmen, hukuk devleti ilkesini göz önünde bulundurarak istenebilecek gider avansı miktarını sınırlandırma yönündeki tutumunu Tasarı'da da muhafaza etmiştir. Şöyle ki Tasarı'da CPC m.98 şu şekli almaktadır:

*"(1) Mahkeme veya uzlaştırmamercii, davacıdan, yapılacak yargılama giderlerinin yarısını avans olarak ödemesini isteyebilir.*

*(2) Şu hâllerde yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenmesi mümkündür:*

*a. CPC m.6/4 (c) ve m. 8'de düzenlenen hâllerde;*

*b. Uzlaştırma sürecinde;*

*c. CPC m.248 (d)'de düzenlenen geçici korumalar ve m.271, 276, 302 ve 305'de düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar haricinde basit yargılama usûlünde;*

*d. İtiraz (recours, Beschwerde) yolunda"*

<sup>74</sup> Görüşmelerde bir kanton, beş siyasi parti ve 26 kuruluş Ön Tasarı'daki değişikliği desteklemişlerdir. Hattâ bu görüşte olanların birçoğu, bunun da yeterli olmayacağını belirterek farklı önerilerde bulunmuşlardır. Bunlara örnek olarak, yargılama giderlerine ilişkin bir federal tarife yapılması veya en azından azami sınırın belirlenmesi, kira ve tüketici uyuşmazlıklarının yargılama giderlerinden muaf tutulması, kiracıların açacakları davalarda avans alınmaması, gerçek kişilerin avans ödemekten muaf tutulmaları ve tüzel kişiler bakımından zorunluluk getirilmesi, tarafların yarı yarıya avans yatırmaları gösterilebilir. Değişiklik teklifine ilişkin karşıt görüşlerin başlıca gerekçesi ise, avans olarak verilmeyen yargılama giderlerinin sonradan tahsilinin devlete ek yük getirecek olmasıdır. Bu nedenle değişikliğe karşı çıkan kantonlar, yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenebilmesine ilişkin eski düzenlemenin muhafaza edilmesini istemişlerdir. Ayrıca bazı kantonlar, bu düzenleme ile yargılama giderlerini düşük tutan kantonların mağdur olacağını ileri sürmüşlerdir. Bkz *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 8-10, 26-27.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, bir yandan istenebilecek gider avansı miktarını kural olarak düşürmüş, diğer yandan ise Ön Tasarı'ya ilişkin çalışmalarda ileri sürülen karşıt görüşler çerçevesinde bazı durumlarda yargılama giderlerinin tamamının avans olarak istenmesine imkân sağlamıştır. Bununla birlikte öğretide, bu düzenlemenin, devlete, yapılan yargılama giderlerini tahsil etme görevini yükleyeceği gerekçesiyle tatmin edici olmadığı, asıl önemli sorunun kantonların yargılama giderleri tarifeleri arasındaki farklılıklar ile dava konusunun değerinin belirlenme şekli olduğu ileri sürülmüştür.<sup>75</sup>

### B-) YARGILAMA GİDERLERİNİN PAYLAŞTIRILMASI

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 104 vd. maddeleri, yargılama giderlerinin paylaşılmasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan CPC m.106/3 uyarınca birden fazla kişinin davaya taraf veya müdahil<sup>76</sup> olarak katılması durumunda mahkeme, her birinin yargılama giderlerine ilişkin payını belirleyecektir. Aynı fıkranın ikinci cümlesine göre mahkeme, bu kişilerin müteselsil olarak sorumlu olacaklarına da karar verebilecektir.<sup>77</sup>

Mahkemenin yargılama giderlerinden müteselsil olarak sorumlu olunmasına karar verebilmesi imkânı, uygulamada özellikle ihtiyari dava arkadaşları bakımından sorunlara neden olabilmektedir. Şöyle ki, bu durumda ihtiyari dava arkadaşlarından her biri, varsayımsal olarak, yargılama giderlerinin tamamını ödeme riskiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu risk ise uygulamada dava arkadaşlarının davadan feragat etmelerine yol açabilmektedir.<sup>78</sup>

Tasarı'da, bu sakıncanın giderilebilmesi adına CPC m.106/3'ün şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

<sup>75</sup> Bohnet/Schaller, s. 206.

<sup>76</sup> CPC m. 106/3'de yer alan hüküm çerçevesinde bir davaya fer'i müdahil olarak katılan kişi de yargılama giderlerinden sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte öğretide, ancak fer'i müdahil ile yanında katıldığı taraf arasında bir menfaat ortaklığının bulunması durumunda fer'i müdahilin yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Bkz Tappy, Commentaire CPC, art. 106 no. 35; Patrick Stoudmann, Petit Commentaire, art. 106 no. 23. Federal Mahkeme de 2018 tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir. Bkz TF, 4A\_480/2014.

<sup>77</sup> Yargılama giderlerinden müteselsil sorumluluğa mahkeme tarafından açıkça karar verilmiş olmalıdır. Bkz Tappy, Commentaire CPC, art. 106 no: 37.

<sup>78</sup> Message, FF 2020 s. 2651.

*“Birden fazla kişinin davaya taraf veya müdahil olarak katılması durumunda mahkeme, her birinin yargılama giderlerine ilişkin payını katılımlarını göz önünde bulundurarak belirler. Mecburi dava arkadaşlığında mahkeme, dava arkadaşlarının müteselsil sorumlu olmalarına karar verebilir.*

Tasarı’da getirilen en önemli değişiklik, mahkemenin yalnızca mecburî dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda yargılama giderlerinden müteselsil sorumluluğa karar verebilecek olmasıdır. Böylece ihtiyari dava arkadaşlığında mahkemenin dava arkadaşlarını yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu tutabilmesi artık mümkün değildir. Bu değişiklik ile, kanun koyucu ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından yukarıda anılan riski engellemek istemiştir.<sup>79</sup>

### **C-) YARGILAMA GİDERLERİNİN DURUMUNUN AVANSA ETKİSİ**

CPC m.111/1 uyarınca yargılama giderleri, taraflarca ödenen avanslardan karşılanacak olup; yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, kalan tutarı ödeyecektir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, diğer tarafın yatırdığı avansı ona ödeyecektir.

Görüldüğü gibi burada kabul edilen sistemde, yargılama giderleri, önceden yatırılmışsa gider avansından karşılanacak olup; bu noktada gider avansının davayı kazanan veya kaybeden tarafça yatırılmış olması fark yaratmamaktadır.<sup>80</sup> Mahkeme tarafından avans ödenmesine karar verilmemiş olması veya avansın yetersiz kalması durumunda, davanın sonunda yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, ilk aşamada, toplam yargılama gideri ile daha önce yatırılan avans arasındaki farkı ödeyecek, böylece kantonun alacağı sona erecektir. Yargılama giderlerinin davacıya (daha önce avansı yatıran tarafa) yüklenmesi durumunda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Öyle ki, bu durumda davacı, daha önce yatırdığı avansın karşılamadığı kısmı ödemekle yetinecektir. Ancak asıl sorun, davacının davayı kazanması hâlinde ortaya çıkacaktır. Çünkü bu ihtimalde davalı, öncelikle davacının daha önce yatırdığı avansın karşılamadığı kısmı ödeyecektir. Böylece, yukarıda da belirtildiği gibi, kantonun alacağı sona erecek; ancak

<sup>79</sup> Message, FF 2020 s. 2652.

<sup>80</sup> Stoussmann, Petit Commentaire, art. 111 no: 2.

davayı kazanan davacı, daha önce yatırdığı avans için alacaklı hâline gelecektir.<sup>81</sup> Bu durumda ise daha önce yatırdığı avansı karşı taraftan alması gerekecek olup; böylece davayı kazanan davacı, davanın başında ödediği avansı elde edememe ya da geç elde etme riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun hazırlanması sırasında bu düzenleme eleştirilere uğramıştır. Şöyle ki Uzmanlar Kurulu, "devletin yargılama giderlerini tahsil riskini, avansı yatırmış olup da yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayan tarafa yükleyemeyeceği" gerekçesiyle düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>82</sup> Buna rağmen söz konusu hüküm kantonların talebiyle kanunlaşmış, ancak bundan sonra da eleştirilere uğramıştır.<sup>83</sup>

Federal Konsey bu eleştirileri göz önüne alarak Ön Tasarı ile, CPC m.111/1'e "*mahkeme bir tarafı (tarafardan birini) yargılama giderlerinden sorumlu tutmazsa, avansı geri verilir. Yargılama giderlerinin yüklendiği taraf, avansın karşılama tutarı öder.*" hükmünün eklenmesini teklif etmiştir. Bu teklif dört kanton tarafından olumlu bulunmuş olsa da 14 kanton buna karşı çıkmıştır.

Ön Tasarı hakkında ileri sürülen görüşleri değerlendiren Federal Konsey, Tasarı'da CPC m.111/1 ve 2'nin şu şekilde değiştirilmesini önermiştir:

*"(1) Yargılama giderleri, m.98/2'de sayılan hâllerde ve avans yatıran tarafın yargılama giderlerinden kısmen sorumlu tutulduğu tüm hâllerde taraflarca yatırılan avanslardan karşılanır. Diğer hâllerde avans geri verilir. Avanslar ile karşılanmayan kısım yargılama giderlerinden sorumlu olan tarafça ödenir.*

*(2) Yargılama giderlerinden sorumlu olan taraf, diğer tarafın ödediği harçları ve mahkemece geri verilmeyen avanslarını kendisine öder."*

Görüldüğü gibi Tasarı'da, yürürlükteki Kanun'da bulunan düzenleme ile Ön Tasarı'daki teklif arasında ılımlı bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte öğretilerde bu düzenlemenin, birçok istisnaya yer verilmiş olması nedeniyle tatmin edici olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Tappy, Commentaire CPC, art. 111 no: 4.

<sup>82</sup> *Rapport explicatif relatif à la modification du Code de procédure civile, s. 54.*

<sup>83</sup> Tappy, Commentaire CPC, art. 111 no: 3-6.

<sup>84</sup> Bohnet/Schaller, s. 206.

Türk Hukuku'nda da bilindiği üzere HMK m.120/1'de davacının, yargılama harçları ile gider avansını dava açarken mahkeme veznesine yatırması zorunlu kılınmış olup; gider avansının ödenmesi HMK m.114/1(g)'de bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Gider avansının kullanılmayan kısmı, hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iade edilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi<sup>85</sup> m.5/1).<sup>86</sup> HMK m.326 uyarınca, kanunda yazılı hâller dışında yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilecek olup; tarafların kısmen haklı olmaları durumunda ise mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranlarına göre paylaşacaktır. Bu durumda özellikle davacının davada tamamen haklı çıkması durumunda, dava açılırken ödediği gider avansını karşı taraftan alması, bunun için de bir tâkip başlatması gerekecektir. Bu noktada, İsviçre'de Uzmanlar Kurulu tarafından da dile getirilen ve "yargılama giderlerinin tahsili riskinin davada haklı çıkan tarafın üzerine bırakılması"nın bir sorun teşkil ettiği yönünde olan eleştirinin altı çizilmelidir.

#### **D-) DELİL TESPİTİNİN ADLİ YARDIM KAPSAMINA DAHİL EDİLMESİ**

İsviçre hukukunda adli yardımın ele alındığı CPC m.118'de, adli yardımın hangi giderleri kapsayacağı düzenlenmiş; ancak geçici hukukî korumalar bakımından adli yardıma başvurmanın mümkün olup olmadığı açıklanmamıştır. Uygulamada ise Federal Mahkeme, delil tespiti bakımından adli yardımdan yararlanılamayacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme'ye göre adli yardım, bir hakkı tehdit edilen, ancak yeterli maddî imkâna sâhip olmayan kişinin bu tehdidi bertaraf edebilmesi için kabul edilmiş bir kurumdur. Delil tespitinde, kişinin hakları hususunda herhangi bir karar verilmemekte, yalnızca bir davada yararlanılacak deliller tespit edilmektedir.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> RG, 24.09.2020, S. 31254.

<sup>86</sup> Gider avansının iadesi, davacı tarafından hesap numarası bildirilmiş ise elektronik ortamda hesaba aktarma suretiyle yapılır. Hesap numarası bildirilmemiş ise, masrafı avanstan karşılanmak suretiyle PTT merkez ve işyerleri vasıtasıyla adreste ödemeli olarak gönderilir (Tarife m. 5/1).

<sup>87</sup> JdT 2016 II s. 293.

Federal Mahkeme'nin bu kararı öğretide eleştiri konusu yapılmıştır.<sup>88</sup> Tasarı'da ise kanun koyucu, öğretide ileri sürülen bu eleştirilerin haklı oldukları kanaatinden yola çıkmış ve CPC m.118/2'ye ikinci cümleyi eklemiştir. Söz konusu hükme göre adli yardım, delil tespiti için de söz konusu olabilir. Böylelikle Tasarı'da, Federal Mahkeme'nin benimsediği görüşün aksi kabul edilmiştir.

## VII. SÜRELER VE ESKİ HALE GETİRME

### A-) GÖREVSİZ VEYA YETKİSİZ MAHKEMEDE YAPILAN İŞLEMLERİN SÜRELERE ETKİSİ

İsviçre hukukunda süreler CPC m.142 vd.'de düzenlenmiştir. CPC m.143/1 uyarınca işlemler, en geç sürenin son günü, mahkemede, İsviçre Posta Teşkilatı'nda, diplomatik temsilcide veya İsviçre konsoloslukunda yapılmalıdır.

Kanundaki bu düzenleme karşısında, yetkisiz veya görevsiz bir mahkemede yapılan işlemin akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Diğer federal yargılama kanunlarının aksine, CPC m.143'de buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık örneğin LTF m.48/3'de, işlemin süresi içinde ve fakat önceki mahkemede veya bir başka federal ya da kantonal mahkemede yapılması durumunda süreye uyulmuş olunacağı şeklinde düzenleme mevcut olup; bu durumda belge derhal Federal Mahkeme'ye gönderilecektir. Benzer düzenlemeler İsviçre Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91/4. maddesi ile İsviçre Borç İçin Takip ve İflâs Kanunu'nun 32/2. maddesinde de yer almaktadır.<sup>89</sup>

Konu ile doğrudan ilişkili bir başka düzenleme ise CPC m.63/1'de bulunmaktadır. Buna göre, dava dilekçesi geri çekilir<sup>90</sup> veya görev-

<sup>88</sup> Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, s.226; Alfred Bühler, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, art.122 no.55. Federal Mahkeme'nin bu kararının AİHS m. 6/1'de düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı düşmediği hususunda bkz Valentin Rétornaz, note ATF 141 I 241, RSPC, 2016/1, s. 29.

<sup>89</sup> CPP m.91/4 uyarınca en geç sürenin son günü işlemin yetkili olmayan bir İsviçre merciine ulaşması durumunda süreye uyulduğu kabul edilecektir. Aynı şekilde LP m.32/2'de de, süresi içinde yetkisiz bir icra veya iflâs dairesine başvurulması hâlinde, süreye uyulmuş olacağı düzenlenmektedir.

<sup>90</sup> CPC m. 63/1'de kanun koyucu, davadan feragat edilmesine değil, davacının dava



sizlik ya da yetkisizlik nedeniyle kabul edilmezse, geri çekilme veya kabul edilmeme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde yetkili mahkeme veya uzlaştırma merciinde talep yeniden ileri sürülürse, başvuru ilk dilekçenin verildiği tarihte yapılmış sayılacaktır. Öğretide görevsiz veya yetkisiz bir mahkemede yapılan işlemler bakımından CPC m.63/1'in uygulanacağı, ancak işlemin re'sen görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.<sup>91</sup> Buna karşılık öğretide bazı yazarlar, istinaf ve temyiz başvuruları bakımından LTF m.48/3'deki düzenlemenin kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir.<sup>92</sup>

Uygulamada da Federal Mahkeme, İsviçre Anayasası'nın âdil yargılanma hakkına ilişkin 29/1.maddesine dayanarak, aşırı şekilciliğin İsviçre hukukunda yasaklandığı gerekçesiyle CPC m.143'de herhangi bir düzenleme bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı sonucuna varmış ve LTF m. 48/3'e yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanacağı, bu nedenle de süresi içinde ama yetkisiz bir mahkemeye yöneltilen başvurunun süresi içinde yapılmış sayılacağına karar vermiştir.<sup>93</sup> Bununla birlikte öğretide, Federal Mahkeme'nin bu kararı çerçevesinde LTF m.48/3'ün ilk derece yargılamasında uygulanmasının CPC m.63'e ters düşeceği, bu nedenle de bu kararın yalnızca istinaf ve m.319 vd. uyarınca itiraz (*recours, Beschwerde*) başvuruları ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>94</sup>

Tasarı'da ise Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda CPC'nin "Sürelere uyma" başlıklı 143.maddesine, "1bis" fıkrası eklenmiştir. Buna göre:

---

dilekçesini "haklı" (*justifié*) olarak geri çekmesi ihtimaline atıfta bulunmaktadır. Burada dava dilekçesinin gerekçeli olarak geri çekilebileceği en önemli durum, açık yetkisizlik bulunmamakla birlikte yetkisizlik şüphesinin olmasıdır. Böyle bir durumda davacı, yetkisizlik kararını beklemek yerine dava dilekçesini geri çekebilecektir. Bern Kanton Mahkemesi, dava şartlarının eksikliği durumunda da davacının dava dilekçesini haklı olarak geri alabileceğine karar vermiştir (OGER BE, 23.03.2016, ZK 15 614, c. 16). Ayrıca bkz Bohnet, Commentaire CPC, art. 63 no: 5-6.

<sup>91</sup> Tappy, Commentaire CPC, art. 143 no. 21-22; Stéphane Abbet, Petit Commentaire, art. 143 no: 12.

<sup>92</sup> Jeandin, Commentaire CPC, art. 310 no.10; François Bohnet, Procédure civile, 2. éd., Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 375 vd.

<sup>93</sup> ATF 140 III 636.

<sup>94</sup> Tappy, Commentaire CPC, art. 143 no.23.

“Süresi içinde ama hataen açıkça yetkisiz bir İsviçre mahkemesine yöneltilen işlemler, süresi içinde yapılmış sayılır. Bir başka İsviçre mahkemesinin açıkça yetkili olması hâlinde, yetkisiz mahkeme bu işlemleri re’sen o mahkemeye gönderir”.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, Federal Mahkeme’nin kararını genelleştirmiş olup; CPC m.143/1bis, görevsiz veya yetkisiz bir mahkeme yapılan tüm işlemler için uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ilk olarak, süresi içinde ama hataen açıkça yetkisiz bir İsviçre mahkemesine yöneltilen işlemler, süresi içinde yapılmış sayılacaktır. Açıkça görevsiz/yetkisiz olan mahkeme, yalnızca, görevli/yetkili mahkeme açıkça belli ise işlemi re’sen ona göndermek zorunda olacaktır. Buna karşılık, görevli/yetkili mahkeme açıkça belli değil ise (örneğin kesin olmayan yetki), açıkça görevsiz/yetkisiz mahkeme işlemi re’sen gönderemeyecek olup; bu durumda CPC m.63 uygulanacaktır.<sup>95</sup>

## B-) ESKİ HÂLE GETİRME HAKKINDAKİ KARARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURULAMAMASI

CPC m.149’a göre mahkeme, karşı tarafa kendini ifade etme imkânı tanıyacak ve eski hâle getirme talebi hakkında kesin olarak karar verecektir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu, eski hâle getirme talebi hakkında verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağını kabul etmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, sadece yargılamanın hızlığı (çabukluğu) ilkesine (*principe de célérité*) atıfta bulunulmuş, başka bir açıklamaya da yer verilmemiştir.<sup>96</sup>

Öğretideki ağırlıklı görüş, söz konusu hükmü, eski hâle getirme hakkındaki karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre, CPC m.319, b.2 (b) çerçevesinde,<sup>97</sup> nihaî karar ile birlikte bu karara karşı da itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabilecektir.<sup>98</sup> Federal Mahkeme ise, eski

<sup>95</sup> Abbet, Petit Commentaire, art. 143 no: 14.

<sup>96</sup> Message FF 2006, s. 6920.

<sup>97</sup> CPC m.319 b.2 (b)’ye göre, ilk derece mahkemesi kararının telafisi zor bir zarara yol açabilecek olması durumunda itiraza (*recours, Beschwerde*) başvurulabilecektir.

<sup>98</sup> Niccolò Gozzi, Basel Kommentar, 2<sup>e</sup> éd. 2013, art. 149 no: 10-12; Nina Frei, Berner Kommentar, 2012, art. 149 no: 11; Abbet, Petit Commentaire, art. 149 no: 5. Aksi görüş için bkz DennisTappy, Commentaire CPC, art. 149 no: 12-13.

hâle (duruma) getirme<sup>99</sup> talebinin reddinin, dava veya bir başvuru hakkının kesin kaybına yol açması hâlinde bu karara karşı istinaf veya itiraz (*recours, Beschwerde*) kanun yoluna başvurulabileceğine karar vermiştir.<sup>100</sup>

Tasarı'da CPC m. 149 şu şekilde değiştirilmektedir:

“Mahkeme, karşı tarafa kendini ifade etme imkânı tanır ve eski hâle getirme talebi hakkında kesin olarak karar verir; meğerki, eski hale iade talebinin reddi hakkın kesin kaybına yol açsın.”

Değişikliğe ilişkin gerekçede, söz konusu değişiklik ile hükmün Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda yeni bir içeriğe kavuşturulduğu belirtilmiştir.<sup>101</sup> Bununla birlikte öğretide, Tasarı'da yer verilen “hak kaybı” kavramının Federal Mahkeme kararında belirlenen kistası (dava veya başvuru hakkının kaybı) karşılamadığı gibi, bu kavramın içeriğinin de belirsiz olduğu ifade edilerek, önerilen değişiklik eleştirilmiştir.<sup>102</sup>

## VIII. İSPAT

### A-) DELİLLERİN İKAMESİNDE İŞ BİRLİĞİ BORCU İSTİSNALARINA İŞ YERİ HUKUKÇULARININ DAHİL EDİLMESİ

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 160.maddesinde, tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin ikamesinde iş birliği borcu düzenlenmektedir.<sup>103</sup> Bu maddenin ilk fıkrasına göre taraflar ve üçüncü kişiler delillerin ikamesinde iş birliği yapmak zorundadırlar. Bu çerçevede özel-

<sup>99</sup> İsviçre Kanunu'nun Fransızca metninde “ilk duruma geri getirme”, “iade” anlamında “*restitution*”; Almanca metninde ise “eski duruma getirmek”, “düzeltmek”, “onarmak” anlamında “*wiederherstellung*” sözcükleri kullanılmıştır.

<sup>100</sup> ATF 139 III 478.

<sup>101</sup> *Message*, FF 2020, s. 2656.

<sup>102</sup> Bohnet/Schaller, s. 194.

<sup>103</sup> Maddenin Fransızca metninde “borç” (“*obligation*”) terimi kullanılsa da, Federal Mahkeme bunun üçüncü kişiler bakımından bir “ödev” (“*devoir*”) niteliğinde olduğuna, buna aykırı davranılması hâlinde üçüncü kişinin CPC m.167 çerçevesinde cezalandırılabilmesine karar vermiştir. Bkz TF 13.5.14, 5A\_22/2014. Taraflar bakımından ise bu bir usûlî görev niteliğinde olup; bunun ihlâlinin başlıca sonucu, uymayan tarafı usûlî olarak dezavantajlı bir konumda bırakmaktır. Şöyle ki, CPC m.164'e göre bir taraf geçerli bir sebep olmaksızın işbirliği yapmayı reddederse, mahkeme, delillerin değerlendirilmesinde bunu göz önüne alacaktır.

likle taraf veya tanık olarak gerçeğe uygun beyanda bulunmak (CPC m.160/1a), elindeki belgeleri ibraz etmek (CPC m.160/1b), şahsı üzerinde inceleme yapılmasına ve malları üzerinde bilirkişi tarafından inceleme yapılmasına katlanmak zorunluluğu bulunmaktadır (CPC m.160/1c). Bunun yanı sıra kanun koyucu, CPC m.163 ve 165’de taraflar ile üçüncü kişilerin iş birliğinde bulunmayı reddedebilecekleri hâlleri düzenlemiştir.

İsviçre’de federal hukuk boyutunda üç tür hukuk mesleği tanınmakta olup; bunlar avukat, noter ve patent danışmanıdır. Bununla birlikte uygulamada, iş sözleşmesi ile çalışmakta olan “iş yeri hukukçuları” (*juristes d’entreprise*)(kurum avukatları) bulunmakta olup; onlara ilişkin düzenlemeler kantonlara göre farklılık gösterebilmektedir.<sup>104</sup>

CPC m.160/1 (b)’de kanun koyucu, meslekî sırların korunması düşüncesi ile, yalnızca avukatlar ile patent danışmanları için delillerin ikamesinde iş birliği yapma zorunluluğunun istisnasını öngörmektedir. Buna göre bir taraf veya üçüncü kişinin, kendisini temsile yetkili avukatı veya patent danışmanı ile arasındaki ilişkiye dair belgeler bakımından iş birliği borcu uygulama alanı bulmayacaktır.

Konuya ilişkin olarak Federal Meclis’e bir önerge sunulmuş ve iş yeri hukukçularının meslekî sırlarının korunmasını sağlamak üzere İsviçre Medeni Usul Kanunu’nda yeni bir maddeye yer verilmesi teklif edilmiştir. Federal Konsey ise bu öneriye Ön Tasarı’da yer vererek konuyu tartışmaya sunmuştur. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, iki şartın mevcudiyeti hâlinde, bir işletmenin iç hukukî faaliyeti bakımından iş birliği borcuna tâbi olmayacaklardır. İlk olarak, söz konusu faaliyet bir avukat tarafından gerçekleştirilseydi, bu faaliyetin avukatlık mesleğinin icrasına özgü olduğunun kabul edilebilmesi gerekmektedir. Böylece kanun koyucu, iş birliği borcuna tâbi olmamayı bir avukatın “avukatlık mesleği çerçevesindeki faaliyetleri” ile sınırlandırmak istemiştir.<sup>105</sup> Böylece iş yeri hukukçuları, bunun dışındaki faaliyetleri (sosyal, ticari, siyasi vb.) bakımından iş birliği borcuna tâbi olacaklardır. İkinci olarak ise işletmenin iç hukuk servisini yöneten kişinin kan-

<sup>104</sup> Bununla birlikte işyeri hukukçularına ilişkin federal bir kanun yapma hazırlıkları da mevcut olup, bu husus kantonlar nezdinde yoğun tartışmalara neden olmaktadır.

<sup>105</sup> Rapport explicatif, s. 61.

tonal avukatlık ruhsatına sâhip olması veya ülkesinde avukat olmak için gerekli meslekî şartları sağlaması gerekmektedir. Böylece kanun koyucu, işletmenin iç hukuk servisinin gerekli meslekî yeterliliği haiz olmasını garanti altına almayı ve bu faaliyetin özelliğinin bilinmesinin ve tanınmasının sağlanmasını amaçlamaktadır.<sup>106</sup>

Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmeler sırasında bu konu yoğun tartışmalara neden olmuştur. Şöyle ki, sadece üç kanton<sup>107</sup> bu değişikliği olumlu bulmuştur. Bu görüşü savunanlar, iş yeri hukukçularının durumlarındaki belirsizliğin giderilmesi gerektiğini, Anglosakson hukuk sistemi dışındaki birçok ülkede bu yönde değişiklikler yapıldığını ve bunun da İsviçre merkezli işletmeleri yabancı ülkelerdeki işletmelere göre dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü, ayrıca işletmelerin iç işle-yişindeki gizliliğin korunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>108</sup>

Buna mukabil, Ön Tasarı'da sunulan teklif yedi kanton tarafından reddedilmiştir. Bu düşüncüyü savunanlara göre yabancı ülkelerdeki düzenlemelerin varlığı değişiklik yapmak için yeterli bir sebep değildir. Ayrıca iş yeri hukukçularının iş sözleşmesi çerçevesinde bağımlılık ilkesine göre çalıştıkları, buna karşılık avukatın bağımsız olduğu gözönüne alınırsa, bunların karşılaştırılmaları doğru da değildir.

İleri sürülen eleştirilere rağmen Federal Konsey, Ön Tasarı'da yer alan hükmü aynen Tasarı'ya almış ve CPC m.160a'da konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmasını teklif etmiştir.

CPC m.160a ile tanınan istisna, CPC m.160/1'de düzenlenen üç bent bakımından da geçerlidir.<sup>109</sup> Bu istisna yönünden CPC m.163 ve m.165'de düzenlenen şartların mevcut olmasına da gerek bulunmamaktadır.<sup>110</sup> Ayrıca kanun koyucu, CPC m.160a/2'de "m.160/1 b'de öngörülen istisna, bir işletmenin iç hukuk servisi ile olan belgeler bakımından kıyasen uygulanır" hükmüne yer vermek suretiyle, belgeler bakımından getirilen istisnayı vurgulamak istemiştir.

<sup>106</sup> Rapport explicatif, s. 61.

<sup>107</sup> Bu kantonlar Basel-Stadt, Basel-Landschaft ve Zürih kantonlarıdır. .

<sup>108</sup> *Synthèse des résultats de la procédure de consultation*, s. 35.

<sup>109</sup> Arnaud Nussbaumer, *Petit Commentaire*, art. 160 no: 53.

<sup>110</sup> Miguel Oural, "L'[in]effectivité du secret professionnel-Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans les procédures?", *RSDA*, 2019, S. 126, s. 131.

Öğretide, Tasarı ile getirilen yenilik olumlu bir adım olarak nitelendirilse de, bu yeniliğin önemli boşluklar içerdiği ifade edilmektedir.<sup>111</sup> Şöyle ki, söz konusu değişiklik, olağan şekilde medenî yargıya ilişkin olup, idarî yargı ile ceza yargısı bakımından iş birliği borcunda herhangi bir istisna getirmemektedir.<sup>112</sup> İkinci olarak, böyle bir istisnaya yer verilmesi karşısında iş yeri hukukçuları bakımından bir denetim mekanizması kabul edilmemiş olup; düzenleme bu yönüyle de eleştiri konusu yapılmıştır.<sup>113</sup>

## **B-) TANIK, BİLİRKİŞİ VE İSTİCVABA BAŞVURULMASINDA TEKNİK GELİŞMELERDEN YARARLANILMASI**

### **1-) Video-Konferans Aracılığıyla Delillere Başvurma**

İsviçre Hukuku'nda ceza yargısında bir tanığın ifadesinin video-konferans yoluyla alınması mümkün iken (CPP m.144), İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca da Federal Konsey, teknolojik gelişmelerin ve evrenselleşmenin hayatın her alanına sirâyet ettiğini ve dev adımlarla geliştiğini göz önüne alarak, tanığın ifadesinin video-konferans yoluyla alınmasını mümkün kılmak istemiştir.<sup>114</sup> Bu düşüncelerle Tasarı'ya eklenen CPC m.170a'ya göre:

*“Mahkeme bir tanığın ifadesine video-konferans veya benzer teknikler ile başvurabilir. Tanığın dinlenmesi görsel-işitsel bir araç ile kayıt altına alınır”.*

Tasarı, video-konferansın uygulama alanını yalnızca tanığın dinlenilmesi ile sınırlı tutmamıştır. Şöyle ki, bilirkişi raporunun sunulması hakkındaki CPC m.187/1 ile isticvap ve tarafların dinlenilme-

<sup>111</sup> Oural, s. 131; Bohnet/Schaller, s. 209.

<sup>112</sup> Oural, s. 131; Bohnet/Schaller, s. 209.

<sup>113</sup> Oural, s. 132. Yazar, Belçika'da 01/03/2000 tarihinde İş Yeri Hukukçuları Enstitüsü'nün kurulduğunu ve bu Enstitü'nün görevlerinden birinin de iş yeri hukukçularının meslek kurallarına uyup uymadıklarının denetimi olduğunu, kezâ İspanya'da iş yeri hukukçularının avukatlar gibi bağımsız görev yaptıklarını ve meslekî sorumluluklarının bulunduğunu belirtmektedir.

<sup>114</sup> Video-konferans yöntemi hâlihazırda, 16/04/2020 tarihli Coronavirus ile Bağlantılı Olarak Yargı ve Usul Hukuku Alanında Alınan Önlemler başlıklı Kararnâme ile uygulama alanı bulmuştur. Bu Kararnâme'nin, 31.12.2020 tarihine kadar uygulanacağı öngörülmüş olup; bu tarih 31.12.2021'e uzatılmıştır.

sine ilişkin CPC m.193'de de yukarıdaki düzenlemeye atıf yapılarak video-konferans imkanından buralarda da yararlanılması mümkün kılınmıştır.

Madde ile, mahkemeye bu konuda bir takdir yetkisi tanınmaktadır.<sup>115</sup> Ayrıca kantonlar da bu yola başvurulmasına imkân tanıyıp tanımama konusunda serbesttirler.<sup>116</sup> Bu durum da öğretide, kantonlar arasında önemli ölçüde farklı uygulamalara sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>117</sup> Keza öğretide, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, video-konferansa ilişkin teknik özelliklerin (kamera ve mikrofonların yerleşimi, asgari bağlantı hızı, verilerin korunması, bağlantı sorunlarında uygulanacak sonuçlar vb. hususların) federal nitelikte bir yasal düzenleme ile belirlenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.<sup>118</sup>

## 2-) Teknik Yollara Başvurulması Halinde Tutanağın Tutulması

Tanıklıkta, CPC m.176/1 uyarınca ifadelerin önemli noktaları tutanağa geçirildikten sonra bu hususlar tanık tarafından okunacak ve imzalanacaktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, tanığın ifadesinin teknik yollarla kayıt altına alınması hâlinde mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Bu durumda kayıtlar dosyaya konulacak ve tutanak ile birlikte muhafaza edilecektir.

Tasarı ile, CPC m.176/3 ilga edilerek, burada yer alan hüküm bazı değişikliklerle CPC m.176a'da ayrı bir madde hâline getirilmiştir. Bu maddeye göre duruşmalar sırasında tanık ifadeleri teknik araçlarla alınmışsa üç kural uygulanacaktır. İlk olarak, bu durumda tutanak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan tutulabilecektir. İkinci olarak, mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Son olarak ise alınan kayıt dosyaya konulacaktır.

<sup>115</sup> Mahkemenin bu kararına karşı, telafisi zor bir zarara yol açabilecekse itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabilecektir. Bkz François Bohnet/Sandra Mariot, "La vidéoconférence et le projet de révision du CPC", *RSPC* 2020, s. 183; François Vouilloz, *Petit Commentaire*, art. 170 no:13.

<sup>116</sup> *Message*, FF 2020, s. 2656.

<sup>117</sup> Bohnet/Schaller, s. 214.

<sup>118</sup> Bohnet/Mariot, s. 190.

Tasarı ile getirilen en önemli değişiklik, tutanağın aynı duruşmada tutulma zorunluluğunun kaldırılarak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan tutulmasına imkân sağlanmasıdır.

### C-) ÖZEL BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BELGE KAPSAMINA DAHİL EDİLMESİ

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 177.maddesi "belge" kavramını tanımlamaktadır. Buna göre belgeler, ilişkin oldukları vakıaları ispata elverişli yazılar, resimler, plânlar, fotoğraflar, filmler, ses kayıtları, elektronik belgeler ve analog veriler gibi dokümanlardır.

Kanun koyucu, belge kavramını örnekleme yoluyla tanımlamış olup; bu nedenle de belge, yalnızca maddede sayılanlardan ibaret değildir.<sup>119</sup> Bu noktada uygulamada en fazla tereddüt uyandıran hususlardan biri, tarafların aldıkları özel bilirkişi (uzman) raporlarının CPC m.177 anlamında belge sayılıp sayılmayacağıdır. Öğretide genel olarak benimsenen görüş, özel bilirkişi raporlarının da CPC m.177'de düzenlenen belge tanımına dâhil olduğu yönündedir.<sup>120</sup>

Federal Mahkeme, özel bilirkişi raporlarının CPC m.183'deki şartları taşımadığı (özellikle uzmanın mahkeme tarafından görevlendirilmediği) için bilirkişi raporu olarak nitelendirilemeyeceğine, aynı zamanda bunun CPC m.177 anlamında belge olarak da kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Federal Mahkeme'ye göre bu raporlar bir delil olarak kabul edilemeyecek, ancak bir taraf beyanı olarak nitelendirilebileceklerdir.<sup>121</sup> Öğretide Federal Mahkeme'nin bu görüşü yoğun şekilde eleştirilmiştir.<sup>122</sup>

Tasarı'da Federal Mahkeme'nin yaptığı yorumun haklı olmadığı noktasından yola çıkılmış ve CPC m.177'de sayılan belge örnekleri

<sup>119</sup> Schweizer, Commentaire CPC, art. 177 no: 1-2; Vouilloz, Petit Commentaire, art. 177 no: 1-3.

<sup>120</sup> François Vouilloz, "Le témoignage écrit", *RVJ* 2016, s. 353; Andreas Binder/Roman S.Gutzwiller, Das Privatgutachten - eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, *ZZZ* 2013, s. 171 vd. Özel bilirkişi raporunun duruma göre sınırlı ispat gücüne sâhip olacağı veya taraf beyanı olarak değerlendirileceği hususunda bkz. Schweizer, Commentaire CPC, art. 177 no. 4.

<sup>121</sup> ATF 141 III 433; ATF 140 III 24; ATF 139 III 305.

<sup>122</sup> Francesco Trezzini/François Bohnet, "L'Expertise privée selon l'ATF 141 III 433: Une Preuve imparfaite issue d'un concept imparfait", *RDS* 2017/1, s. 367; Hans Schmid, "Privatgutachten im Zivilprozess", *RSJ* 2016, s. 527 vd.



arasına özel bilirkişi raporları da dâhil edilmiştir. Böylece özel bilirkişi raporlarına açıkça belge niteliği tanınmaktadır. Mahkeme, özel bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirecek olup; bunların ispat gücü, özellikle taraf ile özel bilirkişi arasındaki ilişki, özel bilirkişi raporunun hazırlanma süreci ve özel bilirkişinin uzmanlık alanı ve bu alandaki tanınırlığı ile güvenilirliği göz önünde bulundurularak somut olayın şartlarına göre değişiklik gösterecektir.<sup>123</sup>

## IX. UZLAŞTIRMA (CONCILIATION)

### A-) TERİM DEĞİŞİKLİĞİ

İsviçre hukuku'nda CPC m.197 vd.'da uzlaştırma (*conciliation*) düzenlenmektedir. CPC m.210 uyarınca uzlaştırma organı (dairesi), bu maddede sayılan uyuşmazlıklarda<sup>124</sup> (örneğin miktar veya değeri 5.000.-CHF'i aşmayan malvarlığı uyuşmazlıklarında) taraflara bir hüküm teklifi dahi sunabilecektir. Taraflar, kendilerine yazılı olarak bildirilmesinden itibaren 20 gün içinde itiraz etmezlerse, hüküm teklifi bir karar gibi etki doğurmaya başlayacaktır.<sup>125</sup> Bu takdirde istinaf ve itiraz (*recours Beschwerde*) kanun yollarına başvurulamayacak, ancak kanunda sayılan sebeplerin varlığı hâlinde yargılamanın iadesi yolu uygulama alanı bulabilecektir.<sup>126</sup>

Tasarı'da getirilen ilk yenilik, uzlaştırma prosedürüne ilişkin kısımda kullanılan "hüküm teklifi" ("*proposition de jugement*") kavramının adının "karar teklifi" ("*proposition de décision*") olarak değiştirilmesidir. Değişikliğin gerekçesi olarak, Kanunda sistematik şekilde "karar" teriminin kullanıldığı, bu nedenle de söz konusu kısımda yer alan "hüküm" kavramının bu tercih ile tutarlılık arz etmediği gösterilmektedir.<sup>127</sup>

İsviçre Medeni Usul Kanunu üzerinde bir inceleme yapıldığında, karar teriminin 177 kez kullanılması karşısında, "hüküm" teriminin ise 14 kez (uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler haricinde dört kez) kul-

<sup>123</sup> *Message*, FF 2020, s.2660.

<sup>124</sup> Bkz aşağıda IX, D.

<sup>125</sup> Bu karar aynı zamanda itirazın kesin olarak kaldırılmasına başvurulmasını sağlayan belgelerdendir. Bkz Bohnet, art. 211 no. 2.

<sup>126</sup> Bohnet, *Commentaire CPC*, art. 211 no. 2.

<sup>127</sup> *Message*, FF 2020, s. 2632-2633.

lanıldığı tespit edilebilecektir. Bu nedenle söz konusu değişikliğin normal olduğu söylenebilir. Bununla birlikte öğretide bir görüş, “hüküm teklifi” kavramının ilk görünüşte şaşırtıcı olmakla birlikte uygulamada yerleştiğini ve uzlaştırma organının (merciinin) diğer kararlarından (CPC m.210) ayırt edilmesini sağladığı için bu değişikliğin yanlış olduğunu ileri sürmüştür.<sup>128</sup> Bir başka görüş ise burada bir karar veya hükmün söz konusu olmadığını, bu nedenle de değişikliğin tatmin edici olmadığını, bunun yerine “sulh teklifi” (“*proposition de transaction*”) kavramının tercih edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.<sup>129</sup>

## B-) UZLAŞTIRMAYA TABİ OLMAYAN DAVALARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 197.maddesi uyarınca, esasa ilişkin yargılamadan (*procédure au fond*) önce uzlaştırma organı (mercii) önünde uzlaştırma (*conciliation*) girişiminde bulunulacaktır. Tarihsel temelleri Fransız hukukunda bulunan bu düzenleme<sup>130</sup> ile kanun koyucu, uyuşmazlıkların daha hızlı ve daha az masraflı bir şekilde çözülmesini amaçlamıştır.<sup>131</sup>

CPC m.197’de “esasa ilişkin yargılama”dan önce uzlaştırmaya başvurulması düzenlenmiştir. Burada yer alan “esasa ilişkin yargılama” kavramı ile, ilk derece mahkemesindeki yargılama kastedilmekte olup; buna göre itiraz (*recours, Beschwerde*) başvuruları bakımından böyle bir girişim söz konusu olmayacaktır.<sup>132</sup> Ayrıca kanun koyucu, uzlaştırmamanın uygulama alanı bakımından CPC m.198 ve 199’da iki önemli düzenlemeye yer vermiştir. Şöyle ki CPC m. 198’de uzlaştırmaya başvurma zorunluluğunun istisnaları 10 bent hâlinde tahdidi bir şekilde sayılmış olup; bu hâllerde uzlaştırma hiçbir şekilde uygu-

<sup>128</sup> Bohnet/Schaller, s.191.

<sup>129</sup> Delphine Aeschlimann-Disler, Petit Commentaire, art.210 no. 23.

<sup>130</sup> Fransız hukukunda davadan önce uzlaştırmaya başvurulması kuralı, ilk olarak 1791 Anayasası’nın 6.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hukuk mahkemeleri, tarafların arabulucular önünde uzlaştırmaya başvurdukları veya davacının davalıya uzlaştırmaya başvurmayı teklif ettiği sâbit olmadıkça hiçbir davaya bakamayacaklardır. 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu’nda da yer alan bu kural, 1958 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bohnet, Commentaire CPC, art.197 no:2.

<sup>131</sup> Message CPC, s. 6860.

<sup>132</sup> Bohnet, Commentaire CPC, art. 197 no. 14.

lanmamaktadır. CPC m.199’da ise tarafların (ve bazı hallerde yalnızca davacının) uzlaştırmaya başvurulmasından vazgeçebilecekleri düzenlenmiştir.<sup>133</sup>

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki istatistikler, uzlaştırmmanın İsviçre’de oldukça başarılı sonuçlar verdiğini ortaya koymuştur. Şöyle ki, uzlaştırma prosedürünün tarafların anlaşması ile sonuçlanma oranı, kantonlara göre, %50 - 80 arasında değişmektedir.<sup>134</sup> Uygulamada elde edilen başarılı sonuçlar üzerine birçok kanton, uzlaştırmmanın istisnalarının daraltılarak kurumun uygulama alanının genişletilmesini talep etmiştir.<sup>135</sup>

Tasarı ile, toplam 10 bentten oluşan bu maddede yer alan dört sebep bakımından bazı değişiklikler yapılmıştır. Burada izlenen amaç, istisnaların daraltılarak uzlaştırmmanın uygulama alanının genişletilmesidir.

CPC m.198/1, b<sup>bis</sup> bendinde, nafakaya ve çocukların akıbetine ilişkin davalarda, ebeveynlerden biri davanın açılmasından önce çocuk koruma dairesine başvurmuşsa bu davanın uzlaştırmaya tâbi olmayacağı hususu düzenlenmiştir. Maddede yer alan “*ebeveynlerden birinin davanın açılmasından önce çocuk koruma dairesine başvurması*” hali uygulamada tereddütlere ve sorunlara yol açtığı için, Tasarı’da bu ibarenin Kanundan çıkarılarak istisnanın daha sade bir şekilde kaleme alınması teklif edilmektedir. Buna göre, çocuk koruma dairesine başvurulsun ya da başvurulmasın, nafaka ve çocukların durumuna dair diğer sorunlara ilişkin davalarda uzlaştırmaya başvurulmayacaktır.

CPC m.198/1, f. bendine göre, CPC m.5 ve m.6 gereğince kantonların tek bir mahkemeyi görevli kıldığı davalar bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. CPC m.7’de kanun koyucu, sosyal hastalık sigortasının tamamlayıcı sigortalarına ilişkin uyuşmazlıklarda da kantonların bir mahkemenin kanton düzeyinde karar verebilecek tek

<sup>133</sup> CPC m. 129/1’e göre dava konusunun değerinin en fazla 100.000 Frank olduğu uyuşmazlıklarda taraflar, uzlaştırmaya başvurulmaması hususunda anlaşabileceklerdir. Keza davalının yerleşim yeri veya merkezinin yabancı bir ülkede olması, davalının oturduğu yerin bilinmemesi ve 24.03.1995 tarihli Eşitlik Hakkında Kanun’dan doğan uyuşmazlıklarda davacı, uzlaştırmaya başvurulmamasına tek taraflı olarak karar verebilecektir.

<sup>134</sup> *Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile*, s.10-11.

<sup>135</sup> *Message*, FF 2020, s. 2625.

mahkeme olarak ihdas edilebileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte CPC m.198/1, f.'de yalnızca CPC m.5 ve m.6'ya atıfta bulunduğu için, CPC m.7 bakımından uzlaştırmaya başvurulabilip başvurulamayacağı hususunda uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır. Federal Mahkeme, CPC m.7 ile CPC m.5 ve m.6 arasında kantonlara tanınan yetki hususunda herhangi bir fark bulunmadığına, bu nedenle de CPC m.7'de düzenlenen davalar bakımından da uzlaştırmanın uygulama alanı bulamayacağına karar vermiştir.<sup>136</sup> Tasarı ile, CPC m.198/1, f.'ye yeni bir istisna eklenmiştir. Buna göre, CPC m.7 gereğince kantonların kantonal düzeyde karar vermek üzere tek bir mahkemeyi görevli olarak belirledikleri davalar (18.03.1994 tarihli Hastalık Sigortasına İlişkin Federal Kanuna göre sosyal hastalık sigortasını tamamlayıcı sigortalara ilişkin) bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Dolayısıyla, Tasarı ile, Federal Mahkeme'nin bu kararındaki görüşün kanunlaştırılması önerilmektedir. Ayrıca Tasarı ile, CPC m.198/1, f.'de CPC m.5 ve m.6 bakımından düzenlenen istisna kaldırılmış, bu düzenlemeye bazı değişikliklerle birlikte CPC m. 199/3'de ayrı bir fıkra olarak yer verilmiştir.

CPC m.198/1 (h)'ye göre mahkemenin davanın açılması için süre vermesi durumunda uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Burada asıl olarak, geçici hukukî korumaların tamamlayıcı merasimi olarak dava açılması kastedilmektedir. Şöyle ki, CPC m.263 uyarınca davadan önce geçici hukukî koruma kararı verilmesi durumunda mahkeme, davanın açılması için süre verecek; bu süre içinde dava açılmaması hâlinde geçici hukukî koruma kararı kalkacaktır. Bununla birlikte, maddede öngörülen istisna, aynı zamanda CC m.837/1 b.3 çerçevesinde yüklenici ve zanaatkârların kanunî ipotek hakkının tescili bakımından da uygulanacaktır. Özellikle bu son durum bakımından uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınmış ve maddedeki istisna, "*mahkemenin davanın açılması için süre vermesi durumunda, bununla bağlı ve bağlantılı davalarda*" ibaresi eklenerek genişletilmiştir.<sup>137</sup>

Tasarı ile CPC m.198/1'de, (i) bendinde, yeni bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre Federal Bröve Mahkemesinde (Federal Patent Mahkemesi) görülen davalar da uzlaştırmanın istisnası olarak düzen-

<sup>136</sup> ATF 138 III 558.

<sup>137</sup> Message, FF 2020, s. 2662.

lenmiştir. Yürürlükteki Kanunda böyle bir istisnaya yer verilmemiş olmakla birlikte öğretide, bunun bir unutmadan ibaret olduğu belirtilmiştir.<sup>138</sup> Tasarı ile bu durum giderilerek istisnalar tamamlanmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere CPC m.198/1, (b)f.'ye göre CPC m.5 ve m.6 gereğince kantonların kantonal düzeyde tek bir mahkemeyi görevli olarak belirledikleri davalar bakımından da uzlaştırmaya başvurulamayacaktır. Tasarı ile bu hüküm söz konusu bentten çıkarılmış ve bazı değişiklikler ile CPC m.199/3'de ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiştir. Buna göre davacı, CPC m.5/1 (b)b. ile (b)d.-i. arasında, CPC m.6 veya m.8'de düzenlenen davalar ile CPC m 5/1 (b)a. veya (b)c.'de düzenlenen davalarda davanın konusunun değerinin 30.000.- CHF'i geçmesi hâlinde doğrudan mahkemede dava açabilecektir. Görüldüğü gibi, bu davalar zorunlu uzlaştırmanın istisnası olmaktan çıkarılarak, davacıya isterse uzlaştırmaya başvurma, isterse dava açma imkânı tanınmıştır.

### C-) UZLAŞTIRMA PROSEDÜRÜNE KATILMAYAN TARAF PARA CEZASI VERİLMESİ

Uzlaştırma sürecinin başarıyla sonuçlanması için tarafların sürece katılmalarının önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, CPC m.204/1'de tarafların uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmak zorunda olduklarını düzenlemiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, tahdidi olarak sayılan bazı hâllerde, tarafların uzlaştırma görüşmesine temsilci aracılığıyla katılabilmeleri de öngörülmüştür.

Uzlaştırma görüşmesine şahsen veya CPC m.204/3'de sayılan hâllerde temsilcisi aracılığıyla katılmamanın sonuçları CPC m.206'da düzenlenmektedir. Buna göre, davacının görüşmeye gelmemesi durumunda başvuru geri alınmış sayılacak ve prosedür konusuz kalacaktır (CPC m.206/1): Davalının gelmemesi durumunda uzlaştırma dairesi, süreç anlaşma ile sonuçlanmamış gibi işlem yapacaktır (CPC m.206/2).<sup>139</sup> Her iki tarafın da gelmemesi hâlinde ise prosedür konusuz kalacaktır (CPC m.206/3).

<sup>138</sup> David Rüetschi, Kommentar Patentgerichtsgesetz, Calame/Hess-Blumer/Stieger (éd.), Basel 2013, art. 27 no: 19.

<sup>139</sup> CPC m.206/2'de kanun koyucu, bu durumda CPC m.209-212 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını öngörmüştür. Buna göre ise uzlaştırma dairesi, davacıya dava açma izni verebilecek (CPC m.209), karar teklifinde bulunabilecek (CPC m.210) ve hatta uyuşmazlık konusunun değerinin 2.000.-CHF'i geçmemesi durumunda davacının talebi üzerine karar verebilecektir (CPC m.212).

Federal Mahkeme, bu sonuçların yanı sıra, görüşmeye katılma zorunluluğuna uyulmamasının CPC m.128 anlamında disiplin para cezasına neden olacağına hükmetmiştir.<sup>140</sup> CPC m.128/1'e göre mahkeme önündeki yargılama sırasında, yargılama kurallarını ihlâl eden veya yargılamanın seyrini etkileyen kişi, en fazla 1.000.-CHF disiplin para cezasına mahkûm edilecektir. Tarafın veya temsilcisinin kötü niyetli hareket etmesi durumunda ise en fazla 2.000.-CHF, tekrarı hâlinde ise en fazla 5.000.-CHF disiplin para cezasına hükmedilebilecektir (CPC m.128/3).

Tasarı'da CPC m.128'dekine benzer bir para cezasının uzlaştırma görüşmesine katılmayan taraf için de düzenlenmesinin uygun olacağı düşüncesinden hareket edilmiş ve CPC m.206'ya yeni bir (dördüncü) fıkra eklenmiştir. Buna göre, uzlaştırma dairesi, görüşmeye katılmayan tarafa en fazla 1.000.-CHF para cezası verebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, CPC m.128'de düzenlenen cezaya hükmedilmesi için, tarafın yargılama kurallarını ihlâl etmesi veya yargılamanın seyrini etkilemesi gerekmektedir. Buna karşılık Tasarı ile getirilen CPC m.206/4 uyarınca, para cezasına hükmedilmesi için tarafın yalnızca görüşmeye gelmemesi yeterli olacaktır.

#### **D-) UZLAŞTIRMA DAİRESİNİN (MERCİİNİN) KARAR TEKLİF ETME YETKİSİNİN GENİŞLETİLMESİ**

Uzlaştırma görüşmelerinde bir sonuca varılamaması hâlinde uzlaştırma dairesi, bazı uyuşmazlıklarda taraflara bir karar teklifi sunabilecek ve bu teklifine kısa bir gerekçe de ekleyebilecektir (CPC m.210). Uzlaştırma dairesinin karar teklifi sunabileceği uyuşmazlıklar madde de şu şekilde sayılmıştır:

- 24/03/1995 tarihli Kadın ve Erkek Eşitliği Hakkında Kanun'dan doğan uyuşmazlıklar,
- Kira, konut veya ticari işyeri ya da çiftlik kirası sözleşmelerinden doğup da kira bedelinin gönderilmesine, aşırı kira bedeline, ihtar sürelerine veya kira sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin uyuşmazlıklar,

<sup>140</sup> ATF 141 III 265.

- Uyuşmazlık konusu miktarın 5.000.-CHF'i geçmediği diğer malvarlığı uyuşmazlıkları.

Tasarı'nın gerekçesinde, bu düzenlemenin uygulamada kabul gördüğü ve uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülmesine katkı sağladığı belirtilmektedir. Şöyle ki, 2012 yılında tutulan istatistiklere göre tüm uzlaştırma süreçlerinin %3'ü karar teklifi üzerine sona ermiş olup; bu oran, kurumun daha önceden uygulandığı Aargau kantonunda %8,5'a, Sankt Gallen kantonunda ise %6,2'ye yükselmektedir.<sup>141</sup>

Uygulamada kısa süre içinde elde edilen bu başarı üzerine CPC m.210/1 (c) hükmü "*uyuşmazlık konusu miktarın 10.000 franc'ı geçmeyen diğer malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar*" şeklinde değiştirilerek uzlaştırma organının karar teklif etme yetkisi Tasarı'da genişletilmektedir.

## X. YARGILAMAYA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

### A-) YARGILAMANIN DİLİ

Yargılamanın dilini düzenleyen CPC m.129'a göre yargılama, uyuşmazlığın görüldüğü kantonun resmî dilinde yapılacaktır. Birden fazla resmî dili olan kantonlar, bunların yargılamada kullanılmasını düzenleyeceklerdir.

Bu düzenleme, öncelikle, o kantonun resmî dili olmayıp da ülkede konuşulan bir başka dilde yargılama yapılmasını yasaklamaktadır. İkinci olarak ise, yargılamanın İngilizce yapılması, bu düzenleme çerçevesinde mümkün değildir.

Federal Konsey, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde çoğunlukla İngilizcenin kullanıldığı gerçeği karşısında, İsviçre hukukunda yer alan ve özellikle yargılamanın İngilizce yapılmasını yasaklayan bu düzenlemenin fazlasıyla sınırlandırıcı olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle de Tasarı'da CPC m.129'a şu ikinci cümlelerin eklenmesi önerilmiştir:

*"Kanton hukukunun öngörmesi hâlinde, tüm tarafların talebi üzerine, bir başka ulusal dil veya İngilizce kullanılacaktır."*

<sup>141</sup> Message, FF 2020, s.2665-2666.

Söz konusu düzenlemeyle, ilk defa kantonlara, iç hukuklarında konuyu düzenleme yetkisi tanınmış olacaktır. Böylece her kantonun, diğer ulusal dilin veya İngilizce'nin yargılamada kullanılmasına izin verip vermemekte serbest olması sağlanmak istenmiştir.<sup>142</sup> Aynı şekilde kantonlar, bunların kullanımına tüm uyumsuzluklarda izin verebilecekleri gibi, bu kullanımı yalnızca uluslararası nitelikteki uyumsuzluklar ile de sınırlandırabileceklerdir.<sup>143</sup>

Tasarı'da getirilen düzenlemede, tarafların korunması amacıyla, yargılamanın bir başka dilde gerçekleştirilmesi için tarafların bu yönde talepte bulunmaları şart kılınmıştır. Taraflar, yargılamanın başında talepte bulunabilecekleri gibi, önceden yapacakları bir sözleşme ile de bunu kararlaştırabileceklerdir.<sup>144</sup>

Bu değişikliğin bir yansıması olarak Federal Mahkeme Kanunu'nun (LTF) 42.maddesine *1bis* fıkrası eklenmektedir. Buna göre medeni yargıda önceki mahkeme önündeki yargılamanın İngilizce yapılmış olması hâlinde, Federal Mahkemeye verilecek dilekçeler İngilizce yazılabilecektir.<sup>145</sup> Bununla birlikte Federal Mahkeme önündeki yargılamada, LTF m.54 uyarınca yine resmî dillerden biri kullanılacak ve Federal Mahkeme kararları da ancak bir resmî dilde yazılabilecektir.

## B-) KARŞI DAVA

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 224.maddesi karşı davaya ayrılmıştır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre davalı, cevap dilekçesinde karşı dava açabilecek olup; bunun için, açacağı davanın asıl dava ile aynı yargılama usulüne tâbi olması gerekmektedir.

İki talebin aynı yargılama içinde ele alınarak usûl ekonomisi bakımından büyük öneme sâhip olmasına rağmen, uygulamada karşı davaya çok fazla başvurulmadığı görülmüştür.<sup>146</sup> Bunun en önemli nedenlerinden biri, karşı dava ile asıl davanın aynı yargılama usulüne tâbi olması şartıdır.

<sup>142</sup> *Message*, FF 2020, s. 2654.

<sup>143</sup> *Message*, FF 2020, s. 2654.

<sup>144</sup> *Message*, FF 2020, s. 2654.

<sup>145</sup> Federal Mahkeme Kanunu'nun 77.maddesine göre tahkim yargılamasında dilekçeler İngilizce yazılabilir.

<sup>146</sup> *Message*, FF 2020, s. 2666.



Öğretide bazı yazarlar, CPC m.224 yorumlanırken davaların niteliklerinin göz önüne alınması gerektiğini, karşı dava ile asıl davanın nitelikleri itibariyle farklı yargılama usulüne tâbi olmaları hâlinde karşı davanın açılmasının mümkün olamayacağını dile getirmişlerdir. Bu yazarlara göre, sadece dava konusunun değeri nedeniyle asıl davanın olağan, karşı davanın ise basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olması durumunda, karşı davanın açılmasının mümkün olduğu kabul edilerek karşı dava da olağan yargılama usulünde görülmelidir.<sup>147</sup>

Bu noktada Federal Mahkeme, Kanunda belirtilen değer altında kaldığı için basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olan bir kısmı dava üzerine, olağan yargılama usulüne tâbi olan menfi tespit davasının karşı dava olarak açılabileceğine karar vermiştir.<sup>148</sup>

Federal Konsey de Federal Mahkeme'nin bu kararından yola çıkarak, Ön Tasarı'da, aralarında bağlantı olması şartıyla, asıl dava ile karşı davanın aynı yargılama usulüne tâbi olmaları şartının kaldırılmasını önermiştir. Ancak Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde ileri sürülen eleştirileri göz önüne alan Federal Konsey, bu düşünceden vazgeçmiştir. Tasarı'da ise CPC m.224'e 1bis fıkrası eklenmiş; burada Kanun'da aranan aynı yargılama usulüne tâbi olma şartı Federal Mahkeme'nin kararı doğrultusunda açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre: "*Karşı dava şu durumlarda da kabul edilir ve asıl dava ile birlikte olağan yargılama usulünde karara bağlanır:*

(a) *Asıl talep olağan yargılama usulüne tâbi iken karşı dava olarak ileri sürülen talebin yalnızca uyuşmazlık konusunun değeri itibariyle basitleştirilmiş yargılama usulüne tâbi olması.*

(b) *Karşı davanın (talebin) bir hakkın veya hukuki ilişkinin yokluğunun tespitine ilişkin olup; asıl davanın (talebin) bu hak veya hukukî ilişkiden kaynaklanan iddianın bir kısmına ilişkin olması ve bu nedenle yalnızca dava konusunun değeri nedeniyle basitleştirilmiş yargılamaya tâbi olması."*

Görüldüğü gibi, Tasarı ile (a) bendinde getirilen düzenleme, öğretilerde bazı yazarlar tarafından savunulan görüşün kanunlaştırılmasına yöneliktir. Federal Mahkeme, yukarıda anılan kararında konuya değinmiş, ancak herhangi bir görüş bildirmemiştir. Maddenin (b)

<sup>147</sup> Tappy, Commentaire CPC, art. 224 no.14; Leuenberger, ZK ZPO, art. 243 no.14.

<sup>148</sup> ATF 143 III 506.

bendinde yer verilen düzenleme ise Federal Mahkeme'nin kararının kanunlaştırılması isteğinin bir yansımasıdır. Bununla birlikte öğretide, Tasarı ile yalnızca yargılama usullerinin değer sınırlarından doğan sorunlara çözüm arandığı; oysa önemli olanın, yargılama usulleri arasında bir koordinasyon sağlanması olduğu, bu yönüyle Tasarı'nın Kanunun uygulanabilirliğine katkıda bulunmadığı ileri sürülmektedir.<sup>149</sup>

### C-) KARARIN İCRASININ DURDURULMASI

İsviçre hukukunda istinaf, hükmün icrasını durdurma etkisini haiz iken, itiraz (*recours, Beschwerde*) bu etkiden yoksundur. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin verdiği bir karara karşı istinafa başvurulması hâlinde, ilk derece mahkemesi kararı kural olarak icraya konulamayacaktır. Buna karşılık söz konusu karara karşı itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulması hâli ise hükmün icrasını kural olarak kendiliğinden durdurmayacaktır.

Kural böyle olmakla birlikte, kanun koyucu ilâmların icrasının etkinliğinin artırılması düşüncesiyle bazı özel düzenlemeler sevk etmiştir. Şöyle ki, CPC m.236/3'e göre kararı veren mahkeme, davayı kazanan tarafın talebi üzerine kararın icrasına yönelik tedbirleri alacaktır. Bu durumda karar derhâl (istinaf beklenmeksizin) ve doğrudan doğruya icra edilebilecektir (CPC m.337/1).

Davayı kaybeden tarafın itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurusu hâlinde itiraz (*recours, Beschwerde*) mahkemesi hükmün icrasını durdurabilecektir (CPC m.325/2). Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin hükmün doğrudan icrasına karar vermesi durumunda ise, hükmün icrası ancak davayı kaybeden tarafça CPC m.337/2 çerçevesinde ve CPC m.341'deki sınırlı nedenlere dayanarak infaz (icra) mahkemesine başvurulmak suretiyle sağlanabilecektir.

Uygulamada her iki durumda da icranın durdurulması kararının geç verilebildiği, bu nedenle de davayı kaybeden tarafın hak kaybına uğradığı örneklerle karşılaşılmaktadır. Tasarı'da ise davayı kaybeden tarafın bu tür tehlikelere karşı korunması amacıyla CPC m.236'ya dördüncü fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra uyarınca, ka-

<sup>149</sup> Bohnet/Schaller, s.202.

rarı veren mahkeme, davayı kaybeden tarafın telafisi zor bir zarara uğrama riski varsa, onun talebi üzerine veya re'sen, hükmün icrasını itiraz (*recours, Beschwerde*) mahkemesinin kararına veya itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvuru süresinin sonuna kadar durdurabilecektir. Eğer gerekli ise mahkeme, geçici korumalara veya teminat gösterilmesine karar verebilecektir.<sup>150</sup>

Tasarı'da getirilen bu düzenleme ile, Tasarı'yı hazırlayanlar, davayı kaybeden tarafa ilk derece mahkemesine başvurarak hükmün icrasını durdurma imkânını tanımak suretiyle silâhların eşitliği ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlamışlardır.<sup>151</sup>

Federal Konsey, aynı sakıncanın nihai karar ile gerekçeli kararın yazılması arasında geçen süre bakımından da söz konusu olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle de Tasarı ile CPC m.239/2 *bis'* de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, telafisi zor bir zarara uğrama riski bulunan taraf, mahkemeden, gerekçeli kararın yazımı için öngörülen süre boyunca, hükmün icrasının durdurulmasını isteyebilir. Eğer gerekli ise mahkeme, geçici korumalara veya teminat gösterilmesine karar verebilir.

## XI. MAHKEMENİN ESASA İLİŞKİN KARARI OLMAKSIZIN DAVANIN SONA ERMESİ

### A-) BÖLÜM BAŞLIĞININ DEĞİŞTİRİLMESİ

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 241 ve 242.maddelerinde yargılamanın feragat, kabul ve sulh ile sona ermesi halleri düzenlenmektedir. CPC m.241/2'ye göre, sulh, kabul ve feragat hâlinde dava bu işlemler ile doğrudan, yani mahkemenin esas hakkında hüküm vermesine gerek olmaksızın sona erecektir. Bu işlemlerden birinin varlığı hâlinde mahkeme, esas hakkında bir karar vermeyecek; -normal olarak CPC m.104 vd. uyarınca yargılama giderlerinin dağılımını içeren- şekli bir kararla davayı sona erdirecektir (davayı kapatacağı) (CPC m.241/3).

<sup>150</sup> Tasarı'da yer alan hüküm, Ön Tasarı'ya göre bazı noktalarda farklılık göstermektedir. Şöyle ki, ilk olarak, Ön Tasarı'da hükmün icrasının durdurulmasına yalnızca talep üzerine karar verilebileceği düzenlenmekteydi. Ayrıca Ön Tasarı'da yer alan hükümde yalnızca "hükmün icrasının istisnai olarak durdurulacağı" belirtilmekte olup, buna ilişkin herhangi bir kıstasa yer verilmemişti.

<sup>151</sup> *Message*, FF 2020, s. 2668.

Mahkemenin vereceği bu kararın, hukukî niteliği bakımından bir “yargısal karar” olmadığı kabul edilmektedir.<sup>152</sup> Kanun koyucu da bu düşünce ile bölümün başlığını “*Karar olmaksızın yargılamanın sona ermesi*” olarak belirlemiştir. Ancak Federal Konsey, mahkemenin burada yaptığı işlemin “karar” olduğundan hareket etmiş ve bu nedenle de bölümün başlığını “*Esasa ilişkin karar olmaksızın yargılamanın sona ermesi*” şeklinde değiştirmiştir.<sup>153</sup>

### **B-) DAVANIN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURULMASI**

CPC m. 241/2’e göre sulh, kabul ve feragat ile dava sona erecek (“kapanacak”); mahkeme bunun üzerine davanın sona erdiğine karar verecektir.

Kanunda tarafların yaptıkları bu işlemlere karşı istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Maddenin gerekçesinde ise burada bir mahkeme kararı mevcut olmadığı için bunlara karşı istinaf ve itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir.<sup>154</sup> Bununla birlikte CPC m.328/1 uyarınca feragat, kabul veya sulhün geçerli olmadığı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir.

Mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararına karşı kanun yollarına başvurulabilip başvurulamayacağı hususunda da Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada öğretideki ağırlıklı görüş, mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararının bir yargısal karar niteliği taşımadığı için buna karşı kanun yoluna başvurulamaması gerektiği yönündedir.<sup>155</sup> Federal Mahkeme de yargılama giderlerine ilişkin kısmı hariç, bu karara karşı kanun yollarının açık olmadığına karar vermiştir.<sup>156</sup>

Federal Konsey’e göre ise öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen ve Federal Mahkeme’nin de benimsediği görüş tatmin edici değildir. Bu

<sup>152</sup> Hohl, t. I, s.399.

<sup>153</sup> Aynı düşünceyle CPC m.242/2’de de bir değişiklik yapılmıştır.

<sup>154</sup> *Message CPC*, s. 6987.

<sup>155</sup> Laurent Killias, *Berner Kommentar*, art. 241 no: 28; Oberhammer, *Basler Kommentar*, art. 241 no.6.

<sup>156</sup> ATF 139 III 133.

noktada Federal Konsey, şekli eksikliklerin (örneğin tutanakta imzanın bulunmaması), uyuşmazlığın sulhe elverişli olmaması veya sulh sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olması gibi birçok hukuka aykırılığın söz konusu olabileceğini, bu durumlarda mahkemenin davanın sona ermesine ilişkin kararının da hukuka aykırı bir temele dayanacağını düşünmektedir. Bu nedenle de Ön Tasarı ile CPC m.241'e dördüncü fıkra eklenerek davanın sona ermesine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde, söz konusu teklife karşı çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştirilerin temel gerekçeleri, yargılamanın yenilenmesine başvuru süresinin daha uzun olduğu, ayrıca bu çerçevede irade sakatlığının aynı mahkeme tarafından inceleneceği, böylece de uygulamada yargılamanın yenilenmesinin bu bakımdan tatmin edici olduğudur.<sup>157</sup> Bununla birlikte Federal Konsey bu düşüncesinden geri adım atmamış ve Tasarı ile CPC m. 241/3'de ikinci cümle olarak aynı düzenlemeye yer vermiştir.

## XII. BASİT YARGILAMA

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 248 vd. maddelerinde basit yargılama usulü düzenlenmektedir.

Tasarı ile, basit yargılama usulünün uygulama alanı bakımından dört değişiklik yapılmaktadır.

İlk olarak dernek yapısında eksiklikler bulunması hâlinde alınacak tedbirler (CC m. 69c) basit yargılama usulünün uygulama alanına dâhil edilmiştir.

İkinci olarak, CPC m.250 (c)-6'da düzenlenen "*seçilen organların yokluğu ve üye sayısının yetersiz olması durumunda süre verilmesi*" hâli, "*şirket veya kooperatif yapısında eksiklikler bulunması hâlinde alınacak tedbirler (CO m.731b, 819 ve 908)*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu durum "*denetçilerin atanması ve görevden alınması*"nı da içerdiği için, bu sebebin düzenlendiği 11.bent yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun haricinde aynı maddenin 14. bendinde "*bir şirketin ticaret sicilinden silinmesi (CO m. 938a/2)*"ne yer verilerek bu durum da basit yargılama usulünün uygulama alanına dâhil edilmiştir.

<sup>157</sup> *Synthèse consultation*, s. 42-43.

### XIII. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR

CPC m. 266’da bir periyodik medya organına<sup>158</sup> karşı geçici hukukî koruma kararı verilmesinin şartları düzenlenmekte olup; burada kanun koyucu daha sınırlı şartlar belirleme yoluna başvurmuştur. Buna göre; (a) yakın bir ihlâl özellikle önemli bir zarara neden olabilecekse, (b) ihlâl açıkça haklı değilse ve (c) tedbir ölçüsüz değilse, mahkeme geçici hukukî korumaya karar verebilecektir.

CPC m.266’daki düzenleme, aslında CC m.28c’den aynen alınmış<sup>159</sup> olmakla birlikte, iki metin arasında bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; CC m.28c’de ihlâl’in “*mevcut veya yakın*” olması şartı aranmışken, CC m.266’da yalnızca “*ihlâl’in yakın olması*” ibaresine yer verilmiştir. Federal Konsey, bu durumu kanun koyucunun bir hatası olarak değerlendirmiş<sup>160</sup> ve maddedeki ibareyi “(a) *mevcut veya yakın bir ihlâl’in özellikle önemli bir zarara neden olabilecek olması*” şeklinde değiştirmiştir.

### XIV. İSTİNAF

#### A-) KATILMA YOLUYLA İSTİNAF

##### 1-) Katılma Yoluyla İstinaf Başvurusunun Asıl Başvuru Nedeniyle Reddi

CPC m.313’de, katılma yoluyla istinaf başvurusunun reddedilmesi gereken üç hâl düzenlenmektedir Bunlardan biri, “*asıl başvurunun açıkça temelden yoksun bulunması*”dır (CPC m. 313/2 b).

Öğretide, maddede yer alan bu hükmün tutarsız olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü CPC m.312/1’e göre istinaf başvurusu, açıkça, temelden yoksun ise veya dinlenebilir değilse, cevap dilekçesini hazırlaması için karşı tarafa gönderilmeyecektir. Hâl böyle olunca da bu durumda zaten katılma yoluyla istinaf başvurusu mümkün olamayacaktır.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Bir medya organı düzenli sayılabilecek aralıklar ile yayın yapıyor ve yayınları aynı kitleye ulaşıyorsa periyodik medya organı olarak nitelendirilebilecektir. Kezâ maddede sözü geçen “medya” kavramı da geniş şekilde değerlendirilecektir. Buna göre, metin, resim veya bunların bileşimiyle halka bilgi yayan her organizma (organisme) medya olarak kabul edilecektir. Bkz Bohnet, Commentaire CPC, art.266 no.5-6; Grégory Bovet/ Pascal Favrod-Coune, Petit Commentaire, art. 266 no: 3-7.

<sup>159</sup> Message, FF 2008, s. 6964.

<sup>160</sup> Message, FF 2020, s. 2672.

<sup>161</sup> Jeandin, Commentaire CPC, art. 313 no.10.

Federal Konsey, öğretideki bu görüşü göz önüne almış ve bu durumu kanun koyucunun dikkatsizliğinin bir ürünü şeklinde değerlendirerek Tasarı'da, CPC m.313/2 b'de yer verilen hükmü yürürlükten kaldırmıştır.

## **2-) Basit Yargılama Usulünde Katılma Yoluyla İstinaf Başvurusu Yapılamaması Kuralına İstisna Tanınması**

Basit yargılama usulünde istinafa başvuruyu düzenleyen CPC m.314'ün ilk fıkrasında, istinafa başvuru süresi ve istinafa cevap süresi 10 gün olarak belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise basit yargılama usulüne tâbi olan davalarda katılma yoluyla istinafa başvurulamayacaktır.

Bu düzenleme, özellikle basit yargılama usulüne tâbi olan, evliliğe ilişkin bazı iş ve davalar bakımından [evlilik birliğini koruyucu tedbirler (CPC m.271), boşanma davasında ihtiyati tedbirler (CPC m.276), çocuklara ilişkin bazı davalar (CPC m.302), kayıtlı partönerliğine ilişkin davalar (CPC m.305)] öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştirilere göre, bu davalarda katılma yoluyla istinafın engellenmesi nedeniyle özellikle karmaşık hallerde, stratejik olarak, bağımsız istinaf başvuruları yapılacak olup; bu durum bir yandan iş yükünün çok artmasına, diğer yandan tarafların uzlaşma isteklerinin azalmasına neden olacaktır.<sup>162</sup>

Federal Konsey bu eleştirileri göz önüne almış ve CPC m.314/2'de düzenlenen katılma yoluyla istinafa başvurma yasağına istisna getirilmesini teklif etmiştir. Buna göre, CPC m.271, 276, 302 ve 305'de düzenlenen aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar haricinde katılma yoluyla istinafa başvurulamayacaktır.

Ön Tasarı'da Federal Konsey, basit yargılama usulüne ilişkin davalarda istinafa başvurma süresinin, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından 30 güne çıkarılmasını önermiştir. Ancak Ön Tasarı'ya ilişkin görüşmelerde, bu öneri, basit yargılama usulüne tâbi davaların uzamasına ve karmaşık bir hâle gelmesine neden olacağı gerekçesiy-

<sup>162</sup> Roland Fankhauser, "Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung", *FamPra.ch* 2004, s.50 vd.

le eleştirilere maruz kalmıştır. <sup>163</sup> Bunun üzerine Federal Konsey, bu öneriden geri adım atmış ve Tasarı'da bu değişikliğe yer vermemiştir.

## B-) İSTİNAFIN ERTELEYİCİ ETKİSİ

İstinafin erteleyici etkisi kenar başlıklı CPC m.315'in ilk fıkrasına göre istinaf yoluna başvuru, kararın şekli anlamda kesinleşmesini ve icra edilebilirliğini erteleyecektir. Bununla birlikte istinaf mahkemesi, kararın derhâl icra edilmesine izin verebilecektir (CPC m.315/2).<sup>164</sup>

CPC m.315/3'de, "*istinaf başvurusunun bir inşâî hükme karşı yapılması durumunda, erteleyici etki bertaraf edilemez*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Böylece kanun koyucu, bir inşâî hükme karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda, istinaf mahkemesinin hükmün derhâl icrasına karar vermesinin önüne geçmiştir. Öğretide hükmün kaleme alınış şeklinin inşâî hükümler bakımından yanlış bir algıya yol açtığı gerekçesiyle eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirilere göre, maddedeki düzenleme, sanki inşâî hükümler aslında icraya elverişli olmalarına karşın bunun kanun tarafından engellendiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Oysa inşâî hükümler zaten nitelikleri gereği icraya elverişli değildirler. <sup>165</sup> Federal Konsey de bunu göz önüne alarak maddedeki hükmü, "*bir inşâî karar hakkındaki istinaf her zaman erteleyici etkiyi haizdir*" şeklinde değiştirmiştir. Dolayısıyla burada, esasa ilişkin olmayan, yalnızca maddenin lâfzını hedef alan bir değişiklik söz konusudur.

CPC m.315/4'de istinafin erteleyici etkiye sâhip olmadığı kararlar düzenlenmektedir. Buna göre cevap hakkına (CC m. 28g ve 28l)<sup>166</sup> ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin kararlara karşı yapılan istinaf başvurusu, erteleyici etkiyi haiz değildir. Tasarı ile bunlara iki bent daha eklen-

<sup>163</sup> *Synthèse des résultats de la consultation*, ch. 5.45

<sup>164</sup> Bu durumda mahkeme, gerekli hâllerde geçici hukukî korumalara ve teminat gösterilmesine karar verecektir (CPC m. 315/2 c.2).

<sup>165</sup> *Message*, FF 2020, s. 2679.

<sup>166</sup> CC m.28g'ye göre özellikle basın, radyo ve televizyon olmak üzere periyodik yayınlanan medya organlarında yapılan sunumlardan kişiliği doğrudan etkilenen kişi, cevap hakkına sâhiptir. Cevap hakkı sâhibi, ilgili sunumu öğrenmesinden itibaren 20 gün, en geç sunumun yayınından itibaren üç ay içinde cevap metnini işletmeye göndermek zorundadır (CC m. 28i/1). İşletme, cevap hakkı sâhibini, cevabını ne zaman yayınlayacağı veya bunu neden reddettiği hakkında derhâl bilgilendirir (CC m. 28i/2). İşletme, cevap hakkının icrasını engeller, yayınlamayı reddeder veya gerektiği gibi uygulamazsa cevap hakkı sâhibi mahkemeye başvurabilir (CC m. 28l).



mektedir. Bu bağlamda, CPC m. 315/4'e eklenen (c) ve (d)'ye göre, borçlulara bildirim<sup>167</sup> ve nafakayı (*contribution d'entretien*)<sup>168</sup> garanti altına almak için teminat gösterilmesine ilişkin kararlar bakımından da istinafaın erteleyici etkisi söz konusu olmayacaktır.

### C-) İSTİNAFTA YENİ VAKIA VE DELİL İKAMESİ

İstinafta yeni vakia ve delil ileri sürülmesi CPC m.317/1'de düzenlenmektedir. Buna göre yeni vakia ve deliller, gecikmeden ileri sürülmeleri veya tarafın, gerekli özeni göstermesine rağmen ilk derece yargılamasında ileri sürememesi şartıyla göz önüne alınabilecektir.

İlk derece yargılamasına ilişkin olarak da CPC m.229'da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna karşılık, söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkemenin duruşmalar başlayıncaya kadar yeni vakia ve delilleri kabul edebileceği belirtilmektedir.

İki düzenleme arasındaki temel fark, CPC m.229'da (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara ilişkin olarak yer verilen hükümün, istinafa ilişkin CPC m.317/1'de mevcut olmamasıdır. Bu durum karşısında öğretilerdeki ağırlıklı görüş, (re'sen) araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada verilen karara karşı istinafa başvurulması hâlinde CPC m.229'un kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir.<sup>169</sup> Buna karşılık, azınlıkta kalan yazarlar, CPC m.317/1'in lâfzı karşısında böyle bir yorumun mümkün olamayacağını savunmaktadırlar.<sup>170</sup> Federal Mahkeme ise 2012 tarihli bir kararında, iki düzenlemenin uygulama alanının farklı olduğundan hareket etmiş ve istinafta, CPC m.317/1'de,

<sup>167</sup> CC m.132 uyarınca, borçlu nafakayı ödemezse, hâkim, borçlunun borçlularına, ödemelerini alacaklıya yapmaları bildiriminde bulunabilecektir. CC m.177'ye göre eşlerden biri aile birliğinin giderlerine katılma borcunu yerine getirmezse mahkeme, borçlunun borçlularına ödemelerini diğer eşe yapmaları bildiriminde bulunabilecektir. CC m.291'e göre anne ve baba çocuğun bakımını sağlamaktan kaçınırlarsa mahkeme, onların borçlularına ödemelerini çocuğun kanunî temsilcisine yapmaları bildiriminde bulunabilecektir.

<sup>168</sup> İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda "*contribution d'entretien*" (nafaka) kavramı, hem iştirak nafakasını (örneğin CC m. 133) hem de yoksulluk nafakasını (örneğin CC m. 125) içine alacak şekilde kullanılmaktadır.

<sup>169</sup> Nicolas Jeandin, Code de procédure civile commenté, 2011, art.317 no.4; Karl Spühler, Basler Kommentar, 2010, art. 317 no. 7.

<sup>170</sup> Denis Tappy, "Les voies de droit du nouveau code de procédure civile", *JdT*, 2010 III s.139; Hohl, t.II, s.437.

konunun açıkça düzenlendiği, bu nedenle de CPC m.229'un kıyasen uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>171</sup>

2012 yılından sonra birçok kanton mahkemesi kararında, sınırlı (sosyal) re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ile mutlak re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar arasında ayırım yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu kararlarda, mutlak araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, istinaf aşamasında da duruşmalar başlayıncaya kadar yeni vakıa ve delillerin kabul edileceği bildirilmiştir.<sup>172</sup> Federal Mahkeme de 2018 yılında verdiği bir kararda aynı ayırımı benimsemiştir. Federal Mahkeme'ye göre, mutlak araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından CPC m.317/1'in lâfzı ile sınırlı kalınmamalı, CPC m.229 istinaf incelemesi bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.<sup>173</sup>

Tasarı ile, CPC m.317'de *1bis* fıkrası ihdas edilmiştir. Burada yer verilen hükme göre ise, mahkemenin vakıaları re'sen araştırmak zorunda olduğu hâllerde istinaf mahkemesi, yeni vakıa ve delilleri duruşmalara kadar kabul edecektir. Görüldüğü gibi burada da öğretilerdeki ağırlıklı görüş ile Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin son kararındaki çözüm benimsenmiş olmaktadır.

#### **D-) İSTİNAF VE İTİRAZDA (RECOURS, BESCHWERDE) GEREKÇELİ KARARIN SONRADAN VERİLEBİLMESİ**

İsviçre hukuku'nda ilk derece mahkemesinin nihai kararının taraflara bildiri CPC m.239'da düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, kararın yazılı hüküm fıkrası kısmını sözlü özet bir gerekçe ile birlikte duruşmada veya yazılı hüküm fıkrasını tebliğ suretiyle, yazılı gerekçe olmaksızın taraflara bildirebilir (CPC m.239/1). Kararın taraflara bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde taraflardan biri talep ederse, taraflara kararın yazılı gerekçesi verilecek; gerekçenin talep edilmemesi durumunda ise tarafların istinaf veya temyize başvurmadan vazgeçtikleri kabul edilecektir (CPC m.239/2).

<sup>171</sup> ATF 138 III 625.

<sup>172</sup> Basel Kanton Mahkemesi, 24.01.2012, 400 2011 193; Zürih Kanton Mahkemesi, 20.08.2014, LY140011-O. Bu kararlar için bkz *Message*, FF 2020, s. 2680.

<sup>173</sup> ATF 144 III 349.

İstinaf ve itiraz (*recours, beschwerde*) bakımından ise kanun koyucu özel düzenlemelere yer vermiştir. Şöyle ki, CPC m.318/2'ye göre istinaf mahkemesi, kararını taraflara yazılı bir gerekçe ile bildirecektir. Aynı düzenleme itiraz (*recours, beschwerde*) bakımından da CPC m. 327/5'de yer almaktadır.

Bunların haricinde konuya ilişkin bir başka hüküm Federal Mahkeme Hakkında Kanun (*Loi sur le Tribunal Fédéral*<sup>174</sup>-LTF) m.112'dedir.<sup>175</sup> Buna göre, Federal Mahkeme önünde itiraza (*recours, beschwerde*) konu olabilecek kararlar, taraflara yazılı olarak tebliğ edilecektir (LTF m.112/1). Ancak kanton hukukunun kabul etmesi durumunda mahkeme, kararını gerekçesiz olarak tebliğ edebilir. Bu durumda taraflar 30 gün içinde gerekçeli kararın tebliğini talep edebileceklerdir (LTF m.112/2).

CPC m. 239 ile CPC m. 318/2'nin kaleme alınış şekli, öğretide iki farklı görüşün ileri sürülmesine neden olmuştur. Öğretideki ilk görüş, CPC m.318/2'de kararın sonuç kısmının gerekçesiz olarak taraflara bildirilmesini engelleyen bir ibare bulunmadığını, dolayısıyla hüküm sonucu bildirildikten sonra gerekçenin sonradan yazılabileceğini ileri sürmektedir.<sup>176</sup> Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise kararın taraflara yazılı ve gerekçeli olarak bildirilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir.<sup>177</sup> Federal Mahkeme de, CPC m.318/2'de yer alan düzenlemenin, istinaf mahkemesinin önce kararın sonuç kısmını taraflara bildirdikten sonra gerekçeli kararın yazılmasını engellemediğine karar

<sup>174</sup> RO 2006 1205.

<sup>175</sup> LTF m. 112/1'e göre Federal Mahkeme önünde itiraza (*recours, beschwerde*) konu olabilecek kararlar, taraflara yazılı olarak tebliğ edilecek olup bu kararlar; tarafların talepleri, ileri sürülen vakıalar, sunulan deliller ve dosyadaki belgelerden anlaşılmasında hâlinde tarafların tespitleri, uygulanan hukukî düzenlemeler, hüküm sonucu ile kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağına ilişkin bilgiyi içerecektir. Kanton hukukunun öngörmesi durumunda mahkeme, kararını, gerekçesiz olarak tebliğ edebilecek olup; bu durumda taraflar 30 gün içinde gerekçeli kararın tebliğini talep edebileceklerdir (LTF m. 112/2). Hakkında itiraz (*recours, beschwerde*) yoluna başvuru karar LTF m.112/1'deki özellikleri taşııyorsa Federal Mahkeme, kararı kanton nezdindeki merciye geri gönderip eksikliklerin tamamlanmasını isteyebilir veya kararı bozabilir (LTF m. 112/3). Federal mercilerin Federal Mahkeme'ye itiraz (*recours, beschwerde*) başvurusunda bulunma hakkını haiz olduğu hâllerde, Federal Konsey, hangi kararların federal mercilere tebliğ edileceğini belirleyecektir (LTF m.112/4).

<sup>176</sup> Martin Sterchi, Berner Kommentar, art. 318 no: 19; Christoph Leuenberger, "Die neue Schweizerische ZPO: die Rechtsmittel", *Revue de l'avocat*, 11/2008, s.335 vd.

<sup>177</sup> Haldy, s.15.

vermiştir. Mahkeme'ye göre aksi yorum, yargılama yönetiminin hızlılığı ve hukuk güvenliği ile örtüşmeyecektir.<sup>178</sup>

Tasarı ile, Federal Mahkeme'nin bu kararı doğrultusunda CPC m.318/2 ve m.327/5 yürürlükten kaldırılmaktadır. Bu durumda ilk derece yargılamasına ilişkin CPC m.239/1 burada da kıyasen uygulanacaktır. Böylece istinaf mahkemesi, kararın hüküm fıkrası kısmını sözlü özet bir gerekçe ile birlikte duruşmada veya hüküm fıkrasını tebliğ suretiyle, yazılı gerekçe olmaksızın taraflara bildirebilecektir. Böylece CPC m.318/2 ve 327/5'deki düzenlemelerin neden olduğu görüş ayrılıklarına son verilmek istenmiştir. Bunların yanı sıra, biraz önce değindiğimiz LTF m.112/2 ise yürürlüğünü muhafaza etmektedir.<sup>179</sup>

## XV. MAHKEME KARARLARININ İCRASI

İsviçre hukukunda hangi kararların icra edilebilir nitelikte oldukları CPC m.336'da düzenlenmiştir. Buna göre şekli anlamda kesinleşen ve mahkemenin icrasını durdurmadığı kararlar ile şekli anlamda kesinleşmeyen ancak mahkemenin derhâl icrasına hükmettiği kararlar, icra edilebilir niteliktedir (CPC m.336/1).

Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak uygulamada en fazla tereddüt edilen hususlardan biri, gerekçesiz olarak taraflara bildirilen kararların durumudur. Tasarı ile bu tereddüt ortadan kaldırılmak istenmiş ve bu amaçla CPC m.336/3 sevk edilmiştir. Buna göre, gerekçesiz olarak bildirilen bir karar, buna karşı başvurulacak kanun yolunun erteleyici etkiyi haiz olmaması ve mahkemenin icrasını durdurulmaması hâlinde icra edilebilecektir.

Öğretide ise bu düzenleme, kararın icra edilebilirlik niteliğini kazandığı an bakımından eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilere göre, gerekçe talep etme süresinin sona erdiği günün veya gerekçenin tebliğ edildiği günün esas alınması daha uygun olacaktır.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> ATF 142 III 695.

<sup>179</sup> Federal Konsey, 2018 yılında Federal Mahkeme Hakkında Kanun'a ilişkin olarak hazırlanan Tasarı'da LTF m.112/2'nin yürürlükten kaldırılmasını teklif etmiş olsa da Federal Meclis'te *Conseil national* bu teklifi reddetmiştir. Bkz *Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)*, FF 2018, s. 4755.

<sup>180</sup> Bohnet/Schaller, s.215.

## XVI. TAHKİM

CPC m.372/2, tarafların ayrı talebi hem tahkim hem de devlet yargısında ileri sürmeleri ihtimalini düzenlemektedir. Buna göre, böyle bir durumda ikinci talebin ileri sürüldüğü merci, ilk talebin ileri sürüldüğü mercinin yetki hakkında vereceği karara kadar yargılamayı re'sen erteleyecektir.

Öğretide bu hükmün, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (*Loi fédérale sur le droit international privé-LDIP*) m.186/1 de düzenlenen "*hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi*" kuralı ile çeliştiği ileri sürülmüştür.<sup>181</sup> Kezâ CPC m.61/1 (b) uyarınca devlet mahkemesi, ancak tahkim sözleşmesi açıkça geçersiz veya uygulanabilir nitelikte değilse yetkili olduğuna karar verebilecektir.<sup>182</sup>

Tasarı ile, Federal Konsey, bu düzenlemeler arasındaki çelişkileri ortadan kaldırmak için CPC m.372/2'de yer alan hükmün yürürlükten kaldırılmasını teklif etmiştir. Böylece artık hakem heyeti, devlet mahkemesinin tahkim sözleşmesinin açıkça geçersiz olması veya uygulanabilir nitelikte olmaması nedeniyle yetkili olduğuna karar verinceye kadar yargılamayı durdurmak zorunda kalmayacaktır.<sup>183</sup>

## SONUÇ

Görüleceği üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundan sadece 9 ay önce yürürlüğe girmiş bulunan ve dolayısıyla 10 yıldır uygulanmakta olan İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda değişiklik yapılması için harekete geçilmiş ve 26/02/2020 tarihli Tasarı hazırlanmıştır. Bu Tasarı'da İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 55 maddesinde değişiklik yapılması önerilmektedir ki, bu öneri Kanun'un %10'dan fazlasına müdahale edildiği anlamına gelmektedir.

Söz konusu değişiklik isteği hiç de şaşırtıcı değildir. Zira "*kanunlar canlı organizmalar gibidir; hükümleri zaman içinde eskiyip ihtiyaçlara cevap veremeyebileceği ya da yeni ihtiyaçları karşılayamayabileceği gibi daha baştan itibaren bazı hükümleri itibariyle tartışmalara sebebiyet verebilir.*"<sup>184</sup> İsviçre

<sup>181</sup> Christoph Hurni, Berner Kommentar, art.61 no. 12; Christoph Müller, Zürcher Kommentar, art. 372 no 38.

<sup>182</sup> Message CPC, s. 7005.

<sup>183</sup> Message, FF 2020, s. 2683.

<sup>184</sup> Selçuk Öztekin/Sema Taşpınar Ayvaz/Serdar Kale, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi", *TBB*, 149, s.77 vd., özellikle s. 92.

Medeni Usul Kanunu da on yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır ve her ne kadar genel değerlendirme olumlu ise de, yapılan bilimsel çalışmalardan ve verilen mahkeme kararlarından anlaşılan odur ki, bazı hükümleri uygulamada ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir.<sup>185</sup>

Bu ihtiyaç aslında ülkemizde de gündeme gelmiş ve 22 Temmuz 2020 kabul tarihli 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 47 maddesinde değişiklik yapılmıştır.

İsviçre Tasarı'sına yöneltilen eleştirilerden biri de bu belgenin İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun asıl değiştirilmesi gereken birçok hükümüne hiç dokunmadığı yönündedir. Herhalde bütün değişikliklerin ve değişiklik önerilerinin akıbeti aynıdır. Nitekim ülkemizde de 7251 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin, birkaçı hariç hiç de gerekli olmadığı ileri sürülmüştür.

Bu açıdan bakıldığında takdir kanun koyucunundur ve bu takdir doğrultusunda uygulama yapılması gerekmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, band I, Stämpfli, Bern 2012.
- Bohnet François, Procédure civile, 2. Éd., Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philipp/Tappy Denis, Commentaire Romand, Code De Procédure Civile, 2. Éd., Helbing Lichtenhahn, 2018.
- Bohnet François/Dupont Anne Sylvie, 10 ans de Code de procédure civile, Helbing Lichtenhahn, Basel 2020
- Chabloz Isabelle/Dietschy-Martener Patricia/Heinzmann Michel, Petit Commentaire CPC, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- Haldy Jacques, Procédure civile suisse, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civile, 2. éd., Stampfli, 2015.
- Jeandin Nicolas, Code de procédure civile commenté, 2011.
- Jeandin Nicolas/Peyrot Aude, Précis de procédure civile, Schulthess, 2015.
- Rüetschi David, Kommentar Patentgerichtsgesetz, Calame/Hess-Blumer/Stieger (éd.), Basel 2013.
- Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Éd., Helbing Lichtenhahn, Basel 2017.

<sup>185</sup> 10 yıllık uygulamanın genel olarak ve maddeler düzeyinde başarı durumu ve sonuçları hakkında bkz François Bohnet/Anne Sylvie Dupont, 10 ans de Code de procédure civile, Basel 2020.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.Auflage, 2016.

Wuffli Daniel, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015.

### **Makaleler**

Binder Andreas/Gutzwiller Roman S, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, s. 171-176.

Bohnet François/Schaller Julitte, “Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence”, *La Semaine judiciaire- doctrine*, 2020 II, s.189 vd.

Bohnet François/Mariot Sandra, “La vidéoconférence et le projet de révision du CPC”, *RSPC 2020*, s.179-194.

Fankhauser Roland, “Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, *FamPra.ch* 2004, s.50 vd.

Leuenberger Christoph, “Die neue Schweizerische ZPO: die Rechtsmittel”, *Revue de l’avocat*, 11/2008, s.335 vd.

Oural Miguel, “L’[in]effectivité du secret professionnel-Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans lesprocédures?”, *RSDA*, 2019, S. 126, s. 126-134.

Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz Sema/Kale Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi”, *TBB*, 149, s.77 vd

Schmid Hans, “Privatgutachten im Zivilprozess”, *RSJ* 2016, s. 527

Tappy Denis “Les voies de droit du nouveau code de procédure civile”, *JdT*, 2010 III s. 115-164.

Trezzini Francesco/BohnetFrançois, “L’Expertise privée selon l’ATF 141 III 433: Une Preuve imparfaite issue d’un concept imparfait”, *RDS* 2017/1, s. 367-374.

Vouilloz François, “Le témoignage écrit”, *RVJ* 2016, s. 343 vd.

### **Resmî Belgeler**

Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral, Bern 2013

Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF 2018.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l’application du droit), FF 2020.

Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l’applicabilité).

Synthèse des résultats de la procédure de consultation: Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l’applicabilité).

### **İnternet Kaynakları**

<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf>.

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>.

# KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ DEVLETİ'NDE EGEMENLİĞİN GÖRÜNÜMÜ: ANAYASA HUKUKU BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

A PERSPECTIVE ON TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN  
CYPRUS AS A SOVEREIGN STATE: AN ASSESSMENT IN  
THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL LAW

Hasan TUNÇ\*

**Özet:** Bu çalışmada Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti (KKTC)'nin sahip olduğu egemenliğin görünümü anayasa hukuku bağlamında ele alınacaktır. Kamu hukuku öğretisinde egemenlik, ülke ve insan topluluğu ile birlikte devletin üç olmazsa olmaz (sine qua non) unsurundan biri olarak kabul edilmektedir. KKTC bakımından egemenlik negatif ve pozitif egemenlik teorisiyle açıklanabilir. Devletler, bağımsızlıklarını kazandıkları aşamada negatif boyutuyla egemenliğe sahip olurlar. Negatif egemenlik, bağımsız bir devlet olarak ülkesi ile insan topluluğunu yönetmeyi içerir. Buna karşın bazı devletler, etkin bir idari teşkilat kurma, sınırları belirleme ve egemenlik alanlarında kendi kanunlarını uygulamak konusunda zaaf göstermektedirler. KKTC halkı negatif egemenliğe, yani egemenliğin klasik harcı olan en üstün buyurma gücüne hukuken sahiptir. Fakat KKTC'nin uluslararası toplumdan soyutlanmak istenmesi sebebiyle devlet, Türkiye ile yakın ilişkiler içerisinde olup, etkin bir kamu örgütlenmesi ve diğer devletlerle diplomatik ilişkiler kurma kapasitesi gibi pozitif egemenlik unsurları konusunda sorun yaşamaktadır. Fakat karşılaştırmalı örnekler ile birlikte değerlendirildiğinde KKTC'nin anayasa hukuku bakımından egemen bir devlet olduğu açıkça görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** KKTC, Egemenlik, Negatif-Pozitif Egemenlik, Kıbrıs Sorunu, Kıbrıs Cumhuriyeti

**Abstract:** This paper aims to assess Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) as a sovereign state in the context of constitutional law. In public law theory, the term sovereignty is generally accepted as one of the sine qua non conditions for creation of a state along with the soil and people element. One can explain the TRNC's sovereignty with the scheme known as negative and positive sovereignty. Negative and positive sovereignty is a scheme offered to

\* Prof. Dr., UKÜ Hukuk Fakültesi Dekanı, 7andhukuk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2992-6793, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.04.2021, Kabul Tarihi: 08.04.2021



describe the status of many Third World states that may have formally achieved decolonisation and gained legal independence (i.e. negative sovereignty) but lacked the capability to exercise effective governance, transfer allegiance to the state, regulate borders and enforce central laws and regulations within their dominion (i.e. positive sovereignty). The people of TRNC certainly has their negative sovereignty as classical aspect of the term as an independent state. However, TRNC can be said to have some troubles exercising their positive aspect of sovereignty such as effective governance and capacity to build relations with other states because of strong dependence to Turkey as a consequence of isolation carried out by the international community and the UN. Nonetheless, this paper argues that TRNC is a sovereign state in the context of constitutional law discipline when compared to other similar examples.

**Keywords:** TRNC, Sovereignty, Negative – Positive Sovereignty, The Question of Cyprus, The Republic of Cyprus

## GİRİŞ

Bu çalışmada Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti (KKTC)'nin sahip olduğu egemenliğin görünümü anayasa hukuku bağlamında ele alınacaktır. Egemenlik, anayasa hukuku öğretisinde en basit şekliyle en üstün buyurma gücü olarak tanımlanmaktadır. Kamu hukuku öğretisinde ise egemenlik, ülke ve insan topluluğu ile birlikte devletin üç olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsurundan biri olarak kabul edilmektedir. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde ortada bir devletin varlığından bahsetmek hukuken mümkün değildir. KKTC'nin egemenliğinin belirtilen şekliyle incelenmesi hukuki varlığının ortaya konması açısından büyük önem arz etmektedir.

Şüphesiz egemenlik yalnızca anayasa veya genel kamu hukuku öğretisinde incelenen bir müessese değildir. Egemenlik, modern uluslararası hukukun önemli bir kavramı olarak gösterilmektedir.<sup>1</sup> Bu açıdan egemenlik kavramına uluslararası hukuk bakımından yüklenen bir anlam da vardır. Egemen devlet, belli bir toprak parçası üzerinde hakimiyet kurduğundan nihayetinde o devletle diğer devletler arasında diplomatik ilişkilerin gelişmesi söz konusu olacaktır. Böylece egemenlik kavramı, uluslararası hukukta tanıma kavramı ile yakından ilişkili hale gelir. Fakat ifade etmek gerekir ki uluslararası hukukta baskın görüşe göre bir devletin tanınması işlemi kurucu (constitutive)

<sup>1</sup> Samantha Besson, "Sovereignty", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011.

değil, açıklayıcı (declaratory) işlemdir.<sup>2</sup> Bu sebeple anayasa hukuku bağlamında KKTC’de egemenliğin görünümünü ortaya koymak elzemdir. Çalışma, KKTC’nin ayrı bir örgütlenmiş kamu otoritesi bulunan egemen bir devlet olduğu<sup>3</sup> ve bu durumun anayasa hukuku bakımından kanıtlanabilir olduğu savı üzerine temellenecektir.

Çalışma kapsamında üzerinde durulması gereken ilk husus, geçmişten günümüze egemenlik kavramının geçirdiği değişim ve özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında egemenlik kavramının nasıl algılandığıdır. Bunun ardından Kıbrıs Sorunu, hukuk tarihi bağlamında ele alınacak ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin egemen bir devlet olarak kuruluşunun hukuki temellerinden bahsedilecektir. Fakat bu son husus, münhasıran uluslararası hukukun inceleme konularına ilişkin hususlardandır. Belirtilen sebeple bu kısımda açıklayıcı bilgiler verildikten sonra esas olarak KKTC’nin anayasa hukuku bağlamında egemen bir devlet olduğu yönünde bilimsel bir tez geliştirilecektir.

## I. EGEMENLİK KAVRAMI VE BU KAVRAMIN GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE GELİŞİMİ

### A. DEVLETİN BİR UNSURU OLARAK EGEMENLİK KAVRAMI

Egemenlik kavramı, ilk defa 1576’da Fransız filozofu Jean Bodin (1530-1596) tarafından kullanılmıştır.<sup>4</sup> Egemenlik kavramının, siyasal bilimlere girişinden şimdiye kadar yazarların üzerinde birleştiği bir tanımın olmadığı söylenebilir.

“Egemenlik” kelimesinin, “bir çocuğu koruyan, işlerine bakan ve her türlü davranışından sorumlu kimse, veli” anlamına gelen “ege”

<sup>2</sup> Zira 1933 yılında imzalanan Montevideo Sözleşmesi’nin 3. maddesinin birinci cümlesi şu şekildedir: “Bir devletin siyasi varlığı, diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır”. Bu sözleşmede yer alan prensiplerin örf ve âdet hukuku haline geldiği Montevideo kriterleri olarak anıldığı görülmektedir. Örnekler için bkz. Richard K. Gardiner, *International Law*, Pearson Education Limited, 2003, s. 171-173, 180-181.

<sup>3</sup> Bu iki unsurun uluslararası hukuk bakımında devletlerin olmazsa olmaz koşullarından birinin bileşenleri olduğu yönünde bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2004, s. 147-150.

<sup>4</sup> Mehmet Dalar, *Uluslararası Hukukta Egemenlik ve Milli Yetki Sorunu*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 1995, s. 14.

kökünden türediği kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Egemen, “yönetimini hiçbir kısıtlama veya denetime bağlı olmaksızın sürdüren, bağımlı olmayan, hükümran, hâkim; sözünü geçiren, üstünlük kazanan” anlamlarını taşımaktadır.

Egemenlik teriminin ifade ettiği kavram, Batı dillerinde, Latince’de “superior (yüksek)” anlamına gelen “superaneitas, superanus” kelimelerinden türeyen “souveraineté, sovereignty, souverennose, souverenneté, souranita, soberania, souveraineté” gibi kelimelerle karşılanmaktadır.<sup>6</sup>

Egemenlik, geniş anlamıyla kendi iradesini üstün kılma, başkalarının davranışlarını denetleyebilme, onları bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlayabilme gücü olarak tanımlanabilir.<sup>7</sup> Eğer bir kimse, bir yerden gelen buyrukları incelemeyen, doğruluğunu ve haklılığını tartışmadan kabul ediyor ve onlara uyuyorsa, o zaman bir egemen güç (iktidar) karşısında bulunuyor demektir.

Egemenlik kavramı dilimizde, hakimiyet, hükümranlık sözcüklerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Hakimiyet, daha çok devletin ülke ve milleti üzerindeki otoritesini, yukarıdan aşağıya doğru, duruma hâkim ve sahip olmasını anlatır. Hükümranlık ise hüküm ve saltanat süren anlamında idare edenlerin hüküm ve saltanatını ifade etmektedir. Dilimizde, sonradan kazandırılmış olan egemenlik kavramı, bir toplumun bağımsız olarak kendi kendine hareket etmesini, karar almasını, işlerini yürütebilmesini ve kendi yeterliliğini anlatmak için de kullanılmaktadır.

Devletin Eski Yunan’da, Hindistan’da varlığı kabul edilmekle beraber modern milli devletin 16. yüzyıldan itibaren, imparatorlukların yıkılması üzerine doğduğu ve egemenlik kavramının da o tarihten itibaren önem kazandığı kamu hukukçularının üzerinde anlaştıkları bir konudur.<sup>8</sup> Esasen “Egemenlik”, “modern devlet”le birlikte, belirli

<sup>5</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s. 236.

<sup>6</sup> İlhan Lütem, Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947, s. 4.

<sup>7</sup> Ahmet Taner Kışlalı, Siyaset Bilimine Giriş, Ankara, 1994, s. 95.

<sup>8</sup> İbrahim Kaygusuz, Çağdaş Egemenlik ve Bu Bağlamda Türkiye’nin AT’ye Üye Olması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1992, s. 3

tarihi koşullarda, bu koşulların bir ürünü olarak doğmuştur. Bu egemenliğin pratik belirlenme sürecidir. Daha sonra ise, pratik oluşumun yarattığı karmaşık siyasi ve hukuki sorunların çözülmesi için düşünü- lüp geliştirilen bir kavramdır. Bu anlamda egemenlik siyasi güce belirli koşullarda verilmiş bir “nitelik”tir. Modern egemenliğin pratik ve kavramsal belirlenmesi yavaş bir oluşumun ürünüdür. Bu süreç bir bakıma eski toplumsal örgütlenme biçiminin tek ve birleşik bir merkezden yönetilmeye evrilmesi sürecidir.<sup>9</sup>

## B. EGEMENLİK TEORİLERİ

### 1.Klasik Egemenlik Teorileri

Egemenliğin teokratik esaslara göre izahı ilk çağlardan bu yana gelişme göstermiştir. Bunlardan ilki olan teokratik görüşte temel, egemenliğin Tanrı’ya ait olduğudur. Egemenliği Tanrı’ya dayandıran bu görüş Orta Çağ boyunca kuramsal açıdan farklı şekillerde formüle edilerek olgunlaştırılmıştır.<sup>10</sup> Fakat asıl gelişmiş ve sistemleştirilmiş teokratik doktrinler Orta Çağ’ın sonları ve Yeni Çağ’ın başlarında ortaya çıkmıştır. Bu dönem Avrupa’da büyük güçler arasında çetin bir üstünlük mücadelesinin görüldüğü bir dönemdir. Gerçekten de Avrupa’da

<sup>9</sup> Selahattin Akkuş, *Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul 1995, s. 9

<sup>10</sup> İlk önceleri, idare edenler bizzat Tanrı kabul edilmiştir. Bu sebepten ona ve onun otoritesine itaat Tanrıya itaat etmektir. Eski Mısır’da, firavun, Osiris Tanrısı’nın oğludur ve kendisi de Horus Tanrısı olarak bilinmektedir. Her yeni firavunun tahta geçişinde Horus’un yeniden doğduğu efsanesine inanılmıştır. Bu şekilde Mısır Firavununa itaatin sadece siyasal bir zorunluluk değil, aynı zamanda dinsel bir görev olduğu da anlaşılmaktadır. Bazı eski uygarlıklarda ise hükümdarın Tanrı değil, Tanrı’nın oğlu olarak kabul edildiği görülmektedir: Çin İmparatorlarının “Göklerin Oğlu” sayılmaları gibi. İkinci olarak, Yahudilik, Müslümanlık ve Hristiyanlık gibi kitabi dinlerin çıkması ile birlikte, egemenliğin sahibinin Tanrı olduğu, ancak Tanrı’nın bu egemenliğinin yeryüzündeki temsilcileri tarafından kullanılacağı kabul gördü. Bu temsilciler egemenliği Tanrı adına kullanacaklardır. Üçüncü ve son olarak, egemenliğin sahibi Tanrı’dır. Ancak egemenliğin kimin tarafından kullanılacağı meselesine Tanrı karışmamaktadır. Egemenliğin sahibi Tanrı’dır, fakat bunu kullananı tayin etmenin, Tanrı’ya değil insanlara ait bir mesele olduğu kabul görmüştür. Böylece insanlar, Tanrı’ya ait olan egemenliğin kim tarafından kullanılacağına karar verebilmekteydiler. Aybars Pamir, *Batı’da Egemenlik Kavramının Gelişimi ve Eski Türk Egemenlik Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1998, s. 18 vd.

ki krallar bir yandan ülkelerindeki feodal senyörlerle, diğer yandan da krallık üzerinde söz sahibi olmaya çalışan Papalık ve Roma-Cermen İmparatorluğu ile savaşmak zorunda kalmışlardır. Söz konusu mücadelelerin en yoğun biçimde yaşandığı ülke ise Fransa olmuştur. Bu ülkede krallar, uzun mücadelelerden sonra içeride feodal beyleri sindirebilmişler, dışarıda da Papalık ve Roma-Cermen İmparatorluğu'na karşı başarı elde ederek bağımsızlıklarını koruyabilmişlerdir. İşte bu gelişim, krallardan, içte ve dışta daha üstün bir gücün bulunmadığı ve bulunamayacağı esasına dayalı bir hukukî formülü geliştirmiştir. Daha sonraları bu formül, bir egemenlik teorisi haline getirilmiştir ve "Klasik Egemenlik Teorisi" olarak adlandırılmıştır.<sup>11</sup>

Bu teorinin kurucusu ve en büyük savunucusu Fransız hukukçu Jean Bodin<sup>12</sup> (1530-1596)'dir. Bodin, görüşlerini "Devletin Altı Kitabı" adlı eserinde toplamıştır. Kendisinin siyaset bilimine en büyük katkısı, egemenlik kavramını ilk kez siyasi arenaya getirmiş olmasıdır.<sup>13</sup> FBodin'e göre, egemenlik, yurttaşlar ve uyruklar üzerinde en yüksek, en mutlak ve sürekli güçtür. Buradan egemenliğin üç özelliğine ulaşılabilir:

1. Egemenlik mutlaklıktır: Bodin'e göre egemenlik, başka bir güç tarafından sınırlanmış değildir. Aksi halde o, egemenlik sayılmaz. Toplumdaki tüm iktidar odakları, kaynaklarını egemen güçte bulurlar, onun izin verdiği ölçü ve sınırlar içerisinde varlıklarını sürdürürler. Egemen, hiçbir konuda, herhangi bir kimse ya da kuruma danışmak durumunda değildir. Egemen, belli koşullar altında ne kendi yaptığı yasalarla ne de kendinden öncekilerin yasalarıyla bağlıdır.<sup>14</sup>

2. Egemenlik süreklidir: Bodin, egemenliğin sürekliliğinden onun ebediliğini anlamakta ve bu terimi açıklarken "egemen" ve "yönetici" kavramlarının farklılığına işaret etmektedir. Ona göre yönetici, egemen tarafından belirli bir süre için, kısıtlı ve istenildiği an geri alınabilecek bir yetki verilen kişidir. Onun yetkileri ancak egemenin iradesi sayesinde meşruluk kazanabilir. Bu sebeple yöneticinin egemene ve yasalara tabi olması gerekir.

<sup>11</sup> Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2004, s. 55

<sup>12</sup> Talip Türçan, Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, Ankara Okulu Yayınları, 2001, s. 84 vd.

<sup>13</sup> Alaaddin Şenel, Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara 1990, s. 314

<sup>14</sup> Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Yedinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1995, s.122

Bununla beraber Bodin'e göre, adalet ilkelerini içeren doğa yasalarını hiçe sayan bir kral karşısında vicdanının sesini dinleyen bir yöneticinin, krala itaat etmeme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu hak asla kişisel boyutun dışına çıkmamalı, direnme veya ayaklanmaya da sebebiyet vermemelidir. Bu şekilde egemene itaat etmeme durumundaki bir yönetici, egemenin kendisi hakkında vereceği kararın sonuçlarına katlanmalı ya da ülkeyi terk etmelidir.<sup>15</sup>

Yöneticiden çok farklı olan egemen kral ise, egemenlik hakkını belli bir süreyle değil, ömür boyu kullanır ve tacıyla birlikte kendisinden sonra gelene aktarır. Böylece egemenlik monarşilerde arada hiçbir kopukluk olmaksızın bir kişiden bir başka kişiye geçmiş olur. Fransa'daki "Kral Öldü Yaşasın Kral" deyişi, bu anlayışın en açık göstergesidir. Bu suretle egemenliğin sürekliliği esas alınmaktadır. Krallar fiziksel varlıkları itibarıyla gelir geçerler, ama sürekli olan, yalnızca, kralın temsil ettiği kamusal kişilik (devlet)tir.

3. Egemenlik bölünmez, devredilemez: Egemenliğin mutlak ve sürekli oluşu, onun "tek" olmasını da gerektirir. Bu sebeple egemenlik, parçalanmamak ve bir bütünlük göstermek zorundadır. Bodin'e göre, bu koşula uyulmak şartıyla egemenliğin krala, bir azınlığa ya da toplumun tümüne verilebilmesi mümkündür. Fakat söz konusu erkin, kral, soylular ve halk arasında paylaştırılması doğru olmaz. Aksi halde, feodalite gibi karmaşık yönetim biçimleri ortaya çıkar. Bu ise toplum içerisinde düzensizliğe ve anarşiye yol açar. O halde egemenlik; Bodin'e göre bölünmeyecek, ayrıca başka bir kişi ya da topluluğa da devredilmeyecektir. Eğer, kral egemenliğini devredecek olursa, uyruklarından birini kendine eşit kılmış olur. Bu ise egemenliğin yok olması demektir.

Jean Bodin'e göre egemenliğin belirtisi yönetilenlere danışmadan yasama yetkisini kullanabilmek, kimsenin rızasını almadan toplu olarak veya teker teker yurttaşların hukukunu belirleyebilmektir. Bu açıdan kralın özgürlüğü kendi yaptığı yasalarla bile sınırlı değildir. Kral bunlara uyup uymamakta serbesttir. O, kendinden öncekilerin koyduğu kurallarla da bağlı değildir. Onun egemenliği öyle sınırsızdır ki eski zamanlardan beri uygulanagelen en sağlam ve köklü gelenekleri

<sup>15</sup> Pamir, s. 20

bile fermanıyla değiştirebilir. O halde kendisi hukukun kaynağıdır, iktidarına kural olarak hiçbir sınır getirilemez. Ama bunun istisnaları da yok değildir. Bodin, bu noktada kralın iktidarına getirilebilecek üç sınırdan söz etmektedir.<sup>16</sup>

a. Tanrısal ve Doğal Yasalar Sınırlaması: Bodin'e göre egemen, ilk önce tanrısal ve doğal yasalarla sınırlıdır. Onun erki bu yasaların gösterdiği çerçevede kalmak zorundadır.

Bodin bu sınırı "Doğal Hukuk" olarak belirlemektedir. Söz konusu sınır aşıldığı zaman, tıpkı Tanrı'ya savaş açmak gibi çok ağır bir suç işlenmiş olur. Tanrısal ve doğal yasalar, Bodin'e göre, adaleti içeren, uyrukların özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve barış gibi haklarının korunmasını gerektiren yasalardır. Bu sebeple egemenin, kendi yaptığı yasalarda mutlaka tanrısal ve doğal yasalara uygun hareket etmesi şarttır. Ancak egemeni bu yasalara uymaya iten sadece onun vicdandır; zira buradaki sınırlama salt ahlak anlamında kalmakta, hukuki güvenceden ise yoksun bulunmaktadır. Bu sebeple tanrısal ve doğal yasaların egemen üzerinde mutlak bir sınırlama getirdiği düşünülmelidir.

b. Temel Yasalar Sınırlaması: Krallığın temel yasaları da egemenin uymak zorunda bulunduğu bir diğer sınırlamayı teşkil etmektedir. Fransa kralı, örneğin tahta geçişteki "ardıllık ilkesi"ni değiştiremez veya çiğneyemez, kamu mallarını bir başkasına devredemez ve sahip lenemez. Bodin, burada egemenin kendisinin bile değiştiremeyeceği özel bir pozitif yasa türünden bahsetmektedir.

c. Ekonomik Sınırlama: Bodin, özel mülkiyeti Doğal Hukuk'un ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiştir. Ona göre mülkiyet doğal olarak aileye aittir; bu sebeple de egemenin erk alanının dışında yer alır. Egemen, özel mülk sahibinin onayı olmaksızın bu hakka karışamaz ve dokunamaz.

Yine ekonomik sınırlama açısından, egemen, aklına estiği gibi vergilendirme yapamaz. Bunun için -zorunlu ve ivedi durumlar hariç- toplumsal tabakaların onayını alması gerekir. Egemen kişilerin kendi

<sup>16</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2009, s. 36-39, Abdurrahman Saygılı, Kutsal Canavar Devlet: Bir Çalışma Taslağı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018, s. 159-161.

aralarında yapmış oldukları sözleşmelere de saygı göstermek zorundadır.<sup>17</sup>

Bu üç sınırlama dışında egemenin iktidarı mutlaktır ve herhangi bir sınır kabul etmez. Bodin, bu görüşleri ile Fransız Monarşisi'nin en kuvvetli savunucularından birisi olmuştur. Ona göre kralın otoritesi üzerinde hiçbir güç düşünülemez. Bodin, bu açıdan karma yönetimi (feodaliteyi) ve karma anayasayı dışladığı gibi, Papalık ve Roma-Germen İmparatorluğu'nun Fransa üzerinde hiçbir hak iddiasında bulunamayacağını da göstermiş olmaktadır. Egemen olan kral, erkini ne Papa'dan ne de Roma-Germen İmparatoru'ndan almaktadır. Onlara karşı hiçbir biçimde bağımlılığı ve sorumluluğu yoktur.

Ayrıca ülke içinde de kralların seçimle iktidara gelmeleri, belirli yasaların belirli maddelerine göre atanmaları ve bu yasalara tabi olmaları düşünülemez. Bodin, kralların yasalara uymamaları durumunda halk tarafından tahttan indirilebilmelerini mümkün görmemektedir. Yine yurttaşların, krala karşı hak arama özgürlüklerinden de söz edilemez. Yurttaşların, olsa olsa krallarına karşı birtakım görevlerinden söz edilebilir.

Mutlak monarşi sistemi içinde ve din savaşlarının şiddetli tesiriyle bölünmüş Avrupa'da kuvvetli bir Fransa'yı, kuvvetli bir kralın; monarkın pençeleri, kudretli eli içinde toplayabilmek isteyen Jean Bodin, buna ilmi temeller bulmaya çalışmıştır. Bu şekilde hükümdarda egemenliğin tek, mutlak, devredilmez, bölünmez bir güç olarak cisimleşeceğini ve onunla birliğin kurulabileceğini savunmuştur.<sup>18</sup>

## 2. Beşerî (Demokratik) Egemenlik Teorisi

18. yüzyılın sonlarından itibaren, egemenliğin kaynağını gökyüzünde ve Tanrı iradesinde arayan görüşlerin artık yavaş yavaş etkinliklerini kaybetmeye başladıkları görülmektedir. Aslında Jean Bodin'in "Klâsik Egemenlik Teorisi" de iktidarın kaynağının ilâhi olduğunu savunmaktaydı. Bu, her türlü insan iradesinin üzerinde, kaynağını Ulu Yaratıcının mutlak ve karşı konulmaz iradesinden alan ve O'nun adı-

<sup>17</sup> Münci, Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 29.

<sup>18</sup> Bülent Daver, "Ulusal Egemenlik Kavramına Genel Bir Bakış", T.B.M.M.'nin 65. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu 24-25 Nisan 1985 Ankara, s. 14.



na kullanılan bir iktidardır. İşte, sözünü ettiğimiz tarihten itibaren Halk Egemenliği Teorisi'nin önem kazanmaya başladığı görülmektedir. Bu teorinin temeli Jean Jacques Rousseau'ya dayanmaktadır.

Rousseau, "İnsanlar özgür doğarlar, oysa her yerde zincire vurulmuşlardır" şeklinde başlattığı "Toplum Sözleşmesi" adlı eserinde özgürlüklerin ve eşitliklerin kaynağının doğa durumunda olduğunu savunmuştur. Ona göre, bu özgürlük ve eşitlik ortamının uygar toplum düzeninde de devam ettirilmesi gerekmektedir. Doğa durumundaki insanlar az sayıdaki ihtiyaçlarını kolayca karşılayabiliyorlarken, zamanla geçirdikleri sosyal tekâmüller nedeniyle bunları karşılayamaz olmuşlardır; çünkü geçirdikleri bu tekâmül sonucu mülkiyet kavramı ortaya çıkmış, mülkiyet ise insanlar arasında kavgaları doğurmuştur. İşte insanlar bu kavgaları önleyebilmek ve kuvvete dayanmayan bir barış gücü tesis edebilmek için aralarında bir sözleşme yapmaya karar vermişlerdir. Bu sözleşmede iki amaç güdülmüştür: Doğa durumundaki özgürlüklerin korunması ve doğa durumunda ortaya çıkan kavgalara son verecek bir egemenin yönetimi altına girilmesi.

Bu iki amaç ilk bakışta birbiriyle çelişiyor görülmektedir; çünkü hem bir egemenin yönetimi altına girilmesi, hem de özgürlüklerin eskisi gibi korunabilmesi istenmektedir. Fakat insanlar bu çelişkiyi bertaraf edecek formülü bulabilmişlerdir. Bu formüle göre herkes bütün haklarını topluma devredecek olursa, aslında hiç kimse hakkını devretmemiş sayılacak; herkes toplumun yönetimine girmekle birlikte aslında hiç kimse kimsenin yönetimine girmemiş olacaktır. Bu, herkesin bütün haklarını genel iradeye devretmesi anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle belirtmek gerekirse bireyler, bütün hak ve özgürlüklerini topluma devrettikleri halde, aslında onların tümünü yine de kullanabilecek durumdadırlar. O halde insanların, genel iradeye aykırı hareket etmemeleri gerekmektedir. Aksi halde kendi iradelerine aykırı davranmış sayılacak, onunla çelişmiş olacaklardır.

Rousseau, bu noktada genel iradenin ve dolayısıyla egemenliğin bazı özelliklerine ulaşmaktadır:

1. Egemenliğin ilk özelliği, onun "terk edilmezliği" dir. Madem ki bireyler doğal yaşamdan toplum yaşamına geçerken kişisel iradelerini birleştirmekte ve egemenliğe bu şekilde sahip olmaktadırlar,

o halde bu egemenliğin başka birine devredilmesi ya da halkın başkaları tarafından temsil edilebilmesi düşünülemez.<sup>19</sup>

2. Egemenliğin ikinci özelliği, onun “Bölünemez Oluşu”dur. Egemenliğin bölünmesi, niteliğine aykırı olur. Çünkü böyle bir bölünme, Rousseau’ya göre genel iradeyi “Özel İrade” durumuna getirir. Rousseau, yasama, yürütme, yargı ve vergileme gibi görev bölümlenmelerine kesinlikle karşı çıkmaktadır. Ona göre egemenliğin parçaları gibi görünen bu yetkiler, aslında egemenliğe sıkı sıkıya bağlıdır. Egemen kuvvet bunları dilediği gibi kullanabilir.
3. Rousseau, egemenliğin üçüncü bir özelliği olarak onun “Yanılmazlığı”nı dile getirmektedir. Genel irade doğrudur, şaşmaz, daima halkın iyiliğine yönelir.
4. Dördüncü özellik, egemenliğin salt ve mutlak oluşudur. Ancak egemen, Rousseau’ya göre, hiçbir toplum üyesine toplumun isteği dışında bir yükümlülük getiremez, yani egemenliğini toplumun zararına kullanamaz. Toplum Sözleşmesi egemene sadece insanların toplumla ilişkilerini düzenleyen haklarını aktarmıştır. O halde egemenin, bireylerin bunun dışında kalan haklarına müdahale etmemesi gerekir.

Rousseau’nun genel irade ve egemenlik üzerindeki bu düşünceleri mutlak hükümdarların egemenliklerine son vermiştir. Bunun ardından ise “Millet” kavramı egemenliğin meşru kaynağı olarak kabul edilmiştir. Böylece milli egemenlik kavramı ortaya çıkmıştır. Milli egemenlik, millet tarafından Devlete verilen iktidardır. Başka bir deyişle egemenliğin bir kişiye, gruba ya da çoğunluğa değil, bütün millete ait olmasıdır. Millet ise kendisini oluşturan fertlerin üstünde onlardan ayrı ve bağımsız bir şahsiyettir. Vatandaşlar egemenliğin kendilerine düşen parçasına sahip değillerdir. Egemenlik bir tüzel kişilik olan millete aittir.<sup>20</sup> Rousseau’nun düşünceleri egemenliğin sujesinde bir yenilik getirmiştir. Böylece “Klâsik Egemenlik Teorisi”nde krala ait olan egemenlik tacı, artık onun başından alınarak olduğu gibi “Millet”in başına oturtulmuştur.

<sup>19</sup> Mehmet Akad, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 110 vd.

<sup>20</sup> Bahtiyar Akyılmaz, “Mill Egemenlik Kavramının Gelişimi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998, s. 5.

## C. GÜNÜMÜZDE EGEMENLİĞİN GÖRÜNÜMÜ

### 1. Birinci Dünya Savaşı'ndan Sonraki Gelişmeler

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünya, yeni devletlerin kurulmasına ve mevcut olanların bazılarının da varlıklarını kaybetmelerine sahne olmuştur. Yeniden doğan devletlerin bir kısmı halk egemenliğine dayalı temsili demokrasi sistemini benimsemişler ve bu yönde demokratik müesseseler kurmuşlardır. Parlamenter sistemleri bulunan devletler de bireyler için sosyal ve ekonomik haklar ve mükellefiyetler yükleyen anayasaları kabul etmişlerdir. Böylece demokratik ve parlamenter devlet sistemleri doğmuştur.<sup>21</sup>

Ayrıca bu dönemde, milliyetçi otoriter bir partinin diktatörlüğüne dayalı ve korporatif yapı üzerine kurulu yönetimler söz konusu olmuştur. Buna göre, birey, devleti yapan unsur değildir, yani birey kaynak değildir, birey devletin amacı da değildir. Devlet bireylere değil, sosyal kuruluşlara dayanır, devletin kendine özgü amaçları vardır, böylece faşist devlet<sup>22</sup> liberal devletin birey anlayışını reddetmektedir. Birey başlı başına bir değer ve varlık değildir, bir sosyal kuruluş içinde yer aldığı zaman değer ve anlam kazanır, bireye değer ve anlam kazandıran husus, bireyin yaptığı fonksiyon ya da fonksiyonlardır. Yani birey içinde yer aldığı çeşitli değişik kuruluşlar aracılığı ile varlık kazanır. Birey devletin amacına hizmet eden bir araç konumundadır.<sup>23</sup>

Yine bu dönemde belirli bir sınıfın egemenliğini öngören ve bu sınıf için ekonomik, hukuki ve siyasi imkân yaratma iddiasında bulunan bir yönetim biçimi doğmuştur. Birinci Dünya Savaşı insanlığa çok büyük acılar yaşatmıştır. Bu tür savaşların bir daha yaşanmaması ve kalıcı bir uluslararası barış düzeninin sağlanması amacıyla pek çok düşünceler ileri sürülmüştür. Bu düşüncelerin bulunduğu nokta ise evrensel bir teşkilatlanmaya gitmek olmuştur.<sup>24</sup> Evrensel bir teşkilatlanma ile savaşı önleyecek bazı tedbirlerin alınabileceği ve savaş ilan

<sup>21</sup> Kaygusuz, s.15.

<sup>22</sup> Mussolini, "Devlete karşı hiçbir şey olamaz; devletin dışında hiçbir şey olamaz, her şey devletin içindedir" cümlesiyle faşizmin temelini ortaya koymuştur. Bu formül, devleti mutlak üstünlüğünü, ezici ve karşı gelinmez gücünü açıkça anlatmaktadır. Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.149.

<sup>23</sup> Göze, s. 320.

<sup>24</sup> Abdülkadir Akıl, "Yeni Dünya Düzeninde Birleşmiş Milletler ve Geleceği", A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003, s. 425.

etme hakkında bazı sınırlamalar konulabileceği düşünülmüştür. Ki bu da egemenliği kısıtlayan bir gelişme olmuştur. Milletler Cemiyeti ve nihayet Birleşmiş Milletler Teşkilatı bu düşünceyle kurulmuştur.

## 2. İkinci Dünya Savaşı'ndan Sonraki Gelişme

İkinci Dünya Savaşı, dünya dengelerini alt üst eden önemli bir gelişmedir. Savaştan sonraki dönemde birçok yeni devlet kurulmuştur. Ayrıca devletlerin siyasi ve idari yapıları da değişmiştir. Mesela, monarşik ve mutlakiyetçi idareler cumhuriyetçi yönetim şekline kavuşmuş, birçok demokratik olmayan yönetim biçimlerinin de demokratikleştiği görülmüştür.

Sonradan demokratik yönetime kavuşan devletlerde siyasi-hukuki düzen kurulmuş, siyaset, hukuk çerçevesine alınmıştır, özellikle devlet gücü karşısında ferdin hukuki-ekonomik istekleri de göz önünde tutulmaya başlanmıştır.

Bu dönemde milletlerarası kural koyma tekeli Avrupalı devletlerin elinden çıkmıştır. Çünkü savaştan sonra dünyada iki zıt ideolojik kutup doğmuştur: Bunlar kapitalist ve sosyalist kutuplardır.

Bu dönemde, bireylerin daha özgür, daha mutlu, daha sağlıklı ve zengin hayata kavuşması hususunda idarecilerin çaba gösterdiği gözlenmiştir. Birçok yönetimler ise özellikle devlet gücüne karşı, ferdi ön plana çıkararak onu korumaya yönelik kararlar almışlardır. Böylece devlet gücüne karşı korunan ferdin temel hak ve özgürlükleri gelişmiş, temel hak ve özgürlükler yönündeki talepler yönetimlerce benimsenerek korunmaya çalışılmıştır. Bu arada sosyal devlet kavramı da gelişmesini tamamlamış, sosyal düşüncelerle ferdin özgürlüğünün kısıtlanabileceği görüşünün önem kazandığı gözlenmiştir.

19. yüzyılda Avrupa devletlerinin ekonomik ve sosyal yapılarında kesin çizgilerle ayrılıklar belirmemişti ve bunların Avrupa dışındaki politikaları ve bu politikalar doğrultusunda oluşturdukları milletlerarası hukuk, emperyalist/merkantilist ve dinsel ilkelere dayanmaktaydı. Bu emperyalist ve dinsel hukuk İkinci Dünya Savaşı'na kadar tüm dünyada varlığını hissettirmiştir. İkinci Dünya Savaşı'nda birbirlerine düşen Avrupa devletleri çıkar çatışmalarıyla parçalandılar. Bir taraftan güçlenen Amerika, diğer taraftan sosyalist blok, Avrupa'nın uluslararası hukuk üzerindeki hegemonyasını zayıflattı.

Milletlerarası kural koyma, Avrupa'nın kamu hukukunun tekelinden çıktı, bloklar arası dengeye dayalı, milletlerarası çıkar birliğini sağlayan hukuk oluşmaya başladı. Bütün bu olaylar kümülatif olarak, devletin, insanoğlunun tek, nihai ve mükemmel organ biçimi olmayacağı gerçeğini ortaya koydu. Devleti aşan ve ondan daha geniş olan bir toplumun var olduğu, bu toplumun da milletlerarası toplum olduğu anlayışı ön plana çıktı.

Bununla beraber yeniden şekillenme sorunsuz olmamıştır. Egemen devletlerin mevzuatıyla, devletlerin davranışını düzenleyen ve iç buyruklardan bağımsız olarak onları bağlayan milletlerarası hukuk kurallarının bağdaştırılması gerekmiştir. Bu kuşkusuz devletlerin iktidarlarının sınırlandırılmasıyla gerçekleşmiştir. Bu sebeple orijinal haliyle egemenliği, milletlerarası hukukla bağdaştırmak zordur. Milletlerarası hukukun bizatihi varlığı, devletlerin hareketlerinin belli kurallara tabi olduğunu ifade eder. Yani, milletlerarası alanda mutlak egemenlik iddiasından söz edilemez.

Modern çağda görülen en önemli gelişme uluslararası hukuk alanında ulaşılan merhaledir. İlk ve Orta Çağ'larda devlet gücü içte olduğu gibi dışta da en üstün, mutlak ve egemen olmaya çalışmış idi. Yukarıda kısaca değinilen bu gelişmeler sayesinde iç hukukta kişi ön plana çıkmış, dış hukukta da devletin bağımsızlığı ve barışçılığını savunmak önem kazanmıştır. Devletlerarası ilişkilerin güce değil, karşılıklı iş birliğine ve çıkar birliğine dayandığı, eşitlikçi bir anlayış hâkim olmuştur.<sup>25</sup>

## II. KKTC'NİN KURULUŞUNUN HUKUKİ ALTYAPISI VE EGEMENLİĞİN GÖRÜNÜMÜ

Egemenlik artık mutlak monarşi dönemlerinde olduğu gibi monarkın sınırsız ve bölünmez gücü olarak telakki edilmemektedir. Dahası İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki gelişmeler göstermiştir ki egemenlik artık yalnızca bir devletin belirli bir toprak parçası üzerindeki sınırsız gücü olarak da anlaşılmamaktadır. Uluslararası hukukun gerekleri egemenlik anlayışında birtakım sınırlama ve tadilatları beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede egemenlik, siyasi olarak beliren fakat

<sup>25</sup> Bu yönde bkz. Reyhan Sunay, Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, özellikle s. 349 vd.

hukuki olarak tanımlanan bir güçtür; yani hukuki bir güçtür.<sup>26</sup> Egemen bir devlet olarak KKTC de varlığını bu hukuki güce sahip olmasından almaktadır. Bu durumda KKTC'yi egemen bir devlet kılan koşulların açıklanmasında fayda vardır.

## A. KIBRIS SORUNU VE KKTC'NİN KURULUŞU

Kıbrıs adası, Osmanlı egemenliğine girmeden önce farklı uygarlıkların yönetiminde bulunmuştu. 1571 yılında Venedikliler'den alınan ve 307 yıl Osmanlı hâkimiyeti altında kalan Kıbrıs'ın yönetimi 1878 yılında, hükümranlık hakkı Osmanlı İmparatorluğu'nda kalmak kaydıyla, İngiltere'ye devredilmiştir. Birinci Dünya Savaşı yıllarında Osmanlı İmparatorluğu ile İngiltere'nin ayrı saflarda yer almasının da bir sonucu olarak, İngiltere 1914'te tek taraflı bir kararla adayı ilhak etmiştir. Türkiye, Ada üzerindeki İngiliz egemenliğini 1923'te Lozan Antlaşması ile tanımıştır.<sup>27</sup>

1950'li yılların sonlarında Kıbrıs'ta İngiliz egemenliği zayıflamaya başlamıştır. 1958 yılının yaz aylarında Ada'daki Türk-Rum çatışmasının yaygınlaşması sonucunda, girişimlerde bulunulmuş ve taraflar bir araya getirilerek 11 Şubat 1959'da Zürih Antlaşması ve 19 Şubat 1959'da Londra Antlaşması imzalanmıştır. Bağımsızlık; iki toplumun ortaklığı, toplumsal alanda otonomi ve anlaşmaya varılan yapının, Türkiye, İngiltere ve Yunanistan tarafından garanti edilmesi ilkelerine dayanan uzlaşma ile Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasına karar verilmiştir. 16 Ağustos 1960'ta Kıbrıs Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile de Kıbrıs Cumhuriyeti, resmen kurulmuştur.<sup>28</sup>

Rum tarafı, aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaları temelinden değiştirmeye yönelik faaliyetlerde bulunmaya başlamıştır. 30 Kasım 1963'te Kıbrıslı Rumlar'ın lideri Makarios, Kıbrıs Anayasası'nın 13 maddesinin değiştirilmesine yönelik teklifini, Türk tarafına ve diğer garantör devletlere

<sup>26</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 236.

<sup>27</sup> Bahadır Bumin, Özarslan, *Uluslararası Hukuk Açısından Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliği'nin Yaklaşımı*, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2007, s. 9.

<sup>28</sup> İsmail Bozkurt, "Kıbrıs'ın Tarihine Kısa Bir Bakış", *Avrupa Birliği Kışkırtıcılığı Kıbrıs Meselesi (Bugünü ve Yarını)*, İrfan Kaya Ülger/Ertan Efeğil (Ed.), HD, Ankara 2001, Özarslan, s. 9-10.

iletmiştir. Kıbrıslı Türkler'i, azınlık statüsüne indirgeyen ve Türk tarafının haklarının ve buna ilişkin hükümlerin değiştirilmesini içeren bu değişiklik paketi, Türkiye ve Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir. 1 Ocak 1964 tarihinde Makarios, 1959-1960 Antlaşmaları'nı tek yanlı olarak feshettiğini açıklamış, bu açıklamanın akabinde, Ada'nın çeşitli yerlerinde Türkler saldırıya uğramaya başlamıştır. Bunun üzerine Türkiye, 13 Şubat 1964'te BM Güvenlik Konseyi'ne başvurmuştur. BM Güvenlik Konseyi, 4 Mart 1964 tarihli ve 186 sayılı kararı ile Kıbrıs'a, BM Barış Gücü konuşlandırılmasına karar vermiştir.<sup>29</sup>

1968-1974 yılları arasında, iki taraf arasında barışın sağlanmasına ve düzenin kurulmasına yönelik, ilgili bütün tarafların katıldığı çeşitli girişimlerde bulunulmuşsa da bu faaliyetler sonuçsuz kalmıştır. 15 Temmuz 1974 tarihinde, Yunan Cuntası'nın desteğini alan Nikos Sampson, Makarios'a karşı bir darbe gerçekleştirmiş ve iktidarı ele geçirmiştir. Türkiye, Garanti Antlaşması'nın 4. maddesine dayanarak, 20 Temmuz 1974 tarihinde Kıbrıs'a müdahale etmiştir. Bu müdahalenin ardından Yunanistan'daki cunta yıkıldığı gibi, Ada'daki Sampson yönetimi de sona ermiştir.<sup>30</sup>

25-30 Temmuz 1974 tarihleri arasında Birinci Cenevre Konferansı toplanmıştır. Bu konferans neticesinde, 1959-1960 Antlaşmaları'nın yürürlükte olduğu ve Türkiye'nin müdahalesinin, bu antlaşmalardan kaynaklandığı kabul edilmiştir. 8-12 Ağustos 1974 tarihleri arasında, Kıbrıs'ta anayasal düzenin kurulması amacıyla toplanan İkinci Cenevre Konferansı'nda, Rum ve Yunan tarafının olumsuz tavrı sebebiyle, bir sonuç alınamamıştır. Oyalama taktiği izlendiğini düşünen Türkiye, 14 Ağustos 1974'te ikinci kez Ada'ya müdahale ederek, Kıbrıslı Türkler açısından yaşanabilir bir alanı kontrol altına almış ve 16 Ağustos'ta da ateşkes ilân etmiştir.<sup>31</sup>

Türkiye'nin Ada'ya müdahalesi sonrasında, 13 Şubat 1975'te, Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) kurulmuştur. 1977-1979 ve 1980-1983 yılları arasında devam eden toplumlar arası görüşmelerden, bir sonuç alınamamıştır. BM Genel Kurulunda kabul edilen 13 Mayıs 1983 tarih ve 37/253 sayılı kararda Rumların adanın tamamında egemenlik hak-

<sup>29</sup> Özarslan, s. 11.

<sup>30</sup> Özarslan,, s. 11-12.

<sup>31</sup> Özarslan, s. 12.

kının olduğu ve işgalci güç olarak nitelendirilen Türk birliklerinin adadan çekilmesi ve KTFD'nin sona erdirilmesi gerektiğinin belirtilmesi üzerine, KTFD ve Türkiye, bu kararı derhal reddetmiş ve KTFD Meclisi, 17 Haziran 1983'te Kıbrıs Türklerinin self-determinasyon hakkının olduğunu ilan etmiştir.<sup>32</sup> KTFD Meclisi, bunun ardından 15 Kasım 1983'te KKTC'nin kuruluşunu ilân etmiş, KKTC Kurucu Meclisi'nin yaptığı çalışmalar neticesinde ortaya çıkan KKTC Anayasası, 5 Mayıs 1985'te referandumla kabul edilmiştir. Kurulan yeni devleti, ilk tanıyan ülke Türkiye olmuştur. Fakat 18 Kasım 1983 tarihli ve 541 sayılı kararla BM Güvenlik Konseyi, KKTC'nin ilânını hukuken geçersiz kabul ettiğini ve bu kararın geri alınması gerektiğini beyan etmiştir.<sup>33</sup>

## B. KKTC EGEMENLİĞİNE GİDEN YOL: KIBRIS CUMHURİYETİ'NDE EGEMENLİĞİN GÖRÜNÜMÜ

15 Kasım 1983'te KKTC'nin kuruluşuna kadar Kıbrıs Cumhuriyeti, adadaki federal bir devlet olarak varlığını sürdürmüştür. KKTC'nin uluslararası hukuk alanındaki egemenlik iddiası ise Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Rum kesiminin uluslararası antlaşmalarla belirlenen hak ve yetkilere riayet etmemesinden kaynaklanmaktadır. KKTC, son çare olarak self-determinasyon hakkını kullanmış bir toplumun teşkilatlanmış bir hali olarak egemen bir devlet olarak ortaya çıkmıştır. Bu durumda KKTC'de egemenliğin görünümünü incelemeyen önce Kıbrıs Cumhuriyeti'nde egemenliğin yapısından bahsetmek gerekmektedir. Zira bu yapı, KKTC'nin egemen bir devlet olarak varlığına kaynaklık etmektedir.

### 1. Yarı Egemen Devletler Teorisi

Uluslararası hukuk doktrininde yarı egemen devlet şeklinde bir teori ortaya atılmıştır. Bu teori, uluslararası hukukun anayasa hukuku doktrini üzerindeki etkisini de göstermektedir. Zira bir yazara göre bugün, hukuki ve siyasi statüleri açık olmasa da yeni tür yarı-egemen, çökmüş ve zayıf devletler için yeni tür uluslararası sorumluluk biçimi-

<sup>32</sup> Ömer Lütfi Taşcıoğlu, "Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD)'nin Kuruluşundan Günümüze Kadar Kıbrıs Konusunda Türklerle Rumlar Arasında Yapılan Görüşmeler ve Tarafların Görüşmelerden Beklentileri", *Social Sciences Studies Journal*, Vol:5, Issue:29, 2019, s. 211.

<sup>33</sup> Özarslan, s. 12.



nin örnekleri bulunmaktadır. Bu devletler bugün bir bakıma patolojik kural dışı durumlar olarak görülse de muhtemelen uluslararası hukukta yeni kavramları gerektirecek olan uluslararası alanda normalleşmenin ayrılmaz parçaları olacaklardır.<sup>34</sup>

Kıbrıs Cumhuriyeti, uluslararası antlaşma ile kurulmuş ne ilk ne de son devlettir. İsviçre'nin Vestfalya Antlaşması ile kurulması ve farklı toplumların bu ülkede barış içinde yaşamasının üzerinden 350 yıldan uzun bir zaman geçmiştir.<sup>35</sup> Dahası, günümüzde de bu durumun örneklerini görmek mümkündür. Bunun ilginç örneklerini Bosna-Hersek teşkil etmektedir.

Korkunç bir iç savaşın ardından 21 Kasım 1995 tarihinde imzalanan Dayton Antlaşması'yla kurulan Bosna-Hersek Devleti, 10 kantondan oluşan Bosna-Hersek Federasyonu ve Sırp Cumhuriyeti olarak iki entiteye ve Brcko adında küçük bir özerk bölgeye ayrılmıştır. Bu entiteler hukuksal olarak gerçek bir sınır niteliği taşımayan ve uluslararası güç (Implementation Force/IFOR/ Stabilization Force-SFOR) tarafından denetlenen yaklaşık 1400 km. uzunluğundaki bir sınır ve ayırım hattı ile ayrılmışlardır. Her entitenin siyasi ve ekonomik yapılanması birbirinden farklıdır. Birbirleriyle savaşmış üç etnik toplumun yeniden bir arada yaşamasını ve Bosna-Hersek'in tüm kurumlarıyla işlemlerini amaçlayan Dayton Barış Antlaşması'nın uygulanması "Yüksek Temsilcilik" in (Office of the High Representative) sorumluluğundadır.<sup>36</sup>

Tarihte pek çok ülkenin ittifakında korunan - koruyan devlet ayrımı görülmüştür. Hatta bu durum klasik egemenlik teorisinin ortaya çıktığı dönemlerde Grotius tarafından da ifade edilmiştir. Düşünür bu ilişkiye asimetrik ittifak (unequal alliance) adını vermiştir.<sup>37</sup> Bu dev-

<sup>34</sup> Bkz. Ulrich K. Preuß, "Devletlerin Eşitliği ve Anayasal Bir Küresel Düzendeki Anlamı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Çev. Aydın Atılgan) 1(1) 2011, s. 149.

<sup>35</sup> İsviçre'de bu koşulların oluşumu şüphesiz farklıdır; bu farklılıkları ortaya koyan bir çalışma için bkz. Marios Constantinou, 'Reasons of State and the Constitutional Logic of Quasi-Stateness: The Post-Colonial Contradictions of Cyprus's Integration in the European Confederation', *Postcolonial Studies*, Vol. 9, No. 3, 2006, s. 3.

<sup>36</sup> Mehmet Dalar, "Dayton Barış Antlaşması ve Bosna-Hersek'in Geleceği", *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2008, s. 98-99.

<sup>37</sup> James, Crawford, *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press,

letlerin örnekleri özellikle Birinci Dünya Savaşı'nın ardından yıkılan Osmanlı Devleti'nin Balkanlardaki topraklarında ortaya çıkmıştır. Savaşın önce kurulan Mecaristan'ın Avusturya ile ittifakı, keza Bulgaristan, Romanya ve Arnavutluk korunan devletlere örnek olarak gösterilebilir.<sup>38</sup> Fakat bu devletler sömürgeleştirilmiş olan devletlerden farklı olarak yarı egemenliğe değil, tam egemenliğe sahiptirler. Yalnızca bu devletlerin güçlü müttefikleri olup, söz konusu devletler egemenliklerini zaman zaman bu devletlerin lehine sınırlayabilmektedir.

Yarı egemen devlet teorisi, günümüzde egemenlik anlayışının klasik egemenlik teorisinden önemli ölçüde ayrılan bir sayfasıdır. Fakat bu teorinin kaynağı esas itibarıyla 19 ve 20. yüzyıl boyunca sömürgeleştirilen devletlerin bu statülerinden kurtulmalarıyla ilgilidir. Post-kolonyal devletlerde egemenliğin oluşumunu inceleyen Jackson'a göre egemenlik negatif ve pozitif boyutlarıyla algılanabilir. Post-kolonyal devletler, bağımsızlıklarını kazandıkları aşamada negatif boyutuyla egemenliğe sahip olurlar. Bu egemenlik, bağımsız bir devlet olarak ülkesi ile insan topluluğunu yönetmeyi içerir. Buna karşın bu devletler, etkin bir idari teşkilat kurma, sınırları belirleme ve egemenlik alanlarında kendi kanunlarını uygulamak konusunda zaaf göstermektedirler.<sup>39</sup>

## 2. Yarı Egemen Bir Devlet Olarak Kıbrıs Cumhuriyeti

Kıbrıs, fiili olarak yaklaşık 80 yıl boyunca Birleşik Krallık idaresinde kalmış post-kolonyal bir devlettir. Bu devlet ne Bodin ne de Rousseau'nun ortaya koyduğu egemenlik anlayışlarına uygun bir biçimde kurulmuştur. Kıbrıs Cumhuriyeti, Zürih, Londra ve Lefkoşa Antlaşmaları ile Birleşik Krallık, Türkiye ve Yunanistan'ın garantörlüğünde kurulan bir devlettir. Bu devlette egemenliğin görünümü, klasik egemenlik teorilerinden ziyade İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası hukukun gereği olarak şekillenmiş yeni egemenlik anlayışının bir yansımasıdır. Kıbrıs'ın coğrafi ve idari birliğini sağlayan Zürih, Londra ve Lefkoşa Antlaşmaları ile bağımsız bir ülke yaratıl-

---

2007, s. 286.

<sup>38</sup> Robert Jackson, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, s. 65.

<sup>39</sup> Jackson, s. 26 vd.

mıştır. Bazı sınırlamalara rağmen, egemen bir devletin karakteristik özelliklerinin bulunduğu bu devletin kurulmasıyla, Ada'daki koloni hükümeti de son bulmuştur. Tek bir devlet kurmayı amaçlayan bu antlaşmalarla oluşturulan cumhuriyet, egemenlik ve garanti haklarına bakıldığında özel bir yapıdır. Bu yapı, tarafların birbirini üzerinde baskı kurmasını engellediği gibi "Enosis" ve "Taksim" e giden yolları kapatmıştır.<sup>40</sup>

Kıbrıs Cumhuriyeti, İngiltere İmparatorluğu'nun parçalanması ve sömürgeciliğin tasfiye edilmesi işleminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Burada, kültürel yapıları ve siyasi hedefleri farklı iki toplumun aynı devlet çatısı altında yaşayabilmesi için; özel statüye sahip, antlaşmalar yoluyla egemenliğin, iki eşit egemen topluma devredildiği bir devlet kurulmuştur.<sup>41</sup>

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin özel bir uluslararası statüye sahip olduğu, egemenliğinin kısıtlanmış olduğu açıktır. Bunun da temel sebebi yukarıda belirtildiği şekliyle negatif ve pozitif egemenlik anlayışlarının Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasında etkili olmasıdır. Bu şekilde negatif anlamda egemen bir devlet yaratılmış, fakat bu devletin pozitif boyutuyla egemenlik yetkileri adeta uluslararasılaştırılarak sınırlandırılmıştır.<sup>42</sup> Bu şekliyle Kıbrıs Cumhuriyeti, garantörlerinin ve Kıbrıs Adası'nın iki toplumunun tüzel kişiliklerinin bir araya gelerek oluşturduğu ve uluslararası antlaşmalar çerçevesinde "enosis" ve "taksim" tezlerinin gündeme gelmemesi amacıyla iki toplumun bu konudaki inisiyatiflerinden feragat ettikleri yarı egemen (quasi-sovereign) bir devlet olarak ortaya çıkmıştır.<sup>43</sup> Böylece Kıbrıs Cumhuriyeti, post-kolonyal devletler içinde egemenliğin tamamına sahip olmayan "uluslararasılaştırılmış" bir devlet olarak kurulmuştur.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Özarslan, s. 65.

<sup>41</sup> Mümtaz Soysal, "Sovereignty and The Turkish Republic of Northern Cyprus", *Proceedings of the First International Congress on Cypriot Studies*, Gazimağusa, 20-23 Kasım 1996, (Ed. Emel Doğramaç/William Haney/Güray Konig), Eastern Mediterranean University 1997, s. 299-300.

<sup>42</sup> Costas M. Constantinou, "Cypriot In-dependence and the Problem of Sovereignty", *Cyprus Review*, Vol. 22, No. 2, 2010, s. 21.

<sup>43</sup> Bu durumun Rum yazarlar tarafından da kabul edildiği görülmektedir. Bu yönde bkz. Constantinou, Marios, 295-310.

<sup>44</sup> Bu yönde bkz. Constantinou, Costas, s. 20.

### 3. Rumların Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Yarı Egemen Yapısına İtirazları ve Bu İtirazlara Cevap Olarak Değişen Egemenlik Anlayışı

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana Rumların Ada üzerinde hakimiyet kurmak istemelerinin temelinde devletin bu egemenlik anlayışıyla kurulmuş olması yatmaktadır. Örneğin Rum lideri Makarios, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nda yapmak istediği değişikliklere gerekçe olarak kendisine baskı yapıldığını ve bu sebeple antlaşmaları kabul etmek zorunda kaldığını ifade etmiştir. Kıbrıs Rum Yönetimi temsilcisi Kyprianou da 5 Ağustos 1965 tarihli BM toplantısında, Anayasa'nın hile ile kabul ettirildiğini, Anayasa ve Garanti Antlaşması'nın egemen bir devlet olan Kıbrıs Cumhuriyeti'ne deli gömleği giydirdiğini, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin anayasal ve siyasal gelişmesini engellediğini belirterek bu antlaşmaların Kıbrıs halkına zorla kabul ettirildiğini iddia etmiştir. Ayrıca antlaşmaların, eşit olmayan ve haksız antlaşmalar olduğunu, bu sebeple hükümsüz sayılması gerektiğini de eklemiştir.<sup>45</sup>

Kıbrıs'ta Rum ve Türk toplumları arasındaki çatışmaların kaynağının bu uluslararasılaştırma olduğunu söylemek mümkündür. Türk tarafı en baştan itibaren söz konusu durumu kavramıştır. Buna karşın daha kuruluşundan itibaren Rum toplumu, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni gerek kendi iç çekişmeleri gerekse de Türk toplumu ile yaşanan çekişmelerle yıpratmaya başlamıştır.

Kıbrıs Rum Toplumunun liderleri, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran uluslararası antlaşmalar olan Zürih, Londra ve Lefkoşa Antlaşmaları'nın (1959-1960 Antlaşmaları) geçersizliğini çeşitli nedenlerle ileri sürerek antlaşmaların feshini istemişlerdir. Ada'da 1960'lı yıllar boyunca yükselen gerginliğin temel sebebi de budur.<sup>46</sup> Burada konu açısından önem arz eden husus ise Rum toplumunun ileri sürdüğü şekliyle 1959-1960 Antlaşmaları'nın devletlerin eşit egemenliği ilkesine aykırı olduğu savıdır. BM Antlaşması'nın 2. maddesinin birinci fıkrasına göre BM, üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuş-

<sup>45</sup> Zaim M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Oxford University Press, New York 1996, s.118-119, Özarslan, s. 54.

<sup>46</sup> Özarslan'a göre de Makarios'un, antlaşmalar bütünü'nün temelini dinamitlemek isteyen Anayasa değişiklik teklifleri, Ada'daki şiddet hareketlerinin başlamasında başat faktördür. Özarslan, 61.

tur. Uluslararası hukuka göre kural olarak, her devletin aynı hukuki statüye sahip olduğunu belirten bu ilkeye göre; istisnalar hariç olmak üzere, bütün devletler uluslararası hukukta aynı haklardan faydalanırlar ve aynı genel yükümlülükler altına girerler. Bu ilke, devletler arasındaki hukuki eşitliği karşılar. Devletlerin arasındaki fiili farklılıkları kaldırma etkisi yoktur.<sup>47</sup>

Şüphesiz egemenlik kavramının içeriği, ilk ortaya atıldığından günümüze kadar yaşanan birtakım gelişmelerin etkisiyle değişime uğramıştır. Zira klasik egemenlik anlayışı, devletlerarası ilişkilerin sınırlı düzeyde olduğu ve mutlakiyetçi rejimlerin hüküm sürdüğü Orta Çağ Avrupası'nın ürünüdür.<sup>48</sup> Zamanla hem iç egemenlik bakımından hem de dış egemenlik bakımından mutlak egemenlikle bağdaşmayan gelişmeler yaşanmış ve klasik egemenlik anlayışı terk edilmeye başlanmıştır.<sup>49</sup> İç egemenlik bakımından anayasacılık, hukuk devleti, insan hakları gibi kavramlar, devletin pozitif egemenliğini sınırlandıran unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dış egemenlik bakımından ise devletler arasında artan iş birliği ve karşılıklı bağımlılık ile birlikte uluslararası antlaşmaların önem kazanması ve uluslararası örgütlerin kurulmasıyla birlikte devletin mutlak egemenliği fikrinden uzaklaşmış olduğunu söylemek mümkündür. Böylece devletin mutlak ve sınırsız özgürlüğü ve bağımsızlığını ifade eden egemenlik kavramı, devletlerin özgürlüğü ve bağımsızlığı ve uluslararası hukuk kurallarıyla sınırlanmış egemenliği kavramına dönüşmüştür.<sup>50</sup>

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşu ile birlikte sahip olduğu egemenlik statüsü bu şekilde açıklanabilir. Zira günümüzde her devlet, uluslararası hukukun belirli kurallarıyla sınırlıdır. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin özel durumu eleştirilebilir. Fakat bu statükonun kurulmasının özel amacı daha önce belirtildiği gibi her iki toplumun Ada'da barış içinde yaşayabilmesinin teminat altına alınmasıdır.

<sup>47</sup> Pazarıcı, s. 150.

<sup>48</sup> Zeynep Seyitoğlu Danışman, *Uzay Hukukunda Devlet Egemenliği ve Mülkiyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 39.

<sup>49</sup> Oktay Uygun "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", *Anayasa Yargısı* 20, Ankara, 2003, s. 251 vd.

<sup>50</sup> MP Ferreira-Synman, "The Evolution of State Sovereignty: A Historical Overview", *Fundamina: A Journal of Legal History*, 12 (2), 2006, s. 27-28.

### C. KKTC'DE EGEMENLİĞİN GÖRÜNÜMÜ

KKTC'nin egemenliği konusunda anayasa hukuku bağlamında bir tez öne sürmeden önce yukarıda belirtilen egemenlik anlayışının evrimine ilişkin hususların açıklanması zorunluluk arz etmekte idi. Zira KKTC Devleti'nin egemenliği, doktrin tarafından açıklanacaksa, KKTC'nin kuruluşuna giden tarihsel sürecin hukuki bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bu kısımda önce Türkiye'nin 1959-1960 Antlaşmaları çerçevesinde Ada'ya müdahalesi sonrasında Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bir parçası olarak ortaya çıkan KTFD'nin hukuki değerlendirmesi yapılacaktır. Bunun ardından tüm bu olaylar sonucunda Türk toplumunun self-determinasyon hakkını kullanarak kurduğu KKTC'nin egemen devlet olarak hukuki durumu değerlendirilecektir.

#### 1. Kıbrıs Türk Federe Devleti'nde Egemenliğin Görünümü (1975-1983)

Türkiye'nin Ada'ya müdahalesi sonrasında, 13 Şubat 1975'te, Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) kurulmuştur. KTFD'nin kurulmasından sonra Ada'nın güneyinde, Rum hakimiyeti altında yer alan Türklerle, kuzeyde yer alan Rumlar arasında nüfus mübadelesi gerçekleşmiştir. Bu durum, bilahare 1983 yılında KKTC'nin self-determinasyon hakkını kullanarak egemen bir devlet olarak ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Zira bu hak, Ada'nın kuzeyinde homojen olarak toplanmış Türk toplumunun ısrarla uzlaşma zemini aradıktan sonra son çare olarak başvurduğu bir yöntem olacaktır.<sup>51</sup> Bu sebeple KTFD'de egemenlik anlayışının belirlenmesi, KKTC'nin egemenlik anlayışının açıklanması bakımından büyük önem taşımaktadır.

KTFD, Kıbrıs Cumhuriyeti içerisinde resmi olarak tanınmış bir toplum olarak Türk toplumunun federe devleti şeklinde kurulmuştur. Zira Kıbrıs Cumhuriyeti'nin iki toplumluluk üzerine kurulduğunu kabul eden görüşe göre Britanya adayı terk ederken buradaki yeni sistem farklı ve eşit iki toplumun varlığı üzerine kurulmuştur. Bunun en önemli kanıtı olarak ise Anayasanın ikinci maddesi gösterilmektedir. Söz konusu maddede Kıbrıs Türk ve Rum toplumları tanımlanmakta, adada bulunan ve bu iki tanımın kapsamına girmeyen Cumhuriyet

<sup>51</sup> Bu yönde bkz. Özarslan, s. 13.

vatandaşlarının hangi topluma katılmak istediklerini belirlemeleri gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>52</sup>

KTFD, bir federe devlettir. Anayasa hukuku bağlamında federe devletler, federal devletin bir parçası olan devletlerdir. Bu devletlerde federal devletin anayasası yürürlüktedir. Bu hususlar, o dönemde devlet başkanı olan Rauf Denктаş ve Türk Dışişleri görevlileri tarafından da diplomatik yazışmalarda belirtilmiştir.<sup>53</sup>

Devletin egemenlik unsuru, federal yapılı devletler bakımından anayasa hukuku doktrininde en çok tartışılan unsurdur. Federal devlet yapılanmasında egemenliğin mahiyetine ilişkin iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi çifte egemenlik (dual sovereignty veya dual federalism) olarak adlandırılan görüştür. Bu görüşe göre federal devlet yapılanmasında federe devletlerin ve federal devletin egemenliği bir arada bulunmakta olup, federal devletin egemenlik yetkileri yalnızca anayasa koyucunun kendisine tanımış olduğu yetkilerle sınırlıdır. İkinci görüş ise ulusal federalizm (national federalism) olarak adlandırılan görüştür. Bu görüşe göre federal devlet, anayasal sorunlara çözüm ararken, federe devletlerin egemenlik yetkilerini tanımaz, çünkü egemen, federal devlettir.<sup>54</sup> Bu görüş, ünlü Amerikan yargıcı John Marshall'ın federal anayasanın üstünlüğü doğrultusunda benimsediği görüştür.<sup>55</sup> Bu görüşün bir diğer gerekçesi ise federe devletlerin uluslararası hukuk bakımından egemen kabul edilmemeleri, yani dış egemenliğe sahip olmamalarıdır. Bu durumda federe devletlerin egemen olduğunu iddia etmek federalizmden ziyade konfederalizme yaklaşan bir anlayışın ürünüdür.<sup>56</sup>

Federal devlette egemenlik unsuruna ilişkin tartışmalar bununla bitmemiştir. Amerikalı hukuçu Ernest Young, çifte federalizmin dar

<sup>52</sup> Mustafa Erçakıca, Devletlerin Tanınması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazimagusa, 2013, s. 115.

<sup>53</sup> Yasin Coşkun, "Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin (KTFD) İlanından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) Kuruluşuna Kadar Olan Süreçte Kıbrıs Sorunu (1975-1983)", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 64, Ocak 2018, s. 125.

<sup>54</sup> Sotirios A. Barber, "Defending Dual Federalism: A Self-Defeating Act", in *Federalism and Subsidiarity*, (eds. James E Fleming, Jacob T. Levy) Nomos, 2014, s. 3.

<sup>55</sup> Barber, s. 3-4.

<sup>56</sup> Anna Gamper, A "Global Theory of Federalism": The Nature and Challenges of a Federal State, *German Law Journal*, Cilt: 6, Sayı 10, 2005, s. 1303.

anlamda çifte egemenlik kavramından farklı olduğunu, federe devletlerin federal devletin egemenliği ile aynı egemenliğe sahip olmamakla birlikte, federe devletin egemenlik alanının inkâr edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>57</sup> Bu görüşün günümüzde federal devlet yapısını açıklaması bakımından kabul edilen bir görüş olduğunu söylemek mümkündür. Yani çifte egemenlik yaklaşımı doktrinde baskın görüştür.<sup>58</sup>

KTFD kurulduğu dönemde, Ada'daki Türk toplumunun temel argümanı, federal bir devlet olarak içinde yer aldıkları Kıbrıs Cumhuriyeti'nde federe bir devlet olarak Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinde federe devlet egemenliğinden yararlanma yönünde olmuştur.<sup>59</sup> Böylece KTFD, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bir parçası olarak kalma konusunda irade göstermiştir. Fakat elbette bu dönemde Kıbrıs'taki Türk toplumunun egemenlik konusundaki talebi, artık Ada'nın kuzeyinde toplanmış olan Türklerin huzur ve barış içinde yaşayabilmesi adına anayasa hukuku bakımından çifte egemenlik doktrini olmuştur. Rum toplumu ise bu görüşler karşısında Ada'nın taksim edileceği endişesiyle diplomatik yolları kabullenmekte zorlanmıştır. Fakat ifade etmek gerekir ki bu dönemde Ada'daki her iki toplumun birbirini baskılamadığı veya birinin diğerini zor duruma düşürerek rehin almadığı federal bir birlikteliğin öncelikli ihtiyaç olduğu sürekli vurgulanmıştır.<sup>60</sup>

## 2. KKTC'nin Kuruluşunun Dayandığı Kamu Hukuku Esasları ve KKTC'nin Egemenliği

KKTC'nin ilanından önce adada Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumların bir araya gelebilmesi için yoğun çabalarının harcandığını söylemek mümkündür. Gerçekleştirilen görüşmelerde federasyon tezi üzerinde çalışmalar yapılmış; ancak bir çözüme ulaşılamamıştır. Bu durumun da etkisiyle 15 Kasım 1983'te KTFD parlamentosu oybirliğiyle KKTC'yi kurmuştur. Ancak Kıbrıslı Türklerin bu girişimi Kıb-

<sup>57</sup> Ernest A. Young, "The Puzzling Persistence of Dual Federalism", in *Federalism and Subsidiarity*, (eds. James E Fleming, Jacob T. Levy) Nomos, 2014, s. 36-37.

<sup>58</sup> Gamper, s. 1305.

<sup>59</sup> Benzer yönde bkz. Pavlos I. Koktsidis "Bi-Ethnic Federalism and the Question of Sovereignty: Understanding the Competitive Security Postures in Cyprus", *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, issue 3, 2018, s. 259.

<sup>60</sup> Olgun M. Ergün, Dirk Rocthus, 'Cyprus: The Belgian 'Tool Box' Revisited', *Insight Turkey*, 10(4), 2008, s. 114.



rıs Cumhuriyeti'nden ayrılma olarak nitelendirilmemelidir. Şüphesiz 1960 Antlaşmaları ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti etnik çatışmalar sonucunda bir ortaklık devleti olma özelliğini yitirmiştir. Kıbrıslı Türklerin ayrılmış olduğu devlet, 1960 Antlaşmaları ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti değildir.<sup>61</sup>

Kıbrıslı Türklerin ayrı bir devlet kurduğunu ilan eden bağımsızlık bildirisinde, bu durumun iki eşit halkın kurdukları bir federasyonu engellemeyeceği, bağımsızlık ilanının böyle bir federasyonun kurulabilmesi için gerekli şartların tamamlanmasını kolaylaştırabileceği inancıyla gerçekleştirildiği belirtilmiştir. Bildiriye göre kalıcı bir çözüm için kararlı bir şekilde hareket edecek olan KKTC'nin başka bir devletle birleşmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>62</sup>

KKTC, şu anda sadece Türkiye tarafından bir devlet olarak tanınmıştır. Devlet olabilmek için sahip olunması gereken kriterlere KKTC'nin sahip olduğunu belirten yazarlar vardır. Bu görüş çerçevesinde, KKTC'nin belirli bir nüfusunun olduğu, belirli bir ülke parçasına ve etkin bir hükümete sahip olduğu belirtilmekte, KKTC'nin bağımsız ve egemen olduğu savunulmaktadır.<sup>63</sup>

KKTC egemenliği ile ilgili tartışmalara bakıldığında ilk cevap verilmesi gereken hususun ülke üzerindeki Türkiye etkisi olduğunu görmek zor değildir. Türkiye'nin hakikaten de KKTC üzerinde etkisi bulunduğu kuşku yoktur. Zira KKTC, diğer devletlerle diplomatik ilişkiler kurabilme yeteneğinden mahrum bırakılmış, böylece KKTC'nin egemen bir devlet olarak kabulünün önüne geçilmek istenmiştir. Bu se-

<sup>61</sup> Bu karar, Kıbrıslı Türkler üzerinde çözüme ulaşılması yönünde baskı uygularken, Kıbrıslı Rumlar üzerinde herhangi bir baskı uygulamadığı için de hoş karşılanmamıştır. BM'nin Kıbrıs sorunu ile ilgili olarak Kıbrıslı Türkler ve Rumları eşit kabul ederek girdiği çözüm arayışlarına aykırılıkla eleştirilmektedir. M. Necati Münir Ertekün, Zaim Necatigil, *The Right of the Turkish Cypriot People to Self Determination*, 2. B., Lefkoşa, Temmuz 1996, s. 11-12.

<sup>62</sup> Erçakıca, s. 127, bildiri metni için bkz. <http://www.cm.gov.nc.tr/Bilgi/bildirge.pdf>.

<sup>63</sup> Soyalp Tamçelik, "Kıbrıs ve Avrupa Birliği İlişkileri-II," *Manas Sosyal Bilimler Dergisi*, C. III, S. 6 2003, s. 188. KKTC'nin devlet olduğunu, fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu durumu göz önünde bulundurmadığını, değerlendirmelerini sadece KKTC'nin kurulması şartları ve adadaki Türk ordusunun mevcudiyetiyle sınırlandırdığını belirten görüş için bkz: Zaim M. Necatigil, "Judgement of The European Court of Human Rights in the Loizidou Case: A Critical Examination", *Journal of International Affairs*, C. IV, S. 3 (Eylül-Kasım 1999), s. 155.

beple Türkiye'nin KKTC'nin dünya ile bağlantısının kopmamasını sağlamak gibi önemli bir yükümlülük altına girdiğini söylemek gerekir.<sup>64</sup>

Türkiye'nin KKTC ile olan bu sıkı bağının 1959-1960 Antlaşmaları'na dayandığına ve Türkiye'nin Ada'da bu antlaşmalara dayanarak varlığını sürdürdüğüne şüphe yoktur. Fakat elbette bu KKTC'nin egemen devlet olarak tanınması sonucunu tek başına doğurmaz. Bunun dışında KKTC'nin özellikle iç egemenliği, kendi halkının son sözü söyleyip söylemediği, böylece Bodin ve Rousseau'nun klasik egemenlik teorisine yaklaşım yaklaşmadığı ile alakalıdır. Esas itibarıyla Ada'daki Rum-Türk toplumlarının karşıtlığı da buna dayanmaktadır. Rum topluluk, Ada'da çoğunlukçu bir anlayışla hâkim olmak isterken, Türk toplumu, uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan hakları doğrultusunda Kıbrıs Adası'nda iki toplumun birbirinin üzerinde baskı kurmadığı bir çifte meşruluk anlayışı doğrultusunda egemenliğine kiskançlıkla sahip çıkmaktadır.<sup>65</sup>

Kıbrıs'taki Türk toplumunun haklarına sahip çıkarken yalnızca Rum toplumunun karşısına dikildiğini ifade etmek isabetsiz olur. Zira bu toplum, egemenlik haklarını Türkiye'ye karşı da ısrarla talep etmektedir. Bu durum Rum yazarlar tarafından da gözlemlenmektedir. Son dönemlerde özellikle KKTC'de sesini yükselten bir kesimin, KKTC'nin egemenliğine, Ada'nın birleşmesi amacıyla sahip çıktığı ifade edilmiştir.<sup>66</sup> Bu durumun uluslararası yazarlar tarafından da ortaya konduğu görülmektedir. Bahçeli ve Noel'e göre KKTC'nin ilan, arzulan sonuçlar yanında tahmin edilmemiş, öngörülmemiş birtakım sonuçları da beraberinde getirmiştir. Bu durum, KKTC'de siyaset kurumuna yansımıştır. KKTC'nin siyasi gündemi Türkiye'den ayrı bir siyasi gündem olduğundan, KKTC'de kurulan siyasi partilerin özellikle Ada'da tek bir devlet kurulması amacıyla Türk toplumunun egemenlik hakkı temelinde faaliyet gösterdiği müşahede edilmektedir.<sup>67</sup> Bu durum ayrıca KKTC Bağımsızlık Bildirgesi ile uyumludur.

<sup>64</sup> Zeki Koday, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Türkiye ile Olan Ulaşım Faaliyetlerine Coğrafi Bir Bakış," *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 2 1995, s. 54.

<sup>65</sup> Ergün, Rochtus, s. 114.

<sup>66</sup> Costas Constantinou,, s. 25.

<sup>67</sup> Tozun Bahçeli Sid Noel, "The Political Evolution of Northern Cyprus and its Effect on Turkish-Cypriot Relations with Turkey", *Cyprus Review*, Vol. 22, No. 2, 2010, s. 145-147.

KKTC Anayasası'nın 3. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"Egemenlik, kayıtsız şartsız Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlarından oluşan halkındır"*. Anayasanın pozitif düzenlemesi, her şeyden önce Türkiye'den farklıdır. Türkiye'de milli egemenlik anlayışı söz konusudur. Buna karşın Kıbrıs'taki Türk toplumunun egemenliğini tanımlamak için halk ifadesi kullanılmıştır. Bunun temel sebebi KKTC'yi oluşturan Türk yurttaşların Türk toplumu olarak Kıbrıs'ta ayrı bir varlığının bulunmasıdır. KKTC'yi egemen kılan da tam olarak budur. Bu noktada başlanılan yere geri dönmek mümkündür. KKTC'nin egemenliğini Jackson'ın egemenlik teorisine göre analiz ettiğimizde bu devletin negatif egemenliğe sahip olduğunu söylememiz mümkündür. Fakat etkin bir kamu örgütlenmesi konusunda KKTC'nin uluslararası alanda tanınmamasından kaynaklanan birtakım zorluklarla karşılaştığını görürüz. Bu sebeple KKTC pozitif egemenliğini arayan bir devlettir. Bu durum KKTC'nin anayasa hukuku bağlamında devlet sayılması için kafidir. Eğer öyle olmasa idi, dünya üzerinde pozitif egemenliği konusunda sorunlar yaşayan, fakat uluslararası toplum tarafından hevesle tanınan pek çok devlet (mesela Bosna-Hersek, Kosova, Karadağ) egemen bir devlet sayılmazdı.

### 3. Egemenlik Konusunda Bir Uluslararası Hukuk Tartışması: Tanınma

Anayasa hukukunda devletin, bir ülkede, teşkilatlanmış insan topluluğu olduğu sıklıkla ifade edilir.<sup>68</sup> KKTC'de anayasa hukuku bakımından şu ya da bu şekilde teşkilatlanmış bir insan topluluğu bulunduğu değerlendirmesi rahatlıkla yapılabilir. Bu teşkilat, KKTC egemenliğinin temelidir. Fakat yukarıda belirtildiği gibi KKTC'nin egemen devletlerin ekseriyeti tarafından tanınmamış olması KKTC egemenliği konusunda en güncel sorundur. KKTC egemenliği konusunda yapılacak bir değerlendirme, bu husus dikkate alınmadan eksik kalır.

Uluslararası hukuk açısından önemli bir belge 1933 yılında imzalanan Montevideo Konvansiyonu'dur. Bu belge ile kabul edilen prensipler, bilahare uluslararası teamül kuralı haline gelmiştir. Bu belgenin

<sup>68</sup> İbrahim Kaplan, "Demokrasi - Hukuk - Otorite", *AÜSBF Dergisi*, Cilt. 49, Sayı 1, 1994, s. 267.

I. maddesi uyarınca “Devlet, uluslararası hukuka sahip bir kişi olarak aşağıdaki niteliklere sahip olmalıdır: (a) kalıcı bir nüfus; (b) tanımlanmış bir bölge; (c) hükümet ve (d) diğer devletlerle ilişki kurma kapasitesi.” Görüldüğü üzere Montevideo Konvansiyonu, devlet olmanın koşullarını saymıştır. Buna göre diğer devletlerle ilişki kurma kapasitesi olması, bir devletin siyasi varlığı açısından elzemdir. Bununla birlikte aynı Sözleşme’nin 3. maddesinin birinci cümlesi şu şekildedir: “Bir devletin siyasi varlığı, diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır”.

Tanınma, uluslararası hukuk açısından tartışmalı bir konudur. Bu tartışmanın özü, yeni devletlerin tanınması kurucu bir işlem mi, yoksa bildirici bir işlem mi olduğuna dair tartışmalardır.<sup>69</sup> Bu tartışmaların pek çok boyutu bulunmakta olup, esas itibarıyla bunlar tanıma işleminin doğası ile ilgilidir. Crawford’a göre ise diğer ülkelerle diplomatik ilişki kurma kapasitesi, yani tanınma, devlet olmanın bir gereği olmaktan öte bir sonucudur.<sup>70</sup>

Yeni bir devletin tanınması ilk olarak, uluslararası topluma yeni bir üyenin daha katılmış olmasının kabulü ve tanıyan devletlerin bu yeni devletle uluslararası hukuka uygun ilişkiler kuracağını belirtmeleri sonucunu ortaya koyan bir hukukî işlemdir. Yani tanıma, söz konusu devletin var olma gerçeğinin deklarasyonudur. Yeni bir devletin tanınması, üzerindeki büyük görüş ayrılıklarına rağmen önemli neticeleri olan bir işlemdir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:<sup>71</sup>

- i) Tanınan ve tanıyan devletler arasında her türlü uluslararası ilişkinin hukukî açıdan kurulması imkanının doğması;
- ii) Tanınan devletin tanıyan devlet nezdinde dokunulmazlık ve yargı bağımsızlığından yararlanması;
- iii) Tanınan devletin kamu işlemlerine tanıyan devlet iç hukuk düzeninde saygı gösterilmesi;
- iv) Tanınan devlet ile tanıyan devletin birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme haklarının doğması.

KKTC’nin bağımsızlık bildirisi, 18 Kasım 1983 tarihinde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından incelenmiş ve bu bildiri-

<sup>69</sup> Ezeli Azarkan, Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 15 (4), 2016, s. 1058.

<sup>70</sup> Crawford, s. 61-62.

<sup>71</sup> Selcen Erdal, “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, *SÜHF Dergisi*, Cilt. 13, Sayı 1, 2005, s. 172.

nin geçersiz sayılmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede BM Güvenlik Konseyi, devletlerden Kıbrıs Cumhuriyeti haricinde bir devleti tanımamalarını istemiştir.<sup>72</sup> Yukarıda verilen bilgiler ışığında KKTC'yi self-determinasyona götüren sebepler incelenmiştir. Bu hususlar, çeşitli yazarlar tarafından uluslararası hukuk bakımından da kapsamlı bir şekilde tartışılmıştır.<sup>73</sup> Belirtilen sebeple şu an için önem arzeden husus, bu tanınmama işleminin KKTC egemenliği üzerinde doğurduğu sonuç olmaktadır.

Anayasa hukuku bağlamında bir devletin egemen sayılabilmesi için tanınması gerekli değildir. Kaldı ki bu durumun uluslararası hukuk açısından da oldukça tartışmalı olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Fakat KKTC'nin tanınmaması, belirtildiği şekliyle bu devletin pozitif egemenliğine darbe vurmaktadır. Zira tanınmayan bir devlet olarak KKTC'nin diplomatik ilişkilere girme kabiliyeti bulunmadığı gibi, KKTC, doğal kaynakları ile dünyanın geri kalanı ile de ticari ilişkilere girememektedir. Fakat son dönemde Avrupa Birliği'nin KKTC karşısında "tanımsızlık ilişkisi kurma (*engagement without recognition*)" politikası izlediği bilinmektedir. Bu durum da sıklıkla eleştirilmektedir; zira bunun uluslararası toplum tarafından egemenliğinin tanınması anlamına geleceği ifade edilmektedir.<sup>74</sup>

KKTC halkının bulunduğu bölgede bir iradesi olduğu ve bu bölgede son tahlilde en üstün buyurma gücünün bu halka ait olduğu görünen bir gerçektir. Bu durum KKTC Anayasası'nın 3. maddesinde de ifadesini bulmuştur. Kuruluşunun üzerinden neredeyse 40 yıl geçmiş olan KKTC ile diplomatik ilişkiler kurmak, artık diğer devletler için de bir zorunluluk haline gelmiştir. Fakat BM Güvenlik Konseyi'nin 541 sayılı kararı sebebiyle pek çok ülke, KKTC'yi tanımamakta, uluslararası toplumun tepkisinden çekinmektedir. Fakat nihayetinde KKTC

<sup>72</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 18.11.1983 tarihli ve 541 sayılı Kararı.

<sup>73</sup> Bu konuda önde gelen bir çalışma için bkz. Ayşe Füsün Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *AÜSBF Dergisi*, Yıl 1996, C. 51, S. 4.

<sup>74</sup> Bu konuda bkz. James Ker Lindsay "Engagement without recognition: the limits of diplomatic interaction with contested states" *International Affairs*, 91 (2), 2015, ayrıca bu konuda Rum tarafının eleştirilerini yansıtan bir çalışma için bkz. George Kyris, "Sovereignty and Engagement without Recognition: Explaining the Failure of Conflict Resolution in Cyprus", *Ethnopolitics*, 2018.

topraklarında KKTC egemenliğinin eninde sonunda ifade ve izhar olunacağı buradan bakınca görülebilmektedir.

## SONUÇ

Egemenlik, Orta Çağ'ın sonlarında ortaya çıkmış bir doktrindir. Bu doktrin, ortaya çıktığı konjonktürde, Avrupa'da kilisenin hakimiyetini mutlak monarşiler lehine sona erdiren bir işleve sahiptir. Bu sebeple doktrinin ortaya atıldığı ilk zamanlarda egemenliğin ne iç ne de dışarıda hiçbir sınır kabul etmeyeceği kabul edilmiştir. Fakat uluslararası hukuk açısından 17. yüzyıl gibi erken bir dönemde dahi Grotius gibi bir hukukçu, söz konusu tanımın devletlerarası ilişkiler açısından eksik kalabileceğini görmüş, bu çerçevede korunan devletler ile koruyan devletler arasındaki ilişkileri incelemiştir.

Nihayet İkinci Dünya Savaşı'nın ardından egemenlik, uluslararası hukukun gereği olarak farklı bir görünüm kazanmıştır. Bu çerçevede devleti aşan ve ondan daha geniş olan bir toplumun var olduğu, bu toplumun da uluslararası toplum olduğu anlayışı ön plana çıkmıştır. Bununla beraber yeniden şekillenme sorunsuz olmamıştır. Egemen devletlerin mevzuatıyla, devletlerin davranışını düzenleyen ve iç buyruklardan bağımsız olarak onları bağlayan uluslararası hukuk kurallarının bağdaştırılması gerekmiştir. Bu kuşkusuz devletlerin iktidarlarının sınırlandırılmasıyla gerçekleşmiştir. Bu sebeple orijinal haliyle egemenliği, uluslararası hukukla bağdaştırmak zordur. Uluslararası hukukun bizatihi varlığı, devletlerin hareketlerinin belli kurallara tabi olduğunu ifade eder. Yani, uluslararası alanda mutlak egemenlik iddiasından söz edilememektedir.

KKTC'de egemenlik anlayışını anayasa hukuku bağlamında inceleyip anlayabilmek, egemenliğin bu değişen yapısını anlamakla mümkündür. Zira KKTC, egemen bir devlet olarak ortaya çıkmadan önce, 1959-1960 Antlaşmaları ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, Birleşik Krallık, Türkiye ve Yunanistan'ın garantörlüğünde kurulan, Ada'da yaşayan iki farklı toplumun oluşturduğu uluslararasılaştırılmış bir devlettir. Bu durumun, egemenliğin klasik teorisi ile açıklanmasına imkân yoktur. Fakat İkinci Dünya Savaşı gelişen uluslararası hukukun ortaya koyduğu ilkeler çerçevesinde bu devlet bir yarı egemen devlet olarak nitelendirilmiştir. Fakat kuruluşundan kısa bir süre sonra Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde mevcut iki toplumdan biri

olmayı kabullenememişler, çoğunlukçu bir anlayışla Ada'da hakimiyet kurmak amacıyla uluslararası topluma karşı çıkmışlardır. Bu durum Ada'da yaşayan Türk toplumunda Rumlara karşı bir güvensizlik oluşmasına sebep olmuştur. Dahası bu süreçte Ada'da Rumların Türk toplumu üzerindeki tedhiş faaliyetleri Kıbrıs Cumhuriyeti'nin iki meşru toplum tarafından kurulmuş ve uluslararasılaşmış devlet niteliğine zarar vermiştir. Kıbrıs'ta Türk toplumu üzerindeki baskıların artıp bir de Yunan destekli cuntanın Kıbrıs Cumhuriyeti'nde darbe yapması üzerine Ada'ya garantör devlet Türkiye tarafından müdahale edilmiştir.

Müdahalenin ardından önce Türkiye'nin kontrol altına aldığı kuzey topraklarında Kıbrıs Türk Federe Devleti kurulmuştur. Bu devlet, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin federal devlet yapılanmasının içinde federe bir devlet olarak kurulmuş, aradan geçen 8 yıl boyunca Türk toplumu Rum tarafı ile müzakerelere devam etmiştir. Fakat BM Genel Kurulunda kabul edilen 13 Mayıs 1983 tarih ve 37/253 sayılı kararda Rumların adanın tamamında egemenlik hakkının olduğu ve işgalci güç olarak nitelendirilen Türk birliklerinin adadan çekilmesi ve KTFD'nin sona erdirilmesi gerektiğinin belirtilmesi üzerine, KTFD ve Türkiye, bu kararı derhal reddetmiş ve KTFD Meclisi, Kıbrıs Türklerinin self-determinasyon hakkının olduğunu ilan etmiştir. Bunun ardından da KKTC egemen bir devlet olarak kurulmuştur.

KKTC'nin kurulduğu günden bu yana egemenliği konusunda çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmaların odağında KKTC'nin BM üyelerinin ekseriyeti tarafından tanınmadığı, Kıbrıs'ın kuzeyinde Türkiye'nin de facto egemenliği olduğu savları yer almaktadır. Halbuki bu iddialar her şeyden önce haklarına yalnızca Rum kesimi karşısında değil, fakat aynı dili konuştuğu, ortak pek çok noktasının bulunduğu Türkiye karşısında da sahip çıkan KKTC Türklerine haksızlıktır. Zira KKTC'nin bu konumu artık Rum yazarlar tarafından da görülmektedir. Dahası, Kıbrıs Türk toplumu 2004 yılında BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın inisiyatifi ile hazırlanan Annan Planı'na referandumla "evet" demiştir. KKTC'nin kuruluş bildirisinde bu devletin başka hiçbir devletle birleşmeyeceği bildirilmiştir. Tüm bu hususlar KKTC halkının negatif egemenliğe, yani egemenliğin klasik harcı olan en üstün buyurma gücüne hukuken sahip olduğunu gös-

termektedir. Fakat KKTC'nin uluslararası toplumdan soyutlanmak istenmesi sebebiyle devlet, Türkiye ile yakın ilişkiler içerisinde olup, etkin bir kamu örgütlenmesi ve diğer devletlerle diplomatik ilişkiler kurma kapasitesi gibi pozitif egemenlik unsurları konusunda sorun yaşamaktadır. Bunun da temel sebebi egemen bir devlet olmasına rağmen KKTC'nin BM üyesi devletlerin ekseriyeti tarafından tanınmamış olmasıdır. Anayasa hukuku bağlamında egemen bir devlet olan KKTC'yi oluşturan Türk toplumu, kendi anayasası üzerinde halihazırda son sözü söyleme hakkına sahiptir. Temel mesele bunun izhar ve ifade olunmasıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Ağaoğulları Mehmet Ali, Köker Levent, Kral Devlet Ya Da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara, 2009.
- Akad Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.
- Akkuş Selahattin, Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1995.
- Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Barber Sotirios A., "Defending Dual Federalism: A Self-Defeating Act", in Federalism And Subsidiarity, (Eds. James E Fleming, Jacob T. Levy) Nomos, 2014.
- Bozkurt İsmail, "Kıbrıs'ın Tarihine Kısa Bir Bakış", Avrupa Birliği Kıskaçında Kıbrıs Meselesi (Bugünü ve Yarını), İrfan Kaya Ülger/Ertan Efeğil (Ed.), HD, Ankara 2001.
- Crawford James, The Creation Of States İn International Law, Clarendon Press, 2007.
- Dalar Mehmet, Uluslararası Hukukta Egemenlik ve Milli Yetki Sorunu, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 1995.
- Erçakıca Mustafa, Devletlerin Tanınması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazimagusa, 2013.
- Ergün Olgun M. & Rochtus, Dirk, "Cyprus: The Belgian 'Tool Box' Revisited", Insight Turkey, 10(4), 2008.
- Ertekün M. Necati Münir, Necatigil Zaim, The Right of The Turkish Cypriot People to Self Determination, 2. Baskı, Lefkoşa, Temmuz 1996.
- Gardiner Richard K., International Law, Pearson Education Limited, 2003.



- Göze Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Yedinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1995.
- Jackson Robert, *Quasi-States, Sovereignty, International Relations And The Third World*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- Kapani Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2004.
- Kaygusuz İbrahim, *Çağdaş Egemenlik ve Bu Bağlamda Türkiye'nin AT'ye Üye Olması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1992.
- Kışlalı Ahmet Taner, *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara, 1994.
- Kyris George, "Sovereignty And Engagement Without Recognition: Explaining The Failure Of Conflict Resolution In Cyprus", *Ethnopolitics*, 2018.
- Lütem İlhan, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947.
- Necatigil Zaim M., *The Cyprus Question And The Turkish Position İn International Law*, Oxford University Press, New York 1996.
- Özarslan Bahadır Bumin, *Uluslararası Hukuk Açısından Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliğinin Yaklaşımı*, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2007.
- Pamir Aybars, *Batı'da Egemenlik Kavramının Gelişimi ve Eski Türk Egemenlik Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1998.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2004.
- Saygılı Abdurrahman, *Kutsal Canavar Devlet: Bir Çalışma Taslağı*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018.
- Seyitoğlu Danışman Zeynep, *Uzay Hukukunda Devlet Egemenliği ve Mülkiyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Sunay Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Şenel Alaaddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara 1990.
- Türcan Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, 2001.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.
- Young Ernest A., "The Puzzling Persistence Of Dual Federalism", in *Federalism And Subsidiarity*, (Eds. James E Fleming, Jacob T. Levy) Nomos, 2014.

## Makaleler

- Akyılmaz Bahtiyar, *Mill Egemenlik Kavramının Gelişimi*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998.
- Akıl Abdülkadir, "Yeni Dünya Düzeninde Birleşmiş Milletler ve Geleceği", *A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003.
- Arsava Ayşe Füsün, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *AÜSBF Dergisi*, Yıl 1996, C. 51, S. 4.

- Azarkan Ezeli, Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 15 (4), 2016.
- Bahçeli Tozun, Noel Sid, "The Political Evolution of Northern Cyprus And Its Effect On Turkish-Cypriot Relations With Turkey", *Cyprus Review*, Vol. 22, No. 2, 2010.
- Besson Samantha, "Sovereignty", Max Planck Encyclopedia Of Public International Law, 2011.
- Constantinou, Costas M. "Cypriot In-Dependence And The Problem Of Sovereignty", *Cyprus Review*, Vol. 22, No. 2, 2010.
- Constantinou Marios, "Reasons Of State And The Constitutional Logic Of Quasi-State-ness: The Post-Colonial Contradictions Of Cyprus's Integration in The European Confederation", *Postcolonial Studies*, Vol. 9, No. 3, 2006.
- Coşkun Yasin, "Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin (KTFD) İlanından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) Kuruluşuna Kadar Olan Süreçte Kıbrıs Sorunu (1975-1983)", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 64, Ocak 2018.
- Dalar, Mehmet, "Dayton Barış Antlaşması ve Bosna-Hersek'in Geleceği", *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2008, S. 98-99.
- Daver Bülent, "Ulusal Egemenlik Kavramına Genel Bir Bakış", T.B.M.M.'nin 65. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu 24-25 Nisan 1985 Ankara.
- Erdal Selcen, "Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği", *SÜHFD*, Cilt. 13, Sayı 1, 2005.
- Ferreira-Synman Mp, "The Evolution Of State Sovereignty: A Historical Overview", *Fundamina: A Journal Of Legal History*, 12 (2), 2006.
- Gamper Anna, A "Global Theory Of Federalism": The Nature And Challenges of A Federal State, *German Law Journal*, Cilt: 6, Sayı 10, 2005, S. 1303.
- Kaplan İbrahim, "Demokrasi - Hukuk - Otorite", *AÜSBF Dergisi*, Cilt. 49, Sayı 1, 1994.
- Koday Zeki, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Türkiye İle Olan Ulaşım Faaliyetlerine Coğrafi Bir Bakış", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 2 1995.
- Koktsidis Pavlos I., "Bi-Ethnic Federalism And The Question Of Sovereignty: Understanding The Competitive Security Postures in Cyprus", *Perspectives On Federalism*, Vol. 10, Issue 3, 2018.
- Lindsay James Ker, "Engagement Without Recognition: The Limits Of Diplomatic Interaction With Contested States" *International Affairs*, 91 (2), 2015.
- Necatigil, Zaim M., "Judgement Of The European Court Of Human Rights in The Loizidou Case: A Critical Examination," *Journal Of International Affairs*, C. IV, S. 3 (Eylül-Kasım 1999).
- Preuß, Ulrich K., "Devletlerin Eşitliği ve Anayasal Bir Küresel Düzende Anlamı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Çev.Aydın Atılgan) 1(1) 2011.
- Soysal Mümtaz, "Sovereignty And The Turkish Republic Of Northern Cyprus", *Proceedings of The First International Congress On Cypriot Studies*, Gazimağusa, 20-23 Kasım 1996, (Ed. Emel Doğramacı/William Haney/Güray Konug), Eastern Mediterranean University 1997, S. 299-300.

Tamçelik Soyalp, "Kıbrıs ve Avrupa Birliği İlişkileri-Iı," *Manas Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 11, S. 6 2003.

Taşçioğlu Ömer Lütfi, "Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD)'nin Kuruluşundan Günümüze Kadar Kıbrıs Konusunda Türklerle Rumlar Arasında Yapılan Görüşmeler ve Tarafların Görüşmelerden Beklentileri", *Social Sciences Studies Journal*, Vol:5, Issue:29, 2019.

Uygun Oktay, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, *Anayasa Yargısı* 20, Ankara, 2003.

### **Uluslararası Örgüt Kararı**

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 18.11.1983 Tarihli ve 541 sayılı Kararı.

# ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ, BÖLÜNMESİ VE MALVARLIĞININ DEVRİ SÖZLEŞMELERİNDE, ŞİRKETLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE ÖNCEDEN YAPTIKLARI BORÇLANDIRICI SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ AKİBETİ...

## MERGERS OF COMPANIES, DIVIDING, AND TRANSFER OF THEIR ASSETS, LEGAL RESULTS OF COMPANIES' PREVIOUS DEBT CONTRACTS WITH THIRD PARTIES

İbrahim KAPLAN\*

**Özet:** Bu makalemde; önce genel olarak şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devri sözleşmeleri incelenecek daha sonra birleşen, bölünen ve malvarlığını devreden bu şirketlerin, üçüncü kişi ve şirketlerle önceden yaptıkları uzun süreli ve vadeli borçlandırıcı sözleşmelerin hukuki akıbeti incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Birleşme Sözleşmesi, Bölünme Sözleşmesi, Malvarlığının Devri Sözleşmesi, Sürekli ve Devamlı Sözleşme, Sözleşmenin Devri ve Katılma Sözleşmesi

### **Abstract:**

In this article, first, in general, the Merger, Division, and Asset Transfer Agreements of Companies will be examined, and then, of these companies that merged, divided and transferred their assets, the legal basis of the long term and term borrower contracts with third parties and companies will be observed.

**Keywords:** Merger Agreement, Division Agreement, Asset Transfer Agreement, Continuous and Continuous Contract, Transfer of Contract, and Participation Agreement.

## § 1 Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri (FusG Art. 3.- Art. 77; TTK'nın 134 -194)

### I. Genel Olarak

İsviçre Birleşme Kanunu FusG Art.3 ile Art.77 TTK'nın 134. maddesi ile 194. maddesi arasında şirketlerin birleşmesi ve bölünmesinde; birleşen veya bölünen şirketler ile yeni şirketler arasında akdedilen

\* Prof. Dr., ibrahimkaplan99@hotmail.com, ORCID: Makalenin Gönderim Tarihi: 24.11.2020, Kabul Tarihi: 24.11.2020

sözleşmeler öngörülmüştür. Mal varlığının devrinde ise; devreden şirket ile devralan şirket arasında devir sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler sonuçta, şirketlerin tüzel kişilik yapısının değiştirilmesine yönelik temel metinlerdir. Bu sözleşmelerin aşamaları şunlardır;

Bu sözleşmelerin kurulma aşamaları, sözleşme taraflarının kimler olduğuna ilişkin tespitler ve değerlendirmeler şu şekildedir;<sup>1</sup>

Birleşme Sözleşmesi; ilk olarak, birleşme işlemlerine katılan şirketler arasında imzalanmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ortakları arasında yapılan birleşme sözleşmesinden sonra, ikinci olarak; yeni şirket ile eski şirketin ortakları arasında da fiilen gerçekleşen sözleşmedir. Bu sözleşmeler, fiili sözleşme ilişkisi içinde ortaya çıkar.

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Malvarlığı devri sözleşmesi ise; devralan şirket ile devreden şirket arasında yapılan sözleşmedir. Sözleşmenin ikinci aşaması yani ortaklar arasında gerçek bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, bu şirketlerin ortaklarına şirketin yapı değişikliğindeki sözleşmelerde ortaya çıkan hukuki noksanlıklara karşı, ilgili hukuki yollara başvurma imkânı ile hukuki sorumluluk davası açma hakkı da tanınmış bulunmaktadır.<sup>2</sup>

## II. Şirketlerin Birleşmesi Sözleşmesi

### 1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

TTK m. 145 hükmüne göre; Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin, yönetim organlarıncı imzalanır ve genel kurulları tarafından onaylanır.

<sup>1</sup> Jean Nicolas Drurey, Gesellschafts-und Handelsrecht, Schulthess 2010, Zürich, §.21 S.294-295 ff.

<sup>2</sup> Fabiana Theos Simoni, SZW 2017, s. 409 – 409, Swisslex, 409- 424

Bir sözleşmenin tanımı; sözleşmenin yani sözleşmenin tipi belirleyen ve o ad altında adlandırılmasını sağlayan esaslı unsurlarının birleşiminden oluşur. İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG) Art. 12 maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın ise 136 ve 145. maddelerinde öngörülmüş olan birleşme sözleşmesi; yetkili organlar tarafından birleşme raporu çerçevesinde birleşme kararı alınan, bu kararın şirket genel kurullarınca onaylanmasından sonra, birleşmenin ticaret siciline kaydının yapılması şart koşan, bir sözleşmedir.

Birleşme sözleşmesi unsurları ise;

- Birleşmeye katılan şirket yönetim kurullarınca birlikte veya ayrı önceden düzenlenmiş birleşme kararı,
- Birleşme kararının, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca alınacak onay kararları
- Onaylanmış birleşme kararının ticaret siciline kaydı, olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

## **2. Birleşme Sözleşmesinin Konusu Olan Birleşme Türleri ve Tümden Geliş (Külli İntikal) İlkesi**

FusG'nin Art. 9 ve Art. 10 hükümleri ile TTK'nın 136. maddesinde birleşmenin türleri hükme bağlanmıştır. TTK'nın 136. maddesine göre;

Birleşme; bir şirketin diğer bir şirketi devralması "*yutma*" ( *Absorption* ) şeklindeki devralma biçimindeki birleşme türü olabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle "*yeni kuruluş*" ( *Kombination* ) biçiminde birleşme türü olabilir.

Birleşmeyi kabul eden şirket "*devralan şirket*", katılan şirket ise "*devrolunan şirket*" olarak adlandırılır

Birleşmede devrolunan şirketin malvarlığı belli bir değişim oranı dahilinde, devralan şirkete geçer. Payları devrolunan şirket ortaklarının hissedarlık hakları kendiliğinden, kanun hükmü uyarınca, bu ortaklarca iktisap edilmesiyle gerçekleşir.

Birleşme ile devrolan şirketin, malvarlığı bir bütün halinde devralan şirkete devredilmiş olur.

Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer. Birleşme hukuken, birleşilen yeni şirketin ticaret siciline kaydı ile gerçekleşir. Bu tescil işlemi; tapu sicilinde taşınmazların tescili tadili ve terkisinin olduğu gibi tasarrufi işlem niteliğindedir. Birleşme sözleşmesi ise borçlandırıcı işlem niteliğindedir.<sup>3</sup>

### 3. Birleşme Sözleşmesinin İçeriğinde Kanunen Bulunması Gereken Hususlar

Birleşme sözleşmesinin muhtevasında; FusG Art. 13 hükmü ile TTK'nın 146. maddesinin 1. fıkrası hükmünün, (a- i) bentleri arasında toplam (9) bentte belirtilen hususların yer alması zorunludur:

Birleşme sözleşmesinin;

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,
- b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,
- c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
- d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
- e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
- f) Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini,
- g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,
- h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,
- i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini, içermesi zorunludur.

<sup>3</sup> İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 61- 62, 6. Bası, Ankara 2012

#### 4. Birleşme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Birleşme sözleşmesi; FusG ve TTK hükümlerinde öngörüldüğü için kanunda düzenlenmiş tipik – isimli bir sözleşmedir.<sup>4</sup> Birleşme sözleşmesi katılan şirketleri borç yükleyen, iki taraflı, bu şirketlerin genel kurullarınca onaylanması gereken, şarta bağlı, borç doğurucu bir sözleşmedir.<sup>5</sup> Birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili işlemi, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, kuran veya değiştiren veya sona bir tasarrufi işlem niteliğindedir.<sup>6</sup> Birleşme sözleşmesini, tasarrufi sözleşme niteliğinde saymakta mümkündür.<sup>7</sup>

### III. Şirket Bölünmesi Sözleşmesi

#### 1. Bölünmenin Tanımı ve Türleri

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmesinin tanımı ve unsurları hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline

<sup>4</sup> Jürg A Luginbühl, Zürcher Kommentar Art. 12, N. 4- 6, Zürich 2004

<sup>5</sup> Kaplan, agk, s. 102

<sup>6</sup> Kaplan, agk, s. 102

<sup>7</sup> Kaplan, agk, s. 61-62



tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek taraflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.<sup>8</sup>

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.<sup>9</sup>

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşmamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.<sup>10</sup>

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

## 2. Sözleşmenin Esaslı Unsurları

- Malvarlığının tamamının veya bir kısmının ara bilanço (inventar) esasına göre devretme taahhüdü,

<sup>8</sup> Meier, Andreas; Art. 36, N. 1- 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

<sup>9</sup> Meier, Andreas; Art. 36, N. 7

<sup>10</sup> Andreas Meier, Art. 36 N. 8

- Devredilen malvarlığını kabul etme taahhüdü,
- Malvarlığı devrinin ticari siciline kaydı şartı,

Şeklinde saymak mümkündür. Bölünmede, denkleştirmede ödenecek denkleştirme tutarının yer alması zorunluluğu yoktur. Payların dağılımı ve hissedarların hakları kanun hükmü gereği yeni şirkete intikal eder.

### **3. Bölünme Sözleşmesinin ve Bölünme Planının Hukuki Niteliği**

Bölünme sözleşmesi; birleşme sözleşmesi gibi, FusG ve TTK'da hükme bağladığı için isimli- tipik bir sözleşmedir. Devir almak sureti ile bölünmede devreden şirketin karşısında bir veya birden fazla devralan şirket bulunmaktadır. Bu nedenle bölünme sözleşmesinde, iki tarafa borç yükleyen, bir veya birden fazla sözleşme vardır. Bölünmenin ticaret siciline kaydı - tescili, bir tasarrufi işlem niteliğindedir. Bölünmede bölünen şirketin malvarlığı yeni kurulan bir şirkete devrediliyorsa ve buna göre şirketin yönetim kurulu veya üst yönetimi bölünme için bir plan hazırlanırsa, ortada bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki mevcuttur.

Bölünme sözleşmesi şirket genel kurulunun zorunlu olarak onayına bağlı olduğu için ortada taliki şarta bağlı bir sözleşme söz konusudur.

Bölünme sözleşmesi, devrolan şirketin hissedarlık hakları devrolan şirkette kanun hükmü gereği kazanıldığı için, bu sözleşme üçüncü kişi lehine, bir sözleşme niteliğinde de değildir.

## **IV. Malvarlığının Devri Sözleşmesi**

### **1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları**

FusG Art. 70 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan malvarlığının devri sözleşmesi ticaret siciline tescilli devreden şirket ile devralan şirket arasında ,devreden şirketin malvarlığının tamamını veya bir kısmının külli intikal kuralları çerçevesinde ara bilanço tutarlarına göre, ölçüsü belirlenmiş tutarlarını devretmeyi taahhüt ettiği, devreden şirkette pay sahibi olan hissedarların hisseleri ile hissedarlık

haklarının devralan şirket veya şirketlere intikal ettiğinin yazılı olarak kararlaştırıldığı, iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir.

Bu tanıma göre sözleşmenin esaslı unsurları; devreden şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmını külli geçiş kuralları (tasarrufi işlem niteliğindeki tesciller dâhil) gereğince, devretme taahhüdü (borçlandırıcı işlem niteliğinde) ve yükümlülüğüdür

## 2. Hukuki Niteliği

FusG'da özel düzenlendiği (TTK'da düzenlenmemiştir) için tipik isimli sözleşmeler arasında sayılabilir. Malvarlığının devri sözleşme genellikle satış, trampa, bağış, şirkete sermaye olarak, evlilik sözleşmesi, mirasın taksimi sözleşmesi, sulh sözleşmesi, şirketin tasfiyesinde ,4046 sayılı özelleştirme sözleşmesi kapsamında şirketlerin birleşme, bölünme, tür değiştirmesinde karşılıklı devri söz konusu olabileceğinden, bu işlemler ve sözleşmeler çerçevesinde hukuki niteliği belirlenecektir. Bunlarda mülkiyetin devrine yönelik temlik sözleşmelerdir. Sözleşmenin imzalanmasıyla karşımıza iki tarafa borç yükleyen borçlandırıcı sözleşme olarak çıkar. Şirketlerin malvarlığı devrinin ticaret siciline kaydı ise, tasarrufi işlem niteliğinde bir tasarruf sözleşmesidir. Malvarlığı sözleşmesi; kural olarak şirket genel kurullarının onayına tabi bir işlem olmadığından talihi şarta bağlı bir sözleşme niteliğinde değildir. Şirket ortakları FusG Art. 74 hükmü uyarınca sonradan bilgi verilebilir.<sup>11</sup>

## 3. Malvarlığı Sözleşmesinin Türleri

Malvarlığı sözleşmesi genellikle mülkiyetin devrine yönelik temlik amacı güden örneğin satış, bağış, trampa, şirkete sermaye olarak devir, evlilik sözleşmesi, anlaşmalı boşanmada eşler arasındaki devirler, özelleştirme yoluyla şirket satışı veya devirlerinde görülmektedir. Bu nedenle sözleşmenin konusu olan devirlerin kanunda öngörülmuş sözleşme veya isimsiz sözleşmeler kategorisine giren türleri mevcuttur.

Malvarlığının devrinin bu türleri özel hukukla ilgili TBK ve ZGB'de düzenlenmiş olduğu için, ayrıca TTK'da düzenlenmesine ge-

<sup>11</sup> Fabiana Simoni Theos, SZW,2017, s. 409, 424, 413

rek görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak TTK m. 134 ile 194 arasında hükümlerin hepsi, FusG hükümlerinden alındığı için, TTK'da düzenlenmiş birleşme, bölünme sözleşmeleri gibi, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinin de TTK'da hükme bağlanması, kendine has özellikleri dikkate alınarak hukuken yerinde olur, görüşümdedir.<sup>12</sup>

## **§ 2.Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Şirketlerin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptıkları Borçlandırıcı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti**

### **I. Borçlandırıcı Sözleşme Kavramı ve Türleri**

Bir sözleşmenin en az bir tarafını borç altına sokan borç ilişkisine, "borçlandırıcı sözleşme" denmektedir. Sözleşmeleri değişik açılardan sınıflandırmak mümkündür:

#### **Kanunla ilişkisine göre;**

- Nominat (kanunda düzenlenmiş), Innominant (isimsiz)
- Kanunda düzenlenmemiş, karma sözleşmeler,

#### **Sözleşmede tarafların üstlendikleri edim borcuna göre;**

- Tek taraflı ve iki taraflı (tam iki taraflı -eksik iki taraflı) sözleşmeler;
- Şirket sözleşmeleri,

#### **Sözleşmenin sürelerine göre; Sözleşmenin sürelerine göre, Sözleşmenin sürelerine**

#### **göre;**

- Uzun süreli ve kısa süreli sözleşmeler,
- Devamlı - sürekli sözleşmeler ve
- Zamanın etkisine göre borç ilişkileri edimin türlerinde olduğu,

<sup>12</sup> TBK'nın 202. maddesinde düzenlenmiş bulunan "Malvarlığının veya işletmenin devralınması" ve TBK. madde 203'de düzenlenmiş olan "işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi" hükümleri, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde yeterli olamayacaktır, zira düzenlenen konular farklıdır.

- Ani edimli borç ilişkileri (peşin satış gibi),
  - Sürekli edimli borç ilişkileri (iş görme sözleşmeleri),
  - Devri-periyodik edimli borç ilişkileri (kira, taksitle satış gibi),
  - Belirli zamanlı borç ilişkileri (örneğin belli günde ifası gereken konser verilmesine dair borç ilişkisi),
  - Basit sözleşme,
- türlerine ayrılmaktadır.<sup>13</sup>

Şirketlerin, birleşme, bölünme ve malvarlığın devri sözleşmelerinin yapılması aşamasında bu şirketlerin üçüncü kişilerle olan mevcut sözleşmelerinin akıbeti açısından; sözleşme süreleri ayırımı önem arz etmektedir

Şirketlerin birleştirilmesi, bölünmesi ve mal varlığının devri sözleşmelerinin yapılması ve uygulanması aşamasında, şirketlerle önceden yapılmış, sürekli niteliğindeki mevcut olan sözleşmelerin; TBK.m.205 ve 206 hükümlerinde düzenlenmiş “**sözleşmenin devri - sözleşmeyi üstlenme**” ve “**sözleşmeye katılma**” sözleşmeleri açısından değerlendirilmesi gereklidir. Bir başka ifadeyle, bu devir ve sözleşmeye katılma sözleşmelerinin de nasıl yapılması gerektiğinin hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

## II. Birleşme Sözleşmesinde, Birleşen Şirketlerle Önceden Yapılmış Sürekli Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

### 1. Birleşme Sözleşmesinin Tarafları

Birleşme sözleşmesinde; devreden şirket ve devralan şirket olmak üzere, iki taraf bulunmaktadır. FusG. Art.9 ve Art.10 hükümleri ile TTK'nın 136. maddesi hükmüne göre, birleşme bir şirketin diğer şirkete devralması “**yutma**” şeklindeki devralma biçiminde olabileceği gibi,

Birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle “**yeni kuruluş**” biçimindeki birleşme türü olabilir.

<sup>13</sup> Kaplan, Borçlar hukuku 6. Bası, Sh.37

## 2. Birleşme Sözleşmesinde, Üçüncü Kişilerle Önceden Yapılmış Uzun Süreli Sözleşmelerin Devri

Devreden şirket ile devralan yeni şirket arasındaki; “Yutma” şeklindeki tam birleşme sözleşmelerinde devreden şirketin, üçüncü şirketlerle olan borç ilişkilerinden doğan alacak borçlarının, yani aktif ve pasiflerinin devri ve nakli konusunda; bir düzenleme öngörmeleri gerekmektedir.

Alacakların devri için, TBK.m. 183/1 hükmü gereğince; borçlunun rızası gerekmemektedir.

Borçların nakli için ise, TBK.m.196/ 3 hükmü gereğince, alacaklının açık veya üstü örtülü rızası aranmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ve bunların dışındaki üçüncü şirket veya şirketler

Birleşme kararının ticaret siciline kaydı ile devreden şirketin kişiliği sona erer.

Devreden şirket ile devralan yeni kurulacak yutma şeklindeki,

Devreden şirketin üçüncü kişilerle mevcut sürekli sözleşmelerin devrinde ise, ya devir sözleşmesinde bir çözüm düzenlemesi yapmaları, bu sözleşmeyi TCK.m.205/2 uyarınca yeni kurulacak şirketin onaylaması şartının konması veya TBK.205/1 hükmü uyarınca mevcut sürekli sözleşmelerin devri için; bir sözleşmenin devri konusunda “devir sözleşmesinin yapılması” gerekmektedir.

TBK.205 hükmünün 1 ve 2.fıkralarında düzenlenmiş bulunan devir sözleşmesi, FusG ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş bir sözleşme türüdür. Ancak sürekli borç ilişkileri niteliğinde olan TBK.m.259 vd. “kira sözleşmesinin, TBK.m.357 vd. “Ürün kirası”, TBK.m.379 vd. “kullanım ödünçü (eşya ödünçü)” TBK.m.386’daki “tüketim ödünçü” (para ödünçü), TBK.m.470 vd. “eser sözleşmesi”, TBK.m.561 vd. “saklama” ve TBK.m.620 vd. “adi ortaklık” sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Ayrıca, su, gaz ve elektrik tüketim abonmanı sözleşmeleri, sözü geçen bu sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri, yani sözleşmedeki yenilik doğuran haklar, sona erme sebepleri, yeni kurulacak

şirkete geçmiş olacaktır. Bu geçiş durumunda, “münferit hak ve borçlarının” ayrı ayrı devri teorisi yerine, bütünlük teorisi uygulanmaktadır.<sup>14</sup>

### III. Şirketin Bölünmesi Sözleşmesinde, Üçüncü Kişilerle Önceden Yapılması Mevcut Sözleşmenin Hukuku Akıbeti

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmenin tanımı ve unsurları hükmüne bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek ta-

<sup>14</sup> SZW.2004, s.231 vd.

raflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.<sup>15</sup>

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.<sup>16</sup>

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşamamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.<sup>17</sup>

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

### **1. Şirketlerin Bölünme Sözleşmesinde, Bölünen Şirketin Üçüncü Kişilerle Önceden Yaptığı Mevcut Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti**

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerden birinin, malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret siciline bölünmenin kaydından itibaren, külli intikale (tümünden geçişe göre) devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin iki tarafı borç yükleyen bir sözleşmedir.

<sup>15</sup> Meier, Andreas; Art. 36, N. 1- 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

<sup>16</sup> Meier, Andreas; Art. 36, N. 7

<sup>17</sup> Meier, Andreas; Art. 36 N. 8



Bölünen devreden şirket ile devralan şirket arasında yapılan tam bölünme sözleşmesi ile kısmi bölünme sözleşmelerinde, üçüncü kişilerin bölünen şirketlerle olan sözleşmelerin, devralan şirkete intikali, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma sözleşmeleri ile gerçekleştirilmiştir.

Bölünme sözleşmesi veya sözleşmelerinde FusG. Art.52 hükmü gereğince, aktif ve pasifler devralan şirkete geçmiş olması yeterli görülmüş, ancak üçüncü kişilerle yapılan bölünen şirketlerin sözleşmelerinin ise, akıbeti kanunda özel olarak düzenlenmemiş ve hukuki açıdan çözüme kavuşturulmamıştır.<sup>18</sup>

## 2. Tam ve Kısmi Bölünme Sözleşmelerinin Metninde, Üçüncü Kişilerle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki

Her iki bölünme sözleşmesi türünde; bölünen kısmın, devreden şirket ile devralan şirket arasında yapılan bölünme sözleşmesinde; üçüncü kişi ile yapılan sözleşmelerin devralan intikali sorunu, önce ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Bu düzenlemeyi, üçüncü kişiler onay vererek kabul etmeli yani devir sözleşmesinin hükümlerini aynen kabul etmeli veya üçüncü kişi ile, bölünmeyi devreden ve devralan şirket yetkilerinin arasında, TBK.m.205'e göre, yazılı devir sözleşmesi yapılmalıdır. Bu durumda, devreden şirketin artık önceki sözleşmelerle ilişkisi kalmayacaktır. TBK.m.206 hükmündeki, sözleşmeye katılma sözleşme" her durumda uygulama alanı bulmayacaktır.

FusG. Art.47 ve Art.75.hükümlerine göre, devralan şirketin borç ödemelerinden aczi durumunda, alacaklılara karşı devreden şirket ikinci derecede müteselsilen sorumludur. Kanun hükümleri gereğince üçüncü kişilerle yapılan kira, hasılat kirası, finansal kiralama, süreli satış sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, devreden açısından sona erer. Devralan açısından taraf onayına gerek olmadan ona geçmiş sayılır.<sup>19</sup>

## IV. Şirketin Malvarlığının Diğer Bir Şirkete Devrinde Üçüncü Kişilerle Malvarlığına Devreden Şirketin Önceden Yaptığı Sözleşmelerin Hukuki Akıbeti

"Mal varlığının devrini öngören sözleşmeler, mülkiyetin devrini öngören sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, tarafların üçüncü kişilerle

<sup>18</sup> SZW.2004, S.231 ff.

<sup>19</sup> SZW, 2004, S.238

yaptıkları süreli satışlar, banka kredilerinin, şahsi ve aynı teminatların akıbetini de düzenlemeleri gerekir.

Bu tür sözleşmeler, mal varlığının devri sözleşmeleri malvarlığını devralan şirketi bağlamaz. Ancak FusG. Art.75; TTK.m.176 ve 158'e göre mal varlığı aktif ve pasifleri ile birlikte devredildiği için, devreden şirket, önceki sözleşmelerinden dolayı aktif ve pasifleri ile birlikte devredildiği için, önceki sözleşmelerinden dolayı aktif ve pasifte yani olan malvarlığı ile ilgili ihtilaflarda üç yıl boyunca ikinci derecede müteselsil sorumluluğu devam etmektedir.

Özelleştirme sözleşmelerde durum farklıdır. Özelleştirmeyi yapan şirket, külli intikal ilkesi gereğince bu sözleşmelerle kanun gereği bağlıdır. Bu sözleşmelerin sona erme sebeplerini özelleştirme idaresinin karar vermesi gerekir.

### **§ 3. Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde, Vergi Hukuku Sorunlarının Çözümü**

#### **I. Birleşen, Bölünen ve Malvarlığını Devreden Şirketler ile Devralan Şirketlerin Vergiler Açısından Hukuki Sorumluluğu.**

##### **1. Vergi Türleri ve Özellikleri**

Vergiler, doğrudan vergi mükellefi olan kişiler ve şirketler açısından belli başlı vergiler şunlardır;

- Gelir vergisi,
- Giderler Vergisi
- Kurumlar Vergisi
- Taşınmaza İlişkin Vergiler
- Katma Değer Vergisi

Türk Ticaret Kanunu'nun Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının devri sözleşmeleri ile ilgili 136 ila 194. maddeleri arasındaki hükümlerinde, vergilerle ilgili düzenlemeler yapılmamıştır. Bu durumda vergilerin mükellefleri, vergilerin tahakkuku, tahsili ve zamanasını konuları, Vergi Kanunlarına göre, belirlenecek, ettirilecek ve ödenecektir.

## 2. İsviçre Birleşim Kanunu Hükümlerine Göre Vergilerin Durumu

### a) Birleşme Halinde Vergiler

FusG hükümlerinde; vergilerle ilgili uyarma kuralları öngörülmemiştir. Birleşmede, malvarlığının devri söz konusu olmadığı, sadece ve bir karşılık da ödenmediği ve ayrıca şirket rezervleri paraya çevrilmediği için, vergi sorunları, her vergi türü için, yalnız gelir ve kazanç vergisi, harç ve damga vergisi özel hukuk ilişkilerinden kaldırıldığı için, diğer katma değer, kurumlar vergisi ve diğer vergiler için her vergi türü için birbirinden bağımsız olarak, tabi olduğu vergi kanununa göre, vergiler tahakkuk ettirilmekte ve tahsil edilmektedir.<sup>20</sup>

### b) Bölünme Durumunda Vergiler

Bölünme durumunda vergiler açısından bir farklılık yoktur. Her vergi türü kendisi hakkındaki kanun hükümlerine tabi olarak, tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

İktisadi faaliyet açısından da vergiler birbirinden bağımsız olarak tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

Bağlı şirketler için, malvarlığının devrinde ve satışında gelir vergisi bağımsız olarak tahakkuk ettirilmekte ödenmektedir.

### c. Malvarlığının Devrinde Vergi Sorunları (Art. 69 vd.)

Malvarlığının devrinde de özel hukuk açısından, müstakil firmalarda, şirket yapısının değişmiş olması dışında, vergi tahakkuku ve ödenmesi birbirinden bağımsız olarak tesbit edilmektedir.<sup>21</sup>

Holding şirketleri ile Joint Venture (Müşterek İş Ortaklığı) ve bağlı şirketlerden açısından, her vergi türü ayrı ayrı tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

<sup>20</sup> Detaylı Bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 3 N.1ff, Art.3-28 N. 61.ff.

<sup>21</sup> Detaylı bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 68 ff.

## **II. Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Vergilerin Durumu**

### **1. Genel Olarak Belli Başlı Vergi Türleri**

Vergiler, doğrudan vergi mükellefi olan kişiler ve şirketler açısından belli başlı vergiler şunlardır;

- Gelir vergisi,
- Giderler Vergisi
- Kurumlar Vergisi
- Taşınmaza İlişkin Vergiler
- Katma Değer Vergisi
- Damga vergisi

TTK'da da birleşme, bölünme ve malvarlığının devri sözleşmeleri açısından vergi türleri ile ilgili düzenlemeler yer almamıştır.

### **2. Birleşme Halinde vergiler**

Birleşen, bölünen ve malvarlığını devreden şirketlerin ödemekle yükümlü oldukları vergi türleri, her bir şirket için bağımsız olarak iktisadi faaliyet alanına göre belirlenmelidir.

### **3. Bölünme Halinde Vergiler**

Bölünen şirketteki tam ve kısmi bölünmede devreden şirket ile devralan mevcut şirket, iktisadi faaliyet alanlarına ilgili vergi kanunlarına göre ayrı ayrı birbirinden bağımsız olarak vergi mükellefi olacaktır.

### **4. Malvarlığının Devri Halinde Vergiler**

Malvarlığının devrinde de özel hukuk açısından, müstakil firmalarda, şirket yapısının değişmiş olması dışında, vergi tahakkuku ve ödenmesi birbirinden bağımsız olarak tespit edilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Detaylı bilgi için, Kommentar zum FusG, Art. 68 ff.

Holding şirketleri ile Joint Venture (Müşterek İş Ortaklığı) ve bağlı şirketlerden açısından, her vergi türü ayrı ayrı tahakkuk ettirilmekte ve ödenmektedir.

## SONUÇ

Şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devri sözleşmelerinde, şirketlerin üçüncü kişilerle önceden yaptıkları borçlandırıcı sözleşmelerin hukuki akıbetinin tespiti için TTK'da düzenlenmiş bulunan şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin yanında TBK'nın sözleşmenin devri ve 206. maddesindeki sözleşmeye katılma hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birleşen, birleşen ve malvarlığını devreden şirketlerin ödemekle yükümlü oldukları vergi türleri, her bir şirket için bağımsız olarak iktisadi faaliyet alanına göre belirlenmelidir.

## Kaynakça

- Druey Jean Nicolas, Gesellschafts-und Handelsrecht, Schulthess 2010, Zürich, §.21 S.294-295 ff.
- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku, 6. Bası, Ankara 2012
- Kaplan İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013
- Luginbühl Jürg A., Zürcher Kommentar; Art. 12, Zürich 2004
- Meier Andreas, Zürcher Kommentar zum FusG; Art. 36, Zürich 2004
- Meier- Dieterle, Felix C., Zürcher Kommentar zum FusG; Art.105-108; Zürich 2004
- Simoni Fabiana Theos, Fusions-, Spaltungs- und Vermögensübertragungsverträge
- Wolf Mattias, Basler Kommentar zum FusG; Art.12; Zürich 2014 aus Sicht der Gesellschaft und der Gesellschafter; SZW 2017; S.409 vd.



