

# 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 : 12. 07. 2021**

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

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

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

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

### Yayın Politikası

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

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Yayın Kuralları

1. Yazı, [yazin@barobirlik.org.tr](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 kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

### Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, 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 Recep DOĞAN**  
AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi /  
Examining the Lawfulness of the Detention in the Light of ECHR's Judgements
- 51 Ömer KESKİNSOY / Semih Batur KAYA**  
2017 Anayasa Değişikliğinin Demokratik Nitelik Sorunu / Democratic Quality  
Problem of the 2017 Constitutional Amendment
- 79 Doğan ŞENYÜZ / Recep KAPLAN**  
Temel Haklara İlişkin Anayasal Güvencelerin Vergi Hukukundaki Güvenceleri  
Daraltıcı Kullanımının Bir Danıştay Kararı Üzerinden İncelenmesi / Examination  
of the Contractionary Use of the Constitutional Safeguards Related to the  
Fundamental Rights on the Safeguards in Tax Law Through a Decision of the  
Council of State
- 147 Fatih ŞAHİN**  
Güveni Kötüye Kullanma Suçu (Tck 155/1-2) The Crime of Abuse of Trust (TCK  
155/1-2)
- 203 Umut BALCI**  
Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel  
Düzenlenme Yeri / Criminal Law Dimension of Cryptocurrencies and Their  
Possible Place of Regulation in Turkish Legislation
- 261 Selahattin Samet BİLGE**  
5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Taşınmaz, Hak ve Alacaklara  
Elkonulması Koruma Tedbiri (CMK M. 128) / Protection Measure on Seizure of  
Immovable Goods, Rights and Credits in Criminal Procedure Code N. 5271
- 295 İlker ZEYREK**  
Birey-İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki  
Görünümü / Right to Good Administration in Terms of Individual-Administration  
Relationship and its Appearance in Turkish Positive Law
- 331 Burç Volkan ZOR**  
Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri / Principles of Administrative  
Procedure in Disciplinary Law

**379 Melih IŞIK / Osman Levent ÖZAY**

Sınırdaf Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi / The Effect of Repeal of Pre-Emption Right of Adjoining Agricultural Landowners on Pending Cases

**409 Fatma ESENYEL HANAZ**

Çevrimiçi Eğitimde Üniversite Öğrencilerinin Kişisel Verilerinin İşlenmesinin Hukuki Sebepleri / Lawful Basis of Processing Personal Data of University Students in Online Education

**461 Ayşe Füsun ARSAVA**

AB Hukukunda Mülteci ve Göç Sorunu / EU Migration and Asylum Law

**479 Elif Can ÇALICI**

Hukuki Pozitivizmin Normatifiği: Feminist Perspektiften Bir İnceleme / The Normativity of Legal Positivism: An Analysis from the Feminist Perspective



# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Değerli meslektaşlarım,

İzmir Bayraklı'da haciz işlemeine giden meslektaşımız iş yerinin önünde başına silah dayanarak yere yatırıldı. Tehdit ve darp edildi.

Meslektaşımıza yapılan bu saldırı, hukuk devletine ve vatandaşa yapılmış bir saldıdır.

Saldırıyı şiddetle kınıyor, meslektaşımıza geçmiş olsun diyoruz.

Hukuk devletinde güç kullanma (cebri icra) yetkisi hukuk kuralları çerçevesinde sadece devlete aittir.

"İcra", güç kullanma yetkisi içediği için devletin görevidir.

Haciz mahallerinde meslektaşlarımıza yapılan saldırıların mağduru yalnız saldırıya uğrayan avukatlar değildir. Saldırıların bir diğer hedefi, avukatların haklarını koruduğu vatandaşlardır.

Haciz sırasında avukata ya da bir başka görevliye yönelik saldırı, aynı zamanda devletin egemenlik hakkına saldıdır.

Bir daha böyle olayların tekrarlanmaması için alınması gereken tedbirleri görüşmez üzere Sayın Adalet Bakanı'mızı bir heyet ile birlikte ziyaret ettik. Kendisini, son dönemde haciz mahallinde saldırıya uğrayan meslektaşlarımızla ilgili bilgilendirdik. Taleplerimizi de kendisine ilettik.

Talebimiz, haciz mahallerindeki şiddet sorununa kalıcı ve etkili bir çözümün ivedilikle getirilmesidir.

Başkan'dan

Önerimiz, 'her fiili haciz işlemi sırasında yeteri kadar kolluk görevlisinin zorunlu olarak bulundurulması için bir kanuni düzenleme yapılması'dır. Buna ilişkin yetkili mercilere ilettiğimiz teklifimizin takipçisiyiz.

Devlet bu şiddete çözüm bulmaz ise sadece bireylerin can güvenliğini koruyamamış olmaz. Aynı zamanda haciz mahalli özelinde egemenliğini devlet dışı güçlerle paylaşmış olur.

Saygılarımızla.

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

# AIHM KARARLARI IŞIĞINDA TUTUKLAMA TEDBİRİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

## EXAMINING THE LAWFULNESS OF THE DETENTION IN THE LIGHT OF ECHR'S JUDGEMENTS

Recep DOĞAN\*

**Özet:** Bu makalede tutuklama tedbirinin uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar nedeniyle AIHM'ye yapılan başvurular- da, AIHM'nin tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunu denetler- ken kullandığı kıstaslar ve konuya yaklaşımı tartışılmış, özellikle son beş yıl içerisinde Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların taranması suretiyle Türkiye'deki uygulamanın AIHM uygulaması ile tutarlı olup olmadığı incelenmiştir.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi- yle ilgili mahkemenin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine verdiği kar- rarlar ışığında, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli as- gari şartlar, AIHM'in inceleme yetkisinin kapsamı, makul süreyi aşan tutukluluk halleri ve bu tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağla- madığı tartışılmış ve bazı çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tutuklama, Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğu, Makul Süreyi Aşan Tutuklama, AIHM Kararları, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

**Abstract:** In the light of well-established case law of the European Court of Human Rights (ECHR) and its specific judgements given against Turkey within the last five years, this article discusses how ECHR reviews the applications when examining whether the applicant's initial and continued pre- trial detention is "lawful" within the meaning of Article 5 of the European Convention on Human Rights.

After explaining case law and the approach of the ECHR, the article discusses whether the Turkish courts' interpretations of relevant provisions concerning detention are compatible with the ECHR's case law. In this context, how the ECHR examines the lawfulness of the detention and grounds submitted to justify it, and the limit of the ECHR's power in this examination will be discussed. Then, how the Court ascertains whether the length of detention exceeds a reasonable time will be explained. Finally, the effectiveness

\* Dr. LL.M., PhD, Keele University UK, recepdogan06@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7739-3071, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.12.2020, Kabul Tarihi: 03.01.2021

of an individual application to the Constitutional Court in such cases where the length of the detention is excessive will be reflected with some recommendations.

**Keywords:** Detention, The Lawfulness of The Detention Pending Trial, The Excessive Duration of The Detention, The Judgements Of ECHR, An Individual Application to The Constitutional Court

## GİRİŞ

Yaygın olarak kabul gören kullanımıyla “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)”<sup>1</sup> imzalandığı andaki resmi çevirideki adıyla “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme” Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından Roma’da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanarak 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Bu makalenin<sup>2</sup> konusunu teşkil eden tutuklama tedbiri kapsamında, söz konusu Sözleşme’nin 5. maddesi, “demokratik bir toplumda” çok büyük öneme sahip özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına almaktadır.<sup>3</sup> Bu madde hükmüne göre, her bireyin özgürlükten yoksun bırakılmamaya veya özgürlükten yoksun bırakılması halinde bu halin sürdürülmemesini istemeye hakkı vardır.<sup>4</sup> Özgürlükten yoksun

<sup>1</sup> İnsan haklarının evrensel bir niteliğe sahip olduğu, sadece Avrupa’ya özgü bir kavram olmadığı gerçeği karşısında, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme’nin Türkçe’ye “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)” yerine “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)” şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe’ye “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)” yerine “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)” şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılmalı beraber, söz konusu terimlerin literatürdeki yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> Bu makale kapsamında, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen son beş yıllık (Ocak 2016- Ekim 2020) tüm mahkeme kararları AİHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden taranmış olup Türkçe kararlar için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yapılan ve veri bankasında yer alan kararlardan faydalanılmıştır. Kullanılan bu Türkçe kararların künyesi makalede “Davacı/Türkiye” formatında belirtilmiş, diğer İngilizce kararların künyesi için ise “Applicant v.” formatı kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Assanidze v. Georgia [GC], (no. 71503/01), § 169, 8 April 2004; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 13237/17), § 122, 20 Mart 2018; Alparslan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 12778/17), § 99, 16 Nisan 2019; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), (Başvuru no.14305/17), § 159, 20 Kasım 2018.

<sup>4</sup> Weeks v. the United Kingdom, (no.9787/82), § 40, 2 March 1987; Alparslan Altan / Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 160.

bırakılma ve Sözleşme'nin 5. maddesi söz konusu olduğunda, hukuki belirlilik genel ilkesinin karşılanması oldukça önemlidir. Bu nedenle, iç hukukta özgürlükten yoksun bırakılmanın şartları açıkça tanımlanmalı ve hukukun bizatihi kendisi ve uygulaması önceden öngörülebilir hale getirilmelidir. Böylelikle, her somut olayın özelliklerine bağlı olarak, her bireyin davranışlarının muhtemel sonuçlarını, gerekirse uygun gördüğü danışmanlık hizmetlerinden de yararlanıp makul sayılabilecek sınırlar içinde önceden öngörmesi sağlanarak, Sözleşme tarafından ortaya konan hukukilik ilkesinin şartları gerçekleştirilmelidir.<sup>5</sup>

Hal bu olmakla beraber, yapılan tüm reform çalışmalarına ve mevzuat değişikliklerine rağmen, tutuklama tedbiri ve bu tedbirin yorumlanmasına ilişkin problemler ceza muhakemesinin en sorunlu alanlarından biri olmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi kapsamında mahkemenin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine son 5 yıl içinde verdiği kararlar ışığında, öncelikle tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli aşgari şartlar ve tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunun AİHM tarafından nasıl denetlendiği açıklanacak, tutuklama tedbirine ilişkin olarak Türkiye'deki mevcut uygulamanın AİHM uygulaması ve içtihatları ile uyumlu olup olmadığı incelenecektir. Ardından AİHM kararlarına konu olmaya devam eden, makul süreyi aşan tutukluluk hallerinde AİHM'nin inceleme yetkisinin kapsamı ve bu tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığı tartışılacak, nihayetinde bazı çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

## I- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE TUTUKLAMA TEDBİRİ VE TERİM SORUNU

AİHS' in "özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesinin tutuklamaya ilişkin bölümüne göre:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

<sup>5</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 103; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 143.

c) Kişinin bir suç işlediğine dair *makul şüphenin* bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul sebeplerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve *tutulması*;

...

3. İşbu maddenin 1.(c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya *tutulan* herkesin *derhal* bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi *makul bir süre* içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya *tutulma* yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında *ivedilikle* karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”

Bu bağlamda, özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlanmasına ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen istisnalar sınırlı sayıda<sup>6</sup> belirlenmiş olup bu istisnaların genişletilmeyerek dar bir yoruma tabi tutulması, bu hükmün amacına ve konusuna uygun düşer.<sup>7</sup> Bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin muğlak olması ve hukuki belirlilik genel ilkesinin karşılanması önemli olmakla beraber, söz konusu maddenin 1954 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan çevirisiyle, hâlihazırda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sayfasında yer alan çeviri<sup>8</sup> arasında farklar bulunmaktadır. Her şeyden önce 5. maddenin tamamı incelendiğinde görüleceği üzere, söz konusu madde özgürlüğün kısıtlanması kapsamında

<sup>6</sup> Labita v. Italy [GC], (no. 26772/95), § 170, 6 April 2000; Alparslan Altan/Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/ Türkiye (No.2), § 160.

<sup>7</sup> Assanidze v. Georgia, § 170; Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], (no. 27021/08), § 99, 7 July 2011; Buzadji v. the Republic of Moldova [GC], (no. 23755/07), § 84, 5 July 2016; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 123; Alparslan Altan/Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 160.

<sup>8</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)

ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olan yakalama (*arrest*) gözaltı (*custody*) ve tutuklama (*initial and continued pre-trial detention*) kavramından daha geniş olacak şekilde, özel hukuka ilişkin olarak bir küçüğün eğitim amacıyla bir kurumda tutulması veya akıl hastalarının ya da bulaşıcı hastalığa sahip olan kişilerin tedavi amacıyla bir kuruma yerleştirilmesini kapsayan tutma veya tutulma (*detention*) hallerini de düzenlemektedir.

Ancak Sözleşme'nin 5. 1 (c), 5/2, 5/3 ve 5/4 maddeleri mutlak surette soruşturma sırasında tutuklanmaya, kovuşturma süresince tutukluluk halinin devamına ve tutuklu yargılanmaya ilişkindir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesinde yer alan ve Türkçe'ye "makul veya kabul edilebilir şüphe" olarak çevrilmesi gereken "*reasonable suspicion*" deyimini, 1954 tarihli resmi çeviride "bir suç işlendiği şüphesi doğuran makul sebep" olarak çevrilmişken, hâlihazırda AİHM'in internet sayfasında yer alan çeviride ise "kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için *inandırıcı* sebep" şeklinde, çevrilmiştir. Söz konusu farklar AİHM tarafından Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu davalara ilişkin olarak verilen ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yaptırılıp, AİHM'in içtihatlarının yayımlandığı veri bankasında yer alan Türkçe kararlara da yansımış bulunmaktadır.<sup>9</sup>

Madde metninde yer alan "*reasonable*" kelimesinin "makul" olarak çevirmesi ile "*inandırıcı (convincing)*" olarak çevrilmesi arasındaki farkın hâkim veya mahkeme tarafından şüpheli veya sanık hakkında yargılamanın soruşturma ve kovuşturma aşamasında alınabilecek tedbirler için gerekli olan şüphe derecesinde farklılıklara yol açtığı, makul şüphenin inandırıcı şüpheye göre daha aşağıda bir etki derecesine

<sup>9</sup> Tutukluluk veya özgürlükten yoksun bırakılmanın "makul şüpheye" dayandırılması gerektiği yönünde kararlar için bkz. Mergen ve diğ.leri/Türkiye, (Başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09), § 46, 31 Mayıs 2016; "inandırıcı nedene" dayanması gerektiği yönündeki kararlar için bkz. Ayşe Yüksel ve diğ.leri/ Türkiye (Başvuru no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09), § 51, 31 Mayıs 2016; Erkenov/Türkiye, (Başvuru no.18152/11) § 18, 6 Eylül 2016; Levent Ersöz/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.45746/11), § 48; 17 Şubat 2015; Ağıt Demir/Türkiye (Başvuru no. 36475/10), § 32, 27 Şubat 2018; Şahin Alpay/Türkiye, (Başvuru no. 16538/17), § 103, 20 Mart 2018; "kabul edilebilir şüpheye" dayanması gerektiğine dair kararlar için bkz. İrfan Güzel/Türkiye, (Başvuru no. 35285/08), § 42, 7 Şubat 2017.

sahip olduğu, inandırıcı şüphe halinde ise hâkimin takdir yetkisinin esaslı bir biçimde sınırlandırıldığı açıktır.<sup>10</sup> Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da, her bir tedbirin insan hak ve özgürlüklerine getirdiği sınırlama derecesine göre farklı şüphe ve delil durumlarını zorunlu kılmıştır.<sup>11</sup>

Bu nedenle Sözleşme'nin 5. 1 (c), 5/2, 5/3 ve 5/4 maddelerinde yer alan terimlerin yukarıda yer aldığı şekilde ceza ve ceza muhakemesi hukukunun kavramlarına ve kurumlarına uygun olarak çevrilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu makalede tutuklama tedbirine ilişkin olarak AİHS'in 5. maddesinde geçen "*reasonable suspicion*" kelimesi "makul şüphe", "*reasonable time*" kelimesi "makul süre", "*promptly*" kelimesi "derhal", "*speedily*" kelimesi "ivedilikle" şeklinde çevrilecek ve bu şekilde yorumlanacaktır.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> CMK'da yer alan farklı şüphe durumları hakkında bkz. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.298, 299.

<sup>11</sup> Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının anlaşılması amacıyla gözlem altına alınması için fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphenin bulunması (CMK m.74/1), gözaltı tedbirinin uygulanması için kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı (CMK m.91/2), tutuklama tedbirinin uygulanması için kuvvetli suç şüphesinin bulunması (CMK m.100/1), arama tedbirinin uygulanabilmesi için şüphelinin veya sanığın yakalanabileceğine veya suç delillerinin elde edilebileceğine dair makul şüphenin varlığı (CMK m.116/1), taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (CMK m.128/1), bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda kayyım tayini (CMK m.133/1), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m.134/1), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135/1), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139/1), teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı (CMK m.140/1), için kuvvetli suç şüphesinin varlığı, kamu davasının açılması için (CMK m.170/1) yeterli suç şüphesinin varlığı, uzlaştırma kapsamında yer alan suçlarda dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi için soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması (CMK m.253/4), hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerin varlığı nedeniyle reddi (CMK m.24/1) için basit şüphenin bulunması gerekmektedir.

<sup>12</sup> Ceza muhakemesi kurum ve kavramlarının ve tutuklama tedbirinin AİHS ve AİHM kararları doğrultusunda yorumlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s.37-74; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.



## II- AİHM İÇTİHATLARINA GÖRE TUTUKLAMA TEDBİRİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

5. maddenin yorumlanmasına ilişkin AİHM içtihatlarına göre tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için:

- a) Her şeyden önce kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunması,
- b) Tutukluluğun keyfi olmaması, makul şüpheye ek olarak özgürlükten yoksun kılmanın gerekli olduğuna dair amaca uygun ve yeterli gerekçe sunulması,
- c) Tutukluluğun ölçülü olması, tutuklamaya alternatif diğer kontrol tedbirlerinin yetersiz kalması halinde son çare olarak uygulanması,
- ç) İlgiliye özgürlükten yoksun kılmanın meşruluğuna adli bir makam önünde itiraz etmesini sağlayacak bir itiraz başvurusu yapma olanağının sağlanması,
- d) Bu itiraz yolunun etkili olması, yani tutuklamanın hukuka uygunluğunun ivedi bir biçimde incelenerek gerektiğinde ilgilinin serbest bırakılmasını sağlayabilmesi,
- e) Nihayetinde tutukluluğun makul süreyle sınırlı olması ve ilgili hakkında ilk derece mahkemelerince henüz hüküm verilmemiş olması gerekir. Hakkında ilk derece mahkemelerinin hüküm verdiği ve tutuklu yargılanmasına devam edilen kişilerin uzun süren tutukluluk hallerinde Sözleşme'nin 6 ve 5. 1 (a) maddesi geçerli olup bu durumda tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğundan çok adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği denetlenmektedir.

Aşağıda bu hususlar tek tek alınıp açıklanacaktır.

### A-Makul Şüphenin Bulunması

Bir koruma tedbiri olan tutuklama kurumunun masumiyet karnesiyle de bağlantılı olması ve geçici bir tedbir olması sebebiyle, AİHS'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunması gerekir. Bu yönüyle 5.

madde tutuklama için kuvvetli suç şüphesini arayan CMK'nın 100. maddesinden kısmen ayrılmakta olup makul şüphe kuvvetli şüpheden daha az yoğun bir şüpheyi ifade etmektedir.<sup>13</sup>

AİHM, yakalama, tutuklama ve gözaltına alma gibi özgürlükten yoksun kılan koruma tedbirleri kapsamında, tedbirleri uygulayan kolluk kuvvetlerinin suç işlendiği konusunda sahip oldukları kötü niyetten uzak samimi bir şüphenin tedbiri uygulamak için yeterli olmadığını belirtmektedir. Mahkeme şüphenin makul olması gerektiğini, bu özelliğin şüphe kavramına denetime elverişli objektif bir nitelik kazandırdığını, kolluk kuvvetlerinin aklından geçenlere, kişisel kanaate ve yoruma dayalı olarak ileri sürülebilecek sübjektif ve keyfi gerekçelerin önüne geçtiğini belirtmektedir.<sup>14</sup> Mahkeme'ye göre, tutuklama kararının dayandırılması gereken "makul şüphe" kavramı Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi tarafından getirilen korumanın temel unsurunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda, makul şüphe, söz konusu kişinin, atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların ve bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte, inandırıcı olarak kabul edilebilecek bilgi ve olgular somut olayın koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesine bağlıdır.<sup>15</sup>

Kişinin, atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların iç hukukta cezai yaptırım öngören bir eylem veya olay hakkında olması gerekir. Bir başka deyişle, makul şüphe konusunda varlığına dayanılan olgular suç olarak öngörölmüş bir fiile ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla, tutuklu bulunan bir kişiye isnat edilen

<sup>13</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt vd. (Editör, Bahri Öztürk), Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.303.

<sup>14</sup> Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (no. 12244/86; 12245/86; 12383/86), §§ 19, 20, 30, 31, 30 August 1990.

<sup>15</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 32; O'hara v. The United Kingdom, (no. 37555/97), § 34, 16 October 2001; Korkmaz ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 35979/97), § 24, 21 Mart 2006; Süleyman Erdem/Türkiye, (Başvuru no. 49574/99), § 37, 19 Eylül 2006; Çiçek/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 72774/10), § 62, 3 Mart 2015; Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, § 51; Mergen ve diğerleri/Türkiye, § 46; İrfan Güzel/Türkiye, § 42; Erarslan ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55833/09, 55837/09, 55838/09 ve 55843/09), § 23, 19 Eylül 2018; Şahin Alpay/Türkiye, § 103; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 124; Alparslan Altan/Türkiye, § 126; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 161; Kavala/Türkiye (Başvuru no.28749/18), § 127, 10 Aralık 2019, Kesinleşme 11 Mayıs 2020.

eylemler veya olaylar, gerçekleştikleri dönemde suç teşkil etmiyorsa, “makul şüphe” söz konusu olamaz.<sup>16</sup> Ayrıca, işlendiği ve suç teşkil ettiği iddia edilen eylem veya olayların, başvuranın Sözleşme kapsamındaki haklarının kullanılmasından kaynaklanmaması bununla ilişkili olmaması da gerekir.<sup>17</sup>

Bu bağlamda, Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği üyesi veya yöneticisi olan başvuranların, Ergenekon terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla yürütülen soruşturmalarda gözaltına alınmalarına karşı açtıkları davada, AİHM başvuranların Ergenekon terör örgütüne üye oldukları şüphesi dışında başka bir olguya dayanmayan gözaltı tedbirinin, söz konusu kişilerin atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olgu ve bilgiler içermediğini, dolayısıyla makul olmayıp hukuka aykırı olduğunu ve keyfi bir nitelik taşıdığını bildirerek ihlal kararı vermiştir.<sup>18</sup> Yine aynı derneğin bazı yöneticilerinin, Ergenekon terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla yürütülen soruşturmalarda gözaltına alınmasına ve başvuran *Ayşe Yüksel*'in tutuklanmasına ilişkin olarak açtıkları davada, AİHM söz konusu derneğin üyelerinin yasadışı bir örgüte üye olduklarına, örgütle ve birbiriyle bağlantı olduklarına dair hükümetin bir delil sunmadığını belirterek, derneğin burs verdiği bir kişinin başka bir yasa dışı örgüte üye olduğuna dair şüphenin, başvuranların da yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun ve yeterli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>19</sup>

Nihayetinde *Kavala* kararında AİHM, Gezi Olaylarında şiddet yanlısı grupların göstericilere katıldığıının ve şiddet eylemlerine başvurduğunun gerçek olduğunu ancak Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde yer alan “cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme” suçundan yargılanan Kavala'nın, bu amaçla Gezi Olayları sırasında ve sonrasında güç veya

<sup>16</sup> *Kandjov v. Bulgaria*, (no. 68294/01), § 57, 6 November 2008; *Mammadli v. Azerbaijan*, (no. 47145/14), § 52, 19 April 2018; *Aliyev v. Azerbaijan judgment* (nos. 68762/14 and 71200/14), § 152, 20 September 2018; *Kavala / Türkiye*, § 128.

<sup>17</sup> *Merabishvili v. Georgia [GC]*, (no.72508/13), § 187, 28 November 2017; *Kavala / Türkiye*, §§ 129, 136.

<sup>18</sup> *Mergen ve diğerleri / Türkiye*, §§ 52, 54; *Erarslan ve diğerleri / Türkiye*, § 23.

<sup>19</sup> *Ayşe Yüksel ve diğerleri / Türkiye*, §§ 56, 58.

şiddet kullandığına, söz konusu şiddet eylemlerine azmettirdiğine ya da böylesi suç oluşturan davranışları desteklediğine dair makul şüphenin bulunduğunu gösteren ve bu konuda tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek delil veya olguların iddianamede bulunmadığını, dolayısıyla makul şüphe kavramının gereklerine aykırı hareket edildiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, iddianameye konu edilen olaylar; birbiriyle bağlantısı olmayan, münferit ve hukuka uygun faaliyetlerden ya da başta ifade özgürlüğü (m.10) ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (m.11) olmak üzere açıkça Sözleşme'den kaynaklanan bir hakkın kullanımına ilişkin faaliyetlerden ibaret olup her hâlükârda şiddet içermeyen faaliyetlerdir. Dolayısıyla Mahkeme, Kavala'nın "makul bir şüpheye" dayanarak tutuklandığı iddiasının yeterince ispatlanmadığını belirterek, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>20</sup>

### **B- Makul Şüphenin Derecesi ve Suç İşlendiğine Dair Kesin Delil Sunulmasının Zorunlu Olmaması**

AİHM'ye göre, başlangıçta ceza soruşturmasının başlatılması için gerekli olan ve "makul şüpheye" neden olan olguların seviyesinin, şüpheli hakkında ceza davası açılması ya da suçlu bulunması için gerekli olan olgu veya deliller ile aynı olması gerekli değildir. Bir başka deyişle, soruşturmayı yapan görevlilerin, yakalama, gözaltı veya ilk tutuklama anında kişiyi suçla itham etmek için yeterli delilleri toplamış olması zorunlu olmayıp, soruşturmanın hedefi, soruşturma süresince kişinin yakalanmasına dayanak oluşturan somut şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya bu şüpheleri ortadan kaldırarak soruşturmanın tamamlanmasıdır.<sup>21</sup> Ancak "makul şüphe", yakalama ve ilk tutuklama anında mevcut olmalıdır.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Kavala/Türkiye, §§ 139-160.

<sup>21</sup> Case of Murray v. The United Kingdom, (no. 14310/88), §§ 55, 56, 28 October 1994; Case of Brogan and Others v. The United Kingdom, (no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), § 53; 29 November 1988; Çetin Doğan /Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.28484/10), § 79, 10 Nisan 2012; İrfan Güzel/Türkiye, § 43; Şahin Alpay/Türkiye, § 104; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 125; Alparslan Altan/Türkiye, § 127; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 162; Kavala / Türkiye, § 126.

<sup>22</sup> Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (no. 15172/13), § 90, 22 May 2014; Kaval/Türkiye, § 131.

Tutuklamaya dayanak teşkil etmesi gereken makul şüphenin derecesi konusunda AİHM, organize suçlar ile bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen terör suçlarında, bu suçların kendisine özgü karmaşıklığını göz önüne almaya hazır olduğunu, makul şüphe kavramına ilişkin olarak klasik veya geleneksel suç kategorisinde yer alan suçlarda uyguladığı ölçütlerin, bu suçlarda aynı şekilde uygulanmayabileceğini belirtmiştir.<sup>23</sup> Bu suçların ortaya çıkarılması için dolaylı tanık ifadelerinin ve delillerin kullanılabilmesini belirten Mahkeme, organize suçlarla mücadelede bu tür delillerinin önemini farkında olduğunu, ancak, söz konusu tanık ifadelerinin zaman zaman muğlak ve taraflı olması ihtimalinin bulunduğunu, bu nedenle doğrulanmamış iddialara dayalı tutuklamanın önüne geçilmesi için, bu tür dolaylı veya üçüncü kişilerin duyumuna dayalı kulaktan dolma ifadelerin (*hearsay*) tarafsız delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>24</sup> Nitekim, hukukumuzda da 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin sekizinci fıkrasında, gizli tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği öngörülmüş olup tarafsız diğer delillerle desteklenmediği sürece, tek başına hükme esas teşkil edemeyecek olan ve güvenilirliği son derece tartışmalı bu beyana dayanarak, tutuklama kararı verilmemelidir.<sup>25</sup> Tutuklamanın ilk başlarda bu tür dolaylı delillere dayanabileceğini ve hukuka uygun bir tutuklama yapılabileceğini belirten Mahkeme, özellikle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediğine karar verileceği aşamada, soruşturma sırasında başka yeni bir delil elde edilmemiş ise bu tür delillerin yargılamanın esasıyla bağlantısının giderek azalacağını ifade etmektedir.<sup>26</sup>

Ancak Mahkeme'ye göre, organize suçlarla mücadele etmek adına, makul şüphe kavramı Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesince teminat altına alınan güvencelere zarar verecek şekilde genişletilemez ve bu şekilde yorumlanamaz.<sup>27</sup> Dolayısıyla şüphelinin kendisine yöneltilen suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olgulara ve bilgilere dayanan makul şüphenin ilk tutukluluk anında bu-

<sup>23</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, §§ 32; 34; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 210; Alparslan Altan/Türkiye, §§ 134, 135.

<sup>24</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 19.

<sup>25</sup> Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, C. 69, S. 4, s. 19-33, s.27-28.

<sup>26</sup> Labita v. Italy, §156; Kavala/Türkiye, § 130.

<sup>27</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 136.

lunmaması, bu tür delillerin tutuklamadan sonra toplanması halinde, -işlenen terör suçu olsa ve sonradan toplanan deliller şüphelinin işlendiği iddia edilen suç ile ilişkisine dair başlangıçta oluşan şüpheyi güçlendirse bile-; bu durum başlangıçta tutukluluk için mevcut olması gereken ve tutukluluğun haklılığını gösteren makul şüphenin varlığına temel teşkil edemez.<sup>28</sup> Aksi bir yorum, keyfi ve haksız tutuklamayı engellemeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesini hükümsüz kılacak, etkisiz hale getirecektir.<sup>29</sup>

Bu bağlamda, AİHM *Alparslan Altan* kararında başvuran aleyhine olan delillerin başvuranın tutuklanmasından daha sonra toplandığını, başvuranın tutuklanmadan önce 20 Temmuz 2016'da yasadışı örgüt üyeliği suçuyla bağlantılı olarak sorgulanmış olmasının en fazla polis gerçekten onun bu suçu işlediğinden şüphelendiğini ortaya koyacağını; bu durumun tek başına, başvuranın söz konusu suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetmeyeceğini, mahkeme önündeki delillerin tutukluluğun başladığı anda başvuran hakkında makul şüphenin bulunduğu sonucunu destekleyemeyeceğini, bu durumun da Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesinde belirtilen makul şüphe kavramının gereklerini karşılamadığını belirterek, söz konusu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>30</sup>

*Demirtaş* kararında ise AİHM 2. Dairesi tutuklama anında milletvekili olan başvuran hakkında düzenlenen 31 fezlekenin tek bir soruşturma dosyasında birleştirildiğini, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının gerekleri dikkate alındığında, ceza soruşturması dosyasında, en azından başvuranın yargılanmasına yol açan suçların bir kısmının başvuran tarafından işlenmiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli bilgilerin dosyada bulunduğu kanaatine vardığını, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediği kanaatinde olduğunu bildirmiştir.<sup>31</sup> Ancak, bu davanın Büyük Daire'ye intikalinin ardından Büyük Daire, terör örgütü üyeliğine ve tutukluluğa dayanak gösterilen telefon dinleme kayıtlarının gerçek olup olmadığı konusunda inceleme yapılmasına dair başvuru-

<sup>28</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 35; Alparslan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>29</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>30</sup> Alparslan Altan/Türkiye, §§ 138-145.

<sup>31</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 169-171.

ranın ısrarlı taleplerinin yerel mahkemelerce reddedildiğini, telefon kayıtlarına konu olduğu iddia edilen örgütsel talimatların başvuran tarafından yerine getirilip getirilmediğinin ispatlanamadığını, kaldı ki Avrupa Konseyi bünyesinde 2008 yılında yapılacak bazı toplantılara katılmaktan ibaret olduğu anlaşılan eylem ve talimatların aradan geçen onca zamandan sonra suç işlendiği konusunda ne şekilde makul şüphe oluşturduğunun anlaşılamadığını, Sözleşme ile garanti altına hakların yerine getirilmesinden öteye geçmediği anlaşılan konuşma ve toplantılar ile terör örgütü üyeliği arasında açık bir bağlantının bulunmadığını gerekçe göstererek, Sözleşme'nin 5. (1). c maddesinde belirtilen makul şüphe gereklerinin karşılanamadığına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrası anlamında tutuklamanın hukuka uygun bir tutuklama olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>32</sup>

Makul şüphe konusunda, soruşturma aşamasından kovuşturma aşamasına geçildikçe bir başka deyişle özgürlükten yoksun kılmaya ilişkin tedbirin süresi uzadıkça, makul şüphe için gerekli olan olgular ve bu olguların derecesi ile yetinilmemesi gerekmekte olup, özgürlükten yoksun bırakmaya devam edilebilmesi için, makul şüpheye ek olarak özgürlükten yoksun kılmanın gerekli olduğuna dair yeterli gerekçe sunulması, ilgiliye özgürlükten yoksun kılmanın meşruluğuna itiraz etmesini sağlayacak bir itiraz başvurusu yapma olanağının sağlanması, bu itiraz yolunun etkili olması, yani ilgilinin serbest bırakılmasını sağlama perspektifini veya ihtimalini sunabilmesi gerekir.<sup>33</sup>

### **C-Haklı Gerekçe, Keyfi Olmama ve Belli Bir Tutuklama Sebebinin Olma Zorunluluğu**

AİHM'ye göre tutuklama tedbirinin meşru ve hukuki sayılabilmemesinin ön koşullarından biri bu tedbirin keyfi olarak uygulanmamasıdır.<sup>34</sup> Mahkeme; yetkililerin kötü niyetle hareket ettiği, tutuklama ka-

<sup>32</sup> Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], (no.14305/17), 22 December 2020, §§ 334-340.

<sup>33</sup> Gavril Yosifov v. Bulgaria, (no. 74012/01), § 40, 6 November 2008; Mustafa Avcı/Türkiye, (Başvuru no. 39322/12), § 60, 23 Mayıs 2017; Şahin Alpay/Türkiye, § 82; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 103; Alparslan Altan/Türkiye, § 84; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 132.

<sup>34</sup> Nitekim dava tarihinde Türk hukukunda yabancıların sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezlerinde tutulmasına dair uygulamanın kanuni dayanaktan yoksun olması, söz konusu tutulmanın yargı denetimine tabi olmaması, hukuka

rarının ve bu kararın icrasının Sözleşme'nin 5. maddesinde müsaade edilen kısıtlamaların amacına gerçekte uymadığı, özgürlükten yoksun kılmaya dayanak teşkil eden tutuklama gerekçesiyle tutuklamanın yeri ve koşulları arasında herhangi bir bağlantının olmadığı ve nihayetinde tutuklamaya gerekçe teşkil eden olayların tutuklama tedbiri ile ölçülü olmadığı hallerde, tutuklamanın keyfiliğinden bahsedilebileceğini belirtmektedir.<sup>35</sup>

Bu bağlamda tutuklamanın keyfi olmaması için, hâkim veya diğer adli görevliler makul şüpheye ek olarak tutukluluk için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe göstermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük tutuklamaya hükmedilen ilk karar anında yani yakalamadan hemen sonra “derhal” işlerlik kazanır.<sup>36</sup> Yine ilk tutuklama anında var olması gereken makul şüphenin tutukluluk süresinin uzatılmasına karar verilmesi halinde uzatma süresi boyunca, her uzatma kararı öncesinde de mevcut olduğu ispatlanmalıdır.<sup>37</sup> Dolayısıyla makul şüphenin tutuklama süresince devam etmesi, olmazsa olmaz bir ön koşul olup tutuklamanın hemen ardından yargı makamlarının tutuklama için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe göstermeleri de zorunludur.<sup>38</sup> Nitekim Demirtaş davasının Büyük Daire tarafından yeniden görüşülmesi üzerine *Buzadji* ve *Merabishvili* kararlarındaki bu kurala atıf yapan Büyük Daire, makul şüphenin tutuklamanın olmazsa olmaz koşulu olduğunu hatırlatarak, Demirtaş'a yönelik makul şüphenin hiçbir koşulda ispatlanmadığının tespitinden sonra, hâkim veya diğer adli görevlilerin makul

---

aykırı tutulma için tazminat elde etme olanağı sağlayan bir iç hukuk yolunun Türk hukukunda öngörülmemiş olması, hususlarını göz önünde bulunduran AİHM, sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde tutulmanın Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı ve keyfi olduğu gerekçesiyle Türkiye aleyhine birçok ihlal kararı vermiştir. Bkz. Alimov/Türkiye, (Başvuru no. 14344/13), §§ 39, 50-52, 6 Aralık 2016; Amerkhanov/ Türkiye, (Başvuru no. 16026/12), §§ 66, 73-74, 5 Haziran 2018; Batyrkhairov/Türkiye, (Başvuru no. 69929/12), §§ 64, 68- 69, 5 Haziran 2018; Erkenov/Türkiye, §§ 23-24.

<sup>35</sup> James, Wells and Lee v. the United Kingdom, (nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09), §§ 191-195, 18 September 2012; Kavala/Türkiye, § 133.

<sup>36</sup> Buzadji v. the Republic of Moldova, § 102; Alparslan Altan/Türkiye, § 130; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 184; Kavala / Türkiye, § 131.

<sup>37</sup> Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, § 90; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 164.

<sup>38</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 184, 189; Case of Mamedova v. Russia, (no. 7064/05), § 73, 1 June 2006. Ayrıca bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.309-311.



şüpheyek olarak tutukluluk için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe sunup sunmadığı hususunu tartışmanın anlamsız olduğuna, yargılama sırasında gerekçe konusuna özel bir ihtimam gösterilip gösterilmediğinin tartışılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.<sup>39</sup>

Türk hukukunda tutuklamanın koşulları CMK'nın 100. maddesinde düzenlenmiş olup burada AİHS'ten farklı olarak suç işlendiği konusunda makul şüphe yerine kuvvetli suç şüphesi uyandıran olguların bulunması ve Kanun'da gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin (kaçma, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi) mevcut olması şartı aranmaktadır. Kuvvetli suç şüphesinin anlamı günlük hayatın deneyimleri ve eldeki delillere göre şüphelinin suç işlediğinin kesin gibi olması,<sup>40</sup> ya da yargılama sonunda mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır.<sup>41</sup>

AİHM içtihatlarına göre, şüphelinin kaçma, tanıklar üzerinde baskı kurma, delilleri yok etme, gizleme, değiştirme veya bu yönde gizli anlaşmalar yapma riskinin bulunması halinde bu risklerin giderilmesi, şüphelinin yeni bir suç işleme riskinin bulunması halinde bunun önlenmesi, kamu düzeninin korunması ve nihayetinde durumun gerektirdiği hallerde şüphelinin bizzat kendisinin korunması gerekçesiyle tutuklanması mümkündür.<sup>42</sup> Bu risklerin veya tutuklama sebeplerinin varlığı mahkemece uygun şekilde ortaya konmalı (*must be duly substantiated*), tutuklama sebebinin varlığına ilişkin gerekçeler genel, soyut veya basmakalıp olmamalı, önyargı içermemelidir.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], §§ 353-356; Buzadji v. the Republic of Moldova, §§ 87-91; Merabishvili v. Georgia, §§ 222-225.

<sup>40</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s.320.

<sup>41</sup> A. Caner Yenidünya, Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 332; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s.644.

<sup>42</sup> Buzadji v. the Republic of Moldova, §§ 87-88, 101, 102; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 185.

<sup>43</sup> Letellier v. France, (no. 12369/86), § 51, 26 June 1991; Clooth v. Belgium, 12 December 1991, § 44, Series A no. 225; Smirnova v. Russia, (nos. 46133/99 and 48183/99), § 63, 24 July 2003; Giorgi Nikolaishvili v. Georgia, (no. 37048/04), §§ 73, 76, 13 January 2009; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 185.

Kaçma riskine ilişkin olarak, AİHM bu riskin şüphelinin kişiliği, ahlak anlayışı, serveti veya mali kaynakları, kendisini yargılama yetkisine sahip devlet ile bağları ve uluslararası bağlantıları gibi birçok diğer faktöre bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>44</sup> Bu bağlamda AİHM, *Demirtaş* kararında, olayların meydana geldiği dönemde aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen üçüncü en büyük siyasi partinin eş başkanı da olan başvuranın, mahkeme huzuruna çıkmamasının Türk mahkemelerince ne şekilde kaçma riskinin işareti olarak görüldüğünün açıklanamadığını, başvuranın birçok defa yurt dışına gittiğini ve kaçma niyeti göstermeden her zaman ülkesine geri döndüğünü, başvuranın çok uzun zamandan beri hakkında yürütülen ceza soruşturmalarından ve üzerine atılı suçlamaların ağırlığından haberdar olmasına rağmen kaçmadığını, bu nedenle kaçma riskinin bulunduğu dair tespitlerin yerinde olmadığını belirtmiştir.<sup>45</sup> Bununla beraber, tutuklama için sadece ilgilinin kaçacağı ve böylece mahkeme huzuruna çıkarılamayacağı ve yargılamadan kurtulacağı endişesi gerekçe gösterilmişse, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında da öngörüldüğü üzere, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminatın<sup>46</sup> gösterilmesi suretiyle duruşmalara katılımını sağlamak mümkün ise ilgili tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmalıdır.<sup>47</sup>

### Ç- Tutukluluğun Ölçülü Olması, Alternatif Diğer Kontrol Tedbirlerinin Yetersiz Kalması Halinde Son Çare Olarak Uygulanması

Tutuklama kendisine alternatif olabilecek diğer tedbirlerin uy-

<sup>44</sup> W. v. Switzerland, (no.14379/88), § 33, 26 January 1993; Smirnova v. Russia, § 60; Buzadji v. the Republic of Moldova, § 90; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 186. Ayrıca bkz. Tezcan/Erдем/Sancakdar/Önok, s. 287.

<sup>45</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 192.

<sup>46</sup> Bu teminat maddi bir teminat kefalet-bail şeklinde olabileceği gibi, bunun dışında adli kontrol, zorunlu ikamet- compulsory residence order, ev hapsi- house arrest, polis denetimi- police supervision, yurtdışına çıkış yasağı, pasaporta tahdit veya el koyma- surrender of passport şeklinde de olabilir. Bkz. Sesim Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, C. 98, S. 1, s.25-74, s.44.

<sup>47</sup> Wemhoff v. Germany, 27 June 1968, p. 21, § 15, Series A no. 7; Letellier v. France, § 46; Luković v. Serbia, (no. 43808/07), § 54, 26 March 2013; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 186.

gulanması halinde kamu yararının gerçekleştirilemeyecek olması ve tutuklamadan umulan faydanın gerçekleşmeyecek olması halinde uygulanması gereken ve özgürlükten yoksun kılmayı gerektiren oldukça ağır bir tedbirdir.<sup>48</sup> Hal böyle olmakla beraber, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlatılarak yayınlanan 5 Ocak 2011 tarihli Tutuklama Raporu'ndaki verilere göre, 2010 yılı Haziran ayı itibariyle ceza ve tutukevlerinde bulunanların % 50'si tutuklulardan oluşmaktadır.<sup>49</sup> Bu durum, tutuklama tedbirine durumun gerekliliğinin ötesinde oldukça sık başvurulduğunu, alternatif tedbirlerin yeterince uygulanmadığını göstermektedir. Oysa tutuklama tedbiri kapsamında özgürlükten yoksun kılmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli olmayıp, özgürlükten yoksun kılmanın görülen somut davanın koşullarında gerekli olması da lazımdır.<sup>50</sup> Bu nedenle, gerek tutuklama tedbirinin başlangıcında gerekse tutukluluğun devamına karar verilmesi sırasında, tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi bağlamında makul ve ölçülü olup olmadığına karar verilebilmesi için, öncelikle tutukluluğa veya tutukluluğun devamına alternatif tedbirlerin araştırılması yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine bakmak gerekir.<sup>51</sup>

Bu bağlamda, CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve adına, "katalog suçlar", denilen suçlar bakımından tutuklama nedeninin varsayılabileceğine ilişkin karine, mahkemeleri tutuklamaya alternatif tedbirlerin bulunup bulunmadığını araştırma ve bu tedbirleri öngörme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.<sup>52</sup> Dolayısıyla tutuklunun yaşı, kişisel durumu ve davanın somut şartları bakımından tutuklamanın iç hukukun gerektirdiği son çare olarak uygulandı-

<sup>48</sup> Hakim Aydın/Türkiye, (Başvuru no. 4048/09), § 34, 26 Mayıs 2020, Kesinleşme, 26 Ağustos 2020.

<sup>49</sup> Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 183, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 5 Ocak 2011, s. 17.

<sup>50</sup> Agit Demir/Türkiye, § 38. Ayrıca bkz. Ambruszkiewicz v. Poland, (no. 38797/03), §§ 29-32, 4 May 2006; Ladent v. Poland, (no. 11036/03), § 55, 18 March 2008; Khayredinov v. Ukraine, (no. 38717/04), § 27, 14 October 2010; Bolech v. Switzerland, (no. 30138/12), § 45, 29 October 2013; Lütfiye Zengin ve diğerleri / Türkiye, (Başvuru no.36443/06), § 81, 14 Nisan 2015; Hakim Aydın/Türkiye, § 34.

<sup>51</sup> Agit Demir/Türkiye, § 38; Tinner v. Switzerland, (no. 59301/08 ve 8439/09), § 58, 26 April 2011.

<sup>52</sup> Agit Demir/Türkiye, § 39; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), § 190.

ğını, tutuklamadan önce tutuklamaya alternatif olabilecek tedbirlerin öngörülüp tartışıldığını gösteren gerekçeler sunulmaksızın verilen tutuklama kararları, AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şartları karşılamış sayılamaz ve bu durumda özgürlükten yoksun kılma hali kanuna uygun olarak yerine getirilmiş bir kısıtlama olarak değerlendirilemez.<sup>53</sup>

Bu konuda *Demirtaş* kararında AİHM, tutukluluk halinin devamına gerekçe gösterirken, Türk mahkemelerinin tutukluluğa alternatif tedbirlerin yetersiz kalacağı şeklinde yaptıkları değerlendirmelerin, başvuranın kişisel durumunun herhangi bir analizine dayanmadığını ve Sözleşme'nin 5. maddesinin gereklerine uygun olmadığını belirtmiştir.<sup>54</sup> Mahkeme'ye göre, başvuranın kişisel durumu incelendiğinde, aynı zamanda milletvekili olan ve tutukluluk süresince maaş almaya devam edebilen Demirtaş'ın tutuklu olması nedeniyle, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin faaliyetlerine katılamaması, milletvekili sıfatıyla halkın görüşünü özgürce ifade etme hakkının yanı sıra, kendisinin seçilme ve milletvekili görevini ifa etme hakkına da haksız bir müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle uzun süren tutukluluk hali, Demirtaş'ın seçilme ve milletvekili görevini ifa etme hakkının özülüyle bağdaşmadığı gibi, kendisini milletvekili seçen seçmenlerin egemenlik yetkisini de ihlal etmekte, ayrıca Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine de aykırı bulunmaktadır.<sup>55</sup>

Yine AİHM CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen katalog suçlar söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin kararlarının gerekçesinde, bu hüküm ile varlığı karine olarak kabul edilen herhangi bir riskin (kaçma, delilleri karartma, tanıklara, mağdurlara veya diğer kişilere baskı yapma riski) varlığını ispatlayan koşullara neredeyse hiç değinmediğini tespit ettiğini belirtmektedir. AİHM'ye göre, söz konusu riskin ne şekilde tespit edildiği ve uzun tutukluluk hallerinde nasıl bu denli uzun bir süre devam edebildiği mahkemelerce açıklanmamaktadır.<sup>56</sup> Bir başka deyişle uygulamada CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasındaki suçlar mahkemelerce sanki zorunlu tutuklamayı gerektiren suçlar şeklinde anlaşılmakta olup madde met-

<sup>53</sup> Agit Demir/Türkiye, §§ 44-45; Mamedova v. Russia, § 80.

<sup>54</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 190.

<sup>55</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 240.

<sup>56</sup> Galip Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 36001/06), § 58, 28 Nisan 2015.

ninde geçen, mahkemenin takdir yetkisini ve tutuklamanın ihtiyarılığı prensibini koruyan “tutuklama nedeninin *var sayılabileceği*” ibaresi ihmal edilmektedir.<sup>57</sup> Bununla birlikte kaçma veya delilleri karartma karinelerinin var sayılabileceğine ilişkin hükmün Anayasa’nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasıyla da uyumlu olmadığı görülmektedir. Çünkü Anayasa’nın 19. maddesinde, kaçma, delilleri karartma veya bunlar gibi hallerde tutuklamaya başvurulabileceği gösterilmekte, “nedenleri var sayma” seçeneğinden söz edilmemektedir. Dolayısıyla bu suçlarda da tutuklama nedeninin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.<sup>58</sup> Bu bağlamda, AİHM, her türlü zorunlu tutuklama sisteminin, tek başına, Sözleşme’nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası ile uyumlu olmadığını daha önce tespit ettiğini,<sup>59</sup> kanunda tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörüldüğünde, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı gerektiren somut olayların varlığının yine de ikna edici biçimde gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>60</sup>

Yine dosyada mevcut her bir delil, bilgi veya olguya ilişkin özel bir değerlendirme yapılmaksızın sadece CMK’nın 100. maddesinin metnine ve dosyadaki mevcut delil durumuna yapılan muğlak ve genel bir atıf,<sup>61</sup> AİHM’ye göre, alternatif tedbirlerin araştırıldığı hususuna gerekçe teşkil edemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi eski üyesi *Alparslan Altan*’a ilişkin olarak verdiği kararında bu hususu dile getiren Mahke-

<sup>57</sup> Bıçak, s. 646; Katoğlu, s.22; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırt vd. s.306; Soyaslan, s.322; Şahin, s.298; Yenidünya/İçer, s.330-331; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.329; Feridun Yenisey, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, C. 33, s. 213-229; s.224; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18 Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2018, s. 256-257; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 933-934; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.344; Yusuf Solmaz Balo, “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihani”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C.3, S.1, s.1-57, s.9.

<sup>58</sup> Nur Centel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, 2011, C. 17, S. (1-2), s. 49-93, s.55; Nur Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, *İÜHFH, (İstanbul Hukuk Mecmuası)*, 2013, C. 71, S. 1, s. 193-206, s.195.

<sup>59</sup> Ilijkov v. Bulgarıa, (no. 33977/96), § 84, 26 July 2001.

<sup>60</sup> Contrada v. İtalya, (no.92/1997/876/1088), §§ 58-65, 24 August 1998.

<sup>61</sup> Hakim Aydın/Türkiye, §§ 15, 40.

me, Sulh Ceza Hakimi'nin *Alparslan Altan* dışında 13 diğer şüphelinin daha tutuklanmasına ilişkin olarak verdiği kararında, sadece CMK'nın 100. maddesinin metnine atıfta bulunmasının ve dosyada mevcut delil durumuna ilişkin olarak, dosyaya konulan raporları, arama ve elkoyma tutanaklarını tüm dosya muhteviyatı olarak ismen zikretmesinin, tutukluluğa alternatif tedbirlerin araştırıldığına dair haklı bir gerekçe sayılamayacağına karar vermiştir.<sup>62</sup>

Mahkeme, özellikle yargılamaların ileriki aşamalarında Türk mahkemelerinin işlenen suç sayısına, suçun niteliğine, suç için kanunda öngörülen cezanın ağırlığına genel bir atıf yaparak tutukluluk halinin devamına karar verdiklerini, bu tür bir genel atfın ilk başta tutuklamanın haklı olabileceği varsayımını desteklese bile, özellikle yargılamanın ileriki aşamalarında, tutukluluk halinin uzatılmasına gerekçe teşkil edemeyeceğini, bir başka deyişle, yargılama makamlarının tutukluluk halinin devamının halen haklı olduğunu tutukluluk boyunca ikna edici şekilde göstermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir.<sup>63</sup> *Demirtaş* kararında olduğu gibi, tutukluluk halinin devamı için hâkimler tarafından yaygın olarak belirtilen mevcut delil durumu, tutuklulukta geçen süre ve delilleri değiştirme riski gibi gerekçelerin, genel, tekdüze, basmakalıp, hatta matbu sayılabilecek içerikte bir takım gerekçelerin sıralanmasından (*a formulaic enumeration of the grounds of general scope*) ibaret olduğunu belirten AİHM,<sup>64</sup> başvuranın serbest bırakılmasını sağlayabilecek iddialar ile ilgili olarak Türk mahkemelerince derinlemesine bir inceleme yapılmamış olmasının şaşırtıcı olduğunu belirtmektedir.<sup>65</sup> Mahkemenin *Demirtaş*, *Şık*,<sup>66</sup> *Cahit Demirel*<sup>67</sup> ve diğer kararlarında<sup>68</sup> da ifade edildiği üzere, basmakalıp ifadelerle kaleme alınan

<sup>62</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 142. Ayrıca bkz. *Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, (no. 4922/04), § 48, 8 October 2009; *İlgar Mammadov v. Azerbaijan*, § 97.

<sup>63</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 191. Ayrıca bkz. *Letellier v. France*, § 51; *Ilijkov v. Bulgaria*, §§ 80-81; *Kučera v. Slovakia*, (no. 48666/99), § 94, 17 July 2007; *Idalov v. Russia [GC]*, (no. 5826/03), § 145, 22 May 2012. Ayrıca bkz. *Tezcan/Er-dem/Sancakdar/Önok*, s. 284.

<sup>64</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 193.

<sup>65</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 193.

<sup>66</sup> *Şık/Türkiye*, (Başvuru no. 53413/11), § 62, 8 Temmuz 2014.

<sup>67</sup> *Cahit Demirel/Türkiye*, (Başvuru no. 18623/03), §§ 21-28, 7 Temmuz 2009.

<sup>68</sup> *İbrahim Güler/Türkiye*, (Başvuru no.1942/08), §§ 19-27, 15 Ekim 2013; *Ali Rıza Kaplan/Türkiye*, (Başvuru no. 24597/08), §§ 19-23, 13 Kasım 2014.

kararlar, hiçbir durumda, bir kişinin tutuklanmasını ve tutukluluk halinin devamını haklı göstermek için yeterli olarak değerlendirilemez.

Bu nedenle, CMK m. 101/2 gereğince tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, karara dayanak teşkil eden hukuki ve fiili nedenlerin gerekçesi gösterilirken, yukarıda belirtilen AİHM içtihatlarının gerekleri yerine getirilmelidir. Gerekçe sayesinde, tutuklamanın kanuna uygun yapıp yapılmadığı anlaşılacak, sanık ve müdafii tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunma yapabilecek, itiraz merciinin ise denetim yapabilmesi mümkün olacaktır.<sup>69</sup> Zira kararın gerekçesiz olması durumunda şüpheli, itiraz kanun yolu aşamasında kararın hangi noktalarına karşı görüş bildireceğini bilemez. Bu ise, savunma hakkının kısıtlanması demek olup adil yargılanma hakkını da ihlal eder.<sup>70</sup>

#### **D- Tutuklama Tedbirine Karşı Adli Bir Makama İtiraz Hakkının Bulunması**

AİHM birçok kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile beraber, bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin özgürlüğünden haksız ve keyfi olarak mahrum edilmesine karşı teminat sağladığını, tutuklamanın (*detention*) makul olmaktan çıktığı andan itibaren serbest bırakılmasını zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır.

Bu bağlamda AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası, bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin, adli bir makama erişimini güvence altına almakla yetinmemektedir.<sup>71</sup> Bir başka deyişle tutuklanan kişiye, özgürlükten yoksun kalma ile ilgili olarak sadece adli bir adli makama erişim hakkı tanımak, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerin tam anlamıyla yerine getirildiği anlamına gelmez. Bu yükümlülüklerin tam olarak yerine getirebilmiş sayılması için, özgürlüğünden yoksun bırakılan

<sup>69</sup> Centel, 2011, s. 58; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.941.

<sup>70</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırt vd. s. 310-311; Yenisey, s.221; Case of Salov v. Ukraine, (no. 65518/01), §§ 89-92, 6 September 2005.

<sup>71</sup> Assenov and Others v. Bulgaria (no. 90/1997/874/1086), § 146; 28 October 1998; Aquilina v. Malta [GC], (no 25642/94), § 47, 29 April 1999; Abdulsitar Akgül/Türkiye, (Başvuru no. 31595/07), § 19, 25 Haziran 2013; Vedat Doğru/Türkiye, (Başvuru No. 2469/10), § 54, 5 Nisan 2016.

kişinin huzuruna çıkarıldığı hâkimin veya adli makamın, kişinin lehine ya da aleyhine olan koşulları inceleme, tutukluluğu haklı gösteren nedenlerin varlığıyla ilgili hukuki kriterlere göre bir karar verme ve bu tür sebepler bulunmadığında şüpheli veya sanığın serbest bırakılmasını sağlama hak ve yükümlülüğüne sahip olması gerekir.<sup>72</sup> Başka bir deyişle, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası, hâkimin tutukluluğun yerindeliğini, gerekçesini ve esasını (*the merits of the detention*) incelemesini gerekli kılmaktadır.<sup>73</sup>

Bu nedenle, kaçaklar hakkında yoklukta tutuklama kararı verilmesi (CMK m.248/5), tutuklama talebinin reddedilmesi ve buna yönelik itiraz üzerine itiraz merci tarafından dosya üzerinden tutuklama kararı verilmesi (CMK m.271/4), ya da yakalama emri düzenlenmesi (CMK m.98/1) ve şüphelinin de suçun işlendiği yerdeki yargı çevresinin dışında yakalanması durumunda, yakalama yerine en yakın Sulh Ceza Hâkimi'nin (CMK m.94) yakalama emrine konu olan kişinin kimliğini tespit etmek ve söz konusu yakalama emrini kendisine tebliğ etmekle yetinmesi, ilgilinin ifadesini almaması, özgürlükten yoksun kılmaya gerekçe teşkil eden koşulları incelememesi, bu hususu yetkili diğer bir hâkim veya mahkemeye bırakması hallerinde, şüpheli veya sanığa Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında özgürlükten yoksun kılma ile ilgili olarak derhal adli bir makama erişim hakkı tanınmamış demektir.<sup>74</sup> Her ne kadar CMK'nın 94. maddesinin ikinci fıkrası ilgilinin en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sorgusunun yapılmasına veya ifadesinin alınmasına imkân verse bile, adına "yol ya da sevk tutuklaması" denilen şüphelinin asıl

<sup>72</sup> De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands, (no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), §§ 44, 47, 51, 22 May 1984.

<sup>73</sup> Abdulsitar Akgül/Türkiye, §§ 19, 25; Vedat Doğru/Türkiye, § 54; Süleymanoğlu/Türkiye, (Başvuru no. 38283/04), § 21, 29 Ocak 2013; Aquilina v. Malta, § 47.

<sup>74</sup> Abdulsitar Akgül/Türkiye, § 20; Salih Salman Kılıç/Türkiye, (Başvuru no. 22077/10), § 26, 5 Mart 2013; Süleymanoğlu/Türkiye, §§ 21-25. Abdulsitar Akgül'e ilişkin kararında AİHM, Diyarbakır Cumhuriyet savcısı'nca hakkında 6 Kasım 2006 tarihinde yakalama emri çıkarılan Abdulsitar Akgül'ün 14 Ocak 2007'de yakalanıp aynı gün Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimi'nce tutuklanma gerekçesi incelenmeksizin tutuklanmasını, ardından tutukluluğun esasına ilişkin incelemenin Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nce 19 Ocak 2007'de yapılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuş, sanığa Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında özgürlükten yoksun kılma ile ilgili olarak derhal adli bir adli makama erişim hakkı tanınmadığına karar vermiştir (Abdulsitar Akgül/Türkiye, §§ 20-22).



tutuklama kararını verecek olan yetkili yargı merciine çıkarılması için tutuklanmasını amaçlayan bu uygulamada, adli makama derhal erişim hakkının süre yönünden de ihlal edilme ihtimali vardır.<sup>75</sup> Çünkü AİHM içtihatlarına göre, yakalama anından itibaren en geç 4 gün içinde ilgilinin yukarıda belirtildiği üzere salıvermeye de yetkili adli bir makama erişim hakkı sağlanmalı, bu makam özgürlükten yoksun kılmaya gerekçe teşkil eden koşulları en geç 4 gün içinde inceleyebilmeli ve gerektiğinde ilgiliyi serbest bırakmalıdır.<sup>76</sup>

Bu nedenle aşağıda açıklanacağı üzere haksız tutuklamaya ilişkin olarak CMK'nın 141. maddesiyle öngörülen tazminat elde etme olanağı, bu bağlamda tutukluğa son verebilecek adli bir makama erişim hakkı sağlamamakla beraber, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 ve 51. maddeleri arasında düzenlenen bireysel başvuru hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasının çeşitli yorumlar ile önüne geçilmemesi ve kararların etkili bir şekilde uygulanacağından şüphe edilmemesi şartıyla tutukluğa son verebilecek adli bir makama erişim hakkı sağlayan etkili bir başvuru yoludur.<sup>77</sup>

### 1-İtirazın İncelenmesi Usulü

AİHM'nin tutuklama kararının verilmesinin ardından tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunun incelenmesi sırasında takip edilmesi gereken usule ve usul hatalarının yol açtığı ihlallere dair birçok içtihadı bulunmaktadır. Öncelikle CMK'nın 108. maddesinde olduğu gibi, tutukluluğun azami döneminin "yenilenmesini" ve müteakip tutukluluğun uzatılmasını sağlayan kararların resen dosya üzerinden verilmesi halinde, AİHM Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fık-

<sup>75</sup> Centel, 2011, s.59-61; Centel, 2013, s.197; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.946-948; Tezcan/Erdem/Sancakdar/ Önok, s.292, 293; Hikmet Murat Akkaya, "Sevk Tutuklaması ve AİHM'nin Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 17, S. 4, s.129-153, s.137, 147

<sup>76</sup> McKay v. the United Kingdom [GC], (no. 543/03), § 33, 3 October 2006; Magee and Others v. the United Kingdom, (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12), §§ 77-78, 12 May 2015; Döner ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 29994/02), §, 57, 7 Mart 2017.

<sup>77</sup> Ali Koçintar/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 77429/12), §§ 41, 43, 1 Temmuz 2014; Şahin Alpay / Türkiye, § 111; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 103; Hakim Aydın/Türkiye, § 30; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 132; Kavala/ Türkiye, §§ 100-101.

rası bağlamında bir inceleme yapmanın kendi görevi olmadığını hatırlatmaktadır.<sup>78</sup> Bir başka deyişle CMK'nın 108. maddesinde olduğu gibi, soruşturma ve kovuşturma aşamasında en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeceği hususunda resen karar verilmesi halinde, bu durum tek başına Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>79</sup>

Yine tutukluğun devamına ilişkin itiraz kararlarının CMK'nın 268. maddesinde düzenlendiği üzere bir başka mahkeme tarafından incelenmesi durumunda, tutuklunun incelemeyi yapacak mahkeme huzuruna çıkarılmaması ve incelemenin dosya üzerinde çekişmesiz ve duruşmasız yapılması halinde, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesi şartıyla, AİHM bu durumun da tek başına Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasını ihlal etmediğini belirtmektedir.<sup>80</sup> İdeal olan itiraz duruşmalarının çekişmeli, tutuklunun mahkemeye çıkarılması ve silahların eşitliği ilkesinin uygulanması suretiyle yerine getirilmesidir.<sup>81</sup>

Bu bağlamda Mahkeme, itirazın tutuklunun mahkemeye çıkarılması suretiyle incelenmesini gerektiren ve duruşma yapılmasını zorunlu kılan hallerin olabileceğini, bu durumda duruşma yapıp yapılmayacağını, incelenmesi gereken konuların niteliğine, kararın tutuklu için önemine, tutuklunun itiraz edilen kararın verildiği sırada kişisel olarak mahkemeye çıkarılmasının çekişmeli yargılama hakkına saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli olup olmadığına bağlı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>82</sup> Nitekim Adem Serkan Gündoğdu kararında, sanığın tutukluluk halinin kaldırılmasına ilişkin olarak yargılandığı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'ne yaptığı başvuruların reddine dair 17 Mayıs 2011 ve 13 Ekim 2011 tarihli kararlara karşı, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'ne yaptığı itiraz başvurularının İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nce duruşma yapılmaksızın<sup>13</sup>

<sup>78</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, (Başvuru no. 67696/11), §§ 32, 33, 16 Ocak 2018 ; Altınok/Türkiye, (Başvuru no. 31610/08), § 40, 29 Kasım 2011.

<sup>79</sup> Aynı yönde bkz. Ş. Cankat Taşkın, "Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 66, s.275-288, s.286; Centel, 2013, s.201.

<sup>80</sup> Rahbar-Pagard/Bulgaristan, (Başvuru no. 45466/99 ve 29903/02), § 67, 6 Nisan 2006; Saghinadze and Others v. Georgia, (no. 18768/05), §150, 27 May 2010; Nikolova v. Bulgaria [GC], (no.31195/96), § 58, 25 March 1999.

<sup>81</sup> Nikolova v. Bulgaria, § 58; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.290, 299.

<sup>82</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, § 40.

Haziran 2011 ve 16 Kasım 2011 tarihinde reddedilmesine ilişkin olarak, AİHM, sanığın 10. Ağır Ceza Mahkemesi huzuruna çıkarılmasının ardından, itiraz incelemelerinin sırasıyla 27 gün ve 1 ay 3 günlük arayla yapıldığını, sanığın makul aralıklarla dinlenildiğini, itiraz sırasında sanığın şahsen mahkemeye çıkarılmamasının tek başına silahların eşitliği ilkesini zedelediğini dile getirmiş, bu hususta başta *Altınok* kararı olmak üzere diğer birçok kararında ihlal olmadığı yönünde karar verdiğini belirtmiştir.<sup>83</sup>

Ancak gerek *Altınok* gerekse *Adem Serkan Gündoğdu* kararında, sanığa itiraz aşamasında, Cumhuriyet savcısının yazılı görüşünün iletilmemesiyle ilgili olarak, gerek başvuranın gerekse avukatının, Cumhuriyet savcısının görüşünün kendilerine tebliğ edilmesi imkânından yararlanmadıklarını, bu görüşe cevap veremediklerini ve dolayısıyla taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine riayet edilmediğini belirterek, itiraz aşamasının, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının gereklerini karşılamadığına karar vermiştir.<sup>84</sup> Özellikle bir avukatın, tutukluluğun kanuna uygun olup olmadığı ile ilgili etkili bir itiraz yapabilmesini sağlayacak dosyadaki önemli başlıca belgelere erişiminin engellendiği durumlarda, AİHM silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığını belirtmektedir.<sup>85</sup> Yine tutuklunun isnadı öğrenmesine engel olacak şekilde verilen erişimin engellenmesi kararları, Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen isnadı öğrenme hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.<sup>86</sup> Soruşturmanın sağlıklı yürütülmesi için zorunlu olarak verilecek sınırlama kararları isnadın öğrenilmesine ve suçlamanın tam olarak bildirilmesine engel olmamalıdır.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, §§ 42, 44, 45, 47.

<sup>84</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye § 49; Altınok/Türkiye, §§ 57-61. Bunun yanında itirazın incelenmesi aşamasında dosyaya erişimin kısıtlanması halinde bu durumun silahların eşitliği güvencesine ve Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olacağı yönünde karar için bkz. Şık / Türkiye, § 75.

<sup>85</sup> Lamy v. Belgium, (no. 10444/83), § 29, 30 March 1989; Nikolova v. Bulgaria, § 58; Schöps v. Germany, (no. 25116/94), §§ 44, 53, 55, 13 February 2001; Lietzow v. Germany, (no. 24479/94), §§ 44, 48 13 February 2001, Mooren v. Germany [GC], (no. 11364/03), § 124, 9 July 2009; Ovsjannikov v. Estonia, (no.1346/12), §§ 72-78, 20 February 2014; Ceviz/Türkiye, (Başvuru no. 8140/08), § 41, 17 Temmuz 2012, Mustafa Avcı/Türkiye, § 90.

<sup>86</sup> Case of Foucher v. France, (no. 22209/93), §§, 34-36-38, 18 March 1997.

<sup>87</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.314; Ünver/Hakeri, s. 22-24; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 60-61.

## 2- İtirazın İvedi Olarak İncelenmesi Zorunluluğu

Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası, tutukluya tutuklama kararına itiraz etme ve itirazın kısa bir süre içinde (ivedilikle) incelenmesini isteme hakkı vermekte, tutukluluk hali hukuka uygun değil ise salıverilmesini sağlamaktadır.<sup>88</sup> İtirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı ise, her somut olayın kendi şartlarında, özellikle ulusal makamlar ve başvuran için söz konusu olan tehlikenin ağırlığı ve davanın karmaşıklığı göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.<sup>89</sup> Aynı durum, aşağıda açıklanacağı üzere tutuklama süresinin makullüğüne ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ve yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının yorumunda da geçerlidir.

Bir başka deyişle, tutukluluğun ve yargılamanın makul süreyi aşp aşmadığı ile tutuklamaya itirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı ayrı kavramlar olmakla birlikte, benzer hususların incelenmesini gerekli kılan birbirleriyle bağlantılı kavramlardır.<sup>90</sup> Bununla beraber, Sözleşme'nin 5/4 maddesi gereğince tutukluluğa itiraz incelenmesinin ivedilikle (*speedily*) sonuçlandırılması için gereken süre, yakalanan kimsenin derhal (*promptly*) hâkim huzuruna çıkarılması için gerekli olan süreden daha uzun ve fakat, Sözleşme'nin 5/3 maddesinde belirtilen tüm tutukluluğun makul sürede (*reasonable time*) tamamlanması için gereken süreden daha kısadır.<sup>91</sup> Çünkü AİHM içtihatlarına göre, yakalananın, yakalanma anından itibaren en geç 4 gün içinde salıvermeye de yetkili adli bir makama erişiminin sağlanması gerekirken,<sup>92</sup> her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gereken tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı hususunda, AİHM'nin uyuşturucu madde ticareti suçu kapsamında geçirilen 3 yıl 1 ay 27 günlük tutukluluk süresini makul gören kararları vardır.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Mooren v. Germany § 106; Idalov v Russia, § 154; Şahin Alpay/Türkiye, § 133; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 161; Kavala/Türkiye, § 176.

<sup>89</sup> Mooren v. Germany, § 106; S.T.S. v. the Netherlands, (no. 277/05), § 43, 7 June 2011; Shcherbina v. Russia, (no.41970/11), § 62, 26 June 2014; Şahin Alpay/Türkiye, § 134; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 162; Kavala/Türkiye, § 179.

<sup>90</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s. 339-342.

<sup>91</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.948.

<sup>92</sup> McKay v. the United Kingdom, § 33; Magee and Others v. the United Kingdom, §§ 77-78; Döner ve Diğerleri/Türkiye, § 57.

<sup>93</sup> Case of van der Tang v. Spain, (no.19382/92), §§, 55,58, 75-76, 13 July 1995.

Bu bağlamda itirazın “ivedilikle” incelenmesiyle ilgili olarak, iç hukukun iki dereceli bir denetim yapılmasına izin verdiği hallerde, AİHM ikinci derece mahkemesi önündeki denetimin daha uzun zaman alabileceğini belirtmektedir.<sup>94</sup> AİHM, Türk hukuk sisteminde, keyfi tutuklamaya karşı güvence sağlayan itiraz mekanizmalarının mevcut olduğunu, tutuklanan kişilerin yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep edebileceklerini, taleplerinin reddedilmesi durumunda, bu karara karşı itirazda bulunabileceklerini ve nihayetinde CMK’nın 108. maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturma aşamasında en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluğun devamı konusunda mahkemelerce resen karar verilebildiğini belirtmektedir. Bu nedenle, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, uzun tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruların, keyfiliğe karşı ek güvenceler niteliğinde olduğu AİHM tarafından ifade edilmektedir.<sup>95</sup>

Bununla beraber AİHM, keyfiliğe karşı güvence sağlayan itiraz kurumunun “etkili yargı denetimi” prensibine dayandığını, etkili olmanın zaman unsuruna bağlı olduğunu, bu nedenle tutukluluğa ilişkin gecikmiş bir yargı denetiminin etkili olamayacağını belirtmektedir.<sup>96</sup> Bu ilkedен hareketle, AİHM, *G.B* kararında, Lübnan ve Fransa’da meydana gelen terör saldırılarına katıldığı ve bir radyo istasyonunun bombalanmasına karıştığı iddiasıyla tutuklanan şüphelinin, 21 Ekim 1994’de başlayan ve 22 Kasım 1994 tarihinde sona eren tutukluluğa itiraz sürecinin, İsviçre Federal Mahkemesi’nce ivedilikle sonuçlandırılmadığına karar vermiştir. Bu kararında AİHM, şüphelinin 21 Ekim’de Savcılık bürosuna itiraz başvurusu yaptığını, 24 Ekimde Savcılığa tebliğ edilen ve Federal Savcı tarafından 25 Ekim’de reddedilen salıverme talebine karşı şüphelinin Federal Mahkeme’ye 31 Ekim tarihinde itiraz dilekçesi sunduğunu, Federal Mahkeme’nin Federal Savcı’dan tahliye talebine ilişkin görüşünü 7 Kasım tarihine kadar mahkemeye ve şüpheliye sunmasını, şüpheliden de Savcılığın görüşüne karşı iddialarını 11 Kasım tarihine kadar mahkemeye sunmasını istediğini, Federal

<sup>94</sup> Lebedev v. Russia, (no. 4493/04), § 96, 25 October 2007; Shcherbina v. Russia, § 65; Şahin Alpay/Türkiye, § 135; Mehmet Hasan Altan / Türkiye, § 163; Kavala / Türkiye, § 180.

<sup>95</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 137.

<sup>96</sup> Shcherbina v. Russia, § 62; Kavala/Türkiye, § 177.

Mahkeme'nin incelemesini 21 Kasım tarihinde tamamlayıp tahliyei reddettiğini, bunun da şüpheliye 22 Kasım tarihinde tebliğ edildiğini, ardından Federal Savcı'nın kararıyla şüphelinin 30 Kasım tarihinde tahliyesine karar verildiğini belirterek, Federal Savcı'nın daha önceden 1 günlük süre içinde hazırlayıp verdiği görüşünü tekrar temin etmek ve tahliye talebini incelemek için Federal Mahkeme'nin 10 gün süre harcamasının "ivedilik" gereklerine aykırı olduğunu tespit etmiştir.<sup>97</sup>

Yine AİHM Rusya'ya ilişkin olarak verdiği *Khudobin* kararında uyuşturucu madde satmak ve satışına aracılık etmek suçundan 29 Ekim 1998'de gözaltına alınan, 13 Ocak 1999'da yapılan ilk duruşmada tutuklu yargılanmasına karar verilen şüphelinin, 18 Şubat'ta tutukluluğuna itiraz edildiğini, 17 Mart'ta bu itirazın reddedildiğini, 21 Nisan tarihinde tutuklunun akıl sağlığının yerinde olmadığı ve salıverilmesi talebiyle yeni bir başvuru yapıldığını, bu başvurunun sağlık raporlarının beklendiği gerekçe gösterilerek 11 Kasım 1999 tarihine kadar sonuçlandırılmadığını ve bu tarihte tutuklunun akıl sağlığının yerinde olmadığı gerekçesiyle serbest bırakıldığını ve hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin uygulanması için hastaneye sevk edildiğini belirterek, 21 Nisan 1999 ve 11 Kasım 1999 tarihleri arasında geçen süre nedeniyle tutukluluğa yapılan itirazın ivedilikle sonuçlandırılmadığını belirterek, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>98</sup>

Yine AİHM Rusya aleyhine verdiği *Shcherbina* kararında, Kazakistan'da silahlı soygun suçuna karışan ve Rusya'ya kaçan bir Kazakistan vatandaşının, Kazakistan'ın talebi üzerine sınır dışı edilmek üzere, 28 Şubat 2011 tarihinde Rusya'da Savcılık kararıyla tutuklanmasının ardından, itiraz sürecinin ivedilikle sonuçlandırılmadığına karar vermiştir. Bu kararda, AİHM ilgilinin 30 Mart 2011 tarihinde tutukluluğa ilk derece mahkemesi önünde itiraz ettiğini, mahkemenin de 15 Nisan 2011'de yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının Rusya'da geçerli olabilmesi için Rus mahkemeleri tarafından yeni bir tutuklama kararının verilmesi gerektiği ve Savcı'nın tutuklama yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle tutuklama kararını kaldırdığını belirterek, 30 Mart 2011 ve 15 Nisan 2011 tarihleri arasın-

<sup>97</sup> G.B. v. Switzerland, (no. 27426/95), §§ 28-39, 30 November 2000.

<sup>98</sup> Khudobin v. Russia, (no. 59696/00), §§ 115-124, 26 October 2006.

da geçen 16 günlük sürenin bu tür bir inceleme için aşırı olduğunu belirtmiştir. Ardından somut olayın koşulları göz önüne alındığında itirazın ivedilikle sonuçlandırılmadığını, 16 günlük sürenin iki mahkeme arasında geçmediğini belirten AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>99</sup>

Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesi ve aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince, tutukluluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılmaması ve uzun süren tutukluluk hallerinde, AİHM tarafından tedbiren salıverme kararı verilebilmektedir. Ancak tedbiren salıverme olanağı, hakkında henüz ilk derece mahkemelerince hüküm verilmemiş kişiler için söz konusudur.<sup>100</sup> Hakkında ilk derece mahkemelerinin hüküm verdiği ve tutuklu yargılanmasına devam edilen kişilerin uzun süren tutukluluk hallerinde ise Sözleşme'nin 6. maddesi ve 5. 1 (a) maddesi geçerli olup, AİHM tarafından salıverme yönünde bir tedbir kararı verilmemektedir. Bu hallerde, AİHM, aşağıda inceleneceği üzere, kural olarak yargılamanın uzun sürdüğünü ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini gerekçe göstererek ihlal ve tazminat kararı vermekte, tedbiren salıvermeye karar vermemektedir.

Nitekim Şahin Alpay kararında AİHM, Şahin Alpay hakkında hüküm verilmemesi sebebiyle hemen tahliye edilmesine karar verebilmiş iken<sup>101</sup> Mehmet Hasan Altan kararında, Mahkeme, iç hukukun açık veya zımnî bir şekilde Sözleşme'yi ihlal edip etmeyeceğini denetleyebileceğini, özgürlükten yoksun bırakmanın keyfi olup olmadığı ve hukuki belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğini inceleyebileceğini,<sup>102</sup> ancak Mehmet Altan'ın mümkün olan en kısa sürede tahliyesi hakkında karar veremeyeceğini, bu yönde bir tedbir kararı vermesine kanuni dayanak olmadığını, çünkü durumunun Sözleşme'nin 5. 1 (a) maddesi kapsa-

<sup>99</sup> Shcherbina v. Russia, §§ 62-71.

<sup>100</sup> Ayrıntılı tartışma için bakınız Wemhoff v. Germany, p.19, 20, § 9. Aynı yönde bkz. Centel, 2013, s.197-199; Taşkın, s.282-283; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.283-284. AİHM'in temyiz aşamasındaki tutukluluğu, Sözleşme'nin 5. 1 (a) maddesi kapsamında hükümlülük (*conviction*) olarak nitelendirmesinin iç hukukumuz bakımından uygun olmadığı yönündeki tartışma için bkz. Muharrem Özen/Devrim Güngör/Güneş Okuyucu Ergün, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, C. 68, S. 4, s. 181-187, s. 184-186.

<sup>101</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 195.

<sup>102</sup> Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 144-167.

mında olduğunu, Mehmet Altan hakkında Ağır Ceza Mahkemesi'nce hüküm verildiğini belirtmiştir.<sup>103</sup>

Ancak, AİHM tutukluluk halinin devamının Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesini de ihlal etmesi halinde bu yorumunun geçerli olamayacağını *Demirtaş*<sup>104</sup> kararında ortaya koymuştur. Mahkeme karar tarihinde Selahattin Demirtaş hakkında Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 7 Eylül 2018 tarihinde verilmiş 4 yıl 8 ay hapis cezası öngören mahkûmiyet hükmü bulunmasına rağmen, Demirtaş'ın tahliyesine karar vermiştir. Sözleşme'nin 18. maddesine göre, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümlerince getirilebilecek kısıtlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Mahkeme'ye göre, Demirtaş'ın, ilk tutuklamanın ardından Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tekdüze veya basmakalıp gerekçelerle tutukluluk halinin devam ettirilmesi, özellikle tutukluluk halinin 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa referandumu ile 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi arasında devamı siyasi bir nitelik taşımaktadır. Bu siyasi niteliğin, Demirtaş'ın tutuklama suretiyle özgürlüğünün kısıtlanmasında ağır basan bir amaç olarak gözüktüğünü belirten Mahkeme, bu durumda Demirtaş'ın sadece bireysel nitelikte bir ihlalin mağduru olmadığını, muhalefet lideri olması sebebiyle Sözleşme'ye uygun olmayan bir amaçla tutukluluk halinin devam ettirildiğini, böylece sadece Demirtaş'ın hak ve özgürlüklerinin değil, demokratik sistemin kendisinin de tehlikeye atıldığını belirtmiştir.

Mahkeme'nin nazarında, bu durum Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesini de ihlal etmektedir.<sup>105</sup> Dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesinin de ihlal edilmesi durumuna son vermek üzere, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren yeni gerekçeler veya deliller sunulmadığı sürece, AİHM önündeki davaya konu edilen ceza yargılamaları bakımından Selahattin Demirtaş'ın salıverilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 220.

<sup>104</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 242-274.

<sup>105</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 271-274.

<sup>106</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 282-283.



İvedi inceleme konusunda yukarıda aktarılan içtihatlarına rağmen, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, AİHM, 15 Temmuz 2016 sonrası ilk kararlarında, Anayasa Mahkemesi'ne uzun süren tutukluluk hallerinin sonlandırılması talebiyle yapılan bireysel başvurularda, başvurunun ivedilikle incelenip incelenmediği konusunda, ortalama 1 yılı aşan inceleme süreleri için esnek bir tutum sergilemiş, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen askeri darbe girişiminin iş yükünü arttırdığını, burada istisnai bir durumun bulunduğunu belirtmiştir. Ancak daha sonra *Osman Kavala* kararında mahkeme bu tutumunu değiştirmiştir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak tekrar değinilecektir.

### E-Tutukluluğun makul süreyi aşmaması

Yukarıda belirtildiği üzere, tutuklama en son çare olarak başvurulması gereken geçici bir koruma tedbiri olup bir azami süresinin olması ve bu sürenin de makul olması zorunludur. Türk hukukunda da tutuklama, suçluluğu hakkında henüz kesin bir hüküm bulunmayan ancak suç işlediği konusunda kuvvetli bir suç şüphesi bulunan kişinin özgürlüğünün ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi ya da muhtemel bir mahkûmiyet hükmünün ilerde infazının sağlanabilmesi amacıyla, kanunda öngörülen şart ve usulde hâkim kararıyla geçici olarak sınırlandırılmasından ibarettir.<sup>107</sup> Türk hukukunda tutuklulukta azami süre ise CMK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.

<sup>107</sup> Balo, s.8; Bıçak, s.641; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.301; Yenidünya/İçer, s.329; Yurtcan, s.325; Mehmet Reşat Koparan, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S.65, s.154-172, s.154-157; Metin Feyzioğlu/ Güneş Okuyucu Ergün, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *AUHFED (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)*, 2010, C. 59, S.1, s.35-59, s.36-40.

Kanun metninin lafzı esas alındığında ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda, tutukluluk süresinin uzatma ile birlikte en fazla 18 ay olacağı açıktır. Ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar yönünden 3 ve 5 yıl olarak öngörülen “uzatma süresi” deyiminin kapsamı net değildir. Burada tartışılan husus “uzatma süresi” deyiminin kanunda öngörülen 2 yıllık tutukluluk süresini kapsayıp kapsamadığı yönündedir. Başka bir deyişle, toplam tutukluluk süresinin 3 yıl şeklinde mi yoksa 5 yıl şeklinde mi hesaplanacağı tartışılmaktadır.<sup>108</sup> Uygulamada toplam tutukluluk süresinin ağır cezalı suçlar yönünden 5 yıl, kanunda belirtilen ve Ağır Ceza Mahkemesi'nin görev alanına diğer suçlar yönünden ise 7 yıl olduğu, bu sürenin hesabına sadece ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmeye kadar geçen sürenin dâhil edilmesi gerektiği, hüküm verildikten ve sanığın hükmen tutuklu hale gelmesinden sonra geçen sürenin ise dâhil edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>109</sup>

Kanımızca ağır cezalı suçlar yönünden 5 yıllık, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar için 7 yıllık tutuklama süresi öngörmek ve tutukluğu isnada ve hükme bağlı tutukluluk şeklinde ayırarak,<sup>110</sup> bu süreye hükmün verilmesinden sonra geçen süreyi dâhil etmemek,<sup>111</sup> makul olmadığı gibi orantılılık ilkesine de aykırıdır.<sup>112</sup> Ayrıca uzatma süresinin tutuklama süresinden fazla olması eleştirilmesi gereken bir

<sup>108</sup> Feyzioğlu/Ergün, s.43; Katoğlu, s.23-25; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283; Toroslu/Feyzioğlu, s.264; Zekiye Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

<sup>109</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 tarihli ve E.2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Korcan Pulatsü Başvurusu, B. No: 2012/726, 02.07.2013.

<sup>110</sup> Abdullah Batuhan Baytaz, “Hükme Bağlı Tutukluluk”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, C. 6, S.2, s. 133-153; Balo, s.37-38.

<sup>111</sup> Ünver ve Hakeri, s. 358-360. Ünver ve Hakeri, tutuklamanın azami süresinin tespitinde kullanılan ilk derece yargılamasının tamamlanması için gerekçeli kararın açıklanması gerektiğini belirtmektedirler. Dolayısıyla hükmün açıklanması ile gerekçeli kararın açıklanması arasında geçen sürede azami tutukluluk süresi işlemeye devam etmektedir (Ünver/Hakeri, s. 359-360). Yine birden fazla suçtan yargılanma halinde de azami süre tüm suçlar için tek bir süre olarak hesaplanmalıdır, her bir suç için azami tutukluluk süresi ayrı ayrı hesaplanmamalıdır (Ünver/Hakeri, s.360, Şahin, s.314-315).

<sup>112</sup> Katoğlu, s. 23-24; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.955-956; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.313.

durum<sup>113</sup> olup kanundaki düzenlemede bir zafiyet varsa bu düzenlemenin de şüpheli veya sanık lehine yorumlanması gerekir.<sup>114</sup> Nihayetinde, CMK'nın 102. maddesindeki süreler soruşturma, kovuşturma, istinaf, temyiz gibi ayrımlar yapılmaksızın ortaya konmuş, suç isnadının yapılmasıyla başlayan ve hükmün kesinleşmesiyle sona eren tüm ceza muhakemesi evreleri için geçerli olan sürelerdir.<sup>115</sup>

Öte yandan tutukluluğun makul süreyi aşması, tutukluluk için kanunda öngörülen azami sürenin aşılmasından farklı olup tutukluğun azami süreyi aşmadığı hallerde dahi tutukluluğun makul süreyi aşması mümkündür.<sup>116</sup> Tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal adli makamlara düşen bir görevdir. Bu görevi yerine getirmek için ulusal mahkemeler, masumiyet karinesinin gereklerini dikkate alarak, Sözleşme'nin 5. maddesinde belirlenen kurala bir istisna getirmeyi haklı kılabilir, kamu yararına uygun ya da aykırı nitelikteki bütün koşulları incelemek ve bu incelemeye dair gerekçelerini kararlarında belirtmek durumundadırlar.<sup>117</sup>

Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda, AİHM, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlarda yer alan ve başvuranın salıverilme taleplerinde ya da diğer başvurularında ileri sürülen gerekçelere dayanarak ihlal olup olmadığını incelemektedir.<sup>118</sup> Bu inceleme sırasında AİHM, her somut olayın kendi şartlarında, özellikle ulusal makamlar ve başvuran için söz konusu olan tehlikenin ağırlığını ve davanın karmaşıklığını göz önüne alarak değerlendirme yapmaktadır.<sup>119</sup> Bu

<sup>113</sup> Centel, 2011, s.67; Toroslu/FeYZioğlu, s.264.

<sup>114</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283.

<sup>115</sup> BaytaZ, s.143; Toroslu/FeYZioğlu, s.264; Yenidünya/İçer, s.341.

<sup>116</sup> Baló, s.35-36. Anayasa Mahkemesi, (Başvuru no. 2012/239, 2012/521), §51; Anayasa Mahkemesi (Başvuru no. 2012/521), §§ 48-49.

<sup>117</sup> Nedim Şener/Türkiye, (Başvuru no. 38270/11), § 70, 8 Temmuz 2014; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 187. Uzun süren tutukluluk halleri sebebiyle Türkiye aleyhine verilen diğer kararlar için bkz. Centel, 2011, s.64-65; Centel, 2013, s.198-199; Güleç, s.46-48; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.960-961; Özen/Güngör/Ergün, s.185; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.285-289.

<sup>118</sup> Neumeister v. Austria, 27 June 1968, p. 37, §§ 4-5, Series A no. 8; Wemhoff v. Germany, p. 20-21, § 12; Letellier v. France, § 35; Buzadji v. the Republic of Moldova, § 91; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 187.

<sup>119</sup> Wemhoff v. Germany, p.20, §10; p.21 §14, p.22 § 17; 27; Mooren v. Germany, § 106; S.T.S. v. the Netherlands, § 43; Shcherbina v. Russia, § 62; Şahin Alpay/Türkiye, § 134; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 162; Kavala/Türkiye, § 179.

bağlamda, her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gereken tutukluluğun makul süreyi aşip aşmadığı hususunda, AİHM'nin uyuşturucu madde ticareti suçu kapsamında geçirilen 3 yıl 1 ay 27 günlük tutukluluk süresini makul gören kararları vardır.<sup>120</sup>

Yukarda kısmen değinildiği üzere, Sözleşme'nin 5/3 maddesi kapsamında makul süreyi aşmaması gereken tutukluluk halidir, yargılama değildir. Yargılamanın makul süreyi aşmaması gerektiği ise Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Nitekim AİHM Sözleşme'nin 6.maddesinin birinci fıkrasının, ceza yargılaması da dâhil olmak üzere yargılamanın makul süre içinde sonuçlanıp sonuçlandırılmadığı konusunda mahkemeye denetim yetkisi verdiğini, bu durumda yargılamanın uzunluğunun makul olup olmadığına dair değerlendirmenin, davanın koşullarının yanı sıra, davanın karmaşıklığı ve başvurular ile ilgili makamların davranışlarının dikkate alınması suretiyle gerçekleştirildiğini belirtmektedir.<sup>121</sup>

Bu bağlamda AİHM, *Bozkaya* kararında yargılamanın 19 Kasım 2003 tarihinde başvuranın tutuklanması ile başladığını ve 18 Şubat 2009 tarihinde Yargıtay'ın verdiği nihai karar ile sona erdiğini, iki dereceli yargılama sisteminde davanın Yargıtay'ca iki kez incelendiğini, yargılamanın toplam 5 yıl 3 ay sürdüğünü, mahkeme önündeki davanın karmaşık olmadığını, Yargıtay tarafından gerçekleştirilen ilk temyiz incelemesinin neredeyse 10 ay, ikinci temyiz incelemesinin neredeyse 2 yıl sürdüğünü, dolayısıyla toplam sürenin neredeyse yarısının Yargıtay aşamasında geçtiğini belirterek, yargılamanın aşırı uzun sürdüğüne ve makul süre koşulunu sağlamadığına karar vermiştir.<sup>122</sup>

Yine *Girişen* kararında, AİHM, başvuranın 22 Aralık 2001'de terör örgütüne üye olma suçundan gözaltına alındığını, hakkında ilk yargılamanın Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde başlayıp, ilk kararın 12 Haziran 2008 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nce

<sup>120</sup> van der Tang v. Spain, §§ 55,58, 75-76.

<sup>121</sup> Pélissier and Sassi v. France [GC], (no. 25444/94), § 67, 25 March 1999; *Bozkaya/Türkiye*, (Başvuru no. 46661/09), § 59, 5 Eylül 2017, Nihai 5 Aralık 2017; *Girişen/Türkiye*, (Başvuru no. 53567/07), § 64, 13 Mart 2018.

<sup>122</sup> *Bozkaya/Türkiye*, § 60. Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *Güngül/Türkiye*, (Başvuru no. 28388/03), § 24, 10 Mart 2009; *Daneshpayeh/Türkiye* (Başvuru no. 21086/04), § 28,16 Temmuz 2009; *Hayrettin Demir/Türkiye*, (Başvuru no. 2091/07), § 54, 24 Temmuz 2012.

verildiğini, sanığın suç tarihinde 18 yaşından küçük olması sebebiyle toplam 20 yıl hapis cezasına çarptırıldığını, kararın Yargıtay'ca 18 Ocak 2010 tarihinde bozulduğunu, ardından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosyayı Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderdiğini, mahkemenin 2 Kasım 2010 tarihinde sanığın tutuksuz yargılanmasına karar verdiğini, 5 Haziran 2012 tarihinde sanığın toplam 16 yıl 8 ay hapis cezasına çarptırıldığını ve kararın Yargıtay'ca 17 Haziran 2014 tarihinde onaylandığı belirterek, toplam yargılamanın yaklaşık 12 yıl 6 ay sürdüğünü, ilk derece mahkemesinin kararını vermek için 6 yıldan fazla bir zaman harcadığını ve yargılamanın aşırı uzun sürdüğü ve makul süre koşulunu sağlamadığını tespit ederek, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>123</sup>

### III- MAKUL SÜREYİ AŞAN TUTUKLULUK HALLERİNDE AİHM'İN İNCELEME YETKİSİNİN KAPSAMI

AİHM tutukluluğun makul olup olmadığını, tutuklamanın meşru bir amacın izlenerek yapılıp yapılmadığını, tutukluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını denetlerken, önüne gelen davada Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ve dördüncü fıkrasında belirlenen koşulların yerine getirilip getirilmediğini incelemekle yetinmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin kendisine sunulan delilleri değerlendirmek için daha iyi bir konumda bulunan ulusal mahkemelerin olaylarla ilgili değerlendirmesini bir kenara bırakarak, kendi değerlendirmesini yapması, kural olarak, söz konusu değildir.<sup>124</sup> Mahkeme tarafından sıklıkla belirtildiği üzere, iç hukuku yorumlamak ve uygulamaktan öncelikli olarak sorumlu olan ulusal mahkemelerdir. İç hukuk yorumlanırken ulusal mahkemeler tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları ele almak için AİHM sınırlı bir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir.<sup>125</sup> Buna göre,

<sup>123</sup> Girişen/Türkiye, § 65-68.

<sup>124</sup> Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, § 53; Levent Ersöz/Türkiye, § 50; Çetin Doğan/Türkiye, § 80; İrfan Güzel/ Türkiye, § 44; Murray v. The United Kingdom, § 66; Mergen ve diğerleri/Türkiye, § 48; Şahin Alpay/Türkiye, § 105; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 126; Alparslan Altan/Türkiye, § 128; Hakim Aydın/Türkiye, § 34; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 163; Kavala/Türkiye, §134.

<sup>125</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 147.

ulusal mahkemelerin yorumları keyfi veya açıkça gayrimakul (*manifestly unreasonable*) olmadığı sürece,<sup>126</sup> AİHM sadece bu yorumların Sözleşmeyle bağdaşır bağdaşmadığını saptamakla yetinmektedir.<sup>127</sup> Bu nedenle, AİHM'nin ulusal mahkemelerce verilmiş kararlar ile ilgili olarak önündeki davalarda ulusal hukukun yorumlanma ve uygulanma biçiminin Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığını teyit etmesi gerekmektedir.<sup>128</sup>

Ancak bu husus AİHM'nin kendisine tutuklama ile ilgili sunulan delilleri ve tutuklamanın gerekçesini hiçbir şekilde tartışamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi bir yorum, AİHM'nin önüne gelen şikâyetle, başvuran aleyhine sunulan delillerin içeriğini inceleyemeyeceği, sadece tutukluluğun ve tutukluluk halinin devamının kanuni dayanağının olup olmadığını inceleyebileceği anlamına gelir ki, AİHM bu yorumun gerek kendisi gerekse Anayasa Mahkemesi açısından kabul edilemez olduğunu açıkça belirtmiştir.<sup>129</sup> Bu bağlamda Mahkeme, iç hukuk kurallarının açık veya zımni bir şekilde Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemek yetkisine sahip olup özellikle özgürlükten yoksun kılma konusunda, hukuki güvenlik ilkesine riayet edilmesinin önemine vurgu yapmaktadır. Yukarda da açıklandığı üzere, özgürlükten yoksun kılma ve tutuklama tedbiri bağlamında, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası, hâkimin tutukluluğun yerindeliğini, ya da tutukluluğa esas teşkil eden gerekçeleri (*the merits of the detention*) incelemesini zorunlu kılmaktadır.

Bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin, adli bir makama erişiminin güvence altına alınmış olması ya da bu tür tedbirlerin uygulanmasının iç hukukta kanuni bir dayanağının bulunması, bu düzenlemelerin içerik veya nitelik itibariyle aynı zamanda hukuka uygun olduğu ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda, iç hukukta kanuna uygun olup azami süreyi aşmayan tutukluluk hallerinin gerekçesinin hukuka aykırı olması ve

<sup>126</sup> Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], (no. 73049/01), §§ 83, 86, 11 January 2007; Selahattin Demirtaş/ Türkiye (No.2), § 148.

<sup>127</sup> Waite and Kennedy v. Germany [GC], (no. 26083/94), § 54, 18 February 1999; Rohlena v. the Czech Republic [GC], (no. 59552/08), § 51, 27 January 2015.

<sup>128</sup> Assanidze v. Georgia, § 171; Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Kavala/Türkiye, § 132. Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.315.

<sup>129</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 114; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 135.

Sözleşme'nin ihlaline neden olması mümkündür. Mahkeme'ye göre, bir tutuklamanın keyfi olup olmadığının denetiminde esas faktör, tutuklamanın iç hukuka uygun olup olmadığı ve kanuni dayanağının bulunup bulunmadığından çok; bu kavramları aşacak şekilde hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda tutuklamaya esas teşkil eden gerekçenin denetlenmesidir.<sup>130</sup>

Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında oluşan bu gerekçenin denetlenmesi yetkisi, uzun süren tutukluluk halleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda verilen kararların da gerekçesinin denetlenmesini ve bireysel başvuruların ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını incelemeyi mümkün kılmaktadır.

#### IV- ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURUNUN ETKİLİLİĞİ VE İNCELEME SÜRESİ

Tutuklama, tutuklama talebinin reddi, tutuklamanın devamı, tutukluluğun kaldırılması talebinin reddi kararlarına karşı "itiraz" kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 101/5). İtiraz yolu tüketilince, bireysel başvuru yoluna gidilebildiği gibi, yargılamanın makul süre içinde yapılmadığı iddiası ile de (Any. m.19/7) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmektedir. Neticede tutukluğun temel bir hakkı ihlal eder boyuta ulaştığına kanaat getirilirse, Anayasa Mahkemesi'nce tutukluluk durumunun sona erdirilmesine karar verilmesi gerekir.<sup>131</sup> AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında uzun süren tutukluluk halinin yerindeliğinin denetlenmesi ve tutukluluk halinin sona erdirilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma olanağının bulunmasının, Sözleşme'nin 35. maddesi gereğince tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığı konusunda görüşünü *Koçintar* kararında belirtmiştir.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Assanidze v. Georgia, § 171; Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Kavala/Türkiye, § 132.

<sup>131</sup> Yenisey, s.216. Balo'ya göre Anayasa Mahkemesi'nin bu tür durumlarda "tedbiren tahliye kararı" yerine, CMK'nın 269. maddesinden de yararlanmak suretiyle itiraz mercii olarak, "tutukluluğun infazının geri bırakılması kararı" vermesi daha uygun olur. Çünkü "tedbiren tahliye kararı" da sonuçları itibarıyla tutukluluğun infazının geri bırakılmasıdır (Balo, s.18-19).

<sup>132</sup> Ali Koçintar/Türkiye.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usul-leri Hakkında Kanun'un 45 ve 51. maddeleri arasında düzenlenen bireysel başvuru hakkı kapsamında, AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini tespit etme ve ihlali giderme konusunda uygun yetkilerle donatıldığını ifade etmektedir. Bu bağlamda, AİHM, Sözleşme'ye aykırılık hallerinde, Anayasa Mahkemesi'nin tazminata hükmedebileceğini ve/veya ihlalin telafisine ilişkin yolları belirterek gerektiğinde ilgili yargı makamından ihlale sona verilmesini isteyebileceğini, ya da ilgilinin zararının mümkün olduğunca ihlalden önceki duruma (*statu quo ante*) getirilmesini isteyebileceğini belirterek, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin giderilmesine imkân veren uygun yetkilerinin bulunduğunu kabul etmiştir.<sup>133</sup> Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrası gereğince devlet organlarını, tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliğini dikkate alarak, bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının Türkiye'de yerel mahkemeler tarafından uygulanıp uygulanmayacağı hususunun öncelikle (*a priori*) sorgulanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>134</sup>

Bu bağlamda AİHM'ye göre; Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliği karşısında, başvuranın tutukluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesi'nce karar verilmesi durumunda, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren yeni gerekçe ve deliller yerel mahkemelerce sunulmadıkça, tutukluluk hakkında karar vermeye yetkili olan mahkemelerin başvuranın mutlaka suretle serbest bırakılmasını sağlayacak şekilde hareket etmesi gerekmektedir.<sup>135</sup> Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin Şahin Alpay ve Mehmet Hasan Altan hakkında bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal ve salıverme kararlarına rağmen,<sup>136</sup> Şahin Alpay'ın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nce,

<sup>133</sup> Ali Koçintar/Türkiye, § 41; Hasan Uzun/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 10755/13), §§ 63-64, 30 Nisan 2013; Şahin Alpay/Türkiye, § 111; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 132; Kavala/Türkiye, §§ 100-101.

<sup>134</sup> Ali Koçintar /Türkiye, § 43; Hasan Uzun/Türkiye, § 66; Şahin Alpay/Türkiye, § 111; Mustafa Avcı/Türkiye, §§ 72-75; Mercan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 56511/16), §§ 17-30, 8 Kasım 2016; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 132.

<sup>135</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 115; Mehmet Hasan Altan / Türkiye, § 136.

<sup>136</sup> Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11.01.2018, R.G. tarih ve sayı: 19.01.2018-30306; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11.01.2018, R.G. tarih ve sayı: 19.01.2018-30306.



Mehmet Hasan Altan'ın ise İstanbul 26 ve 27. Ağır Ceza Mahkemelerince salıverilmemesi üzerine AİHM tarafından verilen kararlarda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal ve serbest bırakma kararına rağmen yeni delil ve gerekçe sunulmaksızın, yerel mahkemelerce serbest bırakılma talebinin reddi, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının gereklerine uygun olarak yorumlanamaz. Bir mahkemenin, bireysel başvurulara ilişkin olarak nihai ve bağlayıcı kararlar verme yetkileriyle donatılmış Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini sorgulaması, hukuk devleti ilkesiyle hukuki belirlilik ve kesinlik ilkelerine aykırılık teşkil eder.<sup>137</sup> AİHM'ye göre hukukun üstünlüğü, hukuki belirlilik ve kesinlik ilkeleri Sözleşme'nin 5. maddesiyle sunulan korumanın ayrılmaz bir parçası olup keyfiliğe karşı sunulan güvencelerin temel taşlarını oluşturmaktadır.<sup>138</sup>

Ancak gerek Şahin Alpay gerekse *Mehmet Hasan Altan* kararında Anayasa Mahkemesi'nin kararını, "gereğini" yapması için Ağır Ceza Mahkemelerine tebliğ etmesine rağmen Ağır Ceza Mahkemelerinin, başvuranın serbest bırakılmasını reddederek, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlalin telafisini imkânsız kılacak şekilde Yüksek Mahkeme'ye karşı gelmesini, AİHM ilk başlarda istisnai bir durum olarak yorumlamıştır. Nitekim AİHM Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılma şikâyetleri için etkili bir hukuk yolu olduğuna dair daha önce *Koçintar* kararında belirttiği içtihadını değiştirmeye ihtiyaç duymadığını belirtmiştir.<sup>139</sup> Ancak, Mahkeme, bireysel başvurunun etkili olup olmadığına dair oluşan ciddi şüpheler karşısında, ilk derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi konusunda içtihatlarında meydana gelebilecek muhtemel gelişmeleri dikkate alarak, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin başvurularda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yönteminin etkili olup olmadığını inceleme hakkını saklı tuttuğunu belirtmiştir.<sup>140</sup>

Bu görüşten hareketle, yukarıda aktarılan içtihatlarda belirtilen katı standartlara rağmen, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda inceleme süresinin uzunluğu konusunda, AİHM'nin ilk başlarda esnek bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür.

<sup>137</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 118; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>138</sup> Şahin Alpay/Türkiye, §§ 116, 118; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 137, 139.

<sup>139</sup> Ali Koçintar/Türkiye, § 44.

<sup>140</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 121; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 142.

Nitekim AİHM, Şahin Alpay kararında 8 Eylül 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun 11 Ocak 2018 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "16 ay 3 günlük" sürenin, *Mehmet Hasan Altan* kararında 8 Kasım 2016 tarihinde yapılan başvurunun 11 Ocak 2018 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "14 ay 3 günlük" sürenin, *Selahattin Demirtaş* kararında 17 Kasım 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 21 Aralık 2017 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "13 ay 4 günlük" sürenin, *Tekin Akgün* kararında 5 Aralık 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 21 Aralık 2017 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "1 yıl 16 günlük" sürenin ivedilik koşuluna uygun olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmesine rağmen, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen askeri darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal sebebiyle özgürlük ve güvenlik hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttırdığını, burada istisnai bir durumun bulunduğunu belirtmektedir.

Bu bağlamda, AİHM, sırasıyla "16 ay 3 gün", "14 ay 3 gün", "13 ay 4 gün", "1 yıl 16 gün" şeklinde gerçekleşen süreler "ivedi" olarak nitelendirilemeyecek olmasına rağmen, Şahin Alpay, *Mehmet Hasan Altan*, *Selahattin Demirtaş* ve *Tekin Akgün* davalarının kendi koşullarında, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen tutuklunun tutukluluğa itiraz etme ve ivedilikle karar verilmesini isteme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>141</sup>

Ancak AİHM, bu kararların, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında sunulan benzer şikâyetlerin inceleme süresi-ne ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi'ne istediği gibi davranabilme yetkisini (*carte blanche*) vermediğini, Anayasa Mahkemesi'ne tutukluluğun makul süreyi aştığı ve hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle yapılacak benzer bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruları ivedilikle sonuçlandırmaması halinde, kendisine diğer başvuranlar tarafından yapılabilecek şikâyetler için mutlak denetim yetkisini kullanmaya devam edeceğini belirtmiştir.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Şahin Alpay/Türkiye, §§ 137, 138, 139; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 165, 166, 167; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), §§ 213-216; Akgün/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 19699/18), §§ 35-44, 2 Nisan 2019.

<sup>142</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 138; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 166.

Nitekim *Kavala* kararında, AİHM, daha önceki esnek tutumunu değiştirerek, 29 Aralık 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 28 Haziran 2019 tarihinde sonuçlanması nedeniyle, "1 yıl 5 ay 29 günlük" (17 ay 29 gün) sürenin geçtiğini, 29 Aralık 2017'de yapılan başvuruya rağmen Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık 10 ay boyunca herhangi bir işlem tesis etmediğini, Hükümetten davaya ilişkin görüşünü 5 Kasım 2018'de sorduğunu, mevcut davada yaşanan gecikme süresinin yukarıda zikredilen diğer davalardan daha da uzun olduğunu, bu nedenle bu davada yaşanan gecikmelerin ilgililere atfedilebilir olduğunu ifade etmiştir.<sup>143</sup>

Olağanüstü halden kaynaklanan gecikmelerin mazur görülmesine rağmen, tutukluluğun hukuka uygunluğunun ivedi denetimi konusunda konan standartların katı olduğunu belirten Mahkeme,<sup>144</sup> 1 Kasım 2017 tutuklanan *Kavala* hakkında 9 Şubat 2019 tarihinde ilk iddianamenin düzenlendiğini, 4 Mart 2019 tarihinde iddianamenin kabulünü müteakip *Kavala*'nın ilk defa mahkeme huzuruna 30 Nisan 2019 tarihinde çıktığını, bu arada 17 aydan fazla bir sürenin geçtiğini, tüm tahliye taleplerinin basmakalıp ve matbu gerekçeler ile reddedildiğini, 20 Ekim 2017 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesi'nce soruşturma dosyasına erişime konulan kısıtlamanın 4 Mart 2019 tarihinde iddianamenin kabul edilmesine kadar geçerli olduğunu, bu nedenle *Kavala*'nın 16 ay boyunca hakkındaki suçlamayı bilmeksizin tutuklu kaldığını, Anayasa Mahkemesi'nin *Kavala*'nın 29 Aralık 2017'de yaptığı bireysel başvurusunu ivedilikle görüşüp sonuçlandırarak tüm bu ihlalleri sonlandırması mümkün olmasına rağmen bunu yapmadığını, olağanüstü halin 18 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2019 tarihinde karar verdiğini, bu arada 11 aydan fazla bir sürenin geçtiğini belirtmiştir.<sup>145</sup> Tüm bu nedenlerle AİHM, daha önceki dört kararından farklı olarak *Kavala* kararında, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun toplam süresini ve başvuran açısından söz konusu olan tehlikenin ağırlığını göz önünde bulundurarak, Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen yargılamanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen "ivedilikle" karar verme prensibinin gereklerine uygun olmadığına ve söz konu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> *Kavala*/Türkiye, §§ 190-191.

<sup>144</sup> Bkz. *Idalov v. Russia*, § 157.

<sup>145</sup> *Kavala*/Türkiye, §§ 192-195.

<sup>146</sup> *Kavala*/Türkiye, § 196.

Bununla beraber, AİHM, soruşturma makamlarının soruşturma süresince tutumunun ve başvuranın aleyhinde alınan tedbirlerin bir STK aktivisti ve insan hakları savunucusu olarak başvuranın kendisini susturmak, diğerlerini de benzer eylemler gerçekleştirmekten caydırmak ve ülkede sosyal toplumu etkisiz bırakmak şeklinde gizli bir amaca hizmet ettiği düşüncesinde olduğunu belirtmiştir. Ardından AİHM, tıpkı *Demirtaş* kararında olduğu gibi, bu kararında da Sözleşme'nin 5. maddesiyle beraber 18. maddesinin de ihlal edildiğine ve Kavala'nın bir an önce tahliye edilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>147</sup> Mahkeme'ye göre, Kavala'ya yönelik bu gizli amaç, bir STK aktivisti ve insan hakları savunucusu olarak sadece Kavala'nın bireysel bir hakkını değil, diğer insan hakları savunucularının ve STK aktivistlerinin de bireysel bir hakkını ve bununla beraber toplumu düzenleme aracı olarak demokrasinin de özünü etkilemektedir.<sup>148</sup>

Bu makalenin kaleme alındığı sırada AİHM'nin Büyük Dairesi'nde yeniden görülen *Demirtaş* davasında ise AİHM Büyük Dairesi, tutukluluğa itirazın ivedi bir biçimde incelenip incelenmediği konusunda 2. Daire tarafından daha önceden verilen ve yukarıda aktarılan kararı değiştirmemiştir. Büyük Daire, *Demirtaş* kararında "13 ay 4 gün" şeklinde gerçekleşen inceleme süresini "ivedi" olarak nitelendiremeyecek olmasına rağmen, *Selahattin Demirtaş* davasının kendi koşulları ve Anayasa Mahkemesi'nin artan iş yükü dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen tutuklunun tutukluluğa itiraz etme ve ivedilikle karar verilmesini isteme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>149</sup> Ancak 2. Daire tarafından daha önce hükmedildiği üzere, *Demirtaş*'ın tutukluluğunun siyasi bir amaca hizmet ettiğine, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesiyle beraber 18. maddesinin de ihlal edildiğine karar veren Büyük Daire,<sup>150</sup> *Demirtaş*'ın tahliyesine ve tahliye kararının infaz edilip edilmediğinin Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce izlenmesine karar vermiştir.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> Kavala/Türkiye, §§ 223-232.

<sup>148</sup> Kavala/Türkiye, § 231.

<sup>149</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 368-370.

<sup>150</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 433-438.

<sup>151</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 439-442.

Görüldüğü üzere AİHM'in bu kararları Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda başvuranın tahliye edilmesinin halen mümkün olduğu, bu nedenle hâlihazırda iç hukukta tüketilmesi gereken etkili bir başvuru imkânının bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Bununla beraber yukarıda açıklandığı üzere, tutukluk süresinin makul süreyi aştığı konusunda yapılacak bireysel başvurularda tutukluluğa ilişkin gecikmiş bir yargı denetiminin etkili olamayacağını belirten<sup>152</sup> Mahkeme'nin, özellikle *Kavala* kararında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların etkililiğinden şüphe duymaya başladığı açıkça anlaşılmaktadır. Enis Berberoğlu hakkında verilen hak ihlali kararının<sup>153</sup> yerel mahkemece ve ardından istinaf mahkemesince uzun süre uygulanmadığı ve tahliyenin Anayasa Mahkemesi'nce verilen ikinci bir ihlal kararı<sup>154</sup> sonrasında gerçekleştiği göz önüne alındığında, uygulamanın bu yönde sürdürülmesi halinde AİHM'ye bu yönde yapılacak yeni başvuruların AİHM'nin şüphesinin artmasına neden olması, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda verdiği ihlal ve salıverme kararının etkili olmadığına, beklenen sonucu sağlamadığına, dolayısıyla tüketilmesine gerek olmadığına karar vermesi ihtimal dâhilindedir.

Bununla beraber 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda başvuruların sonuçlandırılması için azami bir süre öngörülmemiştir. Her ne kadar 49. maddenin beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümünün "esas incelemesi aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördüğü tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebileceği ve tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde" verilmesi gerektiği hüküm altına alınmış ise de ilk tedbir kararının en geç ne zaman alınması gerektiği konusunda da azami bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla temel hak ihlallerine ilişkin başvuruların sonuçlandırılması gereken azami süreye dair bir hükmün söz konusu maddeye eklenmesi gereklidir. Aksi takdirde AİHM'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan tutukluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılması hükmünün gereklerinin karşılanması mümkün olmayacaktır.

<sup>152</sup> *Shcherbina v. Russia*, § 62; *Kavala /Türkiye*, § 177.

<sup>153</sup> Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17.09.2020, Resmî Gazete tarih ve sayısı 09.10.2020 - 31269

<sup>154</sup> Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.01.2021, Resmî Gazete tarih ve sayısı 03.02.2021 - 31384.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yapılan tüm reform çalışmalarına ve mevzuat değişikliklerine rağmen, tutuklama tedbiri ve bu tedbirin yorumlanmasına ilişkin problemler ceza muhakemesinin en sorunlu alanlarından biri olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda, işlenen suçun önemi, ihlal ettiği menfaatin ağırlığı, kamuoyunda yarattığı infialin derecesi, şüpheli aleyhine toplanan delillerin durumu ne olursa olsun, tutuklu statüsünün hükümlü statüsünden farklı olduğu ve farklı amaçlara hizmet ettiği hususunun Türk hukuk sisteminde yeterli derecede anlaşılamadığı görülmektedir.

CMK'nın 101/1 ve 2 maddesindeki açık hükme rağmen, davanın somut şartları bakımından, tutuklamanın iç hukukun gerektirdiği son çare olarak uygulandığını, tutuklamadan önce tutuklamaya alternatif olabilecek tedbirlerin öngörülüp tartışıldığını gösteren ve nihayetinde sanığın veya şüphelinin kişisel durumunun analizine dayanan, yeterli ve makul gerekçeler tutuklama kararlarında sunulmamaktadır.

Özellikle CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve adına "katalog suçlar" denilen suçlar söz konusu olduğunda, bu suçlar mahkemelerce sanki zorunlu tutuklamayı gerektiren suçlar şeklinde anlaşılakta olup madde metninde geçen ve mahkemenin takdir yetkisini koruyan "tutuklama nedeninin varsayılabilirliği" ibaresi ihmal edilmektedir. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasıyla da uyumlu olmadığını düşündüğümüz CMK'nın 100/3 maddesi söz konusu olduğunda, tutuklama kararlarında, kuvvetli suç şüphesini haklı kılabilecek dosyada mevcut bilgi veya delillere dair özel bir değerlendirmenin yapılmadığı, işlenen suçun önemine, mevcut delil durumuna ve tutuklukta geçen süreye atıf yapan genel, tekdüze, hatta matbu sayılabilecek birtakım gerekçelerin sıralanmasıyla yetinildiği görülmektedir. Oysa makul ve yeterli gerekçenin bulunması halinde, tutuklamanın kanuna uygun yapılıp yapılmadığı anlaşılacak, sanık ve müdafii tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunma yapabilecek, itiraz merciinin ise denetim yapabilmesi mümkün olacaktır.

Yine gerek Yargıtay'ın gerekse Anayasa Mahkemesi'nin CMK'nın 100/2 maddesinde yer alan "uzatma süresine" ilişkin kararlarından, tutuklamaya ilişkin eski alışkanlıkların devam ettirildiği anlaşılacaktır. Bu bağlamda, mahkemelerin kovuşturma aşamasında delillerin tartışılmasını sağlamak yerine, sanık lehine veya aleyhine delilleri top-

lamaya devam ettikleri, bu nedenle tutukluğun azami süresi konusunda oldukça uzun bir süreyi tercih ettikleri, kişi hak ve özgürlüklerini ve masumiyet karinesini korumak yerine, ilerde verilmesi muhtemel bir mahkûmiyet kararının infazını mümkün kılmak üzere, tutuklama tedbirinin geçici niteliğine süreklilik kazandırdıkları görülmektedir.

Böylece, tutuklamanın geçici ve ihtiyari bir tedbir olduğu gerçeğinden uzaklaşmakta, ilerde mahkûmiyet halinde nihai cezadan mahsup edilecek “peşin ceza” formuna dönüştürülmesi sağlanmaktadır. Özellikle Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin tutuklamayı isnada ve hükme bağlı tutukluluk şeklinde ikiye ayıran ve ilk derece mahkemelerince hüküm verildiği andan itibaren tutuklamayı herhangi bir azami süreye tabi tutmayan yorumu, AİHS’nin 6. maddesinde belirtilen makul bir süre içinde adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Dolayısıyla yorum yolu ile AİHS’nin 5/3 ve 5/4 maddesinin sağladığı korumanın dışına çıkarılan tutukluluk halleri, AİHM tarafından her halükârda 6.madde kapsamında incelenmeye devam edilecek, ancak Sözleşme’nin 18.maddesinin de ihlali söz konusu olmadığı sürece tedbiren tahliye kararı verilemeyecektir. Bununla beraber, 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinde, bireysel başvuruların sonuçlandırılması için azami bir sürenin öngörülmemesi, Anayasa Mahkemesi’nin makul süreyi aşan tutuklamalara ilişkin bireysel başvurularda, Sözleşme’nin 5/4 maddesinde belirtilen ivedi inceleme gereklerine aykırı hareket etmeye devam etmesi, AİHM’nin daha uzun bir süre Türk mahkemelerince verilen tutuklama kararlarının yerindeliliğini ve süre bakımından makul olup olmadığını incelemeye devam edeceğini göstermektedir.

Yine tutukluk süresinin makul süreyi aştığı konusunda yapılacak bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi’nce verilen hak ihlali ve salıverme kararlarının yerel mahkemelerce Anayasa Mahkemesi’nin temyiz mahkemesi olmadığı ve verilen kararlarda yerindelik denetimi yaptığı gerekçesiyle uygulanmamasına devam edilmesi halinde, *Kavala* kararından itibaren AİHM’de oluşan bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığına dair şüphenin haklı çıkması, bunun üzerine AİHM’nin makul süreyi aşan tutuklamalar sebebiyle kendisine yapılacak yeni başvurularda, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruların etkili olmadığına, beklenen sonucu sağlamadığına, dolayısıyla bu iç hukuk yolunun tüketilmesine gerek olmadığına karar vermesi ihtimal dâhilindedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013.
- Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/McBride Jeremy/Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- İnci Zekiye Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Seçkin, Ankara, 2014.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Kırıt Yase-min F. Saygılar/Akcan Esra Alan/Tütüncü Efser Erden/Özaydın Özdem, (Editör, Bahri Öztürk), Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Savaş, Ankara, 2018.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 183, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2011.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yenidünya A. Caner/İçer Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

### Makaleler

- Akkaya Hikmet Murat, "Sevk Tutuklaması ve AİHM'in Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.17, S. 4, s.129-153.
- Balo Yusuf Solmaz, "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C.3, S.1, s.1-57.



- Baytaz Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, C.6, S.2, s. 133-153.
- Centel Nur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, 2011, C.17, S. (1-2), s. 49-63.
- Centel Nur, "Tutuklama Uygulamasında Sorunlar", *İÜHF (İstanbul Hukuk Mecmuası)*, 2013, C. 71, S. 1, s. 193-206.
- Feyzioğlu Metin/Ergün Güneş Okuyucu, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AUHFD)*, 2010, C. 59, S. 1, s. 35-59.
- Güleç Sesim Soyer, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, C. 98, S. 1, s.25-74.
- Katoğlu Tuğrul, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, C.69, S.4, s. 19-33.
- Koparan Mehmet Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 65, s.154-172.
- Özen Muharrem/Güngör Devrim/Ergün Güneş Okuyucu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, C. 68. S. 4, s.181-187.
- Taşkın Ş. Cankat, "Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 66, s.275-288.
- Yenisey Feridun "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, C. 33, s. 213-229.

### **AİHM Kararları**

- Abdulsitar Akgül/Türkiye, (Başvuru no. 31595/07), 25 Haziran 2013.
- Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, (Başvuru no. 67696/11), 16 Ocak 2018.
- Ağit Demir/Türkiye, (Başvuru no. 36475/10), 27 Şubat 2018.
- Akgün/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 19699/18), 2 Nisan 2019.
- Ali Koçintar/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 77429/12), 1 Temmuz 2014.
- Alimov/Türkiye, (Başvuru no. 14344/13), 6 Aralık 2016.
- Ali Rıza Kaplan/Türkiye, (Başvuru no. 24597/08), 13 Kasım 2014.
- Aliyev v. Azerbaijan judgment (nos. 68762/14 and 71200/14), 20 September 2018.
- Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], (no. 27021/08), 7 July 2011.
- Alparslan Altan/Türkiye, (Başvuru No. 12778/17), 16 Nisan 2019.
- Altınok/Türkiye, (Başvuru no. 31610/08), 29 Kasım 2011.
- Ambroszkiewicz v. Poland, (no. 38797/03), 4 May 2006.

- Amerkhanov/Türkiye, (Başvuru no. 16026/12), 5 Haziran 2018.
- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], (no. 73049/01), 11 January 2007.
- Aquilina v. Malta [GC], (no 25642/94), 29 April 1999.
- Assanidze v. Georgia [GC], (no. 71503/01), 8 April 2004.
- Assenov and Others v. Bulgaria, (no. 90/1997/874/1086), 28 October 1998.
- Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09), 31 Mayıs 2016.
- Batyrkhairov/Türkiye, (Başvuru no.69929/12), 5 Haziran 2018.
- Bolech v. Switzerland , (no. 30138/12), 29 October 2013.
- Bozkaya/Türkiye, (Başvuru no. 46661/09), 5 Eylül 2017, Nihai 5 Aralık 2017.
- Brogan and Others v. The United Kingdom, (no.11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29 November 1988.
- Buzadji v. the Republic of Moldova [GC], (no. 23755/07), 5 July 2016.
- Cahit Demirel/Türkiye, (Başvuru no. 18623/03), 7 Temmuz 2009.
- Ceviz/Türkiye, (Başvuru no. 8140/08), 17 Temmuz 2012.
- Clooth v. Belgium, Series A no. 225; 12 December 1991.
- Contrada v. Italy, (no.92/1997/876/1088), 24 August 1998.
- Çetin Doğan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.28484/10), 10 Nisan 2012.
- Çiçek/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 72774/10), 3 Mart 2015.
- Daneshpayeh/Türkiye (Başvuru no. 21086/04), 16 Temmuz 2009.
- De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands (no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), 22 May 1984.
- Döner ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 29994/02), 7 Mart 2017.
- Erarşlan ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55833/09, 55837/09, 55838/09 ve 55843/09) , 19 Eylül 2018.
- Erkenov/Türkiye, (Başvuru no.18152/11), 6 Eylül 2016.
- Foucher v. France, (no. 22209/93), 18 March 1997.
- Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (no. 12244/86; 12245/86; 12383/86), 30 August, 1990.
- G.B. v. Switzerland, (no. 27426/95), 30 November 2000.
- Galip Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 36001/06), 28 Nisan 2015.
- Gavril Yosifov v. Bulgaria, (no.74012/01), 6 November 2008.
- Giorgi Nikolaishvili v. Georgia, (no. 37048/04), 13 January 2009.
- Girişen/Türkiye, (Başvuru no. 53567/07), 13 Mart 2018.
- Güngil/Türkiye, (Başvuru no. 28388/03), 10 Mart 2009.
- Hakim Aydın/Türkiye, (Başvuru no. 4048/09), 26 Mayıs 2020, Kesinleşme, 26 Ağustos 2020.

- Hasan Uzun/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 10755/13), 30 Nisan 2013.
- Hayrettin Demir/Türkiye, (Başvuru no. 2091/07), 24 Temmuz 2012.
- Idalov v. Russia [GC], (no. 5826/03), 22 May 2012.
- Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (no. 15172/13), 22 May 2014.
- Ilijkov v. Bulgaria, (no. 33977/96), 26 July 2001.
- İbrahim Güler/Türkiye, (Başvuru no.1942/08), 15 Ekim 2013.
- İrfan Güzel/Türkiye, (Başvuru no. 35285/08), 7 Şubat 2017.
- James, Wells and Lee v. the United Kingdom, (nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09), 18 September 2012.
- Ječius v. Lithuania, (no. 34578/97), 31 July 2000.
- Kandjov v. Bulgaria, (no.68294/01), 6 November 2008.
- Kavala/Türkiye, (Başvuru no.28749/18), 10 Aralık 2019, Kesinleşme 11 Mayıs 2020.
- Khayredinov v. Ukraine, (no. 38717/04), 14 October 2010.
- Khudobin v. Russia, (no. 59696/00), 26 October 2006.
- Korkmaz ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 35979/97), 21 Mart 2006.
- Kučera v. Slovakia, (no. 48666/99), 17 July 2007.
- Labita v. Italy [GC], (no. 26772/95), 6 April 2000.
- Ladent v. Poland, (no. 11036/03), 18 March 2008.
- Lamy v. Belgium, (no. 10444/83), 30 March 1989.
- Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, (no. 4922/04), 8 October 2009.
- Lebedev v. Russia, (no. 4493/04), 25 October 2007.
- Letellier v. France, (no.12369/86), 26 June 1991.
- Levent Ersöz/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.45746/11), 17 Şubat 2015.
- Lietzow v. Germany, (no. 24479/94), 13 February 2001.
- Luković v. Serbia, (no. 43808/07), 26 March 2013.
- Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 36443/06), 14 Nisan 2015.
- Magee and Others v. the United Kingdom, (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12), 12 May 2015.
- Mamedova v. Russia, (no. 7064/05), 1 June 2006.
- Mammadli v. Azerbaijan, (no. 47145/14), 19 April 2018.
- McKay v. the United Kingdom [GC], (no. 543/03), 3 October 2006.
- Mehmet Hasan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 13237/17), 20 Mart 2018.
- Merabishvili v. Georgia [GC], (no. 72508/13), 28 November 2017.
- Mercan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 56511/16), 8 Kasım 2016.

- Mergen ve diğeri/Türkiye, (Başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09), 31 Mayıs 2016.
- Mooren v. Germany [GC], (no. 11364/03), 9 July 2009.
- Murray v. The United Kingdom (no.14310/88), 28 October 1994.
- Mustafa Avcı/Türkiye, (Başvuru no.39322/12), 23 Mayıs 2017.
- Nikolova v. Bulgaria [GC], (no. 31195/96), 25 March 1999.
- Neumeister v. Austria, Series A no. 8, 27 June 1968.
- O'hara v. The United Kingdom, (no. 37555/97), 16 October 2001.
- Ovsjannikov v. Estonia, (no.1346/12), 20 February 2014.
- Pélissier and Sassi v. France [GC], (no. 25444/94), 25 March 1999.
- Rahbar-Pagard/Bulgaristan, (Başvuru no. 45466/99 ve 29903/02), 6 Nisan 2006.
- Rohlina v. the Czech Republic [GC], (no. 59552/08), 27 January 2015.
- Saghinadze and Others v. Georgia (no.18768/05), 27 May 2010.
- Salih Salman Kılıç/Türkiye, (Başvuru no. 22077/10), 5 Mart 2013.
- Salov v. Ukraine, (no. 65518/01), 6 September 2005.
- Schöps v. Germany, (no.25116/94), 13 February 2001.
- Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), (Başvuru no.14305/17), 20 Kasım 2018.
- Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], (no.14305/17), 22 December 2020.
- Shcherbina v. Russia, (no.41970/11), 26 June 2014.
- Smirnova v. Russia, (nos. 46133/99 and 48183/99), 24 July 2003.
- S.T.S. v. the Netherlands, (no. 277/05), 7 June 2011.
- Süleyman Erdem/Türkiye, (Başvuru no. 49574/99), 19 Eylül 2006.
- Süleymanoğlu/Türkiye, (Başvuru no. 38283/04), 29 Ocak 2013.
- Şahin Alpay/Türkiye, (Başvuru no. 16538/17), 20 Mart 2018.
- Şık/Türkiye, (Başvuru no.53413/11), 8 Temmuz 2014.
- Tinner v. Switzerland (no. 59301/08 ve 8439/09), 26 April 2011.
- van der Tang v. Spain, (no.19382/92), 13 July 1995.
- Vedat Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 2469/10), 5 Nisan 2016.
- W. v. Switzerland, (no.14379/88), 26 January 1993.
- Waite and Kennedy v. Germany [GC], (no. 26083/94), 18 February 1999.
- Weeks v. the United Kingdom, (no. 9787/82), 2 March 1987.
- Wemhoff v. Germany, Series A no. 7, 27 June 1968.

### İnternet Kaynakları

<https://hudoc.echr.coe.int>

[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)

# 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN DEMOKRATİK NİTELİK SORUNU

## DEMOCRATIC QUALITY PROBLEM OF THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

Ömer KESKİNSOY\*  
Semih Batur KAYA\*\*

**Özet:** Bu çalışma 2017 Anayasa değişikliğinin kuruculuk vasfını demokratik perspektifle sorgulamaktadır. 2017 Anayasa değişikliği her şeyden önce bir kurucu iktidar tekniği ortaya koymaktadır. Şu hâlde bu Anayasa değişikliğinin kuruculuk vasfının sorgulanması gerekir. Bu çalışmada vardığımız sonuç 2017 Anayasa değişikliğini öngören kurucu iktidarın gerek oluşumu, gerek işleyişi bakımından pek çok soruna işaret ettiği'dir. Bu sorunlardan en önemlisi demokratik meşruluk meselesidir. İşte çalışmada bu doğrultuda demokratik kurucu iktidarın vasfı incelenerek demokrasi ve hukuk devleti ile ilişkisi ele alınmıştır. Ardından 2017 Anayasa değişikliğinin özellikleri ve demokratik mahiyeti tartışılmıştır. Tüm bunlar dikkate alınarak sonuç bölümünde bir değerlendirme yapılmış ve öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Demokrasi, Kurucu İktidar, 2017 Anayasa Değişikliği, Meşruluk

**Abstract:** This study questions the founding nature of the 2017 Constitutional amendment from a democratic perspective. The 2017 Constitutional amendment first of all reveals a constituent power technique. Therefore, the founding nature of this constitutional amendment should be questioned. The conclusion we have reached in this study is that the constituent power, which envisions the 2017 Constitutional amendment, points to many problems in terms of both its formation and functioning. The most important of these problems is the issue of democratic legitimacy. Here, in this direction, the qualification of the democratic founding power has been examined and its relationship with democracy and the rule of law is discussed. Then, the features and democratic nature of the 2017 Constitutional amendment were discussed. Taking all these into consideration, an evaluation has been made in the conclusion section and recommendations have been tried to be presented.

**Keywords:** Rule of Law, Democracy, Constituent Power, 2017 Constitutional Amendment, Legitimacy

\* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, ORCID: 0000-0002-7441-9547

\*\* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Bilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5888-1750, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.11.2020 Kabul Tarihi: 03.01.2021

## Giriş

1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 askeri darbesi sonrası hazırlanan ve yürürlüğe konulan otoriter bir anayasadır. Bu Anayasanın kriz üretme potansiyeli<sup>1</sup> hep yüksek olmuştur. Geçirdiği pek çok değişiklikle 1982 Anayasası halen yürürlükte. Bu Anayasa, anayasacılık anlayışının aksi yönünde, dolayısıyla da otoriteyi sağlamlaştıran ve özgürlükler alanını daraltan bir niteliği haizdir. Anayasanın hazırlandığı ortam ve koşullar de facto olduğundan, bu de facto nitelik yapılış yönteminden muhtevasına kadar anayasayı saran otoriter bir öze işaret etmektedir. Bu nedenle Anayasanın demokratik niteliği oldukça zayıftır. Netice itibarıyla Anayasa yürürlüğe girdikten itibaren demokratik bir anayasa ihtiyacı hep hâsıl ola gelmiştir. Binaenaleyh Türkiye’de söz konusu bu Anasadan bütünüyle kurtulma ve çoğulcu-özgürlükçü bir anayasaya sahip olma arayışı gündemde kalmaya devam etmiştir.

1982 Anayasası’ndaki en köklü değişiklik 2017 Anayasa değişiklikleridir. Ancak bu Anayasa değişikliği ile özgürlükler aleyhine otoritenin derinleştiği, denge-denetim mekanizmalarının ortadan kaldırıldığı ve siyasi iktidarın terk merkezde toplandığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla gelinen noktada 1982 Anayasası’nın geçirdiği değişiklikler neticesinde özgürlükler yönünde ilerleyen anlayışın terk edildiğini ve başa sarıldığı görmekteyiz. Her şeyden önce 2017 Anayasa değişikliğinin olağanüstü rejimin uygulandığı ortam ve koşullarda gerçekleştirilmesi Anayasanın demokratik niteliğini oldukça zedelemiştir. Bu zedeleme, gördüğümüz kadarıyla anayasal bakımdan demokratik yönelime ilişkin ve tüm olumsuzluklara rağmen diri tutulan umutları tükettiğini üzülererek belirtmemiz gerekir.

Olağanüstü rejim usullerinin uygulandığı bir aşamada -her ne kadar de facto bir rejim olmasa da- demokratik-özgürlükçü ilkelere geriye gidildiğini hepimiz bilmekteyiz. Bu tür dönemlerde gerçekleştirilen anayasa ihdasının da meşruluğunun gölgelenebileceğini tahmin etmek zor değildir. İşte 2017 Anayasa değişikliği de bu açıdan meşruluk noksanlığını yönteminden muhtevasına iliklerine kadar içermektedir. Burada hemen belirtelim ki demokratik meşruluk daha

<sup>1</sup> Levent Gönenç ve Ali Ersoy Kontacı, “2017 tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, s. 55.

Anayasa değişikliğinin hazırlık aşamasında söz konusu olmuştur. Değişiklik aleni bir ortam ve koşulda gerçekleşmemiştir. Anayasanın kimler tarafından ve ne şekilde hazırlandığı dahi bilinmemektedir. Başta ifade ve örgütlenme özgürlüğü olmak üzere, katılımcılığı esas alacak tüm özgürlüklerin “askıda” olduğu bir ortamda Anayasa değişikliği gerçekleşmiştir. Tüm bunlar Anayasa değişikliğinin demokratik meşruluğunu gölgelemiştir.

Yöntemdeki bu meşruluk noksanlığı içeriğe de yansımıştır. Gerçek anlamda bir anayasa insan onurunu korumayı ve geliştirmeyi hedefler. Bu bakımdan iktidar parçalanır ve iktidarlar arasında denge-denetim sağlanır. Ancak 2017 Anayasa değişikliği tüm bu ilkeleri bir tarafa bırakmıştır. Çünkü Anayasa değişikliği, temel hak ve özgürlükler üzerinde otoriteyi ağırlaştırmıştır.<sup>2</sup> Buradaki otoriter yan, yürütme erkine tanınan olağanüstü üstünlük ve Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerden rahatlıkla okunabilmektedir.<sup>3</sup> Gerçekten de yürütme yasama karşısında hiç olmadığı kadar üstün konuma geçmiş,<sup>4</sup> yargının bağımsızlığı<sup>5</sup> önemli ölçüde zedelenmiştir.

Tüm bunlar göz önüne alınarak 2017 Anayasa değişikliğinin mahiyeti itibarıyla bir kurucu iktidar tekniği olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu Anayasa değişikliğini anayasa ihdasında demokratik kurucu iktidar bakımından irdelemek gerekir. Bu doğrultuda aşağıda evvela kavramsal çerçeve sunulmuş; burada anayasacılık açısından kurucu iktidarın oluşumu, konsepti ve meşruluğu ele alınmıştır. Ardından 2017 Anayasa değişikliğinin özellikleri ve kurucu niteliği mahiyeti itibarıyla tartışılmıştır. Son olarak değerlendirme ve öneriler sunulmuştur.

<sup>2</sup> Sevtap Yokuş, “1982 Anayasası’nda Yürütme Erkinin Ağırlığı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan), Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2004/1-2, İstanbul, s.239-255.

<sup>3</sup> 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Kabul Tarihi: 1.01.2017, R.G: 11 Şubat 2017, Sayı: 29976.

<sup>4</sup> Bülent Yücel, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaştırma’ Sürecinin Son Halkası”, Kamu Hukukçuları Platformu, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent\\_yycel.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf), erişim 14.09.2020.

<sup>5</sup> Tolga Şirin, “2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 1, 2017, s. 85-116.

## A. Kavramsal Çerçeve

### 1. Anayasacılık ve Anayasanın Anlamı

Hukuken bağlayıcı metinlerle siyasal birimlerin örgütlenmesini, karar alma süreçlerini, mekanizmalarını düzenlemek; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye bağlamak anayasacılığın temelini oluşturmaktadır. Bu açıdan siyasal iktidarı gerek şekli (organizasyon) gerek maddi (yetkiler) olarak çerçeveleyen anayasalar insan onuruna yöneldiği ölçüde anayasacılığın özü ile bağdaşır. Anayasada siyasal iktidarın ne şekilde teşekkül edeceği ve hangi yetkilerle donatılacağı yapısız şartları oluştururken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması ise anayasa metninin haklar şartını teşkil eder.

Yapısız şartlar ve haklar şartı ile birlikte anayasanın yöneldiği en önemli hedef şudur: Siyasal iktidarı sınırlandırmak. Zira anayasa metinlerinin asıl varlık gayesi, ejderha misali güçlü devlet iktidarını kırınca misali zayıf konumda olan yönetilenler lehine zapturapt altına almaktır. Ezcümle anayasalar devleti sınırlandıran en temel metinlerdir. Bir anayasa devleti sınırlandırdığı ve yönetilenlerin temel özgürlüklerini devlete karşı koruduğu ölçüde anlam kazanır. Tersine bir durumda anayasa sözde bir anayasa olarak devleti koruyan sıradan bir metin olmaktan başka bir anlam ifade etmez.

Yukarıdaki hususu Homeros'un Odeyssea Destan'ından Ulysses metaforu ile anlatalım:<sup>6</sup> Ulysses, Sire'lerin baştan çıkarıcı şarkılarından etkilenir. Bu şarkılardan etkilenmemek için gemideki tayfasından kendisini direğe bağlamasını ve ne olursa olsun onu çözmemesini emreder. Ancak kontrolden çıkma ihtimaline karşı kendisini direğe bağlatan Ulysses, Sire'lerin şarkılarını duyunca sesin cazibesine kapılır ve tayfasından kendisini çözmeleri hususunda emir verir. Fakat tayfası ilk emrini dikkate alıp, ikinci emri uygulamaya sokmaz. Anayasa işlevi de tıpkı Ulysses'in kendisini direğe bağlama ve Siren'lerin baştan çıkarıcı seslerine kapılıp kendisini onlara kaptırmama durumuna benzer. İhtiva ettiği yapısız ve haklar şartı ile anayasa, siyasal iktidarın deyim yerindeyse çılgınlığa kapılmasını önler; çünkü gelecekteki eylem ve işlem kabiliyetini sınırlandırır.

<sup>6</sup> Ozan Varol, "Temporary Constitutions", *California Law Review*, C. 102, S. 2, 2014, 409-464, s. 410.



Bununla birlikte bu bağlamda anayasal devlet ile anayasal devlet ayırımına değinelim. Bu ayırım bize anayasanın anlamını derinleştirecektir. Buna göre hemen her devletin yönetsel şemasını düzenleyen, organların yetki ve görevlerini belirleyen hukuksal belgeleri vardır. Ancak bu devletlerin bazıları sadece anayasal devlet niteliğini haizdir.<sup>7</sup> Çünkü anayasacılık anlamında anayasa, iktidar haritasını çizmenin yanında özellikle temel hak ve özgürlükler ekseninde belirli garantiler -bunları sayarak tüketmeye gerek yoktur- içerdiği ölçüde anayasal niteliği haiz olur. Aksi halde “gerçek” anlamda bir anayasadan söz edilemez; bunun dışındaki anayasalara Sartori “nominal anayasa” ya da “sahte anayasa” demektedir.<sup>8</sup>

Demek ki anayasacılığın asli fonksiyonlarını ifa eden bir anayasa ancak gerçek anlamda bir anayasa olabilmektedir. Yani siyasal iktidarı sınırlandırma hedefi taşımayan bir anayasa anayasacılık ile bağdaşmaz. Bu açıdan Tushnet’in “otoriter anayasacılık” “authoritarian constitutionalism”<sup>9</sup> kavramı üzerinde duralım. Singapur örneğinde nominal anayasaya, yani görünüşte anayasal devletin unsurları yer almakla birlikte otoriter anlayışın hakim olduğu yapı bozumuna uğramış anayasa biçimine değinelim. Buna göre

- a. Yarışmacı ve serbest seçimleri düzenleyen demokratik kurumlar vardır; ancak bunlar dominant parti iktidarınca manipüle edilebilmektedir.<sup>10</sup>
- b. Rejimde muhalif unsurlar ve örgütler belirebilmektedir; ancak bunlar vergi denetimi ile sindirilmekte ve fiilen kamu hizmetine erişimden soyutlanmaktadır.<sup>11</sup>
- c. İfade özgürlüğü söz konusu değildir; çünkü pek çok yasal düzenleme ile ifade özgürlüğü müdahaleye maruz kalmaktadır.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Giovanni Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, s. 856.

<sup>8</sup> Sartori, a.g.e., s. 861.

<sup>9</sup> Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, C. 100, S. 2, 2015, s. 391-461.

<sup>10</sup> Tushnet, a.g.e., s. 414.

<sup>11</sup> Tushnet, a.g.e., s. 401-402

<sup>12</sup> Tushnet, a.g.e., s. 401.

- d. Normalde kamu düzeni ve demokratik düzenin istikrarını hedefleyen ve bu amaçla meşru kabul gören “nefret söylemi yasağı” gibi hassas konular iktidarın lehine kullanılmaktadır.<sup>13</sup>
- e. Medya organlarına gerek yöneticilerin atanmasında gerek politikalarının belirlenmesinde müdahale olmaktadır.<sup>14</sup>
- f. İnternet kısıtlamaları olmaktadır.<sup>15</sup>
- g. Sosyal hayata yasak ve yaptırımlarla müdahale edilmektedir.<sup>16</sup>

Görüldüğü gibi otoriter anayasacılıkta her ne kadar anayasal kurgu anayasal devlet yapılanmasına işaret etse de bunlar siyasal ve sosyal yaşam rejiminde sözde kalmaktadır. Çünkü yaşam rejiminde siyasal iktidarın hegemonik kurgusu, yani baskın görüşü işleyiş göstermektedir. Üstelik bu hegemonik iktidar yapılanması her ne kadar görünüşte değişime uğrama potansiyelini barındırsa da fiilen bu dönüşümü başarabilmek pek de mümkün değildir. Burada da tıpkı sahte anayasada olduğu gibi yazılı anayasa ile gerçekte yaşanan anayasa arasındaki fark<sup>17</sup> ortaya çıkmaktadır.<sup>18</sup>

Buraya kadar gerçek bir anayasanın anlamını ortaya koymaya çalıştık. Bu bahsi kapatmadan önce hukuk dışı müdahalelere başvurmadan, hukuksal yolla iktidarın kendi sınırlarını tayinine, yani Landau’nun deyimiyle “suiistimalci anayasacılık” (abusive constitutionalism)<sup>19</sup> kavramına değinelim. Buna göre suiistimalci anayasacılık, anayasa değişikliği ya da yeni anayasa ihdasında ortaya çıkan yeni anayasal düzenin, daha öncekine göre daha az demokratik niteliğe bürünmesidir.

<sup>13</sup> Tushnet, a.g.e., s. 401.

<sup>14</sup> Tushnet, a.g.e., s. 407-408.

<sup>15</sup> Tushnet, a.g.e., s. 408.

<sup>16</sup> Tushnet, a.g.e., s. 394.

<sup>17</sup> Sartori, a.g.e., s. 862.

<sup>18</sup> Çünkü yaşam pratiğine dökülen anayasa metinsel anayasal kurgudan farklılık arz etmektedir. Scheppe, Mary Shelley’in ünlü roman karakteri Dr. Frankenstein ile bu doğrultuda bir analogi kurmaktadır. Buna göre anayasal devlet kurumlarını barındırmasına rağmen anayasalar, siyasal iktidarlar tarafından -kimi zaman da anayasal sistemin ihtiva ettiği hükümlerden yola çıkılarak- tamamıyla başkalaştırılması ve bir “canavara” dönüşmesi söz konusu olabilmektedir. Bu doğrultuda ve örnekler için bkz. Kim Lane Schepppe, “The Rule of Law and the Frankenstein: Why Governance Checklists Do Not Work”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, C. 26, S. 4, 2013, s. 559-562.

<sup>19</sup> David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, C. 47, S. 1, 2013, 189-260, s. 195.

Gerçi burada gerek anayasa değişikliğinde gerek anayasa ihdasında ortaya konulan anayasal kurgu hukuki süreçlere şamildir; ancak bu kurguda hukuk ötesi müdahaleler yer almasa da kurgunun kendisi anayasacılığın doğasına yabancıdır. Çünkü hukuki süreç salt formel olarak uygulanmakta, yani legalite (yasallık) yanında legitimate (meşruluk) bulunmamaktadır. Öyle ki, burada yarışmacı seçimden iktidar olarak çıkan siyasal parti ya da iktidar odağı; normatif mekanizmalarla medyayı kontrol altına almakta, muhalif unsurları bertaraf etmekte ve böylece gelecek seçimleri<sup>20</sup> garanti altına almaktadır.

Görüldüğü gibi gerçek anlamda anayasa ile diğer anayasa formlarını birbirinden ayırmak gerekir. Anayasa indirgemeci bir yaklaşımla ele alınabilecek salt yazılmış normlar demeti değildir. Anayasanın hedefi insan onurudur; onun gerçekleşmesini ve gelişmesini sağlamaktır. Dolayısıyla anayasa nedir sorusuna “kurucu iktidarın” bir irade biçimidir demek yanlıgıdır. Şu hâlde Paine’in “Anayasa bir hükümetin değil, bir hükümet oluşturan insanların eseridir ve anayasasız bir hükümet, hakka dayanmayan bir iktidardır.”<sup>21</sup> şeklindeki ifadesini de bu bakımdan anlamak gerekir. Buna ek olarak Fransız İnsan Hakları Bildirgesinin temel hakların düzenlenmediği, erkler ayrılığının olmadığı bir metnin hukuki de olsa anayasa olmayacağını belirten 16. maddesini de belirtelim. İşte tüm bunlar anayasanın alelade hukuk kurallarının üzerinde yer alan salt bir normatif dizge olmadığını, bunun yanında maddi olarak insan onurunu hedeflediğini göstermektedir. Söz konusu bu hedef kurucu iktidarı<sup>22</sup> da bağlamaktadır. Kurucu iktidar bahsinde buna geri döneceğiz.

## 2. Kurucu İktidar

Anayasanın failinin ifa ettiği görevi itibariyle kurucu iktidar olduğunda hemfikiriz. Peki, kurucu iktidarın formel ve maddi yönleri nelerdir? Burada soruyu toplumu oluşturan kimselerin rızası olarak formel açıdan bir yanıt geliştirebiliriz. Ancak hukuksal bilinç, bir diğer ifade ile anayasal kurgunun maddi dayanağı bize formel nedenin

<sup>20</sup> Landau, a.g.e., s. 199.

<sup>21</sup> Thomas Paine, Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet, Haz. Jessica Kimpell, Çev. Faruk Gültekin, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 304.

<sup>22</sup> Karşılaştırınız Andrew Arato, The Adventtures of Constituent Power: Beyond Revolutions?, Cambridge University Press, 2017, s. 5-11 vd.

yeterli olmayabileceğini göstermektedir. Kurucu iktidarı anayasanın “sıfır noktası”ndaki temel neden olarak varsaydığımızda bu kavram bilfiil anayasayı yazmanın ötesinde anlamlara işaret etmektedir.

Şu hâlde şimdi kurucu iktidarın norm ve irade sorunlarına değinebiliriz. Her şeyden önce burada belirtmemiz gerekir ki, anayasa salt meşruluğu sağlamakla yetinmez, bizatihi kendisinin de meşru olmaya ihtiyacı vardır.

Kaynağı meşru olamayan bir şeyin kendisinin de meşru olamayaacağı hususu açıktır. Bunun en dikkat çekici örneği 1982 Anayasası’dır. Ortaya çıkışı itibarıyla meşru bir zeminde yapılmamış olan bu anayasa, her ne kadar halkoyuna sunularak meşrulaştırılmaya çalışılsa ve beşi referandum sonucu olmak üzere yirminin üzerinde değişiklik geçirmiş olsa dahi hâlâ makûs talihini yenmeyi başaramamıştır.

Meşruluğun sağlanmasındaki madalyonun bir yüzü normdur. Normdan kastımız hukukun genel ilkelerinin –ki bunlar insan onuruna yönelir– dikkate alınmasıdır. Norm da iki alt bileşenden oluşmaktadır: Legalite ve legitimate. Legalite hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliği sağlarken legitimate formel olanın dışında insan haklarına yönelmeyi ifade etmektedir.

İrade sorununa gelirsek her şeyden önce şunu belirtelim: Siyasal toplumun üyeleri olarak bireyler *ex post* yetkilendirici<sup>23</sup> konumda olmadan doğrudan anayasa ihdasına müdahale edebilmeleri gerekir. Bu bakımdan kurucu iktidar hiçbir zaman bir azınlığın iradesinin tecellisi değildir. Böyle olmakla anayasanın otorite talebi<sup>24</sup> azınlığın tahakkümüne yer vermediği gibi çoğunluğun sınırsızlığına da tahammül etmez. Anayasa ihdasında meşru süreç ve muhteviyat işte bu bakımdan önem arz etmektedir. Anayasanın itibarının yüksek olması ve içeriğinin prima facie doğru kabul görmesi irade sorununun azınlığın katılımı ile çözümlenmesine bağlıdır.

Nitekim Arendt, bu doğrultuda kurucu iktidar kurgusunda temelde üç sorun görmektedir:<sup>25</sup> Mutlak başlangıcın öngörülmesi ya da

<sup>23</sup> P Pasquino, “Constitutionalism, Ancient, and Modern. Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis”, *Cardozo Law Review*, C. 34, S. 3, 2013, s. 1005.

<sup>24</sup> K. C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Çev. Mehmet Turan, Değişim Yayınları, Baskı, 1985, s. 87.

<sup>25</sup> James Muldoon, “Arendt’s Revolutionary Constitutionalism: Between Constitu-

mutlak olana dayandırılması, doğa halinde bırakılmasının keyfiyete neden olması ve nihai olarak çoğulculuğu yok eden, diktatörlüğe yol açan iradeci anlayışın egemen olması. Bu bakımdan erkler ayrılığının tesisi anayasal açıdan önem arz etmektedir.<sup>26</sup> Gerçekten de Amerikan anayasacılığında görüldüğü gibi anayasacılığın temel ve öncelikli hedefi iktidarı sınırlandırmaktır. Dolayısıyla tanrı-kralın yerine ulusu koymak pek bir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle iktidarın ve hukukun sıfır noktası iradeye indirildiğinde irade sorununu çözümlenmemiz gerekir. Rousseaucu “yanılmaz irade” bizi anayasa ihdasında yanultabilmektedir.

O halde kurucu iktidardaki iktidar olgusu da yanılmaz değildir. Böyle olunca kurucu iktidarın yetkileri sınırlı, amacı belirli olması lazımdır. Kurucu iktidar doğa durumunda, deyim yerindeyse başıboş bir irade olmadığı gibi tüm yasalara meşru kaynaklık etmesini sağlayan da norm ve irade sorunlarının hukuk devleti ve demokrasi gibi ilkeler bütünüyle çözümlenmesine bağlıdır. Aksi takdirde halkın anayasa ihdasında salt formel olarak rol oynaması, temsil ve egemenlik fikri hukukun üstünlüğü önünde engel<sup>27</sup> olduğu ölçüde yerinde değildir. İradeyi başlı başına ve tek başına anayasa ihdasında kaynak görmek anayasal istikrarsızlığı ve kurumsallaşmamayı beraberinde getirir. Böylesi sorumsuz bir iradenin egemenlik eylem ve söylemi, sınır kabul etmeyen bir tahakküme yol açar.<sup>28</sup> Kurucu iktidarın ve dolayısıyla anayasal düzeyde hukukun nihai ve sınırsız kaynağı soyut ve homojen bir halk kitlesi kabul edildiğinde, onun sözde iradesine muhalif olanları bertaraf etmek yerinde ve hatta zorunlu bir görev addedilir ki<sup>29</sup> demokratik hukuk devletinin inşası böylesi bir olgunun eseri olamaz.

Bu açıdan bakıldığında ise çoğulluğun, özellikle de homojen şeklinin bir sorun olduğu görülmektedir. Bu nedenle de toplumsal sözleşmenin kurgusal niteliğine karşın yaşam pratiğindeki anlamına bakmamız gerekir. Önemli olan hukukun genel ilkeleri ile kurucu tavrın şekillen-

---

ent Power and Constitutional Form”, *Constellations*, 2015, 1- 12, s. 4, 5.

<sup>26</sup> Arendt, Devrim Üzerine, s. 207

<sup>27</sup> Andrew Arato ve Jean Cohen, “Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt”, *Constellations*, C. 16, S. 2, 2009, s. 308.

<sup>28</sup> Arato ve Cohen, a.g.e., s. 307.

<sup>29</sup> Keith Breen, “Law beyond Command? An Evaluation of Arendt’s Understanding of Law”, *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 20.

mesi ve karşılıklı sözleşme aracılığıyla<sup>30</sup> neticelenmesidir. Ancak bu şekilde gerçek anlamda *potestas in populos*, yani halka dayanan iktidarın bir manası olabilir ve hukukun otonomisi<sup>31</sup> gerçekleşir. Demokratik süreçlerden ve hukukun iktidarından –çünkü bir iktidarı ancak bir diğer iktidar durdurabilir-<sup>32</sup> çıkan bir anayasa meşru kabul görür.

### 3. Demokrasi Nedir?

Demokrasinin ne olduğu sorusu hususunda etimolojik kökeninden yola çıkarak bazı çıkarımlarda bulunalım. Buna göre, demokrasi (demokratia) halk anlamına gelen demos (the people) ile iktidar anlamına gelen kratos bileşenlerinin bir araya gelmesiyle oluşur ve “halkın iktidarı” anlamına gelir. Peki, halk bu iktidarını nasıl kullanacaktır? Çünkü bizim konumuz açısından üzerinde durmamız gereken temel mesele budur.

İlk bakışta demokrasinin çoğunluğun iradesinin bir tecellisi olduğu söylenebilecektir. Fakat bu yaklaşım toplumsal ve siyasal farklılaşmaya terstir. Çünkü toplum homojen olmayan, izafi anlam dünyalarına sahip parçalardan oluşmaktadır. Dolayısıyla demokrasinin çoğunluğa indirgemeci yaklaşımı sosyal ve siyasal çıkar ve tercihleri bir açmaza sokmaktadır. Kaldı ki gelinen noktada siyasal tecrübe göstermektedir ki çoğunluk da yanılabilir. Zira bir şeyin çok olması her zaman hak olması anlamına gelmez. Öyleyse demokrasinin indirgemeci yaklaşımı siyasal olarak hata içerir. Şu halde demokrasi bir oylama kuralı oyununun ötesinde bir anlama işaret etmektedir.

Pejoratif anlamda çoğunluk kuralı bir şeyler yapmaya iktidarı olan halkın iradesinin mitoslaştırılmasıdır. Çoğunluk kuralı bu yönüyle demokrasinin ilkesel değerini aşağıya çekmektedir. Oysa ki demokrasi kökeninde oluşumuyla ve karar alma mekanizmasıyla kümülatif bir organı ortaya koyar. Böyle olmakla esas sorun bir ya da birkaç kişinin bir şeyler yapmaya muktedir olup olmaması değildir, tersine bu bir kişi ya da birkaç kişinin yönetim aygıtını kontrol edip edememe yetisi ile ilgilidir.<sup>33</sup> Oluşumu ve karar alma mekanizmasıyla kolektif bir or-

<sup>30</sup> Ayrıca bkz. Arendt, a.g.e., s. 226-232.

<sup>31</sup> Christian Volk, “From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order”, *Leiden Journal of International Law*, C. 23, S. 4, 2010, s. 773.

<sup>32</sup> Arendt, a.g.e., s. 201.

<sup>33</sup> Ozan Ergül, “Türkiye’de Demokratik Sürecin Güçlendirilmesi İçin Anayasa Değişim Beklentileri”, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010, s. 292-293.

gana atf yapan halkın iktidarı bizi çoğunluğun yönetim tekeline ya da geniş anlamıyla “demos”un tekelci (monolistic) iktidarına götürmez ya da götürmemelidir. Bunun yerine demokrasi, kamusal alanda değişiklik yapmak üzere yetkilendirilmiş kolektif yetkinin bulunduğu bir rejime işaret eder. Dolayısıyla, önemli olan yalnızca kamusal alanda kontrolü elde tutmak değil, fakat bu alanda eylemde bulunma gücü ve yeterliliğini de elinde tutmak suretiyle gerçekte eylem yoluyla kamusal alanı yeniden kurmaktır.<sup>34</sup>

Bu açıdan Habermas “müzakereci demokrasi” kavramına<sup>35</sup> ve bu doğrultuda kamusal müzakerenin önemine dikkat çekmektedir. Bu da kurucu iktidarın kökeninde ve işleyişinde norm ve iradece desteklenmiş insan onuru kavramsallaştırmasını, normatif bir hukuk devletini ve anayasal devlet anlayışını kapsamaktadır. Bu bakımdan Habermas normatif olanla ampirik olan arasında bir bağ kurmaktadır.<sup>36</sup> Dolayısıyla da toplumsal ve siyasal bakımdan kurucu iktidar ile normatif düzenek arasındaki bağın zayıflatılması<sup>37</sup> anayasa ihdasında meşruluğu zayıflatacaktır. İşte modern toplumun karmaşık yapısının çoğunlukçu yaklaşımla eritilmesi, siyasal olanın hukuka üstünlüğünün gerçekleştirilmesi ve özellikle başta anayasal olmak üzere hukuk ihdasının toplumun gündeminden uzaklaştırılması demokratik kurucu iktidar ile bağdaşmaz. Çünkü kurucu iktidarın temelinde özneler arası etkileşim<sup>38</sup> ve bunun kuruculuk vasfı yer alır.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Ergül, a.g.e., s. 293.

<sup>35</sup> Habermas, demokrasinin hayata geçirilebilmesi için uzlaşmanın önemine ve gerekliliğine vurgu yapar. Ona göre müzakereci demokrasi neticesinde ortaya çıkacak kararın, tahakkümün olmadığı bir tartışma süreci sonunda alınması ve uzlaşmayı yansıtacak şekilde rasyonelleşmiş bir niteliğe sahip olması gerekir. Demokratik tartışma Habermas için 3 aşamadan meydana gelmektedir. İlki, uzlaşma yani ortak kültürel yönelimlerin belirlenmesi, ikincisi rakipleri karşı karşıya getiren çatışma ve son olarak çatışmanın hukuki çerçevesini oluşturan anlaşmadır. Bkz. H. Gökçe Zabunoğlu, “Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4, 2017, 795-817, s. 807.

<sup>36</sup> William Rehg, “Translators Introduction”, *Between Facts and Norms*, Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge 1996, s. ix-x.

<sup>37</sup> Karşılatırınız Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Çev. William Rehg Polity Press, Cambridge 1998, s. 293.

<sup>38</sup> Ayrıca bkz. Mitchell Dean, “Normalising Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law,” *Foucault Contra Habermas*, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, Sage Publications, London 1999, s. 177.

<sup>39</sup> Anayasa ihdasında özneler arası adil ve eşit süreç yaşanması gerekir. Buna göre konuşma edimlerini başlatma, soru sorma vs. haklar açısından herkes eşti olmalıdır. Belirlenen konuşma konularını herkesin sorgulama hakkı mevcuttur. Keza

Özneler arası eşit etkileşim ise kanımızca kurucu iktidarın bir ortaklık olarak ele alınmasını öngörür. Buna göre insanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını gözeterek kararlar almasını sağlayan şartlar nelerdir? Dworkin buna şu cevabı vermektedir:<sup>40</sup> *“İlk olarak, yurttaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece yurttaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir yurttaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kişisel (var oluş) şartları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, en tartışmalı olanıdır ve bana göre en önemlisidir. Bu şart, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ve izzetinefsleriyle uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.”*

İşte buraya kadar yaptığımız açıklamalardan, çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre ihdas edilen anayasaların ortaklık demokrasisi anlayışına göre yapılan anayasalardan çok farklı olacağı açıkça ortaya çıkmıştır. Çoğunlukçu demokrasi, usule/yönteme önem verir. Kuşkusuz, çoğunlukçu demokraside de bazı haklar güvence altına alınmaktadır, ancak bu demokrasi özünde “usul”den başka bir şey değildir ve daha önce de vurguladığımız gibi, adaletsizlikle sonuçlanabilir.<sup>41</sup> Ortaklık demokrasisi ise anayasanın sadece usul meseleleri hakkında değil, maddi meseleler hakkında da çözümler getirmesini ister. Maddi meselenin yöneldiği hedef ise insan onurudur.

Sonuç olarak kurucu iktidar temellendiği ilkeler şunlardır:

- a. Kurucu iktidar, olabildiğince geniş toplumsal katmanların erişimine açık olan ve çeşitli toplumsal tecrübenin paylaşılabilirdiği bir formu gerektirmektedir.

---

müzakere konularına yönelik kısıtlamalara yer verilmemelidir. Bkz. Seyla Benhabib, *Demokrasi ve Farklılık*, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul 1999, s. 105.

<sup>40</sup> Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 29-30.

<sup>41</sup> Dworkin, a.g.e., s. 30.



- b. Farklı fikirler, görüşler ve yaklaşımlar rasyonel bir tartışma alanında karşı karşıya gelmektedir.
- c. Kurucu iktidarın kökeni ve işleyişi ile norm (hukuk devleti) ve iradenin (demokrasi) sistemli eleştirel denetimine açık olmaktadır.

## B. 2017 Anayasa Değişikliğinde Demokratik Nitelik

### 1. 2017 Anayasa Değişikliğinin Özellikleri

Montesquieu erkler ayrılığı için şunu demektedir: *“Eğer aynı idarenin kişilik veya yapısında, yasama erki yürütme erkiyle birleşmişse, hiçbir şekilde hürriyet yoktur. Çünkü aynı monarkın veya aynı senatonun, zalimce yürütmek için zalimce kanunlar yapmasından korkulur. Yargı erki de, yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse gene hürriyet yoktur. Eğer bu erk, yasama erkiyle birleşirse, vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerindeki idare, keyfe kalmış bir idare olur. Çünkü yargıç kanun koyucunun durumuna düşer. Şayet yargı erki, yürütme erkiyle birleşirse, yargıç korkunç bir zalim kesilir” Bu üç erki de aynı kişi veya... kurullar kullanırsa her şey mahvolur. .... Avrupa'nın çoğu krallıklarında hükûmet hafifletilmiştir. ... Bu üç erkin padişahın kişiliğinde birleştiği Türk ülkesinde ise korkunç bir istibdat hüküm sürer. ...”<sup>42</sup> Gözler'in belirttiği gibi Montesquieu'nun “Türk ülkesi” için söylediği bu sözler gelinen noktada gerçekleşmiş bulunmaktadır.<sup>43</sup>*

2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye'nin hükümet sistemi değişmiştir. Parlamenter sistemin iki başlı (düalist) yürütme modeli terk edilmiş, yerine tek başlı (monist) yürütme modeli ikame edilmiştir.<sup>44</sup> Ancak Anayasadaki bu kökten değişiklik hükümet sistemini başkanlık sistemi haline getirmemiştir. Çünkü başkanlık sisteminin sert erkler ayrılığı kurgusu ve bu kurgunun temel gerekleri yerine getirilmiş değildir. Anayasa değişikliğinin merkezi konumunda Cumhurbaşkanlığı makamı bulunmaktadır. Üstelik sisteme parlamenter hükümet

<sup>42</sup> Montesquieu, “İngiltere'nin Esas Teşkilatı”, Çev. Mükbil Özyörük, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. II, S. 1-2, 1947, s. 75-76.

<sup>43</sup> Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa”, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, s. 6, erişim 15.09.2020.

<sup>44</sup> Ayrıca bkz. Mert Duygun, “Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler”, *Anayasa Gündemi*, <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/>, erişim 14.09.2020.

sisteminin bazı özellikleri de yerleştirilmiştir.<sup>45</sup> Gerçekten de burada “gensoru” kurumu kaldırılmıştır; TBMM’nin denetim araçlarından yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması halen varlığını sürdürmektedir, fakat bunlarla etkin bir denetim gerçekleştirme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Soruşturma/Meclis soruşturması ise anayasal dayanaklı bir şekilde yüksek nitelikli çoğunluklar gerektirdiğinden işlevselliğini yitirmiş vaziyettedir.<sup>46</sup>

Bununla birlikte başkanlık sisteminde erkler, gerek organik gerek fonksiyonel açıdan birbirinden ayrı tutulmaktadır ve bunlar birbirinden türemezler, birbirlerinin görevlerine son verici araçlarla donatılmazlar. Ancak 2017 Anayasa Değişikliği sonucu 116. madde ile Cumhurbaşkanına, gerektiğinde TBMM seçimlerini yenileme kararı alabilme yetkisi verilmektedir. Başkanlık sistemini sert erkler ayrılığı haline getiren özellik, yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin varlığına bağlı olmamaları olduğundan, henüz anayasal görev süresini tamamlamadan yürütme organı tarafından yasama organının görevinin sona erdirilmesi olan seçimlerin yenilenmesi ile başkanlık sisteminin bağdaşması olanaksızdır.<sup>47</sup>

Keza 2017 Anayasa Değişikliği ile ihdas edilen anayasal kurguda, tabiri yerindeyse yeni sistemin “alamet-i farikası” olan<sup>48</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kurumuna yer verilmiştir. 2017 değişikliğinden önce mevcut olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yetki kanununa ihtiyaçları söz konusu değildir ve bunlardan olağan dönem CBK’lerinin TBMM tarafından onaylanması da gerekmemektedir. Bu nedenle yürütmenin asli düzenleme alanı genişletilmiş olmaktadır.<sup>49</sup> Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme alanına ilişkin neredeyse her hususta düzenleme yapılabilmesi ve kanunların açıkça düzenlemediği

<sup>45</sup> Ömer Anayurt ve Ahmet Ekinci, “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 483.

<sup>46</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 328.

<sup>47</sup> Zafer Gören, “Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Benimsenen Hükümet Sistemi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, 469-489, s. 485.

<sup>48</sup> Zühtü Arslan’ın bu tabiri için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesi-57-kurulus-yildonumunu-kutluyor>, erişim 14.09.2020.

<sup>49</sup> Özbudun, a.g.e., s. 329.

pek çok konuda bu kararnamelerin çıkartılabilmesi olanaklıdır. Olağanüstü dönemlerde olağanüstü halin gerektirdiği her konuda kararname çıkarılabilmektedir. Bu suretle kararnamelerle belirli alanlarda yasama organına ihtiyaç kalmaksızın düzenlemeler yapılabilecektir.<sup>50</sup>

Tüm bunları da göz önüne alarak 2017 Anayasa değişikliklerinin yaşamsal sonuçlarını madde madde sıralayalım:<sup>51</sup>

- a. Cumhuriyet tarihi boyunca duymaya ve görmeye alıştığımız kimi kişi, makam ve kurumlar artık tarihe karışmıştır. Bir başbakan ya da bir bakanlar kurulu artık söz konusu değildir. Onların yerine “bir kişi” görünmektedir.
- b. Bu “bir kişi” TBMM seçimleri ile birlikte seçilmektedir. Yani seçim zamanları birleştirilmiştir. Milletvekili için sandığa giden seçmen bu “bir kişi”yi de seçmektedir. Seçimde %50’yi geçilemezse ne olacak? İkinci tur yapılacak ve TBMM seçildikten ve meclis çoğunluğu belli olduktan iki hafta sonra, yurttaş bu kez Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci turu için sandığa gidecektir.
- c. Parlamenter sistem terk edildiği için artık TBMM bakanları denetleyememektedir. Bir tür sorumlulukları söz konusu, ancak geçmişteki gibi değil. Başkan yardımcıları ve bakanların sorumluluğu “bir kişi”ye karşı olmaktadır. Eğer haklarında bir suç işledikleri iddiası varsa soruşturma açılması, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önerge ile mümkün olmaktadır.
- d. Bir kişi, kabul edilen yasaları “geri gönderme” yetkisine sahiptir ancak söz konusu bu geri gönderme, “veto” yetkisine yaklaşmıştır. Oysa bugüne dek yalnızca geri gönderme yetkisine sahipti. Artık “bir kişi”nin geri gönderdiği yasanın TBMM’den geçmesi, geçmiştekinden farklı olarak ancak “üye tamsayısının salt çoğunluğu” ile mümkündür.
- e. Parlamenter sistem terk edildiği için, TBMM’nin yürütme organını denetlemesi, örneğin, artık bir bakanlar kurulu olmadığı için “gensoru” verilmesi mümkün değildir. Çünkü hem bakanlar hem de o bir kişinin yardımcıları TBMM’ye değil, o bir kişiye karşı so-

<sup>50</sup> Gören, a.g.e., s. 486.

<sup>51</sup> Murat Sevinç, Türkiye’nin Anayasa İmtihanı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 114-119.

rumludur. Söz konusu kişiler, görevleri sona erdikten sonra dahi ancak aynı usuller izlenerek (görevleri ile ilgili suçları nedeniyle) yargılanabilmektedir.

- f. Devletin başındaki “bir kişi” kararname çıkarabilmektedir. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı, merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması bu “bir kişi”nin çıkardığı kararname ile gerçekleşmektedir.
- g. Devlet başkanı olan kişi, en fazla iki kez seçilebilmektedir. Yani on yıl. Ancak Cumhurbaşkanının ikinci döneminde eğer TBMM, seçimlerin yenilenmesine, yani erken seçime karar verirse ve o esnada devlet başkanı olan kişi, örneğin ikinci döneminin sonundaysa, yeniden aday olabilmektedir. Bu da demektir ki bu “bir kişi”, koşullar uygun düşerse, on beş yıl görevde kalabilmektedir.
- h. Seçilen bir kişi yardımcılarını ve bakanlarını atayabilmektedir. Onların görevine son verebilmektedir bu süreçlerde TBMM’nin onayının alınması şöyle dursun görüşüne dahi ihtiyaç duyulmayacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca yardımcılarını ve bakanların sayısında alt ya da üst şeklinde bir sınırlama öngörülmemiştir.
1. Seçilen “bir kişi”, üst kademe kamu görevlilerinin tamamını atayabilmektedir. Görevlerine son verebilmektedir. Atamalara ilişkin esaslar da bu “bir kişi”nin çıkaracağı kararname ile belirlenmektedir.
- i. Seçilen “bir kişi” milli güvenlik siyasetini belirlemektedir. O, TSK’nın başkomutanlığını temsil etmektedir ve bazı hallerde TSK’nın kullanılmasına karar vermektedir. Bu bir kişi aynı zamanda bir siyasal partinin genel başkanı olabilmektedir. Yani, başkomutan bir parti başkanı olmaktadır. Genelkurmay Başkanı bu kişiye karşı sorumlu olmaktadır.
- j. Seçilen “bir kişi” yukarıda da belirtildiği gibi, yürütme ile ilgili konularda kararname çıkarabilmektedir. Seçilen bir kişi, eğer yasa ile düzenlenmiş bir alan varsa, o konuda kararname çıkaramayacak. Ya da eğer kararname ile yasa çatışır, yasa uygulanacak. Bu halde, eğer yasa ile düzenlenmemiş bir alan söz konusuysa, çıkarılan kararname ile yasal boşluk doldurulabilecek. Hâlbuki

Anayasaya göre, yasama yetkisi devredilemez. Geçmişte Anayasada Kanun Hükmünde Kararnameler için aranan “yetki kanunu” şartı da aranmamaktadır. Seçilen bir kişi bu yetkisini doğrudan Anayasadan almaktadır. Seçilen bir kişinin çıkardığı kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilmektedir; bu da kararnameye yasa gücünde bir nitelik kazandırmaktadır.

- k. Seçilen “bir kişi”, yasalara aykırı olmamak kaydıyla yönetmelik çıkarabilmektedir.
- l. Seçilen “bir kişi” yargılanabilmektedir. Ancak bir suç işlediği iddiasıyla 600 vekilin salt çoğunluğunun önerisi ve beşte üç ile kabul gerekmektedir. Dolayısıyla parlamentoda çoğunluğa sahip olan parti istemediği sürece, soruşturma dahi açılmayacaktır. Seçilen bir kişi, görev süresi bittikten sonra da, ancak TBMM aynı çoğunlukla karar verirse yargılanabilmektedir. Yani, meclisin nitelikli çoğunluğu istemezse hiçbir zaman bu bir kişi adi suçları dahil yargılanamayacaktır.
- m. Yardımcılar ve bakanlar bu “bir kişi”ye karşı sorumlu olmaktadır. Bir suç işledikleri ileri sürülürse, Yüce Divana sevk edilmeleri için yine üçte iki oy gerekmektedir. Görevleri bittikten sonra yargılanmaları için de aynı oran aranmaktadır.
- n. TBMM, geçmişte olduğu gibi basit çoğunlukla erken seçim kararı alamayacaktır. Ancak beşte üç ile bu kararı verebilmektedir. Seçim kararı verildiğinde devlet başkanı seçimi de birlikte yapılmaktadır. Seçilen “bir kişi”, TBMM seçimlerinin yenilenmesine, kendi seçimini de yenilemek kaydıyla karar verebilmektedir. Yani TBMM’yi feshedebilmektedir.<sup>52</sup> Tabii yine iki seçim birlikte yapılmaktadır.

<sup>52</sup> Başkanlık sisteminde başkanın yasamayı feshi rastlanılacak bir durum değildir. Örneğin prototip ülke olan ABD’de başkanın meclisi fesih yetkisi bulunmamaktadır. Gerçi Ekvator’da (madde 148) Başkan “kendi kararına göre Anayasa kapsamında kendisine ait olmayan görevleri üstlendiğini veya haklı bir gerekçe olmaksızın Milli Kalkınma Planının uygulanmasını defalarca engellediğini düşünürse veyahut da ciddi bir siyasi bir krizden ve yurtçindeki huzursuzluklardan sebep Anayasa Mahkemesi’nin de bu lehte hüküm vermesi halinde Millet Meclisini feshedebilir”. Ancak buradaki geniş kapsamlı yetki, Başkana fesih tehditliyle yasamayı kendi istediği gibi gerçekleştirme gücü vermektedir. Esasında gerek Cumhurbaşkanlığı gerek Meclis için eş zamanlı olarak öngörülen seçimler, Cumhurbaşkanıyla Meclisin birbirlerinin inisiyatifinin önünü tıkadığı açmazları çözmek bakımından etkili bir yöntem olduğu söylenebilir. (Bakınız J. Linz, Political

- o. Seçilen bir kişi, gerekli koşullar oluştuğunda olağanüstü hal ilan edebilmektedir. OHAL esnasında, bu bir kişi, OHAL Kararnamesi çıkarabilmektedir. Bu kararnameler yasa hükmünde kabul edilmektedir.
- ö. Seçilen bir kişi, üye sayısı 15'e düşen Anayasa Mahkemesi'nin tüm üyelerini bir biçimde kendisi belirlemektedir.<sup>53</sup> Üçünü TBMM seçmektedir, üçünü YÖK'ün önerdiği adaylar arasından bu bir kişi saptamaktadır. Bu bir kişi, dört üyeyi bazı kategoriler içinden doğrudan kendisi belirlemektedir. Kalan beş üye, Yargıtay ve

and Social Consequences of the Choice Between a Presidential and a Parliamentary System, in Constitution Making as an Instrument of Democratic Transition, Science and Technique of Democracy no. 3, [http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1992\)003-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1992)003-e) erişim 04.04.2020 ) Ancak mevcut Anayasa itibari ile Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Meclis seçimleri daima eş zamanlı olarak yapılmaktadır. Bu da; her ne kadar Türkiye'deki sistem savunucuları ikinci turda Cumhurbaşkanı olarak seçilen adayın, meclisteki kol-tuk çoğunluğunu kazanan partinin üyesi olmama ihtimali olduğunu vurgulasa da meclis seçimlerinin çok daha kişisel ve ülke çapında olan Cumhurbaşkanlığı kampanyası kapsamına "çekilmesinden" sebep meclisin, Cumhurbaşkanıyla aynı siyasi partiyi temsil edecek olması ihtimalini de beraberinde getirmektedir. (Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017). Meclisin seçimlerin yenilenmesine karar vermesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu gerekir. Cumhurbaşkanının Meclis üzerindeki etkisi, atama yetkileri de düşünüldüğünde, uygulamada Meclisin Cumhurbaşkanına engel teşkil etmeyeceği anlamı ortaya çıkmaktadır. Bilakis, bu koşullar altında Cumhurbaşkanının ikinci görev süresi devam ederken TBMM'nin, Cumhurbaşkanının aday olması beklenen seçimleri provoke ederek kendini feshetme yetkisi, Cumhurbaşkanının üçüncü defa göreve gelebilmesinin önünü açacaktır.

<sup>53</sup> Venedik Komisyonu'nun Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin bu doğrultudaki görüşü şöyledir: "HSK üyelerinin atanma usulüyle ilgili değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde geniş yankı bulacaktır. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçilmesinden HSK mesuldür. Her iki mahkemenin de atamaları yapan Cumhurbaşkanına her bir pozisyon için üç aday göndermek suretiyle Anayasa Mahkemesinin iki üyesini seçme hakkı vardır. Bu suretle, Yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki nüfuzu artmaktadır. Aksine Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları şu anda olduğu gibi denetleme olasılığını yitirecektir. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunun kendisine yetki vermesine ihtiyacı olmayacaktır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanlığının yasama faaliyetlerinin sınırlarını, kanunların kanun hükmünde kararnamelerin resmi olarak üzerinde olmasıyla tanımlasa da Anayasa Mahkemesine, bu bağlamda ortaya çıkması kaçınılmaz olan ihtilaflar konusunda sarıh bir karar verme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'ın kaldırılmasını müteakiben Anayasa Mahkemesinin on yedi yerine on beş üyeden kurulması hakkında 146'ncı maddede yapılan değişikliğin resmi sınırları dışına çıkacaktır." Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017, parag. 121-123.

Danıştay'ın göstereceği adaylar arasından, yine bu bir kişi tarafından seçilmektedir. Sonuç olarak eğer bu bir kişi ile Meclis çoğunluğu aynı siyasi eğilimde olursa neredeyse tüm üyeler, onun tarafından belirlenmiş olacaktır.

- p. Seçilen bir kişi, yeni adı Hâkimler ve Savcılar Kurulu şeklinde değişmiş olan HSK'nın, neredeyse yarısını seçmektedir. HSK başkanı bu bir kişinin belirlediği adalet bakanı olmaktadır. Kalan üyeleri TBMM, yani meclis çoğunluğuna hâkim parti tarafından belirlenmektedir. Haliyle, bu bir kişi ile Meclis aynı eğilimde ise ki 2017 Anayasa değişiklikleriyle amaçlanan budur, HSK'nın tüm üyeleri,<sup>54</sup> bir kişi tarafından belirlenmiş olmaktadır.
- r. Türkiye'nin bütçesi seçilen bir kişi tarafından hazırlanıp TBMM'ye sunulmaktadır. Seçilen bir kişi, kanunla belirlenmiş sınırlar içinde "vergi, resim, harç ve benzeri" mali yükümlülüklerde değişiklik yapabilmektedir.
- s. Yükseköğretim Kurulu, yani üniversitelerin yönetimi artık tümüyle "bir kişi"nin takdirine bağlı olmaktadır.

<sup>54</sup> Venedik Komisyon'un HSK ile ilgili değerlendirmesi bu doğrultuda şöyledir: "Komisyon, teklif edilen HSK oluşumunun son derece sorunlu olduğunu tespit etmiştir. Üyelerinin neredeyse yarısı (13'ün içinden 4+2=6) Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır. Bu vecheden Cumhurbaşkanının artık nötr bir güç (pouvoir neutre) olmayacağını, parti politikasıyla iştigal edeceğinin tekrar altının çizilmesi gerekmektedir: Cumhurbaşkanının HSK üyeleri seçiminin, siyasi açıdan tarafsız olmasına gerek olmayacaktır. Geriye kalan 7 üye ise Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecektir. Eğer Cumhurbaşkanı partisinin, Mecliste beşte üç çoğunluğu olursa Bakanlar Kurulundaki tüm pozisyonları doldurabilecektir. Eğer eş zamanlı seçim sistemi kapsamında neredeyse teminat altına alındığı üzere koltukların en az beşte ikisine sahip olursa Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerle birlikte çoğunluğu oluşturmak suretiyle birçok koltuk sayısına sahip olabilecektir. HSK'nın hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının atanması, terfi, tayini, cezalandırılması ve görevden alınması konularını denetleyen ve kendi kendini yöneten bir kurul olması sebebiyle, bu durum yargıyı ciddi derecede tehlikeye atacaktır. Bu kurul üzerindeki kontrolü ele almak, bilhassa da hâkimlerin sıkça görevden alındığı ve tayinlerinin de artık genel bir uygulama haline geldiği bir ülkede hâkim ve cumhuriyet savcılarları üzerindeki kontrolü de ele almak anlamına gelecektir. Bu bağlamda değişiklik tekliflerinin, HSYK üyelerinin değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren<sup>78</sup> en geç otuz gün içinde seçilmelerini öngörmesi ve değişiklikleri destekleyen siyasi erklerin, TBMM'deki koltukların beşte üçünden fazlasına sahip olması ve bu sayede de HSK'daki tüm kadroyu doldurabilmeleri büyük önem arz etmektedir." Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017, parag. 119.

## 2. 2017 Anayasa Değişikliğinin Kuruculuk ve Demokratik Niteliği

2017 Anayasa değişikliğine kadarki süreçte, özgürlüklerin önünü açacak olan, iktidarı, özgürlükler lehine sınırlayan ve demokratik yöntemlerle dengelemeyi içeren yeni bir anayasa ihdası arayışı sürmüştür. Ancak 2017 Anayasa değişikliği ile demokratik ve özgürlükçü anayasa hedefi terk edildi, bunun yerine özgürlükler aleyhine otoritenin derinleştirilmesi ile denge-denetim mekanizmaları ortadan kaldırılarak, siyasi iktidarın tek merkezde toplanması yoluna gidildi. Böylelikle, 12 Eylül 1980 Darbesinin kurduğu, özgürlükler karşısında otoriter yönetimi tercih eden, devleti merkeze alan, birey özgürlüklerini geriletken düzene geri dönüldü.<sup>55</sup> Hatta diyebiliriz ki 1982 Anayasasının ilk halinden daha da geriye gidildi.

Değinilmesi gereken önemli bir husus, özgürlükler alanını ortadan kaldıran olağanüstü rejim uygulamasının, bir kez daha Anayasasının otoriter yüzünü ortaya çıkarmasıdır.<sup>56</sup> Dolayısıyla burada kısaca olarak bu Anayasa değişikliğinin ortam ve koşullarına da değinelim. Esasında bizdeki gibi katı anayasaların değiştirilmesi, usul kurallarının yanında “ortam ve koşullar” bakımından da kayıtlamalara bağlanabilmektedir; OHAL, seferberlik, savaş, işgal vb. durumlar. Bu tür kayıtlar içeren anayasa örnekleri: Belçika (1994), Brezilya (1988), İspanya (1978), Romanya (1991). Ancak bizde, ortam ve koşullara bağlı kayıtlar bulunmamakla birlikte, 1971 ve 1973 Anayasa değişiklikleri, sıkıyönetim sırasında yapıldığı için anayasacılar tarafından, meşruluk bakımından sürekli eleştirilmiştir.<sup>57</sup> OHAL KHK’leri yoluyla giderek ağırlaşan uygulamalar, OHAL’in üçüncü ayında “Anayasayı askıya alma” eşiğine ulaşmıştır. Oysa tam tersine, siyasi iktidarı sınırlama ve insan hak ve özgürlüklerini güvenceleme özelliği ile Anayasa, özellikle hak ve özgürlüklerin sınırlandığı, kamu makamlarının ise yetkilerinin arttırıldığı ortam ve koşullarda saygı<sup>58</sup> görmeliydi. Maalesef bu saygıya, dikkat ve özen gösterilmemiştir. Bu koşullarda Anayasa

<sup>55</sup> Sevtap Yokuş, Türkiye’de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları, Democratic Progress Institute, Nisan 2018, s. 22.

<sup>56</sup> Sevtap Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikâyetine Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, Ön-sözden.

<sup>57</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, Tekin Yayınları, İstanbul 2017, s. 45.

<sup>58</sup> Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, s. 45.



değişikliği teklifinin üzerindeki tartışmalar sağlıklı bir şekilde gerçekleşmemiştir ve halkoylaması propaganda çalışmalarının özgürlük ve güvenlik içinde sağlıklı yürütülmesi imkânsızlaşmıştır. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabildiği ve durdurulabildiği, fiilen de böyle yapıldığı bir yönetim usulü olarak olağanüstü hal döneminde Anayasa değişikliği yapılması ve halkoyuna sunulması ilke olarak da doğru olmamıştır.<sup>59</sup>

15 Temmuz döneminde gündeme oturtulan “anayasal tasarım” ise 1961 ve 1982 reddiyesi ile sınırlı kalmamıştır. Hatta temelleri Osmanlı’da atılan Cumhuriyet kazanımlarına tepki ve onların reddi anlamını taşıdığı ifade edilmiştir.<sup>60</sup> Zaten Anayasa değişikliğinin bir kurucu iktidar tekniği olarak tarafımızca nitelendirilmesi de bu doğrultuda yoğunlaşmaktadır.<sup>61</sup>

Sonuç olarak, 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin öncül sorunlarından en önemlisi Anayasa değişikliğinin hazırlandığı ortam ve buna gidilen sürece ilişkindir. Bu da Anayasa değişikliği ile birlikte tüm Anayasanın meşruiyetine gölge düşürmektedir. Venedik Komisyonu’nun belirttiği gibi *“kamuoyuna ve kurumlara tartışma olanağı tanıyan ve doğru işleyen bir anayasa değişiklik süreci, anayasanın meşruiyetine, anayasaya aidiyet duygusuna ve demokratik anayasal geleneklerin bütünleşmesine*

<sup>59</sup> Hikmet Sami Türk, *Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 321.

<sup>60</sup> Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, s. 132.

<sup>61</sup> Anayasa-kurucu iktidar eşleşmesinde anayasaya form kazandıran kurucu iktidardır. Kurucu iktidar tekniği gerek haklar şartı gerek yapısal şartlar üzerindeki belirleyici güçtür. Bu durum de facto böyle olsa da de jure olarak kurucu iktidar yine de hukukun belirli ilkelerine bağlı olmak zorundadır. Aksi halde anayasanın normatif devreler analizi her ne kadar legaliteyi sağlasa da legitimateyi sağlayamaz. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletinin araçlarıyla donanmadıkça bir anayasa meşruiyet bulamaz. Şu hâlde kurucu iktidar de facto bir hacimde form bulan ve sınırsız olan bir olgu değildir. Öte yandan burada kurucu iktidar kimdir sorusu önem kazanmaktadır. Kurucu iktidar, meşru yöneticiden meşru yönetime evirilen süreçte nihai olarak halk ve onun iradesi ile form bulmaktadır. Modern demokrasilerde halkın iradesinin tecelli ettiği yer ise parlamentolardır. Başkanlık sisteminde denge ve denetim ağı iyi kurgulandığında başkanın halk tarafından seçilmesinde bir beis söz konusu olmamaktadır. Fakat saf başkanlık sisteminden mülhem sistemlerde bu denge ve denetim ağının sağlam bir şekilde kurgulanmadığını, dolayısıyla ve en önemlisi de parlamentoların başkan karşısında işlevsizleştirildiğini gözlemlemekteyiz. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanının yetkileri düşünüldüğünde de bu doğrultuda kimi soru işaretleri uyanmaktadır.

*zaman içinde büyük katkıda bulunmaktadır.”<sup>62</sup> Bu noktada 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin bir meşruiyet noksanlığı görmekteyiz. Bununla birlikte Anayasa değişikliği bünyesindeki kural ve usullerin yorumu oldukça açık ve tartışmalı olması ve demokratik sürecin dışında bir ivedilik sergilenmesi başta siyasi istikrar olmak üzere bizzat Anayasanın meşruiyetine gölge düşürmüştür. Oysa ki tüm siyasi unsurlar ve sivil toplum örgütleri Anayasa değişikliği sürecine dahil edilmeliydi. Ancak bunun gerçekleşmesi için de 2017 Anayasa değişikliği sürecinde, barışçıl toplantı özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü ayrıca tartışmaların basında adil, yeterli ve kapsamlı şekilde yer almasını kolaylaştıracak pozitif yükümlülüklerinin eşit derecede uygunluk göstermesi gerekmektedir.*

Görüldüğü gibi, hedeflenen anayasa toplumsal barışa dayanan, demokratik-özgürlükçü-eşitlikçi bir anayasa olacaksa, daha anayasanın hazırlık sürecinde demokratik ilkeler, hukukun üstünlüğü ile hak ve özgürlükler kurucu öğeler olmalıdır. Dolayısıyla Türkiye için yeni anayasa ihdası tartışmalarında erkler arası denge-denetim esasını benimseyen parlamenter sistem başta olmak üzere demokratik bir anayasanın gerekleri öne çıkarılmalı ve bu doğrultuda ifade özgürlüğü kullanılarak anayasa ile aşılması mümkün temel sorunlar çözümlenmelidir.

### **Sonuç, Değerlendirme ve Öneriler**

Türkiye’de hiçbir anayasanın izlenen yöntem itibarı ile sivil demokratik olduğu söylenemez. Anayasaların yapımında yöntem itibarıyla 1921 Anayasası, içerik itibarıyla ise 1961 Anayasası dışarıda tutulursa ülkemizin gerçek anlamda gerek yapılış yöntemi gerek içeriği bakımından demokratik hukuk devleti ile uyumlu bir anayasaya sahip olmadığı söylenebilir. Çünkü anayasalar gerçek anlamda toplumun farklı kesimlerini temsil eden, halk tarafından serbestçe seçilmiş kurucu meclislerin elinden çıkmamıştır. Burada anayasaların yapımı ve içeriği üzerinde bir müzakere ve uzlaşma ortamı da söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla neredeyse tüm anayasalarımız ve hâlihazırdaki 1982 Anayasası demokratik anayasaların sahip olması gerektiği normlardan uzak kalmıştır.

<sup>62</sup> Venedik Komisyonunun Anayasa Değişikliğine İlişkin Raporu, CDL-AD(2010)001, §§ 204, 205.

Özellikle 1982 Anayasası bu bakımdan sürekli bir tartışmanın odağındadır. Çünkü Anayasa gerek yapılış yöntemi gerek muhtevası itibarıyla çağdaş çoğulcu bir zemine sahip değildir. Anayasa özgürlükçü ve demokratik bir hüviyete sahip değildir. Keza özellikle 2017 Anayasa değişikliği, kurucu iktidar tekniği ile hazırlanmış ve gerek hazırlanması gerek kabulüyle ilgili sürece bakıldığında, hemen hemen tüm aşamalarında halkın katılımını engellemeye yönelik bir iradenin devrede olduğu söylenmelidir. 2017 Anayasa değişikliğinin halkoylaması da olağanüstü ortam ve şartlarda gerçekleştirilmiş ve adeta plebisite yakın bir yöntemle kabul edilmiştir.<sup>63</sup> Zaten 1982 Anayasası otoriter ve devlet merkezli bir ideolojiye sahipti; 2017 Anayasa değişikliği ise bu otoriter ruha ivme kazandıracak yetkilerle iktidarı yürütme etrafında tekelleştirmiş ve tekillenmiştir. 1982 Anayasası her haliyle toplumsal mutabakat eseri olmaktan uzaktır. Çağdaş anayasacılık düşüncesinin aksine, devlet merkezli bir toplum ve siyaset anlayışı 1982 Anayasasına hâlihazırda damgasını vurmaktadır.

Bir anayasayı sivil ve demokratik yapan temel unsur o anayasanın içeriği kadar yapılış yöntemiyle de ilgilidir. Türkiye acil ve bu bakımlardan demokratik hukuk devleti ile bağdaşır yeni bir anayasaya ihtiyaç duymaktadır. Fakat bu yeni Anayasa, toplum içinde olabildiğince geniş bir konsensüsü yansıtacak demokratik bir uzlaşma yolu ile yapılmalıdır. Anayasayı yapan organ özgür ve adil seçimler sonucu belirlenmelidir. Yeni anayasa evrensel ilkeler doğrultusunda yapılmalı ve halkın gerçek anlamda sahiplendiği bir hüviyet taşınmalıdır. Bu yönüyle yeni anayasa, devletçi, vesayetçi, otoriter ve yasadışı zih-

<sup>63</sup> Nitekim Venedik Komisyonu bu doğrultuda görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır: “Daha genel bir ifadeyle, Venedik Komisyonu şunu yineler: ‘[...] referandum koşulları, seçmenlerin bir görüş oluşturma özgürlüğünü güvence altına almalıdır. Bu, diğer şeylerin yanı sıra [...] seçmenlere yeterli bilgi verilmesini ve kamuoyu tartışmaları için yeterli zamanın ayrılmasını gerektirir’. Kritik bir referanduma giderken, misilleme korkusu olmaksızın karşıt görüşlerin tartışılabilirdiği sağlıklı ve çoğulcu bir medyaya sahip olmak özellikle önem taşımaktadır. Venedik Komisyonu’nun aşağıda açıklayacağı gibi, büyük oranda olağanüstü hâl tedbirlerinin etkisiyle medya özgürlüğünün ciddi bir şekilde zarar gördüğü mevcut koşullarda, Türkiye’nin gelecekteki anayasası hakkında düzgün bir kamusal tartışmanın yürütülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu perspektiften bakıldığında, anayasa değişikliğinin zamanlaması kaygı uyandırmaktadır.” Venedik Komisyonu, “Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş”, Venedik 10-11 Mart 2017.

niyeti terk etmelidir. Her şeyden önce yeni Anayasa insan haklarına dayanmalıdır, bireyi ve onun haklarını esas almalıdır, eser olarak bir devlet kültürünün dizaynından ibaret olmamalıdır, toplumsal çeşitliliği bir tehlike değil bir zenginlik olarak görmelidir. Sonuç olarak anayasal demokrasinin tüm kurumları ve ilkeleri bu anayasada yer almalıdır. Bu da ancak kapsayıcı ve katılımcı bir anayasa yapım yöntemi ile mümkün gözükmektedir.

Öte yandan, Venedik Komisyonu'nun da mükerreren ifade ettiği üzere *“demokratik bir Anayasa yapım sürecinin temel şartları, çoğulcu görüşlere imkân tanıyan koşulların ve yeterli zaman dilimlerinin oluşması, şeffaflık, açıklık ve kapsayıcılık ve ayrıca tartışmalı konuların usullere uygun şekilde müzakere edilebilmesidir.”* Yeni ve iyi bir Anayasa, toplum içinde mümkün olabilecek en geniş görüş birliği esas alınarak kabul edilmeli ve [...] *“demokratik standartlarla aynı doğrultuda ve toplumun tamamı tarafından kabul gören, daimi bir metnin kabul edilmesindeki en önemli ön koşul, muhtelif siyasal erkleri, sivil toplum kuruluşları ile sivil dernekleri, akademik çevreyi ve basını da içine alan geniş ve sağlam temelli bir müzakerenin gerçekleşmesidir. Çok katı zaman kısıtlamalarından kaçınılmalı ve yeni Anayasanın kabulüne ilişkin takvim, müzakerede kaydedilen ilerlemelere uygun olmalıdır.”* Müzakerelerin kamuya açık ve özgür yapılabilmesi için *“buna olanak sağlayan bir ortamda”* yapılmaları gereklidir. *“Ayrıca halk oylamasına başvurulacaksa halk oylamasının uygun olarak icra edilmesi, açıklık ve şeffaflığın sağlanması ve seçmenlere açık ve kesin alternatifler sunulması büyük önem arz etmektedir.”*<sup>64</sup>

Sonuç olarak anayasa çeşitli iktidar formları arasında yetki dengelemenin bir sonucudur. Dolayısıyla eğer bir erke herhangi bir yetki veriliyorsa diğer erkler de bu yetkiyi dengeleyici ve denetleyici bir yetki ile donatılmalıdır. Bir diğer ifade ile kurumsal yetki dizisi bir organa ne kadar yoğun bir şekilde bahşediliyorsa aynı şekilde denetim mekanizmalarının da buna paralel olarak katılaştırılması gerekmektedir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda denge ve denetim mekanizması ancak bu şekilde kurgulandığında anayasal anlamda bir

<sup>64</sup> Venedik Komisyonu, “Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş”, Venedik 10-11 Mart 2017.

meşruiyete sahip olunur. Şu hâlde anayasa kavramı komplike bir denge ve denetleme ağına içkin olup anayasalardaki her bir hükmün bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ekseninde değerlendirilmesi gerekir. 2017 Anayasa değişikliği ise Cumhurbaşkanına oldukça etkin bir yetki dizisinin ihdasından ibaret kalmaktadır. Burada yasama, yürütme ve yargı arasında işlevsel niteliği düşük bir denge ve denetim mekanizması öngörülmektedir. Şöyle ki; Türkiye’de kuvvetler arası denge ve denetim mekanizmalarından olan bir çift meclislilik kurumu söz konusu değildir. Amerika Anayasasının aksine federalizm yoktur. Başkan yardımcısı seçimleri bulunmamaktadır. Meclisin yürütme organının atamaları üzerinde herhangi bir *sözü geçerli değildir. Cumhurbaşkanının kendi iradesi ile Meclisi fesih yetkisi vardır. Cumhurbaşkanlığı seçimleri Meclis seçimleri ile eş zamanlı yapılmaktadır. Yargının oluşum biçimindeki noksanlık kurumsal duruş ve pratiğe de yansımaktadır. İşte tüm bu hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığındaki noksanlıklar Güney Amerika, Asya ya da Afrika’da ABD’den esinlenmiş kimi başkanlık sistemlerinde dikta rejimlerine yol açığının da vurgulanması gerekmektedir.*

Gelinen noktada 1982 Anayasası siyasal sistemin işleyişinde demokrasi ve otorite arasındaki kontrollü geçiş kabiliyetini kaybetmiştir.<sup>65</sup> Anayasal düzenin içerisinde yerleştirilen “siyasal erk” beraberrinde tekil ve tekel iktidar kurgusunu, dolayısıyla anayasal patolojiyi getirmiştir. Kurulan bu anayasal yapı, özü ve işleyişi itibarıyla bir sivil vesayet rejimi ortaya çıkarmıştır. 1982 Anayasasının hâlihazırdaki reel politişinin teçhiz ettiğı iktidar odağı, geleneksel anayasa birikimine dayalı olarak geliştirilen sivil otorite karşısında devlet iktidarı yüceltmesi formülünün aksine sivil ancak bir vesayet kurumu olarak ortaya

<sup>65</sup> Çünkü demokratik siyasal sistemlerin meşruluk temeli, önemli oranda, toplumda fay hattı yaratan sorunlara çözüm yollarının geliştirilebilmesi ile sağlanabilmektedir. (Karşılaştırınız S. M. Lipset, *Siyasal İnsan*, Çev: Mete Tunçay, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 59.) Anayasal demokrasi demokratik devlet ile hukuk devletinin bir birleşimidir. Temsili demokraside özgürlük tekniğı ile donatılmış hukuksal düzen, özgürlüklerin gerçekleştirilmesi doğrultusunda liberal anayasal devlet için bir ön şart olarak görülebilir. Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 419, 420. 2017 Anayasa değişikliğinin kurucu gücü ise hem meşruluk temelinde hem de özgürlük tekniğıyle donatılmış anayasal demokrasi temelinde büyük eksiklikler yaşamaktadır.

çıkmuştur. Türdeş sosyo-politik toplum kesimini, muhafazakâr toplum katmanını bir araya getiren 2017 Anayasa değişikliğindeki suni süreç de tespitlerimizin sağlamasını ortaya koymaktadır. Gerçekten de demokratik hukuk devletinden farklı bir siyasal rejim kategorisi üreten 2017 Anayasa değişikliği, evrensel demokratik katılım ve hukuki güvencelerden uzak tekçi toplum-iktidar ilişkilerini öngörmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Arendt Hannah, Devrim Üzerine, Çev. Onur Eylül Kara, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.
- Benhabib Seyla, Demokrasi ve Farklılık, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul 1999.
- Kaboğlu İbrahim Ö., 15 Temmuz Anayasası, Tekin Yayınları, İstanbul 2017.
- Lipset S. M., Siyasal İnsan, Çev: Mete Tunçay, Teori Yayınları, Ankara 1986.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017.
- Paine Thomas, Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet, Haz. Jessica Kimpell, Çev. Faruk Gültekin, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Sartori Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Sevinç Murat, Türkiye'nin Anayasa İmtihanı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Türk Hikmet Sami, Anayasa Aykırı Anayasa Değişiklikleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Yokuş Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikâyetine Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Yokuş Sevtap, Türkiye'de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları, Democratic Progress Institute, Nisan 2018.
- Wheare K. C., Modern Anayasalar, Çev. Mehmet Turan, Değişim Yayınları, Baskı, 1985.

### Makaleler

- Anayurt Ömer ve Ahmet Ekinci, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017.
- Arato Andrew ve Jean Cohen, "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", Constellations, C. 16, S. 2, 2009, 307-330.
- Breen Keith, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendts Understanding of Law", Hannah Arendt and Law, Hart Publishing, 2012, 15-34.

- Dean Mitchell, "Normalasing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," Foucault Contra Habermas, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, Sage Publications, London 1999.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Ergül Ozan, "Türkiye'de Demokratik Sürecin Güçlendirilmesi İçin Anayasa Değişim Beklentileri", *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010.
- Gönenç Levent ve Ali Ersoy Kontacı, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, 53-79.
- Gören Zafer, "Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, 469-489.
- Habermas Jürgen, *Between Facts and Norms*, Çev. William Rehg Polity Press, Cambridge 1998.
- Landau David, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, C. 47, S. 1, 2013, 189-260.
- Montesquieu "İngiltere'nin Esas Teşkilatı", Çev. Mükbil Özyörük, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. II, S. 1-2, 1947.
- Muldoon James, "Arendts Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", *Constellations*, 2015, 1- 12.
- Pasquino P., "Constitutionalism, Ancient, and Modern. Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 34, S. 3, 2013, 999-1019.
- Rehg William, "Translators Introduction," *Between Facts and Norms*, Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge 1996.
- Sartori Giovanni, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, 853-864.
- Scheppelle Kim Lane, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work", *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, C. 26, S. 4, 2013, 559-562.
- Şirin Tolga, "2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 1, 2017, 85-116.
- Tushnet Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review*, C. 100, S. 2, 2015, 391-461.
- Varol Ozan, "Temporary Constitutions", *California Law Review*, C. 102, S. 2, 2014, 409-464.
- Volk Christian, "From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order", *Leiden Journal of International Law*, C. 23, S. 4, 2010, 759-779.
- Yokuş Sevtap, "1982 Anayasası'nda Yürütme Erkinin Ağırlığı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan), Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2004/1-2, İstanbul.
- Zabunoğlu H. Gökçe, "Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4, 2017, 795-817.

### İnternet kaynakları

Duygun Mert, "Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler", Anayasa Gündemi, <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/>, erişim 14.09.2020.

Gözler Kemal, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa", <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, s. 6, erişim 15.09.2020.

Yücel Bülent, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: 'Yasamasızlaştırma' Sürecinin Son Halkası", Kamu Hukukçuları Platformu, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent\\_yycel.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf), erişim 14.09.2020.



# TEMEL HAKLARA İLİŞKİN ANAYASAL GÜVENCELERİN VERGİ HUKUKUNDAKİ GÜVENCELERİ DARALTIICI KULLANIMININ BİR DANIŞTAY KARARI ÜZERİNDEN İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE CONTRACTIONARY USE OF THE  
CONSTITUTIONAL SAFEGUARDS RELATED TO THE  
FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE SAFEGUARDS IN TAX LAW  
THROUGH A DECISION OF THE COUNCIL OF STATE

Doğan ŞENYÜZ\*  
Recep KAPLAN\*\*

**Özet:** Hukuk dallarındaki normların yorumunda özellikle temel haklara ilişkin Anayasa hükümleri ve bu hükümlerin yorumuna ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihatları yaygın bir biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda genel eğilim, kanunun birden fazla yorumunun savunulabilir olduğu durumlarda kanunun Anayasal hükümlere uygun yorumlanmasıdır.

Anayasaya uygun yorum yöntemi olarak adlandırılabilir bir genel eğilim dışında istisnai sayılabilecek bir başka eğilim de dikkat çekicidir. Bazı durumlarda mahkemeler kanunlardaki daha geniş güvencele rağmen önlerindeki uyuşmazlığa temel haklarla ilgili asgari güvence niteliğindeki Anayasal hükümleri uygulamaktadırlar. Başka bir ifadeyle mahkemeler kanunlardaki daha yüksek güvence-leri yok sayarak asgari güvence niteliğindeki Anayasal hükümleri uygulamaktadırlar.

İstisnai olarak rastlanan bu durum eldeki çalışmada Danıştay'ın, vergi tarhiyatı/vergi cezası kesme işleminin dayanağı olan vergi inceleme raporu ve düzenlenmiş olması halinde vergi tekniği raporunun mükellefe ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin hukuka aykırı olmadığı yönündeki bir "aykırılık giderme kararı" üzerinden incelenmiştir.

Çalışmada ulaşılan sonuçlar Danıştay'ın anılan kararının temel haklara ilişkin anayasal güvencele, yargı organları arasındaki işbölümüne, emredici kanun hükümlerine, idare hukuku ve vergi hukukunun genel ilkelerine ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına aykırı olduğunu göstermektedir.

\* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, dsenyuz@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3337-4485

\*\* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, recep.kaplan@anayasa.gov.tr, ORCID 0000-0001-9129-9869, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.10.2020, Kabul Tarihi: 27.10.2020

**Anahtar Kelimeler:** Vergi İncelemesi, Tebliğ, Temel Hak ve Hürriyetler, Adil Yargılanma Hakkı, Silahların Eşitliği İlkesi

**Abstract:** The constitutional provisions related to the fundamental rights and case-law of the Constitutional Court regarding them have become widely used in the interpretation of legal rules. In this context, general tendency is to interpret legal provisions in accordance with the constitution where more than one interpretation of them is justifiable.

Apart from this general tendency, which can be described as the method of interpretation in accordance with the Constitution, another tendency that can be considered exceptional is also remarkable. In some cases, despite wider guarantees in the legal provisions, ordinary courts apply Constitutional provisions, which serve as a minimum guarantee of fundamental rights, to the dispute before them. In other words, ordinary courts ignore the higher guarantees in the legal provisions and apply Constitutional provisions that are considered as minimum guarantees.

This exceptional situation was examined in the present study through a Council of State's "decision to resolve the contradiction" regarding that the lack of the notification of the tax examination report and the tax technique report, if it is issued, which are the basis of the tax assessments/tax penalties, to the taxpayer in the annex of the tax notice does not constitute a violation of law.

The results obtained in this study show that the aforementioned decision of the Council of State is against the constitutional guarantees regarding fundamental rights, the jurisdictional division of labor between judicial bodies, the binding legal provisions, general principles of administrative law and tax law, and the established case law of the Council of State.

**Keywords:** Tax Audit, Notification, Fundamental Rights and Freedoms, Right to a Fair Trial, The Principle of Equality of Arms

## I. GİRİŞ

Anayasa'mızın 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Anayasa'da bu hak ve hürriyetler için ilgililer tarafından aşılması mümkün olmayan asgari güvenceler öngörülmüştür. Aşılması mümkün olmayan bu güvencelerden daha geniş bir koruma standardı öngören yasal düzenleme ve/veya uygulamalar ise pekâlâ yapılabilir. Bu bağlamda kanun koyucu bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelerden daha yüksek koruma standartları öngörülebilir. Kanun koyucunun daha yüksek standartlar koyduğu durumlarda derece mahkemelerinin görevi kanunlardaki daha yüksek standartları uygulamaktır.

Ülkemizin benimsediği hukuk sistemi uyarınca asli görevi kanunları uygulamak ve yorumlamak olan derece mahkemelerinin görevi, önlerindeki uyuşmazlığa Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatinde olsalar dahi iptal edilmediği müddetçe kanunu tatbik etmektir. Bu çerçevede; Kelsen ya da Avrupa modeli olarak bilinen Anayasa yargısı modelinin bir gereği olarak kanunların Anayasa'ya aykırılığı konusunda bir te reddüt hâsıl olduğunda yapılması gereken şey derece mahkemelerinin Anayasa'ya aykırı gördükleri kanun hükmünü bu konuda karar vermeye yetkili yargısal makam olan Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne taşımalarıdır. Çünkü bu konuda uzmanlık mahkemesi AYM'dir. Başka bir ifadeyle kanunların Anayasa uygunluk denetimi için ülkemizde tek yetkili merci AYM'dir. Derece mahkemeleri ise Anayasa'ya aykırı olsa bile iptal edilmediği müddetçe bir kanunu ihmal etme yetkisine sahip olmadıkları gibi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmeyen bir kanun hükmünü bir kenara bırakıp önlerindeki uyuşmazlığa Anayasa hükümlerine göre de çözemezler.

4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) vergi inceleme raporlarının (VİR) tebliğini zorunlu kılan hükümlerine rağmen, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (DVDDK) 19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2 sayılı kararında adeta VUK'un ilgili hükümlerini -bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde herhangi bir değerlendirmede dahi bulunmayarak - ihmal etmek suretiyle Anayasa ve AYM içtihatları çerçevesinde bir sonuca ulaşmış olması yukarıdaki genel çerçeve kapsamında bir değerlendirme yapılmasını icap ettirmektedir.

Bu değerlendirme kapsamında çalışmada öncelikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal hükümlerin farklı yargılama hukukları bakımından uygulama alanı konusunda açıklamalar yapılacaktır. Temel hak ve hürriyetlerin kişilere asgari güvence sağlama özelliği, Anayasa'yı bağlayıcı bir biçimde yorumlama yetkisine sahip olan AYM'nin anayasal asgari güvencelere uygunluk denetimi, derece mahkemelerinin kanunları uygulamak ve yorumlama konusundaki asli görevleri ve asgari anayasal güvencelerin kanunlardaki daha yüksek güvencelere rağmen "hakları daraltıcı" amaçlarla kullanılması sorunu bu çerçevede üzerinde durulacak konular arasındadır.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ise, incelemeye konu karar hem idare ve idari yargılama hukuku hem de temel haklara ilişkin Anayasal güvenceler bakımından incelemeye tabi tutulacaktır. Karar yargı organları arasındaki işbölümü bakımından ve mükellef haklarına olan etkileri yönüyle de analiz edilecektir.

## II. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERE İLİŞKİN ANAYASAL HÜKÜMLERİN FARKLI YARGILAMA HUKUKLARINDA UYGULAMA ALANI VE YARGI ORGANLARI ARASINDAKİ İŞBÖLÜMÜ

### A. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KİŞİLERE ASGARI GÜVENCE SAĞLAMA ÖZELLİĞİ

Anayasacılık hareketlerinin özünde devlet iktidarının sınırlandırılması suretiyle bireylerin hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında korunması düşüncesi yatmaktadır. Bu hareketler neticesinde insan haklarından bazıları hukuk sistemleri tarafından güvence altına alınmış ve anayasalarda temel hak ve hürriyetler adı altında yerini bulmuştur. Anayasalarda güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetler normlar hiyerarşisinin zirvesinde yer alan anayasalar aracılığıyla bireylere asgari düzeyde bir koruma sağlar hale gelmiştir.<sup>1</sup>

Devletin yetkili organlarının yapacakları düzenlemelerde ve eylemlerinde anayasal güvencelere uygun davranma yükümlülükleri söz konusudur. Anayasa'da güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükler ancak bu surette sadece kağıt üzerinde yazılı veya soyut olmaktan çıkar ve bireylere somut ve etkili güvenceler sağlayabilir. Temel hak ve hürriyetleri korumak bu yönüyle sadece AYM ya da genel olarak yargı makamlarının değil tüm devlet organlarının bir yükümlülüğüdür.<sup>2</sup> Çünkü Anayasa hükümleri tüm devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki temel hukuk metinleridir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde bu husus "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>1</sup> Hak, hürriyet, temel hak ve hürriyetler, insan hakları, anayasal haklar gibi kavramlar arasındaki ilişkiler hakkındaki açıklamalar için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 5. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2014, s. 402,403.

<sup>2</sup> Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26.3.2013, § 16.

Bununla birlikte devlet organları tarafından uygulanacak koruma standardı konusunda anayasal hükümler asgari eŐik niteliğindedir. Devlet organları iŐlem ve uygulamalarında bu asgari eŐiđin altına dűŐmemek zorundadır. Ancak Őartları oluŐmuŐsa bu asgari eŐiđin üzerine çıkmalarında anayasal bakımdan bir sorun olmadığı gibi Anayasa dıŐındaki normlar daha yüksek bir standart öngörmüŐse idare makamları ve derece mahkemeleri Anayasa'yı değil bu standardı uygulamak durumundadırlar.

Anayasa'dan daha düşük bir koruma öngören kanun hükümleri ise derece mahkemelerince -kendiliğinden- Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaz konuma getirilemez. Böyle bir sorunun ortaya çıkmaması halinde yine Anayasa'nın öngördüğu çözüm yolları iŐletilmek durumundadır.

Öte yandan müdahaleye elverişli temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler de Anayasa'da öngörülen sınırlama rejimine uygun olmak durumundadır. Bu bağlamda bireylerin anayasal haklarına yönelik olarak kamu makamlarınca yapılan tasarruflar anayasal güvencelere aykırı olmamalıdır.

Daha önce de vurgulandığı üzere kamu makamları düzenleme ve uygulamalarında Anayasa'da öngörülen güvencelerin altında bir tasarrufta bulunmayacakken doğal olarak ilgililere Anayasa'daki güvencelerden daha üst bir güvence sağlayabilirler. Bir baŐka ifadeyle temel haklara iliŐkin anayasal hükümler kamu makamlarınca aŐılamayacak sınırları gösterir. Kamu makamları bireylere Anayasa tarafından sağlanan güvencelerden daha yüksek güvenceler sunan iŐlem ve uygulamaları ise ilgili diğer mevzuatın imkan vermesi halinde pekala yapabilirler. Yani kamu makamları anayasal güvencelerin gerisine dűşemezler ancak ötesine geçebilirler.

Kamu makamlarının Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı işlem yapması ancak Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde mümkündür. Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. An-

cak bu durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Bu bağlamda savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde dahi kamu makamlarınca askıya alınamayacak ya da müdahale edilemeyecek bazı temel hak ve hürriyetler söz konusudur. Bu bağlamda Anayasa bireylerin temel hak ve hürriyetlerini -asgari düzeyde de olsa- kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruyan en önemli hukuki enstrüman konumundadır.

## **B. BİREYSEL BAŞVURU YARGILAMASININ MAHİYETİ: ANAYASAL ASGARİ GÜVENCELERE UYGUNLUK DENETİMİ**

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddiasıyla olağan kanun yollarını tükettikten sonra başvuru yapabildikleri ve mahiyeti itibarıyla bir "*insan hakları yargılaması*" olduğu kabul edilen<sup>3</sup> bireysel başvuru yolunda AYM kamu makamlarının işlem ve eylemlerinin Anayasal haklara ilişkin güvencelere uygunluğunu denetlemektedir.

Bu bağlamda kamu makamlarınca tesis edilen işlemlerin ya da yapılan eylemlerin Anayasa dışındaki mevzuata uygunluğu ya da aykırılığı kural olarak AYM denetimi dışındadır ve AYM tarafından varılacak sonuç bakımından belirleyici bir öneme sahip değildir. Bu anlamda her somut olayın kendi koşullarında ve inceleme konusu olan temel hakka ilişkin anayasal hükümlerin içeriği de gözetilmek kaydıyla kanunlara aykırı olan bir işlem anayasal hakların ihlalinin teşkil etmeyebileceği gibi kanunlara uygun bir işlem de anılan hakların ihlaline yol açabilir.

<sup>3</sup> Bu yöndeki bazı görüşler için bkz. Burak Gemalmaz, Bireysel Başvuru Usulüyle İlgili Anayasa Mahkemesi İçtüzük Değişiklikleri, 2014, <https://burakgemalmaz.com/2014/03/17/bireysel-basvuru-usuluyule-ilmgili-anayasa-mahkemesi-ictuzuk-degisiklikleri/>, 16.8.2020; Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt: 2, Sayı: 4, s. 391.

Anayasa'nın sınırlamanın kanunla yapılmasını öngören 13. maddesi çerçevesinde; temel haklara müdahale söz konusu olduğunda AYM öncelikle müdahalenin kanuniliğini denetlemektedir. Bununla birlikte buradaki denetim kanuna uygunluk denetimi değil, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı denetimidir. Müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunduğu durumlarda, söz konusu müdahalenin müdahaleye dayanak olan kanuna uygun olup olmadığı kural olarak AYM denetimi dışındadır. Çünkü AYM'nin denetime esas aldığı norm kanun ya da bir başka norm değil bizzat Anayasa'nın kendisidir. AYM kamu gücü işlemlerinin kanuna aykırı olmasını kural olarak kendiliğinden bir temel hakkın ihlal edildiği şeklinde yorumlamaz. Bunun nedenini AYM'nin kanunlara değil Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakta olmasında aramak gerekir.<sup>4</sup> AYM'nin kanuna aykırılık denetimi yapmaması nedeniyle bazı durumlarda ihlalin kaynağının bizzat kanunun kendisinin olduğu tespiti yapılabilmekte ve gerekli düzenlemenin yapılabilmesi için yasama organına bildirimde bulunulmaktadır.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Bununla birlikte Anayasa'nın bizzat kanunda öngörülen durumlara atıf yaptığı ve bu nedenle AYM'nin somut olayın özelliğine göre kanundaki hükümleri de gözerek sonuca ulaşabildiği ihtimaller bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Aslında bu durumda da AYM'nin yaptığı denetim kanuna uygunluk denetimi değil Anayasa'ya uygunluk denetimidir. Çünkü kanun hükümlerinin gözetilmesi Anayasa hükümünden kaynaklanmaktadır. Örneğin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında böyle özel bir durum söz konusudur. Bu konuda AYM, Mehmet Osman Kavala [GK], B. No: 2018/1073, 22.5.2019 kararındaki aşağıdaki açıklamalar konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayabilir: "57. ... [Anayasa] koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak "bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde" ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (Halas Aslan, § 58). "Yine maddi ve manevi varlığını koruma hakkı bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası da kanunlara atıf yapan şu hükmü içermektedir. "... kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz." AYM anılan hüküm kapsamında değerlendirmeler yaptığı B.P.O. [GK], B. No: 2015/19012, 27.3.2019 kararında şu değerlendirmeler yer vermiştir. 67. ... yasal düzenlemede cinsel organda yapılan aramaların iç beden muayenesi olduğu, bu muayenenin ancak Cumhuriyet savcısı ve/veya hâkim kararı ile yapılabileceği, ayrıca muayene işlemini doktor veya sağlık görevlisi dışında başka bir kimsenin yapamayacağı belirtilmiştir. Anılan bu kanuni düzenlemeler anayasal hakkın ne şekilde sınırlandırılacağı ile doğrudan ilgilidir ve birey lehine bazı güvenceler içermektedir. Dolayısıyla söz konusu kanuni sınırlamalara uyulmaması hâlinde anayasal hakkın da ihlal edilmesi durumu ortaya çıkabilecektir. ..."

<sup>5</sup> Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30.5.2019 kararında bu konuda şu tespitlere yer

AYM, *Tanju Taş* başvurusu hakkındaki kararında;<sup>6</sup> davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti kanuna uygun olarak hesaplanmış olmasına rağmen somut olayın kendine özel koşulları altında davacının anayasal haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

“56. 659 sayılı KHK’nin 14. maddesi ile ... idareler lehine vekâlet ücretinin takdir edileceği düzenlenmiştir...

...

61. Belirtilen düzenlemenin, ... hukuk hizmetlerinde etkililik ve uzmanlaşma ile kamu yararının sağlanmasına yönelik amacı dikkate alındığında müdahalenin meşru bir amacının olmadığı söylenemez. Bu çerçevede, talep konusunun reddedilen kısmının belirli bir oranının karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilemez.

62. Ancak somut olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, başvurusunun maddi durumunun elverişsiz olması nedeniyle lehine adli yardım kararı verildiği, ayrıca dava açıldığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak amacıyla talebini yüksek tuttuğu, bilirkişi raporunun nakdi tazminat tutarını göz önüne alarak hesapladığı, tespit edilen maddi tazminat tutarı ile beraber başvuru hak kazandığı tazminatın yaklaşık 3/4’ünü vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıldığı ve açılan tazminat davasının bu şekilde başvuru açısından anlamsız hale geldiği dikkate alındığında yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.”

Öte yandan AYM -bu çalışmanın konusu bakımından özel bir önem taşıması hasebiyle- adil yargılanma hakkı bağlamında hakka- niyete uygun yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ilkesi açısından yaptığı incelemelerde de, yargılama süreçlerinde, Anayasa altı mevzuatta öngörülen bazı usullere aykırılıkları ya da eksiklikleri tek başına hak ihlali olarak değerlendirmemekte, söz konusu aykırılık

---

verilmiştir.”<sup>75</sup>. ... ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzer nitelikteki diğer başvuruların idari mercilerce bu yolla çözülmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.”

<sup>6</sup> Tanju Taş, B. No: 2014/9052, 11.12.2014.



ya da eksikliği yargılamanın bütünlüğü içinde ele almakta ve yargılama sürecinde anılan eksiklik ya da aykırılıklar telafi edilmişse hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşabilmektedir. AYM'nin bu konudaki yaklaşımı çok yakın tarihli bir karara konu olan ve vergi tekniği raporunun (VTR) tebliğ edilmemesini konu edinen *Ayfer Atalmış* başvurusu<sup>7</sup> üzerinden izlenebilir. Anılan kararın ilgili bölümleri şöyledir.

*“42. Olayda Şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu başvurucuya tebliğ edilmemiş ise de anılan Şirkete ilişkin olarak vergi tekniği raporu içeriğinde yer alan ve Şirketin düzenlediği faturaların sahte olduğu kanaatine ulaşılmamasını sağlayan tespitler mahkeme kararında işlenmiş ve bu suretle başvurucu, olgulardan haberdar olmuştur. Şirketin 1.1.2008 tarihinden sonra düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu kanaatine varılmasını temin eden tüm olguların mahkeme kararında yer almasının ve başvurucunun bunlara karşı iddia ve itirazlarını Bölge İdare Mahkemesinde ileri sürme imkânına kavuşmasının savunma hakkında meydana gelen kısıtlamayı telafi edici bir imkân olduğu değerlendirilmiştir...”*

AYM'nin bu karardan da görüldüğü üzere mahkeme esas olarak idari süreç ve yargılama sürecindeki usul eksikliklerini tek başına hak ihlali sonucuna varmak için yeterli görmemekte, başvuruya konu olan süreci bir bütün olarak değerlendirmekte ve başvurucu bir şekilde kendisi hakkındaki iddialardan haberdar olmuş ve bu iddialara karşı cevaplarını sunma imkanı elde etmiş ise adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

Yukarıda belirtilenin aksi bir durumda yani usul eksiklikleri yargılamanın bütünü dikkate alındığında hakkaniyete aykırı sonuçlara varılmasına neden olmuş ise adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır. Çetin Emre Haytoğlu ve Okan Özcan başvurusu hakkındaki<sup>8</sup> aşağıda ilgili bölümleri sunulan karar bu konuda oldukça aydınlatıcıdır:

*“32. İdari para cezası tutanaklarında belirtilen mevkiin av yasağı olan sahilden itibaren 2 millik bölge içinde yer alıp almadığının belirlenmesinin teknik incelemeyi gerektirdiği izahıtan varestedir. Başvu-*

<sup>7</sup> Ayfer Atalmış, B. No: 2016/12198, 9.6.2020. AYM'nin bu karardaki yaklaşımı hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve mükellef hakları üzerindeki etkileri bakımından ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilir.

<sup>8</sup> Çetin Emre Haytoğlu ve Okan Özcan, B. No: 2016/11861, 13.6.2019.

rucular tarafından ileri sürülen söz konusu iddia, Mahkemeye 2577 ve 6100 sayılı Kanunlarla tanınan imkân kullanılarak gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılması suretiyle açıklığa kavuşturulması gereken bir olgudur.

33. Sonuç olarak teknik rapor olmadan başvuru sahiplerinin bu iddiasını ispatlanmasının mümkün olmayacağı dikkate alındığında mahkemece bu iddiaya ilişkin bir irdeleme ve araştırma yapılmadan uyuşmazlıkların sonuçlandırılması başvuru sahiplerinin davalı idareye nazaran zayıf bir konuma düşürülmesi sonucunu doğurmuştur. Bu durum silahların eşitliği ilkesiyle çelişmektedir.”

Sonuç olarak AYM içtihadında dikkat çekildiği üzere temel hak ve özgürlüklere saygı, tüm devlet organlarının anayasal görevi olup bu görevin ihmaline bağlı oluşan hak ihlallerinin giderilmesi de idari ve yargısal makamlara düşen bir ödevdir.<sup>9</sup> Temel hak ihlallerini öncelikle idare ve yargısal makamların düzeltmekle görevli olması anılan ihlalleri giderme konusunda bireysel başvurunun son ve olağanüstü bir hak arama yolu olmasının tabii bir neticesidir.<sup>10</sup> GÖZTEPE'nin belirttiği üzere; bireysel başvuru yolu ancak Anayasa'da öngörülen asgari güvencelerin sağlanmadığı durumlarda “son çare” olarak çalışan bir müessesedir.<sup>11</sup>

### C. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREVİ: ANAYASAYI YORUMLAMAK VE UYGULAMAK

Bir önceki başlıkta yapılan açıklamaları tamamlayıcı mahiyette şu tespitler de yapılabilir. AYM'nin norm denetimi ve bireysel başvuru kapsamındaki görevi normatif düzenlemelerin ya da diğer kamu gücü işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. AYM iptal ya da hak ihlali sonucuna vardığında/varmadığında bu sonuçların dayanağını anayasal hükümler oluşturmaktadır.

<sup>9</sup> Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, § 16.

<sup>10</sup> Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12.2.2013, § 20.

<sup>11</sup> Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, V. Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, 2015, s. 8, [http://www.kamu-hukukculari.org/upload/dosyalar/Ece\\_GyoZTEPE222.pdf](http://www.kamu-hukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf), 18.9.2020.

Yargı makamları arasındaki işbölümü çerçevesinde istisnai bazı görevleri bir yana bırakılırsa<sup>12</sup> AYM'nin fonksiyonu Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmaktır. Daha spesifik olarak, temel hakların ihlal edildiği yönündeki bireysel başvurular incelenirken AYM'nin denetimde esas aldığı normlar Şahin Alpay (2) kararında<sup>13</sup> şu şekilde ifade edilmiştir:

“52. ... Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamak durumundadır. Anayasa Mahkemesi, bu incelemeyi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere göre yapar.”

AYM'nin yukarıdaki kararından anlaşıldığı üzere, AYM'nin görevi kamu gücü işlemlerinin anayasal güvencelere uygunluğunu denetlemektir. AYM temel haklara müdahale söz konusu olmadıkça derece mahkemelerinin hukuk kurallarını uygulaması ve yorumlaması ile ilgili hususlarla da ilgilenmez.<sup>14</sup> Öte yandan temel haklara müdahale olduğu durumlarda da AYM'nin ilgilendiği husus bu yorum ve uygulamaların kanuna uygunluğu ya da aykırılığı değil anayasal haklara etkileridir. Söz konusu yorum ve uygulamalar temel haklara müdaha-

<sup>12</sup> Siyasi partilerin mali denetimi ve yüce divan görevi gibi bazı özel durumlarda AYM'nin de kanuna uygunluk denetimi yapması söz konusu olabilmektedir.

<sup>13</sup> Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018.

<sup>14</sup> İsmet Sarıcı, B. No: 2012/1304, 25.2.2015 kararında belirttiği üzere; “26. ... Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu *şikayeti* niteliğindeki başvurular, bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez.” Yukarıdaki içtihat çerçevesinde temel haklarla bağlantı kurulmadığı takdirde derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru kapsamında incelenemeyecektir. Yerleşik içtihat bu şekilde olmakla birlikte AYM, Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19.12.2013 ve Mehmet Geçgel, B. No: 2014/4187, 18.4.2019 kararlarında derece mahkemelerinin yorum ve tespitlerinin bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması şartının sağlanıp sağlanmadığı hususunu değerlendirmeksizin ilgili mahkeme kararlarının bariz takdir hatası içerdiği kanaatine ulaşmış ve başvurucuların hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu kararların AYM'nin genel içtihadıyla uyumlu olmadığına dikkat çekmek gerekir.

le oluşturacak nitelikteyse AYM bu yorum ve uygulamaların anayasal hakların ihlalini oluşturup oluşturmadığını denetler. Bu yönüyle bireysel başvuru yolu da bir hukuki uyuşmazlığı tüm yönleriyle ele alan bir dava yolu olmayıp uyuşmazlıkları sadece anayasal haklara etkileri ölçüsünde değerlendiren bir müessesedir.

EREN'in belirttiği gibi Anayasa Mahkemeleri, anayasaya uygunluk denetimi yapan ve bu görevini yaparken anayasal kavramları özgün ve özerk bir biçimde yorumlama yetkisini uhdesinde bulunduran yargı mercileridir.<sup>15</sup> ARSLAN'ın dikkat çektiği üzere, bu yorumlama ve uygulama yetkisi temel hakların korunması noktasında anayasanın metninden çok daha kritik önemdedir.<sup>16</sup>

#### D. DERECE MAHKEMELERİNİN GÖREVİ: KANUNLARI YORUMLAMAK VE UYGULAMAK

Anayasa yargısı dışında kalan -istinaf ve temyiz mercileri de dâhil olmak üzere- derece mahkemelerinin görevi, önlerine gelen uyuşmazlığı çözerken Anayasa dışındaki mevzuat hükümleri çerçevesinde bir sonuca ulaşmaktır.<sup>17</sup> Bu anlamda derece mahkemeleri önlerindeki meseleyle doğrudan ilgili olsa bile kanun hükümlerini bir kenara bırakarak Anayasa hükümlerini uygulama imkan ve yetkisine sahip değildir.

Derece mahkemeleri davaya uygulanacak kural niteliğindeki kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu değerlendirmemişse zaten ortada Anayasal hükümlere müracaat edilmesini gerektiren bir durum yoktur. Aksi bir durumda da yani mahkemeler önlerindeki davada uygulanacak kanun hükümlerinin Anayasa aykırı olduğu kana-

<sup>15</sup> Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, Sayı 33, s. 231.

<sup>16</sup> Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Sayı 19, s. 154.

<sup>17</sup> İstisnai bazı durumlarda derece mahkemeleri önündeki uyuşmazlığa doğrudan anayasal hükümlerin uygulanması gerekebilir ve derece mahkemeleri doğrudan doğruya Anayasa hükümlerini yorumlayarak bir sonuca ulaşabilirler. Örneğin Yargıtay 16. Ceza Dairesi yasama dokunulmazlığını gerekçe göstererek tahliye talebinde bulunan bir milletvekili hakkındaki kararında Anayasa'nın yasama dokunulmazlığı ile ilgili geçici 20. maddesini Anayasa'nın ilgili gördüğü diğer hükümleriyle birlikte yorumlamış ve milletvekilinin başvurusunu söz konusu Anayasa hükümlerini yorumlamak ve uygulamak suretiyle reddetmiştir (bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 19.7.2018 tarihli ve E. 2018/2088 K. 2018/10 sayılı kararı)

atinde olsalar dahi kanun hükümlerini bir kenara bırakarak davaya Anayasa hükümlerini uygulama imkânları yoktur.

Çünkü Anayasa'nın 152. maddesi gereği bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK) hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, AYM'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. AYM, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.<sup>18</sup> Ancak, AYM'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Yukarıdaki anayasal hüküm gereği bir mahkeme davaya uygulayacak bir kanun ya da CBK hükmü varsa AYM tarafından bu kanun ya da CBK hükmü iptal edilmediği müddetçe bu kanun ya da CBK'nın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatinde olmasına rağmen kanunu ihmal ederek doğrudan Anayasa'yı uygulama yetkisine sahip değildir. Bu durum ülkemizin tercih ettiği anayasa yargısı sisteminin zorunlu bir sonucudur. Çünkü AYM'nin görev ve yetkilerini ele alan Anayasa'nın 148. maddenin birinci fıkrası uyarınca, "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ... Anayasaya şekil ve esas bakımından uygulanmasını denetler*".

Kanunların ihmal edilmesi ve doğrudan anayasa hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir yetki Amerikan modeli anayasa yargısının geçerli olduğu ülkelerde mümkündür. GÖZLER'in izah ettiği üzere,<sup>19</sup> Amerikan modeli anayasa yargısı sisteminde, yargılamayı yapan mah-

<sup>18</sup> 1961 Anayasası'nın 151. maddesinde yer alan hükümler AYM'nin Anayasa'da belirlenen süre içinde bir karar vermesi durumunda Anayasa'ya aykırılık sorununun derece mahkemelerince çözülmesine imkan vermekteydi. Böyle bir durumda idari yargı mahkemelerinin Anayasa'ya aykırı gördükleri bir kanuna uygun olan bir idari işlemi, işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edebilecekleri düşünülebilir. Ancak bu halde dahi derece mahkemeleri Anayasa'ya aykırılık sorununu sadece kendi önlerindeki dava ile sınırlı olarak çözüme kavuşturabilirler. Böyle bir durumda kanunun iptali değil somut dava bakımından ihmali söz konusu olabilir.

<sup>19</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 449.

kemeler kanun ile anayasa arasında çatışma söz konusu olduğunda önündeki dava bakımından kanunu ihmal etme yetkisine sahiptir. Böyle bir durumda mahkemeler kanunu ihmal ederek doğrudan anayasayı uygulayabilir. Bu sistemde, anayasaya aykırı olan kanun, aslında resmen “iptal” edilmez; o kanun “ihmal” edilir.

Bu modelin geçmişi 1803 yılında görülen “*Marbury v. Madison*” davasından başlamaktadır. Bu davada, anayasanın üstünlüğü ilkesine referansla, Amerikan Anayasası’nda bu yönde açık bir düzenleme olmamasına karşın, kanunların anayasaya aykırı olmaları durumunda mahkemelerin bu kanunu uygulamaması gerektiği yönünde karar alınmıştır. Bu karar sonrasında ABD’de tüm hakimlerin önlerindeki davalarda uygulayacakları kanunların anayasaya aykırılığını denetleyebilecekleri görüşü benimsenmiştir.<sup>20</sup>

Bu çerçevede anayasa yargısında Amerikan modelinin iki ayırt edici özelliği bulunduğu ifade edilebilir. Birincisi, anayasa aykırılık denetimi spesifik bir mahkemenin yetkisinde olan bir konu olmayıp bütün mahkemeler önlerindeki davalar bakımından bu denetimle yetkilidir. İkinci olarak denetimi yapan mahkeme kanunun anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiğinde yapacağı iş kanunu iptal değil ihmal etmektir. Yani kanun hukuk düzeninde kalmaya devam eder ancak mahkemenin önündeki davaya uygulanmaz.<sup>21</sup>

Ülkemizin de dahil olduğu Avrupa modeli anayasa yargısı sisteminde ise kanunların Anayasa’ya uygunluğu bu konuda denetim yapmakla görevlendirilmiş Anayasa yargısı organlarınca incelenir. Avrupa modeli anayasa yargısı sisteminde derece mahkemeleri, bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşmış olsalar dahi kanunu ihmal etmek ve lex superior (üst kanun) ilkesi uyarınca doğrudan anayasa hükmünü uygulamak yetkisine sahip değildir. Böyle bir çatışma söz konusu olduğunda mahkemelerin yapacağı şey meseleyi anayasa yargısı organları önüne taşımaktır.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Levent Gönenç, Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, 2010, s. 7, [https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasaların\\_Anayasaya\\_Uygunlugunun\\_Denetimi\\_ve\\_Anayasa\\_Yargisi.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasaların_Anayasaya_Uygunlugunun_Denetimi_ve_Anayasa_Yargisi.pdf), 29.8.2020.

<sup>21</sup> a.g.e., s. 7.

<sup>22</sup> Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 455.

Bu bağlamda Avrupa modelinin benimsendiği ölkemiz bakımından, kanunlarda temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak Anayasa'ya kıyasla daha düşük koruma sağlanması durumunda derece mahkemelerince izlenmesi gereken usul uygulanması gereken kanun hükmünün asgari anayasal güvencelere aykırılığı iddiasıyla AYM'ye itiraz yolunu işletmektir.

GÖZLER'in yaptığı açıklamalar çerçevesinde konu açıklanacak olursa bir kanun Anayasaya aykırı olsa bile, derece mahkemeleeri, doğrudan Anayasa hükümlerini değil, Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaştıkları kanunu uygulamak durumundadırlar. Derece mahkemelerinin önlerindeki davaya uygulayacakları bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görmeleri halinde yapmaları gereken şey Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürölmesi*" kenar başlıklı 152. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmü gereğince "*bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun... hükümlerini Anayasaya aykırı görürse... Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*". Bu anayasal hüküm nedeniyle, hukuk sistemimizde, kanun ile Anayasa arasında bir çatışma olması halinde bu çatışmayı çözmeye davaya bakan mahkemeler yetkili değildir. Anılan hüküm mefhumu muhalifinden derece mahkemelerinin, kanun hükmünü ihmal etmelerine engeldir. Derece mahkemeleri kanunları "*ihmal*" yolunu seçemezler. Çünkü bu konuda yetkisizdirler. Böyle bir durumda mahkemelerin yapması gereken şey itiraz yolunu işletmektir.<sup>23</sup>

Yukarıda belirtilen yargının aksinin yani derece mahkemelerinin kanunu ihmal edebileceğinin kabulü, Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*" hükmü ile bağdaştırılmaz. GÖZLER'in belirttiği üzere, her ne kadar Anayasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*" ibaresine yer verilmiş ise de kuralların çatışmasına ilişkin yorum kuralları çerçevesinde 11. maddeye nazaran özel hüküm niteliğine haiz olan 152. madde nedeniyle, derece mahkemeleri önlerindeki davaya uygulayacakları kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşsalar dahi 11. mad-

<sup>23</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, 18. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2015, s. 445.

deye dayanarak kanunu ihmal suretiyle doğrudan Anayasa'ya dayanarak hüküm tesis etme yoluna gidemezler.<sup>24</sup>

Derece mahkemeleri kanunlar veya CBK'larla Anayasa arasında bir çatışma olduğu durumlarda dahi doğrudan Anayasa'yı uygulama yetkisine sahip olmadığına göre böyle bir çatışmanın vaki olmadığı durumlarda kanunu ya da CBK'yı ihmal etme yetkisine evleviyetle sahip değildirler. Bu bağlamda kanunlarda temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak Anayasa'yla eşit ya da Anayasa'ya kıyasla daha yüksek koruma sağlanması durumunda derece mahkemelerince uygulanması gereken norm kanundur. Daha düşük bir koruma sağlanmışsa itiraz yoluna gidilmesi mümkün olmakla birlikte itiraz merci olan AYM tarafından bir iptal kararı verilmediği müddetçe uygulanması gereken norm yine kanundur.

Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, AYM'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

İdari yargı bakımından konu ele alınacak olursa idari yargıç idari işlemin hukuka uygunluğunu kanunu bir kenara bırakıp Anayasa bakımından değerlendiremez. Buna AYM'ye itiraz yolunu düzenleyen 152. madde engeldir. İdari işlemin dayandığı kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülüyorsa yapılması gereken şey itiraz yolunu işletmektir. Eğer idari işlem kanuna uygun ise AYM kanunu iptal etmediği müddetçe hukuka uygun kabul edilir. AYM kanunu iptal etmediği sürece kanun, idari işlem ile Anayasa arasında bir perde işlevi görür ve idari işlemin Anayasa'ya aykırı olarak nitelendirilmesine engel oluşturur.<sup>25</sup>

İdari yargı hakiminin kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu hususunda herhangi bir tereddütü yoksa kanunu ihmal etmesi zaten düşünülemez. Çünkü hukuk sistemimizde idari yargı mercilerinin önlerindeki uyuşmazlıkları kanunları göz ardı ederek çözmeleri düşünülemez.

<sup>24</sup> Kemal Gözler, "Anayasa Yargısı", 2000, [www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm) (29.8.2020)

<sup>25</sup> Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018, s. 324.



### III. ASGARİ ANAYASAL GÜVENCELERİN KANUNLARDAKİ DAHA YÜKSEK GÜVENCELERE RAĞMEN “HAKLARI DARALTICI” AMAÇLARLA KULLANILMASI SORUNU

Kanunlardaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin daha yüksek güvencelere rağmen derece mahkemeleri önündeki uyuşmazlıkların Anayasadaki asgari güvenceler esas alınarak çözülmeye çalışılması hem yargı organları arasındaki iş bölümüne hem kanun koyucunun iradesine hem de derece mahkemelerinin (Anayasa’yı değil) kanunları yorumlamak ve uygulamak şeklindeki görevine uygun düşmektedir.

Gerçekten de kanun koyucu mevzuatın kimi yerlerinde Anayasa’daki asgari güvencelerin ötesinde hükümler ihdas etmiştir. Örneğin Anayasa’nın 19. maddesinin beşinci fıkrasına göre yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Ancak aynı konuyu düzenleyen 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 91. maddesine göre gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir.

Görüldüğü üzere Anayasa bireysel suçlarda gözaltı süresinin 48 saat olabileceğini düzenlemiş iken kanun koyucu bu konuda daha yüksek bir standart benimsemiş ve gözaltı süresini 24 saat ile sınırlamıştır. Böyle bir düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez, çünkü kanundaki düzenleme Anayasa’daki düzenlemenin gerisine düşmemiş bilakis ötesine geçmiştir. Bu gibi durumlarda derece mahkemeleri tabiatıyla bireyler bakımından anayasal standartlara nazaran daha yüksek koruma öngören kanun hükümlerini uygulamak durumundadırlar. Derece mahkemelerinin Anayasa’daki daha düşük standartları gerekçe göstererek bireyleri özgürlüklerinden yoksun bırakması düşünülemez.

Derece mahkemelerinin kanunlardaki daha yüksek standartlara rağmen Anayasa'da daha düşük güvence öngören hükümleri esas alması temel hakları daraltıcı bir özelliğe sahiptir. Hâlbuki AYM'nin yerleşik içtihadındaki hukuk devleti tanımında belirtildiği üzere temel haklar yönünden Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.<sup>26</sup> Bu bağlamda kanunlardaki daha yüksek güvencelere rağmen anayasadaki asgari güvenceleri esas almaya çalışmak hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

Bu türden bir yaklaşım temel haklar konusundaki standartların yukarıda değil aşağıda eşitlenmesi anlamına gelir. Derece mahkemelelerinin bu yaklaşımı daha ileri bir koruma seviyesi öngören hükümlerin bir kenara bırakılması sonucu doğurur. Anayasa'da ya da mevzuatın başka bir yerinde Anayasa ile kanunlar arasında bu türden bir farklılık söz konusu olduğunda düşük standardın tercih edilmesine imkân veren herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen hakları koruma standardı düşürülmüş olur.<sup>27</sup>

Aslında Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*" şeklindeki hükmün derece mahkemelerinin anayasal hükümleri kanunlardaki daha üst güvenceleri anlamsız kılacak şekilde yorumlamasına engel olduğu düşünülebilir. Hükmün esas olarak anayasal güvencelerin gerisinde bir yorum yapılmasına engel olmayı hedeflediği açık olmakla birlikte, anılan hüküm bir yönüyle de anayasal hükümlerin temel hakları daraltıcı enstrüman olarak kullanılmasına karşı bir içeriğe sahiptir. Bu hükmün ülkemizin de tarafı olduğu ve insan hakları bakımından Anayasamızın 90. maddesindeki zımni ve 148. maddesindeki açık atıf nedeniyle hukuk

<sup>26</sup> Birçok karar arasından örnek bir karar için bkz. AYM, E. 2016/44, K. 2016/153, 7.9.2016, § 5.

<sup>27</sup> AYM'nin de kimi haklar bakımından daraltıcı bir yaklaşım benimsediği ve düşük standartları tercih ettiği yönündeki eleştiriler için bkz. Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 4, s. 114, 115; Akif Yıldırım, Halil İbrahim Dursun, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 100, ss. 126-134.

sistemimiz bakımından kritik bir öneme sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 17. maddesindeki *"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz"* şeklindeki hükümün Anayasa'mıza uyarlanmış hali olduğu düşünölebilir.

AİHS dışındaki farklı normlar tarafından daha yüksek koruma sağlanması durumunda uygulanması gereken normun hangisi olduğu konusu AİHS'in 53. maddesinde daha açık bir biçimde yer bulmuştur. Anılan hükme göre: *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."*

Söz konusu hüküm ulusal hukukta ya da tarafı olunan diğer uluslararası hukuk normlarında daha üst bir koruma sağlandığı durumlarda AİHS'in hakları daraltıcı bir araç olarak kullanılmasını engellemek amacıyla ihdas edilmiştir. Bu bağlamda AİHS hükümleri de temel haklar bakımından birtakım asgari güvenceler öngörmekte ve bu asgari güvencelerin ötesine geçen hukuki normların varlığı durumunda AİHS'in değil yüksek koruma sağlayan normun uygulanmasını düzenlemektedir.<sup>28</sup>

Her ne kadar Anayasa'mızda bu mahiyette açık bir hüküm bulunmamakta ise de, derece mahkemelerince kanunların Anayasa'ya aykırı olması durumunda dahi ihmal edilemeyeceğine ilişkin bir tasarıma sahip olan hukuk sistemimiz, Anayasa'ya aykırı olmayan kanunların ihmal edilmesine pekâlâ izin vermez. Bu bağlamda Anayasa'daki güvencelere eşit ya da ondan daha fazla güvence sağlayan kanuni düzenlemelerin varlığı durumunda Anayasa hükümleri derece mahkemele-rince bireylerin hak ve özgürlüklerini sınırlamak için bir araç olarak kullanılamaz.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Örneğin AİHS'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği haller bakımından makul şüpheyi yeterli görmüşken; Anayasa bu konuda 19. maddenin üçüncü fıkrasında kuvvetli belirti kriterini koyarak daha yüksek bir standart belirlemiştir.

<sup>29</sup> Her ne kadar Ülkü Azrak, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu" başlıklı çalışmasında Danıştayın eski dönemlerdeki bir kararını Danıştay'ın kanunu ihmal

Aksi bir yaklaşım temel haklara ilişkin standartları kanun koyucunun irade ettiği standartların da gerisine çekmek için anayasal hükümlerin, hukuki temellerden yoksun, bireylerin hak ve özgürlüklerinin kapsamını daraltıcı bir biçimde kullanılması anlamına gelir. Emekli bir AYM üyesinin başka bir bağlamda AYM kararına karşı oy yazarken dikkat çektiği tespitler tam da bu noktada oldukça anlamlı hale gelmektedir:<sup>30</sup>

“Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bu tarz daraltıcı yorumların yapılması, demokratik gelişimin akışı sürecine ters düşen ve bu hak ve özgürlüklerin içinin boşaltılması yolunun açılmasına zemin oluşturan, tehlikeli bir yöntemdir.”

Sonuç olarak EREN’in isabetle ifade ettiği üzere; hukuk sistemimizde derece mahkemelerinin ihmal yöntemini benimseyerek, doğrudan anayasa hükümlerini tatbik etme yetkisi yoktur. Kanunların Ana-

---

ettiği örnekler arasında göstermiş ise de kanımızca anılan kararda kanunun ihmal değil Anayasa’ya uygun yorumlanmaya çalışılması söz konusudur. Azrak’ın atf yaptığı Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun E. 1988/6, K. 1989/4, 7.12.1989 kararının ilgili bölümleri şöyledir: “...Anayasa’nın 122. maddesinden alan ve bu maddede belirtilen durumlara bağlı olarak yürürlüğe konulan sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşınması, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması; Anayasa’nın 15. ve 122. maddelerinde sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin durumunun gerektirdiği ölçüde kısıtlanabileceğinin veya durdurulabileceğinin, 13. maddesinde de bu sınırlamaların Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun olması gerektiğinin, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacaklarının ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacaklarının açıklanmış olması nedenleri ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan “... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir...” Azrak bu karar bakımından Danıştayın önündeki uyuşmazlıkta kanunu aşarak doğrudan Anayasa hükümlerini uyguladığını ileri sürmüştür. (Ülkü Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, 1993, Sayı 9, s. 329, 330). Bu karar bakımından Azrak’ın belirttiği kesinlikte bir değerlendirme yapma olanağı olmadığı düşünülmektedir. Danıştay bu kararında, önündeki uyuşmazlıkta kanunu ihmal etmemiş sadece Kanun’un Anayasa’ya uygun yorumunu yapmaya çalışmıştır. Azrak’ın dikkat çektiği üzere kanunun açık lafzına rağmen verilmiş olması hasebiyle bu karar sıra dışı bir karar olmakla beraber (a.g.e, s. 338,339) Danıştay’ın bu davayı kanun yerine Anayasa hükümlerini uygulayarak çözdüğünü söyleme imkânı yoktur. Burada olması gereken durumun Danıştayın kanunun açık lafzına rağmen bir karar vermesi yerine AYM’ye itiraz yolunu işletmesi olduğu düşünülebilir.

<sup>30</sup> AYM, E. 2004/31, K. 2007/11, 31.1.2007 kararındaki Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oy yazısı.

yasaya uygunluğunu denetleme ve gerektiğinde anılan düzenlemeleri iptal etmek suretiyle hukuk alemindeki varlıklarına son verme yetkisi AYM'nindir. AYM bir kanunu iptal etmediği müddetçe derece mahkemeleri o kanunu uygulamaktan kaçınamazlar. Kanunu ihmal ederek doğrudan Anayasa'yı uygulamaya çalışmak derece mahkemeleri açısından hukuki bir yöntem olarak görülemez.<sup>31</sup>

#### IV. BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARI ARASINDAKİ AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİ KONUSUNDA DANIŞTAY'IN VERGİ HUKUKUNDAKİ HAKLARI DARALTAN YÖNDE VERDİĞİ KARARIN İNCELENMESİ

##### A. İNCELEMeye KOnU DANIŞTAY KARARI

İncelenen karar; 24.6.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan DVDDK'nın 19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2 sayılı kararıdır. Anılan karar Danıştay'a yapılan temyiz başvurusu üzerine verilmiş bir karar olmayıp, 6.1.1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendine göre verilen bir norm kararıdır.

Kararın hukuki dayanağı anılan bentte *“Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini istemek”*<sup>32</sup> şeklinde ortaya konmuştur. Bu hüküm kapsamında, istem Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi'nin (BİM) 1. Vergi Dava Dairesi ile 2. Vergi Dava Dairesi'nin benzer olayları konu

<sup>31</sup> Abdurrahman Eren, “YSK'nın Referandum Kararına Karşı AYM, Danıştay, AİHM veya İHK'ne Başvuru Mümkün Mü?”, 2017, <https://www.hukukpolitik.com.tr/2017/05/03/ysknin-referandum-kararina-karsi-aym-danistay-aihm-veya-ihkne-basvuru-mumkun-mu/>, 30.8.2020.

<sup>32</sup> 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle bu bentte yer alan “Danıştay Başkanlığı'na iletmek” ibaresi “Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini istemek” şeklinde değiştirilmiştir.

alan kesin kararları arasında aykırılıklar bulunması üzerine, Gaziantep BİM Başkanının bu yöndeki talebini uygun gören Gaziantep BİM Başkanlar Kurulu'nun 20.2.2019 tarihli kararına istinaden yapılmıştır.

Gaziantep BİM Başkanlar Kurulu'nun aykırılığın giderilmesini istediği konu vergi tarhiyatının dayanağı olan VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin ihbarname ekinde tebliğ edilip edilmemesinin esasa etkili bir şekil esas oluşturup oluşturmadığıdır.<sup>33</sup>

Konu hakkında Gaziantep 1. ve 2. Vergi Dava Dairelerinin görüşleri şu şekildedir:

Gaziantep BİM 1. Vergi Dava Dairesi: Karar, VTR ve/veya VİR'in işlemle birlikte tebliğ edilmemesinin davacı hakkında tesis edilen işlemi hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası oluşturduğu, bu nedenle dava konusu cezalı tarhiyatlarda hukuki isabet bulunmadığı yönündedir.

Gaziantep BİM, 2. Vergi Dava Dairesi: Karar, VTR ve/veya VİR'in işlemle birlikte tebliğ edilmemesinin davacı hakkında tesis edilen işlemi hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı, bu nedenle dava konusu cezalı tarhiyatları sakatlamadığı yönündedir.

Bölge idare mahkemelerinin (BİM) kararları arasındaki aykırılığı gidermekle DVDDK'nın görevli olması nedeniyle<sup>34</sup> kararlar arasındaki aykırılığı "*tarhiyata karşı açılan davalarda davacılar adına düzenlenen VTR ve/veya VİR'in ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal etmediği yönünde*" gidermiştir.<sup>35</sup> Karar 2 aykırı oya karşılık oy çokluğu ile verilmiştir.

<sup>33</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 18.6.2014 tarihli ve E. 2014/304, K. 2014/563 sayılı kararında; "...sadece vergi ve ceza ihbarnamesiyle vergi inceleme raporu tebliğ edilmek suretiyle, işlemlerin dayanağı mükellef adına düzenlenen vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemesi davacı hakkında tesis edilen işlemi hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası olduğu.." şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur.

<sup>34</sup> 2576 sayılı Kanun m. 3/C maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir: "Dördüncü fıkranın (c) bendine göre yapılacak istemler, konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna iletilir. İlgili dava daireleri kurulunca üç ay içinde karar verilir. Aykırılık veya uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin olarak bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir."

<sup>35</sup> Aynı yönde başka bir Danıştay kararı için bkz. DVDDK'nin 3.7.2019 tarihli ve E. 2019/559 K. 2019/437 sayılı kararı.

Kurul, anılan kararının “*inceleme ve gerekçe*” kısmında; maddi olayı “...davacılar adına yapılan vergi ziyayı cezalı tarhiyatlara karşı dava açılmış olup tarh nedenini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgeleri gösteren davacılar adına düzenlenen vergi inceleme raporları ve/veya vergi tekniği raporları tarhiyatlara ilişkin ihbarnameler ekinde davacılar tebliğ edilmemiştir” şeklinde ortaya koyduktan sonra ulusal hukuk ile uluslararası hukuk bakımından ilgili gördüğü düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda ulusal hukuk bakımından, Anayasa’nın 36., 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 16., 20., 21. ve VUK’un 20., 24., 34., 35. maddelerine, bazı AYM kararlarına; uluslararası hukuk bakımından ise AİHS’in 6. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) adil yargılama ve silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde verdiği bazı kararlarına yer verilmiştir. Kararın hukuki değerlendirme başlığı altında özetle Şu açıklamalara yer verilmiştir.

“...Vergilendirme alanında idare, tesis ettiği tek yanlı ve icrai nitelikteki idari işlemlerle vergi mükelleflerinin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunabilmektedir. Dolayısıyla bu üstün kamu gücü yetkisi kullanımı karşısında davacıların vergi uyuşmazlığı doğurran idari işlemlerin hukuka aykırılığı yolundaki iddialarını etkili bir biçimde ileri sürebilme hakkının kural olarak yargılama sürecinin bütünü içinde korunması gerekir. Bu korumanın sağlanması öncelikle idarenin işlemi tesis etme nedenine ilişkin maddi olay ve olgular ile hukuksal nedenlerin bilinebilir olmasına bağlıdır. Adil yargılanma hakkı yargılama sürecinin tamamının hakkaniyete uygun yürütülmesini güvence altına aldığından davacıya etkili bir biçimde iddialarını ileri sürme imkânı tanındığı müddetçe idari işlemin tesis edilme nedeninin idari dava açıldıktan sonra ortaya konulmuş olması tek başına bu hakkın ihlal edildiği anlamına gelmez.

Uyuşmazlığı, dava konusu ederek ya da şartların varlığı halinde idareye başvurarak çözüme kavuşturma hakkına sahip olanların, seçimlik haklarını dava açmak yönünde kullanmaları halinde idareye başvurma, uzlaşma, ceza indirimini vb. uygulamalardan yararlanma imkanının kısıtlandığını ve bu durumun adil yargılanma hakkına engel teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Zira, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere adil yargılanma hakkı ve bu hakkın bünyesinde barındırdığı diğer haklar, açılmış ve görülmekte olan bir davada kullanılabilecek nitelikte olup mahkemece yerine getirilen yargılama faaliyetinin bu ilkelere uygun olup olmadığının istinaf/temyiz

*mercii, bireysel başvuru yolunun kullanılması halinde ise Anayasa Mahkemesi/AİHM tarafından denetlenmesini sağlamaktadır. Kaldı ki söz konusu idari çözüm yöntemlerinden yararlanma talebinin reddedildiğini ileri süren davacının bu durumu ayrıca idari davaya konu edebileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla yargılama aşamasında yargı merciiince gözetilmesi ve gereklerine uygun şekilde yargısal tasarruflarda bulunulması gereken hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, idare tarafından idari işlemin tebliği aşamasında sağlanmadığı gerekçesine dayanılarak hüküm kurulamayacağı ve yargılama aşamasında ortaya çıkan idari işlemin sebep unsurunun bildirimine ilişkin usule yönelik eksikliğin ise yargı mercii tarafından giderilerek davacının adil yargılanma hakkının korunabileceği açıktır.*

*Öte yandan, Vergi Usul Kanunu'nun vergi tarhını tanımlayan 20. maddesi ile tebliği tanımlayan 21. maddesindeki düzenlemelerden, vergi ve ceza ihbarnamelerinin tarh ve ceza kesme işlemleri olmayıp idarenin yaptığı bu işlemleri duyuran bildirimler olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla verginin tarh ve cezanın kesilmesine ilişkin idari işlemi, işlemin duyurulmasına yönelik ihbarname ile bunun tebliğinden ayrı düşünmek gerekmektedir. Tarh edilmiş verginin veya kesilmiş cezanın bildirim aracı olan ihbarnamelerde yer alması gereken hususlar Vergi Usul Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında on iki bent olarak sayıldıktan sonra takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye ekleneceği düzenlenmiştir.*

*Bununla birlikte, Kanun'un "Hatalı tebliğler" başlıklı 108. maddesinde ihbarnameyi hükümsüz kılan haller sınırlı olarak sayılmıştır. Bu haller arasında mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi durumu bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler karşısında, Vergi Usul Kanunu'nun 35. maddesinde ihbarnamede yer alması gerektiği belirtilen hususlardan herhangi birinin eksik olmasının veya ihbarnamede yanlış yazılmış veyahut hiç yazılmamış olmasının, Kanun'un 108. maddesinde belirtilen hallerden birini oluşturmak şartıyla ihbarnameyi hükümsüz kıldığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda, Vergi Usul Kanunu'nun 108. maddesinde sayılan haller arasında yer almadığından, davacılar adına düzenlenen vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi durumunun ihbarnameyi hükümsüz kılacak nitelikte esasa müessir şekil hatası oluşturduğunun kabulüne de imkân bulunmamaktadır.*



...

*Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca ana kural, tarh nede-nini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgeleri gösteren vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniğı raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesidir. Bununla birlikte söz konusu raporların tebliğ edilmediğı durumlarda ... yargı mercii[nin]...Ara kararının gereğinin yerine getirilmesi amacıyla ya da idarece resen dayanak raporun dava dosyasına sunulması üzerine davacıya anılan rapor tebliğ edilerek davacının haklılığını ortaya koymaya yönelik delil ve hukuka aykırılık iddialarını ileri sürmesine imkân verilmek suretiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden silahların eşitliğı ilkesi ile çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabileceğı açıktır....*

*SONUÇ: ... vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniğı raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal etmediğı ..."*

## **B. KARARIN İDARE VE İDARİ YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Bu kısımda anılan kararın değerlendirilmesi bakımından katkı sağlayacağı düşünölen ve kararla ilişkili görölen bazı açıklamalara yer verilmiştir.

### **1. Verilen Kararın İsimlendirmesi: (Aykırılık Giderme Kararı)**

DVDDK kararı 2576 sayılı Kanun'un 3/C-4-c maddesine göre verilmiştir. Verilen kararın ismine yönelik ne madde de ne de kenar başlığında bir ifade vardır. Sadece, anılan maddenin 4 numaralı fıkrasında ara başlık olarak "*Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır*" ifadesine yer verilmiş, c bendinde kararlar arasında "*aykırılık veya uyuşmazlık bulunması*" halinde kararın belli usulle verileceğı hüküm altına alınmış ancak kararın ismine yer verilmemiştir. Bu tür kararlara, yargılamadaki diğer kararlardan ayrılabilmesi için "*aykırılık giderme*" kararı ismi verilmesi amaca uygundur. Bu isim kararın amacını göstermesi bakımından da uygundur. Her ne kadar ilgili maddede "*aykırılık yanında uyuşmazlık bulunması*"ndan bahsedilmişse de uyuşmazlık giderme kararı ismi verilmesi görev ve yetki yönünden meydana gelecek uyuşmazlıkları konu alan görev ve yetki uyuşmazlık

kararlarıyla karıştırılması sorununu doğurabilir. Karar somut bir olaya ilişkin uyuşmazlık çözümünü içermediğinden “*uyuşmazlık giderme kararı*” veya “*aykırılık ve uyuşmazlık giderme kararı isimlendirmesi*” isabetsiz olur. Kararın tip olarak “*aykırılık giderme kararı*” isimlendirilmesi isabetlidir.

## 2. “*Aykırılık Giderme*” Kararlarının Norm Koyma (Olma) Özelliği

Hukuk sistemimizde BİM’lerin istinaf mahkemesi olarak yapılandırılması ile ortaya çıkan ve oldukça yeni sayılan “*ayrılık giderme kararlarının*” hukuki niteliği ve bağlayıcılığı üzerinde durmak gerekir. Aykırılık giderme kararının İYUK’ta açıklanmamış çeşitli yönleri bulunmaktadır.

Aykırılık giderme kararı ilk bakışta 6.1.1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 18. maddesinde ifadesini bulan “*İçtihatları birleştirme kararına*” benzer. Bu nedenle geçmişten beri uygulamada bulunan içtihatları birleştirme kararlarının niteliği ve sonuçları üzerinde kısa açıklamakta yarar vardır.<sup>36</sup>

Yargı fonksiyonu, *hukukî uyuşmazlıkları çözmeye* faaliyetidir. Bu şu anlama gelir ki, ortada uyuşmazlık yok ise, yargı fonksiyonu da yoktur. İçtihadı birleştirme kararı, kural koyan işlemler kategorisinde olup maddi anlamda yasama fonksiyonuna dâhil bir işlemdir. İçtihat kararları normalde uyuşmazlık içeren dosyalara ilişkin kararlar olup başka alt mahkemeler açısından bağlayıcı değildir. Bunun tek istisnası içtihadı birleştirme kararlarıdır. 2575 sayılı Kanun’un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Danıştay daireleri ve kurulları ile idari mahkemeleri ve idareyi bağlar. Bu suretle yaratılan hukuk kaynağı normlar hiyerarşisi bakımından kanunun altında ancak idarenin düzenleyici işlemlerinin üstündeki basamakta yer alır.<sup>37</sup> İçtihadı birleştirme kararlarının AYM’ye hitap etmediği dolayısıyla AYM’nin bu kararlarla bağlı olmadığı söylenebilir.

<sup>36</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 16. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019, s. 200.

<sup>37</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, s.218.

Makale konusu bakımından “aykırılık giderme kararı”na baktığımızda içtihatları birleştirme kararları için söylenenlerin benzerini bunlar için de söylemek mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aykırılık giderme kararları da somut bir dava ve somut bir uyuşmazlıkta verilmediklerine göre uyuşmazlık hakkındaki bir yargı kararı değildir; dolayısıyla kanunda belirtildiği şekliyle kesin hüküm olmalarının bir anlamı yoktur. 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin 5 numaralı fıkrasında “.... Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir” hükmüne yer verilmiştir. Herhalde bununla karara karşı gidilebilecek bir yargı yolu ve yargı makamı olmadığı ifade edilmek istenmiştir. Böylelikle kesin karar halinde olsa bile aykırılık giderme kararı bir somut uyuşmazlığı çözen nitelik taşımadığı için bir yargılamayı sonuçlandıran kesin hüküm olarak değerlendirilemez. Çünkü, bir dava sonucundaki kararın kesin olması, tarafları ve konusu aynı olan bir somut uyuşmazlıkla ilgili yargılama bakımından kanun yollarına başvurulamayacağını gösteren bir kavramdır. Kanaatimizce aykırılık giderme kararının kesinliğinden bu kararlar getirilen normun başka bir makamın onayına ihtiyaç duymayacağı anlaşılmalıdır. Aykırılık giderme kararının içtihatları birleştirme kurulu kararları gibi bağlayıcı olduğu da belirtilmiş değildir.

Aykırılık giderme kararı bir görüş müdür, yoksa bağlayıcılığı olan bir karar mıdır? Bu sorunun cevabı da belli düzeyde sorun teşkil eder mahiyettedir. İchtihatları birleştirme kararları için 2575 sayılı Kanun’un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki içtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığa yönelik açıklık, 2576 sayılı Kanun’da “aykırılık giderme kararı” için yoktur. Her ne kadar 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin 5 numaralı fıkrasının 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesiyle değişiklik yapılmadan önceki halinde 2575 sayılı Kanun’un 39. ve 40. maddelerine yapılan atıfla bağlayıcılık konusunda daha belirgin bir ifade bulunduğu söylenebilir ise de yeni düzenlemede bu belirginlik de ortadan kaldırılmıştır. Bu noktadan hareketle aykırılık giderme kararlarının mahkemeleri bağlayıcı yönü bulunmayacağı ileri sürülebilirse de aykırılık giderme kararının, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, nitelik olarak yeni bir norm ihdas eden karar olduğu kanaatindeyiz.

2576 sayılı Kanun'da aykırılık giderme kararının kesin olduğunun belirtilmesi bu kesinlik hiç değiştirilemeyecek mi sorusunu gündeme getirmektedir. İçtihatları birleştirme kararları için bile “birleştirilmiş içtihatların” değiştirilmesi yolu öngörülmüşken aykırılık giderme kararı için kesindir denmesi ve bu kararların aynı kurul tarafından olsa dahi bir daha görüşülemeyecek olması anlamına gelecek niteliktedir. Bununla beraber bu kesinlik ifadesi aykırılık giderme kararına karşı gidilebilecek başkaca bir yol olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. İçtihadı birleştirme kararlarının değişmesine ilişkin hükümlerin aykırılık giderme kararları için de evleviyetle uygulanabileceği düşünülmektedir.

Bu durumda gidilebilecek istisnai bir yol aykırılık giderme kararına uygun olarak sonuçlandırılan bir davayı Anayasa'nın 148. maddesine göre bireysel başvuru yoluna götürerek denetlenmesini sağlatmaktır. Aykırılık giderme kararıyla oluşturulan norma uygun olarak sonuçlandırılan bir davada verilen karar ilgilinin Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanındaki temel haklarını ilgilendirmekteyse bireysel başvuru konusu edilebilir. Ancak verilen karar temel haklarla ilgili değilse bireysel başvuru yolunda denetlenmesi de mümkün değildir. Çünkü bireysel başvuru sadece temel hakların ihlal edildiği iddiasıyla yapılabilir. AYM içtihadında belirtildiği üzere:<sup>38</sup>

“... ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir.”

Aykırılık giderme kararlarına karşı AYM'ye itiraz yolunun işletilmesi de mümkün değildir. Çünkü AYM'ye itiraz yoluna konu edilebilecek hukuk kaynakları (normları) arasında aykırılık giderme kararına yer veren bir düzenleme yoktur. Pozitif hukuk bakımından gidilebilecek tek yol aykırılık giderme kararından kaynaklı bir temel hak ihlali söz konusu ise AYM'ye bireysel başvuru yoluna gidilmesi buradan da sonuç alınamaması halinde AİHM'e bireysel başvuru yapılması olarak görülmektedir.

<sup>38</sup> Konuya ilişkin birçok karar arasından bkz. Şirin Fidan, B. No: 2016/5523, 17.6.2020, § 20.

Aykırlık giderme kararında ortada bir yargı kararı değil, bir norm vardır. Bu kapsamda Türk normlar hiyerarşisine dahil birer norm olarak, idari yargı mahkemelerinin bunlara uygun karar vermek zorunda kalacaklarını ve normun bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü aykırılık giderme kararının verilmesi uyuşmazlık çözüme faaliyeti değil, norm koyma faaliyetidir. Ancak kanun hükmüne dayanılarak verilen aykırılık giderme kararları (normlar) hukuk düzenimizde Anayasa'ya aykırı olsalar bile geçerli birer norm olarak işlem görecektir. Bu norm şüphesiz Danıştay'ın kendisini de bağlayan özellik arz eder. Aykırılık giderme kararıyla getirilen normun nasıl değiştirileceğine ilişkin bir belirleme yapılmaması önemli bir eksikliklerdir. Kanaatimizce aynı konuya ilişkin içtihatı birleştirme kararları ile aykırılık giderme kararları arasında bir farklılık meydana gelirse içtihatı birleştirme kararının normlar hiyerarşisinde üstte olduğu kabul edilmelidir.

Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun (DİBK) verdiği kararlar ile DVDDK'nın verdiği aykırılık giderme kararları arasında benzerlikler olsa da konu, talep eden, süre, vd. açılardan farklılıklar da vardır.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Konu bakımından: İçtihatları birleştirme kararları, Danıştay dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğu veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğu takdirde verilebilir. Aykırılık giderme kararları ise benzer olaylarda, BİM dairelerine verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı BİM dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılıkların giderilmesini konu alır. Talep eden bakımından: İçtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri veya başsavcı istemde bulunabilir. Ayrıca, kararlarla ilgili kişilerin de Danıştay başkanlığına başvuruları mümkündür. Aykırılıkların giderilmesi için ise BİM Başkanlar Kurulu resen veya ilgili BİM dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine Danıştay'a başvurabilir. Karara Bağlanma Süresi Bakımından: İçtihatları birleştirme kararlarının verilmesi için bir süre öngörülmemişken, aykırılık giderme kararı için dosya kendisine iletilen Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun üç ay içinde karar verme zorunluluğu vardır. Görüş Alınması Bakımından: DİBK, Danıştay başkanının havalesini takiben Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler, Aykırılık giderme başvurusu ise BİM Başkanlar Kurulu görüşü eklenerek yapılır. Karar Mercii bakımından: İçtihatları birleştirme kararları, Danıştay dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğu veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğu takdirde yine Danıştay bünyesindeki DİBK tarafından karar bağlanırken, benzer olaylarda, BİM dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare

### 3. İdari İşlemlerde (Vergi Tarh ve Ceza Kesme İşlemlerinde) Sebep Unsuru Yönünden Değerlendirme

İdari işlemler, birer hukuki işlem olarak, kendisinden önce meydana gelen bir sebebe dayanmak durumundadır. Bir idari işlemi yapabilmek için fiili veya hukuki bir sebep mevcut olmalıdır.<sup>40</sup> Sebep unsuru “*idareyi işlemin yapılmasına sevk eden hukuki veya maddi olaylar*” dan ibaret olup, bu sebep “*maddi fiil*” olabileceği gibi “*hukuki işlem*” de olabilir. Sebebin gerçekleşmesi kadar onun gerekçelendirilmesi de önem arz eder.

İdari işlemin sebebi mevzuatta gösterilerek açıkça düzenlenmiş olabileceği<sup>41</sup> gibi “*kamu düzeni*”, “*lüzum üzerine*”, “*gerekli görülen durumlarda*”, “*ihtiyaç halinde*” gibi denmek suretiyle idareye takdir yetkisi tanıyan belirsiz kavramlarla da düzenlenmiş olabilir.<sup>42</sup> Hatta, işlemin sebebi hiç gösterilmemiş de olabilir.<sup>43</sup>

İdari işlemin sebebine ilişkin düzenlemenin açık seçik yapılması durumunda bu işlemin hukuka uygun olabilmesi için idarenin aldığı kararın bu sebebe dayanması bunun da kararda açıkça belirtilmesi gerekir.<sup>44</sup> Eğer, idarenin işlemini dayandırdığı sebep kanunun o idari işlemin tesisi için kabul ettiği sebeplerden değilse ya da kanunun kabul ettiği sebeplerden olmakla birlikte, gerçek değilse; işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olur.<sup>45</sup> İşlemin sebebi kanunlarda belirsiz kavramlarla ifade edilmişse bu tür işlemlere karşı açılan iptal davalarında yargısal denetim idarenin gösterdiği sebebin hizmetin ge-

---

mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılıkların giderilmesi Bölge İdare Mahkemeleri dışında bir yargısal merci olan ilgisine göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından karar bağlanır.

<sup>40</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, 3. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019, s. 1008.

<sup>41</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 11. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 154.

<sup>42</sup> Turan Yıldırım, İdari Yargı, 2. baskı, Beta Yayınevi İstanbul, 2010, s. 241; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 4. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019, s. 152.

<sup>43</sup> Bu durumda idare sebep bakımından geniş bir değerlendirme marjına sahip olur. İşleme yönelik yargısal denetim o işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonucun kamu yararının gerçekleşmesini sağlamaya ve kamu hizmetinin daha iyi bir biçimde yürütülmesine yönelik olarak gerçekleştirilir (Metin Günday, s. 157).

<sup>44</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt II, 7. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 468; Turan Yıldırım, s. 241.

<sup>45</sup> Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. baskı, PwC Türkiye Yayını, İstanbul, 2015, s. 157.

reklerine uygun düşüp düşmediği, kamu yararına kullanılıp kullanılmadığına bakılarak yapılır.<sup>46</sup>

Vergi tarhının sebep unsuru, VUK'un 19. maddesinde, verginin bağlandığı olayın meydana gelmesi veya öngörülen hukuki durumun ortaya çıkması şeklindeki maddi bir olguyu ifade eden "*vergiyi doğuran olay*" olarak ortaya konmuştur. Ceza kesme işlemi için sebep ise VUK'un 331. maddesinde "*vergi kanunları hükümlerine aykırı harekettir*" şeklinde ifade edilmiştir. Vergi tarh ve ceza kesme işlemleri kanunda sebebi açık seçik gösterilen idari işlemlerdendir. Görüldüğü üzere belirtilen işlemlerin sebebi kanun düzeyinde açıklamıştır.

Vergiye doğuran olay gerçekleştikten yani vergilendirme sürecinin sebebi ortaya çıktıktan sonra ilk ve asıl olarak "*tarh*" işlemi yapılır.<sup>47</sup> Vergi kanunlarında öngörülen vergiyi doğuran olay gerçekleştiğinde idare kanunun gösterdiği sebebe dayanarak idari işlemi yapmak zorunda kalır. Bu durumda yöneticinin elinde tek bir çözüm yolu vardır.<sup>48</sup> İdarenin işlemi yapmak zorunda olması ve bunun dışında bir seçeneği olmamasına idare hukuku terminolojisinde "*bağlı yetki*" denmektedir.<sup>49</sup> Tarh işleminden sonra tebliğ ve tahakkuk eden verginin tahsil işlemine geçilir. Tebliğ işleminin sebebi tarh iken, tahakkuk işleminin sebebinin de tebliğ oluşturur. Nihayet tahsil aşamasının sebebinin de kendisinden önce gerçekleşmiş olan tahakkuk aşaması oluşturur.

Vergi cezaları (kabahatleri) için kanunda öngörülen fiillerin işlenmesi ceza kesmenin sebebinin oluşturur ve idare cezayı kesmek zorundadır. Kesilen cezanın tebliğ ve tahakkuku ile tahsili vergide olduğu gibidir.

#### 4. İdari İşlem Gerekçesi (Sebe-Şekil Unsuru İlişkisi) Yönünden Değerlendirme

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, bir idari işlemin sebep unsuru başka onun gerekçeye bağlanması başkadır. Gerekçe ilkesi idari işlemin sebep unsuruyla yakın ilişki içindedir. Gerekçe ilkesi genel anlamıyla işlem metninde idari işlemin sebebinin de gösterilmesi

<sup>46</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, s. 469; Metin Günday, s. 156-157.

<sup>47</sup> İl Han Özay, Gün ışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1986, s. 550.

<sup>48</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, s. 504.

<sup>49</sup> Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s. 152.

anlamını taşır. İdari işlemlerin gerekçeli olmasının işlemin muhatabı, idare makamları ve yargı organları bakımından işlevleri bulunmaktadır.<sup>50</sup> Diğer taraftan gerekçenin işlemin hukuka uygunluğunu sağlama (kontrol), sebebe açıklık kazandırma ve ispat, muhatabının ikna ve tatmini ile hukuki yardım işlevleri de bulunur.<sup>51</sup>

### a. Genel Olarak

Bir idari işlemin gerekçeye dayanıp dayanmaması şekil unsurunun bir parçasıdır. İdari işlemde şekil, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradenin kendisiyle açıklandığı araç, kalıp olup işlemin maddi alemdeki görüntüsüdür.<sup>52</sup> İdari işlemin şekil unsuru; tesisi için yetkili idari makamca izlenmesi gereken usulü ve idari işlemin hukuk düzeninde aldığı maddi veya fiziki varlığını anlatır.<sup>53</sup> İdari işlemlerin şekle bağlılığı, idareyi, karar verirken daha dikkatli bir inceleme ve araştırma yapmaya ve bu suretle de onu hukuka uygun karar tesisine götürür. Bir işlemin sebebi başka, gerekçesi birbiriyle bağlantılı ancak başka şeyleri ifade eder. Gerekçe işlemin sebebinden farklıdır. Sebep idareyi işlem yapmaya iten etken iken, gerekçe ise bu etkenlerin açıklandığı veya kaleme alındığı metin olmaktadır.<sup>54</sup> Bu işlemin sebebi ile gerekçesi arasında aynılık olmasını da zorunlu kılar.<sup>55</sup>

Bu durumda idareyi işlem yapmaya sevk eden maddi veya hukuki olayların işlem metni üzerinde veya ekinde yazılı olarak belirtilmesine gerekçe denir. Gerekçe, idari işlemin şekil unsuru içinde yer alan, idari işlemin sebebinin açıklanmasında kullanılan ve işlemi yapan taraftan kaleme alınan bir metin olup, idari işlemin dayandırıldığı sebebin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde çok önemli bir yere sahiptir.

İdari işlemin sebebinin açıklanması işlemin gerekçesini oluşturur. İdari işlemin yazılı olması, gerekçe içermesi, yasada öngörülen bazı

<sup>50</sup> Bkz. Sinan Seçkin ve Gül Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 2, Sayı 21, s. 525.

<sup>51</sup> Bahtiyar Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2000, s. 203-204.

<sup>52</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, s. 938.

<sup>53</sup> Turgut Candan, s. 141.

<sup>54</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, s. 952.

<sup>55</sup> Tekin Akıllıoğlu, "Yönetiş İşlemlerde Gerekçe İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, 1982, Cilt 15, Sayı 2., s. 7



bilgileri içermesi işlemin şekil unsurunun bir sonucudur. Gerekçe kuralına tabi tutulmuş işlem için gerekçe o idari işlemin bir şekil şartıdır.<sup>56</sup> Gerekçe zorunluluğuna tabi tutulmuş bir işlemin gerekçe belirtilmeden yapılması bir “şekil” sakatlığı oluşturur. Şekil kuralı tesis edilen işlemin varoluş şartına ilişkin değilse işlemin iptaline neden olmaz. Ancak işlemin kendisinin özellikle kanunla belirtilmiş ayrılmaz bir parçası haline getirilmiş ise işlemi sakat hale getirir ve iptaline neden olur.<sup>57</sup> Vergi hukuku bakımından gerekçenin vergi/ceza ihbarnamesine eklenip eklenmemesi konusunda idareye takdir hakkı verilmemiştir. Gerekçe zorunluluğuna uyulmaması o işlemin iptaline yol açar.<sup>58</sup>

Mevzuatta gerekçe zorunluluğuna tabi tutulmuş bir işlemin gerekçe belirtilmeden yapılması bir “şekil sakatlığı” oluşturması yanında bunun hangi aşamada muhatabına ayrıca bildirileceğinin de belirtilmesi karşısında bunun aksine yani belirtilen zamandan sonra bildirme davranışının da şekil unsurunu sakatlayacağı açıktır. Kaldı ki böyle bir durumda, şekil sakatlığı asli-tali ayırımı yapılmaksızın işlemin iptal edilmesine yol açar.<sup>59</sup> Şekil yönünden hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilen işlemin mahkeme kararında gösterilen sakatlıklar giderilerek yeniden yapılması mümkündür. Bu şekilde yapılan işlem yeni bir işlem olup, iptaline karar verilen işlemin düzeltilerek canlandırılması demek değildir. Dolayısıyla bu yeni işlem, hüküm ve sonuçlarını yapıldığı tarihten itibaren doğurur.<sup>60</sup> İYUK’un 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar*” şeklindeki hüküm gereğince idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarındaki hukuka aykırılıkların re’sen araş-

<sup>56</sup> Danıştay 10. Dairesi’nin 10.11.1994 tarihli ve E:1993/1403, K:1994/5633 sayılı kararına göre: “...İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi; işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasa-yı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemden, gösterilen gerekçe işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur.” Candan’a göre bu ifadeler de idari işlemin gerekçeli olmasının bir şekil şartı olduğunu göstermektedir. (Turgut Candan, s. 155).

<sup>57</sup> Celal Karavelioğlu, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt 1, 6. baskı, Karavelioğlu Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 183.

<sup>58</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 955.

<sup>59</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 955; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s. 151.

<sup>60</sup> Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s. 151.

tırma ilkesi gereği davacı tarafından ileri sürülmemiş olsa bile mahkemece dikkate alınması gerekir.

Gerekçe kuralı idari işlemin muhatabı olan kişinin haklarını korumaya yönelik olarak öngörülmüştür.<sup>61</sup> Gerekçede sebep unsurunun gerekli ve yeterli ağırlıkta açıklanmasına yer verilmesi idarenin keyfiliğinin önüne geçerek bireylere güven ve koruma alanı sağlar. Tesis edilen işlemin hukuki gerekçesi hakkında gereken bilgiye sahip olmanın, yargıya başvurma oranını azaltacağı düşünülmelidir.<sup>62</sup> İlave olarak idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ya da verilmiş bir hakkı, izin veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir.<sup>63</sup>

İdari usul kanunlarının bir kısmında gerekçe yükümlülüğü, gerekçelendirilmesi gereken işlemlerin tek tek sayılması suretiyle düzenlenmiştir.<sup>64</sup> Ülkemizde idare hukuku mevzuatında idari işlemlerin gerekçeli olacağına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte bazı işlemler için kanun ya da yönetmeliklerde özel olarak gerekçeli olma zorunluluğu getirilmiştir.

### **b. Vergi Tarh ve Ceza Kesme İşlemlerinde Gerekçe**

Her idari işlemin sebebi olması gerekmesine karşın gerekçesi olması şart değildir. Ancak, kanunun öngördüğü durumlarda işlemlerin gerekçesi olmak zorundadır. Nitekim, çeşitli özel kanunlarda belli konularla sınırlı olmak üzere, gerekçe zorunluluğuna yer verilmiştir.<sup>65</sup> İdare, gerekçe göstermek zorunda olması halinde, işlemin dayandığı maddi ve hukuki sebepleri işlemle birlikte açıklar. Ancak, böyle bir zorunluluk öngörülmemişse ve idari işlem yargıya taşınmışsa savunma dilekçesinde veya idari yargıcın ara kararı ile istemesi üzerine, dayandığı maddi ve hukuki sebepleri açıklayabilir.<sup>66</sup> Nihayetinde işlemin

<sup>61</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, s. 955.

<sup>62</sup> Turan Yıldırım, s. 242.

<sup>63</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, s. 460.

<sup>64</sup> Bahtiyar Akyılmaz, s. 205.

<sup>65</sup> Metin Günaday, s. 145; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, s. 953; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 150.

<sup>66</sup> Turgut Candan, s. 158.

yapıcısı tarafından kaleme alınan işlem gerekçesinin işlemle birlikte tebliğinin kanun koyucu tarafından öngörülmesinin sebebini o işlemin teknik yapısı veya özelliğinde aramak gerekir.

Türkiye’de idari işlemlerle ilgili genel bir idari usul kanunu bulunmamakla birlikte vergilerle ilgili kurum, kavram ve ilkeleri düzenleyen VUK vardır. Bu kanunda yetkili vergi dairesince vergilerin tarh ve dolayısıyla tahakkuk işlemlerinin tesisinden önce izlenmesi gereken usul düzenlenmiştir. Vergi dairesi re’sen ya da ikmalen vergi tarh edeceği durumlarda tarh işlemini tesise kalkışmadan önce, VUK’ta yer alan kurallara uygun olarak vergi incelemesinde bulunmak ve bu incelemeden çıkan sonuçlar çerçevesinde matrah takdir ettirmek durumundadır. Ancak bu aşamadan sonra tarh işlemi yapılabilecektir. İkmalen ya da re’sen vergi tarhı gibi kimi idari işlemlerin kendilerine özgü kanuni düzenlemelerdeki hükümler uyarınca, şekil kurallarına uyulmasının yanı sıra, bazı yazılı bilgileri içermesi de zorunludur. Bu yazılı bilgileri içermeyen tebliğ, ihbarname, duyuru vb. işlemler geçersizdir. Bu yazılı bilgileri içirme ve gösterme zorunluluğu özellikle vergi uygulamalarında geçerlidir. Vergi tarhı işleminde bu ilkenin etkisi ve yeri özel bir önem taşımaktadır.<sup>67</sup>

Esaslı biçim kuralları, uyulmadıkları takdirde, işlemin iptalini gerektiren kurallar olduğuna<sup>68</sup> göre VUK’ta özel hüküm olarak getirilmiş olan zorunluluğu uyulmaması, yani işlemin dayandığı maddi ve hukuki sebeplerin işlemde gösterilmemiş olması, idari işlemi şekil unsuru yönünden hukuka aykırı kılar.<sup>69</sup> Gerekçe kuralı bir şekil şartı olmakla beraber; VUK’ta onun açıkça düzenlendiği dikkate alındığında gerekçe tali değil, asli nitelikte bir şekil şartı haline getirilmiştir.<sup>70</sup> Vergi tarh ve ceza kesme işleminde gerekçe zorunluluğu aynı zamanda işlem sebebini gösterilme zorunluluğudur.

Gerekçe zorunluluklarından biri de vergi hukukunda -ihbarname- nin ayrılmaz parçası olarak ifade edilmiş olan VİR’in VTR’ye dayandırılması halinde- VTR’nin VİR eki olarak muhatabına tebliğ edilmesi

<sup>67</sup> Yahya Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 296, 297.

<sup>68</sup> Turgut Candan, s. 149.

<sup>69</sup> Turgut Candan, s. 155.

<sup>70</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, ss. 955-956.

gerekliliğidir. Burada amaç işlemin muhatabı olan kişiyi korumaktır ve bu amaç noktasından hareket edildiğinde gerekçe kuralına uyulmamış olması işlemi sakatlar. Bu nedenle gerekçe zorunluluğuna bağlanan idari işlemdeki gerekçenin yokluğuna bağlı sakatlık asli şekil sakatlığı olarak değerlendirilir. VUK'ta, gerekçenin işlem sebeplerini açıklamasına ikincil değil asli bir önem ve değer verildiği görülmektedir.

Vergilendirme sürecinde izlenen "usul" ne kadar önemli ise işlemlerin ve özellikle "tarh" ile ortaya çıkan sonucun ilgisine iletiliş "şekil"i de o denli önemlidir. Nitekim idari işlemlerin yazılı olmasına ilişkin Anayasal<sup>71</sup> ve yasal ilkelerle yetinmeyen<sup>72</sup> kanun koyucu vergilendirme ile ilgili hususların ilgisine bildirilmesini bildirim işleminin içeriğini de gösteren şekilde düzenlemiştir.<sup>73</sup> Kanunun vergilendirmeyi gerekçeye bağlaması diğer idari işlemlerin muhataplarına nazaran vergi mükelleflerine ek bir koruma alanı getirildiğini göstermektedir. Tarhiyatın dayanağını oluşturan raporların tarhiyat işleminin eki olarak ve işlemle birlikte tebliğ edilmesi işlemlerin muhatabının idareye güvenini artıracak gibi işlemin hukuki gerekçesi hakkında gereken bilgiye sahip olunması sayesinde yargıya başvurma oranının da azalacağı düşünülmelidir.<sup>74</sup>

Vergi tarh ve ceza kesme işlemi kanunda nasıl düzenleneceği açıkça belirtilen VİR'e bağlanarak vergi tarhı ve ceza kesme işleminin gerekçeye dayandırılması zorunlu tutulmuştur. VUK'ta konuyla ilgili yer alan hükümler şu şekildedir.

Vergi tarhları için, VUK'un 35. maddesinin ikinci fıkrası: "*Takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer sureti ihbarnameye eklenir.*"

Vergi cezaları için, VUK'un 366. maddesinin ikinci fıkrası "*Cezayı gerektiren olayın tespitine dair tutanak sureti ile incelenme raporunun bir örneği ihbarnameye bağlanır.*"

<sup>71</sup> Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir: "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar."

<sup>72</sup> İYUK'un 7. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir: "1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. 2. Bu süreler; a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı, ...tarihi izleyen günden başlar.

<sup>73</sup> İl Han Özay, s. 551.

<sup>74</sup> Turan Yıldırım, s. 242.

Vergi tarh ve ceza kesme işlemi ihbarnameyle bildirilirken VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin eklenmemesinin esasında işlemin gerekçesinin açıklanmaması anlamına geldiği açıktır. Vergide VİR ve VTR, unsurları mevzuatça belirlenmiş biçimde vergi denetim elemanlarınca kaleme alınan bir metindir. İlgili raporlarda bulunması gereken hususlar dikkate alındığında raporların ihbarname ekinde bildirilmesi zorunluluğunun daha iyi anlaşılması mümkündür. Vergilendirmenin mülkiyet hakkı ile sıkı bağı nedeniyle bu konuda yapılacak işlemlerde VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin daha sonraki bir zaman diliminde değil, ihbarname ile aynı anda tebliğinin hakkın korunması ile olan ilişkisi de göz ardı edilmemelidir.

İhbarname ile sadece VTR'nin sonucu üzerine yazılan VİR'in tebliğ edilmesi gerekçenin ortaya konduğu anlamına gelmez. Çünkü asıl gerekçe VTR'de kalmış olmaktadır. Belirtilen raporlar yerine ihbarnameye başka rapor veya raporların eklenmesi de gerekçe Şartının sağlandığı anlamına gelmez. Çünkü gerek VİR gerekse VTR'nin hangi sürelerde, hangi unsurları içerecek Şekilde ve kimler tarafından düzenleneceği ve neleri içereceği hakkında mevzuatta detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

VUK'ta VİR'in ihbarname eki olarak bildirilmesi zorunluluğu yanında bu zorunluluğun ne zaman yerine getirileceği de ayrıca belirtilmiştir. İŞlemin gerekçesinin hangi aşama ve yolla bildirileceğine kadar detaylı yapılan düzenlemenin sebebini vergileme sürecinin idari işlem olarak kendine özel yapısında aramak gerekir. Vergilerle ilgili Şekil eksikliğinin işlemden sonra tamamlanabilmesine VUK izin vermemiŐtir. Aksine davranış Şekil unsurunun eksikliğini açıkça gösterir. Gerekçenin işlemin hangi aşamasında muhatabının bilgisine sunulacağı Kanun'da hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta ortaya koymuştur. VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'leri ikmalen ve re'sen vergi tarhlarına ilişkin düzenlenen vergi ihbarnameleriyle birlikte bildirilme zorunluluğu dışına çıkartan hiçbir kural bulunmamaktadır.

Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 57. maddesinde "*Vergi inceleme raporları, Vergi Usul Kanunu ve diğer gelir kanunlarına göre yapılan vergi incelemeleri sonucunda düzenlenir*" denmiŐ ve yine düzenlenmesi halinde "*vergi tekniği raporlarının*" sonrasında düzenlenecek vergi inceleme raporlarının ekini oluşturacağı belirtilmiştir.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 57. maddesinin (4) numaralı fıkrası uya-

VUK'a bakıldığında vergi tarh ve ceza kesme işlemlerinin gerekçelendirilmesi ve hem de bunun işlemle birlikte muhatabına iletilmesi zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla VUK'un özel hükmü karşısında vergi tarh ve ceza işlemlerinin işlemle birlikte gerekçesinin tebliği gerekmeyen işlemlerden olduğu söylenemez. Tam tersine gerekçenin (VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR) ihbarname ile birlikte tebliği zorunlu tutulmuştur.

Yukarıdaki düzenlemeler dikkate alındığında VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin vergi ve/veya ceza ihbarnamesinin ekinde muhatabına bildirilmesi zorunluluğu mevzuatta "eklenir", "bağlanır" denmekle açık ve net şekilde ortaya konmuştur. VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin ihbarnamesinin ekinde bildirilmesi şeklindeki kanuni zorunluğunun etkisizleştirilmesi diğer idari işlemler için geçerli olan idare hukuku kurallarıyla da açıklanamaz. Çünkü vergilendirme işlemi örneğin bir trafik veya çevre kirliliği para cezası kesme işlemi olmadığı gibi usul, itiraz ve yargılama bakımından da tamamen farklıdır.

Vergi/ceza ihbarnamesine gerekçelerin eklenmesi, gerekçelendirilmesi gerekmeyen veya gerekçelendirilse bile ihbarname ekinde tebliğ zorunlu olmayıp sonradan gerekçesi açıklanabilecek işlemlerin istisnası olarak düzenlenmiştir.

## 5. Dava Dilekçesi Hazırlanmasında Gerekçenin Önemi Yönünden Değerlendirme

1982 Anayasası'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasına göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında da "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır..." denmiştir. Hakkında yapılan idari işlemi iptal ettirmek isteyen kişilerin İYUK'un "İdari Davaların Açılması" baş-

---

rınca, sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen VTR'nin başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu VTR, sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek vergi inceleme raporlarına ek yapılmaz. Ancak, sahte belge kullanma fiili nedeniyle düzenlenecek vergi inceleme raporlarında, sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair VTR'de yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verilir.

lıklđ 3. maddesinin 1 numaralı fıkrasında ifadesini bulan dilekçeyle, 2 numaralı fıkrasının b bendinde “*davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller*”i belirterek dava açabilecekleri dzenlenmiştir. Gerekçeye ihbarnamede yer verilmemesi nedeniyle vergiyi doğuran somut olguların neler olduğunu, vergi matrahın nasıl bulunduğunu, verginin nasıl hesaplandığını bilemeyen birinin dava açarken “*dayandığı delilleri*” dava dilekçesinde ileri sürebilmesi mümkün değildir. Dava dilekçesi sonrası idarenin savunmasıyla açıklanabilecek gerekçenin yargılama sürecinin başında davacı tarafından bilinmemesi davanın tarafları arasındaki eşitliğin daha başlangıçta davacı aleyhine bozulması sonucunu doğurur.

Mükellef, sebeplerin açıklanmasını içermeyen, gerekçeden yoksun bir vergi ve/veya ceza ihbarnamesi eline geldiğinde dava açma hakkını işlemin içeriği hakkında malumatı olmaksızın şeklen kullanabilecektir. İhbarname ekinde işlemin gerekçesi olmaması nedeniyle dava dilekçesinde sadece davanın konu ve sebebine yer verilebilir. Mükellef gerekçeyi bilmediği için delillere yer verme imkanından mahrum olacaktır. Bunun anlamı dava dilekçesi aşamasında davacının ileri sürebileceği delil sunma imkanının kısıtlanmış olduğudur. Çünkü işlemin sebebine yönelik gerekçe bulunmadığından davacı elindeki hangi delilin işlemlle ilişkili olduğu ve hangi delile dayanması gerektiği noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapamaz. Dava dilekçesinde davacı isnada karşı somut deliller yerine en fazla tahmin ve varsayım üzerine ilişkili gördüğu delillere dayanmak durumunda kalır.

İkmalen veya re’sen tarh edilen vergiler ve cezaya ilişkin kanuna aykırı eyleminin ne olduğunu bilmeyen davacının dava dilekçesinin muhtemel içeriği “*idarenin şu tarihte tebliğ edilen şu nolu işleminin iptali*” talebinden ibaret olacaktır. şüphesiz, delillendirme hakkının kullanımını somut gerekçelere dayanan olguların bilinmesiyle mümkündür. Delillere ise ancak işlem gerekçesinin bilinmesiyle ulaşılabileceğine şüphe yoktur.

İdarenin savunma dilekçesi aşamasında gerekçelendirdiği sebebe karşı mükellefin delil ortaya koyabilmesi mümkün olmakla birlikte mükellef bu durumda iptale ilişkin delil ileri sürme imkanını bu savunmaya cevap dilekçesiyle tek ve son defaya mahsus olmak üzere kullanabilecektir. İşlemlle birlikte tebliğ edilmediği için gerekçe konu-

sunda bilgiye sahip olmayan mükellef yargılamanın ilk aşamasındaki delil sunma hakkını kullanamamış olur.

### C. KARARIN ADİL YARGILANMA HAKKI KONUSUNDAKİ ANAYASAL GÜVENCELERE UYGUNLUK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından Değerlendirme

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki *“hakkaniyete uygun yargılanma”*nın temel unsurlarından birisi, yargılamanın *“çelişmeli”* olması ve taraflar arasında *“silahların eşitliği”* nin sağlanmasıdır.

AYM kararlarında dikkat çekildiği üzere aralarında yakın bir ilişki bulunan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden *“silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir.”*<sup>76</sup>

Çelişmeli yargılama ilkesi ise silahların eşitliği ilkesini tamamlayan mahiyette olup *“kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir.”*<sup>77</sup>

AYM içtihadı çerçevesinde *“ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Asıl kural tarafların eşit şartlarda yargılamaya katılımının sağlanması, gösterdikleri kanıtlardan ve sundukları görüşlerden bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüşlerini bildirebilme imkânının kendilerine verilmesidir.”*<sup>78</sup>

Çelişmeli yargı düzenini içeren iptal davalarında, hukuka aykırı davranışının gerekçesini bilmekten mahrum bırakılan kişiye salt dava açma hakkı tanınmış olması taraflar arasındaki gerçekçi ve esaslı bir

<sup>76</sup> Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16.5.2013, § 32

<sup>77</sup> Hüseyin Sezen, B. No: 2013/1793, 18.9.2014, § 38

<sup>78</sup> Taylan Özgür Tor, B. No: 2013/2454, 12.3.2015, § 43.



eşitlik anlayiŐını ortadan kaldırır. Böylelikle davacının dava dilekçesinin gerçek anlamıyla bir açıklamayı içermesi imkanından mahrum bırakılması, temelde davacı aleyhine yaratılan bir eşitsizlik olup, özellikle *hukuki dinlenilme hakkının ihlali* olarak kabul edilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı, yargılamada taraflara, eşit bir Şekilde davranılmasının garantisidir. Salt dava açma Şeklinde hukuki korumanın sağlanmış olması, adil yargılanma hakkının gereklerinin de yerine getirildiği anlamını taŐımaz. Kısaca bir taraf (davacı) idarenin savunmaya cevap dilekçesiyle iddialarını ileri sirme konusunda mahkemeye bir defa, davalı idare ise hem savunma hem de ikinci savunma dilekçesiyle mahkemeye iki defa ulaşma imkanına sahip olmaktadır. Gerekçenin işleme birlikte tebliğ edilmemesi davacıyı dava dilekçesinde ileri sürebileceği delillerden mahrum bırakarak davacı aleyhine usuli eşitsizlik ortaya çıkarmaktadır.

Halbuki “... silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eŐitliđin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup bu usul güvencesi gereğince uyumsuzluğın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır.”<sup>79</sup>. Çünkü “Adalet yönetiminin adil bir görüntü vermesi önemlidir ve tarafların yargılamaya etkili katılımlarının sağlanması için gerekli önlemler alınmalıdır.”<sup>80</sup>

İdari yargı ve idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olması temelde hukuk devleti dŐncesine dayanır. Hukuk devletinin gerekliklerinden birisi de adil yargılama ilkesi olup, adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Vergi tarhı ve vergi cezalarına ilişkin idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir. Yargılama makamları önündeki eşitlik, adil yargılanma hakkının bir parçası olan silahların eşitliği ilkesi ile somut olarak karŐılabilmektedir. Söz konusu yargısal süreç sırasında eşitlik ilkesi, dikkate alınması gereken zorunlu bir kıstas olarak karşımıza çıkmakta ve bu ilkenin gölgesi, tüm yargılamanın üzerine düşmektedir. Silahların eşitliği ilkesiyle tarafların birbirlerine karşı, haksız bir üstünlük içinde olmamalarının hedeflendiği açıktır.

<sup>79</sup> Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23.1.2014, Ő 18

<sup>80</sup> Ali Gürbüz, B. No: 2013/724, 25.6.2015, Ő 27.

Tebliğ edilmesi konusunda kanuni bir zorunluluk olmakla birlikte böyle bir zorunluluk olmasa bile VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'lerin ihbarname ile muhatabına tebliğ edilmemesi işlemin gerekçesini bilme imkanını ortadan kaldırır. Bu şartlarda dava açmayı düşünen muhatabın dilekçeye, isnat edilen sebebin gerekçesini bilmesi nedeniyle, açıklama yazması mümkün olmaz. Bu durumda hak arama özgürlüğü sadece şeklen sağlanmıştır. Halbuki sadece iddiaların değil bu iddialar birlikte iddiaların dayandırıldığı dava malzemeleri ve dayanılan delillerin de davanın diğer tarafına iletilmesi gerekir. Ancak bu durumda karşı taraf bu iddialara karşı koyabilir ve karşı delil getirebilir.<sup>81</sup>

VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin ihbarname ile tebliğ edilmemesi ilk aşaması dava dilekçesiyle kullanılacak dava hakkının içini davacının dayanak ve delillere ulaşma imkanının elinden alınması sebebiyle boşaltmış ve yargılamadaki dengeyi davacı aleyhine bozmuş olur.

## 2. İsnadı Öğrenme ve Savunma İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakları Bakımından Değerlendirme

Adil yargılanma hakkı bağlamında suç isnadı kapsamında görülen uyuşmazlıklar sözkonusu olduğunda birtakım özel güvenceler devreye girmektedir. Bu bağlamda vergi tarhi ve cezası için sözkonusu güvence hükümlerinin devreye girip giremeyeceğinin eğer giriyorsa Danıştay'ın inceleme konusu kararının anılan güvencelerden -ilgili olanlar- bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Gerek AİHS yargılamasında gerekse AYM'ye bireysel başvuruda başvuru konusu olaya uygulanabilecek adil yargılanma hakkı güvencelerinin tespiti bakımından suç isnadı kavramı özerk olarak yorumlanmaktadır. Bu kapsamda anılan kavramın özerk yorumu çerçevesinde başvuruya ilgili uyuşmazlığın her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir ceza yargılaması süreci olarak yürütülmüş olması gerekmez. Gerek AİHM gerek AYM suç isnadı kavramını özerk bir yoruma tabi tutmaktadır.

<sup>81</sup> Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 773.

AYM bu yorumu yaparken üç farklı kriter kullanmaktadır. İlk kriter açısından yaptırıma konu eylemin kanunlarda “suç” olarak yer alıp almadığı incelenmektedir. Anılan eylem, mevzuatta suç olarak yer almışsa suç isnadının varlığı kabul edilmektedir. Isnada konu eylemin suç olarak düzenlenmediği durumlarda ise eylemin suç karakteri ve özelliğine sahip olup olmadığı ile eylem için verilecek cezanın ağırlık ve amacı göz önünde bulundurulmaktadır.”<sup>82</sup>

Konu vergi davaları kapsamında ele alındığında, AYM bazı başvurularda vergi davalarını (vergi ziyayı cezalarına ilişkin olanlar) suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında mı yoksa medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında mı gördüğü konusunda tam bir belirleme yapmadan anılan davaları adil yargılanma hakkı kapsamında gördüğünü belirtmiştir. Örneğin başvurucunun, sahte fatura kullandığı iddiasıyla adına yapılan vergi ziyayı cezalı tarihiyata karşı açtığı davanın reddedildiği bir olay kapsamında yapılan başvuruda böyle bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>83</sup>

Bununla birlikte AYM Ünal Gökpınar<sup>84</sup> kararında idari yargıda görülen *vergi cezaları* ile ilgili yargılamaları açık bir biçimde cezai bir süreç<sup>85</sup> olarak değerlendirmiştir. Aslında mahkeme bu konuda çok daha önceki tarihte *E.T.Y.İ. A.Ş.*<sup>86</sup> kararında da zımnen vergi aslı ile birlikte dava edilen vergi ziyasına ilişkin vergi yargısında görülen davaları suç isnadı kapsamında gördüğünü belirtmiştir. Anılan kararda her ne kadar verginin başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları olduğu yönünde bir vurgu yapılmış ise de bu vurgu AİHM tarafından adil yargılanma hakkının kapsamı dışında görülen vergi aslına ilişkin uyuşmazlıkların Anayasa açısından anılan hak kapsamına girdiğini göstermek noktasında bir argüman olarak kullanılmıştır. Öte yandan ikmalen ve resen

<sup>82</sup> B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15.12.2015, § 31

<sup>83</sup> Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7.7.2015, § 35.

<sup>84</sup> Ünal Gökpınar [GK], B. No: 2018/9115, 27.3.2019, § 54; AYM norm denetimi kararlarında da Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin idari vergi cezalarını da kapsadığını belirtmiştir (bkz. AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14.3.2019, § 13)

<sup>85</sup> Aynı yönde AİHM kararları için bkz. A ve B/Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15.11.2016, §§ 107,136 ve 138; Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda [k.k.], B. No: 22779/14, 4.12.2018, §§ 45, 46.

<sup>86</sup> E.T.Y.İ. A.Ş., B. No: 2013/596, 8.5.2014, § 28.

tarhiyatlarda vergi ile ceza arasındaki zorunlu bağ ve vergi cezalarının hem AYM hem de AİHM tarafından suç isnadı kapsamında değerlendirildiği dikkate alındığında vergi aslı ile vergi ziyayı cezalarının birlikte dava konusu edildiği uyuşmazlıkların suç isnadı kapsamında ele alınması gerekliliği daha iyi anlaşılmaktadır.

Vergi aslı ile birlikte kesilen vergi ziyayı cezaları ile ilgili yargılama süreçlerinin suç isnadı kapsamında değerlendirilmesi, bu uyuşmazlıklarda suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin adil yargılanma hakkının özel güvencelerinin uygulanmasını gerektireceğinden oldukça kritik bir öneme sahiptir.<sup>87</sup>

Çalışma konusu bakımından bu içtihadın önemli sonuçlarından biri bu uyuşmazlıklarda savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ve isnadı öğrenme haklarına ilişkin güvencelerin uygulanması gerekliliğidir.

AYM savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkını da Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında sanık hakları arasında değerlendirmektedir.<sup>88</sup>

AYM içtihadında dikkat çekildiği üzere, "gerekli zaman"a ve "gerekli kolaylıklar"a sahip olma hakları, pratikte çoğu zaman iç içe geçmiş bir haldedir. Bazı özel hallerde savunma için gerekli kolaylıklar sağlandığı hâlde gerekli zaman sağlanmamış olabilir. Bu kapsamda suçla itham edilen kişiye, savunmasını mahkemeye sunabilmesi ve bu suretle yargılamanın neticesini etkileyebilmesi için gerekli zamanın sağlanması icap eder. Gerekli zaman verilmediğinde, ithama maruz kalan kişinin ithamlara karşı savunma ve delil araştırması yapma imkanı olmaz. Bu açıdan savunma için gerekli zamana sahip olma hakkı, ithama maruz kalan kişi için acele yapılan yargılamalara karşı da bir güvencedir.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> AİHM Georgiou/Birleşik Krallık, B. No: 40042/98, 16.5.2000 kararında vergi aslı ile vergi cezasına ilişkin süreçleri ayırmanın güç olduğu durumlarda suç isnadı kapsamında yapılacak değerlendirmenin mecburen vergi tarhiyatını da kapsayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda ikmalen ya da res' en vergi tarhiyatı durumunda kesilen vergi ziyayı cezaları vergi tarhının otomatik sonucu niteliğinde olduğundan bu tür durumlarda yapılan vergi tarhlarının da vergi ziyayı cezası ile birlikte suç isnadı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

<sup>88</sup> AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16.6.1992.

<sup>89</sup> Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 1.2.2017, § 39,40.

“Gerekli kolaylık” kavramı ise yargılamanın tarafları arasında “silahlıların eşitliği”ni sağlamayı amaçlamakta olup isnada maruz kalan kişiye savunmasını yapması için yardımcı olacak/olabilecek ve zorunlu bir nitelik taşıyan imkânları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Sağlanması zorunlu olan kolaylıklar, sadece savunma için “gerekli” olanlardan ibarettir. Bu kolaylıkların biri, isnada maruz kalan kişinin mahkemeye karşı savunmasını en uygun ve etkili bir biçimde yapmasına imkan verecek bilgilere ulaşmasına ve bu suretle davanın neticesini etkileyebilmesine olanak sağlanmasıdır. Bu hak yönünden her bir davanın kendine münhasır özellikleri kritik öneme sahiptir.<sup>90</sup>

Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olan isnadı öğrenme hakkı konusunda AYM, norm denetimi kapsamındaki bir itiraz başvurusunda, adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasa’nın 36. maddesinin, isnadı öğrenme hakkını da kapsadığını kabul etmiştir.<sup>91</sup> AYM bireysel başvuruda da suç isnadı kapsamındaki uyuşmazlıklarda isnadı öğrenme hakkının uygulanması gereken bir güvence olduğunu ve onun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile yakından ilgisi olduğunu ifade etmiştir.<sup>92</sup>

İsnadın ne zaman bildirilmesi gerektiği önemli bir sorudur. Bu bakımdan yukarıdaki AYM kararında belirtildiği üzere isnat dava mahkemedede görülmeye başlanmadan önce ya da en azından suç isnadı altındaki kişi mahkeme huzuruna çıkmadan önce ve bu kişinin savunma hazırlamasına imkan sağlayacak kadar erken bir sürede bildirilmelidir.

Klasik ceza davaları bakımından yukarıdaki değerlendirmelerin anlamlandırılması nispeten kolaydır. AYM tarafından işaret edildiği üzere ceza muhakemesi hukukunda kişiye suç isnadı “iddianame” ile yapılır. Bu belgenin, suç isnadı altında olan kimsenin savunmasını hazırlayabilmesine olanak sağlamak için isnada konu fiillerin yerini ve zamanını göstererek ve bunların hukuki tavsifini yaparak mevzuatta bu fiillere karşılık gelen suç ve cezaları göstermesi gerekir. İlave olarak yargılama esnasında suçun vasfının değişmesi durumunda da isnada muhatap kişiye bu değişiklik ve değişikliğin nedenleri hakkında da bildirim yapılması gerekir.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 1.2.2017, § 45.

<sup>91</sup> AYM, E.2000/48, K.2002/36, 20.3.2002.

<sup>92</sup> Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2.2.2017, § 46.

<sup>93</sup> Sebahat Tuncel (2), B. No: 2014/1440, 26.2.2015, § 87.

Çalışmanın konusu bakımından bu tespitleri -Anayasal özerk yorum anlamında suç isnadına bağlı bir ceza davası olarak değerlendirilen- vergi aslı ve buna bağlı vergi ziyayı cezalarına karşı açılan iptal davalarına uyarlamak gerekir.

Maddi gerçeğin araştırılması noktasında, vergi incelemesi yapmakla görevli kamu görevlilerinin inceleme sürecindeki rolü ile ceza yargılamasında iddia makamı olan savcının pozisyonu bazı yönler itibarıyla birbirine benzer niteliktedir. Çünkü vergi incelemesi yapmakla görevli kamu görevlileri inceleme sonunda hazırladıkları VİR ile adeta bir iddianame düzenlemiş olmaktadır.<sup>94</sup> Bu anlamda mükellefi suç isnadı altına sokan belge VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'dir. Vergi dairelerinin vergi tarhı ya da ceza kesme işlemleri sadece bu rapordaki tespitlere dayalı olarak yapılan işlemlerdir. VİR ya da düzenlenmesi halinde VTR'de vergi cezası kesilmeyi icap ettiren bir tespit yapıldığında vergi dairesinin yapacağı şey bu cezayı kesmekten ibarettir. Bu konuda vergi dairesinin bir takdir hakkı yoktur başka bir ifadeyle vergi dairesi bağlı yetki içindedir.<sup>95</sup> Vergi tarhı ya da ceza kesme işleminin dayanağı VİR ve düzenlenmiş ise VTR'dir. İhbarname ancak VİR ve düzenlenmişse VTR bile birlikte bir anlam ifade edebilir. Bir kişi hakkında Cumhuriyet savcılığı tarafından düzenlenecek bir iddianamede sadece kanun maddesine yer verilerek soruşturmaya konu olay hakkında hiçbir bilgi yer almaması ne kadar anlamsız ise, ihbarnameye VİR eklenmeyerek mükellefe tarhiyat ya da cezayı gerektiren olaylar hakkında bilgi verilmemesi de o derece anlamsızdır.

Vergi/ceza ihbarnamesinin kendisi mükellefin neyle itham edildiği konusunda bir açıklama içermediğinden tek başına iddianameye benzetilemez. Nitekim iddianamenin, suçu oluşturan olayları ve bunlar için öngörülen cezaları gösteren bir belge olarak düzenlenmesi gerektiği gibi VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR de benzer biçimde isnada konu fiillere ilişkin maddi olayları izah etmeli ve hukuki sonuçlarını göstermelidir. Bu bağlamda anayasal özerk yorum anlamında suç isnadının ancak ekinde VİR ve düzenlenmiş olması halin-

<sup>94</sup> Veysi Seviğ, "Vergi İncelemesinde Hakkaniyet ve Vicdani Duyarlılık", *Referans Gazetesi*, 2009, <https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/6025/177/>, 18.9.2020.

<sup>95</sup> Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 10. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2017, s. 75,76.

de VTR bulunan vergi/ceza ihbarnamesi ile ilgiliye bildirildiği kabul edilebilir. Ekinde VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR bulunmayan vergi/ceza ihbarnamesi ise maddi olaylar hakkında hiçbir kayıt içermeyeceğinden isnadın bildirilmiş sayılması için yeterli görülemez.

Vergi cezalarına karşı açılan iptal davaları Anayasal özerk yorum anlamında bir ceza davası ise, bu ceza davasındaki isnadın kovuşturma başlamadan önce bildirilmesi gerekir. İdari yargı sisteminde yazılılık ilkesinin geçerli olduğu, vergi davalarının davacısının kamu değil aleyhinde isnatta bulunulan mükellef olduğu ve duruşma yapılmasının ancak istisnai durumlarda mümkün olduğu dikkate alındığında<sup>96</sup> klasik ceza davalarından farklı olarak bu isnadın suç isnadı altındaki kişi mahkeme huzuruna çıkmadan önce değil her durumda ihbarname ekinde bildirilmesi zorunluluğu daha iyi anlaşılabilir. Çünkü KAPLAN'ın<sup>97</sup> belirttiği gibi, mevzuatta yer alan düzenlemeler idari yargılama hukuku bakımından: duruşma müessesine dikkate değer bir anlam ya da fonksiyon yüklenmediğine işaret etmektedir.

İYUK'un 16. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki "*Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler*" şeklindeki hüküm nedeniyle taraflar, duruşma sırasında ilave bir hak iddia edemezler. 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la anılan fıkraya, "*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir*" şeklinde bir ifade eklenmiştir. Ancak bu hüküm de sadece dava dilekçesindeki miktarın bir kereye mahsus olmak üzere arttırılmasının ancak duruş-

<sup>96</sup> İYUK'un 17. maddesinin ilgili kısımları şöyledir: "Madde 17 - 1. ... tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır. 2. Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır. 3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir. 4. 1 ve 2'nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hâkim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir..."

<sup>97</sup> Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Yıl: 13, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 36,37.

ma dışında ve harcı ödenmek suretiyle mahkeme kalemine verilecek bir dilekçeyle olabileceğini düzenlemektedir.<sup>98</sup>

İYUK'un 21. maddesindeki "Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez" şeklindeki hükümle getirilen ve mahkemenin takdirine bağlı olan imkan bir kenara bırakılırsa, taraflar duruşma sırasında söz hakkını ancak dilekçe ve savunmalarında dile getirdikleri konuları açıklamak ve hatta sadece tekrar etmek maksadıyla kullanabilecektir.<sup>99</sup>

Sözlülük ilkesinin uygulama alanı bulduğu ceza muhakemesi hukukunda suç isnadı altında olan kişiye kendisi hakkındaki isnatların duruşmadan uygun bir süre önce bildirilmesi makul kabul edilebilir. Ancak yazılılık ilkesinin egemen olduğu idari yargılamada mükelleflerle açılacak iptal davasında argüman üretebilmek ve delil sunabilmek için idarenin isnatlarının davadan önce bildirilmesi bir zarurettir. Aksi bir yaklaşım isnatlar hakkında bilgi sahibi olunması için mükellefi dava açmak zorunda bırakır. Bu durumda dahi dava açan mükellef aslında neyle suçlandığı ya da neye karşı dava açtığını bilemez durumdadır. Kişilerin haklarındaki isnatları öğrenmek için dava açmak zorunda kalmaları ise bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum değildir.

İhbarnamenin isnadın bildirilmesi noktasında bütün önemsiz olduğu elbette söylenemez. Nihayetinde kişi ihbarnamenin tebliğiyle bir isnada muhatap olduğundan haberdar olmaktadır. Ancak isnadı öğrenme hakkı sadece isnadı öğrenme değil isnattan ayrıntılı olarak haberdar olma anlamına gelir. Isnat hakkında yapılacak bildirimde uyulması gereken esaslar şunlardır:<sup>100</sup>

- "Bildirim, isnadın mahiyet ve sebebini içermelidir.

<sup>98</sup> Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", s. 36,37.

<sup>99</sup> Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", s. 36,37.

<sup>100</sup> Metin Feyzioğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca Isnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", *TBB Dergisi*, 2004, Sayı 55, s. 104.



- *Bildirimde isnat, etraflıca açıklanmalıdır.*
- *Bildirim, sanığın anladığı dilde yapılmalıdır.*
- *Bildirim, en kısa bir zamanda yapılmalıdır.”*

İsnadın bildirildiğini kabul etmek için, hem fiilin hem de bu fiilin hukuk siteminde nasıl nitelendirildiğinin bildirilmesi gerekir. Bu açıdan, isnada konu fiil izah edildikten sonra, fiilin hangi hukuk normlarını ihlal ederek hangi suça sebebiyet verdiği de açıklanmalıdır. İsnadın etraflıca izah edilmesi, daha çok fiil ile ilgili olup konuyla ilgili bildirimde, fiilin soyut olarak değil uyuşmazlık konusu olayın ayrıntılarını gösterecek bir biçimde izahı yapılmalıdır. Böylece isnadın muhatabı olan kişi, hangi fiili, nerede, ne zaman işlemekle itham edildiğini öğrenebilecek ve savunmasını buna göre şekillendirme olanağına kavuşacaktır.<sup>101</sup> AYM içtihadında bu gereklilikler şu şekilde ifade edilmiştir:<sup>102</sup>

“43. İsnat, sanığın savunma yapabilmesi için bildirilmektedir. Bunun için bildirimde, sanığın hangi fiil ile suçlandığının ve hangi suçu işlediğinin açıklanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle sanık, isnadın sebebinden ve niteliğinden haberdar edilmelidir. Sanığın hangi fiili nerede ve ne zaman işlediği (yüklenen suçu oluşturan olay/olaylar) “isnadın sebebinin” oluşturur. Bunların soyut olarak değil sanığın savunma hazırlayabilmesine yeterli düzeyde ve ayrıntılı olarak açıklanması gerekir. Böylelikle sanık, davaya konu fiili nerede ve ne zaman işlemekle suçlandığını bileceğinden savunmasını buna göre yapabilecektir. Fiilin hukuki yönden vasıflandırılması ise “isnadın niteliği”dir. Suçlamanın niteliği hakkındaki bilgi de savunma yapmaya yeterli düzeyde olmalı ve bildirimde sanığın işlemekle suçlandığı fiilin hangi normu ihlal ettiği belirtilmelidir. Yargılama sırasında fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumunda da sanık bu değişiklikten haberdar edilmelidir...”

Yukarıdaki ilkeler çalışma konusuna uyarlandığında sadece ihbarname tebliğ edilip VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR tebliğ edilmezse kişiye savunmasını hazırlaması için gerekli imkan tanınmamış olur. Bu durumda savunma hakkı gerçekten değil kağıt üzerinde

<sup>101</sup> Metin Feyzioğlu, s. 107.

<sup>102</sup> Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2.2.2017.

sağlanmış olur. Mükellef böyle bir durumda idarenin vergi tarhı ya da ceza kesme işlemine karşı dava açmak suretiyle şeklen bu iddialara karşı kendini savunma imkanına sahiptir. Ancak isnadın dayandığı olgu ya da delillilerden habersiz olan mükellefin savunma hakkını gerçek anlamda kullanabilmesi mümkün olmaz. Çünkü hakkındaki isnadın içeriğinden haberdar olmayan mükellefin bu isnada karşı koyma imkanı olmayacaktır.

Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda vergi mükellefi, kendisi hakkında vergi incelemesi yapıldığından ve -kendisinin de imzasını taşıması zorunluluğu nedeniyle- bir vergi inceleme tutanağından haberdar olmakla birlikte, mükellefin bu tutanaktaki donelerin, incelemede kullanılan kayıtlardaki bilgilerin vergi denetim personeli tarafından nasıl değerlendirildiği, bu değerlendirme neticesinde ne gibi sonuçlara ulaşıldığı ve tarhiyat ya da ceza kesme işleminin bu kayıtlar dışında nelere dayandırıldığı konusunda haberdar olma imkanı olmayacaktır.<sup>103</sup>

VUK'un 34. maddesinde ikmalen ve re'sen tarh edilen vergilerin ihbarname ile ilgililere tebliğ olunacağı, 35. maddesinde, takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye ekleneceği, 140. maddesinde, vergi incelemesine başlanıldığı hususunu içeren bir tutanak ve inceleme bitince de, bunun yapıldığını gösteren bir vesikanın nezdinde inceleme yapılana verileceği, 141. maddesinde inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarının ayrıca tutanaklar ile tespit ve tevsik olunabileceği, ilgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunların da tutanağa geçirilmesi suretiyle tutanakların bir nüshasının mükellefe veya nezdinde inceleme yapılan kimseye bırakılmasının mecburi olduğu, 366. maddesinde de cezayı gerektiren olayın tespitine dair tutanak sureti ile inceleme raporunun birer örneğinin ihbarnameye bağlanacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan VUK'un "*Cezayı Gerektiren Olayın Tespiti*" kenar başlıklı 364. maddesi; "*Vergi cezalarını gerektiren olaylar vergi dairelerince veya yoklamaya ve vergi incelemesine yetkili olanlar*

<sup>103</sup> Seda Sözen ve Ömer Faruk Sözen, "Vergi/Ceza İhbarnameleri ile Birlikte Vergi İnceleme Raporunun ve Vergi Tekniği Raporunun Tebliğ Edilmesi Sorunu", 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/vergi-ceza-ihbarnameleri-ile-birlikte-vergi-inceleme-raporunun-ve-vergi-teknigi-raporunun-teblig-edilmesi-sorunu/>, 19.9.2020.

*tarafından tespit olunur. Yoklama ve vergi incelemesi sırasında rastlanan, vergi cezasını gerektirici olayların, raporlarda gösterilmesi, delillerin kaybolması ihtimalinin bulunduğu hallerde bunların tutanakla tespit edilmesi mecburidir.”şeklindedir. Bu maddeye göre, “vergi incelemesi sırasında rastlanan, vergi cezasını gerektirici olayların” gösterileceği yer VİR’lerdir.*

Vergi mükellefinin ihbarname ile yüzeysel olarak haberdar olduğu isnadın ayrıntılarından dava açmadan önce haberdar olamaması adeta bu isnada karşı mükellefin savunması mahiyetinde olan dava dilekçesinin anlamsızlaşması sonucuna yol açmaktadır. Böyle bir durumda mükellefin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olduğu da söylenemeyecektir. İsnadın içeriğinin bildirilmemesi mükellefin kendi lehine olan delilleri araştırmasına doğrudan olmasa da dolaylı olarak engel oluşturmaktadır. Mükellefin dava dilekçesinde dilediği delilleri ileri sürmesine bir engel olmamakla birlikte isnadın içeriğinden habersiz olması nedeniyle hangi delillerin kendine avantaj sağlayacağı konusunda bir değerlendirme yapma imkanı olmayan mükellefin savunma için gerekli kolaylıklara sahip olduğu söylene-  
mez. Bu bağlamda VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR’nin sonradan yargılama aşamasında mükellefe tebliğ edilmiş olması da mükellefe savunmasını yapmak için gerekli kolaylığın sağlandığı anlamına gelmez.

#### **D. KARARIN YARGI ORGANLARI ARASINDAKİ İŞBÖLÜMÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Çalışmanın önceki bölümlerinde detaylı bir biçimde analiz edildiği üzere, Kelsen ya da Avrupa modeli anayasa yargısı olarak bilinen yargı modelinin benimsendiği ülkemizde derece mahkemeleri önlerindeki davaya uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatinde olsalar dahi bu kanunu ihmal ederek doğrudan Anayasa’yı uygulama yolunu seçemezler. Mahkemelerin görevi Anayasa’ya aykırı da olsa kanunu uygulamaktır. Böyle bir durumda itiraz yolunu işleterek AYM’ye başvurup başvurmamak davaya bakan mahkemenin karar vereceği bir husustur.

Anayasa’ya aykırılık noktasında hiçbir tereddüt yok ise bu tür değerlendirmelere dahi gerek kalmaksızın derece mahkemelerine düşen görev kanunu uygulamaktır. Bunun tersi yani Anayasa’ya uygun olan

kanunu uygulamayıp doğrudan Anayasa'yı uygulamaya çalışmak hukuk sisteminin işleyişi bakımından anlaşılabilir bir tutum değildir.

Çalışmanın konusu bakımından daha önce yer verilen -özellikle cezalara ilişkin olan- VUK hükümleri vergi inceleme raporlarının mükellefe tebliğ edilmesi gerektiği hususunda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır.<sup>104</sup>

İkmalen veya re'sen tarhiyata bağlı vergi ziyayı cezalarında vergi ile ceza arasındaki kaçınılmaz ilişki bu hususlarla ilgili vergi tarhiyatı konusunda da VİR'lerin tebliğini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki VUK'un 35. maddesi - ceza kesme işlemi yapılmamış olsa dahi- kısa ve açık bir ifade ile de olsa ikmalen veya re'sen vergi tarhını icap ettiren sebeplerin de ihbarname içeriğinde yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Konu VTR'ler bakımından ele alındığında, Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 57. maddesinde; yürütülmekte olan incelemelerde birden fazla mükellefi veya vergi türünü ya da aynı mükellefin birden fazla vergilendirme dönemini kapsayan eleştiri konusu yapılabilecek hususların tespit edilmesi halinde, konunun tek bir raporda ifade edilebilmesi amacıyla düzenlenecek olan VTR'lerin vergi inceleme raporlarının ekini oluşturacağı bununla birlikte sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen VTR'nin başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu VTR'nin sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek VİR'lere ek yapılmayacağı ancak, sahte belge kullanma fiili nedeniyle düzenlenecek VİR'ler de, sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair VTR'de yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verileceği ifade edilmiştir. VİR'lerin özel bir türü olarak ifade edilebilecek VTR'ler bakımından da mevzuatta esas kural bunların tebliğ edilmesi istisnai durum ise sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen VTR'nin başka bir mükellefin sahte belge kullandığına

<sup>104</sup> İsa Aydemir, "Savunma Hakkı Kapsamında Vergi İnceleme ve Vergi Tekniği Raporlarının Mükelleflere Tebliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı: 7, s. 195; a.g.e., s. 203'te, "Kanaatimizce davacı adına düzenlenen vergi inceleme raporları mükelleflere her halükârda tebliğ edilmelidir. Tebliğ edilmemişse bu durumun esaslı bir şekil hatası olmadığı ve tarhiyatın kaldırılmasına sebebiyet vermediği düşünülmektedir" şeklinde bir açıklamada bulunulmuş ise de bu açıklamanın kendi içinde çelişki barındırdığı düşünülmektedir. Kanımızca kanun koyucu VİR'in herhalükarda mükellefe tebliğini öngörmüş ise bu tebliğin yapılmasının işlemi nasıl sakatlamayacağını izah edilmesi mümkün değildir.

ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu VTR'nin sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek vergi inceleme raporlarına ek yapılmamasıdır. Ancak bu durumda da VTR tebliğ edilmese de VİR'ler de sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair VTR'de yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verileceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nde belli durumlarda VUK'ta düzenlenen VİR'lerin eki olarak düzenlenmesi öngörülen VTR'lerin de tıpkı VİR'ler gibi mükellefe tebliğ edilmesi zorunludur. Sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen VTR'nin başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda dahi vergi mahremiyetine ilişkin mülhazalar VTR'deki tespitlerin en azından ihbarname tebliğ edilen kişiyi ilgilendirdiği kısmıyla tebliğ edilmesine bir engel olarak gösterilemez. Bu durumda da sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair VTR'de yer alan bilgi, belge ve değerlendirmeler ihbarname ekinde tebliğ edilmelidir.

Görüldüğü üzere Anayasa altındaki mevzuat olan VUK ve düzenleyici idari işlem olan Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'lerin tebliğini zorunlu tutmaktadır. Anılan mevzuatın konuyla ilgili hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda Danıştay'ın incelemeye konu edilen kararında bir iddia bulunmadığı gibi böyle bir iddia olsa bile bu iddia kanun hükümlerinin uygulanmasına bir engel teşkil edemeyecektir.

VUK'taki VİR'lerin ve buna bağlı olarak düzenlenmiş olması halinde VTR'lerin tebliğinin zorunlu olduğuna dair hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüyorsa Danıştay'a düşen her hâlükârda VUK'u uygulamaktır. Çünkü Danıştay'ın asli görevi kanunları yorumlamak ve uygulamaktır. Yargı organları arasındaki işbölümünün gereği budur. Danıştay'ın -Anayasal hükümler çerçevesinde savunma hakkı ile ilgili yorumlarının bir an için doğru olduğu varsayılacak olsa bile- olaya uygulanacak bir kanun hükmü varken Danıştay'ın savunma hakkı bağlamında Anayasa'yı yorumlayarak bir sonuca ulaŐmaya çalışması yargı organları arasındaki işbölümüne aykırıdır. Önceki bölümlerde açıklandığı üzere AYM kanuna aykırı bir uygulamayı Şartları oluşmuşsa Anayasa'ya uygun bulabilir. Çünkü AYM Anayasa'ya uygun-

luk denetimi yapmaktadır. Danıştay'ın görevi ise Anayasa'ya değil kanunlara uygunluk denetimi yapmaktır. Danıştay'ın görev alanı bakımından bir idari işlemin Anayasa'ya uygun olması onun kanuna da uygun olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun bir idari işlem kanunlara aykırı ise iptal edilmek durumundadır. Böyle bir durumda Anayasa hükümleri ya da AYM içtihatları idari işlemin kanuna aykırılığından kaynaklanan sakatlıkları meşrulaştırıcı bir araç olarak kullanılamaz.

AYM'nin temel haklara ilişkin yorumlarıyla üretilen standartlar kanunlarda öngörülen standartların gerisindeyse Danıştay kanundaki standartları bir kenara bırakarak Anayasa'yı ya da AYM içtihatlarını uygulayamaz. Danıştay ancak lafzındaki muğlaklık itibarıyla Anayasa'nın gerisinde bir güvence içerdiği düşünülebilecek hükümlerin varlığı durumunda Anayasa metnini ya da AYM içtihatlarını muğlak hükümlerin Anayasa'ya uygun yorumunu geliştirmek için kullanabilir. Muğlaklık olmayan durumlarda da Anayasa hükümleri ya da AYM içtihatları Danıştay içtihatlarına kaynaklık edemez.

VİR'in tebliği konusundaki VUK hükümleri tereddüte yer bırakmayacak ölçüde açıktır. Bu durumda Danıştay'a düşen görev kanuna uygunluk denetimi yapmak suretiyle VİR'in tebliğ edilmediği durumlarda işlemi iptal etmektir. VUK'a açıkça aykırı olan işlemlerin yargılama sürecindeki birtakım gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'ya uygun hale geldiği şeklindeki yorumlar o işlemin VUK'a aykırı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Kanuna aykırılık Anayasal denetimde belirleyici olmasa da idari yargı denetiminde belirleyicidir. Çünkü idari işlemler kanuna aykırı olamaz. Normlar hiyerarşisi bağlamında kanuna aykırı olan bir işlemin kanunlar üstündeki bir norma yani Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusundaki bir değerlendirme idari yargı makamları bakımından mümkün değildir. Kanuna aykırı olan bir işlemin Anayasa'ya uygun olması o işlemin iptal edilmemesi için bir gerekçe oluşturamaz. Kanun'un kendisi Anayasa'ya aykırı olsa dahi durum böyleyken bu şekilde bir aykırılık hususunun akla gelmediği durumlarda Anayasal hükümleri ya da AYM içtihatlarını iptal taleplerinin reddine dayanak olarak sunmak kabul edilebilir bir durum değildir.

Danıştay VİR'in tebliğinin zorunlu tutan VUK hükümlerine karşı Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla itiraz yolunu işletmediğine göre ortada Anayasa'ya aykırılıkla ilgili bir tereddüt olmadığı varsayılabilir. Hal böyleyken Danıştay'ın kanuna aykırılığı açık bir işlemin adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesi bağlamında bir değerlendirmeye konu etmesi anlaşılammamaktadır. Danıştay bireysel idari işlemlerin temel haklara ilişkin anayasal güvencelere uygunluğunu değil idari düzenleyici işlemlere ve kanunlara uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Bir idari işlem Danıştay'ca kanuna uygun olmakla birlikte temel haklara ilişkin anayasal güvencelere aykırı olarak değerlendiriliyorsa Danıştay'ın yapabileceği tek şey Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen usul çerçevesinde kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye itiraz yolunu işletmektir.

Burada bir an için, Danıştay'ın -kararında AİHS'e atıf yaptığı da nazara alınarak- Anayasa'nın 90. maddesindeki *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* şeklindeki hüküm çerçevesinde kanunu ihmal ederek AİHS'i ve onu yorumlama yetkisine sahip olan AİHM'in içtihatlarını uyguladığı düşünülebilir ise de böyle bir yoruma aynı AİHS'in 53. maddesindeki *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."* şeklindeki hüküm engel oluşturur. Anayasa'nın 90. maddesi ile AİHS'in 53. maddesi *hükümleri birlikte değerlendirildiğinde* AİHS ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu normların hangisinde daha üst koruma standardı bulunuyorsa uygulanacak olan norm da odur. Bu minvalde somut olayda uygulanması gereken norm VUK'un inceleme raporlarının tebliğ edilmesini gerektiren kanun hükmüdür.

Kaldı ki ALGAN'ın dikkat çektiği üzere, *-çalışmanın konusu bakımından VUK'ta-* daha ileri koruma öngören standartların AİHS seviyesine geriletilmesi kabul edilebilir bir durum da değildir. Bu bağlamda AİHS'te ve tarafı olduğumuz diğer uluslararası insan hakları anlaşmalarında öngörülen insan haklarının korunmasına ilişkin güvencelerin

ulusal hukukumuzdan daha güçlü olduğu varsayımıyla kabul edildiği anlaşılan Anayasa'nın 90. maddesindeki "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindeki hüküm oldukça problematiktir.<sup>105</sup>

## E. KARARIN MÜKELLEF HAKLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mükellef haklarının büyük bölümü temel hak ve özgürlüklerin vergi alanındaki görünümüdür.<sup>106</sup> Mükellef haklarının tanınmasında genel amaç hukuk devleti olmanın gereği olarak vergi ilişkisinde zayıf taraf olan mükellefleri korumaktır. Çalışma konusu bakımından vergilendirmenin gerekçeli olması daha çok vergilendirme işleminin muhatabı olan mükelleflere yönelik bir işleve sahiptir.<sup>107</sup> Böylelikle muhatabın korunması bakımından "bilgilenme" sağlanmış olur. Gerekçe zorunluluğu muhatabın işlemden bilgi alma hakkının asgari düzeyine işaret eder.<sup>108</sup> Bu sebeple gerekçe işlem muhatabının savunma hakkının bir parçası olma özelliğini taşır.

Mükellef haklarının bazıları devletin mükelleflere karşı yapabileceklerine sınır çizerken, bazıları da yapması gerekenler bakımından devlete yükümlülükler yükler. Bir başka ifadeyle vergileme bağlamında devletin mükelleflere karşı müdahalesini sınırlandıran "negatif statü hakları" yanında devletin yerine getirmesi gereken "pozitif yükümlülükler" bulunur. Böylelikle devlete karşı mükelleflere güvenceler sağlanmış olur. Vergilendirme işleminin gerekçeli olmasının altında temel haklara ve insan kişiliğine saygı yatar.<sup>109</sup> Bu çerçevede kişilerin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan vergilendirme işlemlerinde devletin gerekli usuli güvenceleri sağlaması ve mükellefleri işlemin gerekçeleri hakkında bilgilendirmesi gerekir. Çünkü AYM'nin *Züliye*

<sup>105</sup> Bülent Algan, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2015, Sayı 32, s. 204

<sup>106</sup> Adnan Gerçek, Güneş Çetin Gerger, Çağatan Taşkın, Feride Bakar ve Simla Güzel, *Mükellef Hakları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 21.

<sup>107</sup> Tekin Akıllıoğlu, s. 9.

<sup>108</sup> Tekin Akıllıoğlu, s. 9.

<sup>109</sup> Tekin Akıllıoğlu, s. 19.



*Öztürk kararında belirttiği gibi<sup>110</sup> “başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale eden karara karşı savunma ve itirazlarının incelenmesi, ancak kararın kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmesiyle mümkün olabilir”.*

Verginin başta mülkiyet hakkı başta olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlükle ilişkili olması mükellef haklarının önemini bir kat daha artırmıştır. Anayasa, kanunlar ve uluslararası anlaşmalar belirtilen hakların asli kaynaklarını, vergi idarelerince açıklanan mükellef hakları bildireleri ile bazı genel düzenleyici işlemler ise yardımcı kaynaklarını oluşturur. Ülkemizde de mükelleflere tanınan bu haklar kanunlar içinde serpiştirilmiş durumdadır. İşte, idari işlemlerde gerekçe kuralı, idari işlemin muhatabı olan kişinin haklarını korumaya yönelik bir mükellef hakkı olarak öngörölmüştür.<sup>111</sup> Mükellefler için güvence sağlayan bu hak düzenleme biçimi itibarıyla vergi idareleri için uymaları gereken zorunlu davranışı ifade eder.

Gerekçe ilkesi, bir başka açıdan da ilgilisi için hukuki yardım anlamına gelmektedir. Nitekim karşılaştığı idari işlemin maddi ve hukuki dayanaklarını bilmek herkesin hakkıdır. Çünkü idari işleme karşı itirazda bulunmak veya dava açmak ve işleme karşı sav geliştirmek işlemin dayanaklarını bilmekle mümkün olmaktadır. Bunun sonucu olarak işlemin muhatabı olan kimseler gerekçede yer alan bilgilere göre bir değerlendirme yapacak ve belki de gereksiz yere yargı yoluna müracaat ederek zaman kaybetmeyeceklerdir. Esasında bu durum ilgilinin idarenin işleminin gerekçesiyle tatmin olup olmasının doğal sonucu olmaktadır.<sup>112</sup> Açık ve anlaşılabilir bir gerekçe işlemin muhatabını dava açmaktan vazgeçirebilir.<sup>113</sup> Özellikle idarenin işlem tesis etmekte haklılığını ortaya koyan bir gerekçenin varlığı durumunda kişinin yargı yolundan sonuç alamayacağı düşüncesiyle bu yola başvurmaması yargı organları üzerindeki iş yükünü azaltacağı gibi vergilendirme işlemleri bakımından -ikmalen ve resen tarhiyat ve ceza kesme işlemlerine karşı açılan davaların tahakkuka engel olduğu nazara alındığında- vergi ve cezanın hızlıca tahsiline de imkan sağlayacaktır.

<sup>110</sup> Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14.9.2017, ř 71.

<sup>111</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 955.

<sup>112</sup> Sinan Seçkin ve Gül Üstün, s. 526.

<sup>113</sup> Tekin Akıllıoğlu, s. 19.

VUK'ta ihbarname ekinde mükellefe bildirilmesi gerektiği hüküm altına alınan VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin ihbarname ile birlikte mükellefe tebliğ edilmesinin mükellef hakkı olduğunda şüphe yoktur. İncelemeye konu edilen Danıştay kararı mevzuatla özel olarak tanınmış bir mükellef hakkını zayıflatarak bu hakkın etkisizleştirilmesi anlamı taşımaktadır. Ne ile birlikte, ne şekilde ve hangi aşamada tebliğ edileceği VUK'ta açık seçik düzenlenmesine karşın VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin tebliği konusunda aykırılık giderme kararıyla kanuni düzenlemenin aksine norm yaratılması mükellef haklarının da ihlalidir.

## F. KARARA DAYANAK YAPILAN HUSUSLAR HAKKINDA BAZI ÖZEL DEĞERLENDİRMELER

DVDDK'nın, incelemeye konu kararı 2 karşı oyla, oyçokluğu ile alınmıştır. Dikkate değer argümanlar taşıyan karşı oylardaki görüşler özet olarak dipnotta verilmiştir.<sup>114</sup>

Kararda, işlem gerekçesinin işlemle birlikte mükellefe tebliğ edilmesinin adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamaya etkisi üzerinde dava dilekçesi yönüyle yeterince durulmamıştır. İşlemle birlikte işlem gerekçesinin açıklanmaması buna karşın idarenin savunma aşamasında gerekçeyi açıklaması adil yargılanma hakkına aykırı görülmemiştir.

<sup>114</sup> "X- Karşı Oy: ... Vergi Usul Kanunu'nun 34. maddesinin, ikmalen ve re'sen tarh edilen vergilerin ilgisine ihbarname ile tebliğ edilmesine ilişkin düzenlemesine bağlı olarak, izleyen 35. maddesinin 2. fıkrasında varsa takdir komisyonu kararı veya inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye eklenmesini öngören düzenlemesi, talep veya dava hakkının gereği gibi kullanılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, mükelleflerin uzlaşma, dava açma ve savunma gibi yasal haklarını kullanabilmeleri için tarhiyatın dayanağı olan ve tarhiyatın yapılma nedeni ile matrah farkının tespitine ilişkin hesaplamaların nasıl yapıldığına dair açıklamaları içeren vergi inceleme raporunun ve tarhiyata dayanak alınan mükellefin kendisi adına düzenlenmiş vergi tekniği raporunun ihbarnameye eklenmesi gerekmektedir...vegi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi halinde, davacıların hangi suç ile isnad edildiğini öğrenme ve bu duruma göre savunma yapma hakkı elinden alındığı gibi bu durum davacılar hakkında tesis edilen işlemi hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası oluşturmaktadır... XX- Karşı Oy: ...Vergi Usul Kanunu'nun 35. maddesinde vergi inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesi gerektiğinin açıkça belirtilmesi karşısında tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesinin ihbarnamenin hukuken geçerli olmasının ön koşulu olduğu, vergi inceleme raporunun eklenmemesinin şekil yönünden hukuka aykırılık oluşturma-yağı anlaşılmaktadır...

Oysa, derece mahkemelerinin ve dolayısıyla Danıştay'ın evveleminde kanunları uygulamak Şeklindeki görevi dikkate alındığında, VUK'un VİR'in tebliğini zorunlu kılan emredici hükmü de nazara alınarak davaya konu edilen işlemlerle birlikte davacıya İYUK'un 3. ve 16. maddeleri kapsamında tanınan dava dilekçesi verme ve idarenin savunmalarına cevap verme haklarının tam ve etkili kullanımına uygun Şartların oluşup oluşmadığının üzerinde durulması gerekirdi. Davacı gerekçeye göre biri dava dilekçesi diğer savunmaya cevap aracılığıyla olmak üzere iki etkili savunma yapma imkânına sahipken VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR'nin işlemlerle tebliğ edilmemesiyle bu hakkı fiilen bire indirilmiştir. Kararda *“İdari davalar yönünden ise tarafların usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflara diğer tarafın sunduğu kanıtlar ve görüşlerden bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkanının tanınması kural olarak hakkaniyete uygun yargılama hakkı kapsamında değerlendirilmektedir”* ifadesindeki *“tarafların usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması”* Şeklindeki ilkenin somut olaya nasıl uygulandığının ortaya konması gerekirdi.

Bu genel kuralın vergi hukukunun kendine has özellikleri bakımından istisnai bir nitelik taşıyan VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR bakımından uygulanması yanlış olmuştur. Adil yargılanma hakkı bağlamında yargılama sürecinin tamamının hakkaniyete uygun yürütülmesinin güvence altına alması gerekir. DVDDK incelenmeye konu kararın değerlendirme kısmında idari işlemin tesis edilme *nedeni* olarak ifade ettiği ve esasen literatürde *gerekçe* olarak isimlendirilen açıklamaların idari dava açıldıktan sonra ortaya konulmasının adil yargılamayı ihlal etmeyeceği görüşündedir. Ancak şu kadarı söylenebilir ki, işlemlerle birlikte VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR tebliğ edilmediğinde davalı idarenin *“birinci savunma dilekçesi”* ve *“ikinci savunma dilekçesi”* olmak üzere iki etkili hakkı fiilen korunmuştur. Buna karşın davacının savunma yapma imkanının idarenin ilk savunmasına cevaptan ibaret olan bir tek dayanak ve delil ileri sürme imkanına indirgenmesinin ve davacının davalı idarenin ikinci savunma dilekçesinde ileri sürdüğu hususları cevaplayamamasının yargılama sürecini hakkaniyete uygun olmaktan çıkarmadığı yönündeki değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Her ne kadar İYUK'un 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasında *“Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap*

*veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir.”* denilmiş ise de burada mükellefe tanınan cevap verme imkanı otomatik olmayıp hakimnin takdirinde olan bir husustur. Takdire dayalı olan bu imkanın mükellef aleyhine oluşan eşitsizliği telafi ettiği söylenemez. Davacının işlemin gerekçeleri ve isnat edilen olgulardan davalının savunma dilekçesinden sonraki bir noktada haberdar olması dava dilekçesiyle tanınan kanuni hakların etkisizleştirilmesi demektir. Bu durum yargılamada eşitliği daha baştan davacı aleyhine bozan bir durumdur.

Kararda “*Uyuşmazlığı, dava konusu ederek ya da şartların varlığı halinde idareye başvurarak çözüme kavuşturma hakkına sahip olanların, seçimlik haklarını dava açmak yönünde kullanmaları halinde idareye başvurma, uzlaşma, ceza indirimine vb. uygulamalardan yararlanma imkanının kısıtlandığını ve bu durumun adil yargılanma hakkına engel teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir”* görüşüne yer verilmiştir. Ancak dava açılmadan önce mükellefin durumunu değerlendirebilme hakkına sahip olması hiç şüphesiz isnadın gerekçede ne olduğunun bilinmesiyle mümkündür. Dava açılmadan önce hukuki durumunu tam bilmeyen olgular hakkında haberdar olmayan mükellefe seçimlik idari haklardan yararlanabileceğini söylemenin pratik bir yararı olmaz. Sadece ihbarnamenin tebliği davacıların kullanabileceği idari seçimlik haklardan hangisini kullanması gerektiği ya da bu hakları kullanmayıp yargı yoluna başvurmayı mı tercih etmesi gerektiği konusunda bir değerlendirme yapması için yeterli değildir. Dava süreci içinde idarenin savunmasıyla gerekçeyi öğrenen davacı mükellefin olarak idari çözüm yollarına başvuru konusundaki haklarını geriye doğru canlandırarak kullanması da zaten mümkün değildir. Bu nedenle kararda mükellefin seçimlik haklarını kullanmasının kısıtlanmadığı yönündeki argümana dayanılırken idari çözüm yollarından uzlaşmaya veya ceza indirimine başvurabilme imkanlarının sağlıklı bir değerlendirme yapma imkanı olmaksızın gerçekten var olup olmadıklarının ortaya konması gerekirdi. Dava açma hakkı kullanıldıktan sonra idari çözüm yollarına başvurunun imkansız hale geldiği nazara alındığında idari çözüm yollarının dava hakkı ile ikame edilecek imkanlar olmadığı kolaylıkla görülebilecektir.

İdari işlemin sebep unsuru başka gerekçesi başka şeydir. DVDDK'nın özellikle vergiler için sebep ile gerekçe arasındaki ayrımı

dikkate alınmayan bir karar verdiği görülmektedir. Kararda gerekçe zorunluluğundan neredeyse hiç bahsedilmemiştir. Sadece birkaç yerde “işlemin nedeni” kavramına yer verilmiştir. Oysa kararda gerekçenin işlemdeki yeri ve idari veya yargısal yollara başvuru bakımından mükelleflerin durumuna etkisi açıklanmalıydı.

Öte yandan VUK’taki düzenlemeler açıkken, VUK’un istisnai karakterli özel hükümlerinin yorumlanmaması ve bu hükümler ihmal ederek silahların eşitliği ilkesi bakımından vergi hukukunun özel karakteriyle uyumlu olmayan birtakım genel ilkelerin somut olaya uygulanması kararı eksik değerlendirmeye bağlı olarak hatalı hale getirmiştir. Bir başka ifadeyle VUK’taki özel normlar ve vergi hukukundaki idare-mükellef ilişkisinin hususiyeti varken bunlar dikkate alınmayarak idare hukukunun genel ilkelerine ve - Danıştay’ın görevi olmamasına rağmen- anayasal hakların kanuni hakları daraltıcı şekildeki yorumuna göre karar verilmesi hukuka aykırıdır.-

VUK’taki düzenleme şekli ve işin mahiyeti gereği VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR ihbarnameden ayrı düşünülemez. Tebliğ konu ihbarnamede kanunen yer alması gereken eklere yer verilmediğinde tebliğ işleminin şekil unsurunun tamamlanmış olduğundan bahsedilemez. İhbarname kanuni ekleriyle bir bütün olarak hüküm ifade eder.

Kararda VUK’un 108. maddesi<sup>115</sup> gerekçe gösterilerek VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR’nin ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa müessir olmayan bir şekil hatası olmadığı kabul ediliyorsa, gerekçenin idarenin savunmasında sunulmaması halinin de esas etkilememesi gerekir. Bu nedenle davalı savunmasında da VİR ve düzenlenmiş olması halinde VTR’yi ibraz etmezse dava konusu işlemin iptalinin nasıl sebep veya şekil eksikliğine dayandırılabilirliğinin ortaya konması gerekir. Bu bağlamda başlangıçta var olan bir şekil eksikliği tamamlanabilir olmasına karşın dava aşamasında da tamamlanmamışsa iptalin İYUK’un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki

<sup>115</sup> “Madde 108 - (Değişik: 23/6/1982-2686/19 md.) Tebliğ olunan vesikalar, esasa müessir olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmezler; yalnız vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmaması veya bu vesikaların görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesika-yı hükümsüz kılar”.

yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından hangi unsura ilişkin olacağı da kararda incelenmeliydi.

Kararda İYUK'un 20. maddesinden bahsedilerek "Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir" hükmünün de dayanak alındığı anlaşılmaktadır. Oysa, DVDDK re'sen araştırma ilkesi ile idari işlemin unsurlarındaki eksikliği karıştırmıştır. İdari işlemin unsurlarında eksiklik varsa bunu gidermek mahkemelerin görevi değildir. Mahkemeler eksikliğin tespiti halinde iptal kararı vermek durumdadır. Vergi mahkemeleri İYUK'un 20. maddesine dayanarak idareden işlemin "gerekçe" sini sunmalarını ya da işleme sonradan gerekçe tesis etmelerini isteyemez. Vergi idaresi de işlemin şekil unsurunun tamamlanmasını sağlamak amacıyla mahkemelere vergilendirme ya da ceza kesme işleminin tesisi aşamasında mükellefe tebliğ etmediği "gerekçe" yi gönderemez. Çünkü gerekçe işlemin şekil unsurunun bir parçasıdır. Bu nedenle gerekçe ya asıl kararın parçası olabilir ya da asıl karar metnine ekli bir metin olabilir. Eğer kanun öngördüğü halde, işlem bir gerekçe içermiyorsa, bu durumda bir şekil sakatlığı mevcuttur ve bu sakatlık işlemin mahkeme tarafından iptalini gerektirir. İşlemin tesisi aşamasındaki böyle bir şekil sakatlığının yargılama aşamasında telafi edilme olanağı yoktur.<sup>116</sup>

Danıştay yerleşik içtihadında asli, esasa yönelik veya sonucu etkileyici nitelikte olan sakatlıkları iptal nedeni olarak kabul etmektedir.<sup>117</sup> VUK'un emredici hükmü karşısında DVDDK'nın kararına konu olaydaki şekil eksikliğinin asli olduğu açıkça görülmektedir. Kanunda "...bilir" şeklinde takdire imkan bırakan bir ifadeye yer verilmemiştir. Emredici kelime kullanılmıştır. Bu nedenle vergi idaresine VİR'i ihbarnameye eklememe gibi bir seçim imkânı tanınmamıştır.

VİR'in ihbarname ile birlikte tebliğinin VUK'ta özel olarak düzenlenmiş olması onun aynı zamanda asli şekil şartı olduğunu gösterir. Kararda ülkemizde genel idari usul kodu yokken vergilendirme

<sup>116</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 956.

<sup>117</sup> Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 27. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.218.

işleminin neden kendine özgü usul hukukunun olduğu yönündeki perspektifin eksikliği yanlış sonuçlara ulaŐılmasına yol açan bir başka etken olmuştur.

Kararda, “*idarenin dayanak raporu dava dosyasına sunmaması halinde ise sebep unsurunun ortaya konulamamıő olması nedeniyle tarh işleminin iptali yönünde karar verileceğinde kuşku bulunmamaktadır*” görüşüne yer verilmiştir. Oysa idari işlemin sebep unsuru başka Şekil unsuru başkadır. DVDDK idarenin dayanak raporu (VİR ve düzenlenmiőt olması halinde VTR) dava dosyasına sunmamasını sebep unsuruyla aynı görmüştür. Bu nedenle kararda sebep ve Şekil unsurları arasındaki farklılığı gözeten bir yorumun yapıldığı söylenemez.

Yukarıdaki gerekçelerle çalışmada ele alınan DVDDK tarafından verilen 19.2.2020 tarihli ve E:2020/9, K:2020/2 sayılı karar hem kanunların uygulanmaması hem idare hukukunun genel ilkelerinin ve vergi hukukunun istisnai nitelikteki hususiyetinin dikkate alınmaması ve hem de anayasal temel hakların vergi hukukunun kendine has özelliklerini dikkate almayan hatalı yorumu nedeniyle yanlıőtir.

## V. SONUÇ

Vergilendirme işlemleri nitelikleri gereği diğer idari işlemlerden farklılık arz eden bir yapıya sahiptir. Kanun koyucunun vergiler için VUK'ta gerekçe zorunluluğu getirmesinin nedenini vergilendirmenin teknik yönü ve vergilendirme işleminin kendine has özelliklerinde aramak gerekir. Bunun en önemli kanıtı diğer idari işlemler için bir usul kodu olmamasına karşın vergilere ait bir usul koduna sahip olumasıdır. Bu kapsamda vergi tarh veya ceza iŐlemiyle birlikte VİR ve düzenlenmiőt olması halinde VTR'nin tebliğ edilmesi yani gerekçenin ortaya konması kanuni bir zorunluluk olarak idareye yüklenmiőtir.

DVDDK'nın VİR ve düzenlenmiőt olması halinde VTR'nin ihbarname ekinde tebliğ edilmediği ancak davalı idarece dava dosyasına sunulduğu hallerde, bu raporların davacıya tebliğ edilerek haklılığı ortaya koymaya yönelik delilleri ileri sürmesine imkan verilebileceği, dava aşamasında giderilebilecek bu eksikliğin hakkaniyete uygun yargılama hakkını ihlal etmediği gibi esaslı bir Şekil hatası da oluőturmadiđı yönündeki hukuki temelden yoksun argümanları mükellef hakları bakımından geriye gidiőtir. DVDDK'nın verdiği kararın somut

uyuşmazlığı çözen değil, norm getiren bağlayıcı bir “aykırılık giderme kararı” olması nedeniyle önemi bir içtihat kararından daha fazladır.

Anılan kararda vergilendirme işleminin gerekçe zorunluğu bulunmayan diğer idari işlemlerle aynı kategoriye indirgenerek bir sonuca varılmış olması hatalıdır.

Danıştay’ın ya da başka bir derece mahkemesinin kanunlardaki açık hükümlere rağmen bu hükümleri ihmal ederek Anayasal hakları yorumlamak suretiyle mükellef haklarını daraltıcı yorumlarda bulunmaları temel hakları koruyup geliştirme misyonuna sahip olan bir hukuk devleti anlayışıyla da bağdaşmaz.

İçtihadi bir hukuk dalı olan idare hukuku uygulamasında idari yargı organları genel olarak idare karşısında güçsüz konumda olan bireylerin haklarını koruyucu içtihat oluşturma eğiliminde olmasına karşın Danıştay’ın bu eğilimin tam aksine bir yaklaşım ortaya koyan bu kararının anlaşılması oldukça güçtür.

Bu karardan mümkün olan en kısa zamanda geri dönülmesi hukuk devleti açısından ciddi bir kazanım olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar, İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. baskı, PwC Türkiye Yayını, İstanbul, 2015.
- Gerçek Adnan, Çetin Gerger Güneş, Taşkın Çağatan, Bakar Feride ve Güzel Simla, Mükellef Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2014.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, 3. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, 18. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2015.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel (2018). İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018.
- Gözübüyük Şeref, Yönetmelik Yargı, 27. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Gözübüyük Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, 7. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 11. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.



- Karavelioğlu Celal, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt 1, 6. baskı, Karavelioğlu Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 4. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019.
- Özay İl Han, Gün ışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1986.
- Pekcanıtez Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.
- Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 10. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2017.
- Yıldırım Turan, İdari Yargı, 2. baskı, Beta Yayınevi İstanbul, 2010.
- Zabunoğlu Yahya, İdare Hukuku, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

### Makaleler

- Akıllıoğlu Tekin, "Yönetsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, 1982, Cilt 15, Sayı 2, 1982, ss. 7-19.
- Algan Bülent, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2015, Sayı 32, ss. 185-206.
- Arslan Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Sayı 19, ss. 139-155.
- Aydemir İsa, "Savunma Hakkı Kapsamında Vergi İnceleme ve Vergi Tekniği Raporlarının Mükelleflere Tebliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı: 7, ss. 183-207.
- Azrak, Ülkü, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı*, 1993, Sayı 9, ss. 323-340.
- Eren Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, Sayı 33, ss. 231-301.
- Eren Abdurrahman, "YSK'nın Referandum Kararına Karşı AYM, Danıştay, AİHM veya İHK'ne Başvuru Mümkün Mü?", 2017, <https://www.hukukpolitik.com.tr/2017/05/03/ysknin-referandum-kararina-karsi-aym-danistay-aihm-veya-ihkne-basvuru-mumkun-mu/>, 30.8.2020.
- Feyzioğlu Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", *TBB Dergisi*, 2004, Sayı 55, ss. 102-125.
- Kaplan Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt: 13, Sayı: 1, ss. 33-46.
- Kontacı Ersoy, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 2014/4, ss. 107-117.
- Seçkin Sinan ve Üstün Gül, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 2, Sayı 21, ss. 509-533.
- Şirin Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt: 2, Sayı: 4, ss. 359-399.

Yıldırım Akif ve Dursun Halil İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, Cilt: 9, Sayı:100, ss. 126-134.

#### İnternet Kaynakları

Gemalmaz Burak, Bireysel Başvuru Usulüyle İlgili Anayasa Mahkemesi İçtüzük Değişiklikleri, 2014, <https://burakgemalmaz.com/2014/03/17/bireysel-basvuru-usuluyule-igli-aniyasa-mahkemesi-ictuzuk-degisiklikleri/>, 16.8.2020.

Gönenç Levent, "Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı", 2010, s. 7, [https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin\\_Anyasaya\\_Uygunlugunun\\_Denetimi\\_ve\\_Anyasa\\_Yargisi.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin_Anyasaya_Uygunlugunun_Denetimi_ve_Anyasa_Yargisi.pdf), 29.8.2020.

Gözler Kemal, "Anayasa Yargısı", 2000, [www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm), 29.8.2020.

Göztepe Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", V. Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, 2015, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece\\_GyoZTEPE222.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf), 18.9.2020.

Seviğ Veysi, "Vergi İncelemede Hakkaniyet ve Vicdani Duyarlılık", Referans Gazetesi, 2009, <https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/6025/177/>, 18.9.2020.

Sözen Seda ve Sözen Ömer Faruk, "Vergi/Ceza İhbarnameleri ile Birlikte Vergi İnceleme Raporunun ve Vergi Tekniği Raporunun Tebliğ Edilmesi Sorunu", 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/vergi-ceza-ihbarnameleri-ile-birlikte-vergi-inceleme-raporunun-ve-vergi-teknigi-raporunun-teblig-edilmesi-sorunu/>, 19.9.2020.

#### Mahkeme Kararları

##### Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A ve B/Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15.11.2016.

Georgiou/Birleşik Krallık, B. No: 40042/98, 16.5.2000.

Matthildur Ingvarsdottir/İzlanda [k.k.], B. No: 22779/14, 4.12.2018.

##### Anayasa Mahkemesi Kararları

Ali Gürbüz, B. No: 2013/724, 25.6.2015.

Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2.2.2017.

Ayfer Atalmış, B. No: 2016/12198, 9.6.2020.

AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16.6.1992.

AYM, E.2000/48, K.2002/36, 20.3.2002.

AYM, E. 2004/31, K. 2007/11, 31.1.2007 kararındaki Osman Alifeyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı.

AYM, E. 2016/44, K. 2016/153, 7.9.2016.

AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14.3.2019.

AYM, E.T.Y.İ. A.Ş., B. No: 2013/596, 8.5.2014

Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26.3.2013.

- B.P.O. [GK], B. No: 2015/19012, 27.3.2019.  
B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15.12.2015.  
Çetin Emre Haytoğlu ve Okan Özcan, B. No: 2016/11861, 13.6.2019.  
Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7.7.2015.  
Hüseyin Sezen, B. No: 2013/1793, 18.9.2014.  
İsmet Sarıcı, B. No: 2012/1304, 25.2.2015.  
Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19.12.2013.  
Mehmet Geçgel, B. No: 2014/4187, 18.4.2019.  
Mehmet Osman Kavala [GK], B. No: 2018/1073, 22.5.2019.  
Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12.2.2013.  
Sebahat Tuncel (2), B. No: 2014/1440, 26.2.2015.  
Şahin Alpaya (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018.  
Şirin Fidan, B. No: 2016/5523, 17.6.2020.  
Tanju Taş, B. No: 2014/9052, 11.12.2014.  
Taylan Özgür Tor, B. No: 2013/2454, 12.3.2015.  
Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 1.2.2017.  
Ünal Gökpinar [GK], B. No: 2018/9115, 27.3.2019.  
Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30.5.2019.  
Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16.5.2013.  
Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23.1.2014.  
Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14.9.2017.

### **Danıştay Kararları**

- Danıştay 10. Dairesi'nin 10.11.1994 tarihli ve E:1993/1403, K:1994/5633 sayılı kararı.  
Danıştay İÇtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 7.12.1989 tarihli ve E. 1988/6, K. 1989/4 sayılı kararı.  
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 18.6.2014 tarihli ve E. 2014/304, K. 2014/563 sayılı kararı.  
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 3.7.2019 tarihli ve E. 2019/559 K. 2019/437 sayılı kararı.  
Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2 sayılı kararı.

### **Yargıtay Kararı**

- Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 19.7.2018 tarihli ve E. 2018/2088, K. 2018/10 sayılı kararı.



# GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK 155/1-2) THE CRIME OF ABUSE OF TRUST (TCK 155/1-2)

Fatih ŞAHİN\*

**Özet:** Güveni kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Suç, mahiyeti gereği zilyetlik ve mülkiyet gibi özel hukuka ait kavramları da içinde barındırmakta olup suçun açıklanabilmesi için bu kavramların bilinmesi gerekmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu, mülkiyet hakkının yanı sıra güven ilişkisini de korumaktadır. Kişiler arasındaki sözleşme ilişkisine aykırılık ile güveni kötüye kullanma suçu çoğu zaman iç içe geçmekte, ayırt etmek zorlaşmaktadır. Uygulamada, hukuk mahkemelerinde çözümü gereken hukuki uyuşmazlıklar şikâyet konusu yapılarak ceza mahkemelerinin önüne gelebilmektedir. Bu iç içe geçmişliğin bir sonucu olarak, suç tipinin analiz edilerek, hangi durumlarda ceza hukuku anlamında cezalandırmayı gerektirir bir eylem olduğu, hangi durumlarda ise sorunun hukuk mahkemelerinde özel hukuk davaları ile çözülmesi gerektiği doğru tespit edilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Güveni Kötüye Kullanma, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Türk Ceza Kanunu 155. madde, Zilyetlik ve Mülkiyet, Suçun Unsurları

**Abstract:** He crime of abuse of trust is regulated in the Turkish Penal Code under the title of offences against property. Due to its nature, crime includes the concepts of private law such as possession and property and these concepts must be known in order to explain the crime. The crime of abuse of trust protect the right to property as well as the relationship of trust. Violation of the contractual relationship and the crime of abuse of trust are often intertwined and it becomes difficult to distinguish. In practice, it is seen that private law disputes that need to be resolved in civil courts are brought to criminal courts. As a result of this intertwining, the type of crime should be analyzed and it should be determined correctly in which cases its that requires punishment in terms of criminal law and in which cases the problem should be solved by private law cases in the civil courts.

**Keywords:** Abuse of Trust, The Crime of Abuse of Trust, Turkish Penal Code 155th Article, Possession And Property, Elements of Crime

---

\* Doktora Öğrencisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, fatihshahin.hkm@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0306-3771, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.01.2021, Kabul Tarihi: 19.01.2021

## I. GİRİŞ

İnsanoğlu, gelişim sürecinde canı ile birlikte mallarını da koruma güdüsüyle hareket etmiş ve mala karşı haksız eylemleri cezalandırmak istemiştir. Bu nedenle malvarlığına karşı suçlar ilk çağlardan beri yaptırma bağlanmıştır. Özellikle hırsızlık ve türevi suçlar ilk çağlardan beri suç olarak düzenlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçunun müstakil bir suç olarak kanunlarda yer alması diğer malvarlığına karşı suçlar kadar eski değildir. Daha çok hırsızlık suçunun bir türü olarak değerlendirilmiştir. Ayrı bir suç olarak kanunlarda yer alması XVIII. yüzyıla doğru olmuştur.

Güveni kötüye kullanma suçu mülkiyetin yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisini de koruduğundan ticaretin gelişmesi ile birlikte daha da önemli hale gelmiştir. Suç, ticaret hayatının sorunsuz devamını da sağlamayı amaçlamaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının ve her olayda suçun oluşup oluşmadığının tespiti oldukça önemlidir. Kişiler arasındaki her sözleşmeye aykırı davranış suç oluşturmayacağı gibi, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan her uyuşmazlığın da sadece özel hukukla çözüleceğini söylemek doğru olmaz. Bu nedenle çalışmamızda özellikle suçun unsurlarına, konusuna, zilyetlik kavramına ayrıntısıyla değineceğiz.

Güveni kötüye kullanma suçu, malvarlığına karşı diğer suçlarla karıştırılabilmektedir. Bu nedenle benzer suçlarla ayırımının temel unsurları ile tespitinde de fayda gördüğümüzden son bölümde bu konuyu işleyeceğiz.

## II. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR VE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE BENZER SUÇLARDAN FARKI

### A. GENEL AÇIKLAMALAR

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 155. maddesinde düzenlenen "Güveni Kötüye Kullanma Suçu" 5237 sayılı Kanun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitap, "Kişilere Karşı Suçlar"ın düzenlendiği ikinci kısımda, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında onuncu bölümde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu 141-169. maddeleri arasında malvarlığına karşı suçlar adı altında toplam 15 farklı suç düzenlenmiştir. Şüphesiz malvarlığına karşı tüm suçlar bu bölümde yer alanlardan ibaret olmayıp korunan hukuki değerın ağırlığına göre -zimet (TCK 247) suçunda olduğu gibi- başka bölümlerde de malvarlığına yönelik eylemler yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı suçlar, uygulamada en çok karşılaşılan suç tiplerindendir. Nitekim 2015 yılı Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre, malvarlığına karşı suçlardan açılan dava sayısının tüm davalara oranı %21,4 olup malvarlığına karşı suçtan dolayı toplam 573.843 adet dava açılmıştır<sup>1</sup>.

Kişilerin malvarlıklarının Devlet eliyle korunması ilk çağlardan beri kabul gören bir yaklaşımdır. Roma hukukunda malvarlığına karşı işlenen belli suçlar yaptırırına bağlanmıştır. XII Levha Kanunları'nda furtum (hırsızlık) adı altında bu tür eylemler cezalandırılmıştır. İslam Hukukunda hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma suçu gibi malvarlığına karşı suçlar ayrıca suç olarak düzenlenmiştir.<sup>2</sup> Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde de malvarlığına karşı suçlar yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı eylemler kişilerin mülkiyet hakkını ve zilyetliği koruduğu gibi, ticaret hayatının düzenli yürümesini de korumak amacıyla yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı suçların ortak özelliği olarak, kişilerin malvarlıkları içine giren değerleri korumak ve bu değerlerin sağladığı yararların yok edilmesine veya azalmasına yönelik eylemleri yaptırırın altına almak olduğu da ifade edilmiştir.<sup>3</sup>

## B. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

“Güveni Kötüye Kullanma Suçu” 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde; (1) *Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta*

<sup>1</sup> [Http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2015/ceza/33.pdf](http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ceza/33.pdf), (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

<sup>2</sup> Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Ömer Menekşe, XVII Ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu Ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 1998, s.115.

<sup>3</sup> R. Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Cengel'e Armağan Özel Sayı, Yıl:2013 Cilt:19, Sayı:2, s. 757.

*bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.(1) (2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir. Madde incelendiğinde birinci fıkrasında suçun temel haline yer verildiği, ikinci fıkrasında ise nitelikli halin düzenlendiği görülmektedir.*

Maddenin ilk fıkrasına “Başkasına ait olup da” ibaresinden sonra gelmek üzere, 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle “muhafaza etmek veya” ibaresi eklenmiştir. Yani ilk halinde bu ibare yoktur. Bu değişikliğin amacı gerekçede, uygulamada karşılaşılabilecek tereddütleri gidermek olarak belirtilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu 765 sayılı mülga TCK’da emniyeti suiistimal adı altında 508-510. maddelerde düzenlenmiştir. ETCK’nın 508. maddesinde suçun temel hali, 510. maddesinde ise nitelikli hali düzenlenmiştir. Her iki kanundaki düzenlemeler benzer olmakla birlikte birtakım farklılıklar da vardır. ETCK 508. maddede suç “Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehnedir veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkâr eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazzarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ETCK’da suçun hareket unsurları tahdidi ve sınırlı sayıda olmasına rağmen, 5237 sayılı kanunda “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkâr etmek” şeklinde genel bir ifade kullanılarak içeriğinin doldurulması uygulamaya bırakılmıştır. Suçun nitelikli hali ETCK’da ayrı bir maddede “meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen” şeklinde düzenlenmişken YTCK’da ise suçun temel haline benzer şekilde genel bir düzenleme yapılarak “meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun” teslim edilen eşya üzerinde işlenmesi olarak kabul edilmiştir. Yeri gelmişken söylemekte fayda görüyoruz; madde gerekçeleri bağlayıcı olmamakla birlikte, kanun koyucunun amacını göstermesi ve suçun uygulama



alanını göstermesi bakımından önemlidir. Güveni kötüye kullanma suçunun gerekçesi de birçok suçta nazaran ayrıntılı olarak düzenlenmiş, gerekçede suçla korunan hukuki değer, suçun konusu, maddi unsuru ve uygulama alanı bakımından açıklama yapılmıştır. Şüphesiz gerekçede katılmadığımız ya da eleştireceğimiz hususlar vardır. Ancak düzenleme amacını göstermesi bakımından ayrıntılı gerekçe yazılması olumludur.

### 1. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Güveni kötüye kullanma suçu, bir sözleşme -kira, rehin, ödünç, emanet, vekâlet vb. sözleşmeler ya da atipik bir sözleşme- gereği kendisine teslim edilen malın devir olgusunun inkâr edilmesi ya da devir amacı dışında tasarrufta bulunulması ile oluşmaktadır. Bu suç tipinde, başta fail ve mağdur arasında bir sözleşme ve güven ilişkisi vardır. Bu özelliği nedeniyle suçla korunan hukuki değer açısından öğretide görüş birliği olduğu söylenemez.

Bu suçla korunan hukuki değere dair madde gerekçesinde; *“söz konusu suçla korunan hukuki değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyete sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir”* demek suretiyle mülkiyet hakkı ve güven ilişkisinin korunduğu belirtilmiştir.

Bir görüşe göre, insanlar arasındaki ilişkilerde, karşı tarafa duyulan güvenin kötüye kullanılmasını önlemek, ticari hayatı korumak ve güvenle sürdürülmesini sağlamak amacıyla kabul edilen bu suç herhangi bir sözleşme ile malın zilyetliğini faile devreden mağdurun mülkiyet hakkı korunmaktadır.<sup>4</sup> Bazı yazarlar bu suçun sadece mülkiyet hakkını koruduğunu ileri sürmektedir.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Kanun Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.3.

<sup>5</sup> Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998, s. 409. Durmuş Tazcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 545. Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994, s. 409.

Bazı yazarlara göre ise, suçla korunan hukuki değer; mülkiyet hakkının yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisidir.<sup>6</sup> Madde gerekçesinde de yukarıda açıkladığımız üzere güven ilişkisinin korunduğu belirtilmiştir. Bunun yanında mülkiyet ve güven ilişkisine ek olarak suçla zilyetliğin de korunduğu ileri sürülmüştür.<sup>7</sup>

Kanaatimizce suçla mülkiyet hakkının yanı sıra, kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Suç, aynı zamanda ticaret hayatının düzenli ve sorunsuz sürdürülmesini koruma amacı taşımaktadır. Ceza kanunlarının bir amacının da toplumsal yaşamı düzenlemek olduğu düşünüldüğünde, toplumsal yaşamın ayrılmaz bir parçası olan ticari düzenin de bu suçla korunmak istendiği söylenebilir. Ticari hayatın devamının önemli unsurlarından birisi taraflar arasında güven ilişkisi olmasıdır. Zira ticaret ilişkilerinde güven temel esaslardan biridir. Suçun mağduru malikin yanı sıra meşru bir şekilde zilyetliği elinde bulduran meşru zilyet de olabileceğinden Meraklı'nın suçla zilyetliğin de korunduğu şeklindeki görüşlerine katılıyoruz.

## 2. MADDİ UNSUR

Bu bölümde suçun fail, mağdur, fiil unsurlarını irdeleyeceğiz.

### a. Fail

Suçun faili, suç konusu olan ve ayrıntılarını aşağıda açıklayacağımız malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kimse olabilir. Suçun oluşumu için bir kimsenin zilyetliği kendisine devredilmiş olan malı, devir amacı dışında tasarrufta bulunulması veya devir olgusunu inkâr etmesi gerekir. Görüldüğü üzere suç fail yönünden bir özellik göstermektedir. Zira herkesin işleyebileceği suçlardan farklı olarak burada bir ön şart olan zilyetliğin meşru olarak devri gerekmektedir. Suça konu malın zilyetliğini meşru yollardan almayan bir kimse suçun faili olamayacağı gibi, bu suç tipi de oluşmayacaktır. O halde suçun faili, mağdur ile öncelikle bir sözleşme ilişkisi kuran ve bu ilişkiye is-

<sup>6</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 625. İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 71.

<sup>7</sup> Serkan Meraklı, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11 Özel Sayı:2009, s. 1665.

tinaden malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kimse olabilecektir.<sup>8</sup> Suç yükümlülük suçlarındandır. Muhafaza etmesi veya belli bir şekilde kullanması için malın zilyetliği kendisine devredilen kişinin aradaki sözleşme ilişkisinin gereklerine uygun davranması gerekir. Bu ilişkinin gereklerine aykırı olarak tasarrufta bulunulması veya devir olgusunu inkâr edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla suç, özgü suçtur. Zira bu suçu herkes değil, sadece malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kişiler işleyebilir. Bu özelliği nedeniyle de suçunu işlenişine katılan ancak kendisine malın zilyetliği devredilmeyen diğer kişiler suç ortağı olarak cezalandırılacaktır.<sup>9</sup>

Eşyanın maliki bu suçun faili olamaz. Zira maddede geçen “bir başkasına ait olup da” unsuru malik yönünden sağlanmayacağından malikin fail olması söz konusu olmayacaktır. Madde gerekçesinde de malikin fail olamayacağı belirtilmiştir. Doktrinde belli durumlarda malikin de suçun faili olabileceğini savunan görüşler<sup>10</sup> olmakla birlikte açıkladığımız nedenle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Öğretide tartışmalı alanlardan birisi de iştirak veya müşterek mülkiyete konu olan mallarla ilgili ortakların bu suçun faili olup olmayacağına ilişkindir. Tartışmaya ve görüşlere geçmeden önce kısaca iştirak (elbirliği) ve müşterek (paylı) mülkiyetten de bahsetmek gerekir. Müşterek mülkiyet Türk Medeni Kanunu’nun 688. maddesinde paylı mülkiyet Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır. Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Devamı maddelerinde malın yönetimi, kullanımı gibi hususların paydaşlarca belirlenebileceği belirtilmiştir. İştirak halinde

<sup>8</sup> Özgenç, s.83

<sup>9</sup> Özgenç, s.83

<sup>10</sup> Bu görüşü savunan yazarlara göre; malın malikinin, hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulunduran kişiden geçici bir süre de olsa belirli amaçla devralmışsa bu suçu işleyebilir. Örneğin, maliki olduğu arabayı bir yıllığına bir başkasına kiralayan malik belirli bir amaçla arabasının zilyetliğini kiracıdan almış ve bu devralma amacına aykırı bir şekilde araba üzerinde tasarrufta bulunmuş veya devir olgusunu inkâr etmişse, malik olan kişi de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Bkz. Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 643.

mülkiyet ise aynı kanunun 701. maddesinde, “- Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır” şeklinde düzenlenmiştir. Yönetim ve tasarruf hükümleri de devam eden maddede de düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ve bazı yazarlarca, bu suçun iştirak veya müşterek halinde malik olunan malın maliklerince birbirine karşı bu suçların birbirlerine karşı işlenemeyeceği belirtilmiştir.<sup>11</sup> Madde gerekçeleri uygulamayı göstermesi bakımından önemli olmakla birlikte bağlayıcı değildir. Tek başına, gerekçede bu suçun iştirak veya müşterek ortaklarca birbirine karşı işlenemeyeceği yazdığı suçun faili olmayacaklarını söylemek kabul edilemez. Bu görüşü savunan yazarların temel yaklaşım noktası, malın maliki bu suçun faili olamayacağından ve iştirak veya müşterek ortaklık halinde de mal üzerinde maliklik durumu söz konusu olduğundan suçun oluşmayacağıdır. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira iştirak veya müşterek ortaklık halinde her ortağın belli oranda ortaklık payı bulunmaktadır. Bir ortak diğer ortakların hakkını da gasp eder şekilde tasarrufta bulunursa suçun oluşacağını düşünüyoruz. Örnek vermek gerekirse, üç ortağın bir iş makinası aldığını ve ortakların anlaşarak bir ortağa aracın zilyetliğini inşaat faaliyetinde kullanılmak üzere devrettiğini varsayarsak, burada aracın zilyetliğini devralan ortak aracın tamamını parçalara ayırarak satarsa, kendi payını aşan, diğer ortakların maliki olduğu kısım ile ilgili de devir amacına aykırı tasarrufta bulunduğundan suçun faili olacağını düşünmekteyiz. Görüşümüze benzer olarak Özbek de “*Kanaatimizce bu kişilerin birbirine karşı güveni kötüye kullanma suçu işlemelerine hukuki bir engel yoktur. Çünkü söz konusu mal diğerleri bakımından başkasına ait bir maldır ve hırsızlık suçuna konu oluşturabilmektedirler. O halde güveni kötüye kullanma bakımından kanunda olmayan bir hukuki sonucu gerekçeden hareketle kabul etmek mümkün gözükmemektedir*” demiştir.<sup>12</sup> Yine başkaca yazar tarafından da belirtilen gerekçe ile elbirliği ve paylı mülkiyete konu malların ortaklarının bu suçun faili olabileceği belirtilmiştir.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bakıcı, s. 6-7. Özgenç, s.73. Koca/Üzülmez, s.626.

<sup>12</sup> Özbek, s.1191.

<sup>13</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.433. Osman Yaşar/H. Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.5001.

Bir başka görüşe göre ise, müşterek mülkiyette, paydaşlardan her birinin tek bir mülkiyet üzerinde paylara sahip olmaları karşısında, malın başkasına ait olma özelliği gerçekleşmekte ve bu sebeple de birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemeleri mümkün olmaktadır. Yine bu görüşe göre iştirak halinde mülkiyette malikler bir mülkiyete hep birlikte sahip olmakta ve bu mülkiyet paylara bölünmediğinden de müşterek mülkiyetteki gibi malın başkasına ait olma özelliği söz konusu olmadığından iştirak halinde mülkiyette güveni kötüye kullanma suçunun malikler arasında işlenmesi söz konusu olamaz.<sup>14</sup>

Tüzel kişiler temsilcileri vasıtasıyla temsil edildiklerinden suçun faili olamayacaklar, onlar adına hareket eden gerçek kişiler fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Yine bir eşyanın kamu görevlisine görevinden dolayı temsil edilmesi ve görevlinin bu eşyayı devir amacı dışında kullanması ya da devir olgusunu inkâr etmesi halinde bu suç değil, özel olarak düzenlenen zimmet suçu oluşacaktır. Ancak eşyanın kamu görevlisine görevi gereği değil de kişisel olarak duyulan güven nedeniyle verilmesi halinde bu suç oluşacak, kişi bu suçun faili olacaktır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

## b. Mağdur

Bu suç mağduru suçun faili ile sözleşme ve güven ilişkisi kuran ve bu suretle eşyanın zilyetliğini faile devreden kişidir. Bu devir olgusunu gerçekleştiren kişi, malın maliki olabileceği gibi malı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişi de olabilir. Bu durumda, yani malın faile maliki tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından devredildiği durumlarda hem malikin hem de malı devreden üçüncü kişinin mağdur olacağını düşünmekteyiz. Zira yukarıda açıkladığımız üzere suçla korunan hukuki değer sadece mülkiyet olmayıp, kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Burada güveni zedelenen malik olmayan zilyet olduğundan suçun mağduru olacaktır.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Can Canpolat, "5237 sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", *MÜSBE*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.58. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

<sup>15</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 421. Mağdurunun sadece eşyanın maliki olabileceği şeklinde aksi yönde görüş için bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar, Savaş Yayinevi, Ankara 2013, s.162.*

Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağını açıklamadan önce kısaca mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarına da değinmek gerekir. Zira sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirken; aile, devlet, tüzel kişiler gibi oluşumlar sadece suçtan zarar gören olabilecektir. Mağdur, suçtan doğrudan etkilenen kimse olmasına karşın, zarar gören bir suçun işlenmesi ile hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal olan kimsedir. Çoğu kez mağdurluk ve suçtan zarar görme hali iç içe geçmiştir. Ancak kasten öldürme örneğinde maktulün yakınları suçtan zarar gören olmasına karşın suçun doğrudan mağdurları değildirler. Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazken, suçtan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmişlerse, suçtan zarar gören sıfatları olacak ve bu sıfatla yargılamaya katılabileceklerdir.<sup>16</sup>

### c. Suçun Konusu

Suçun konusu, eylemin üzerinde gerçekleştiği şey olarak tanımlanabilir. Suç konusu, insan olabileceği gibi (kastan öldürme veya yaralama suçları gibi) bir eşya (genel olarak malvarlığına suçlar bu kapsama girer) veya bir hayvan olabilir. Güveni kötüye kullanma suçunda suç konusu “*muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal*” olarak belirtilmiştir. Burada suçun konusu olan mal kavramını açıklamadan önce zilyetliğin devrini açıklamakta fayda görüyoruz. Zira suçun konusu zilyetliği devredilmiş olan maldır.

#### aa. Genel Olarak Zilyetlik Kavramı

TCK 155. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için malın zilyetliğinin önceden faile devredilmiş olması gerekir. Aksi takdirde bu suç oluşmayacaktır. Zilyetliğin devri bu suç açısından öğretide ön şart olarak değerlendirilmiştir.<sup>17</sup> Suçun ön şartı hareketin evvelinde yer alıp, suçun yokluğuna veya diğer unsurlar da mevcut olmak şartı ile varlığına etki eden hal olarak tanımlanmıştır.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> CMK'nın 237/1. maddesinde kamu davasına katılabilecekler “mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar” olarak belirtilmiştir.

<sup>17</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 547. Centel/Zafer/Çakmut, s. 414. Dönmezer, s. 408.

<sup>18</sup> Faruk Erem, “Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar)”, *AÜHF Dergisi*, Y: 1970, C: 27, S: 1-4, s. 12.

Zilyetlik Türk Medeni Kanunu'nun 973. maddesinde "bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti olan kimse o şeyin zilyedidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bir şey üzerinde zilyet olabilmek için zilyetlik iradesi ve fiili hâkimiyet gereklidir. Zilyetlik iradesi, bir şey üzerinde zilyet olma isteği şeklinde ifade edilirken, fiili hâkimiyet ise kişi ile eşya arasındaki ilişki olarak tanımlanmaktadır. Bu ilişki çok sıkı olabileceği gibi, fiili hâkimiyeti göstermesi şartıyla gevşek bir ilişki de olabilir.<sup>19</sup> Önemli olan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak eşyadan faydalanabilecek, onu kullanabilecek, koruyabilecek bir durumda olmaktır. Eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin devamlılık arz etmesi de gerekmektedir. Bu devamlılık da eşyanın durumu, çeşidi, somut durumun özelliklerine göre belirlenir. Örneğin, bir mağazaya giren kişi eşyaları incelemek üzere kısa süreliğine eline aldığı anda onun zilyedi olmaz.

Ceza hukukunda zilyetlik, mal üzerinde mülkiyet sahibi gibi tasarrufta bulunabilme yeteneği olarak tanımlanmış ve mal üzerindeki tasarruf yetkisi ve egemenlik faile geçmediği sürece, kişinin malın zilyedi değil, malı elinde bulunduran kişi olacağı belirtilmiştir.<sup>20</sup>

Güveni kötüye kullanma suçu açısından zilyetliğe baktığımızda suçun failinin malın zilyetliğine tam olarak sahip olması gerekir. Bu kapsamda mal üzerinde tam hâkimiyet sağlanmalı ve zilyet olma iradesi bulunmalı, zilyetliğin devri rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmelidir.

### ab. Zilyetlik Türleri

Zilyetlik genel olarak *hakka dayanan-hakka dayanmayan, yalın-dereceli zilyetlik, dolaylı zilyetlik -dolaysız zilyetlik, tek başına zilyetlik- birlikte zilyetlik, zilyet- zilyet yardımcılığı, hak zilyetliği, tek başına zilyet başkası için zilyet şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır.*<sup>21</sup>

Şayet zilyetlik herhangi bir ayni ya da kişisel hakka dayanarak kurulmuş ise *hakka dayanan zilyetlik söz konusu olur. Aksi durumda ise, yani herhangi bir hakka dayanmadan sağlanan zilyetlik ise hakka dayanmayan zilyetlik* olarak tanımlanır. Örneğin, kiralanın araç üzerinde hakka

<sup>19</sup> Zilyetliğe dair ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 671.

<sup>20</sup> Yazıcıoğlu, s. 775.

<sup>21</sup> Öztan, s. 675.

dayanan zilyetlik söz konusu iken çalınan ya da gasp araç üzerinde hakka dayanmayan zilyetlik vardır. Güveni kötüye kullanma suçunun söz konusu olması için failin hakka dayanan bir zilyetliğe sahip olması gerekir. Eşya üzerinde tek bir zilyetlik hali varsa *yalın zilyetlik*, birden fazla zilyetlik hali varsa *dereceli zilyetlik* vardır. Eşyayı tek bir kişi zilyet olma iradesi ile elinde bulundurursa, *tek başına zilyetlik-tek zilyetlik* söz konusu olur. Eğer birden fazla kişi eşya üzerinde zilyetse *birlikte zilyetlik* söz konusu olur. Bir kişi bir eşya üzerinde zilyetse *eşya zilyetliği*; bir hak üzerinde zilyetse örneğin tapuya tescil edilmiş manzara kapatma gibi bir sınırlı aynı hakka sahipse *hak zilyetliği* söz konusu olacaktır. Aynı veya kişisel hakka dayanarak alınan mal üzerindeki zilyetlik *kendisi için zilyetlik* iken, başkasının nam ve hesabına kabul edilen eşya üzerindeki zilyetlik *başkası için zilyetlik* olarak tanımlanabilir.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından asli zilyet-feri zilyet, doğrudan-dolaylı zilyet, zilyet yardımcısı gibi kavramları biraz daha ayrıntılı açıklamak gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 974/2. maddesinde "*Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'î zilyettir.*" hükmü yer almaktadır. Böylece, malı malik sıfatıyla elinde bulunduran kişinin asli zilyet, bunun dışında kalanların ise fer'î zilyet olduğu açıklanmıştır. Doktrinde bu tanımın eksik olduğuna dair eleştiriler yapılmıştır. Dereceli zilyetlikte bir başkasının üstün hakkını tanıyarak mala zilyet olan kimseler, bu üstün hakka sahip olduğu belirtilen kişilere göre fer'î zilyet olarak kabul edileceğini belirten görüşler olduğu gibi.<sup>22</sup> Kanunda sadece malik olan kimselerin asli zilyet diğerlerinin fer'î zilyet olduğunun belirtildiğini ve bu nedenle sadece malik olanların asli zilyet olacağını belirten görüşler de vardır.<sup>23</sup> Çalışma konumuz zilyetlik olmadığından bu tartışmanın ayrıntısına girmeden kanundaki açıklık dolayısıyla sadece malik olanların asli zilyet olabileceğini düşündüğümüzü belirtmekle yetiniyoruz. Güveni kötüye kullanma suçunda fail, fer'î zilyet konumundadır. Zira mülkiyet devredilmeksizin malın zilyetliği faile devredilmekte ve fail de bu devir olgusuna aykırı hareket etmektedir. Şayet malın zilyetliği ile birlikte mülkiyeti de karşı tarafa devredilmiş

<sup>22</sup> Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 37.

<sup>23</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006 s.57-58. Kenan Bulutoğlu, Emniyeti Suiistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:635, İstanbul 1955, s. 68.



ise, kişi kendi malları üzerinde bu suçu işleyemeyeceğinden güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 975. maddesinde, “Bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir” denmektedir. Bir eşyayı fiilen elinde bulunduran zilyedin zilyetliği doğrudan zilyetlik olarak adlandırılırken zilyetliğini bir başkası aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyet olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, bir eşyasını başkasına ödünç veren kimsenin zilyetliği, ödünç verdiği kişi aracılığı ile devam ettiğinden dolaylı, mal üzerinde fiili hâkimiyeti doğrudan doğruya kullanan ödünç alanın zilyetliği ise doğrudan zilyetlikdir. Güveni kötüye kullanma suçunda fail mal üzerinde fiili hâkimiyet kurduğundan doğrudan zilyet, suçun mağduru ise fail aracılığıyla zilyetliğini sürdürdüğünden dolaylı zilyet olacaktır. Tabi burada zilyetlik malik tarafından değil de ferî zilyet tarafından devredilmiş olabilir. Bu durumda mal üzerinde bizatihi fiili hâkimiyet sağlayan fail doğrudan zilyet diğerleri, başkası aracılığıyla zilyetliği kullandığı için dolaylı zilyet olacaktır.

*Başkası için zilyet*, bir eşyayı bir başkasının nam ve hesabına elinde bulunduran kişidir.<sup>24</sup> Bu kimseler, eşya üzerinde inisiyatif kullanarak tasarruf edemediklerinden kendi adlarına zilyetlik hükümlerinden faydalanamayacakları belirtilmiştir.<sup>25</sup> Başkası için zilyet olanların ferî zilyet olup olmadıkları ise tartışma konusudur. Bazı yazarlar bu durumda olanların başkasının üstün hakkını tanıyarak onun adına sorumlu olma bilinciyle hareket ettiğinden ferî zilyet olduğunu belirtirken;<sup>26</sup> bazıları ise bu durumda olanların ferî zilyet olmadıkları görüşündedir.<sup>27</sup> Başkası için zilyetliğe, malı bir yerden başka yere götürmek üzere teslim alan nakliyecisi, temsil ilişkisine dayalı olarak mal teslim edilenler gösterilmektedir.<sup>28</sup> Başkası için zilyet olanların ferî zilyet olup olmadıklarının tespiti güveni kötüye kullanma suçu bakımından önemlidir. Zira güveni kötüye kullanma suçunun faili, eşya

<sup>24</sup> Güven/Esener, s.63.

<sup>25</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.59.

<sup>26</sup> Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 251.

<sup>27</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.58. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku -I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Adalet Yayınevi, Konya Ekim 2004, s. 59.

<sup>28</sup> Ayan, s.59

üzerinde fer'i zilyetliğe sahip kimsedir. Bu sebeple şayet başkası için zilyet olanları fer'i zilyet olmadığını kabul edersek bu kimselerin güveni kötüye kullanma suçunun faili de olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Aksinin kabulü halinde ise güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceklerdir. Kanaatimiz, başkası için zilyetler de eşya üzerinde zilyedin sahip olduğu bir takım yetkileri kullanabileceğinden ve rızaya dayalı bir teslim söz konusu olduğundan güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceklerdir.

Zilyet yardımcısı, bir malda başkası adına ve onun talimatlarına uygun bir şekilde fiili hâkimiyet kullanan kimse olarak tanımlanmaktadır.<sup>29</sup> Burada zilyet yardımcısı başkası nam ve hesabına talimatları doğrultusunda eşyayı kullanmakta ve hâkimiyet kurmaktadır. Zilyet ile zilyet yardımcısının ayrımı için öğretide “*zilyet yardımcısının asıl zilyedin emir ve talimatı ile hareket etmesi ve aralarında bir astlık üstlük ilişkisinin bulunması, zilyet yardımcısının eşyayı kendisi için değil, mala zilyet olan kimsenin fiili hâkimiyet alanı içinde ve hizmetinin ifası için kullanması, zilyet yardımcısı ile zilyet arasındaki altlık üstlük ilişkisinin dışarıdan görülebilir olmasının gerekli olduğu, zilyet yardımcısının, zilyedin aksine eşya üzerinde aynı veya şahsi bir hakka sahip olmaması*” gerektiği belirtilmiştir.<sup>30</sup> Örneğin, evin hizmetçisi, evdeki eşyalar üzerinde zilyet değil, mal sahibinin talimatları doğrultusunda çalıştığı için zilyet yardımcısıdır. Zilyet yardımcılarının eşya üzerinde zilyetliği olmadığından güveni kötüye kullanma suçunun faili olamayacakları belirtilmiştir.<sup>31</sup>

### ac. Zilyetliğin Devri

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu olan mal, zilyetliği faile devredilmiş olan maldır. Bunun için zilyetliğin hukuka uygun olarak faile devredilmiş olması gerekir. Şayet fail tarafından hukuka uygun şekilde elde edilmiş bir zilyetlik yoksa *güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zilyetliğin devri Türk Medeni Kanunu'nun 977-980. maddeleri arasında düzenlenmiştir.*

Hazır olanlar arasında zilyetlik devri TMK 977. maddesinde “*Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene tesli-*

<sup>29</sup> Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), AÜHF Yayınları, Ankara 1974, s. 180.

<sup>30</sup> Öztan, s. 677.

<sup>31</sup> Toroslu, s. 166.

*mi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, eşyanın fiilen teslimi ile zilyetlik devredilmiş olacaktır. Eşyanın bizzat değil de eşyayı temsil eden, kullanılmasını sağlayan araçların devri halinde de eşyanın zilyetliği devredilmiş olacaktır. Örneğin, aracın ya da evin anahtarının verilmesi halinde eşyanın zilyetliği de devredilmiş olacaktır. Aynı maddedeki düzenlemeye göre yeni zilyedin eski zilyedin herhangi bir fiiline gerek kalmadan mal üzerinde fiili hâkimiyeti kazanma imkânının sağlanması halinde de zilyetlik devredilmiş olacaktır. Bu genellikle devir sözleşmesi ile sağlanmaktadır. Eski zilyedin yeni zilyede malın yerini bildirerek ödünç verdiğini söylemesi ve yeni zilyedin de kabul etmesi halinde sözleşme tamamlandıktan sonra zilyetlik devredilmiş sayılır.

Hazır olmayanlar arasında zilyetlik devri, TMK 978. maddesinde *“Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Malın zilyetliğinin devri için bizzat zilyetliği devralana teslim edilmesi gerekmeyip, onun adına hareket eden birisine devredilmesi halinde de zilyetlik devri gerçekleşmiş sayılacaktır. Eşyanın zilyetliği de temsilciye devredildiği anda gerçekleşmiş olacaktır. Burada temsilcinin hukuki statüsü tartışmalı olup, zilyet yardımcısı olduğunu söyleyenler olduğu gibi başkası adına zilyet olduğu da ifade edilmektedir.<sup>32</sup>

Teslimsiz zilyetlik devri, TMK 979. maddesinde *“Bir üçüncü kişi veya zilyetliği devreden, özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur”* şeklinde düzenlenmiş olup, burada mal fiilen teslim edilmemekte sadece malın zilyetliği devredilmektedir. Genellikle sözleşme ile sağlanan bu durumda zilyetliği devreden kimse malın doğrudan zilyedi olmaya devam etmekte ancak zilyetliği devralan üçüncü bir kişiye de dolaylı zilyetlik sağlanmaktadır. Örneğin, kurban bayramından bir ay önce kurbanlık hayvan alan kimse, bayrama kadar hayvanın satıcı da kalması ve bakılması hususunda anlaşırsa, malın zilyetliğini dolaylı olarak devralmış olacak ancak fiili teslim bir ay sonra gerçekleşecektir. Şayet satıcı aynı hayvanı başka bir kişiye daha satarsa malın sahibine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır.

<sup>32</sup> Akipek, s. 190.

Son olarak TMK 980. maddesinde emtiayı temsil eden senetlerin devri, “*Bir taşıyıcıya veya umumî mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur*” şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu düzenleme yukarıda açıkladığımız eşya üzerinde hâkimiyet kuracak araçların devri ile benzer özelliklere sahiptir. Nasıl ki aracın anahtarını devredince aracın zilyetliği de devredilmiş sayılacak ise, emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi halinde emtianın kendisi de devredilmiş sayılacaktır. Eşyayı temsil eden senetler, *taşıma senedi, umumi mağazalar tarafından verilen senetler, konişmento ve varant* olarak sayılabilmektedir.

#### **ad. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı**

Zilyetliğin devri, hukuken geçerli olmalıdır. Şayet geçerli bir zilyetlik devri söz konusu değilse, güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Geçerli sözleşme, zilyetlik devrine dair olan sözleşmedir. Özel hukukta yer alan belli sözleşme tipleri ile zilyetlik devri gerçekleştirilebileceği gibi, sui generis ya da karma sözleşme tipi ile de zilyetlik devredilebilir. Önemli olan zilyetliğin suçun failine devredilmesidir. Özel hukukta tanımlanan veya özel hukuka göre geçerli bir sözleşme kurulması şart değildir. Eğer sözleşme mülkiyet devrini de kapsıyorsa fail malın mülkiyetine de sahip olacağından suç oluşmayacaktır. Güveni kötüye kullanma suçunun faili malın fer’i zilyedir. Bu suçla korunan hukuki değerlerden belki de en başta gelen mülkiyettir. O nedenle satış, bağışlama gibi sözleşmeler mülkiyet devrini de içerdiğinden güveni kötüye kullanma suçunun tipiklik unsuru oluşmayacaktır.

Bu suçun oluşumu için önemli olan zilyetlik devri olup, devrin bir sözleşme ile yapılması zorunlu değildir. Mahkeme kararıyla, kanun hükmüyle veya yetkili kurul kararıyla da zilyetlik devri sağlanmış olabilir. Yargıtay da bir kararında site yönetim kurulu kararıyla zilyetliğin devredildiği hallerde devir olgusuna aykırı hareket edilirse suçun oluşacağı sonucuna varmıştır.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Y11.CD; T: 03.10.2006, E: 2006/4479, K: 2006/7725 sayılı kararı; “*Çağdaş sitesi olağanüstü Genel Kurulu’nun, 13.04.2003 tarihinde yapılan toplantısında 3 nolu kararlar, eski yönetimin siteye ait defter ve belgeleri yeni seçilen yönetim teslim etmesinin kararlaştırıldığı, toplantı kararlarını altında sanığın da imzasının bulunduğu, zaman içinde müteaddit kez sözlü uyarılara rağmen (karar defteri hariç) defter ve belgelerin yeni yönetime devir ve teslim edilmemesi üzerine, yeni yö-*

Zilyetlik devri sözleşme konusunun hukuka aykırı olması ya da suç oluşturması halinde suçun oluşup oluşmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre böyle bir durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz; çünkü Borçlar Kanunu'na göre bir sözleşmenin konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olamaz. Aksi halde sözleşme batıl olacaktır. Bu görüş bu hallerde hukuka uygun bir zilyetlik devrinin gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüş hukuk düzenine aykırı düşen bir güven ilişkisinin korunmaya değer olmayacağını belirtmektedir.<sup>34</sup> Diğer bir görüş ise ceza hukuku ve özel hukukun farklı dallar olduğu, her hukuk dalında ayrı değerlendirme yapılması gerektiği, güveni kötüye kullanma suçu açısından önemli olanın geçerli bir zilyetlik devrinin varlığı olduğu, şayet zilyetlik devrine konu mal hukuken kanun bir mal olsa da, şayet devir amacına aykırı tasarruf söz konusu ise, suçun yasal unsurlarının oluşacağı yönündedir.<sup>35</sup> Yine bu görüşü savunan yazarlar, ceza hukukunun korumasının bu tur olaylarda kaybedilmesi ceza hukukunun amacına ters düşeceğini, ceza hukukunun, zarar verme özgürlüğünü genişleten nitelikteki bir geri çekilişinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>36</sup> Kanaatimizce de özel hukukun ayrı bir hukuk dalı olması, ceza normları yorumlanırken ceza hukukuna özgü kurallar ve ceza hukukunun ilkeleri altında yorumlanması gerektiğinden zilyetlik devrine konu mal hukuken yasaklanmış olsa da bu suç oluşacaktır. Zira bu suç ile korunan mülkiyetin yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisidir.

Muvazaalı işlemlerde<sup>37</sup> suçun oluşup oluşmayacağına da değinilmelidir. Muvazaalı işlemlerde örneğin bir kişinin hacizden kurtarmak

---

netimce alınan 30.06.2003 tarihli karar doğrultusunda çıkarılan 01.07.2003 tarihli ihtarnamenin tebliğ edilmesine rağmen, defter-belgelerin alıkonulmaya devam olduğu dosya kapsamından anlaşıldığından; yüklenen suçun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilerek sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken”

<sup>34</sup> Koca, s. 84. Centel/Zafer/Cakmut, s.432. Koca/Üzülmez, s.629.

<sup>35</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 583. Bakıcı, s.10. Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, İzmir 2008, s.1193.

<sup>36</sup> Bu konudaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Meraklı, s.1860.

<sup>37</sup> “Sözleşme taraflarının hakiki niyetlerini gizleyerek görünürde bir beyanda bulunmaları hususunda anlaşmaları muvazaa (danişik), bu şekilde yapılan işleme de muvazaalı işlemler denilmektedir” Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 115.

maksadıyla arkadaşına otomobilini satmış gibi gösterdiğinde bu durumun özel hukukta mutlak muvazaa kabul edilerek görünürdeki satış işleminin butlan türünden bir geçersizlik yaptırımına tabi olduğu; buna karşın söz konusu otomobilin butlan türünden geçersizlik nedeniyle mülkiyetini kazanamayan kişi bakımından bu kişinin malikmiş gibi tasarruflarda bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçunun işlendiği kabul etmek gerekeceği ileri sürülmüştür.<sup>38</sup> Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Muvazaalı da olsa görünüşte mülkiyetin devri söz konusu olduğundan güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Malı devreden mağdurun öngörülebilir olan bu durumu öngörmesi gerekir. Özel hukukta sözleşmenin geçerliliği ise ayrı değerlendirme konusu olup ceza hukukunu bağlamayacaktır.

Yukarıda izah edildiği üzere zilyetliğin devri özel hukukta tarif edilen herhangi bir sözleşme tipi ile yapılması zorunlu olmamasına rağmen uygulamada genel olarak, hukukta düzenlenen bir sözleşme tipine uygun olarak zilyetlik devredilmektedir. Kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi genel olarak zilyetliğin karşı tarafa devredildiği sözleşmelerdir. Gerekçede, sözleşmenin sayılan tiplerden olabileceği gibi, sui generis veya karma sözleşme ile de zilyetliğin tesis edilmiş olabileceği, bir bankada açılan cari hesaba veya bir özel finans kurumunda açılan katılım hesabına ilişkin sözleşme veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın bir üçüncü kişiye satılması durumunda da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

Failin zilyetliği devralırken mağdurun iradesini yanıltmamış olması gerekir. Şayet mağdurun iradesi etkilenererek, baskı altına alınarak, mağdur kandırılarak zilyetlik devri sağlanmış ise güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Bu durumda zilyetliğin elde ediliş şekline göre, dolandırıcılık ya da yağma suçları gündeme gelebilecektir. Bu konuyu son bölümde karşılaştırmalı olarak açıklayacağız.

<sup>38</sup> Şenel Sarsıkoğlu, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.79. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

### ae. Mal Kavramı

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, “zilyetliği devredilmiş olan mal”dır. 765 sayılı kanunda ise suçun konusu “bir şey” olarak belirtilmişti. Eski kanundaki düzenleme yeni TCK’ya göre daha genel bir ifadedir. Zira “şey” kavramı içine insan dışında her şeyin girdiği belirtilmiştir.<sup>39</sup>

TCK’nın 155/2. maddesinde ise suçun konusu olarak “eşya” kavramına yer verilmiştir. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında farklı ibareler yer alsa da aslında mal her türlü eşya olarak tanımlanabileceğinden içerik olarak bir fark yoktur. Mal ya da eşya, insan dışında maddi bir varlığı olan her şey olarak tanımlanabilir. Eşya, kişilerin üzerinde hâkimiyet kurabildikleri, maddi varlığı olan, belli sınırlara sahip, kişisel olmayan şeyler olarak tanımlanmıştır.<sup>40</sup> İnsan vücudu eşya ya da mal olarak kabul edilmemesine rağmen vücuttan ayrılabilen veya ayrılan parçalar ise bu kapsama girebilecektir. Örneğin, takma tırnak, peruk, kesilen saç gibi vücuttan ayrılan parçalar eşya olarak değerlendirilecektir. Yine bir görüşe göre, bir kimse kardeşine verilmek üzere böbreğini özel hastanede doktora teslim emesi, onun da bu böbreği hasta olan babasına nakletmesi örneğinde olduğu gibi insan bedeninden ayrılan parçalar bu suçun konusu olabilecektir.<sup>41</sup> Farklı görüşler olsa da insan cesedinin eşya olarak kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu nedenle suçun konusu olmayacaktır. Hayvanlar taşınır mal olarak değerlendirileceğinden bu suçun konusunu oluşturabileceklerdir.<sup>42</sup>

Bir şeyin mal olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bu şeyin ekonomik değerinin, bir pahasının olması gerekmez.<sup>43</sup> Bir şeyin manevi

<sup>39</sup> Akipek, s. 30.

<sup>40</sup> Esener/Güven, s. 37. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.4

<sup>41</sup> Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.413.

<sup>42</sup> Y11.CD, T: 14.03.2005, E: 2004/989, K: 2005/1076 sayılı kararında “...sanıkların, Nisan-Kasım/2002 döneminde 48 adet kuzu karşılığında çobanlıklar yapmak üzere şikâyetçi ile anlaştıkları, şikâyetçinin ücret olarak kararlaştırılan kuzuların 38 tanesini 2002 yılının eylül ayı başında verdiği, sanıkların ise suç tarihinde henüz hizmet süresi dolmadan, geriye kalan 10 kuzu ile birlikte şikâyetçiye ait 13 kuzuyu da alarak işi bırakıp memleketlerine gittikleri bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu işledikleri...” demek suretiyle hayvanların suçun konusu olabileceğini ortaya koymuştur.

<sup>43</sup> Malın suçun konusu olabilmesi için ekonomik bir değerinin olması yönündeki aksi görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.422. Ahmet Gündel, 5237 sayılı TCK’da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kul-

değeri de olsa bu şey mal olarak kabul edilebilecektir. Kişinin sevgilisine ait olan bir tutam saç, vefat etmiş bir yakınına ait fotoğraf ceza hukuku ve güveni kötüye kullanma suçu açısından mal olarak kabul edilebilecektir.<sup>44</sup> Malın ekonomik değerinin olup olmaması ya da değerinin az olması suçun oluşumu açısından önemli değildir. Hukuken kabul edilen bir mal var ise suç oluşacaktır.

Madde gerekçesinde suç konusunun taşınır ve taşınmaz mallar olduğu belirtilmiştir. Taşınır eşya, eşyanın genel tanımına ve eşya hukukunda geçerli olan belirlilik ilkesine uygun olarak, uzayda yer kaplayan, gözle görülüp elle tutulabilen, başlı başına var olan, egemenlik altına alınabilen maddi cisim olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Elle taşınabilen her şey bu kapsamda değerlendirileceği gibi, elektrik enerjisi, gazlar, tabii ve suni buharlar da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturacaktır. Bir kimsenin komşusuna sadece bir ampul takıp kullanması için elektrik vermesi, buna karşılık komşusunun buzdolabı, televizyon gibi aletleri de elektriğe takması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.<sup>46</sup> Buna karşın fikir, düşünce gibi maddi bir varlığı olmayan şeyler mal olarak değerlendirilemeyecek ve suç konusu olmayacaktır. Eğer bir fikir telif hakkı kapsamında yazıya dökülmüş ise bu halde suç konusu olacaktır. Para da taşınır mal kapsamında suçun konusu olabilecektir.<sup>47</sup> Şayet bir kimse üçüncü kişide bulunan alacağını ödünç olarak arkadaşına vermiş ve arkadaşı parayı aldıktan sonra bunu inkâr etmişse güveni kötüye kullanma suçu yine oluşacaktır.<sup>48</sup>

Başta taşınmaz eşya ya da taşınmazın bütünleyici parçası olan eşyalar sonradan ayrılarak taşınır niteliğine sahip olmuşsa yine bu kap-

---

lanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.404-405 "Bazen ekonomik değeri olan evrak da mal olarak kabul edilir. Bazı durumlarda bu evrak da güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilir. *Örneğin*, muhasebecinin kendisine teslim edilen defter veya kayıtları vergi mükellefine iade etmemesi durumunda, bu defter ve kayıtlar güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturur"

<sup>44</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5003

<sup>45</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.302

<sup>46</sup> Artuç, s.412

<sup>47</sup> Yargıtay 11.CD. Esas No: 2003/14754 Karar No:2004/9962 sayılı ve 27.10.2004 tarihli kararı; "Katılan şirkette satış elemanı olarak çalışan sanığın, tahsil ettiği paraların bir kısmını şirkete teslim etmeyerek zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği"

<sup>48</sup> Bakıcı, s.7



samda sayılacaktır. Örneğin dikili ağacın kesilmesi, evin kapısının sökülmesi bu kapsamdadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan bir diğer mal grubu ise taşınmaz mallardır. Açıkça gerekçede de belirtildiği üzere taşınmaz mallar da bu suçun konusunu oluşturacaktır. Taşınmazlar gibi, gemi, uçak vb. özel sicile tescil edilen mallar da bu suçun konusunu oluşturabilecektir.

#### d. Fiil

Güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuru, TCK 155. maddesinde, başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr etme” olarak belirtilmiştir. Maddeye bakıldığında fiil unsurunun seçimlik hareketli olarak düzenlendiği, kanun koyucunun suç oluşturan hareketleri tek tek saymak yerine tasarrufta bulunmak veya devir olgusunu inkâr etmek şeklinde genel ifadelerle yer verip içeriğinin doldurulmasını uygulama ve doktrine bıraktığı görülmektedir. 765 sayılı ETCK’da suçun seçimlik hareketleri kanunda sayılmak suretiyle gösterilmişti. Suçun unsurları, “satmak veya rehin etmek veya sarf ve istihlak etmek yahut ketim ve inkâr etmek veyahut tahvil ve taşıyır etmek” olarak belirtilmişti. Eski kanun döneminde bunun dışındaki hareketler güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Ancak yeni TCK’da genel ve kapsayıcı bir düzenleme yapılarak kanun koyucunun öngörmediği veya öngörmediği eylem biçimlerinin de cezalandırıldığı görülmektedir.<sup>49</sup> Kanun koyucunun bu tutumu doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır.<sup>50</sup>

Güveni kötüye kullanma suçu, kanunda öngörülen tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığından sırf hareket suçlarından-

<sup>49</sup> ETCK döneminde Yargıtay “Aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak cıne 5 şifre çözücüsünü evi dışında işyerinde kullandığı iddia edilen sanığın eyleminde güveni kötüye kullanmak suçunun kanuni unsurları oluşmaz” diyerek sadece kanunda sayılan eylem tiplerinden birisini gerçekleştiren failin cezalandırılacağını belirtmiştir (Bkz. Yargıtay11. Cd;1.12.1996 Tarih, E. 2562, K. 2490 sayılı Kararı. Aktaran Meraklı, s.1683)

<sup>50</sup> Özbek, s. 1193. Tezcan/Erdem/Önok, s.584. Koca, s.84.

dir.<sup>51</sup> Bunun sonucu olarak da suç neticeli bir suç olmayıp ani suç kategorisindedir. Suçun oluşumu için bir zararın meydana gelmesi şart olmayıp, zarar tehlikesi yeterli olduğundan zarar değil tehlike suçu olduğu belirtilmiştir.<sup>52</sup>

Güveni kötüye kullanma suçu icrai bir hareketle işlenebileceği gibi (zilyetliği devredilen malın satılması), ihmâl suretiyle de işlenebilmektedir (zilyetliğin devir olgusunu inkâr etmek).<sup>53</sup>

Maddeye göre suçun tipiklik unsurunu oluşturan fiil olguları; zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak ve devir olgusunu inkâr etmektir.

#### aa. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunmak

Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için öncelikle zilyetliğin devrinin hangi amaçla tesis edildiğinin tespiti gerekir.<sup>54</sup> Zilyetliğin devri yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmış olup, o kapsamda bir zilyetlik devri olmalıdır. Zilyetlik devri sonrası, failin malikmiş gibi davranarak, yetkisi olmadığı halde malikin kullanabileceği yetkileri kullanması halinde suçun oluşacağı belirtilmektedir.<sup>55</sup> Zilyetliğin devri borçlar hukukunda düzenlenmiş bir sözleşme tipi ile olabileceği gibi atipik bir sözleşme ile de gerçekleşebilir. Şayet zilyetlik belli bir şekilde ve amaç için devredilmiş ise, suçun oluşup oluşmadığını belirlemek kolaydır. Kira akdi ile belli bir süre kullanmak için devredilen bir eşyanın satılması, yine kiralanın aracın başkasına devredilmesi, muhafaza etmek üzere devredilen eşyaların başkasına kiralanması gibi durumlarda suçun oluşacağı açıktır.

<sup>51</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.429

<sup>52</sup> Erem, s.720. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5017.

<sup>53</sup> Yargıtay 15.CD, T: 22.05.2012, E: 2011/13319 K: 2012/37521. sayılı kararı "Somut olayda; katılanın yetkilisi olduğu firmada şoför olarak çalışan sanığın, ...'dan kamyonla yüklediği suya konu biraları..... ilinde alıcısına teslim etmesi gerekirken, kamyonu..... mevkiinde yol kenarında cam ve kapısı açık bir şekilde, anahtarı da üzerinde bırakarak, toplamda 81 kasa biranın alınmasına sebebiyet vererek güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir"

<sup>54</sup> Koca/Üzülmez, s.632

<sup>55</sup> Bakıcı, s.13. Tezcan/Erdem/Önok, s.550

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da zilyetliğin devrine esas sözleşmeye göre ancak farklı şekilde malın kullanılması halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Örneğin, sadece evindeki odunları kesmesi için ödünç olarak aldığı motorlu testereyi ormandaki kesim işinde de kullanan kişi ya da sadece Alanya sınırları içinde kullanmak için kiraladığı araçla Konya'ya giden kişi güveni kötüye kullanma suçunun faili olacak mıdır? Kanaatimizce bu durumlarda önemli olan zilyetliğin devrine esas sözleşme tipine uygun kullanılıp kullanılmadığıdır. Ağaç kesim için verilen motorlu testerenin başka bir ağaç kesim işinde kullanılması veya aracın kira sözleşmesinde yazılı sınırlar dışına çıkarılması halinde suç oluşmayacaktır. Borçlar hukukunun sözleşme ve tazminat hükümlerine göre mal sahibi hak iddiasında bulunabilecektir. Benzer şekilde sadece harmandan buğday getirmek için kiralanan traktörün ayrıca başka bir işte kullanılması örneğinde suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.<sup>56</sup>

Malın zilyetliği kendisine devredilen fail, o malı zilyetliğin devri amacına aykırı olarak satarsa suç oluşacaktır. Şayet malın zilyetliği malı satma amacıyla faile devredilmiş ise suç oluşmayacaktır. Örneğin, bir aracın zilyetliği, aracı başkasına devretmesi için faile verilmiş ise failin aracı devretmesi sözleşme ediminin yerine getirilmesi olup suçun unsurları oluşmayacaktır. Ancak faile zilyetlik devredilirken satış yetkisi verilmemiş, satış dışında bir amaçla mal devredilmiş ise failin satış yapması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Doktrinde tartışmalı olan bir konu, suçun oluşumu için tek başına satış sözleşmesinin yeterli mi olduğu, yoksa bunun yanında malın tesliminin de gerekli olup olmadığı noktasındadır. Bir görüşe göre, fail, zilyetliğin devrine aykırı olarak satış sözleşmesi yapması ile suç oluşacaktır. Bu görüşü savunanlara göre suçla korunan hukuki yarar aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisi de olduğundan ve fail satış sözleşmesi yaparak güvenilir bir kişi olmadığını gösterdiğinden suç satış sözleşmesinin yapılması ile suç oluşacaktır.<sup>57</sup> Diğer bir görüşe göre, satış sözleşmesi tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Satış sözleşmesi ile taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmakta, fail olan satıcı malın mülkiyetini alıcıya geçirme yükümlülüğü altına

<sup>56</sup> Bakıcı, s.14.

<sup>57</sup> Özgenç, s 77. Önder, s.416.

girmektedir. Suçun oluşumu için fail olan satıcının alıcıya malı teslim etmesi yani tasarruf işleminde bulunması gerekmektedir.<sup>58</sup> Kanaatimizce, failin satış sözleşmesi yapması ile taraflar arasındaki güven ilişkisine aykırı hareket edilmiş olacağından, bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için mutlaka zararın meydana gelmesi gerekmediğinden ve zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde suç oluşacağından, failin zilyetliğin devri amacına aykırı olarak satış sözleşmesi yapması ile suç oluşacaktır. Ayrıca satılan eşyanın üçüncü kişi alıcıya teslim edilmesi şart değildir.

Alacak bir rehine bağlanmış ve bu kapsamda bir mal alacaklıya rehin olarak verilmişse, alacaklı sözleşmeye konu borç ödendiğinde rehnedilen eşya ve doğal semerelerini borçluya geri vermek zorundadır. Şayet alacaklı bu yükümlülüğüne aykırı davranır malı uhdesinde tutmaya devam eder veya satarsa güveni kötüye kullanma suçunun faili olacaktır.

Zilyetliği devredilen mal kullanılır veya tüketilirse de bu suç oluşacaktır. Bu durumda zilyetliği devredilen eşyanın niteliğine ve devir sözleşmesine bakmak gerekir. ETCK'da eşyanın "sarf veya istihlak" edilmesi suçun unsuru olarak gösterilmişti. Burada kastedilenin ise kullanma neticesinde malda bir eksikliğin meydana gelmesi olduğu, mal kullanılmakla bir değer veya miktar kaybına uğramamışsa suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.<sup>59</sup> Kullanma sonucu güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için failin kullanım amacına aykırı hareket etmesi gerekir. Verilen örnekte ağaç kesmek için alınan bir motorlu testere başka bir ağaç kesme işinde kullanılmış ise suç oluşmayacaktır. Kullanma için verilen eşya misli eşya ise, örneğin bir kg pirinç ödünç olarak verilmiş ise aynısının geri verilmesi şart olmayıp, bir kg pirinçin iade edilmesi yeterlidir. Bir miktar paranın borç verilmesi halinde de para kullanıldıktan sonra geri ödeme tarihinde alacaklı tarafından verilen banknotların aynen iade edilmesi şart olmayıp, aynı miktarda paranın iade edilmesi yeterlidir. Ancak eşya özel olarak yapılmışsa ya da özel bir değeri varsa bu durumda eşyanın aynısının iade edilmesi gerekir. El yapımı ve özel değeri olan bileziğin komşuya verilmesi halinde komşu aynı bileziğin fabrika yapımı muadilini verirse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

<sup>58</sup> Dönmezer, s.511. Toroslu, s.170. Bulutoğlu, s. 135.

<sup>59</sup> Dönmezer, s. 415.

Faile zilyetliği devredilen eşya, fail tarafından değiştirilir veya başka bir eşyaya dönüştürülürse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Eşyanın tamamının değiştirilmesi şart olmayıp belli parçaların değiştirilmesi halinde de suç oluşacaktır. Değiştirme sonucu malın değerinde bir eksiklik meydana gelmemiş ise suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir.<sup>60</sup> Ancak güveni kötüye kullanma suçu ile taraflar arasındaki güven ilişkisi de korunduğundan sırf mali açıdan bir eksiklik meydana gelmemiş olması suçun oluşumunu etkilemeyecektir.

Eşyanın devir amacına aykırı olarak başkasına bağışlanması halinde de suç oluşacaktır. Sadece eski kanunda sayılan eylem biçimleri dolayısıyla değil, herhangi bir şekilde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulursa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bunun için her somut olay ayrı ayrı incelenmeli öncelikle zilyetliğin faile hangi amaçla devredildiği ortaya konmalıdır. Ardından failin eyleminin devir amacına aykırı olup olmadığı tespit edilmeli ve ona göre suçun oluşup oluşmadığı belirlenmelidir.

### ab. Devir Olgusunu İnkâr Etmek

Zilyetliğin devir olgusunu inkâr etme, failin malın zilyetliğinin kendisine teslim edilmediğini iddia etmesi<sup>61</sup>, şikâyetçi tarafından malın verilmesine ilişkin sözleşmenin varlığının kabul edilmemesi<sup>62</sup>, belli bir şekilde kullanılmak üzere kendisine verilmiş olan malın, fail tarafından verilmemiş olduğunu söylemesi, verilmemiş olduğunu iddia edilmesi veya tevdi edilen eşyanın teslim amacının gerçeğe aykırı bir şekilde gizlenmesi,<sup>63</sup> şeklinde tanımlanmıştır. İnkâr etme olgusu ETCK'da "ketim" ve "inkâr" olarak yer almıştır.

<sup>60</sup> Bulutoğlu, s. 136.

<sup>61</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.550.

<sup>62</sup> Bakıcı, s. 15.

<sup>63</sup> Koca/Üzülmez, s.633.

<sup>64</sup> Y.15.CD; Esas No:2013/4524, Karar No:2014/20771 ve 09.12.2014 Tarihli Kararı; "Somut olayda, sanığın yabancı uyruklu olan katılanlarla samimi ilişkisi bulunduğu, birlikte varılan güvene dayalı anlaşma çerçevesinde, katılanların parasını sahibine ödeyerek aldıkları yazlık evi, yabancılara satış işlemi için gerekli izinler alınıncaya kadar tapu kaydını sanığın üzerine aldıkları, sanığın sözlü anlaşma gereği izinler alındıktan sonra bu evi katılanlara tapuda devretmesi gerektiği halde, güvene dayalı bu anlaşmaya aykırı davranarak para talebinde bulunduğu, kabul edilmeyince de gerçekte katılanlarca parası ödenip alınan bu evin kendisine ait olduğunu iddia edip tapuda devrini sağlamadığı anlaşılacakla, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna dair kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir" Aktaran Koca/Üzülmez, s.633

Devir olgusunu inkârın gündeme gelmesi için öncelikle malın zilyetliği malikin rızası ile devredilmiş olmalıdır. Devirden sonra failin, malın zilyetliğini mağdura geri verme yükümlülüğünün doğması gerekir. Henüz muaccel olmayan bir borcun iadesi istenemeyeceği için zilyetlik iade edilmese ya da inkâr edilse dahi suç oluşmayacaktır. Bu suçun oluşup oluşmadığının tespiti her olayda ayrı değerlendirilmeli ve dikkatle incelenmelidir. Zira birçok olayda borçlar hukuku ile ceza hukuku iç içe geçmekte ve ayırım yapmak zorlaşmaktadır. Her hukuki ilişkide bir tarafın edimini yerine getirmemesi suç oluşturmayacaktır. Komşusundan odunlarını kırmak için baltayı ödünç alan komşu, sonradan bu baltayı ödünç almadığını baltanın kendisinin olduğunu beyan ederse veya geri vermesi gereken sürede sahibinin talebine rağmen geri vermezse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Ancak somut olayda balta kırıldığı için geri verememesi durumunda suç oluşmayacak, borçlar hukukuna göre tazminat sorumluluğu doğacaktır. Her borcun ödenmemesi de suç oluşturmayacaktır. Ödünç alınan bir paranın hiç alınmadığının iddia edilmesi halinde suç oluşacaktır. Ancak borcun olduğunun kabulü ile birlikte zamanında ödenmemesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacak, hukuk mahkemelerinde veya icra dairelerinde alacağın tahsili söz konusu olacaktır.

Devir olgusunun inkârı suretiyle güveni kötüye kullanma suçu icrai veya ihmali olarak işlenebilir. Zilyetliğin devredildiğinin açıkça inkâr edilmesi halinde icrai bir davranış söz konusu iken, mağdurun zilyetliğin devrini istemesine rağmen sessiz kalınması, zamanında zilyetliğin iade edilmemesi hallerinde ihmali davranış söz konusu olacaktır. Mağdurun, zilyetliğin iadesini isteyebilmesi için aradaki sözleşmeye istinaden isteme hakkının doğması gerekir. Henüz vadesi gelmemiş bir borcun istenmesi durumunda failin parayı iade etmemesi veya sessiz kalması halinde suç oluşmayacaktır.<sup>65</sup> Sigorta acentelerinin düzenledikleri poliçe karşılığında tahsil ettikleri paraları sigorta şirketlerine göndermemeleri, ihtar çekilip süre verilmesi ve devamında sözleşmenin fesh edilmesi halinde fail parayı ödemediğini iddia ediyorsa buna ilişkin belgeleri sunması gerektiği tarafların belge ve defterleri üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılması gerektiği, sonunda failin sigorta ettirenden tahsil ettiği parayı sigorta şirketine ödemediği

<sup>65</sup> Bulutoğlu, s.13.

sabit olursa bunun hukuki uyumsuzluk değil, mal edinme olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.<sup>66</sup> Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira bu suç tipi özel hukukla ceza hukukunun yakın ilişkisi içinde olduğu bir suç türü olup, ayırım dikkatli yapılmalıdır. Verilen örnekte şayet acente sigorta poliçesi dolayısıyla parayı tahsil ettiğini kabul ediyor fakat zamanında şirkete ödeme yapmıyorsa sözleşme hükümleri dâhilinde özel hukuka başvurulmalıdır. Ancak acente sigorta şirketi adına tahsil ettiği paranın kendisine ait olduğunu beyan ediyorsa suç oluşacaktır. Bu örnekte de olduğu gibi zilyetliğin devri yükümlülüğü her zaman mağdur tarafından faile verilen mal dolayısıyla oluşmaz. Müvekkili adına tahsilat yapan vekilin, şirket adına tahsilat yapan yetkilinin de malı iade etme veya devretme yükümlülüğü vardır. Aksi davranış güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak unutulmaması gereken, her zamanında ödenmeyen borcun güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağıdır. Her olay kendine mahsus olgular eşliğinde incelenmelidir.

### 3. MANEVİ UNSUR

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç olup, taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediğinden taksirle işlenemez. Zira TCK 22/1. maddesine göre, taksirle işlenen fiiller ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılacaktır.

Kastın varlığı için fail; mal üzerinde fer'i zilyet olduğunu, malın başkasına ait olduğunu, malın kendisine muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanmak üzere devredildiğini bilmelidir. Bu duruma aykırı olarak zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmalı veya devir olgusunu inkâr etmelidir. Tüm bunları da bilerek ve isteyerek yapmalıdır. Kastın varlığı için bilme ve isteme unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Şayet failin bilme ve isteme unsurlarında bir hatası varsa TCK 30. maddesinde yer alan hata hükümlerinden yararlanacaktır.<sup>67</sup>

Suç genel kastla işlenebilen bir suçtur. Suçun doğrudan kastla işlenebileceği açık olmakla birlikte olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konu-

<sup>66</sup> Bakıcı, s.15-16.

<sup>67</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5018.

da Meran, “suçun olası kastla işlenme olanağı yoktur. Çünkü failin suçun maddi öğelerinden birinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen eylemi gerçekleştirmesi, kendisine veya başkasına yarar sağlamak özel kastı ile bağdaşmaz” demektedir.<sup>68</sup> Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun oluşumu için kendisine veya başkasına yarar sağlama özel kastının gerçekleşmesine gerek yoktur. Kanunda geçen ibare, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” şeklindedir. Fail kendisine veya başkasına yarar sağlamasa da suç oluşacaktır. Ayrıca bir menfaat temini suçun oluşumu için gerekli değildir. Kanun koyucunun bu ibareyi kullanmasının nedeni failin sadece kendi menfaatine değil üçüncü kişilerin yararına gerçekleştirdiği eylemlerin de suç oluşturacağını belirtmek istemesidir.<sup>69</sup> Nitekim madde gerekçesinde söz konusu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceği düşüncesiyle, yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezasının da öngörüldüğü belirtilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu da yarar elde edilmesini her durumda zorunlu görmemekte ancak böyle bir ihtimalden bahsetmektedir. Uygulamada da çoğunlukla bu suçun işlenmesi halinde bir yarar elde edilmektedir. Ancak bu suçun oluşumu için zorunlu unsur değildir.

Sanığın suç işleme kastı olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, tamir için verilen eşyanın uzun süre tamircide kalmasından sonra malikin istemesi üzerine tamircinin eşyayı bulamaması ve kaybolan eşya bedelini ya da emsalini vermeyi teklif etmesi durumunda suç işleme kastı olmadığından beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>70</sup> Antika değeri olan bir saati arkadaşından ödünç alan kimse yolda giderken başkalarının saldırısına uğrar ve saat gasp edilirse, bu kimse elinde olmayan sebeplerle saati iade edemeyeceğinden suç işlemiş olmayacaktır. Çünkü eşyanın iade edilememesinde sanığın bir kastı yoktur.

<sup>68</sup> Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları İle Ekonomi Ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 194 Benzer şekilde “güveni kötüye kullanma suçu, hareket suçu olduğu ve neticenin iradi olması gerektiğinden, fiil nedeniyle meydana gelen neticenin öngörülerek istenip istenmediğinin incelenmesine gerek olmadığı ve suç tipinin yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceği ifade edilmiştir Bkz.Centel/Zafer/Çakmut, s.432.

<sup>69</sup> Benzer Yönde Görüş İçin Bkz. Meraklı, s.1697. Dönmezer, s.514. Özgenc, s.85. Tezcan/Erdem/Önok, s.550.

<sup>70</sup> Bakıcı, s.18.



Hırsızlık ve dolandırıcılık suçunda sanığın başta suç işleme kastı vardır ve zilyetlik hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmektedir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda başta hukuka ve taraf iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Zilyetliğin devrinden sonra sanık suç işleme kastı ile hareket etmektedir.

#### 4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için aynı zamanda hukuka da aykırı olması gerekir. Kanunda suç olarak yazılı bir fiilin icra edilmesi tek başına cezalandırma için yeterli değildir. Aynı zamanda bu fiilin hukuk düzeni ile de çelişmesi, yani hukuka uygun olmaması gerekir. TCK'da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olarak hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birisi varsa fail cezalandırılmayacaktır. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenler başlığı altında düzenlenmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından ilk akla gelen hukuka uygunluk nedenleri ilgilinin rızası ve hakkın kullanılmasıdır. TCK 26. maddesine göre; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesine göre, "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınurlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur". Bu maddeye göre hapis hakkını kullanan ve zilyetliği kendisinde olan eşyayı iade etmeyen alacaklının eylemi hakkın kullanımı niteliğinde olduğundan alacaklı cezalandırılmayacaktır. Ancak hapis hakkının doğması için kanunda da belirtildiği gibi eşyanın borçla bağlantılı olması gerekir. Yoksa bir kimsenin borcu olması alacaklıya borçlunun tüm malları üzerinde genel bir hapis hakkı tanımaz. Benzer bir hapis hakkı Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 166. maddesine göre "Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi ala-

cağı nispetinde elinde tutabilecektir. Yine aynı kanunun 39/2. maddesinde “Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir” diyerek avukatın evraklar üzerindeki hapis hakkı düzenlenmiştir. Bu durumlarda da hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olacağından hakkını kullanan Avukata ceza verilemeyecektir.

Diğer hukuka uygunluk nedenleri de uygulama alanı ve ihtimali az olsa da gündeme gelebilecektir. Örneğin, uyuşturucu kuryeliği yapan kişi uyuşturucuyu taşıırken vazgeçer ve uyuşturucuları polise teslim ederse kanun hükmünün icrası söz konusu olacağından güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.<sup>71</sup> Burada farklı görüşler olsa da biz zilyetliğin devri sözleşmesi hukuka aykırı olsa da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmekteyiz. Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemeyeceği TCK 24. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar burada kanun hükmü denilse de tüzük, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin icrası halinde de faile ceza verilmeyecektir. Muhafaza edilmesi için teslim edilen silahın saldırgana karşı kullanılması halinde her ne kadar zilyetliğin devri amacına aykırı kullanım olsa da meşru müdafaa durumu söz konusu olduğundan ve silah bu amaçla kullanıldığından suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.<sup>72</sup>

## 5. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasına hükmolünür”

Suçun nitelikli hali temel şeklinden farklı olarak soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi değildir ve verilecek ceza miktarı daha fazladır. Fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve aradaki güven ilişkisinin daha yoğun olmasından dolayı nitelikli hal düzen-

<sup>71</sup> Meraklı, s.1693.

<sup>72</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2013, s.378.

lenmiştir. Nitelikli hal olan durumlarda suçun temel halinden farklı olarak fail ile mağdur arasında bazen süreklilik arz eden bazen de daha fazla güven ilişkisi doğuran bir durum vardır. Bu nedenle kanun koyucu da bu duruma aykırı davranışı özel ve daha ağır cezayı gerektirir bir hal olarak düzenlemiştir. Bu durum suçla sadece mülkiyet ya da zilyetliğin değil aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisinin de korunmasının bir sonucudur. Daha yoğun güven ilişkisi olan hallerdeki eylemler daha ağır şekilde cezalandırılmıştır.

Nitelikli hollere bakıldığında fail ile mağdur arasındaki ilişkinin türüne ve malın hangi amaçla teslim edildiğine göre düzenlendiği görülmektedir. Nitelikli halin oluşabilmesi için malın *meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin veya başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak* teslim edilmiş olması gerekir. Bu hizmet ilişkisi olmasına rağmen mal hizmet ilişkisi değil de başka bir amaç için teslim edilmiş ise, nitelikli hal oluşmayacaktır. Muhasebecisine teslim ettiği evraklar ya da para hakkında suç işlenirse nitelikli hal uygulanırken, şayet aynı kişi arkadaşı olan muhasebecisine arabasını kullanması için vermesi ve suç işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır.

İlk nitelikli hal suçun meslek ve sanat ilişkisi nedeniyle teslim edilen mal hakkında işlenmesidir. Meslek ve sanat, kişilerin geçimini sağlamak için uğraştığı ve devamlılık gösteren faaliyetlerdir. Muhasebeciler, terzi, kuru temizlemeci vb. meslek grupları bu kapsama girmektedir.<sup>73</sup> Meslek ve sanat faaliyeti sayılabilmesi için bu kişilerin mesleklerini belli bir süre devam ettirmesi gerekse de, mağdur ile aralarında devamlılık arz eden bir ilişkinin olması şart değildir. Terziye tamir edilmek üzere bırakılan pantolonun satılması durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Ticaret hayatının yürütülmesi ve ticari ilişkilerde olması gereken güven ilişkisinin korunması için kanun koyucu fail ile mağdur arasında ticaret ilişkisi olması durumunu da nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Burada önemli olan fail ile mağdur arasında bir ticari ilişki olmasıdır. Onun dışında fail ya da mağdurun tacir olması şart değildir. Araç kiralama ofisine aracın kiraya verilmesi ve aylık belli bir kazanç getirmesi amacıyla aracını bırakan mağdurun aracı parçalara ayrılarak

<sup>73</sup> Artuç, s.308.

satılırsa veya mülkiyete geçirme amacı ile sahiplenilerek devir olgusu inkâr edilirse nitelikli güveni kötüye kullanma suçu işlenmiş olacaktır. Burada failin veya mağdurun ticaret siciline kayıtlı olması şart değildir. Burada bir ticari ilişkinin olması şart olduğundan ve ticari ilişkide her iki tarafta da ticari amaç olacağından fail ve mağdurun ticari amaçla hareket etmesi gerekir.<sup>74</sup>

Bir diğer nitelikli hal, hizmet sözleşmesi gereği teslim ve tevdi edilen eşya hakkında güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesidir. Hizmet sözleşmesi borçlar kanunu 393. maddesinde “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır. Eşyanın faile aradaki hizmet sözleşmesine istinaden teslim edilmiş olması gerekir. Kişisel olarak teslim edilen eşyalar bu kapsamda değerlendirilmeyecek ve nitelikli hal uygulanmayacaktır. Aradaki hizmet sözleşmesinin daimi olmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlar hizmet ilişkisinin daimi olması gerektiğini savunurken,<sup>75</sup> bazıları ise geçici de olsa bir hizmet akdinin varlığını yeterli görmektedir.<sup>76</sup> Kanaatimizce de fail ile mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin var olması yeterli olup, bu ilişkinin devamlılık arz etmesi zorunlu değildir.

Kanun koyucu bir başka nitelikli hal olarak, hangi nedenden doğduğuna bakılmaksızın başkasının mallarını idare etme yetkisine haiz olanlarca suçun işlenmesini göstermiştir. Burada başkasının mallarını idare etme yetkisi kanundan doğabileceği gibi, mahkeme kararıyla veya sözleşmeden de doğabilir. Kısıtlanan kişiye vasi tayini halinde, velayete ilişkin karar üzerine velayet hükümleri gereğince,<sup>77</sup> şirket

<sup>74</sup> Sadece failde ticari amaç olmasını yeterli gören aksi yönde görüş için bkz. Bulutoğlu, s. 158; Artuç, s.309.

<sup>75</sup> Özgenç, s. 89.

<sup>76</sup> Bulutoğlu, s. 159; Dönmezer, s. 420; Tezcan/Erdem/Önok, s.551. Yargıtay da benzer şekilde hizmet ilişkisinin devamlı olmasının zorunlu olmadığı görüşündedir. Bkz. YCGK, T: 25.11.1997 ve 1997/11-224-264 sayılı kararı, aktaran, Artuç, s. 309.

<sup>77</sup> Y11.CD; T: 28.02.2006, E: 2006/5993, K: 2006/1393 sayılı kararı, “Olay tarihinde 18 yaşından küçük olması ve babasının ölümü nedeniyle mahkeme kararıyla kızının velayet hakkı kendisine verilen sanığın, TMK md. 353 gereğince çocuğun malvarlığını gösteren bir defter düzenlemek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri hâkime bildirmek zorunluluğunda bulunmada, Türk Medeni Kanunu’nun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına dair 4721 sayılı Kanun’a göre çıkarılan tüzüğün 7. maddesinde, evliliğin sona

müdürü atanması halinde de şirketçe verilen yetki dâhilinde malları idare etme yetkisi verilmektedir. Malları idare etme yetkisine haiz olan kimse idare etmekle sorumlu olduğu mallar dolayısıyla suç işlerse bu nitelikli hal uygulanacaktır. Eğer idare etmekle sorumlu olduğu mal dışında mağdurla kurulan özel ilişki nedeniyle teslim edilen mal üzerinde suç işlenirse basit güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunda yukarıda sayılan nitelikli hallerin uygulanması için malın *meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin* gereği olarak teslim edilmiş olması gerekmekte olup, fail ile mağdur arasında bu ilişki olmasına rağmen mal farklı bir nedenle teslim edilmiş ise nitelikli hal değil, TCK 155/1. maddesinde yazılı suç oluşacaktır.

## 6. CEZAYI KALDIRAN VEYA AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık hali ve etkin pişmanlık hükümleri her suç yönünden ayrı ayrı değil ortak hükümler adı altında tek maddede düzenlenmiştir. Şahsi cezasızlık hali TCK 167. maddede, etkin pişmanlık hükümleri ise 168. maddede düzenlenmiştir.

TCK 167. maddeye göre; *“Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;*

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber

---

ermesi nedeniyle ana ve babadan birinin velayeti altında kalan çocukla ilgili, velayet sona erdiğinde çocuğa ait mallar, verilen deftere göre veli tarafından reşit olan kimseye veya vasiye teslim ve eksiklikler tespit olunur şeklindeki düzenleme karşısında... barınma ve gelişimi için yapılacak masraflar hariç olmak üzere katılan aleyhine malvarlığında bir eksilme olup olmadığı araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile ihtilafın hukuki nitelikte kaldığından bahisle beraatına karar verilmesi...” Aktaran, Artuç, s.309-310.

*yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hı-sımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir”*

Görüldüğü üzere şahsi cezasızlık hali, akrabalık derecesine göre belirlenmiş olup, çok yakın akrabalarda cezasızlık, diğer akrabalarda ise cezada indirim hali olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu izlediği suç politikası nedeniyle malvarlığına karşı suçlarda yakın akrabalar aleyhine işlenmesi halinde cezasızlık veya indirim nedeni olarak belirlemiştir. Kanun koyucunun aile mensubu kişilerin mülkiyetlerinde bulunan malları ortak tasarruf etmeleri gereği ve aile mensupları arasındaki ilişkilere mümkün olduğunda adli mercileri karıştırmamak için cezasızlık veya cezada indirim hükümlerine yer verildiği belirtilmiştir.<sup>78</sup>

### a. Şahsi Cezasızlık halleri

#### aa. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşlerden Birinin Zararına İşlenmesi

Bu hal, TCK 167/1-a. maddesinde şahsi cezasızlık hali olarak düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin diğer eşe karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi halinde ceza verilmeyecektir. Şahsi cezasızlık halinin uygulanabilmesi için suç işlendiği anda mağdur ile fail arasında hukuken geçerli bir evlilik olmalıdır. Taraflar arasında Türk Medeni Kanunu'na göre resmi evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşasalar veya imam nikâhı olsa dahi bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Yine taraflar resmi evli olmalarına rağmen ayrı yaşıyor olsalar da şahsi cezasızlık halinden yararlanacaklardır. Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşler aynı evde yaşamaya devam etmeleri halinde, eğer bir eş diğerine karşı bu suçu işlerse şahsi cezasızlık halinden yararlanamayacaktır. Bu maddenin uygulanması için önemli olan suç işlendiği anda eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olup olmadığıdır. Suç işlendiğinde evli olmayanların sonradan evlenmesi halinde şahsi cezasızlık hali uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre önemli olan suç anında geçerli bir evlilik olup olmadığıdır. Sonradan yapılan evlilik TCK 167/1-a. maddesinin uygulanmasını

<sup>78</sup> Dönmezer, s.605.

gerektirmez.<sup>79</sup> Diğer bir görüş, hükmün getiriliş amacının aile arasındaki ilişkilere müdahale etmemek ve bu ilişkileri bozmamak olması nedeniyle evlilik birliğinin kurulması ile failin cezayı kaldıran sebebin kapsamına girdiği yönündedir.<sup>80</sup> Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Şahsi cezasızlık halinin olup olmadığı fiilin icra tarihindeki duruma göre belirlenmelidir. Aksi halde fiil tarihinde eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olmasına rağmen sonradan bu kararın kaldırılmış olması durumunda da aynı yorumu yapma sonucunu doğuracağı gibi, suçun işlenmesinden sonra anlaşılan ve muvazaalı olarak evlenen taraflara da ceza vermemeyi gerektirir ki bu durum ceza adaletine uygun düşmeyecektir. Zira şahsi cezasızlık sebebi dolandırıcılık, hırsızlık gibi birçok suç için ortak hüküm konumundadır ve tarafların kanununu muvazaalı işlemle bertaraf etmesi, ceza hukukunun amaçları ile bağdaşmaz.

#### **ab. Üstsoy Veya Altsoyunun Veya Bu Derecede Kayın Hısımlarından Birinin Veya Evlat Edinen Veya Evlatlığın Zararına İşlenmesi**

Bu şahsi cezasızlık halinin uygulanması için de taraflar arasında medeni kanun hükümlerince kurulmuş üstsoy, altsoy, bu derecede kayın hısımlığı veya evlat edinen-evlatlık ilişkisi bulunmalıdır. Bu ilişki suçun işlendiği anda mevcut olmalıdır. Sonradan kurulan ilişkilerin şahsi cezasızlık hali oluşturmayacağı kanaatinde olduğumuzu yukarıda ifade etmiştik

Üstsoy olarak; baba, anne, dede, babaanne vd. altsoy olarak; çocuk, torun vd. sayılabilir. Burada altsoy-üstsoy ilişkisi nereye kadar giderse gitsin şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Yine bu ilişkinin üvey olması durumunda da şahsi cezasızlık halinin uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>81</sup>

Kayın hısımlığı ise evlilik yoluyla kurulmaktadır. Evlilik halinde eşin yukarıda sayılan akrabaları diğer eş açısından kayın hışımı olarak değerlendirilecek ve bu eş hakkında şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Kan ve kayın hısımlığı olup olmadığı Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre tespit edilmelidir.

<sup>79</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu-2. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007, s. 1316.

<sup>80</sup> Önder, s. 500.

<sup>81</sup> Y6.CD, T: 19.06.1997, E: 1997/6715, K:1997/6763 sayılı kararı.

Evlat edinme hali Türk Medeni Kanunu'nun 305. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, suç işlendiği anda hukuken geçerli ve tam olarak kurulmuş bir evlatlık ilişkisi varsa, evlat edinen ve evlatlığın birbirine karşı işlediği suçlar şahsi cezasızlık kapsamına girecek ve faile ceza verilmeyecektir.

### **ac. Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi**

Anne baba bir veya ayrı olan ve hukuken kardeş sayılan kişiler şayet aynı konutta birlikte yaşıyorlarsa şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Aynı konutta yaşama devamlılık arz etmeli ve suç tarihinde mevcut olmalıdır. Kardeşine misafirlığe gelen kişinin bu suçu işlemesi halinde şahsi cezasızlık hali uygulanmaz. Misafirliğin bir hafta sürmesi de bu sonucu değiştirmez. Önemli olan birlikte yaşama iradesinin olması ve bu yaşamanın devamlılık arz etmesidir. Suç işlendikten sonra farklı evlerde yaşamaya başlamaları bu halin uygulanmasına engel olmadığı gibi, tam tersi durumda yani suç tarihinden sonra birlikte yaşamaya başlamaları da şahsi cezasızlık hali doğurmaz. Burada aynı konuttan kastedilen birlikte aynı alanda yaşamaktır. Bir apartmanda alt-üst dairede yaşayan kardeşler hakkında şahsi cezasızlık hali uygulanmaz. Her olayda kardeşlerin birlikte yaşayıp yaşamadığı araştırılmalıdır. Bu husus kira kontratı ya da tanıkla ispat edilebileceği gibi başkaca her türlü delille de ispatlanabilir.

### **b. Cezada İndirim Halleri**

#### **aa. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Olan Eşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi**

Yukarıda şahsi cezasızlık halinden farklı olarak burada eşler arasında verilmiş bir ayrılık kararı vardır. Bu ayrılık kararı mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 170. maddesine göre verilmiş olmalıdır. Her ne kadar boşanma davasının açılması ile eşler ayrı yaşama hakkına sahip olduklarından, taraflar arasında boşanma davası devam ettiği sürece TCK 167/2. maddesinin uygulanacağı belirtilmiş<sup>82</sup> ise de; biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanunda açıkça ayrılık kararı verilmiş eşler

<sup>82</sup> Artuç, s. 548.



denilmiştir. Ayrılık kararı da ancak mahkemeler tarafından verilebilirdiği için boşanma davası devam etse bile eşler hakkında ayrılık kararı verilmemiş ise şahsi cezasızlık halinin uygulanacağını düşünüyoruz. Zira boşanma davası devam ederken eşler ayrı yaşama hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkı kullanmayabilirler de. Önemli olan ayrılık kararı verilmiş olup olmadığıdır. Ayrılık kararı verilmesine rağmen eşler aynı evde yaşamaya devam etseler bile şahsi cezasızlık hali değil, cezada indirim uygulanacaktır.

#### **ab. Aynı Konutta Birlikte Yaşamayan Kardeşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi**

Birlikte yaşamayan kardeşlerin birbirine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi cezasızlık değil cezada indirim nedenidir. Bu durumun tespiti için mahkeme öncelikle fail ile mağdurun kardeş olup olmadıklarını, sonra da devamlı olarak birlikte yaşayıp yaşamadıklarını araştırmalıdır. Şayet ayrı konutlarda yaşıyorlarsa TCK 167/2. maddesi gereği cezada indirim yapılmalıdır.

#### **ac. Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen Zararına Olarak İşlenmesi**

Kanun koyucu belli akrabalık durumunu aynı konutta birlikte yaşama koşuluyla indirim sebebi olarak öngörmüştür. Bakıldığında kanunda üçüncü derece kan hısmı olan amca, dayı, hala, teyze ve yeğenin birbirine karşı işlediği suçlar yönünden böyle bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Ancak bunların devamlılık arz eder şekilde aynı konutta birlikte yaşamaları gerekir. Bu birlikte yaşama yukarıda kardeşler için yaptığımız açıklamalar doğrultusunda olmalıdır.

#### **ad. İkinci Derece Kayın Hısımlarının Zararına Olarak İşlenmesi**

Kayın hısımlığı evlenme ile kurulur. Kayın hısımlığının olası için öncelikle hukuken geçerli bir evlilik ve karı-koca ilişkisi gereklidir. Eşlerin kardeşleri diğer eş yönünden ikinci derece kayın hısımdır. Kanun maddesinin yazılış tarzından kaynaklı olarak aynı konutta birlikte yaşama şartının bu kimseler için de gerekli olup olmadığı açık değildir. Aynı konutta birlikte yaşamayan kan hısmı kardeşlere ceza

indirimi getirilmesi karşısında kayın hısımları yönünden aynı konutta yaşama şartının gerekli olduğunu düşünüyoruz. Aksi halde kan hısımları ile kayın hısımları aynı şekilde düzenlenmiş olur ki bu kanunun diğer maddelerindeki sistematige uymayacaktır. Zira kan hısımlığı kayın hısımlığına göre daha yoğun ilişkiyi gerektirdiğinden ve akrabalık ilişkileri daha kuvvetli olduğundan kayın hısımlığıyla eşit şekilde düzenlenmeyecektir.

Gerek TCK 167/1-b. maddesinde yazılı altsoy-üstsoy kayın hısımlığında gerekse 167/2. maddesinde yazılı hallerde kayın hısımlığının karşılıklı olup olmadığı tartışılmış olup, bizim de katıldığımız görüşe göre, kayın hısımlığı kurulmakla her iki tarafta indirimden yararlanmalıdır. Örnekle açıklamak gerekirse, kayınpederinin zararına olarak suç işleyen damat için geçerli olan cezasızlık hali, damadı zararına suç işleyen kayınpeder ve kaynana için de geçerlidir.<sup>83</sup>

## 7. Etkin Pişmanlık

Güveni kötüye kullanma suçu için etkin pişmanlık TCK 168. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “ (1)Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.”

<sup>83</sup> Yargıtay da benzer görüştedir. Y6.CD; T: 29.11.2005, E:2003/118661, K:2005/11021 sayılı kararı:” sanığın, katılanın kayınpederi olduğu anlaşıldığı halde, nüfus kayıtları getirilip 765 sayılı TCK'nın 524/2. maddesini uygulama olanağının araştırılmaması...”

Şahsi cezasızlık ve cezada indirim halinin düzenlendiği TCK 167. maddesinde “yağma hariç bu bölümdeki suçlar” demek suretiyle genel bir düzenleme yapılmışken, burada suçları tek tek yazmak suretiyle etkin pişmanlığın uygulanacağı suçlar belirlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçu da sayılan suçlar arasında yer aldığından şartların oluşması durumunda fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için ortada işlenmiş bir güveni kötüye kullanma suçu olmalıdır. Şayet suç tamamlanmadan fail pişmanlık göstererek vazgeçerse burada TCK 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.<sup>84</sup>

Suç tamamlandıktan sonra fail, azmettiren veya yardım eden bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı giderirse hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. Zararın giderimi aynen geri verme şeklinde olabileceği gibi tazmin suretiyle de olabilir. Burada önemli olan failin işlediği suç nedeniyle bizzat pişmanlık göstermesidir. Zarar fail adına başkası tarafından da giderilse etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. İştirak halinde işlenen suçlarda faillerden birisinin mağdurun zararını tamamen gidermesi halinde diğer failerin bundan yararlanamayacağı, ancak payları oranında zararı gideren faile ödeme yapmaları halinde etkin pişmanlıktan yararlanabilecekleri öne sürülmüş ise de<sup>85</sup>, biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer iştirak halinde işlenen suçlarda bir fail mağdurun tüm zararını güdermiş ise, diğer sanıklar da pişman olduklarını ve zararı gidermek istediklerini beyan ederlerse etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaları gerekir.<sup>86</sup> Zararı gideren failin tazminat hükümlerine göre diğer failere başvuru hakkı saklıdır. Failin zararı bizzat gidermesi gerektiğinden, suça konu mal arama sonucu ele geçmişse, ya da fail atıp kaçtıktan sonra bulunmuşsa etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

<sup>84</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.587; İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu-Birinci Cilt, Seçkin Yayınevi, 2008, s.1464.

<sup>85</sup> Sarsıkoğlu, s. 152.

<sup>86</sup> Benzer görüş için bkz. Önder, s.494; Tezcan/Erdem/Önok, s. 588.

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için zarar tamamen giderilmelidir. Kısmi zarar giderimi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mağdurun rızasına bağlıdır. Mağdur rıza göstermezse etkin pişmanlık nedeniyle cezada indirim yapılamayacaktır.

Etkin pişmanlıkta indirim miktarı, pişmanlık gösterilerek zararın giderildiği aşamaya göre değişmektedir. Şayet fail mağdurun zararını, kovuşturma başlamadan önce giderirse verilecek cezada  $2/3$  oranına kadar indirim yapılabilecektir. Burada  $2/3$  üst sınırdır, yani en fazla bu oranda indirim yapılabilecektir. Örnek vermek gerekirse, 3 yıl ceza verilen fail eğer kovuşturma başlamadan önce zararı gidermiş ise, en fazla 2 yıl indirim yapılabilecektir. Burada indirimin alt sınırı olmakla birlikte, kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce  $1/2$  oranına kadar indirim yapılabileceğinden ceza adaleti ve ceza sistemi nedeniyle indirim oranının  $1/2'$ den fazla ve en çok  $2/3$  olması gerekir. Kovuşturma aşamasının iddianamenin kabulüyle başladığı göz önüne alındığında bu aşamaya kadar pişmanlık gösterilerek zararın giderilmesi halinde  $2/3$  oranına kadar indirim yapılabilecektir.

Pişmanlık göstererek zarar giderme kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gerçekleşirse, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir. Kovuşturma iddianamenin kabulü ile başlayıp hüküm verilmekle sona ermektedir. Burada ilk hüküm verildikten sonra Yargıtay kararı bozarsa etkin pişmanlığın uygulanıp uygulanamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, kanaatimizce, ilk derece mahkemesinde ilk yargılama veya istinaftemyiz sonrası yargılama fark etmeksizin hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilir.

## 8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### a. Teşebbüs

Suçta teşebbüs TCK 35. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için icra hareketlerine başlanmış olmalıdır. Henüz icra hareketi sayılmayan hazırlık hareketleri nedeniyle kişi cezalandırılmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Suçun teşebbüse elverişli olup olmadığını tespit etmek için, tamamlanma anına bakmak gerekir. Eğer suçun hareketleri bölünebiliyorsa, suç neticeli bir suçsa teşebbüse elverişli olacaktır. Ancak ani hareketli suçlar teşebbüse elverişli değildir. Güveni kötüye kullanma suçu zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkâr etme ile birlikte tamamlanır.

Doktrinde bir görüşe göre suç ani hareketli suç olduğundan teşebbüse elverişli değildir.<sup>87</sup> Bir başka görüşe göre ise, zilyetliğin devir olgusunu inkâr etme halinde suç teşebbüse elverişli değildir, ancak zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma fiili yönünden hareketin bölünebildiği hallerde suç teşebbüs mümkündür.<sup>88</sup>

Bir diğer görüş ise suçun her iki seçimlik hareketine de teşebbüs mümkündür.<sup>89</sup>

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketleri zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr etmedir. Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma halinde eğer hareketler bölünebiliyorsa teşebbüs hükümleri gündeme gelebilecektir. Ancak devir olgusunu inkâr etme halinde suç ani hareketli ve hareketlerin bölünme ihtimali olmadığından teşebbüse elverişli olmadığını düşünüyoruz. Artuç'un verdiği örnekte fail tamir için bıraktığı telefonu almaya gelen mağdura telefonu kendisine vermediğini söylediğinde suç tamamlanmış olacaktır. Mağdurun veya arkadaşlarının telefonu görmesi ve alması sonucu değiştirmeyecektir. Zira inkâr olgusu ile suç tamamlanmıştır.

<sup>87</sup> Meran; "Suça teşebbüs olanaklı değildir. Çünkü güveni kötüye kullanma suçu ani suç niteliği taşır... Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulduğu veya bu devir olgusunun inkâr edildiği anda suç tamamlanır" s. 197; Koca/Üzülmez, s.637.

<sup>88</sup> Meraklı, s.1698; Malkoç, s.1366.

<sup>89</sup> Artuç, "Zilyetliğin devir inkâr edilmesi halinde inkâr etmekle suç tamamlanacağından teşebbüs pek mümkün görünmemektedir. Ancak, örneğin fail tamir için bıraktığı telefonu almaya gelen mağdura telefonu kendisine vermediğini inkâr amacıyla söyleyip, mağdurun ve yanındaki arkadaşın telefonu görmesi üzerine almaları durumunda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir... devir amacı dışında tasarruf hali ise teşebbüse elverişli gözükmemektedir" demektedir. s. 310.

### b. İştirak

Güveni kötüye kullanma suçu iştirak yönünden bir özellik göstermez. İştirakin her türlü mümkündür.<sup>90</sup> Şayet malın zilyetliği birden fazla kişiye devredilmiş ise, bu kişiler birlikte fail olabilecektir. Bunun dışında mal bir kişiye devredilmiş ise, suçun işlenmesine katkıda bulunanlar azmettiren ya da yardım eden olacaktır. Bu kişiler yönünden zilyetliğin devri ön şartı gerçekleşmediğinden suçun asli faili olamayacaktır.<sup>91</sup>

Failden malı devralan kişi ise TCK 165. maddesi gereğince suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan sorumlu olacaktır.

### c. İçtima

Yeni TCK kural olarak cezaların gerçek içtimayı benimsemiştir. Ne kadar fiil varsa o kadar da ceza verilmelidir. Ancak kanunda buna ilişkin istisnalar da getirilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu seçimlik hareketli bir suç olduğundan, bu hareketlerin her ikisinin de gerçekleştirilmesi halinde iki ayrı suç oluşmayacaktır. Arkadaşının ödünç verdiği saatin zilyetliğin devir olgusunu inkâr eden kişi sonradan bu saati satmak isterse tek bir güveni kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Seçimlik hareketler hukuken tek fiil kabul edilmektedir.<sup>92</sup> Yine güveni kötüye kullanma suçu işlendikten sonra eşyaya zarar verilse fail ayrıca mala zarar verme suçundan sorumlu olmayacaktır. Suç işlendikten sonra yapılan hareketler cezalandırılmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu zincirleme şekilde işlenebilmektedir. Şayet fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağ-

<sup>90</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.426.

<sup>91</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Meraklı, s. 1703. Yargıtay ise bu durumda faillerin birlikte fail olacağını belirtmektedir. Y15.CD, T: 02.04.2012, E: 2011/12359, K: 2012/33485 sayılı kararı; "Somut olayda, sanık a... u...’nın katılana ait oto alım satımı ile uğraşan şirketin ikinci el satış müdürü olduğu, şirkete ait on aracı çeşitli tarihlerde akrabası olan ve aynı çatı altında yaşadığı diğer sanık v.... k.... ile birlikte sattıkları, satışla ilgili bilgileri ve araç bedellerini şirket kayıt ve hesaplarına intikal ettirmedikleri, şirket tarafından araç sayımı yapılacağını anlayan sanık a... u....’nın şirketi terk edip kaçtığı, böylece sanıkların birlikte hareket ederek zincirleme olarak hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir".

<sup>92</sup> Özgenç, s. 76.

dura karşı farklı tarihlerde bu suç işlerse TCK 43/1. maddesi gereğince tek bir ceza verilecek ancak verilen ceza arttırılacaktır. Örneğin bir avukat muhasebeci ile yaptığı anlaşma çerçevesinde her ay yanında çalışan sekreterin SGK primlerini muhasebecisine teslim etmesine rağmen, muhasebecinin bu primleri ödemeyip, harcaması durumunda zincirleme şekilde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.<sup>93</sup> Fail tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı bu suçu işlerse TCK 43/2. maddesi gereğince tek ceza verilecek ancak verilen ceza arttırılacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunu işlemek için araç suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçtan da ceza verilecek ve gerçek içtima kurallarına göre hareket edilecektir. Güveni kötüye kullanma suçunu işlemek için sahte belge düzenlenmesi ve bu belge kullanılarak güveni kötüye kullanma suçu işlenmesi halinde hem sahtecilik hem de güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilecektir. Burada zilyetliği teslim edilen mala zarar verilerek tasarrufta bulunulması halinde hangi suçun oluşacağı ise tartışmalıdır. Zilyetliği teslim edilen malın yakılması, yıkılması, tahrip edilmesi halinde bir görüşe göre, TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralı gereğince hangi suç daha fazla cezayı gerektiriyor ise ondan dolayı ceza verilmelidir.<sup>94</sup> Bir görüşe göre ise, burada genel norm özel norm olduğundan ve güveni kötüye kullanma suçu, mala zarar verme eylemine göre özel norm niteliğinde olduğundan güveni kötüye kullanma suçundan dolayı fail cezalandırılmalıdır. Aynı görüşü savunan yazara göre burada tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunmaktadır. Mala zarar verme suçunun ifade ettiği haksızlık güveni kötüye kullanma suçu içerisinde erimektedir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma haksızlık ögesini karşılar niteliktedir.<sup>95</sup>

Kanaatimizce zilyetliği devredilmiş bir mal üzerinde fail mala zarar verme suçunun unsurları olan, yıkma, tahrip, etme, yok etme, bozma gibi eylemler zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma

<sup>93</sup> Benzer karar için bkz. Y15.CD, T: 02.07.2014, E: 2012/21614, K: 2014/13164 sayılı kararı.

<sup>94</sup> Özbek, s.1196. Yargıtay ise bu tür olaylarda güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı görüşündedir. "Kendisine teslim edilen ağaçları kesip yakmaktan ibaret eylemin TCY'nın 508. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden hırsızlık suçundan ceza tayini..." Y6.CD, T: 15.06.1990, E: 3704, K: 5591 sayılı kararı, aktaran, Meraklı, s. 1700.

<sup>95</sup> Meraklı, s.1702.

kapsamında değerlendirilmelidir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere ETCK'dan farklı olarak yeni ceza kanunumuz tasarrufta bulunma eylemlerini sınırlı olarak saymamıştır. Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma borçlar hukukunda tarif edilen bir sözleşme tipinde olabileceği gibi atipik bir sözleşme ya da eylemle de olabilir. Yukarıda açıklanan yazarın görüşü paralelinde biz de gerek genel norm-özel norm ilişkisi gerekse tükenen-tüketilen norm ilişkisi gereğince güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmekteyiz.

Genel norm-özel norm ilişkisi güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçu arasında da gündeme gelecektir. Zimmet suçu güveni kötüye kullanma suçuna göre daha özel nitelikte olduğundan, kamu görevlisine görevinden dolayı teslim edilen eşya üzerinde devir amacına aykırı tasarrufta bulunulması halinde fail zimmet suçundan cezalandırılacaktır. Ancak kamu görevlisine görevinden dolayı değil de aradaki kişisel güven ilişkisine istinaden eşya teslim edilmişse güveni kötüye kullanma suçu uygulanacaktır.

## 9. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK 155/1. maddesine göre suçun takibi mağdurun şikâyetine bağlıdır. Resen soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Şikâyet süresi TCK 73/1. maddesi gereğince fail ve fiilin öğrenilmesinden itibaren altı aydır. Suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK 155/2. maddedeki suç ise şikâyete tabi olmayıp resen soruşturma yapılır. Ancak nitelikli hal olsa bile şayet fail ile mağdur arasında TCK 167/2. maddesinde yazılı şekilde akrabalık ilişkisi varsa suçun soruşturma ve kovuşturması yine mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu önceden uzlaşma kapsamında değildi. Uzlaşma kurumunun düzenlendiği CMK 253. maddesi gereği etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemiyordu. Ancak 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle, "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" ibaresi madde metninden çıkarıldığından bu tarihten itibaren TCK 155/1. maddesinde düzenlenen basit güveni kötüye kullanma soruşturma ve kovuşturması şikâyete tabi olduğundan uzlaşma kapsamına girmişti. CMK 253. maddesi 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 26. mad-



desi ile değiştirilmiş ve TCK 155. maddesinin tamamı uzlaşma kapsamına alınmıştır. Böylece, gerek basit güveni kötüye kullanma suçu gerekse nitelikli hali uzlaşma kapsamına girmiştir.

Suçun temel hali ve nitelikli halinin yargılamasını yapma görevi Asliye Ceza Mahkemesi'ndedir. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Basit güveni kötüye kullanma suçu nedeniyle zamanaşımı süresi 8 yıldır. Zamanaşımının kesilmesi veya durması halinde bu süre en fazla 12 yıla kadar uzayacaktır. Nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde ise zamanaşımı 15 yıl olup en fazla 22,5 yıla kadar bu zamanaşımı uzayabilecektir.

## 10. YAPTIRIM

Güveni kötüye kullanmanın basit halini düzenleyen TCK 155/1. maddesine göre bu suçu işleyen fail altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği TCK 155/2. maddesine göre ise suçu işlediği sabit olan fail bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanun koyucu bu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceğini düşünerek yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörmüştür. Adli para cezasının alt sınırı TCK 52. maddesine göre 5 gündür. Üst sınırı ise TCK 155. maddesinde yazılı üst hadlerdir.

Mahkemenin öncelikli olarak suçun işlendiğinin sabit olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Yargılama sonrası suçun işlendiği sabit olursa TCK 61. maddesi gereğince temel ceza belirlenmelidir. Dikkat edilmesi gereken nokta temel ceza olarak hem hapis cezasına hem de adli para cezasına hükmedilmesi gerektiğidir. Burada hapis cezası ve adli para cezası seçimlik olarak düzenlenmediğinden hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilmelidir.

Verilen hapis cezası kısa süreli ise (bir yıl veya daha az) TCK 50. maddesinde yazılı seçenek tedbirlerden birisine çevrilebilecektir. Kanun koyucu burada failin kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki

özelliklere göre hâkime takdir yetkisi tanımış olup, hâkim bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra seçenek yaptırımlara çevirme ya da çevirmeme noktasında takdir hakkını kullanacaktır.

Hapis cezasının yanında verilen adli para cezası öncelikle gün olarak belirlenmeli, devamında bir gün karşılığı takdir edilen miktar ile çarpılarak sonuç adli para cezası tayin edilmelidir.

Hükmedilen sonuç hapis cezası iki yılın altında ise ve şartları oluşmuş ise CMK 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya TCK 51. maddesi gereğince cezanın ertelenmesine karar verilebilecektir. Yine hapis cezasının yanı sıra verilen adli para cezası hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilirken, sadece hapis cezaları yönünden kabul edildiği için cezanın ertelenmesi kararı verilemeyecektir.

## C. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

### 1. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-HIRSIZLIK

Malvarlığına karşı suçlardan uygulamada en çok karşılaşılanlardan birisi, belki de başta geleni hırsızlık suçudur. Hırsızlık TCK 141. maddesinde “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alma” olarak tanımlanmıştır. Güveni kötüye kullanma ve hırsızlık suçunun konusu kanunda “mal” olarak belirlenmiştir. Her iki suçun konusu benzer nitelikte düzenlense de aralarında farklılık olduğunu düşünüyoruz. Zira hırsızlık suçu sadece taşınır mallara karşı işlenebilirken güveni kötüye kullanma suçunun konusu taşınmaz mallar da olabilecektir.<sup>96</sup> Benzer şekilde hem hırsızlık hem de güveni kötüye kullanma suçunda suça konu mal, başkasına aittir. Fail suçun maliki değildir.

Hırsızlık suçu ile mülkiyet hakkı ve zilyetlik korunurken, güveni kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı ve taraflar arasındaki güven ilişkisidir.

<sup>96</sup> Güveni kötüye kullanma suçunun sadece taşınır mallar üzerinde işlenebileceğine dair aksi yönde görüş için bkz. Yazıcıoğlu, s. 774.

Bu iki suç yönünden en belirgin fark zilyetliğin elde edilmesi bakımından kendini göstermektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, malın zilyetliği önceden faile devredilmiştir. Hırsızlık suçunda ise zilyetlik malikin rızası olmaksızın elde edilmektedir.<sup>97</sup> Basit bir örnekle açıklamak gerekirse arkadaşımıza kullanması için verdiğimiz telefon, zilyetliğin devir amacına aykırı olarak satılırsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Buna karşın evimize misafir olarak gelen arkadaşımız gece uyurken gizlice telefonu alırsa, hırsızlık suçu oluşacaktır. Bu ayrımı yapmak her olayda bu kadar kolay değildir.

Güveni kötüye kullanma suçunun ön şartı, zilyetliğin devridir. Şayet zilyetlik devri olmadan mal alınmışsa, hırsızlık suçu oluşacaktır. Zilyetliğin devri için yukarıda ilgili bölümde ayrıntılı açıkladığımız üzere, zilyet olma iradesi ve fiili hâkimiyet olmalıdır. Şayet zilyetlik devredilmeksizin bakması, denemesi, kısa süreliğine kullanıp geri vermesi amacıyla mal faile teslim edilmişse ve fail tarafından mal alınmışsa hukuken geçerli bir zilyetlik devri söz konusu olmadığından hırsızlık suçu oluşacaktır.<sup>98</sup> Şayet fail, zilyetliği mağdurdu aldatarak elde etmişse burada hırsızlık ya da güveni kötüye kullanma değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu yukarıda izah edildiği üzere zilyetliğin devir olgusunu inkâr edip ihmali davranışla da işlenebilirken; hırsızlık suçu icrai davranışla işlenebilir.

Her iki suçun manevi kast ögesi benzer şekilde düzenlese de aralarında farklılık vardır. Güveni kötüye kullanma suçu “kendisinin veya başkasının yararına olarak” işlenirken hırsızlık suçu “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla” işlenmektedir. Burada ka-

<sup>97</sup> Yazıcıoğlu, s. 774.

<sup>98</sup> R. Yılmaz Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2007, C: 2, S: 5, s. 339. (Yazıcıoğlu; Hırsızlık Suçu). Yargıtay’ın kararları da benzer yöndedir: “Sanığın, ruhsatlı olan tabancayı satın almadan önce deneme atışı yapmak amacıyla alıp geri vermemekten ibaret eyleminin, silahın zilyetliğinin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (Y11.CD, T :16.12.2008, E: 2008/16452 K: 2008/13402)”; “Satmak üzere bulunduğu müşteriye göstermek bahanesiyle katılandan kısa süreliğine aldığı otomobili iade etmeyen sanığın eyleminin, suça konu araç üzerindeki zilyetliğin devredilmemiş olması nedeniyle hırsızlık suçuna uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine hükmolunması...” (Y11.CD, T: 09.02.2011 E: 2010/17678, K: 2011/642)” Aktaran, Yazıcıoğlu, s.776.

nun koyucunun bir yerde “yararına olarak”, diğer maddede ise “yarar sağlamak amacıyla” demesinin altında yatan bir neden vardır. Güveni kötüye kullanma suçu genel kastla işlenebilen bir suç olup, ayrıca yarar sağlama amacı ve kastı yoktur. Kanun maddesinde başkaları yararına da bu suçun işlenebileceğini belirtmek için kendisinin veya başkasının yararına olarak denmiştir. Oysa hırsızlık suçu yarar sağlama özel kastıyla işlenebilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda suç işleme kastı zilyetliğin devrinden sonra oluşmakla birlikte, hırsızlık suçunda ise suç işleme kastı, zilyetliği ele geçirmeden önce failde vardır.

## 2. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-DOLANDIRICILIK

Güveni kötüye kullanma suçu ile dolandırıcılık suçu birbirine daha benzer niteliktedir. Dolandırıcılık TCK 157. maddesinde “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama” olarak tanımlanmıştır. Her iki suç yönünden de zilyetliğin devri iradi gözükmemesine rağmen aradaki en büyük fark; güveni kötüye kullanma suçunda hukuken geçerli ve taraf iradelerine uygun bir zilyetlik devri olmasına karşın, dolandırıcılık suçunda zilyetliğin devri failin hileli davranışları ile sağlanmıştır. Dolandırıcılık suçunda mağdur gerçek durumu bilse, fail kendisini aldatmasa zilyetliği devretmeyecektir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda başta iradi ve hukuken geçerli bir zilyetlik devri vardır. Failde sonradan suç işleme kastı oluşmuş ve zilyetliğin devri amacına aykırı tasarrufta bulunmuş veya devir olgusunu inkâr etmiştir. Dolandırıcılık suçunda ise failde baştan itibaren suç işleme kastı vardır ve bu kasta uygun olarak fail hileli davranışlara başvurarak mağdurun iradesini etkilemekte onu kandırmaktadır. Bu yolla zilyetliği ele geçirmektedir.<sup>99</sup> Dolandırıcılık suçunda suça konu mal, hileli davranışlarla malın zilyedi veya maliki aldatılarak elde edilmektedir. Bu sebeple dolandırıcılık suçunda da tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi fail, zilyetliğinde olmayan bir malı elde etmektedir.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> YCGK, Esas No:2017/588, Karar No:2018/6, Tarih: 16.01.2018 sayılı kararı: “Görüldüğü gibi güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılıkta malın sanığa rızai teslimi söz konusudur. Ancak bu iki suç arasında da; dolandırıcılık suçu bakımından müştekinin rızası, iradesinin fesada uğratılması suretiyle sağlanmıştır”.

<sup>100</sup> Meraklı, s. 1661.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için kendisine veya başkasına yarar sağlamak şart olamamasına karşın dolandırıcılık suçunun oluşumu için failin kendisine veya başkasına yarar sağlamış olması gerekir. Bu durum, suçun tamamlanma anı bakımından da önem arz etmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu zilyetliğin devri amacına aykırı tasarruflarda bulunma veya devir olgusunu inkâr etme ile tamamlanmasına rağmen, dolandırıcılık suçunun tamamlanma anı yarar sağlanan andır.

### 3. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-YAĞMA

Yağma suçu TCK 148. maddesinde “Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılma” şeklinde tanımlanmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunda rızaya dayalı bir zilyetlik devri söz konusu iken, yağma suçunda malın zilyetliği, tehdit veya cebirle ele geçirilmektedir. Bu nedenle malın zilyetliğini ele geçirme noktasında iki suç yönünden fark vardır. Uygulamada da bu iki suç çok fazla karıştırılmamaktadır.

### 4. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA- ZİMMET

Zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu, özellikleri bakımından birbirine benzemektedir. Ancak failin kimliği ve zilyetliğin devir amacı her iki suçu ayırmakta önemli kriterdir. TCK 247. maddesinde “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin” cezalandırılacağı belirtilmiştir. Güveni kötüye kullanma ve zimmet suçunun unsurları aynı olmasına rağmen fail kamu görevlisi ise ve görevi gereği malın zilyetliği failine devredilmiş ise, zimmet suçu oluşacaktır. Burada genel norm-özel norm ilişkisi vardır. Zimmet suçu, fail yönünden özgü suç niteliğindedir. Bu nedenle şartları oluşmuşsa öncelikle zimmet suçu uygulanacaktır. Ancak fail kamu görevlisi olmasına karşın, malın zilyetliği görevi gereği değil de aradaki kişisel güvene istinaden devredilmiş ise, güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilecektir.

Bankacılık zimmeti de özel kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde "Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, bankada çalışan yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupların zilyetliği kendilerine devredilen para veya diğer malları zimmetine geçirmesi halinde Bankacılık Kanunu'nda yazılı suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Zimmet suçuna ve güveni kötüye kullanma suçuna göre daha özel bir düzenleme olması nedeniyle burada her ne kadar suçun tipiklik unsuru gerçekleşmiş olsa da güveni kötüye kullanma ya da zimmet suçundan ceza verilmeyecektir.

## 5. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-MALA ZARAR VERME

Malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen bir diğer suç türü de mala zarar verme suçudur. TCK 151. maddesine göre "Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi cezalandırılacaktır. Güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçlarının hukuki konusu ve korunan hukuki menfaatler benzerdir. Her iki suçun konusu da "mal" olarak düzenlenmiştir. Yine mülkiyet hakkı her iki suçta korunan ortak değerlerdendir.

Burada karşımıza zilyetliği faile devredilen mal üzerinde fail, yıka, tahrip etme veya bozma şeklinde tasarrufta bulunursa hangi suçun uygulanacağı çıkmaktadır. Bu konuyu ayrıntılı olarak içtima bölümünde işlediğimizden detaya girmeden, mala zarar verme suçuna göre daha özel bir düzenleme olduğundan güveni kötüye kullanma suçunun uygulanacağını düşünmekteyiz. Her iki suçun fiil unsurları da farklıdır. Mala zarar vermede fiil hareketleri tahdidi olarak sayılmıştır. Suçun oluşumu için kanunda yazılı yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme ve kirletme fiillerinde birisi gerçekleştirilmelidir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda fiil hareketleri tahdidi olarak sayılmamış, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır.

## 6. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA- DİĞER SUÇLAR

Güveni kötüye kullanma suçu ile yukarıda açıklananlar dışında da benzer suçlar bulunmaktadır. Ancak bu suçlarla uygulamada çok sık karşılaşılmadığından ve de güveni kötüye kullanma suçu ile karıştırılmadığından, kısaca bahsetmek yeterli olacaktır.

TCK'nun 289. maddesinde düzenlenen Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu güveni kötüye kullanma suçuna benzemektedir. Maddeye göre *“Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi”* cezalandırılacaktır. Bu suç, adliyenin güvenilirliğine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olup, korunan hukuki değer adliyenin güvenilirliğidir. Yine muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun faili ancak muhafaza etmek üzere kendisine mal teslim edilen kişi olabileceğinden ve bu nedenle özgü suç niteliğinde olduğundan ayrıca güveni kötüye kullanma suçuna göre, özel norm olduğundan koşulları oluşmuşsa öncelikle uygulanacaktır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1. maddesinde güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu halde verilecek ceza 3 yıldan az olamayacaktır. Burada aslında farklı bir suçtan ziyade güveni kötüye kullanma suçuna bazı nitelikli haller getirilmiştir. Ancak sayılan fiillerin suç oluşturup oluşturmadığı bu kanuna bakılarak belirlenecek ve özel kanun niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçuna benzer bir düzenleme 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler yahut ihtilas edenler veya satanlar yahut rehine verenler ve bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizleyenler”* cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçunu işleyenlerin asker kişilerce işlenmesi ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Burada da özel norm niteliğinde olduğundan öncelikle bu kanun maddesi uygulanacaktır.

### III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Güveni kötüye kullanma suçu, malvarlığına karşı suçlar içerisinde yer almış olup, uygulamada gittikçe artan oranda karşılaşılmaktadır. Suçun genel olarak düzenleniş tarzına bakıldığında, 765 sayılı ETCK'ya göre daha kısa ve fakat daha genel ibarelere yer verildiği görülmektedir. Ceza kanunlarının, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği, içeriğinin açık olması gerekir ise de, çok kazuistik ve sınırlayıcı düzenlemeler, sürekli değişen toplumlarda, yeni durumların karşılanamaması sorununa yol açacaktır. Gerçekten de günümüz toplumu çok hızlı evrilmektedir. Teknolojik gelişmeler deyim yerinde ise ışık hızında yaşanmaktadır. Birçok kanun bu değişiklik karşısında yetersiz kalmaktadır. O nedenle kanunilik ilkesini zedelemeyen genel ifadelerle suçun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu, gerek kanun metnin yazılışı gerekse gerekçesi itibariyle iyi düzenlenmiş bir suç olarak gözükmektedir. Şüphesiz, mükemmel ve kusursuz değildir. Örneğin, suçun tamamlanması için yarar sağlanması gerekip gerekmediği açıkça anlaşılabilir. Kanun maddesinde yer alan "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ibaresinin suçun oluşumu ve tamamlanması için yarar sağlamak mı gerektiği yoksa bu düzenlemenin failin kendisinin yanı sıra üçüncü kişilerin yararına olarak da bu suçu işleyebileceğini belirtmek için mi getirildiği konusunda, haklı olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konudaki tartışmaları ve görüşümüzü ilgili kısımda ayrıntılı olarak açıklamıştık

Güveni kötüye kullanma suçu içerik itibariyle birçok hukuki ilişkiye temas ettiğinden suçun oluşup oluşmadığının tespiti oldukça önemlidir. Çünkü bu suçun özünde taraflar arasında bir hukuki ilişki, çoğu zamanda borçlar kanunu ya da diğer özel kanunlarda tanımlanan bir sözleşme ilişkisi vardır. O nedenle her borca aykırı davranışın, her sözleşmedeki edimi yerine getirmemenin bu suçu oluşturmayacağına önemle dikkat edilmelidir. Suçun iyi anlaşılabilmesi zilyetlik ilişkisi, zilyetlik kurumu, zilyetliğin devri gibi konulara hâkim olunmasına da bağlıdır. Bu yönüyle güveni kötüye kullanma suçu özel hukukla iç içe geçmiş durumdadır.

Suçla korunmak istenen sadece mülkiyet hakkı olmayıp, aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmak istenmiştir. Ti-



caret hayatı güven ilişkisi üzerine kurulur. Ahde vefa de denen söz bağlılık, ticaretin devamı ve ekonomik hayat için oldukça önemlidir. Nitekim bu güven unsuru sadece kişiler arasındaki ilişkilerde söz konusu olmayıp devletlerin ekonomileri için de hayati öneme sahip hale gelmiştir. Globalleşen dünyada bir ülkenin ekonomik olarak güven verip vermemesi o ülkeye yatırım yapmak isteyen yabancıların kararını doğrudan etkilemektedir. Birçok ekonomik kriz de ekonomiye olan güvensizlikten çıkmaktadır. Tüm bu açıklamalarımız güveni kötüye kullanma suçunun güven ilişkisini korumak amacıyla da ihdas edildiğini göstermek içindir. Zira madde başlıkları da bize korunan hukuki değer için ipucu vermektedir. Suçun adı “güveni kötüye kullanma”dır. Mülkiyeti, ekonomiyi ya da zilyetliği koruma olarak takdir edilmemiştir.

Suçun koruduğu hukuki menfaat ve fiil eylemi göz önüne alındığında birçok benzer suçla karıştırılma ihtimali olduğu gibi, bazı hukuki ilişkilerin suç olarak algılanmasına da sebep olabilir. O nedenle her somut olayda taraflar arasında önceden hukuki bir ilişki olup olmadığı, taraf iradelerine uygun bir zilyetlik devri olup olmadığı, failin eyleminin sadece borca aykırı davranış mı, yoksa güveni kötüye kullanma fiili mi olduğu iyi tespit edilmelidir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akipek Jale G., *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, AÜHF Yayınları, Ankara 1974,  
 Artuç Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007,  
 Ayan Mehmet; *Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Adalet Yayınevi, Konya Ekim 2004,  
 Bakıcı Sedat, 5237 sayılı Kanun Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008,  
 Bulutoğlu Kenan, *Emniyeti Suiistimal Cürümleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:635, İstanbul 1955,  
 Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yayınları, İstanbul 2016,  
 Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998,  
 Gündel Ahmet, 5237 sayılı TCK'da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009,  
 Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A yayıncılık*, Ankara 2013,

- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, *Filiz Kitabevi*, İstanbul 1991,
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008,
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006,
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015,
- Malkoç İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Birinci Cilt, Seçkin Yayınevi, 2008,
- Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006,
- Önder Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994,
- Özbek Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, İzmir 2008,
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013,
- Özgenç İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002,
- Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2008,
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007,
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007,
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013,
- Yaşar Osman/Gökcan H. Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014,

### **Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri**

- Canpolat Can, "5237 sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", MÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> erişim tarihi: 16/01/2021,
- Menekçe Ömer, XVII Ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 1998,
- Sarsıkoğlu Şenel, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 155), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

**Makaleler**

Erem Faruk, "Cezalandırılabilme Objektif Şartı(Şartlı Suçlar)", *AÜHF Dergisi*, Y: 1970, C: 27, S: 1-4,

Meraklı, Serkan, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Basım Yılı:2010, Cilt:11 Özel Sayı:2009, 1657-1713,

Yazıcıoğlu R. Yılmaz, "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2,

Yazıcıoğlu R. Yılmaz, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y: Aralık 2007, C: 2, S: 5, (Yazıcıoğlu; Hırsızlık Suçu).

**İnternet Kaynakları**

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

[Http://www.Adlicil.Adalet.Gov.Tr/İstatistik\\_2015/Ceza/33.Pdf](Http://www.Adlicil.Adalet.Gov.Tr/İstatistik_2015/Ceza/33.Pdf) (Erişim Tarihi: 07.11.2018)



# KRİPTO PARALARIN CEZA HUKUKU BOYUTU VE TÜRK MEVZUATINDAKİ MUHTEMEL DÜZENLENME YERİ

## CRIMINAL LAW DIMENSION OF CRYPTOCURRENCIES AND THEIR POSSIBLE PLACE OF REGULATION IN TURKISH LEGISLATION

Umut BALCI\*

**Özet:** Son dönemlerde kullanımı oldukça artan kripto para birimleri ekonomi ekosisteminde olduğu kadar hukuk ekosisteminde de yenilik doğuran araçlar olmuşlardır. Sermaye piyasası hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku gibi birçok hukuk dalında doğurdıkları belirsizliklere ek olarak, en çok da ilgili araçların ve dolayısıyla bunları kullanan kişilerin, anılan araçların tam olarak hukuki bir zemine oturtulmasına kadar geçen sürede çok çeşitli şekillerde istismara açık oldukları tabiidir.

Bu çalışmada, hukuki mahiyetleri tartışmalı olan kripto para birimleri, daha ziyade ceza hukuku perspektifinden ele alınacaktır. Öncelikle, kripto para birimleri ile ilişkili olan bazı kavramlara kısaca değinilecek, daha sonra kripto para piyasalarında işlenmesi muhtemel suçlar, pasif ve aktif sükeleri üzerinden ele alınacaktır. Daha sonra, sayısız şekilde tezahür edebilecek kripto para birimleri kullanılarak işlenebilecek suçlarda, bunların suçun işlenmesini kolaylaştırabilecek niteliklerini somutlaştırmak amacıyla en sansasyonel kripto para birimlerinden birisi olan Bitcoin'in nitelikleri üzerinden gidilerek bir örneklem oluşturulmaya çalışılacaktır. Bugüne kadar kripto paralar kullanılarak gerçekleştirilen suç fiillerine birkaç örnek aktarılacak ve alanın regüle edilmesi bakımından çeşitli devletlerin aldıkları tedbirler ve getirdikleri düzenlemeler ile konuya Türkiye'nin yaklaşımına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kripto Para, Regülasyon, Ceza Hukuku, Suç, Para Birimi

**Abstract:** Cryptocurrencies which have increased in use recently, have become tools that create innovation in the legal ecosystem as well as in the economic ecosystem. In addition to the uncertainties they cause in many branches of law such as capital market law, administrative law, tax law, data protection law, until the relevant tools fully establish on a legal basis, they and therefore their users are open to exploitation in a wide variety of ways.

---

\* Avukat, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Hacettepe Üniversitesi Doktora Öğrencisi, umutbalci93@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5205-7864, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.11.2020, Kabul Tarihi: 24.11.2020

In this study, cryptocurrencies, whose legal nature is controversial, will be discussed rather from a criminal law perspective. First of all, some concepts related to cryptocurrencies will be briefly mentioned, and then possible crimes in the cryptocurrency markets will be discussed over passive and active subjects. Later, in crimes that can be committed in countless ways by using cryptocurrencies, a sample will be tried to be created by going through the characteristics of one of the most sensational cryptocurrencies, Bitcoin, in order to concretize cryptocurrencies' characteristics that can facilitate the commitment of crime. Several examples on criminal acts carried out using cryptocurrencies will be quoted and measures taken by the various states, regulations they bring and also Turkey's approach to the issue will be made subject to an assesment.

**Keywords:** Cryptocurrency, Regulation, Criminal Law, Crime, Currency Unit

## GİRİŞ

Kripto para birimlerinin bir alım gücü ifade etmeleri ve değişim aracı olarak kabul görmeleri, esasen itibari para birimleri için de geçerli olduğu üzere insanların bu varlıklara güvenmeleri ile olmuştur. İtibari paralara duyulan güveni açıklamak daha kolaydır, zira devletler tarafından basılmakta ve tedavüle çıkarılmaktadırlar. Özünde yalnızca birer yazılımdan ibaret olan kripto para birimlerinin, itibari para birimleri gibi işlem görebilmeleri ise kullanıcıları tarafından bu yazılımlara/veri tabanlarına ve genel olarak teknoloji temelli bu sistemlerin işleyişine duyulan ortak güven ile açıklanabilir.

İtibari para birimlerinin değişim değeri olarak kabul görmesini açıklamakta örnek gösterilen, Mikronezya'daki bir Alman kolonisi olan takım adalardan Yap Adası sakinlerinin kullandıkları Rai Taşlarının hikayesi, esasında kripto para birimlerinin ve dolayısıyla yazılımların/veri tabanlarının günümüzdeki durumu yönünden de ele alınabilir. Buna göre, üzerinde herhangi bir değerli maden bulunmayan Yap Adası'nda ada sakinleri değişim aracı olarak bu taşları kullanmakta iken adanın şefleri tarafından diğer adalarda bulunan kireçtaşı keşfedilir ve bu adalara sefer yapılarak büyük küçük kireç taşları Yap Adası'na getirilir. Taşların boyutları, aidiyetlerini de belirlemektedir. Büyük kireç taşlarının tamamı, küçüklerin ise belirli bir bölümü baştan itibaren adadaki kabile şefinin malı olmaktadır. Taşınamayacak denli büyük boyutlardaki kireç taşları, şef tarafından kullanılmak istendiklerinde, taşın yeri değiştirilmeden şef, yeni sahibi ilan eder. Böylelikle ada sakinlerinde bir taş hafızası oluşur. Zaman içerisinde bu sistem

öyle kanıksandır ki, taşın nerede olduğunu hiçbir ada sakini hatırlamasa ve hatta taş kaybolmuş olsa bile, sahibi belli olduğundan bir değişim aracı olarak kabul görmeye devam eder. Örneğin, diğer adalardan deniz yoluyla getirilen taşları taşıyan bazı gemilerin batması sonucu taşlar denizden çıkarılamasa da şef, taşın denizin neresinde olduğunu ada halkına söyleyerek batan taşları dahi bir değişim aracı olarak dolaşıma sokmuş olur. Bu yaşanmış olaylardan yola çıkılarak, gerçekten var olmayan nesnelere dahi onu kullananlar tarafından değişim aracı yahut para olarak kabul edilmesi halinde para niteliğini haiz olacağı sonucuna ulaşılabilecektir.<sup>1</sup>

Bununla birlikte para hukuku olarak adlandırılabilen hukuk dalının özellikle Almanya ve Fransa gibi kıta Avrupası ülkelerinde ticaret hukuku sistemleri içerisinde ayrı bir dal olarak gelişmesinin, paranın niteliği hakkındaki görüşlerin hukuk öğretisinde daha sistemli bir biçimde ele alınmasını sağladığı da söylenebilecektir. Bunun aksine İngiliz hukukunda ve dolayısıyla diğer anglo-sakson hukuk sistemlerinde, paranın doğası hakkında pek fazla kafa yorulmamıştır.<sup>2</sup>

Kripto para birimlerinin ortaya çıkmasıyla para kavramı üzerinde yapılan tartışmalar daha da karmaşıklaşmıştır. Nitekim bu yapıların alabileceği şekiller sayısızdır.<sup>3</sup> Bu nedenle, bunlara, genel geçer biçimde yeknesaklaştırılarak bir tanım getirilmesi -itibari para kavramı için bile tartışmalar sürerken- pek de mümkün olmamıştır.

Bu çalışmada, hukuki mahiyetleri tartışmalı olan kripto para birimleri, daha ziyade ceza hukuku perspektifinden ele alınacaktır. Öncelikle, kripto para birimleri ile ilişkili olan bazı kavramlara kısaca değinilecek, daha sonra kripto para piyasalarında işlenmesi muhtemel suçlar, pasif ve aktif sükeleri üzerinden ele alınacaktır. Daha sonra, sayısız şekilde tezahür edebilecek kripto para birimleri kullanılarak işlenebilecek suçlarda, bunların suçun işlenmesini kolaylaştırabilecek niteliklerini somutlaştırmak amacıyla en sansasyonel kripto para birimlerinden birisi olan Bitcoin'in nitelikleri üzerinden gidilerek bir

<sup>1</sup> Milton Friedman, "The Island of Stone Money", *Working Papers on Economics*, No. E-91-3, Hoover Institution, Stanford, California, 1991, s. 1 vd.

<sup>2</sup> Colin Bamford, *Principles of International Financial Law*, Second Edition, Oxford University Press, London 2015, s. 8.

<sup>3</sup> Bamford, s. 13.

örneklem oluşturulmaya çalışılacaktır. Bugüne kadar kripto paralar kullanılarak gerçekleştirilen suç fiillerine birkaç örnek aktarılacak ve alanın regüle edilmesi bakımından çeşitli devletlerin aldıkları tedbirler ve getirdikleri düzenlemeler ile konuya Türkiye'nin yaklaşımına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

## I- KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Kripto paraların ceza hukuku yönünden ele alınmasına geçilmeden önce, kavramsal çerçevenin çizilmesi önem arz etmektedir. Bu bakımdan öncelikle konuya ilişkin önemli kavramların açıklanmasında fayda olacaktır.

Ekonomistler, paranın; bir değişim aracı olması, bir sözleşmeden doğan borcun ölçüsü olması, servet depolama aracı olması veya hesap birimi olması gibi çeşitli karakteristik özelliklerine atıf yaparak para kavramını tanımlamaktadırlar. Uygulamada ise örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi, *"Kanuni para vasfında olmasa dahi, pratikte paranın fonksiyonlarını yerine getiren, herkesçe bir borcun ödenmesi yönünden kabul gören vasıtalar paradır"* şeklindeki belirlemesi ile parayı, yalnızca bir değişim aracı olmasına atıfta bulunarak tanımlamıştır.<sup>4</sup>

"Para" kelimesine hukuk uygulamasında bir tanım getirme gerekliliği çok sık ortaya çıkmamaktadır. Bu anlamda en önemli husus, paranın farklı bağlamlarda farklı anlamlara gelebileceğidir. Devletler bakımından düşünüldüğünde para, devletlerin vatandaşlarına veya diğerlerine olan ölçülebilir bir borcu anlamına gelebilir. Bu borç yine devlet tarafından ölçülen ve kontrol edilen para birimleri ile ifade edilir. Bu çeşit paralara fiat para veya itibari para birimleri de denilir ve sikke, madeni para veya banknot biçiminde dolaşımda olabilirler.<sup>5</sup>

Fiziki karşılıkları bulunmayan kripto para birimleri bakımından, *Friedman'*ın Yap Adası örneğindeki benzer bir durum söz konusudur. Kripto para piyasaları Aralık 2017'de 800 milyar doları aşan piyasa değeri ile tüm zamanların en yüksek pazar payını gördükten sonra, düşüş trendine geçmiş Aralık 2018'de 100 milyar doların altına görerek en düşük noktaya ulaşmıştır. Son olarak, Haziran 2019'da 300

<sup>4</sup> Bamford, s. 11.

<sup>5</sup> Bamford, s. 12, 13.



milyar doların biraz üzerinde, Haziran 2020’de 265 milyar dolar, Ekim 2020’de 354,72 milyar dolar ve Nisan 2021 itibarıyla 1 trilyon 984 milyar dolar seviyesindedir.<sup>6</sup> Bu keskin ve hızlı iniş çıkışlara karşın, özellikle 2021 yılı başından itibaren kripto para piyasaları finansal sistemdeki payını katlayarak artırmış ve göz ardı edilemeyecek denli büyük bir oranı temsil eder hale gelmiştir.

Çalışma konusu ile ilişkili kavramların kısaca üzerinden geçmekte fayda vardır.

### A- Blokzincir Teknolojisi

TÜBİTAK bünyesinde yer alan Matematiksel ve Hesaplamalı Bilimler biriminin içerisindeki Blokzincir Araştırma Laboratuvarına göre blokzincir; dijital para birimlerini, varlıkları ve emtiaları besleyen bir teknoloji, dağıtılmış bir veritabanı ya da paylaşılmış kayıt (muha-sebe) defteri olarak tanımlanabilir. TÜBİTAK ayrıca blokzincirlerin açık veya özel olabileceğini değerlendirmektedir. Buna göre açık blokzincir; herkesin okuyabileceği, kullanabileceği veya değiştirebileceği açık kaynaklı bir yazılım üzerindeki blokzinciri ifade etmektedir. Özel blokzincir ise, kısıtlamalı ve kontrollü erişimin söz konusu olduğu blokzincirdir.<sup>7</sup>

Blokzincir, Türkçe’de dağıtılmış defter teknolojisi olarak ifade edilebilecek olan DLT (distributed ledger technology)’nin bir türevidir. Bu teknoloji, her biri tamamen aynı veri kayıtlarına sahip birden çok veri deposunda veri kaydetmeye ve paylaşmaya imkân tanır. Söz konusu sistemin işleyişi ve kontrolü, dağıtılmış bilgisayar sunucularından oluşan bir ağ vasıtasıyla sağlanmaktadır. Blokzincir teknolojisinde, sürekli genişleyen veri yapısını oluşturmak ve doğrulamak için bir dizi matematiksel algoritma ile şifreleme yöntemi olarak kriptografi birlikte kullanılmaktadır. Anılan algoritmalar, sisteme yeni verilerin girilmesine izin verirken, sisteme bir kere girilen bir verinin sonradan sistemden çıkarılmasına yani silinmesine imkân vermeye-

<sup>6</sup> Burak Üçüncü, “Günahların Para Biriminden Yatırım Aracına: Hukuki Olarak Bitcoin ve Kriptoparalar”, *Hukuk Gündemi*, 2018/1, s. 69; Günay Caymaz, “19 Ekim Kripto Para Piyasa Özeti: Bitcoin ve Altcoin Günlük Analizi”, <https://blog.sistemkoin.com/19-ekim-kripto-para-piyasa-ozeti-bitcoin-ve-altcoin-gunluk-analizi/>, E.T. 19.10.2020.

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://blockchain.bilgem.tubitak.gov.tr/> E.T. 17.09.2020.

cek şekilde formüle edilmektedir. Esasen bu, bir dezavantaj olarak da değerlendirilebilecektir.<sup>8</sup>

Bu bakımdan blokzincir teknolojisi, aslında blokzincirin kullanım amacına göre her türlü verinin sisteme girilebileceği bir veritabanı niteliğini haizdir. İnternet gibi her bilgisayardan erişime açık olarak kurgulanabileceği gibi yalnızca özel ağlardan ulaşılabilecek -örneğin belirli kurumlar arasında işleyecek- bir blokzincir ağı da oluşturulabilir.<sup>9</sup>

Bu noktada, mutabakat mekanizması olarak adlandırılabilir bir yöntemden de söz edilmesi gerekir zira bu kadar çok tarafın olduğu bir sistemde bir uzlaşma protokolü olmalıdır. Şöyle ki, sisteme girilen her yeni veri, esasen bir blok oluşturmaktadır. Bu blok, şifrelenmiş bir şekilde ağda bulunan tüm aktörlerin bilgisine sunulmakta ve ağdaki-ler, önceden algoritmik olarak tanımlanmış onaylama yöntemleri ile kolektif olarak "blok"un geçerliliğini tasdik etmektedirler. Bu mekanizma, dijital olarak temsil edilebilen her türlü malvarlığı değeri bakımından da uygulanabilir niteliktedir.<sup>10</sup>

Ağdaki her kullanıcı iki adet anahtara sahiptir. İlki, ağda gerçekleştirilen işlemler için dijital bir imza niteliğindeki özel anahtar, ikincisi ise ağdaki herkes tarafından görülebilen kimlik niteliğinde bir genel anahtardır. Kripto paralar bakımından düşünülecek olursa örneğin, ağdaki A kişisi, yine ağdaki B kişisine 50 birim kripto para göndermek istiyorsa, sadece kendisi tarafından bilinen özel anahtarı ile bu işlemi onaylayarak imzalayacak ve B kişinin herkes tarafından bilinen genel anahtarını belirterek bu işlemi onun hesabına yönlendirecektir. Blokzincirde gerçekleştirilen bu işlem yeni bir blok niteliğinde olup, A kişinin genel anahtarının doğruluğu tespit edilmek suretiyle ağdaki diğer kullanıcılar tarafından onaylanacak ve bu şekilde işlem, zincire eklenmiş olacaktır.<sup>11</sup>

Blokzincir teknolojisinin en önemli avantajı, geniş çeşitlilikteki ve normalde üçüncü tarafların aracılığını gerektiren işlemlerin aracısız

<sup>8</sup> Gülçin Büyüközkan Feyzioğlu, "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir* (Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 1 vd.

<sup>9</sup> Cem Say, 5 Soruda Blokzinciri, Bankalararası Kart Merkezi, Ed. Gizem Güneş Erbil, İncekara Matbaacılık, İstanbul 2019, s. 15.

<sup>10</sup> Say, s. 15, 16.

<sup>11</sup> Büyüközkan Feyzioğlu, s. 1 vd.

olarak ve merkezileşmemiş unsurlar tarafından onaylanmak suretiyle gerçekleştirilmesini sağlamasıdır. Bu doğrultuda, blokzincir teknolojisi ile tek veya sınırlı sayıdaki aracıya duyulan güvenin yerini, ağdaki tüm kullanıcıların kolektif onayına, diğer bir ifade ile ağa duyulan güven almaktadır. Yine, herhangi bir zamanda ağda yapılan bir işlemin kayıt altına alınıyor olması, dijital zaman damgası niteliğindedir ve sistemin avantajlarından birisidir.<sup>12</sup>

Bunun doğal sonucu olarak ağ kullanıcıları aslında, önceden bahsi geçen araçlar tarafından yüklenen riskleri de üzerlerine almaktadırlar. Esasen blokzincir teknolojisi ile yeri doldurulamayacak derecede önemli, sistemik riskleri yüklenebilen ve tampon görevi gören muhafaza kuruluşları, bankalar vs. aracı kuruluşlar da sistemden dışlanmaktadır.<sup>13</sup>

Bank for International Settlements (BIS) nezdinde, Ödemeler ve Piyasa Altyapıları Komitesi'nin Şubat 2017 tarihli "*Ödeme, takas ve mahsup sistemlerinde dağıtılmış defter teknolojisi*" başlıklı raporunda bu hususa dikkat çekilmiş ve bu sistemlerde blokzincir teknolojisinin benimsenmesinin yeni likidite risklerine yol açabileceği tespitinde bulunulmuştur.<sup>14</sup>

## B- Madencilik

Ağdaki her kullanıcının, zincire yeni bir veri yani blok ekleme önerisinde bulunabileceğine önceki başlıkta değinilmişti. İşte mutabakat mekanizması, blokzincir bünyesinde gerçekleştirilecek işlemlerin doğru bir şekilde teselsül etmesini teminen önceden belirlenmiş bir dizi kriptografik onay yöntemi olarak bu noktada devreye girmektedir.

Kripto paralar bakımından mutabakat mekanizmasının, mükerrer işlemleri önleme gibi bir vasfı da vardır. Nitekim, düzgün işlemeyen bir mutabakat mekanizması, merkezi kayıt ve kontrol sağlayan herhangi bir aracı da bulunmadığından, aynı ödeme aracının veya mal-

<sup>12</sup> Tuğçe Akdemir Altunbaşak, "Blok Zincir (Blockchain) Teknolojisi ile Vergilendirme", *Maliye Dergisi*, Ocak-Haziran 2018, S. 174, s. 362.

<sup>13</sup> Büyüközkan Feyzioğlu, s. 1 vd.

<sup>14</sup> Bank for International Settlements Committee on Payments and Market Infrastructures, *Distributed Ledger Technology in Payment, Clearing and Settlement*, February 2017, s. 19 vd.

varlığı değerinin sistem içerisinde aynı kişi tarafından farklı zamanlarda birden fazla transfer edilmesine neden olabilecektir.<sup>15</sup>

Kripto para temelli blokzincirlerde yaygın biçimde kullanılan muhtabakat sistemi ise proof of work (PoW) yani “çalışma kanıtı” adı verilen bir sistemdir. Buna göre, ağ kullanıcıları, blokzincire yeni bloklar ekleyebilmek için bir tür kriptografik bulmaca çözmek zorundadırlar. İşte bu bulmaca çözüme süreci, madencilik (*mining*) olarak adlandırılmaktadır. Her yeni eklenecek blok için yürütülen bu madencilik faaliyetinde, sistemde kayıtlı bulunan önceki verilerden yararlanılmakta ve dolayısıyla her yeni madencilik faaliyeti, daha karmaşık hesaplama yöntemlerinin kullanılmasını ve daha büyük miktarda veri birikimi elde etmeyi gerektirmektedir. Madencilik faaliyetlerinde oldukça yüksek seviyelerde elektrik kullanılmasının sebebi de budur. Bu karmaşık hesaplamalardan oluşan bulmaca çözüldüğü takdirde, madencilik görevi tamamlanacak ve kripto paralar bakımından düşünülürse madenci, bir birim kripto para elde etmiş olacaktır.<sup>16</sup>

### C- Altcoinler

Bilindiği üzere kripto paraların yaygın kabul gören ilk örneği “Bitcoin” olmuştur. Bitcoin’in kullandığı yazılım kamuya açık olduğundan zamanla bu yazılımın kaynak kodları kullanılarak farklı kripto para birimleri de üretilmiştir.<sup>17</sup>

Bunlara “alternative coin” denilmiş ve bunun kısaltması olan “altcoin” terimi de bu kripto para birimlerini tanımlamak için kabul görmüştür. Piyasada bu şekilde ortaya çıkan yüzlerce altcoin bulunmakta, bazıları Bitcoin kadar olmasa da ilgi görürken, çok düşük karşılıklarla alınıp satılabilen önemsiz altcoinler de mevcuttur.<sup>18</sup>

### D- Kripto Paralar

Kripto paralar, verilerin okunamayacak bir şekilde getirildikten sonra ancak gizli bir anahtara (şifre veya formül) sahip kişi veya kişiler tarafın-

<sup>15</sup> Robby Houben/Alexander Snyers, Cryptocurrencies and Blockchain, European Parliament’s Special Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance, Brussels 2018, s. 18.

<sup>16</sup> Houben/Snyers, Cryptocurrencies and Blockchain, s. 18, 19.

<sup>17</sup> Fatih Kaplanhan, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi ‘Bitcoin Örneği’”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 353, 2018, s. 108.

<sup>18</sup> Kaplanhan, s. 109.

dan deşifre edilerek korunması tekniği olarak tanımlanabilecek kriptografi tekniğinden yararlanılarak oluşturulan ve kullanılan değerlerdir.<sup>19</sup>

Bu yapıların ne şekilde olduğuna bakılmaksızın, yaratıcıları bunların itibari para birimlerine benzer karakterlerde olmalarını ve o şekillerde kullanılabilmelerini amaçlamaktadırlar. Ancak kripto paralar, itibari paradan oldukça farklıdırlar. En esaslı farklılık, egemen bir güç tarafından çıkarılmamaktadırlar. Dolayısıyla örneğin 1 pound değerinde sterlin taşıyan bir kişi, İngiliz hükümetinden 1 pound alacaktır. Kripto paralar ise egemen devletlerin borçları olarak addedilemezler. Özel teşebbüsler tarafından çıkarılmaktadırlar ve bunların güvenilirlikleri çoğu zaman belirsizdir. Hatta bazı durumlarda, örneğin Bitcoin’de kimse tarafından çıkarılmamaktadırlar ve bir algoritma çerçevesinde gelişim göstermektedirler.<sup>20</sup>

Kavramın genel çerçevesinin ortaya konulabilmesi bakımından uluslararası finans otoriteleri tarafından getirilen tanımları incelemek faydalı olabilecektir.

### 1. Avrupa Merkez Bankası (ECB)

Avrupa Merkez Bankası, kripto paraları, sanal paraların bir alt kümesi olarak değerlendirmektedir. Banka, Ekim 2012 tarihli *Sanal Para Şemaları* başlıklı raporunda kripto para birimlerini; geliştiricileri tarafından çıkartılan ve kontrol edilen, belirli sanal topluluk üyeleri arasında kabul görüp kullanılan ve herhangi bir hukuki düzenlemeye tabi tutulmamış olan dijital para birimleri olarak tanımlamıştır. Aynı raporda, sanal paralar üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur<sup>21</sup>:

- *Yalnızca kapalı bir sanal sistemde (genellikle çevrimiçi oyun platformlarında) kullanılabilen sanal paralar.*

- *Tek taraflı olarak reel ekonomi ile bağlantılı olan sanal paralar.* Bunların alımı bakımından geleneksel para birimleri ile bir değişim değeri mevcuttur. Esasen sanal, istisnai olarak da gerçek mal ve hizmet alımlarında kullanılırlar. **Örn.** Facebook kredileri.

<sup>19</sup> Asuman Turanboy, “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri”, *BTHD.*, C. 35, S. 3, 2019, s. 52 vd.

<sup>20</sup> Bamford, s. 13, 14.

<sup>21</sup> European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, Frankfurt 2012, s. 13 vd.

- *İki taraflı olarak reel ekonomi ile bağlantılı olan sanal paralar. Bunların hem alım hem satımı bakımından geleneksel para birimleri ile değişim değerleri mevcuttur. Hem sanal hem de gerçek mal ve hizmetlerin alımında kullanılabilirler. Örn. Bitcoin.*

ECB tarafından Şubat 2015'te yayımlanan sanal paralara ilişkin ikinci bir raporda ise kripto paralara ilişkin daha detaylı bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre sanal para birimleri, bir merkez bankası, kredi kuruluşu veya elektronik para kuruluşu tarafından piyasaya sürülme- yen, bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılabilen değerle- rin dijital olarak temsilidirler. Aynı raporda kripto para birimleri de dağıtılmış (merkezsizleştirilmiş) iki taraflı sanal para birimleri olarak tanımlanmıştır.<sup>22</sup>

19.06.2018 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetes'i'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Beşinci Direktifi ile getirilen sanal para tanımı ise, bir merkez bankası veya kamu otoritesi tarafından tedavüle çıkarılmayan veya garanti edilmeyen, yasal olarak kullanılmakta olan bir para birimine bağlı olması gerek-meyen ve hukuki statü bakımından para olarak nitelendirilemeyecek ancak gerçek veya tüzel kişilerce değişim aracı olarak kabul edilmiş elektronik olarak transfer edilebilen, saklanabilen ve işlem görebilen değerlerin dijital olarak temsili şeklindedir.<sup>23</sup>

Son olarak Avrupa Merkez Bankası nezdindeki Kripto Varlıklar Görev Gücü tarafından Mayıs 2019'da kripto varlıklara ilişkin hazırlanan raporda ise kripto varlıklar, dijital formda kaydedilmiş, krip- tografi yönteminin kullanılması ile etkinleşen ve üzerlerinde herhangi tanımlanabilir bir kurum veya kuruluşun finansal hak yahut sorum- luluğunun bulunmadığı yeni varlık türleri olarak tanımlanmışlardır.<sup>24</sup>

Avrupa Merkez Bankası tarafından konuya ilişkin yayımlanan raporlarda kripto para birimlerinin mevcut işlem hacimleri dikkate alındığında fiyat istikrarını zedelemeyecekleri ancak işlem hacminin

<sup>22</sup> European Central Bank, Virtual Currency Schemes – A Further Analysis, Frankfurt 2015, s. 25.

<sup>23</sup> <http://data.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj> E.T. 07.09.2020.

<sup>24</sup> ECB Crypto-Assets Task Force, Occasional Paper Series – Crypto Assets: Implications for Financial Stability, Monetary Policy, and Payments and Market Infrastructures, No. 223, 2019, s. 3.

artmasına bağlı olarak fiyat istikrarı ve dolayısıyla ekonomik istikrarı etkileyebilecekleri ifade edilmektedir.

## 2. Uluslararası Para Fonu (IMF)

IMF, kripto paraları sanal paraların bir alt kümesi olarak sınıflandırmıştır. Fona göre kripto paralar, özel geliştiriciler tarafından çıkarılan ve kendi hesap birimlerine göre somutlaştırılan değerlerin dijital olarak temsilidir. Sanal para birimleri, havayolu milleri gibi gayri resmi değerlerden, altın gibi varlıklarla desteklenenlere ve Bitcoin gibi kripto paralara kadar geniş bir yelpazeyi ifade etmektedir.<sup>25</sup>

## 3. Uluslararası Ödemeler Bankası (BIS)

Banka nezdindeki Ödemeler ve Piyasa Altyapıları Komitesi (CPMI), kripto paraları dijital para veya dijital para taslağı olarak sınıflandırmaktadır.<sup>26</sup> Tanıma göre bu dijital para taslakları;

- Tıpkı altın gibi birer emtiadır. Ancak, herhangi bir yapısal değerleri bulunmamakta olup arz ve talebe göre değer kazanmaktadır.
- Elektronik değerlerin eşler arası (*peer to peer*) değişimi için taraflar arasında güveni ve herhangi bir aracıyı gerektirmeyen dağıtılmış defter teknolojilerinden yararlanırlar.
- Herhangi belirli bir birey veya kuruluş tarafından idare edilmezler.

## 4. Avrupa Bankacılık Otoritesi (EBA)

EBA da kripto paraları sanal para kavramının içerisinde değerlendirmeyi tercih etmiştir. Bu doğrultuda kripto paraları, ne bir merkez bankası ya da kamu otoritesi tarafından çıkarılan ne de bir itibari para birimine bağlı olması gereken ancak gerçek veya tüzel kişilerce değişim aracı olarak kullanılan ve elektronik olarak transfer edilebilen, saklanabilen veya işlem görebilen değerlerin dijital temsili olarak tanımlamıştır.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Houben/Snyers, s. 21.

<sup>26</sup> Bank for International Settlements Committee on Payments and Market Infrastructures, Digital Currencies, November 2015, s. 4 vd.

<sup>27</sup> Bamford, s. 13.

## 5. Dünya Bankası

Banka, kripto paraları dijital paraların bir alt kümesi olarak sınıflandırmıştır. Elektronik paradan farklı olarak kripto paralar, kendilerine özel hesap birimleri ile tanımlanabilen ve itibari para birimleri cinsinden de ifade edilebilen ödeme mekanizmaları olarak değerlendirilmiştir. Diğer pek çok finansal otoritenin aksine, Dünya Bankası kripto para birimlerini aynı zamanda, mutabakat sağlanması amacıyla kriptografik tekniklere dayanan dijital para birimleri olarak tanımlamıştır.<sup>28</sup>

## 6. Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Yönelik Mali Eylem Görev Gücü (FATF)

Çalışma konusu özelinde belki de en önemli otorite olan FATF'in kripto para tanımı da diğer otoritelere göre oldukça geniştir.<sup>29</sup> Diğerleri gibi FATF de kripto paraları sanal para tanımı içinde değerlendirmekte, dijital olarak işlem görebilen ve;

- bir değişim aracı veya
- bir hesap birimi veya
- bir tasarruf aracı olarak işlev gören,

yasal para statüsünde olmayan değerlerin dijital temsili olarak ifade etmektedir. Ayrıca sanal paraların iki grupta ele alınabileceğini belirtmiştir:

- **Konvertibl sanal paralar** (itibari para birimleri ile denklik ilişkisi olan ve bunlarla iki yönlü olarak değişimi yapılabilenler). Konvertibl sanal paraların, merkezleştirilmiş veya merkezsizleştirilmiş olmaları mümkündür.

- **Konvertibl olmayan sanal paralar** (belirli bir etki alanına özgü ve kullanım kuralları gereğince itibari para birimleri ile değişimi yapılamayanlar.) Örn. World of Warcraft oyununda elde edilip oyun içerisinde kullanılabilen sanal paralar.

<sup>28</sup> Houben/Snyers, s. 22.

<sup>29</sup> FATF Report, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CTF Risks, Paris 2014, s. 4, 5.



Bitcoin gibi kripto paralar, anlaşılacağı üzere ilk grupta yani konvertibl sanal paralar grubunda yer almaktadırlar. FATF'e göre kripto paralar, matematik temelli, merkezsizleştirilmiş ve kriptografi yoluyla korunan sanal paralardır.

## 7. Sonuç olarak

Tüm bu uluslararası mali ve finansal otoritelerin sanal paralar ve özel olarak kripto paralar üzerinde bir tanım birliği oluşturamadıkları açıktır. Ancak kripto paraların sanal paraların bir türü veya alt kümesi olarak sınıflandırılması yönünde bir eğilim neredeyse yapılan bütün tanımlarda bulunmaktadır. Söz konusu tanımlarda, "dijital temsil" kavramının da önem arz ettiği görülmektedir.

Gerek çalışmanın konusu bakımından en önemli otorite oluşu gerekse de getirdiği geniş tanım sebebiyle FATF'in kripto paralara yaklaşımının konunun ele alınmasında belirleyici olabileceği değerlendirilmektedir. Bu itibarla özetle değinmek gerekirse kripto paralar;

- Devletlerce tedavüle çıkartılan yasal paralara alternatif oluşturacak ve eşler arası (aracısız) olacak şekilde tasarlanan,
- Herhangi bir merkez bankası ile bağlantısı olmayan ve genel amaçlı bir değişim aracı olarak kullanılan,
- Kriptografi yöntemi ile güvenliği sağlanan,
- İtibari para birimleri ve benzerlerine dönüştürülebilen,

değerlerin dijital temsili olarak tanımlanabilecektir. Kripto paralara ilişkin değinilmesi gereken bir başka özellik ise, sanal ortamda üretilen bu değerlerin fiziki karşılıkları olmaması ve dolayısıyla tamamen sanal varlıklar olmalarıdır.

Kripto paraların ceza hukuku yönünden incelenmesine ilişkin olarak sıklıkla yapılan bir hataya en başından değinmekte yarar vardır. Her iki kavramın da nispeten yeni terimler olmaları sebebiyle çoklukla "blokzincir teknolojisi" ve "kripto para" kavramları birbirinin yerine veya eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Blokzincir teknolojisi, genellikle dijital/sanal para birimleri ve finansal hizmetler ile ilişkilendirilse de bu teknolojinin kullanım alanları çok daha geniştir. Ticaret, sağlık, yönetim gibi oldukça farklı sektörlerde bu teknolojiden yararlanan çeşitli örnekler mevcuttur.

Kripto para birimleri bakımından blokzincir teknolojisi tamamlayıcı nitelikte bir oluşum olmakla birlikte bu teknolojinin kripto para birimlerinden başka ve hatta finansal alandan çok daha yaygın bir biçimde kullanım alanları olmaktadır. Nitekim bu teknoloji, insan hayatını oldukça kolaylaştırabilecek ve giderek yaygınlaşmakta olan bir kazanım olarak değerlendirilmelidir.

Dolayısıyla, kripto paraların ceza hukuku bakımından olumlu ve olumsuz yönleri ele alınırken blokzincir teknolojisinden ayrı olarak değerlendirilmeleri hem kavramların net bir biçimde ortaya konulması hem de hatalı yorumlara sebep olunmaması bakımından önem arz etmektedir.

## II- KRİPTO PARA PİYASALARINDA İŞLENEBİLECEK SUÇLARIN PASİF VE AKTİF SÜJELERİ

Suçun aktif süjesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinde suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Fiilsiz suç olamayacağı gibi failsiz suç da olamaz. Suçun faili, insan olmalıdır. Çocuklar da suçun faili olabilir. Kınanabilirlik veya cezalandırılabilirlik hususlarının, faillik sıfatından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir.<sup>30</sup>

Suçun pasif süjesi ise, ceza kuralının koruduğu hak veya menfaatin maliki ya da bunlar üzerinde tasarruf sahibi olan kişidir. Suç birden çok kişiye zarar verebilir ancak suçun pasif süjesi kavramının kapsamının fazlaca genişletilmemesi de gerekir. Suç fiili dolayısıyla bazı zararlara uğrayan herkes mağdur değildir. Mağdur yani pasif süje kavramı, kendisine çeşitli sonuçlar bağlanan teknik bir kavram niteliğinde olduğundan tanımının sınırlandırılması gerekmektedir.<sup>31</sup>

Suçun pasif süjesi kavramının muhteviyatı, suçun hukuki konusundan yola çıkılarak belirlenmelidir. Sadece gerçek veya tüzel kişiler, bir topluluk teşkil eden kişiler pasif süje olabilirler.<sup>32</sup> Devletin tüm suç-

<sup>30</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2018, s. 373.

<sup>31</sup> Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFĐ.*, C. 61, S. 2, 2012, s. 659.

<sup>32</sup> Faruk Erem, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHFĐ.*, C. 25, S. 1, 1968, s. 21, 22.

ların mağduru olacağı ya da hiçbir suretle mağdur olamayacağı yönündeki görüşler tamamen kuramsal ve pratik sonucu olmayan tartışmalardır. Mağdur tanımı çerçevesinde her suçun değil ama bazı suçlar bakımından devletin de mağdur olabileceğinin kabulü gerekir.<sup>33</sup>

Aşağıda, kripto para birimleri vasıtasıyla işlenebilecek suçlarda aktif ve/veya pasif süje olarak konumlanabilecek kripto para piyasalarındaki başat aktörlere değinilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, yürürlükteki ceza hükümleri yönünden kripto para birimleri vasıtasıyla işlenebilecek suçlara ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış olduğundan ve dolayısıyla kanun koyucu bu suçlarla ihlal edilebilecek hukuki menfaati veya varlığı yani bu suçların hukuki konusunu henüz belirlememiş olduğundan özellikle pasif süjeye ilişkin açıklamalar da ihtimallere ve varsayımlara göre yapılabilecektir.

### A- Kripto Para Kullanıcısı

Gerçek veya sanal mal ya da hizmet almak, eşler arası ödeme yapmak veya yalnızca yatırım yapmak amacıyla kripto para edinen gerçek veya tüzel kişiler bu grupta yer almaktadır.

Kripto para kullanıcıları, bunları, kripto paraların cinsine göre itibari para üzerinden alım gerçekleştirerek edinebilecekleri gibi bir çevrimiçi platform üzerinden doğrudan başka bir kripto para kullanıcılarından yahut çeşitli mal ve hizmet satımının karşılığı olarak da elde etmiş olabilirler. Hatta madencilik faaliyetleri ile kripto para birimini ilk olarak kendileri de oluşturmuş olabilirler.<sup>34</sup>

Kripto para kullanıcıları, kripto paralar vasıtasıyla işlenebilecek suçların pasif süjeleri olabilecek asli adaylardır. Zira kripto paralarla işlem yapılabilecek platformların sayıları her geçen gün artmakta ve kripto varlıkların kullanımı gündelik hayatta yaygınlaştıkça kullanıcı sayısı da hızla artış göstermektedir. Bir başka deyişle her geçen gün daha önce bu platformlarda ve bu araçlarla işlem gerçekleştirilmemiş, tecrübe sahibi olmayan kimseler kripto para kullanıcısı olarak ekosisteme katılmaktadır.

<sup>33</sup> Katoğlu, Suçun Mağduru, s. 675, 676.

<sup>34</sup> Houben/Snyers, s. 25.

## B- Madenci

Madencilerin rolleri esasen, kriptografik bulmacaları çözerek blokzincir üzerinde yapılan işlemleri doğrulamaktan ibarettir. Madencilik faaliyetleri yalnızca bir mutabakat mekanizması ile işleyen kripto paralar bakımından söz konusu olabilecektir. Bu kişiler aslında, bilgi işlem güçlerini kullanarak üzerinde çalıştıkları sanal platformların işleyişini desteklemekte ve bunun karşılığında da yeni oluşan kripto para değerlerini elde etmektedirler.<sup>35</sup>

Madenciler, olağan kripto para kullanıcıları olabilecekleri gibi daha yaygın olarak bu işi meslek haline getirmiş ve bu faaliyetten elde ettikleri kripto paraları, itibari para birimlerine dönüştürerek kâr elde eden kişilerdir. Madencilik faaliyeti oldukça yüksek elektrik ve bilgisayar gücü gerektirdiğinden, bundan toplu olarak faydalanmak için ortak bir alanda çalışmayı tercih ettikleri de bilinmektedir.<sup>36</sup>

Madencilerin nitelikleri düşünüldüğünde kripto paralar vasıtasıyla işlenebilecek suçlar yönünden daha çok suçun aktif süjesi tarafında olabilecekleri ifade edilebilir. Zira madenciler aynı zamanda kripto para birimlerini tabiri caizse ihraç eden, piyasaya ilk elden süren bir role sahiptir. Bununla birlikte, ilk anda akla gelmeyen ancak son zamanlarda oldukça yaygın bir şekilde görülmeye başlanan, kripto madencilerin aşırı elektrik tüketimi sebebiyle verdikleri çevresel zararlar yahut madencilik amacıyla kaçak elektrik kullanımları gibi bazı örneklerde çevreye karşı işlenen suçların ve hırsızlık suçunun da faili konumunda olabileceklerdir. Öte yandan elbette diğer madencilerin, kripto para platformlarının yahut kullanıcıların birtakım fiilleri karşısında mağdur olabilecekleri durumlar da mevcuttur.

## C- Kripto Para Borsaları

Kullanıcıların belirli bir ücret veya komisyon karşılığında kripto para birimleri ile işlem yapma imkânı elde ettikleri platformlardır. Farklı kripto para birimleri arasında dönüşüm sağlayanları da olmakla birlikte kullanıcıların genel olarak edindikleri kripto paraları itibari

<sup>35</sup> Üçüncü, s. 71.

<sup>36</sup> E. Eylem Aksoy Retornaz, "Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir* (Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 291 vd.

paralara çevirmek için tercih ettikleri yapılarıdır.<sup>37</sup> Uluslararası düzeyde en çok tercih edilen kripto para borsaları Binance, Coinbase ve Bitfinex olarak sıralanabilir. BtcTurk ise Türkiye’de en çok tercih edilen kripto para borsası olarak belirtilebilir.

Kripto para borsalarının büyük bir kısmı kullanıcılara aynı zamanda cüzdan sağlayıcısı olarak da hizmet vermektedir. Bu platformlar kullanıcılara; PayPal transferleri veya kredi kartları ile ödeme seçenekleri sunabilmekte yahut doğrudan kripto para birimleri ile de ödeme yapılmasına olanak tanımaktadırlar. Bu borsalar, normal borsalar gibi gün sonunda kapanmamakta, daima işlem yapmaya devam etmektedir.<sup>38</sup>

Tahmin edilebileceği üzere bu platformlar, kullanıcıların mağduru olduğu pek çok suçun işlenebileceği bir ortam oluşturmaktadır. Nitekim bugüne kadar kripto paraların regüle edilmesini gündeme getiren pek çok geniş kapsamlı mağduriyet kripto para platformlarını yöneten kişilerin fiilleri sebebiyle meydana gelmiştir.

#### **D- Takas Platformları**

Kullanıcıların nakit para karşılığında kripto para edinmelerine imkân sağlayan platformlardır. Alım-satım yapmak isteyen kullanıcıların doğrudan birbirleriyle iletişime geçebildikleri alanlardır. “Eşler arası borsalar” veya “merkezsizleştirilmiş borsalar” olarak da adlandırılabilirler.<sup>39</sup>

Kripto para borsalarından farklı olarak; takas platformları kripto para birimi almaz veya satmazlar, bunlar bir şirket veya kuruluş tarafından yönetilmeyip yalnızca bir yazılım vasıtasıyla işlemlerini gerçekleştirirler. Takas platformlarının ana işlevleri, satıcı ve alıcıları çevrimiçi bir platformda ve hatta bazen yüz yüze bir araya getirmektir.<sup>40</sup>

Kripto para borsaları gibi merkezleşmiş bir yapı olmadığından ve kullanıcılar bir aracıya varlıklarını tevdi etmediklerinden, aynı derecede olmasa da takas platformları da pek çok suçun işlenmesine elverişli

<sup>37</sup> CB Insights, “What’s Next In Blockchain”, 2019, s. 35.

<sup>38</sup> Houben/Snyers, s. 26.

<sup>39</sup> Houben/Snyers, s. 27.

<sup>40</sup> Houben/Snyers, s. 27.

alanlardır. Kullanım koşullarına göre farklılaşmakla birlikte güvenli bir takas ortamı sunmayan kimi platformlarda kullanıcılar birbirlerine karşı da bu boşluklardan faydalanarak suç işleyebilmektedirler.

### E- Cüzdan Sağlayıcılar

Kullanıcılara dijital cüzdan veya e-cüzdan adı verilen ve kripto para birimlerini saklamaya, tutmaya ve aktarmaya yarayan cüzdan hizmeti sağlarlar. Bu cüzdanlar esasen, sahiplerinin kriptografik şifrelerini koruyan yazılımlardır. Cüzdan sağlayıcının tıpkı bir banka hesap cüzdanı gibi, aynı zamanda kullanıcının işlem geçmişini daha basit okunur olarak göstermek gibi bir işlevi de vardır.<sup>41</sup>

Cüzdan sağlayıcılara ilişkin güncel bir karar olarak, Rekabet Kurulu'nun 30.05.2019 tarihli BKM Express kararı incelenebilir. Kurul bu kararıyla, 2012 yılında Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. tarafından kurulan ve ulusal dijital cüzdan olarak lanse edilen BKM Express'e 2016 yılında tanıdığı muafiyeti geri almış ve gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.'nin BKM Express hizmeti sunmayı sona erdirmesine hükmetmiştir.<sup>42</sup> Gerekçeli karar Eylül ayında BKM'ye tebliğ edildiğinden Kasım 2019'a kadar Bankalararası Kart Merkezi A.Ş., BKM Express hizmeti sunmayı sona erdirecekti. 07.11.2019 tarihinde aldığı ikinci bir kararla, Kurul, bu süreyi 30.06.2020 tarihine kadar uzatmıştır.<sup>43</sup> Öte yandan, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, 30.04.2020 tarihli basın duyurusu ile BKM'ye hâkim ortak olarak hissedar olduğunu duyurmuş ve aynı açıklamada BKM'nin, mevcut durumda üstlendiği ve temel olarak kartlı ödemeler alanına odaklanan rollerine ilave olarak önemli görevler üstlenmesinin planlandığı ifade edilmiştir.<sup>44</sup>

BKM Express, kullanıcıların banka ve kredi kartlarını yükleyerek, internette kart bilgilerini vermeden alışveriş yapmasına olanak sağla-

<sup>41</sup> Kaplanhan, s. 109.

<sup>42</sup> Karar için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/SonKurulKarari/36540b6f-3394-e911-80fd-00505694b4c6?AspxAutoDetectCookieSupport=1> E.T. 17.10.2020.

<sup>43</sup> Karar için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/SonKurulKarari/94b3c520-080a-ea11-810a-00505694b4c6> E.T. 12.10.2020.

<sup>44</sup> Basın duyurusu için bkz. <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB%20TR/Main%20Menu/Duyurular/Basin/2020/DUY2020-27> E.T. 12.10.2020.

yan bir dijital cüzdan sağlayıcı olup, 1.5 milyon civarında kullanıcıya online alışveriş, para transferi, bağış, QR kod ile ödeme gibi hizmetler sunmaktadır.

Esasen cüzdan sağlayıcılar yalnızca bu görevi yapmıyor olabilir. Genel itibarıyla kripto para platformları ya da takas platformları aynı zamanda kullanıcılarına bu hizmeti de sağlamaktadırlar. Öte yandan arka planda bu platformlar da bu hizmeti başka yazılım sağlayıcılardan temin edebilmektedirler.

Yerine göre oldukça karmaşık olabilen bu sistem pratikte birçok suça vücut verebilen bir yapıyı haizdir. Bu karmaşıklık sebebiyle de suçun asli failinin belirlenmesinde zorluk yaşanması muhtemeldir. Özellikle soğuk cüzdan tabir edilen ve kişilerin yalnızca kendilerine ait şifre ile şahsi saklama hesapları olarak addedilebilecek uygulamalar kullanılmıyorsa çoğunlukla suiistimale açık ve sorunlu bir yapı söz konusu olmaktadır.

Zira genellikle bu tür bir yapıda kullanıcılar değişim yapabilmek için varlıklarını öncelikle doğrudan platformun belirlediği cüzdanlara yahut hesaplara aktarmaktadır. Örneğin, son zamanlarda ülkemiz gündeminde olan Thodex platformu aracılığıyla gerçekleştirilen suç fiillerinde, kullanıcıların sıcak cüzdanlarına aktarmış oldukları varlıklarının borsa yetkilileri tarafından farklı platformlara iletildiği tespit edilmişti.

Bunların dışında kripto varlık platformlarına yönelik gerçekleştirilen siber saldırıların hedefi de çoğu zaman bu cüzdanların şifrelerini ele geçirmeye yahut kırmaya yönelik olmaktadır.

## F- Kaşifler

Bunlar, kripto para birimlerinin teknik temellerini atmak suretiyle onları geliştiren ve para biriminin kullanım kurallarını ortaya koyan kişi veya kuruluşlardır. Ripple, Litecoin gibi bazı örneklerde kimlikleri bilinmekte iken Bitcoin, Monero gibi örneklerde kaşiflerin kimlikleri gizli kalmıştır. Bir kısmı para biriminin geliştirilmesi aşamalarında da bulunurken bir kısmı ise oluşturduktan sonra ortadan kaybolmuştur.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Houben/Snyers, s. 28.

Kripto varlığın oluşturulması aşamasında bir suç fiilinin söz konusu olması halinde kaşiflerin de cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

### III- BITCOIN'İN SUÇ İŞLENMESİNİ KOLAYLAŞTIRABİLECEK NİTELİKLERİ

Kripto para piyasalarında yer alan süjeler hakkındaki bu kısa açıklamalardan sonra kripto paraların suç ile ilişkilendirilebilecek, suç işlenmesini kolaylaştırabilecek niteliklerine de kısaca değinmekte fayda olacaktır. Önceden de bahsedildiği üzere her kripto para birimi birbirinden farklı niteliklere sahip olup, bu bakımdan aralarında bir birlikten söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu nitelikler incelenirken, kripto paraların toplam piyasa hacminin 1.7 trilyon doların üzerinde olduğu ve piyasa değeri bazında en değerli kripto para biriminin Bitcoin olduğu düşünüldüğünde, Bitcoin'in birtakım özelliklerine değinilerek genele dönük açıklamalar yapılabilecektir. (İkinci sırada Ethereum, üçüncü sırada Tether yer alıyor. 2021 Temmuz ayı itibarıyla Tether, en yüksek işlem hacmine sahip kripto para birimi konumunda.)

#### **A- Bitcoin blokzinciri, açık ve izinsiz blokzincirlerin tipik örneğini teşkil eder.**

Bu, herhangi bir kişinin bir merkez tarafından herhangi bir ön onay mekanizmasına tabi olmaksızın, tamamen kendi tasarrufunda olarak kamuya açık olan bu ağa giriş çıkış yapabileceği anlamına gelir. Bitcoin ağına giriş ve ağda işlem gerçekleştirebilmek için herhangi bir kullanıcının tek ihtiyacı olan şey ise ilgili yazılımın yüklü olduğu bir bilgisayardır.<sup>46</sup>

#### **B- Bitcoin, itibari paraya doğrudan çevrilebilen, konvertibl bir kripto para birimidir.**

Kripto para borsalarının büyük çoğunluğunda, hem itibari para birimleri ile Bitcoin alınabilme hem de Bitcoin'in itibari para birimlerine dönüştürülebilme olanağı mevcuttur. Esasen tüm kripto para

<sup>46</sup> Houben/Snyers, s. 32.



birimleri arasında Bitcoin, bu dönüşümün en kolay yapılabildiği para birimlerinden birisidir.<sup>47</sup>

### **C- Bitcoin, bir değişim aracı olarak kabul görmüştür.**

Bitcoin, Microsoft gibi uluslararası tanınırlığı olanlar da dahil olmak üzere çevrimiçi satıcıların büyük bölümü tarafından meşru bir sermaye kaynağı olarak görülmektedir. Bu sebeple, bir değişim aracı olarak kabul gördüğü tartışmasızdır.<sup>48</sup>

### **D- Bitcoin, “görünüşte anonim” bir yapıyı haizdir.**

Kamuya açık bir blokzincir teknolojisi kullanıldığından herhangi bir kimsenin işlem zincirini onaylaması mümkündür ve ilk bakışta bireyleri, ferden Bitcoin blokzinciri ile ilişkilendirecek bir iz yok gibi görünmektedir. Fakat bu anonimlik mutlak değildir. Karmaşık ve maliyetli işlemlerle de olsa teknik olarak işlemi gerçekleştiren tarafların kimliklerine erişim mümkündür. Dolayısıyla mutlak anonim bir yapı mevcut değildir.<sup>49</sup>

### **E- Bitcoin, özü itibarıyla sınır ötesi bir yapıdadır.**

Yalnızca Bitcoin değil tüm kripto para birimleri, borsalar ve diğer aktörler de sınır ötesi bir işleyiş yapısındadırlar. Bu da örneğin kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı bakımından yeterli hukuki düzenlemelerin olmadığı hukuk düzenlerinde yerleşik olan aktörlerin, söz gelimi kripto para borsalarının, bu durumu, uluslararası sonuçlar doğurabilecek şekilde suiistimal etmelerine neden olabilecektir.<sup>50</sup>

Bu sınır ötesi yapının, doğru bir şekilde ele alınması ve dolayısıyla kripto paralar bakımından yapılacak düzenlemelerin yerelden ziyade uluslararası düzeyde bağlayıcı olacak şekilde formüle edilmeleri önem arz etmektedir.

<sup>47</sup> Abdurrahman Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, Aralık 2016, s. 30.

<sup>48</sup> Houben/Snyers, s. 33.

<sup>49</sup> CB Insights, s. 34.

<sup>50</sup> Betül Üzer, Sanal Para Birimleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlik Tezi, Ankara 2017, s. 50 vd.

### **F- Sistemde merkezi bir aracı bulunmamaktadır.**

Dolayısıyla yapılacak idari veya cezai düzenlemelerin yöneltileceği ya da muhatap alacağı süje veya süjelerin kim olacağı da belirsizdir.<sup>51</sup>

## **IV- ANONİMLİK**

Bitcoin'in yukarıda değinilen niteliklerinden elbette diğer kripto para birimleri ile farklılaşan noktaları bulunmakla birlikte genel olarak kripto varlıklar veya bunların işlem gördüğü platformlar aracılığıyla işlenebilecek suçlarda, faille en fazla alan yaratanı anonimlik meselesidir. Bitcoin "görünüşte anonim" bir kripto para birimi olsa da halihazırda bu piyasalarda işlem görmekte olan mutlak anonim para birimleri de mevcuttur. Dolayısıyla kripto para birimlerine ilişkin herhangi bir idari yahut cezai düzenleme yapılması söz konusu olduğunda bu anonimlik perdesinin aralanması, en azından "görünüşte anonimliği" sağlanması büyük önem arz edecektir.

Zira bu anonim yapı, özellikle kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı gibi suç fiillerinin izlenmesini oldukça güçleştirmekte ve düzenleyici çerçevenin dışında kalan birtakım şüpheli işlemlerin gerçekleştirilmesine olanak sağlamaktadır. Böylelikle suç şebekeleri için, ihtiyaçları olan nakit paraya erişimi kripto varlıklar vasıtasıyla sağlayabilecekleri ve suçtan elde ettikleri malvarlığı değerlerini aklayabilecekleri bir alan yaratılmaktadır.<sup>52</sup>

Anonimliğin bunlardan başka vergi suçları bakımından da avantaj sağlayacağı aşikardır. Vergilendirilebilir işlemlerin kripto paralar aracılığıyla yapıldığında vergi ödenmemesi başlı başına vergi kaçakçılığına vücut verecektir. Ancak elbette vergi otoriteleri, anonimlik sebebiyle çoğu durumda vergilendirilebilir işlemi gerçekleştiren tarafların kimliklerini belirleyememekte dolayısıyla vergi kaçakçılığı yönünden bir yaptırım da uygulayamamaktadır. Bu da kripto paraları, vergi kaçakçıları bakımından oldukça çekici hale getirmektedir. Ancak önceden de belirtildiği gibi, görünüşte anonim nitelikteki kripto para birimleri ile yapılan işlemlerin arkasındaki kişiler güç de olsa belirle-

<sup>51</sup> Üzer, s. 44.

<sup>52</sup> Aksoy Retornaz, s. 291 vd.

nebilmektedir. Fakat belirlense dahi bu kimlik bilgisi çoğu zaman yalnızca çevrimiçi platformda kullanılan bir kullanıcı adından ibarettir. VPN gibi programlar kullanılmak suretiyle, internete erişim sağlanan bilgisayarın IP'si ve hatta erişim sağlanan ülke dahi değiştirilebildiğinden, pratikte faile ulaşmak oldukça zordur.<sup>53</sup>

Yine “deep web” ya da “darknet” olarak adlandırılan ve doğrudan arama motorları ve “www” bağlantıları ile ulaşılamayan gizli ağlarda uyuşturucu, silah ve çocuk pornosu satışı ya da kiralık katil tutma gibi yasadışı fiillerin kripto paralar kullanılarak gerçekleştirildiği bilinmektedir.<sup>54</sup>

## V- BUGÜNE KADAR KRIPTO PARALAR KULLANILARAK İŞLENEN SUÇLARA BİRKAÇ ÖRNEK

### A- Silkroad

Kripto paralar üzerinden uyuşturucu satışına dair bir örnek olarak ABD’de gerçekleşen Silk Road (İpek Yolu) olayı gösterilebilir. Silk Road 2011 yılında ABD vatandaşı Ross Ulbricht tarafından kurulan bir internet sitesi olup tam anlamıyla deep web olarak tanımlanabilecek bir platformdur. Başta uyuşturucu ticareti ve kara para aklama suçları olmak üzere birçok organize suç 2011-2013 yılları arasında, bu site üzerinden işlenmiştir. Ekim 2014’te tutuklanan Ulbricht’in bilgisayarında 28 milyon dolar değerinde Bitcoin bulunmuştur. Yargılamalar sırasında Silk Road adlı internet sitesi üzerinden yapılan uyuşturucu ticaretinin toplam hacminin 1.2 milyar dolar değerinde olduğu ortaya çıkmıştı. Soruşturmayı yürüten savcının belirlemelerine göre yaklaşık 4 bin uyuşturucu satıcısı, site sayesinde pazarlarını sokaklardan internet ortamına taşıyabilmiş ve Arjantin’den Avustralya’ya, ABD’den Ukrayna’ya uzanan bir pazarda 100 binden fazla alıcıya ulaşmıştı. Sitenin kurucusu Ulbricht, Mayıs 2015’te New York Eyaleti Bölge Mahkemesi tarafından ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Houben/Snyers, s. 53, 54.

<sup>54</sup> Aksoy Retornaz, s. 291 vd.

<sup>55</sup> David Adler, “Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency”, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2018, <https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency/> E.T. 21.10.2020; 25.10.2013 tarihli FBI duyurusu için bkz. <https://archives.fbi.gov/archives/>

Olayla ilgili bir diğer ilginç ayrıntı ise, soruşturmayı başlatan ve sitedeki dijital cüzdana el koyarak emanete alan FBI ajanlarından birisi tarafından cüzdanda bulunan paralardan bir kısmını oluşturan 820 bin dolar değerindeki Bitcoin'in çalınmış olduğunun yargılama sırasında ortaya çıkmasıdır. Bu hırsızlığın ortaya çıkması ise, davanın görülmemekte olduğu mahkemenin, Silk Road sitesinden el konulan Bitcoinlerin soruşturmadan zarar gören kullanıcılar için kullanılması yönünde bir karar vermesi üzerine olmuştur. Hırsızlığın ortaya çıkması üzerine FBI içerisinde bir soruşturma başlatılmışsa da Bitcoin sisteminin takip edilemez olması ve anonimlik sağlaması sebebiyle ajanın, kripto paraları kendi hesabına geçirdiği uzunca bir süre ispatlanamamıştır.<sup>56</sup> Olay üzerine, ileride bu tip suç örgütlerine yönelik soruşturmalar neticesinde el konulacak dijital cüzdanların nasıl saklanacağına dair yeni kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu anlaşılmıştır.

### B- "Bitcoin ve Cihada Bağış"

Kripto paralar vasıtasıyla terörün finansmanının nasıl gerçekleştirilebileceğine dair çarpıcı olaylardan birisi, ABD'nin Virginia eyaletinde yaşayan ve olay tarihinde 17 yaşında olan Ali Shukri Amin'in sosyal medya platformu Twitter üzerinden attığı tweet ile Bitcoin kullanılarak IŞİD'e sağlanacak fon temininin ve IŞİD için Suriye'ye savaşmaya gidecekleri sağlanacak maddi desteğin nasıl maskeleneceğini adım adım yazmasıdır.

Tweet'in atıldığı hesap 2014 yılında faaliyete başlamış ve kısa sürede 4 binin üzerinde takipçiye ulaşmıştı. Hesaptan 7 binin üzerinde tweet atılmıştı. 07.07.2014 tarihinde atılan tweet ile ise fail, kişisel bloğunda yazmış olduğu "*Bitcoin ve Cihada Bağış*" başlıklı yazısına bir bağlantı paylaşmıştır. Yazı içeriğinde, Bitcoin ile nasıl bağışta bulunulabileceğine ve cihatçıların Bitcoin'i maddi çıkarları için ne yönde kullanabileceklerine yönelik ayrıntılı bilgiler yer almaktadır. Yazıda Bitcoin'in ne olduğu, sistemin nasıl işlediği anlatılmakta ve bu tip iş-

---

newyork/press-releases/2013/manhattan-u.s.-attorney-announces-seizure-of-additional-28-million-worth-of-bitcoins-belonging-to-ross-william-ulbricht-alleged-owner-and-operator-of-silk-road-website E.T. 21.10.2020.

<sup>56</sup> Haber için bkz. <https://www.bbc.com/news/technology-35038971> E.T. 21.10.2020.

lemler için, kullanıcılarını anonim tutmayı sağlayan “dark wallet” adlı cüzdanın kullanılması tavsiye edilmektedir.<sup>57</sup>

Amin, 2015 Ağustos’ta bahsi geçen fiilleri nedeniyle, Virginia Eyalet Mahkemesi tarafından 11 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır.<sup>58</sup>

### C- Kripto Para Platformlarında Gerçekleştirilen Çeşitli Fiiller

Japon kripto para borsası Coincheck üzerinden, Ocak 2018’de 534 milyon dolarlık kripto para hırsızlığı gerçekleştirilmiştir. Bu olayda faillerin hesapları belirlenmiş olmasına rağmen, kullanılan yazılım sebebiyle faillerin gerçek kimliklerine ulaşmak mümkün olmamıştır.<sup>59</sup>

Ocak 2019’da “localbitcoins.com” adlı Bitcoin alım satım platformu kimlik avı saldırısına uğramış ve siteden toplamda 28 bin dolar değerinde Bitcoin çalındığı tespit edilmiştir. Hırsızlığın tespit edilmesi üzerine site yetkilileri bazı işlemlerin devre dışı bırakıldığını belirtmişlerdir. Olayın, kullanıcıların platformun forumunu ziyaret etmek için tıkladıkları bağlantıda başka bir siteye yönlendirilmeleri ve bu sitede şifrelerinin istenilmesi ile gerçekleştirildiği ortaya çıkmıştır.<sup>60</sup>

Şubat 2019’da ise Yeni Zelandalı kripto para borsası Cryptopia hacklenmiş ve platformdan yaklaşık 16 milyon dolar değerinde kripto para birimi çalınmıştır.<sup>61</sup>

Belçika Finansal Hizmetler ve Piyasalar Otoritesi (FSMA) 04.04.2019’da yayımladığı bildiriye<sup>62</sup>, toplam 120 adet kripto para sitesinin olduğu bir liste paylaşmış ve bu platformlar üzerinden kripto para yatırımı yapan kullanıcılardan sürekli şikâyet aldıklarını belirtmiştir. FSMA açıklamasında, dolandırıcıların, mağdurları öncelikle

<sup>57</sup> Houben/Snyers, s. 53.

<sup>58</sup> ABD Adalet Bakanlığının 28.08.2015 tarihli duyurusu için bkz. <https://www.justice.gov/opa/pr/virginia-man-sentenced-more-11-years-providing-material-support-isil> E.T. 21.10.2020.

<sup>59</sup> Haber için bkz. <https://www.bbc.com/news/world-asia-42845505> E.T. 21.10.2020.

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.forbes.com/sites/billybambrough/2020/01/25/theres-something-strange-going-on-with-bitcoin-exchange-localbitcoins/#43cd995d61f2> E.T. 21.10.2020.

<sup>61</sup> Haber için bkz. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-24/new-zealand-crypto-firm-hacked-to-death-seeks-u-s-bankruptcy> E.T. 21.10.2020.

<sup>62</sup> Bildiri metni için bkz. <https://www.fsma.be/en/warnings/cryptocurrency-fraud-fsma-updates-its-list-suspicious-sites-0> E.T. 21.10.2020.

kripto para yatırımı yapmak için işin uzmanı olmak gerekmediğine inandırdıklarını ve kullanıcıların yapacakları yatırımları onlar adına yönetmekte destek sağlayabileceklerini, istedikleri zaman ise paralarını geri alabileceklerini söyleyerek onları ikna ettiklerini ifade etmiştir.

#### D- Cryptoshuffler

Hırsızlık fiilinin nasıl gerçekleştirildiği bakımından kripto paraların çalınması için yaygın bir şekilde kullanılan yazılımlardan birisi olan Cryptoshuffler'ın nasıl işlediğine değinilebilir. Bahsi geçen yazılım işlemeye başladığı sistemde öncelikle kripto para kullanıcısının ödeme yaparken kullandığı panoyu takibe alır. Sanal cüzdanların şifresi birçok haneden oluştuğundan kimi kullanıcılar kripto para gönderecekleri sanal cüzdanın şifresini kopyala yapıştır yöntemi ile panoya girmektedirler. İşte virüs, böyle bir durum tespit ettiğinde saliselerle ifade edilebilecek bir zamanda gönderilecek cüzdanın şifresi kısmını hırsızların cüzdan şifresi ile değiştirir. Bu değişimin farkına varmayan mağdur, parayı hırsızlara kendisi göndermiş olur.<sup>63</sup>

#### E- Sahte Mail ve Mesajlar

Kripto para hırsızlığının bir diğer yöntemi ise sahte mail gönderilmesidir. Hackerler tarafından hazırlanan bu mail içerikleri, kullanıcıların işlem yaptıkları kripto para borsalarından gelen bir mail gibi dizayn edilmektedir. Sahte mailde, mağduru korkutma amaçlı, hesabına giriş yapma denemesi yapıldığı, bu deneme kendisi tarafından yapılmadı ise mail ile gelen bağlantıya tıklayarak hesabını kontrol etmesi gerektiği ifade edilir. Mağdur, linke tıkladığında kripto para borsasının internet sitesinin hırsızlar tarafından birebir hazırlanmış kopyası olan başka bir internet sitesine yönlendirilir. Mağdur, kullanıcı bilgilerini yazıp hesabına girdiğini zannederken aslında tüm bilgilerini hırsızlar ile paylaşmış olur. Aynı sahte mail içerikleri örneğin, anketimize

<sup>63</sup> Mordechai Guri, "Beatcoin: Leaking Private Keys From Air-Gapped Cryptocurrency Wallets", 2018 IEEE International Conference on Internet of Things (IThings) and IEEE Green Computing and Communications (GreenCom) and IEEE Cyber, Physical and Social Computing (CPSCom) and IEEE Smart Data (SmartData), 30.07.2018, s. 1309.

katılım sağladığınızda bir miktar coin sisteminize dahil edilecektir, gibi farklı biçimlerde de dizayn edilebilmektedir.<sup>64</sup>

Aynı yöntemin Facebook üzerinden, kripto para borsalarının adına oluşturulan hesaplar ile de gerçekleştirildiği bilinmektedir. Sözde kripto para borsası hesabı bir çekiliş düzenleyerek bir miktar coin dağıtacağını açıklar. Çekilişe katılan mağdurlardan birinin hesabı paylaşarak çekilişi kazandığı belirtilir. Aynı sırada mağdur, özel bir mesajla tebrik edilir ve kazandığı coinleri alması için mağdura bir bağlantı gönderilir. Bağlantıya tıklayan mağdur, sanal cüzdan şifresini girdiğinde hırsızlar amaçlarına ulaşmış olur.<sup>65</sup>

### **F- Kendi Kullanıcılarını Hackleyen Kripto Para Platformu**

Komodo adındaki kripto para platformu aynı adlı kripto para birimi ile işlem gerçekleştiren ve aynı zamanda kendi geliştirerek kullanıma sunduğu Agama adındaki dijital cüzdanla, cüzdan sağlayıcılığı hizmeti de veren bir şirkettir.

Şirket, Haziran 2019'da Agama dijital cüzdanında zararlı bir açık kaynak kodu kullanıldığını keşfetti. Kullanıcıların kripto paralarını korumak ve bu açıktan faydalanabilecek bilgisayar korsanlarından önce davranmak adına harekete geçen şirket, keşfettiği açıktan yararlanarak kullanıcıların hesaplarını hackledi. Şirketin hackleyerek koruma altına aldığı kullanıcıların cüzdanlarındaki tutarın yaklaşık 13 milyon dolar değerindeki 8 milyon Komodo ve 96 Bitcoin'den oluştuğu açıklandı.<sup>66</sup>

## **VI- KRİPTO PARALARA İLİŞKİN DEVLETLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN HUKUKİ DÜZENLEMELERE ÖRNEKLER**

### **A- Avrupa Birliği**

Konuya ilişkin yürürlükteki AB müktesebatının yeterli olduğunu söylemek zordur. Zira AB mevzuatında anonimlik perdesinin aralan-

<sup>64</sup> Kemal Kumkumoğlu, "Fidye Yazılımları ile İşlenen Suçlar", Yayımlanmamış Tebliğ, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu - Güncel Bilişim Suçları, 08.05.2019.

<sup>65</sup> Kumkumoğlu, "Fidye Yazılımları ile İşlenen Suçlar".

<sup>66</sup> Komodo blog duyurusu için bkz. <https://komodoplatform.com/update-agama-vulnerability/> E.T. 20.10.2020.

masına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi anonimliğin sınırlarını çizen kurallar da mevcut değildir. AB otoriteleri tarafından, anonimlik problemi çözümlenemediği için, kripto paralara ilişkin örneğin vergilendirme hususunda kripto para borsaları ile vergi otoriteleri arasında olması gerekli bilgi alışverişi gibi daha temel düzenlemelerin ihmal edildiği eleştirisi yapılmaktadır.<sup>67</sup>

Temmuz 2018’de Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan kripto paralar ve blokzincire ilişkin raporda, Birliğin şimdiye dek kripto paralar aracılığıyla işlenen suçları önlemek amacıyla yaptığı düzenlemeleri ya da var olan düzenlemelerde yaptığı güncellemelerin yalnızca kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı alanında olduğu belirtilerek, bunun dar bir bakış açısı olduğu eleştirisi getirilmiştir. Raporda, cezai düzenlemeler yanında finansal hizmetleri düzenleyen mevzuatta yapılacak birtakım düzenlemelerle örneğin, suçla ilişkilendirilebilecek kripto para piyasaları aktörlerine lisans zorunluluğu getirilmesi gibi bir dizi önleyici hükmün getirilebileceği ifade edilmiştir.<sup>68</sup>

Kara Paranın Aklanmasına Yönelik Mali Eylem Görev Gücü (FATF) tarafından 1990 yılında hazırlanan ve zaman zaman güncellenen ilkeler, bu alanda bir mihenk taşı niteliğindedir. Bu tavsiye kuralları 180’in üzerinde ülke tarafından uygun bulunmuş ve standardizasyon bakımından uluslararası kabul görmüştür.<sup>69</sup>

AB Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Birinci Yönergesi (AMLD1) ise 1991 yılında kabul edilmiştir. Bu yönergeler yıllar içerisinde esaslı değişikliklere uğrayarak güncellenmiş ve en son olarak Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Altıncı Yönergesi (AMLD6) 12.11.2018 tarihli AB Resmî Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yeni düzenlemenin Kasım 2020’ye dek üye ülkelerin yerel mevzuatlarına aktarılması öngörülmüş ve Haziran 2021’e kadar da üye ülkelerde faaliyet göstermekte olan şirketler bakımından düzenlemede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Houben/Snyers, s. 13, 14.

<sup>68</sup> Houben/Snyers, s. 14.

<sup>69</sup> Tavsiye kuralları için bkz. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf> E.T. 24.10.2020.

<sup>70</sup> AMLD6 için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriser>



AB'nin konuya ilişkin düzenlemeleri genel olarak kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi mevzuatları olan bu yönergeler aracılığıyla gerçekleştirdiği ifade edilmişti. Esasen Altıncı Yönerge ile sanal paralar bakımından devrim niteliğinde birtakım düzenlemeler getirilmişti ve üye ülkelerin bu yeni düzenlemeleri Ocak 2020'ye kadar kendi mevzuatlarına aktarmaları öngörülmüştü. Beşinci Yönerge hazırlanırken, önceki düzenlemelerin sanal varlıklar vasıtasıyla yapılan şüpheli işlemlerin otoriteler tarafından izlenebilmesi ve işlem yapanların kimlikleri ile yapılan işlem arasındaki bağlantının kurulabilmesi noktalarında yetersiz kaldığı ve bunun, sanal varlıkların anonim yapısının yanı sıra sanal para sisteminin ve dolayısıyla sistemde yer alan aktörlerin henüz hukuki bir düzenlemenin kapsamına alınmamış olmalarından da ileri geldiği tartışılmıştır.<sup>71</sup>

Beşinci Yönerge'nin hazırlık aşamasında, anılan tespitlere binaen çeşitli seçenekler üzerinde çalışılmıştır. İleride yapılabilecek düzenlemeler bakımından faydalı olabileceği düşünüldüğünden bu aşamalardan da kısaca söz edilebilir.

Bu seçeneklerden ilki, anonimlik problemini, kripto para kullanıcıları odaklı olarak çözümlenmektedir. Bu noktada da kullanıcılar için zorunlu yahut isteğe bağlı bir tescil sisteminin getirilip getirilemeyeceği değerlendirilmiştir. İsteğe bağlı tescil sistemi, zorunlu tescil sistemi gibi sorunu kökten çözmemiş daha yumuşak gibi gözükse de, otoritelerinin kayıtlı olanlar dışındaki kullanıcılara hızlı bir şekilde ulaşmasını sağlayabilecektir. İkinci seçenek, sanal para platformları odaklı bir yöntemdir. İlk olarak bu platformların gerek borsa gerek takas platformu olsunlar, yönergeye uymakla yükümlü kuruluşlar arasında belirlenebilecekleri düşünülmüştür. Daha sonra bu platformların, kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin mevzuatlarda değil de Ödeme Hizmetleri Yönergesi (*EU Payment Services Directive 2*) içerisinde düzenlenebilecekleri zira Ödeme Hizmetleri Yönergesi ile daha spesifik ve daha kapsamlı düzenlemelerin hayata geçirilebileceği ifade edilmiştir. Zira Ödeme Hizmetleri Yönergesi,

---

v:OJ.L\_2018.284.01.0022.01.ENG E.T. 24.10.2020.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-financing\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-financing_en) E.T. 24.10.2020.

hem kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi mevzuatına atıf yaptığından bu kuruluşlar da doğrudan kapsama alınmış olacak hem de Ödeme Hizmetleri Yönergesi ile öngörülen kuruluşlar bakımından lisans yükümlülüğüne tabi olacaklardır. Fakat daha sonra bu yöntemin, platformlar için çok ağır yükümlülükler getireceğinden uygun olmayacağı görüşü öne çıkmıştır. Üçüncü seçenek ise cüzdan sağlayıcıları hedef almaktadır. Bu da esasen yalnızca cüzdan sağlayıcılar bakımından ikinci seçenekte ifade edilen düzenlemelerin yapılabileceğinden ibarettir.<sup>72</sup>

Bu seçenekler üzerinde gerçekleştirilen görüşmelerde üye devletlerin büyük çoğunluğu, sanal paralar için bir düzenleme yapılacaksa bunun Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nde değil Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Yönergesi'nde olması gerektiğinde birleşmişlerdir. Bunun gerekçesi de sanal paraların Ödeme Hizmetleri Yönergesi ile düzenlenmesi halinde bunun onları meşrulaştıracağı, tüketicilerin gözünde güvenli ve makul platformlar gibi algılanacakları ancak yapıları gereği hiçbir zaman tam anlamıyla güvenli olarak addedilmelerinin mümkün olmadığı şeklinde ortaya konulmuştur. Ayrıca zorunlu tescildense isteğe bağlı bir tescil sisteminin benimsenmesinin daha makul olacağı görüşü öne çıkmıştır.

Bu çerçevede yapılan görüşmeler sonucu yasalaşan AB Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Beşinci Yönergesi ile sanal paraların ve cüzdan sağlayıcıların tanımları yapılmış, sanal para birimleri ile itibari para birimleri arasında değişim hizmeti sağlayan her türlü kuruluş ve sanal para cüzdan sağlayıcıları, Yönergeye uymakla yükümlü kuruluşlar arasında açıkça sayılmıştır. Bunun yanı sıra, sanal para birimleri ile itibari para birimleri arasında değişim hizmeti sağlayıcılarının tescil edilmeleri öngörülmüştür. Tescilin ne şekilde olacağı belirlenmezken, zorunlu bir tescil olduğu açıktır. Zira aynı maddede şans oyunları işletenler ve döviz büroları için öngörülen kayıt zorunluluğu da yer almaktadır.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Houben/Snyers, s. 67, 68.

<sup>73</sup> AMLD5 için bkz. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2018.156.01.0043.01.ENG E.T. 15.10.2020](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.156.01.0043.01.ENG E.T. 15.10.2020).

Komisyon aynı zamanda 26.06.2019 tarihinde yayımlanacak olan Uluslararası Risk Değerlendirmesi ile (24.07.2019'da yayımlanmıştır)<sup>74</sup> elde edilecek sonuçlara göre kripto para kullanıcıları bakımından da isteğe bağlı bir tescil sisteminin gerekliliğinin değerlendirileceğini ifade etmiştir.

Kasım 2018'de yürürlüğe giren Altıncı Yönerge ile bu denli köklü değişiklikler yapılmamış ise de üye devletlere genel olarak kara paranın aklanması fiillerinde sanal paraların kullanılmasına ilişkin olarak uygun tedbirleri alma yükümlülüğü getiren bir hüküm öngörülmüştür.

Kripto para piyasalarını düzenlemek için daha müdahaleci yaklaşımların benimsenebileceği de savunulmaktadır. Avrupa Bankacılık Otoritesi, kripto para servis sağlayıcıları bakımından lisans gereklilikleri de dahil kripto paralar özelinde daha kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu düzenlemeler, düzenleyici otoriteye (Avrupa Bankacılık Otoritesi yahut kripto paralar için kurulacak özel bir otoriteye) karşı sorumlu olacak bir sanal para birimi sistemi ve bunun yönetimi ve denetiminden sorumlu diğer otoritelerin teşkilini de kapsamaktadır. Ancak bu sistemlerin gelişmesi ve yaygınlaşmasının en önemli sebeplerinden birisi, aracının devreden çıkartılmış olmasıdır. Dolayısıyla aracı veya aracı benzeri yapıların getirilmesinin, sistemde yer alan aktörler tarafından ne derece benimsenebilir olacağı tartışmalıdır. Elbette sistem yöneticisinin de bulunduğu bir sistemin oluşturulabilmesi halinde alana ilişkin çok daha kapsayıcı ve finansal sistem ile uyum içerisinde çalışmayı sağlayacak düzenlemelerin yapılması mümkün olacaktır.<sup>75</sup>

## **B- Amerika Birleşik Devletleri**

New York Eyaleti Finansal Hizmetler Departmanı, kripto para platformları için Sanal Para İşletmeciliği Lisansı (BitLicense) adını verdiği zorunlu bir lisans düzenlemesi getirmiştir. Düzenlemede, sanal para işletmeciliğinin kapsamı;

<sup>74</sup> Metnin tamamı için bkz. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/supranational\\_risk\\_assessment\\_of\\_the\\_money\\_laundering\\_and\\_terrorist\\_financing\\_risks\\_affecting\\_the\\_union.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/supranational_risk_assessment_of_the_money_laundering_and_terrorist_financing_risks_affecting_the_union.pdf) E.T. 15.10.2020.

<sup>75</sup> Houben/Snyers, s. 81, 82.

- Transfer amacıyla sanal para almak veya önemsiz miktardakiler ve finansal olmayan amaçlarla yapılan transferler dışında sanal para transfer işlemi gerçekleştirmek,
- Başkaları adına sanal paraları tutmak, muhafaza etmek veya emanette bulundurmak,
- Sanal para alım satım hizmeti vermek,
- Değişim hizmeti sağlamak,
- Sanal paraları kontrol etmek, yönetmek veya bizzat çıkarmak.

şeklinde ifade edilmiştir.<sup>76</sup> Yetkililerden lisans almaksızın herhangi bir kişinin bu tür iş ve işlemleri yürütemeyeceği öngörülmüş ve ayrıca lisans için gerekli belgelerden başka New York Eyaleti Finansal Hizmetler Departmanı tarafından gerekli görülen her tür bilgi ve belgenin sağlanması gerektiği de ifade edilmiştir.<sup>77</sup>

ABD’de kripto paraların emtia olarak nitelendirilmesi eğilimi kabul görmüştür. Nitekim vergilendirme bakımından da kripto paralar emtialar ile aynı usule tabi olup, vergilendirilmektedirler. New York Güney Bölge Federal Mahkemesi ise Silk Road olayına ilişkin USA v. Ross William Ulbricht davasındaki 04.02.2014 tarihli kararıyla kripto paraların ceza hukuku anlamında para olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir.<sup>78</sup>

### C- Malta

Dağıtılmış defter teknolojilerinin düzenlenmesi alanında Malta öncü bir ülke konumundadır. Bu doğrultuda, 20.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile kurulan Malta Dijital İnovasyon Otoritesi bu alanda kanunla kurulmuş ilk düzenleyici otoritedir. Ülkede 01.11.2018 tarihinde ise Malta Sanal Finansal Varlıklar Kanunu (Virtual Financial Assets Law) yürürlüğe girmiştir. Kanunda lisanslama faaliyetlerine ilişkin oldukça kapsamlı düzenlemeler öngörülmesinin ya-

<sup>76</sup> Bamford, s. 13.

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.dfs.ny.gov/apps\\_and\\_licensing/virtual\\_currency\\_businesses](https://www.dfs.ny.gov/apps_and_licensing/virtual_currency_businesses) E.T. 16.10.2020.

<sup>78</sup> Karar için bkz. <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2015/03/25/US%20v.%20Ross%20Ulbricht%20Indictment.pdf> E.T. 24.10.2020.

nında, kanun hükümlerine muhalefetin hapis ve adli para cezaları ile cezalandırılacağına öngörüldüğü ceza hükümleri de yer almaktadır.<sup>79</sup>

#### D- Malezya

Malezya’da kripto para piyasalarını düzenleme noktasında birtakım adımlar atılmıştır. Ocak 2019’da ülkedeki finansal piyasa otoritesinin aldığı karara göre kripto para borsaları ancak Malezya Menkul Kıymetler Komisyonu’ndan alacakları lisans ile faaliyette bulunabilecek ve bu platformların tüm faaliyetleri menkul kıymetler yasasına uygun olarak yürütülmek zorunda olacaktır. Aksi halde borsa işleticilerinin 10 yıla kadar hapis veya 2.4 milyon dolara kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür.<sup>80</sup>

#### E- Çin Halk Cumhuriyeti

Çin Halk Cumhuriyeti, kripto para platformlarını ve kripto para birimlerini genel olarak yasaklamış ancak aynı zamanda devlet olarak kendi kripto para birimini tekel biçiminde oluşturmuştur.

Çin Halk Cumhuriyeti’nin konuya ilişkin getirdiği yeniliklerden de söz etmek gerekir. Ağustos 2017’de ülkenin Zhejiang Eyaletindeki Hangzhou şehrinde çevrimiçi bir platformda işlemesi öngörülen ve yalnızca internet ortamında gerçekleşen uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir mahkeme kurulmuştur. Mahkemenin Ocak 2018’de üzerinde çalışmaya başladığı ilk davaya ait deliller ise yasal olarak geçerli bir blokzincirden elde edilerek doğrulanmıştır. Pilot uygulama olarak açılan bu internet mahkemesini Pekin ve Guangzhou şehirleri için açılan internet mahkemeleri takip etmiştir. Çin Halk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi de 07.09.2018 tarihli bir kararıyla blokzincir teknolojisi ile doğrulanmış delillerin internet mahkemelerinde görülen davalarda bağlayıcı olacağına hükmetmiştir.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Houben/Snyers, s. 82, dn. 418.

<sup>80</sup> Syed Fadhil Hanafi Syed A Rahman, “Regulating Digital Currency: Taming the Unruly”, Emerging Issues in Islamic Finance Law and Practice in Malaysia (Ed. Umar A. Osani, M. Kabir Hassan, Rusni Hassan), Emerald Publishing, First Edition, 2019, s. 275, 276.

<sup>81</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://bctr.org/cin-mahkemelerinde-blokcinciri-kullanimi-artiyor-12921/> ve <https://bctr.org/cinde-blockchain-buyuk-duvarin-ardinda-buyuyen-tohum-9236/> E.T. 13.10.2020.

Yine ülkede faaliyet gösteren Tencent adlı çevrimiçi teknoloji şirketi ve Shenzen Ulusal Vergi Bürosu arasında gerçekleştirilen ortaklık anlaşması ile blokzincir teknolojisinden yararlanarak vergi dolandırıcılığı fiillerinin ortaya konulması yönünde bir proje yürütülmektedir.<sup>82</sup>

## F- Avustralya

Hükümet tarafından parlamentoya sunulan ve dijital para birimi borsaları ile takas platformlarını da kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi düzenlemelerine dahil eden tasarı, Aralık 2017’de kanunlaşmış ve Nisan 2018’de yürürlüğe girmiştir.

Düzenleme uyarınca dijital paraların çevrimiçi borsa ve takas platformları için, Avustralya İşlem Raporları ve Analiz Merkezi (AUST-RAC) tarafından tutulacak sicile kaydolma zorunluluğunun yanında gerek kara paranın aklanmasına yönelik riskleri azaltmak gerekse müşterilerinin kimliklerini doğrulamak ve belirlemek amacıyla kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi programına katılmaları yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca kanunla bu kuruluşlara, belirli kayıtları muhafaza etme ve şüpheli işlemleri bildirme zorunluluğu getirilmiştir.<sup>83</sup>

Bahsi geçen kanunda dijital para birimleri,

- *Bir değişim ve yatırım aracı veya hesap birimi olarak işleyen,*
- *Hükümet organları veya onların gözetimi altında tedavüle çıkartılmayan,*
- *İtibari para birimleri ile değişimi sağlanabilen ve mal ve hizmet alımında kullanılabilen,*
- *Genel olarak herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın kamuya açık platformlarda işlem gören, veya*
- *Kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi kuralları uyarınca dijital para birimi olarak kabul edilen değerlerin dijital temsili olarak tanımlanmıştır.*<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Sujha Sundararajan, “Chinese City to Use Blockchain in Fight Against Tax Evasion”, 25.05.2018, <https://www.coindesk.com/tencent-partners-with-city-authority-to-combat-tax-evasion-with-blockchain> E.T. 13.10.2020.

<sup>83</sup> Kelly Buchanan, “Regulation of Cryptocurrencies: Australia”, Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 15, 16.

<sup>84</sup> Buchanan, s. 15, 16.

### G- Belarus

Şubat 2018’de Belarus Merkez Bankası, kripto para platformu yöneticileri ile kripto para borsalarını da kapsayacak şekilde kara paranın aklanmasının önlenmesi kurallarını genişleten düzenlemeler yapmıştır. Düzenlemelere göre kripto para platformları ile kripto para borsaları yöneticileri tıpkı kumarhane işleticileri yahut şans oyunu şirketlerinin yöneticileri gibi kara paranın aklanmasının önlenmesi kuralları çerçevesinde yüksek risk grubunda yer almaktadır.<sup>85</sup>

Mart 2018’de de bakanlar kurulu konuya ilişkin bir açıklama yayımlanmış ve kripto para birimleri ile benzeri değerlerin, FATF tavsiye kuralları çerçevesinde kullanılmalrı gerektiğini ifade etmiştir.<sup>86</sup>

### H- Kanada

Haziran 2014’te Kara Paranın Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi mevzuatında yapılan değişiklikle sana para birimleri, Bitcoin gibi kripto paraları da kapsayacak şekilde “parasal hizmet işletmeleri” olarak tanımlanmıştır. Kanun kapsamında bu işletmelerin Kanada Finansal Hizmetler ve Raporlar Analiz Merkezi (Fintrac) tarafından tescil edilmeleri, bünyelerinde uyum programları yürütmeleri, kanunca öngörülen kayıtları tutmaları ve saklamaları, şüpheli veya terör bağlantılı işlemleri rapor etmeleri ve müşterilerinin siyasi olarak korumasız olup olmadığına karar vermeleri öngörülmüş olup bu işletmelere, oldukça fazla yükümlülük getirilmiştir. Ayrıca anılan kanunun, Kanada dışında faaliyet gösteren ancak Kanada’da bulunan kişi ve kurumlara doğrudan hizmet sağlayan kripto para platformlarına da uygulanacağı öngörülmüştür. Bahsi geçen kanun, dijital para birimlerine yer verilmesi bakımından, kanun düzeyinde dünyadaki ilk düzenlemedir.<sup>87</sup>

Bunun yanında, Kanada Merkez Bankası tarafından Jasper adı verilen, dağıtılmış defter teknolojisi tabanlı, bankalar arası yüksek mik-

<sup>85</sup> Nerses Isajanyan, “Regulation of Cryptocurrencies: Belarus”, Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 20.

<sup>86</sup> Isajanyan, s. 20.

<sup>87</sup> Tariq Ahmad, “Regulation of Cryptocurrencies: Canada”, Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 27, 28.

tarda ödemelerin yapılabileceği bir ödeme sistemi geliştirilmektedir. Proje, Kanada Merkez Bankası ile özel teknoloji şirketlerinin koordinasyonu ile halen sürdürülmektedir ve proje kapsamında dağıtılmış defter teknolojisinin denenmesi bakımından bir kripto para birimi olan Ethereum'un veri tabanından da yararlanılmaktadır.<sup>88</sup>

### I- Japonya

2016 yılında Ödeme Hizmetleri Kanunu değiştirilirken Suçla İlişkili Transferlerin Önlenmesi Kanunu da değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle kripto para takas işletmeleri ve kripto para borsaları da kara paranın aklanmasının önlenmesi düzenlemeleri ile bağlı olan kuruluşlar listesine eklenmişlerdir. Buna göre kripto para borsaları ve takas platformları, kendilerinde hesap açmak isteyen müşterilerin kimlik bilgilerini kontrol etmekle, işlem raporlarını tutmakla ve şüpheli işlemleri ilgili otoritelere bildirmekle yükümlü kılınmıştır.<sup>89</sup>

### J- Meksika

Sanal varlıklara ilişkin hizmetler yürütmek, ülke mevzuatında kara paranın aklanması ile ilişkili olabilecek faaliyetler arasında sayılmıştır. Bu kuruluşlar belirli bir miktarın (yaklaşık 2.780 dolar) üzerindeki işlemleri raporlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Bunun yanında hizmet sağlayıcı, müşterilerinin kimliklerini ve bazı şartlarda mesleklerini belirlemek, bunları resmi kimlik tespiti yöntemleri ile doğrulamak ve bu belgelerin bir kopyasını nezdinde bulundurmak zorundadır.<sup>90</sup>

### K- İsviçre

Genel olarak Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Kanunu, finansal araçlara uygulanmaktadır. Finansal araçlar ise, üçüncü kişiler için nezdinde hesap bulunduran veya onları yatırım alanında destekleyen ya da malvarlığı değerlerinin profesyonel anlamda transferini

<sup>88</sup> Ahmad, s. 28, 29.

<sup>89</sup> Sayuri Umeda, "Regulation of Cryptocurrencies: Japan", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 57.

<sup>90</sup> Gustavo Guerra, "Regulation of Cryptocurrencies: Mexico", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 64.



gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. 2014 yılında Federal Konsey, İsviçre’de sanal paralar ile profesyonel ticaret ve sanal para ticaret platformları işletme fiillerinin Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Kanununun kapsamında olduğunu dolayısıyla bu tür kişi ve kuruluşların özen yükümlülüğüne tabi olduklarını ifade etmişti. Kanuna göre ise bu özen yükümlülüğü, tarafların kimliklerini doğrulamayı ve işlemlerde lehtar olan tarafın kimliğini belirlemeyi kapsamaktadır. İsviçre Finansal Piyasalar Denetleme Kurumu (FINMA) da kara paranın aklanmasının önlenmesi mevzuatının, kripto paraların itibari paralar ve benzerleri ile değişimini gerçekleştiren kişiler ile dijital cüzdan sağlayıcıları da kapsamına aldığını belirtmiştir.<sup>91</sup>

Kurum, Eylül 2017’de E-coin adlı piyasada sahte kripto paralarla işlem yapılmasına imkân tanıyan hizmet sağlayıcıları, yetkisiz oldukları gerekçesiyle kapatmış ve yatırımcılar için sahte kripto para birimlerine karşı dikkatli olunması gerektiği yönünde bir uyarı yayımlamıştır. E-coin’den başka üç farklı platform da şüpheli faaliyetleri sebebiyle uyarı listesine alınmıştır.<sup>92</sup>

## VII- ULUSAL MEVZUAT

20.09.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 108 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile onaylanan ve Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığınca hazırlanan Orta Vadeli Program (2019-2021)’da yer alan, “*Dijital dönüşüm teşvik edilerek yenilikçi projelerin finansmanı için Kitleli Fonlama (Crowdfunding) ve IPO alternatifi olarak ICO (Initial Coin Offering)*<sup>93</sup> gibi modern ve yeni nesil finansman yöntemleri yaygınlaştırılacaktır” ifadeleri ile Türkiye’de ilk defa kripto para piyasaları ile ilişkilendirilebilecek teknoloji ve uygulamaların resmi ve yazılı olarak görünür kılınması önemli bir gelişmedir.<sup>94</sup> Nitekim ICO, kitle fonunun kripto para versiyonudur ve yeni kripto para birimleri oluşturulurken kullanılan bir fonlama yöntemidir.

<sup>91</sup> Jenny Gesley, “Regulation of Cryptocurrencies: Switzerland”, Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, s. 67, 68.

<sup>92</sup> Gesley, s. 69, 70.

<sup>93</sup> Initial Coin Offering – İlk Dijital Para Arzı

<sup>94</sup> Orta Vadeli Program metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/09/20180920M2-1.pdf> E.T. 05.10.2020.

Bununla birlikte, 18.07.2019 tarihinde onaylanan 2019 – 2023 yıllarına ilişkin On Birinci Kalkınma Planında<sup>95</sup>, blokzincir tabanlı dijital merkez bankası parasının uygulamaya konulacağı öngörülmüştür. Aynı hedefe, 03.11.2019 tarihinde onaylanan, 2020 yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programında<sup>96</sup> da mali piyasalara ilişkin 249.5 numaralı tedbir olarak yer verilmiş ve 2020 yılı için, anlık ödeme sisteminin tasarım ve yazılım geliştirme aşamalarının tamamlanacağı ve test çalışmalarına başlanacağı öngörülmüştür.<sup>97</sup>

Bu alandaki ilk hukuki düzenleme ise Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 16.04.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmeliktir.<sup>98</sup> Yönetmelik ile ödeme hizmeti sağlayıcılarının ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılacağı bir şekilde iş modelleri geliştiremeyeceği, bu tür iş modellerine ilişkin herhangi bir hizmet sunamayacağı öngörülmüştür.

Söz konusu yönetmelikte, ödeme ve elektronik para kuruluşlarının, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık edemeyeceği de belirlenmiştir.

Yönetmeliğin kripto varlıklara ilişkin Türk mevzuatındaki ilk düzenleyici metin olmasının ötesinde, konu bakımından önem arz eden bir diğer unsur ise kripto varlık tanımının yapılmış ve ilk defa bu varlıkların hukuki çerçevesinin belirlenmiş olmasıdır. Yönetmeliğe göre

<sup>95</sup> On Birinci Kalkınma Programı metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/07/20190723M1-1-1.pdf> E.T. 05.10.2020.

<sup>96</sup> 2020 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/11/20191104M1-1.pdf> E.T. 05.10.2020.

<sup>97</sup> Bu hedef doğrultusunda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının 12.11.2020 tarihli Basın Duyurusu ile FAST (Fonların Anlık ve Sürekli Transferi) olarak isimlendirilen yeni bir ödeme sistemini hizmete açmak üzere hazırlıkların tamamlandığı ve Sistemin 18.12.2020 tarihinden itibaren pilot uygulamasına başlanacağı duyurulmuştur. Açıklamada, ödemeler alanında temel altyapıyı güçlendirecek bu gelişmelerin, yenilikçi finansal teknolojilerin hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmesini sağlayarak, dijital ekonomi hedefi doğrultusunda çok önemli katkılarda bulunacağına değerlendirildiği ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2020/DUY2020-67> E.T. 19.11.2020.

<sup>98</sup> Yönetmelik metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm> E.T. 04.07.2021.

kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere kripto varlıklara Türk hukuk sisteminde getirilen bu ilk tanımında, bunların ne olduklarından ziyade ne olmadıkları belirlenmiş olup, kripto varlıkların hukuki niteliklerine ilişkin daha kapsamlı ve kesin bir belirleme yapılana dek bu husustaki tartışmaları bir süreliğine nihayete erdirecek bir düzenleme getirilmiştir.

Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden hemen sonra 01.05.2021 tarihli ve 31471 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu tarafından çıkarılan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>99</sup> ile kripto varlık hizmet sağlayıcıları aynı tarih itibarıyla MASAK yükümlülüklerine tabi hale gelmiştir. 04.05.2021 tarihinde de Kurumun internet sitesinde Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar başlıklı oldukça ayrıntılı bir rehber<sup>100</sup> yayımlanmıştır.

Aşağıda çalışma konusuyla ilişkili olabilecek mevzuat hükümlerine değinilecek ve regülasyonun hangi mevzuat kapsamında yapılmasının daha faydalı olabileceği tartışılacaktır. Kripto para birimlerinin genel itibarıyla düzenlenebilecekleri halihazırda yürürlükte olan mevzuat, ihtimaller dahilinde ele alınacak yalnızca ceza hükümleri bakımından bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bununla birlikte, tamamen bu hususa özgülenmiş yeni bir düzenleme yapılmasının da ihtimal dahilinde olduğu ve hatta daha sağlıklı olabileceği de değerlendirilmektedir.

<sup>99</sup> Yönetmelik için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/05/20210501-5.pdf> E.T. 04.07.2021.

<sup>100</sup> Rehber için bkz. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf> E.T. 04.07.2021.

### **A- 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun**

Yürürlükteki düzenlemelere bakıldığında ileride kripto paraların kanuni bir zemine oturtulması düşünülecek ve bu kara paranın aklanmasının önlenmesine ilişkin mevzuatta olmayacak ise bunun yeri, 20.06.2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun olabilecektir. Kanun ile, ödeme sistemlerinin kurulma ve işletilme aşamalarında Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na kilit yetki ve görevler öngörülmüştür. Dünyadaki örneklere bakıldığında genel olarak en önemli ödeme sistemleri, ülkelerin merkez bankaları tarafından kurulup işletilmektedir. Türkiye'de de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 1992 yılında kurulan EFT ile 2000 yılında kurulan EMKT sistemleri, bunların yanında başka sistemler de kullanımda olsa da, Türkiye'nin temel ödeme sistemleri olarak değerlendirilebilir. 18.12.2020 itibariyle pilot uygulamasına başlanmış ve 8.01.2021 itibariyle kullanıma açılmış olan FAST sisteminin de kısa bir zaman içerisinde tüm finansal kuruluşları kapsayacak şekilde yaygınlaşması hedeflenmektedir. 29.01.2021 itibariyle sistemde kayıtlı kullanıcı sayısı 5.3 milyona ulaşmıştır.<sup>101</sup> Belirtmek gerekir ki 6493 sayılı Kanun uyarınca kurulan ödeme sistemlerinin gözetimi görevi de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na verilmiştir.

Son olarak, 22.11.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7192 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>102</sup> ile 6493 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun ödeme kuruluşları üzerindeki yetkilerinin tamamı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na devredilmiştir. Dolayısıyla 01.01.2020 tarihinden itibaren 6493 sayılı Kanun ile öngörülen düzenleme ve denetim yetkilerinin tümünün Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nda olduğu söylenebilecektir.

<sup>101</sup> Basın duyurusu için bkz. <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2021/DUY2021-06 E.T. 24.04.2021>.

<sup>102</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/11/20191122-2.htm E.T. 27.10.2020>.

Türk hukukunda herhangi bir kanunda kripto paraların tanımı bulunmamaktadır. Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelikte kripto varlık tanımı yapılmış ise de konu, yönetmelik derecesinde ele alınamayacak denli önem arz etmekte olup mutlaka bir kanun ile de ilgili tanımın ve konunun diğer detaylarının ele alınması gerektiği düşünülmektedir. Kripto paralar, halk arasında sıklıkla elektronik para olarak adlandırılmaktaysa da esasen elektronik paralar 6493 sayılı Kanun ile düzenlenmekte olup, kripto paralardan çok farklı bir yapıya haizdir.

Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde elektronik para, elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer olarak tanımlanmıştır. Hemen ardından gelen (d) bendinde ise elektronik para kuruluşu, 6493 sayılı Kanun kapsamında elektronik para ihraç etme yetkisi verilen tüzel kişi olarak öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, elektronik paralar tamamen kanuni zemine oturtulmuş ödeme araçlarıdır. 6493 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere yalnızca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'ndan alacağı izinle faaliyette bulunabilen elektronik para kuruluşları, elektronik para ihraç edebileceklerdir.

AB'de kripto paralara ilişkin düzenlemelerin neden ödeme sistemleri mevzuatına yapılmasının tercih edilmediği önceki başlıklarda ifade edilmişti. Almanya'da da önceden, kripto paraların ödeme aracı olarak kabul edilmesi yönünde bir eğilim vardı ancak Alman Mali Gözetim Kurumu'nun, kendisinden izin almaksızın Bitcoin ticareti yapan bir kişiye ceza vermesi şeklindeki olaya ilişkin yargı sürecinde istinaf mahkemesi, kripto paraların ödeme aracı olarak değerlendirilemeyeceklerini bunun yerine farklı bir finansal araç veya muhasebe birimi olarak nitelendirilebileceklerini zira ödeme araçlarının güvenilir ve tanınır olması gerektiğini ifade etti.<sup>103</sup> Gerçekten de yeri geldiğinde günde %157 kâr edebilen ve değerinde bu denli keskin iniş çıkışlar ola-

<sup>103</sup> Murat Serçemeli, "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi", Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, S. 639, 2018, s. 55.

bilen bir varlık türünün, ödeme aracı olarak değerlendirilmesindense yatırım aracı olarak ele alınması uygun olabilecektir.

### **B- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**

Kripto paralara ilişkin olarak öncelikle Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde düzenlenmekte olan, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu gündeme gelecektir. Bu suçun üç aşaması vardır. İlk aşama olan yerleştirme aşamasında para, finansal siteme sokulur. İkinci aşama olan ayrıştırma aşamasında, paranın yasal olmayan kaynağından uzaklaştırılması yer alır. Son aşama ise bütünleştirme aşamasıdır ve aklanan paraya yasal bir kaynak görüntüsü verilmesinden ibarettir. Her bir aşamanın farklı fiillerle gerçekleştirilmesine gerek yoktur, tek bir fiille de aşamalardan ikisi veya her biri gerçekleştirilebilir.<sup>104</sup>

Suçtan elde edilen bir miktar nakit para düşünüldüğünde, bu nakit para ile internet üzerinden genel olarak elektronik para kuruluşları tarafından satılan çevrimiçi ve hazır kartlardan alınabilir. Bu elektronik para yüklü hazır kartlarla da kripto para platformlarından kripto para alınabilmesi mümkündür. Bir kripto para birimini diğer kripto para birimlerine dönüştürmek ya da kripto paraların transferini yapmak da mümkündür. Elbette bu transfer çevrimiçi platformlarda olacağından sınır ötesi bir kullanıcıya da göndermek mümkün olacaktır. Daha sonra bu kripto paraların tekrar elektronik paraya çevrilip herhangi bir ATM'den çekilmesi halinde suçtan elde edilen nakit paranın döngüsü yasal bir kaynak görüntüsü verilerek sonlanmış olacaktır.

Bu doğrultuda, suçtan kaynaklanan bir malvarlığı değerinin kripto para birimlerine çevrildiği ve suçun aşamaları düşünüldüğünde kripto para birimlerinin suçun konusunu oluşturabileceği daha doğrusu suçtan elde edilen eşya niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Kripto paraların ceza hukuku anlamında sahtecilik fiillerine konu olup olamayacakları da ele alınmalıdır. Parada sahtecilik suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 197. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak suçun konusu, memlekette veya yabancı ülkelerde kanunen tedavülde bulu-

<sup>104</sup> İzzet Özgenc, Suç Örgütleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 129 vd.

nan paranın sahte olarak üretilmesi, ülkeye sokulması, nakledilmesi, muhafaza edilmesi veya tedavüle koyulması şeklindedir.<sup>105</sup>

Kripto paralar ise ne devletler tarafından üretilmekte ne de herhangi bir ülkede tedavülde bulunmaktadır. Kanununun 198. maddesinde ise paraya eşit sayılan değerler belirtilmektedir. Bunlar, devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları olarak öngörülmüşlerdir. Görüldüğü üzere düzenlemenin bu haliyle kripto para birimleri ne para ne de paraya eşit sayılan değerlerden sayılamayacaktır ve dolayısıyla sahtecilik fiillerine konu olamayacaklardır.<sup>106</sup>

Sistemin bilişim ortamında işlediği göz önünde bulundurulduğunda elbette bilişim suçlarına da değinmek gerekir. Özellikle kripto paraların muhafaza edildiği dijital cüzdanların hacklenmesi gibi durumlarda, Türk Ceza Kanunu'nun 244. maddesinde düzenlenen *Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme* suçu gündeme gelecektir.

Yine, sahte mail ve mesajlar ya da fidye yazılımlarla kripto paraları ele geçirmek amacıyla veya kripto paralar kullanılarak işlenen bilişim suçlarında, kanununun 245/A maddesinde düzenlenen yasak cihaz veya programlara ilişkin hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca kripto paraların ceza hukuku ile ilişkisine değinilirken kripto paralar aracılığıyla işlenmesi kolaylaşan yukarıda değinilen suçların yanında failerin, kullanıcıların kripto para cüzdanlarının şifrelerini ve dolayısıyla cüzdandaki değerleri ele geçirmek amacıyla yağma suçuna vücut verebilecek nitelikteki fiilleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Kripto para hırsızlıklarının çok büyük bir bölümü siber saldırılar vası-

<sup>105</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2013, s. 206 vd.

<sup>106</sup> Erem, kanunen para olarak tedavül edilen şeylerin himayeden faydalanacağını, ortada para olmadıkça onun taklidinden de bahsedilemeyeceğini, bir şeyin sadece fiilen para gibi değişim aracı olmasının, hatta bu yolda bir örf ve âdet bulunmasının yeterli olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Faruk Erem, "Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler", *AÜHFD.*, C. 18, S. 1, 1961, s. 107; Turanboy'a göre de kripto paranın, "para" olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmekle birlikte böyle bir hukuki belirleme yapılırsa parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilecekleri ifade edilmektedir. Bkz. Turanboy, s. 58.

tasıyla gerçekleştiriliyor olsa da, fiziken gerçekleşen bu tip olaylar da kripto para kullanımının yaygınlaşması ile doğru orantılı olarak dünya genelinde yaygınlaşmıştır. Bu olaylarda genellikle yüklü miktarda kripto parası bulunan kişiler hedef olarak seçilmekte, kişinin daha sonra cebir, tehdit veya hile ile sanal cüzdanına giriş yapması sağlanmakta, mağdurun cüzdandaki malvarlığı değerleri yine aynı yollarla sistemdeki başka bir hesaba aktarılmaktadır. İşlemi mağdur gerçekleştirmiş gibi görünse de anonimlik nedeniyle arkasındaki kişileri tespit etmek mümkün değildir.<sup>107</sup>

Yargıtay'ın konu özelinde henüz herhangi bir kararı olmamakla birlikte ceza hukuku anlamında kripto varlıkların ne şekilde değerlendirilebileceğine yönelik olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 tarihli ve E. 2009/11-193 - K. 2009/268 sayılı kararı önemlidir.<sup>108</sup> Kararda genel olarak fiilin, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçuna mı yoksa hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen nitelikli haline mi vücut vereceği tartışılmıştır.

Olayda sanıkların, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, banka şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi, kendi adlarına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmeleri söz konusudur. Yüksek Mahkeme, sanıkların fiilinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenmiş bulunan "*bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık*" suçunu oluşturacağına hükmetmiştir. Kararda, sanıkların kastının, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Karşı oyda ise parayı ifade eden verinin, taşınır mal olarak değerlendirilmesinin ve dolayısıyla somut olayda hırsızlık suçundan hü-

<sup>107</sup> Aksoy Retornaz, s. 291 vd.

<sup>108</sup> Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2009-11-193.htm&kw=`2009/11`#fm E.T. 23.10.2020>.



küm kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu'nun herhangi bir maddesinde "veri" taşınabilir bir mal olarak tanımlanmamaktadır. Veri, taşınabilir bir mal olarak değerlendirilemeyeceğinden, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile kıyas yasağı gereği somut olayda Türk Ceza Kanunu'nun 244. maddesindeki suçun işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Yine karşı oyda, bilişim sisteminin kullanılması durumunda, üzerinde icra hareketi gerçekleştirilen her şeyin "veri" olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiş, verilerin ise hırsızlık suçu bakımından enerji kavramı gibi ayrıca tanımlanmamış olduklarından bu suçun konusunu oluşturmalarının mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.

Gerçekten de Türk Ceza Kanunu'nda veriyi taşınabilir mal olarak tanımlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı, ileride yapılabilecek düzenlemeler ile Yargıtay'ın kripto paraları nasıl değerlendirebileceğini görmek bakımından yol gösterici olabilir. Yüksek Mahkeme, kripto para birimleri ile ilgili olarak önüne gelebilecek bir olayda, kripto paraları da "verinin temsil ettiği para" olarak tanımlayabilecek ve taşınır bir eşya gibi ele alabilecektir. Bununla birlikte hırsızlık suçunun nitelikli hallerine bir ekleme yapılarak "veri" veya doğrudan "sanal/kripto para birimleri" için özel bir düzenleme yapılması da gündeme gelebilecektir.

### **C- 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun**

07.02.2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan fon tanımı konu bakımından önem arz etmektedir. Kanunda fon, para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belge olarak tanımlanmıştır. Her tür kripto para biriminin bu tanım kapsamında değerlendirilebileceği açıktır.

Kanunun 4. maddesinde de 3. maddede belirtilen fon sağlanması veya toplanması yasak fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütle-

rine fon sağlayan veya toplayan kişinin, fiilinin, daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

### **D- 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun**

Konuya ilişkin oldukça önemli düzenlemeleri içeren kanunlardan birisi de 5549 sayılı Kanun'dur. Örneğin kanunda, yükümlülerin, kendileri nezdinde yapılan veya aracılık ettikleri işlemlerde, işlem yapmadan önce işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek zorunda olduğu öngörülmüştür.

Ayrıca şüpheli işlem bildirimleri de bu kanunda düzenlenmektedir. Buna göre yükümlüler, nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemleri MASAK'a bildirilmekle yükümlü kılınmıştır.

Kanuna göre yükümlüleri belirlemeye ise Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir. Kripto para borsaları ve takas platformlarının yükümlü kuruluşlar arasında belirlenmelerini takiben, bu gibi platformlarda işlenebilecek suçlar bakımından kimlik tespiti, bilgi-belge verme ve düzenli gözetimi içeren oldukça etkin bir denetim mekanizması işletilebilecektir. Ülke örneklerinde de açıklandığı üzere uluslararası alanda, kripto paralara ilişkin kuruluşları kara paranın aklanmasının önlenmesi mevzuatlarında düzenlemek yönünde bir eğilim mevcuttur. Türk hukukunda da bu yol benimsenerek, bu kuruluşların 5549 sayılı Kanun anlamında yükümlü olarak belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

## **VIII-TÜRKİYE'DEKİ FİNANSAL KURULUŞLARIN KONUYA YAKLAŞIMI**

### **A- Sermaye Piyasası Kurulu**

Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi tarafından Aralık 2016'da *Kripto-Para Bitcoin* başlıklı bir rapor yayımlanmıştır. Raporunda, Türkiye'de faaliyet gösteren bir Bitcoin borsasının henüz kurulmamış

olduğu ifade edilerek bunu dzenleyen bir mevzuat oluşturulabileceği önerisinde bulunulmuştur.<sup>109</sup>

Kurul ayrıca, 27.09.2018 tarihli ve 2018/42 sayılı Bültende<sup>110</sup>, 27.09.2018 tarih ve 47/1102 sayılı karar uyarınca yapılan duyuru ile, kripto para satışı veya token satışı olarak da bilinen genellikle blok-zinciri teknolojisi kullanarak para toplamaya yönelik uygulamaların birçoğunun, kurulun dzenleme ve gözetim alanı dışında kaldığını, dijital varlık satıcılarının, belirli (bir proje veya şirketi finanse etmek gibi) ya da çoğu zaman belirsiz vaatlerle dijital varlık satışı gerçekleştirdiklerini, söz konusu dijital varlıkların itibari para ile alınabileceği gibi Bitcoin ve Ether gibi kripto paralar kullanılarak da alınabilmekte olduğunu, tasarım açısından çok farklı türlere ayrılabilmele beraber dijital varlıkların genellikle bir şirketteki payı, bir hizmete erişim hakkını, gerçek hayattaki bir varlığı, ürün veya hizmete ilişkin kullanım hakkını temsil ettiğini ifade etmiştir.

Aynı duyuruda, ICO'ların çok yüksek riskli ve spekulatif yatırımlar oldukları, bu sebeple, dijital varlık almayı düşünen yatırımcıların kripto paralara benzer şekilde satın alınan tokenların değerinde de aşırını oynaklık görülebilmesi gibi risklerin bilincinde olmalarının ve alınacak dijital varlık karşılığında ne vaat edildiğini detaylı incelemelerinin gerektiği belirtilmiş, kitle fonlaması adı altında gerçekleştirilmesi muhtemel kripto varlık satışlarına yatırımcılarınca itibar edilmemesi uyarısında bulunulmuştur.

Yine 27.09.2018 tarihli bültende, www.sikke.com.tr uzantılı internet sitesi üzerinden ve Sikke Yazılım A.ř. tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelenmesi sonucunda, Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurulu adres gösterilmek suretiyle yasal olduğu izlenimi verilen ve yüksek oranlı kazanç sağlanacağı vaat edilmek suretiyle satılan kripto para karşılığı toplanan nakdin şirket ortaklarının kişisel ihtiyaçları ve/veya şirket tefrişatı için kullanılması olayında, şirket ortakları hakkında nitelikli dolandırıcılıktan suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği açıklanmıştır.

<sup>109</sup> Bkz. arkacıoğlu, s. 67.

<sup>110</sup> Bülten için bkz. <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=42> E.T. 18.10.2020.

SPK, kripto para birimlerini Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında menkul kıymet olarak tanımlamamaktadır. Ancak diğer finansal otoriteler ile karşılaştırıldığında, yeni ve özel bir kurum kurulmayacaksa, kripto para platformlarının Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olmalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması da düşünülebilecektir.

Sermaye Piyasası Kurulu, kripto paraları menkul kıymet olarak değerlendiren, kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (§) bendinde, menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları şeklinde tanımlanan sermaye piyasası araçları içerisinde olduğunu belirleyebilir. Ancak Avrupa Birliği'nde tartışılan benzer kaygılarla, kurul tarafından kripto para birimlerinin diğer sermaye piyasası araçları içinde mütalaa edilmesi esasen bu kanala para teşviki anlamına da gelebilecektir. Geleneksel sermaye piyasası araçları çok kolay vergilendirilip izlenebilirken kripto paralar bakımından böyle bir durum söz konusu olmayacağından, böyle bir tanımlamanın yapılmaması anlaşılabilir.

Öte yandan kripto paraların geleneksel sermaye araçlarına benzemedikleri söylenebilecektir. En başta, varlığın fiyat değişimlerinin şeffaf olarak takip edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple kripto paraların gelecekte ABD'de olduğu gibi emtia olarak tanımlanması yönünde bir eğilim de öne çıkabilecektir.

## **B- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu**

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun 25.11.2013 tarihli ve 2013/32 sayılı açıklaması ile de herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmeyen ve karşılığı için güvence verilmeyen bir sanal para birimi olarak tanımlanan Bitcoin'in mevcut yapısı ve işleyişi itibarıyla 6493 sayılı Kanun kapsamında elektronik para olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle anılan kanun uyarınca denetim ve gözetiminin de mümkün olmadığını ifade etmiştir.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> Basın Açıklaması için bkz. [https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru\\_0512\\_01.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf) E.T. 22.10.2020.

Aynı açıklama ile kurum, Bitcoin'in yapısı itibarıyla yasadışı faaliyetlerde kullanılmaya, operasyonel hatalara ve yetki sahibi dışındakilerin usulsüz kullanımına açık olduğunu belirterek olası riskleri kamuoyunun bilgisine sunmuştur.

### **C- Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)**

Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) tarafından yayımlanan ve en son 12.04.2019 tarihinde güncellenen Bankalara İlişkin Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi'nde<sup>112</sup>, bankacılık işlemlerine ilişkin şüpheli işlem tipleri arasında, *"Müşteri hesaplarından kripto para alımı amacıyla yurtiçi ve yurtdışı kripto para borsalarına ya da gerçek veya tüzel kişi hesaplarına müşteri profiline uymayacak sıklık ve tutarda para transferi yapılması"* ve *"Kaynağı bilinmeyen veya şahsın mali profili ile uygun olmayan şekilde yapıldığından şüphelenilen kripto para satımı sonucunda müşteri hesaplarına transfer gelmesi"* de sayılmaktadır.

Esasen anılan tiplere bakıldığında, müşteri profili ile uyumlu olan yurtiçi ve yurtdışı kripto para borsalarına yapılan para transferleri ile kaynağı bilinen/müşteri profili ile uyumlu kripto para satımı sonucu gelen transferlerin şüpheli işlem sayılmadığı ve dolayısıyla MASAK tarafından meşru zeminde görüldüğü söylenebilecektir.

Yine de MASAK'a göre kripto paralar, kara paranın aklanmasında en çok kullanılan araçlardan birisidir. 5549 sayılı Kanun'da konuya ilişkin bir düzenleme yapılması halinde MASAK, Türkiye'de kripto para alanını denetleyen başat aktör konumunda olacaktır.

30.05.2020 tarihinde MASAK Başkanı tarafından yapılan açıklamada, pandemi sürecinde yurt dışına gönderilmek istenen 100 milyon liraya yakın kripto paranın tespit edildiği ve bu tutarın yüzde 40'ünün tek bir şirket grubuna ait olduğu, bu grubun hesaplarına bloke konulduğu ve inceleme başlatıldığı, kripto para konusunda az işlem bildirimini gönderenlere ilişkin yükümlülük denetimi yapılacağı belirtilmiştir.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Rehber için bkz. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/MSK-RHB-ŞİB-001-1.4.pdf> E.T. 22.10.2020.

<sup>113</sup> Haber için bkz. <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202005301042151756-masak-yurt-disina-gonderilmek-istenen-100-milyon-liraya-yakin-kripto-parayi->

Son olarak 01.05.2021 tarihinde yürürlüğe giren Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte kripto varlık hizmet sağlayıcılar da yükümlü kuruluşlar arasına girmiştir. Böylelikle Türkiye’de de çoğu ülke uygulamasında olduğu gibi hizmet sağlayıcıların regülasyon alanına alınmalarına dair önemli bir adım atılmıştır.

04.05.2021 tarihinde MASAK’ın internet sitesinde Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için yayımlanan rehberde hizmet sağlayıcılar için müşterinin tanınması, şüpheli işlem bildirim, bilgi ve belge verme ve muhafaza gibi bir dizi temel yükümlülük belirlenmiştir. Ancak kripto varlık hizmet sağlayıcısı tanımından kaynaklı olarak kripto para ekosistemindeki bazı kuruluşlar kapsam dışı bırakıldığı için rehberin FATF rehberleriyle bu aşamada tam olarak uyum gösterdiği söylenecektir. Rehberde esasen diğer yükümlüler için yapılan açıklamalara koşut ifadeler yer almaktadır. Dolayısıyla ilerleyen zamanlarda kripto varlık hizmet sağlayıcılara özgü ve yeni uygulamaların gündeme geldikçe rehberin de güncellenmesi beklenebilecektir.

#### **D- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası**

16.04.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmeliğe ilişkin olarak TCMB tarafından yapılan 16.04.2021 tarihli basın duyurusunda, kripto varlıkların herhangi bir düzenleme ve denetim mekanizmasına tabi olmaması, merkezi bir muhatabın bulunmaması, piyasa değerlerinin aşırı oynaklık göstermesi, anonim yapıları nedeniyle yasadışı faaliyetlerde kullanılabilmesi, cüzdandların çalınabilmesi veya sahiplerinin bilgileri dışında usulsüz olarak kullanılabilmesi ile işlemlerin geri dönülemez nitelikte olması gibi nedenlerle ilgili taraflar açısından önemli riskler barındırmakta olduğu belirtilmiştir.

Aynı duyuruda, son dönemde söz konusu varlıkların ödemeler alanında kullanılmasına ilişkin çeşitli girişimlerin oluşmaya başladığının gözlemlendiği, bu varlıkların ödemelerde kullanılmasının, yukarıda bahsedilen sebeplerle işlemin tarafları açısından telafisi mümkün ol-

mayan mağduriyetler yaratma ihtimali bulunduğu ve bu alanda mevcutta kullanılan yöntem ve araçlara karşı güven zaafiyeti meydana getirebilecek unsurlar içerdiğinin değerlendirildiği ifade edilmiştir.<sup>114</sup>

## SONUÇ

Kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanına karşı mücadele, kripto paraların yaygınlaşmasından çok önce de uluslararası toplumun önceliklerindendi ve bu suçlarla mücadelenin, doğası gereği ancak uluslararası düzeyde yapılacak düzenlemelerle mümkün olacağı, ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerin yeterli olmayacağı kabul görmüştü.

Kripto para piyasaları ulusal veya uluslararası alanda teşvik edilmek istenirse vergi muafiyeti sağlanması gibi yöntemler elbette düşünülebilecektir ancak bunun için öncelikle anonimlik perdesi aralanmalıdır. Bunun gibi, kripto paralar bakımından malvarlığının dondurulması veya müsadere gibi tedbirler de aynı sebeplerle uygulama alanı bulamamaktadır. Kripto paralar, yasalarla belirlenen malvarlığı tanımının kapsamına dahil edilebilse dahi bu tip tedbirlerin uygulanabilmesi için öncelikle bir şüphelinin yahut failin mülkiyetinde olduklarının kanıtlanabilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla sorunun düğüm noktası, yasadışı işlemleri belirleyebilmek adına kripto para işlemlerinin anonimliğinin nasıl kaldırılacağı yahut yumuşatılacağıdır.

Kriptolama yönteminin esasen, vatandaşları ve işletmeleri bilgi teknolojileri kullanılarak yapılacak hackleme, kimlik ve kişisel veri hırsızlığı, dolandırıcılık veya gizli bilgilerin açıklanması gibi suiistimallere karşı koruyan bir yönü de vardır. Ancak bu yöntem elbette failerin, özellikle kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı suçlarını işlemeleri ve bu suçları soruşturmakla görevli otoritelerin işlerini güçleştirmek bakımından oldukça işine yaramaktadır.

Dolayısıyla güçlü bir kriptolama yönteminin bir taraftan kullanıcılara sağladığı siber güvenlik, bilgi güvenliği ve gizlilik imkanları korunurken diğer yandan gerektiğinde ceza soruşturmalarında yetkili ma-

<sup>114</sup> Basın duyurusu için bkz. [://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2021/DUY2021-17 E.T. 24.04.2021](https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2021/DUY2021-17_E.T._24.04.2021).

kamların uygun tedbirleri alabilmelerini de sağlayacak şekilde hukuki bir çerçeveye oturtulması gerekmektedir. Teknolojinin zararlı amaçlarla kullanılması önlenirken, bu tip teknolojik yeniliklerin ilerlemesi de gözetilmelidir. Önceden de değinildiği üzere blokzincir teknolojisi meşru, kurumsal ve sosyal bir zemindir ve henüz gelişme aşamasındayken kripto para suçları ile mücadele amacıyla bu teknolojinin kullanımını orantısız bir biçimde kısıtlanmamalıdır. Zira örneğin dijital fidye yazılımlarına karşı bu teknolojinin kullanılması yönünde oldukça yararlı ve ileride kripto paralar aracılığıyla işlenen suçlarla mücadele bakımından da kullanılabilir çalışmalar yapılmaktadır. Dolayısıyla kripto paraların, bu teknolojinin kullanım alanlarından yalnızca bir tanesi olduğu unutulmamalıdır.

Özünde blokzincir teknolojisi, verileri merkezsizleştirilmiş bir ağda saklamayı öngördüğünden veri sahibi ile veri arasındaki bağlantıyı kurmak zorlaşmaktadır. Ancak verilerin sayısız kullanıcı nezdinde tutuluyor olması, dijital fidye yazılımları kullanacak olan failerin işlerini de zorlaştırmaktadır. Sayısız kopyası olan bir verinin fidye amacıyla tutulması kolay değildir. Yine merkezsizleştirilmiş bir sistem, internet korsanları tarafından yapılacak bir saldırı, sistemin tüm kullanıcıları tarafından görülüp bertaraf edilebilecek olduğundan da risklidir.

Bu alanda halihazırda yapılmış ve taslak aşamasında olan düzenlemelerden uluslararası bir düzenleme yapılması için de faydalanılabileceği unutulmamalıdır.

Önceden de değinildiği üzere, kripto paraların oluşturabileceği zararlı etkileri ulusal çapta düzenlemelerle bir noktaya kadar engellemek mümkün olsa da gerek kripto paraların gerek bunların aracılığıyla işlenebilecek vergi kaçakçılığı, kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı suçları doğaları gereği sınır ötesi bir yapıda olduklarından kökten ve kapsamlı bir çözüm ancak uluslararası otoritelerin uzlaşması ile mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ışığında düşünüldüğünde; Ceza hukuku, kripto para piyasalarına müdahale etmeli midir? Yanıt olumlu ise; Yürürlükteki ceza hükümleri yeterli midir yoksa ayrıca bir düzenlemeye gerek olacak mıdır? Unutulmamalıdır ki ceza hukukunun son çare olması ilkesi gereği eğer idari düzenlemelerle kripto para ala-



nı kontrol altına alınabilirse, kripto paralar aracılığıyla işlenen suçlar bakımından ayrıca ceza hükümlerinin ihdas edilmesine de gerek kalmayacaktır.

Kripto para piyasalarını düzenleyecek birtakım ceza hükümleri öngörülmesi yahut yürürlükteki hükümlerin uygulama alanlarının kripto paralar ile gerçekleştirilen işlemleri de kapsayacak hale getirilmesi öncelikle istikrar ve güven getirecek ve kripto paraların kullanımını yaygınlaştıracaktır. Bununla birlikte bu alanın ceza hukukunun kapsamına alınması, failerin kuvvetle muhtemel anonimlik perdesi ile gizlenecekleri düşünüldüğünde çok da kolay olmayacaktır. Zira yine cezaların şahsiliği ilkesi gereği, failin kimliğinin net olarak ortaya konulabilmesi şarttır. Kripto para piyasalarına ilişkin yapılacak cezai düzenlemelerin uluslararası boyutta olması, bu sorunu bir nebze hafifletebilecektir.

Türk Ceza Hukuku sistemi bakımından kripto paralar aracılığıyla işlenecek suçların, klasik suç tipleri ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı öğretisi ve kanun koyucu tarafından ortaya konulmalıdır. Bunun için de öncelikle kripto paraların nitelikleri tespit edilmelidir. Ekonomik yarar sağlayan, devredilebilir ve gayrimaddi bir malvarlığı değerini haiz oldukları daha tartışmasız olsa da bu varlıklar ceza hukuku anlamında “para” ile eşdeğer değerlendirilebilecekler midir? Zira ülke parası yahut yabancı para olarak değerlendirilemeyecekleri açıktır. Üzerlerinde tam manasıyla bir hak sahipliği kurulabildiği de söylenemeyecektir. Malvarlığı değeri olarak düşünülebilirler dahi maddi varlıkları olmadığından klasik malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturabilecekler midir?

Ceza hukuku alanında bahsi geçen sorulara cevap verilirken, önceki bölümlerde değinilen ülke uygulamalarından faydalanılabilecektir. Zira, son beş yıllık süreçte devletlerin konuya ilişkin aldıkları tedbirler ve düzenleme bakımından izledikleri yollarda ortak noktalar çoktur. Bunlardan en önemlisi, kripto para piyasalarının bir şekilde ülkelerin kara paranın aklanmasının önlenmesine ilişkin mevzuatlarına yükümlü hale getirilmesidir.

Bunun yöntemi ve yükümlülüğün kapsamı değişse dahi, ülkemiz için de bu bir zorunluluktur. Nitekim 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönet-

melik ve 01.05.2021 tarihinden itibaren kripto varlık hizmet sağlayıcılarının MASAK yükümlüsü olarak belirlenmesi bu hususta atılmış başlangıç adımları olmakla birlikte son olmayacağı, ilgili otoritelerce yapılacak benzeri düzenlemelerin önümüzdeki dönemde gündemde olacağı söylenebilir. Bu sürecin, özellikle Türk kripto para borsalarına ilişkin yaşanan ve konunun ceza hukuku boyutuna da önem verilmesi gerekliliğini gösteren son olumsuz gelişmelerle hız kazanacağı tespiti de yapılabilecektir.

Konunun, sermaye piyasası veya ödeme sistemlerine ilişkin mevzuatlarda düzenlenip düzenlenmemesi ise piyasa düzenleyici otoritelerin ve kanun koyucunun takdirindedir. Zira böyle bir durumun piyasalara ve hukuk düzenine getireceği olumlu ve olumsuz bir dizi etki olacaktır.

Bütün bunlardan bağımsız olarak blokzincir teknolojisinin suçla mücadele bakımından bir araç olarak kullanılabilmesi de unutulmamalıdır. Örneğin finansal kuruluşlar arasında kullanılacak kapalı bir blokzincir sistemi vasıtasıyla, gerçekleştirilen şüpheli işlemlerde söz gelimi bir bankanın verdiği uygunluk raporu diğerleri tarafından da eşzamanlı olarak görülebilecektir ve hatta onaylanması sağlanabilecektir. Böylece aynı kişilerin diğer bankalar nezdinde gerçekleştirecekleri işlemlerde bu rapor, sistemdeki tüm kuruluşlarca kullanılabilir ya da uygunluk raporu, ağdaki tek bir kullanıcı tarafından onaylanmaz ise, tanzim edilmemiş sayılacaktır. Böylece hem kurumlar arası iş birliği geliştirilmiş olacak hem de zamandan, emekten ve kayıt için yapılması gerekli ek işlemlerden tasarruf edilecektir. Hatta böyle bir sistemin uluslararası ödeme işlemleri bakımından da işletilmesi gelecekte düşünülebilecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Bamford Colin, Principles of International Financial Law, Second Edition, Oxford University Press, London 2015.
- Hafızoğulları Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2018.
- Özgenç İzzet, Suç Örgütleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Say Cem, 5 Soruda Blokzinciri, Bankalararası Kart Merkezi, Ed. Gizem Güneş Erbil, İncekara Matbaacılık, İstanbul 2019.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2013.

### Makaleler

Ahmad Tariq, "Regulation of Cryptocurrencies: Canada", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 25 - 29.

Akdemir Altunbaşak Tuğçe, "Blok Zincir (Blokchain) Teknolojisi ile Vergilendirme", *Maliye Dergisi*, Ocak-Haziran 2018, S. 174, ss. 360 - 371.

Aksoy Retornaz E. Eylem, "Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir* (Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, ss. 291 - 320.

Buchanan Kelly, "Regulation of Cryptocurrencies: Australia", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 5 - 16.

Büyüközkan Feyzioğlu Gülçin, "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir* (Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, ss. 1 - 22.

Erem Faruk, "Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler", *AÜHFD.*, C. 18, S. 1, 1961, ss. 101-123.

Erem Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHFD.*, C. 25, S. 1, 1968, ss. 11 - 33.

Friedman Milton, "The Island of Stone Money", *Working Papers on Economics*, N. E-91-3, Hoover Institution, Stanford, California, 1991, ss. 1 - 3.

Gesley Jenny, "Regulation of Cryptocurrencies: Switzerland", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 66 - 72.

Guerra Gustavo, "Regulation of Cryptocurrencies: Mexico", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 63 - 65.

Isajanyan Nerses, "Regulation of Cryptocurrencies: Belarus", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 17 - 20.

Kaplanhan Fatih, "Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi 'Bitcoin Örneği'", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 353, 2018, ss. 105 - 123.

Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFD.*, C. 61, S. 2, 2012, ss. 657 - 693.

Serçemeli Murat, "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi", *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar*, S. 639, 2018, ss. 33 - 66.

Syed A Rahman Syed Fadhil Hanafi, "Regulating Digital Currency: Taming the Unruly", *Emerging Issues in Islamic Finance Law and Practice in Malaysia* (Ed. Umar A. Osani, M. Kabir Hassan, Rusni Hassan), Emerald Publishing, First Edition, 2019, ss. 265 - 280.

Turanboy Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *BTHD.*, C. 35, S. 3, 2019, ss. 47 - 62.

Umeda Sayuri, "Regulation of Cryptocurrencies: Japan", Regulation of Cryptocurrencies in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, June 2018, ss. 53 - 58.

Üçüncü Burak, "Günahların Para Biriminden Yatırım Aracına: Hukuki Olarak Bitcoin ve Kriptoparalar", *Hukuk Gündemi*, 2018/1, ss. 68 - 76.

### **Diğer Kaynaklar**

Bank for International Settlements Committee on Payments and Market Infrastructures, Digital Currencies, November 2015.

Bank for International Settlements Committee on Payments and Market Infrastructures, Distributed Ledger Technology in Payment, Clearing and Settlement, February 2017.

CB Insights, What's Next In Blockchain, 2019.

Çarkacıoğlu Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, Aralık 2016.

ECB Crypto-Assets Task Force, Occasional Paper Series - Crypto Assets: Implications for Financial Stability, Monetary Policy, and Payments and Market Infrastructures, No. 223, 2019.

European Central Bank, Virtual Currency Schemes, Frankfurt 2012.

European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, Frankfurt 2015.

FATF Report, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CTF Risks, Paris 2014.

Guri Mordechai, "Beatcoin: Leaking Private Keys From Air-Gapped Cryptocurrency Wallets", 2018 IEEE International Conference on Internet of Things (iThings) and IEEE Green Computing and Communications (GreenCom) and IEEE Cyber, Physical and Social Computing (CPSCom) and IEEE Smart Data (SmartData), 30.07.2018.

Houben Robby/Snyers, Alexander, Cryptocurrencies and Blockchain, European Parliament's Special Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance, Brussels 2018.

Kumkumoğlu Kemal, "Fidye Yazılımları ile İşlenen Suçlar", Yayımlanmamış Tebliğ, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu - Güncel Bilişim Suçları, 08.05.2019.

Üzer Betül, Sanal Para Birimleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlik Tezi, Ankara 2017.

### **Mahkeme Kararları**

New York Güney Bölge Federal Mahkemesi'nin 04.02.2014 tarihli ve 14CRIM068 sayılı United States of America v. Ross William Ulbricht Kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 tarihli ve E. 2009/11-193 - K. 2009/268 sayılı Kararı.

**İnternet Kaynakları**

Adler David, "Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency", Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2018, <https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency/>

Caymaz Günay, "19 Ekim Kripto Para Piyasa Özeti: Bitcoin ve Altcoin Günlük Analizi", <https://blog.sistemkoin.com/19-ekim-kripto-para-piyasa-ozeti-bitcoin-ve-altcoin-gunluk-analizi/>,

Sundararajan Sujha, "Chinese City to Use Blockchain in Fight Against Tax Evasion", 25.05.2018, <https://www.coindesk.com/tencent-partners-with-city-authority-to-combat-tax-evasion-with-blockchain>.

<https://archives.fbi.gov/>

<https://www.bbc.com/>

<https://bctr.org/>

<https://www.bddk.org.tr/>

<https://blockchain.bilgem.tubitak.gov.tr/>

<https://www.bloomberg.com/>

<http://data.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj>

<https://www.dfs.ny.gov/>

<https://ec.europa.eu/>

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://www.fatf-gafi.org/>

<https://www.forbes.com/>

<https://www.fsma.be/>

<https://www.justice.gov/>

<http://www.kazanci.com/>

<https://komodoplatform.com/>

<https://ms.hmb.gov.tr/>

<https://www.rekabet.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.spk.gov.tr/>

<https://www.tcmb.gov.tr/>

<https://tr.sputniknews.com/>



**5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ  
KANUNU'NDA TAŞINMAZ, HAK VE  
ALACAKLARA ELKONULMASI KORUMA  
TEDBİRİ (CMK m. 128)  
PROTECTION MEASURE ON SEIZURE OF IMMOVABLE  
GOODS, RIGHTS AND CREDITS IN CRIMINAL  
PROCEDURE CODE N. 5271**

Selahattin Samet BİLGE\*

**Özet:** Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kişilerin hürriyetlerine yönelik kısıtlamalar olduğundan mutlaka kanunla düzenlenmeli ve ceza yargılaması makamları kararıyla yerine getirilmelidir. Elkoyma, bir koruma tedbidir. 5271 sayılı Kanun m. 128'de düzenlenen hüküm ise elkoymanın özel bir halidir. Ancak 5271 sk. m. 128'de düzenlenen bu tedbirle ilgili bazı tamamlayıcı hükümlerin eksik olduğu görülmekte, böyle olunca çelişkilerin giderilmesi ve en azından CMK m. 123'de basit hali düzenlenen elkoyma koruma tedbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Koruma Tedbirleri, Elkoyma, Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma

**Abstract:** In Criminal Procedure Law, as measures of protection are limits on the liberty of persons, they shall be regulated by Law and executed by judicial decision of court. Seizure in criminal law, is a protective measure. The provision regulated under the art. 128 of the code n. 5271; is considered a special provision of general seizure. However, some complementary provisions regarding this measure regulated in the art. 128 of the code n. 5271 seems lack in some points, and as such, it is necessary to resolve contradictions and to amend the law for ensuring at least their compliance with the seizure protection measure, the simple form which is regulated under the art. 123 of the Criminal Procedure Code

**Keywords:** Protection Measures, Seizure, Seizure of Immovable Goods Rights and Credits

---

<sup>1</sup> Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ssametbilge@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1396-7689, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.06.2021, Kabul Tarihi: 01.06.2021

## I. Genel Olarak Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesi hukuku bakımından, yargılamanın yapılabilmesi ve mahkemece ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi maksadıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir.<sup>1</sup> Delile ulaşmada bir vasıta da olan koruma tedbirleri<sup>2</sup>, kaynağını Anayasa ve kanundan alan, yetkili mercii kararıyla birlikte icra edilen, temel hak ve hürriyetleri konu alan ve belirli süreliğine bu hak veya hakların kullanımını kısıtlayan müdahalelerdir.<sup>3</sup>

Anayasa m.6/son cümle hükmünde de ifadesini bulduğu gibi; hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanamaz.<sup>4</sup> Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki bu koruma tedbirleriyle ilgili adli konularda yönetmelikle düzenleme getirilemez.<sup>5</sup>

Koruma tedbirleri, cezai uyumsuzluğun çözümü için uygun karar verilebilmesi ve kararın yerine getirilebilmesini sağlayan tedbirlerdir.<sup>6</sup> Koruma tedbirlerine karar verilmesi, kural olarak ceza yargılaması makamı kararıyla gerçekleştirilir. Yargılama makamı, soruşturma

- 
- <sup>1</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2015, s. 330 vd.
- <sup>2</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pinar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2020, s.256 vd.
- <sup>3</sup> Öztekin Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku*, C. 1, İstanbul 1984, s. 820.; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin Kırıt/Özdem Özyaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 438; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2014, s. 270; Centel/Zafer, s 331.
- <sup>4</sup> Zeki Hafızoğulları, "24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.; Bülent Hayri Acar, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Ankara 2014, s. 4; Metin Feyzioğlu, Meclis Soruşturması, s. 14.
- <sup>5</sup> "Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve tüzel kişilere kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ve tüzüklerin uygulanabilmesi için yönetmelikler çıkarma yetkisi vermiştir. CMK'nın yürütücüsü ise bağımsız mahkemelerdir. Bu halde, yönetmelikle getirilen düzenlemeler, devlet yetkisi kullanmak olduğundan; CMK'ya ilişkin hususlarda, yönetmeliklerle düzenleme yapılamaz." Hafızoğulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.
- <sup>6</sup> Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2015, s. 216.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016, s. 306.



evresinde “hakimlik makamı”, kovuşturma aşamasında “mahkeme makamı”dır.<sup>7</sup> Koruma tedbirlerine başvurmada yargılama makamı kararının aranmasının nedeni, yargıçların bağımsız yargı gücünü oluşturmaları ve özgürlüğün teminatı sayılmalarıdır.<sup>8</sup>

Bu tedbirler, ceza hukuku anlamında bir “yaptırım”<sup>9</sup> değildir.<sup>10</sup>

Tedbirlerin şartlarına uyulmaması veya şartları ortadan kalkmışsa gereğinin yapılmaması, hukuka aykırıdır.<sup>11</sup>

Koruma tedbirleri ortak özellikleri itibarıyla birer vasıtadırlar.<sup>12</sup> Bu tedbirlerle delillere ulaşılmakta ve ulaşılan deliller korunmaktadır.<sup>13</sup> Vasita olmak, muhakeme açısından bir bütün ifade eder; tedbirlerden birden fazlasına hükmedilebilmesi veya birinden bir diğerine geçiş yapılabilmesi bu bağlamda mümkündür.<sup>14</sup> Koruma tedbirleri yerine getirilirken ör. delillerin toplanması sırasında meydana gelen hak ihlalleri Ceza muhakemesi açısından da AİHS açısından da ayrı öneme sahiptir.<sup>15</sup>

Koruma tedbirleri, geçicidir.<sup>16</sup> Geçicilik, tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması nedeniyle sona ermeyi ifade eder.<sup>17</sup> Geçicilik, sürenin

<sup>7</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 94.

<sup>8</sup> Soyaslan, s. 270.

<sup>9</sup> “Ceza, topluma karşı yapılan zararlı bir fiilin karşılığı olarak ve toplum adına uygulanan bir müeyyidedir”, Sulhi *Dönmezer/Sahir Erman*: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1979, s. 8.

<sup>10</sup> “Bu tedbirler yaptırım sayılmadığından, yaptırımlarda uygulanan ‘non bis in idem’ kuralı bunlarda uygulanmaz.” Tosun, s. 823.

<sup>11</sup> “Mahkeme veya yargıcın, Anayasadan kaynaklanmayan bir kısıtlama nedeni getirmesi, tipik bir yetkisiz işlem veya karardır. Yetkisiz kısıtlama işlemi, Anayasadan kaynaklanan yetki kurucu unsurunun mevcut olmaması nedeniyle, hukuka aykırıdır. Bu demektir ki, yetkisiz kararlar tutuklama, hukuki tutuklama değil, fiili tutmadır.” Bülent Hayri Acar: “Birden Çok Tutuklulukta Kişi Özgürlüğünün Kanunsuz, Fiili/Keyfi Kısıtlamaya Dönüşmesi”, (<http://www.turkhu-kukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/57-birden-cok-suctan-tutuklulukta-kisi.html>)

<sup>12</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 171; Yenisey/Nuhoğlu, s. 306; Tosun, s. 823

<sup>13</sup> Centel/Zafer, s 331.

<sup>14</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 306.

<sup>15</sup> Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 76.

<sup>16</sup> Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk: Ceza Muhakemesi Hukuku - I, Ankara 2020, s. 287.

<sup>17</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 306.

açıkça gösterilmesini gerektirmez.<sup>18</sup> Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmekle birlikte ilgili karar kendiliğinden sona erer.<sup>19</sup>

Koruma tedbirleri şarta bağlı olarak başvuru tedbirleridir. Bu şartlar “gecikmede tehlike”, “görünüşte haklılık” ve “ölçülülük” tür.<sup>20</sup> Koruma tedbirlerine başvurulurken, kimin haklı, kimin haksız olduğu belli olmadığından<sup>21</sup> ortada görünüşte haklılıktan<sup>22</sup> bahsetmek mümkündür. Koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimaline gecikmezlik veya gecikmede tehlike denmektedir.<sup>23</sup> Koruma tedbirleri uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru ve temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan tedbirler olduğu içindir ki, tedbir uygulanmamakla doğacak zarar ile gerçekleşmesi ihtimalinin varlığı arasında bir orantılılık her zaman olmak zorundadır<sup>24</sup>. Koruma tedbirlerinin orantılı olması, daha hafif bir tedbire başvurmakla ulaşılabilecek bir amacın sözü olduğu hallerde artık daha ağır bir tedbirin uygulanmaması<sup>25</sup> anlamına gelmektedir.

Hukuk düzenimizde koruma tedbirlerine, CMK'da birinci kitap, dördüncü kısımda “Koruma Tedbirleri” başlığı altında yedi bölüm halinde m. 90 ila m. 144 arasında yer verilmiştir. Konumuzu ilgilendiren “Taşınmaz, Hak ve Alacaklara Elkonulması” koruma tedbiri ise dördüncü bölümde “Arama ve Elkoyma” başlığı altında m. 128'de düzenlenmektedir.

## II. Elkoyma Koruma Tedbiri

Bir eşya üzerinde rızası olmaması rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasına, “elkoyma” denmektedir.<sup>26</sup> <sup>27</sup> Bir diğer anlatımla,

<sup>18</sup> Kunter, s. 471; Toroslu/Feyzioğlu, s. 217.

<sup>19</sup> Kunter, s. 471.

<sup>20</sup> Centel/Zafer, s. 331.

<sup>21</sup> Tosun, s. 824.

<sup>22</sup> Tosun, s. 824.

<sup>23</sup> Kunter, s. 471.

<sup>24</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 216.

<sup>25</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 217.

<sup>26</sup> Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 2002, s. 547.; Centel/Zafer, s. 412

<sup>27</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 408.

elkoyma, muhakemede delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasını ifade etmektedir.<sup>28</sup> Elkoyma, ceza muhakemesinin amacına hizmet eder; böyle olunca bu tedbirde “gerçeği ortaya koyma” amacı ağır basmaktadır.<sup>29</sup> Bununla birlikte, kaçağın duruşmaya gelmesi amacıyla da elkoyma tedbirine başvurulabilmesine kanunun izin verdiği görülmektedir (CMK m. 248).

“Elkoyma” ile “muhafaza altına alma” kanunda farklı terimler olarak ifade edilmektedir. Mülga 1412 sayılı CMUK’da ise elkoyma ifadesi yerine “zabıt/zabt” ifadesi kullanılmaktaydı. Kanun koyucunun düzenlemesine göre, “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusu oluşturan malvarlığı değeri” muhafaza altına alınmaktayken, bunları yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmemesi halinde ise bu tür eşyalara “elkonulabileceği” belirtilmektedir. Bu halde, “elkoyma”da zilyetin rızası yokken, “muhafaza altına alma”da zilyetin rızası mevcuttur.<sup>30</sup> Zilyetlik, maddi bir şey üzerindeki fiili hakimiyet<sup>31</sup> olarak tanımlanmaktadır.<sup>32</sup> MK m. 973’e göre de zilyet, bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse olarak tanımlanmaktadır.

“Elkoyma”nın tanımı kanunda yapılmamıştır. Bununla birlikte elkoyma kavramından “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” m.4’de bahsedildiği görülmektedir. Buna göre elkoyma “suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi” olarak tanımlanmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki koruma tedbirleriyle ilgili “adli konularda” yönetmelikle düzenleme getirilemez.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Centel/Zafer, s. 412

<sup>29</sup> Yurtcan, s. 547.

<sup>30</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 408.

<sup>31</sup> “Zilyet genellikle şeyi elinde bulunduran kimsedir. Fakat zilyetlik için sıkı bir fiziki bağ şart değildir. Zilyedin şey üzerinde fiili hakimiyetini kurabilecek durumda olması zilyetlik için yeterlidir. Ör. kaldırımın kenarına otomobilini bırakmış olan malik evinde otururken de otomobilin zilyedidir. Fakat bir hırsızın o otomobili çalmış olması halinde zilyetlik ortadan kalkar” Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara 2009, s. 56.

<sup>32</sup> Esener/Güven, s. 55.

<sup>33</sup> “Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve tüzel kişilere kendi görev alanlarını ilgilendiren”

İstenen eşyayı vermeyenler hakkında yapılacak işlemleri kanun koyucu CMK m. 124'de göstermiştir. Burada kanun koyucunun CMK m. 123'de yazılı olan "eşya veya diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi"den bahsettiği görülmektedir. Bu halde, "kişi" istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlü kılınmış, bundan kaçınması halinde CMK m. 60'da yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kaçınma halinde verilecek disiplin hapsi, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecekler hakkında uygulanamaz (CMK m. 124). Dikkat edilirse burada CMK m. 128'den değil CMK m. 123'den bahsedilmektedir.

Bununla birlikte elkoyma, müsadere den farklıdır; müsadere, bir güvenlik tedbiridir.<sup>34 35</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da ifade ettiği gibi "taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiriyle sadece şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta olup mülkiyet el değiştirmemektedir. Dolayısıyla, dava konusu kuralda sayılan suçlar yönünden yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda el koyma tedbiriyle şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarının müsadereye tabi tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle dava konusu kuralın, genel müsadere cezası verilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemektedir."<sup>36</sup>

Kanun koyucunun, "taşınmaz, hak ve alacaklara" ilişkin elkoyma tedbirini basit elkoyma tedbirinden farklı, ayrı ve "özel" olarak düzenlemek arzusunda olduğu görülmektedir.<sup>37 38</sup> Basit elkoyma tedbirinin

---

diren kanunlar ve tüzüklerin uygulanabilmesi için yönetmelikler çıkarma yetkisi vermiştir. CMK'nın yürütücüsü ise bağımsız mahkemelerdir. Bu halde, yönetmelikle getirilen düzenlemeler, devlet yetkisi kullanmak olduğundan; CMK'ya ilişkin hususlarda, yönetmeliklerle düzenleme yapılamaz." Hafızoğulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükümdedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

<sup>34</sup> Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 483.

<sup>35</sup> "Niteliği ne olursa olsun, müsadere, daha önce de belirtildiği üzere, ihlale tepki anlamında müeyyide değildir, ancak suçla ortaya çıkan kriminolojik ortamı gidererek, kişilerin ceza hukuku kurallarına uymasını sağlayan bir güvenlik tedbidir. Zaten, Kanun, kazanç müsaderesini, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlemiştir." Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 487.

<sup>36</sup> AYM T. 23.12.2015 E. 2014/195 K. 2015/116.

<sup>37</sup> Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016, s. 338.

<sup>38</sup> "... 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde, el koyma tedbirinin özel bir hali olan "taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma" tedbirine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir." AYM T. 23.12.2015 E. 2014/195 K. 2015/116

konusunu “*ispat aracı olarak yararlı görülen*” ya da “*müsadere edilebilecek olan eşyalar veya diğer malvarlığı değerleri*”nin oluşturacağı ifade edilmektedir. CMK, Mülga CMUK’dan farklı olarak “*tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen*” ifadesi yerine “*ispat aracı olarak yararlı görünen*” ifadesini kullanmaktadır. Doktrinde, birinci halde “*delil olmak üzere bazı eşyalara elkonulmasının anlaşılması gerektiği*” ifade edilmektedir.<sup>39</sup> İkinci gruptaki yani “*eşya veya kazanç müsadere-resinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri*” ifadesinden ise TCK m. 54 ve 55’deki normun anlaşılması gerekmektedir; ör. “*müsadereye tabi olan ve kasten adam öldürme suçunda kullanılan tabancanın bu hükme göre elkoyulması*”nda olduğu gibi.<sup>40</sup>

Basit elkoyma bakımından, elkoyma yasağının söz konusu olduğu hallerden de bahsetmek gerekir. Böyle olunca CMK m. 126’ya göre “*şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kişilerin nezdinde buldukları*” elkonulamayacaktır. Başka kişilerin elinde bulunan bu mektup ve belgelere ise elkonulmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>41</sup> Bundan başka, Anayasa m. 30’da basın araçlarına el konulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre “*Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.*”. Burada zapt, Mülga CMUK’da kullanılan “zapt” ifadesidir. CMK’da “zapt” yerine “elkoyma” ifadesi kullanılmaktadır.

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyulması, basit elkoyma tedbirin özel bir halini oluşturmaktadır<sup>42</sup>; bu özel elkoyma tedbirinin şartları varsa CMK m. 123’e göre el koyma tedbirinin uygulanamayacağı sonucu doğmaktadır.<sup>43</sup> Zira CMK m. 123 ile CMK m. 128 arasındaki ilişki genel norm – özel norm ilişkisidir ve bu halde özel normun önceliği ilkesi geçerli olmaktadır.<sup>44</sup> Bununla birlikte, doktrinde, CMK m. 123’den farklı olarak, bu koruma tedbirinde, CMK m. 128’in konusunu oluşturan değerlere “*fiilen elkonulması şeklinde uygulanmadığı*” belirtilmektedir.

<sup>39</sup> Yurtcan, s. 548.

<sup>40</sup> Yurtcan, s. 548.

<sup>41</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 446.

<sup>42</sup> Soyaslan, s. 298.

<sup>43</sup> Serdar Talas, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları, s. 39. (<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>)

<sup>44</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 2007, s. 440.

CMK m. 123' de *"eşya veya kazanç müsadere sinin konusunu oluşturan diğer malvarlığı değerleri..."* ifadesi kullanılmaktadır. Kanun koyucunun burada bahsettiği *"müsadere konusunu oluşturan diğer malvarlığı değerleri"* ifadesi için 5237 sayılı TCK m. 54 ve m. 55'e bakmak gerekmektedir. TCK m. 55'e göre *"suçun işlenmesi ile elde edilen"* veya *"suçun konusunu oluşturan"* ya da *"suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler"* ile *"bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi"* ortaya çıkan *"ekonomik kazançlar"* müsadere edilebilir. Ancak *"iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla"* bunun şartı, maddi menfaatin mağduruna iade edilememesidir. (TCK m. 55/1-son). *"Mağduru gayri muayyen suçlar"* bakımından<sup>45</sup> suçla elde edilen kazancın suçun mağduruna iadesi mümkün olmadığından, her zaman müsadere nin konusu olabilmektedir.<sup>46</sup>

İyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalar, müsadere konusu olamayacağından; müsadere amacıyla bu kişilerin eşyalarına ya da malvarlıklarına elkonulamayacağı düşünülse de; elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan, müsadere amacıyla değil fakat *"ispat aracı olarak yararlı görülmesi"* amacıyla elkoymanın konusunu oluşturabileceği düşünmek bakımından bir engel görünmemektedir.<sup>47</sup>

### III. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma Koruma Tedbiri

Taşınmaz hak ve alacaklara el konulması tedbirine Mülga 1412 sayılı CMUK'da yer verilmemiştir. Bundan ayrı olarak, taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbiri daha önce Mülga 4422 sayılı kanun m. 6'da *"13.11.1996 tarihli ve 4208 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak üzere; bu Kanununun 1 inci maddesinde yazılı suçları işlediğine dair kuvvetli şüpheler bulunan kişilerin bu Kanun kapsamındaki fiillerinden elde ettikleri hususunda kuvvetli şüphe bulunan her türlü menkul ve gayrimenkullerine soruşturma sırasında el konulmasına; bankalar ve banka dışı malî kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakları üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, bir tevdi mahalline yatırılmasına, hak ve alacak-*

<sup>45</sup> Suçun mağduru kavramında daha detaylı bilgiler için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHF D Y. 2012 S. 61 S. 2, s. 657 - 693.

<sup>46</sup> Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 488.

<sup>47</sup> Talas, s. 39.

lar ile mal, kıymetli evrak, nakit ve sair değerlerin idaresi için diğer tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.” şeklinde düzenlenmekteydi ve sanığın mahkûmiyeti halinde söz konusu malvarlığının devlete intikal edeceği hüküm altına alınmaktaydı.<sup>48</sup>

Doktrinde “genişletilmiş elkoyma” olarak da ifade edilen CMK m. 128 düzenlemesinin bu açıdan yeni bir düzenleme olduğu söylenebilir.<sup>49</sup> Nitekim maddenin Adalet Komisyonu’ndaki gerekçesinde de “... tasarıya ‘Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma’ başlıklı yeni bir hüküm, aşağıdaki gerekçelerle, 128 inci madde olarak eklenmiştir” denilmektedir.<sup>50</sup> Elkoymayla ilgili olarak Mülga CMUK’un “zabıt ve arama” faslında “sübut vasıtalarından olan eşyanın muhafaza ve zaptı” başlığı altında yer alan m. 86/1 “Tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tabi olan eşya muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınır” hükmü uygulanmaktaydı.<sup>51</sup>

Taşınmaz, hak ve alacaklara el konulması koruma tedbiri, 5271 sayılı CMK m. 128’de düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin kaynağının ise Alman CMK m. 111b ve 111c olduğu ifade edilmektedir.<sup>52</sup>

Doktrinde, taşınmaz hak ve alacaklara el koymanın CMK m. 123’de düzenlenen “eşya veya kazanca elkoyma”dan farklı bir düzenleme ve tedbir olduğu görüşünden<sup>53</sup> başka, CMK m. 123’ün geniş bir hüküm olması dolayısıyla CMK m. 128’in getirilmesinin gerekli olmadığını savunan bir başka görüş de yer almaktadır.<sup>54</sup> Bir görüşe göre ise, CMK m. 123 yanında böyle bir düzenlemenin ayrıca getirilmesinin nedeni tedbire konu değerlere “fiziksel olarak el konulmasının” hem hukuken imkan dahilinde olmaması hem de ölçülü olmayacağı düşüncesidir.

<sup>48</sup> Hakan Hakeri, “Yeni CMK’ na göre El Koyma Koruma Tedbiri”, TBB D. S. 60 Y. 2005, s. 97 - 104.

<sup>49</sup> Ünver/Hakeri, s. 449.

<sup>50</sup> Erdal Noyan, Ceza Muhakemesi Kanunu (Karşılaştırmalı) I - II, Ankara 2004, s. 302.

<sup>51</sup> Fahrettin Demirağ, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007, s. 213.

<sup>52</sup> Feridun Yenisey/Salih Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2015, s. 141 vd.; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012 s. 449.

<sup>53</sup> “CMK m. 128, CMK m. 123’den farklı bir düzenlemedir. Gerçekten CMK m. 128’de delil niteliği ya da müsadere konusu olması koşulu yanında maddede sayılan suçlardan birinin işlendiğine ve elkonulacak şeyin bu suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine ilişkin şüphe koşulu da aranmaktadır. Maddenin CMK m. 128’in amacı, daha çok taşınmaz, hak ve alacakların müsaderesine olanak sağlamaktır.” Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 450.

<sup>54</sup> Soyaslan, s. 298.

Kanun koyucu, tartışmalar olmakla birlikte, tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceğini kabul etmekle birlikte, faili olabileceğini<sup>55</sup> kabul etmemiştir.<sup>56 57</sup> Ancak, TCK m. 60'a göre, "sadece özel hukuk tüzel kişileri"nin, şartları varsa, güvenlik tedbirlerinin muhatabı olmaları mümkün görünmektedir. Müsadere, bir güvenlik tedbidir, böyle olunca müsadere amacını sağlamaya yönelik olarak elkoyma koruma tedbirine özel hukuk tüzel kişileri için başvurulup başvurulamayacağından bahsetmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, şüpheli ve sanık sadece gerçek kişi olabileceğinden CMK m. 128'de bahsedilen "şüpheli veya sanığa ait..." ifadesinden de hareketle koruma tedbirinin muhatabının tüzel kişiler olamayacağı düşünülmektedir. Ancak TCK m. 20 ve m. 60 birlikte değerlendirildiğinde, özel hukuk tüzel kişisinin işlenen suçtan bir fayda görmesi halinde, TCK m. 60/1'deki şartları da taşımak kaydıyla, güvenlik tedbirinin muhatabı olabileceği sonucu çıkmaktadır.<sup>58</sup>

CMK m. 128 hükmünün amacının sadece kazanç müsaderesinin garanti altına alınması olduğunu ifade edilmektedir.<sup>59</sup> Bunun yanında, CMK m. 128'in sadece kazanç müsaderesine yönelik olmadığı, delil elde edilmek amacıyla da bu tedbire başvurulabileceği düşünülmektedir.<sup>60</sup>

Kanunda sayılı bu değerlere el konulması sadece katalog suçlar bakımından söz konusu olmakta, bu suçlar dışında yine bir kazanç niteliğinde malvarlığı varsa, şartları da olduğunda, genel elkoyma hükümlerine göre (CMK m. 123) tedbir kararının verilmesi gerekmektedir.<sup>61</sup> Suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan

<sup>55</sup> "Ancak, Kanunun, 20 / 2 ve 60. maddelerinde, tüzel kişiyi suçun faili saymamasına rağmen, başkası tarafından işlenmiş olan bir suçtan ötürü, hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir ..." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 434.

<sup>56</sup> Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 219.

<sup>57</sup> "Öte yandan, ceza hükmü bulunduran bazı kanunlar, ör. Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, m. 13/2, 15, vs., Sendikalar Kanunu, m. 59/1, 2, vs., tüzel kişiyi suçun faili saymaktadır." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 376.

<sup>58</sup> Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 497.

<sup>59</sup> Soyaslan, s. 298.

<sup>60</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 450. karşı. "...128. maddedeki elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi ..." Toroslu/Feyzioğlu, s. 252.

<sup>61</sup> Centel/Zafer, s. 414.



ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da müsadereye tabi malvarlığı değeridir (TCK m. 55). Bu bağlamda TCK'da gösterilen maddi menfaat veya kazanç, ya "suçun işlenmesi ile elde edilmeli", ya "suçun konusunu oluşturmalı", ya da "suçun işlenmesi için" sağlanmış olmalıdır.<sup>62</sup>

Kanunun ilgili maddesi 21/2/2014 tarihli 6526 sk., 2/12/2014 tarihli 6572 sk., 10/11/2016 tarihli 6758 sk. ve 24/11/2016 tarihli 6763 sk. ile tam dört kez değişiklik geçirmiştir. Tebdir konusunda karar verme yetkisi, kanun değişikliğiyle birlikte "ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar alması şartı"<sup>63</sup>ndan sulh ceza hâkimi tarafından karar verilebilmesi şartına bağlanmıştır. Değişiklik teklifinin madde gerekçesinde bir neden gösterilmese de, genel gerekçe olarak "*maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin etmek amacıyla koruma tedbirlerine başvurularak delillerin toplanması, karartılmasının önlenmesi ve gecikmeksizin en seri şekilde hareket edilebilmesinin sağlanabilmesi için ... koruma tedbirleri bakımından karar verecek merci ve usule ilişkin değişiklikler yapılmaktadır ... mevzuattaki usul yeterince hızlı işlememekte ve bu durum kimi zaman delillerin kaybolması sorununun beraberinde getirebilmektedir*"<sup>64</sup> ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte, bu koruma tedbirine ilişkin ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verebilmesini öngören kanun değişikliğinde de<sup>65</sup> kanun koyucunun "*malvarlığına yapılabilecek müdahalelerin ölçülü olması sağlanmakta ve bu müdahalelere ilişkin karar alma süreci daha güvenceli hale*

<sup>62</sup> "Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatlardan maksat, madde gerekçesinde yer alan örneklerden anlaşıldığı üzere, kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, kumar, kaçakçılık, vs. yolu ile elde edilen maddi çıkarlardır. Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlardan maksat, herhalde suçun maddi konusu oluşturan şeylerdir. Gerçekten, ör., hırsızlık suçunda suçun maddi konusunu oluşturan şey, dolandırıcılık suçunda, suçun maddi konusunu oluşturan yarar, vs., suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerdir. Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlardan maksat, ör., kiralık katil tutma örneğinde olduğu gibi, faille, bir suçu işlemesi için maddi çıkar sağlamaktır." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 487

<sup>63</sup> "... bir yargıcın kararı ile insan özgürlüğünü kaybetmektedir. Ancak malvarlığına geçici tedbir konulması için üç hâkimin karar vermesi gerekmektedir. O halde malvarlığı özgürlükten daha değerlidir." Soysalan, s. 299.

<sup>64</sup> 6764 sK gerekçesi (<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf>)

<sup>65</sup> "... maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliklerle, bu tedbire tek hâkimin karar vermesi yerine heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi usulü getirilmektedir." (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

gelmektedir"<sup>66</sup> ifadesinden başka gerekçe yer almadığı görülmektedir. Sonuç olarak kanun koyucu en son değişiklikle birlikte kanunun ilk halindeki usule geri dönmüş olmaktadır. Böyle olunca soruşturmada kararı vermeye yetkili yer sulh ceza hakimliği, kovuşturmada davaya bakmakta olan mahkeme yetkili olmaktadır. Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca olan hallerde, basit elkoyma kararında olduğu gibi, emir verme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>67</sup> Ancak, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun m. 17/1'e göre <sup>68</sup> "Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesindeki usûle göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir." ve "Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da el koyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Onaylanmama halinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır." denilerek istisnai olarak Cumhuriyet savcısının da hâkim kararına onaylatılmak kaydıyla el koyma kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır.

6526 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verme şartı, "daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirine ilişkin talepler hakkında karar verilebilmesi için dava konusu kuralla soruşturma ve davaların devam ettiği bir süreçte ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri koşulunun aranmasının kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülüklerle tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebilmekte iken bir koruma tedbiri olan el koyma kararı verilebilmesi için oybirliği koşulunun aranmasının suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine aykırılık" gerekçesiyle AYM önüne götürülmüş, AYM, "Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri de içerisinde olmak üzere koruma tedbirlerine hangi mahkemeler tarafından karar verileceği, bu mahkemelerin inceleme usulleri ve kararların tek hâkimle ya da heyetle, oybirliğiyle ya da oyçokluğuyla verilmesi, itiraz üzerine nasıl bir yöntem izleneceği gibi konular, kanun koyucunun mahkemelerin kuru-

<sup>66</sup> (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

<sup>67</sup> Centel/Zafer, s. 414; Ünver/Hakeri, s. 449.

<sup>68</sup> Centel/Zafer, s. 414; Ünver/Hakeri, s. 450.

*luşu, görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamındadır. Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri mülkiyet hakkının ve kişilerin ekonomik gelişiminin ağır biçimde ihlaline açık olan bir koruma tedbiridir. Bu nedenle kanun koyucunun, gereksiz el koyma tedbiri uygulanmasını önlemek amacıyla bu taleplerin daha iyi bir biçimde araştırılmasını sağlamak için karar sürecini diğer tedbirlerden farklı bir yöntem çerçevesinde ve ayrı olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu tedbirin uygulanmasının toplumsal yansımaları ve etkilerinin diğer koruma tedbirlerinden daha büyük ve uzun süreli olabilme ihtimalinin de bu tedbir kararının alınması bakımından ayrı bir usulün öngörülmesini gerektirdiği açıktır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından söz konusu tedbir ile ilgili taleplerin inceleneceği mahkemelere ve bu mahkemelerde uygulanacak yargılama usullerine ilişkin özel düzenlemeler getirilmesinde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.” ve “diğer yandan ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklindeki kural yeni bir mahkeme kurulması niteliğinde olmayıp, Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte taşınmazlar, hak ve alacaklar ve diğer malvarlığı değerleriyle ilgili el koyma kararlarının verilmesine ilişkin yetki ve koşullar ile hangi merci tarafından verileceğini düzenlemektedir. Bu yönüyle kuralın, kanuni hâkim ilkesine aykırı olduğu söylenemez.” gerekçesiyle talebi Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır.*

Doktrinde bu tedbire “menkul mallar dışındaki şeylere el konulması” da denmektedir.<sup>69</sup> Ancak kanun koyucunun “*Taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulma*” başlığını kullandıktan sonra madde içeriğinde el konulabilecek unsurları sayarken “*diğer malvarlığı değerlerine*” ifadesini kullanmasının özel bir düzenleme olan bu koruma tedbirini genişletici olduğu düşünülebilir. Doktrinde, “diğer malvarlığı değerleri” denmesinin, kanunda sayılanlar dışında maddi kıymeti bulunan her türlü malvarlığı değerine elkonulmasının önünün açıldığı ifade edilmektedir.<sup>70</sup>

Madde hükmünde kullanılan “*bu suçlardan elde edildiğine dair*” ifadesi de eleştiri konusu yapılmaktadır. Denmektedir ki, suçtan elde edilen eşyanın el konulacak şeyler arasında düzenlenmesi ancak bunun yanında “suçta kullanılan eşyanın” düzenlenmemesi sakıncalıdır.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Ünver/Hakeri, s. 455

<sup>70</sup> Karakehya, s. 341.

<sup>71</sup> Ünver/Hakeri, s. 455.

Elkonulan eşyanın iadesinin düzenlendiği CMK m. 131'in birinci fıkrasında<sup>72</sup> elkonulmuş "eşyanın" soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde re'sen veya istem üzerine geri verilmesine karar verilebileceğinden bahsedilmektedir. Kararı vermeye yetkili olan Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemedir. İstem reddi kararlarına itiraz mümkündür. Kanun koyucu burada "eşya" terimini kullanmaktadır. Oysa ki CMK m. 128 hükmü eşyadan çok daha geniş bir düzenlemeye içermektedir. Bu, düzenlemeyi, eleştiriye açık hale getirmektedir. Yargıtay, CMK m. 131'in CMK m. 128'e göre verilen kararlarda uygulanabileceğini mütalaa etmektedir.<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesi de 30/3/2016 tarihli bir bireysel başvuru kararında da "*elkoyma koruma tedbirinin koşulları oluşmadığı halde uygulanması ve aracın zamanında başvurucuya iade edilmemesinin adli soruşturma kapsamında 5271 sayılı Kanun'un 128. ve 131. maddeleri uyarınca adli makamların görev ve sorumluluğunda olduğu*"nu<sup>74</sup> ifade etmektedir.

<sup>72</sup> "Böylece suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK m. 165) dolayısıyla kuyumculardan alınan 'emsal altın'ın, soruşturma için bir önemi kalmadığı hallerde de adliye eli altında bulundurulmaya devam edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanarak, mülkiyet hakkının ihlaline neden olunması önlenmek istenmiştir. (2001 tasarısı 106. madde gerekçesi)" - Ünver/Hakeri, s. 453.

<sup>73</sup> "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128/4. maddesindeki kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilerek suretiyle icra olunur, hükmü karşısında araca el koyma kararının icrasının aracın kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilme suretiyle olduğu belirtildiği halde aracın talep edene teslim edilmemesinde ve araçla ilgili el koyma kararı sonrası taleple ilgili olarak aynı Kanun'un 131/5.maddesindeki, el konulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir, hükmüne aykırı olarak aracın sahibine teslim edilmeme gerekçesinin kararda gösterilmemesinde, isabet bulunmadığı" gerekçeleriyle Konya 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin yukarıda gün ve sayısı belirtilen kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozulması talebinde bulunulmuştur." Y7CD T. 03.04.2014 E. 2013/23612 K. 2014/8826

<sup>74</sup> "26. Başvuru konusu olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından resmi belgede sahtecilik suçundan yürütülen ceza soruşturması sırasında 29/12/2010 tarihinde başvurucuya ait araç hakkında "yakalanarak parka çekilmesi" talimatı verildiği, 25/4/2011 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesine rağmen elkoyma tedbirinin kaldırılması yönünde bir karar verilmediği, başvurucunun aracına kolluk görevlilerince 11/6/2011 tarihinde elkonulduğu, Cumhuriyet Başsavcılığının tedbirin kaldırılmasına ilişkin 13/6/2011 tarihli yazısı üzerine de aynı gün aracın başvurucuya iade edildiği anlaşılmaktadır...46.

İadesine karar verilen eşyanın alınmaması halinde ne yapılması gerektiği “Suç Eşyası Yönetmeliği” m. 21/1’de “İadesine karar verilmiş olup usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak vadeli hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir.” biçiminde düzenlenmiştir. Ancak anılan yönetmelik m. 21/4 gereği kıymetli evraklar, emanet bürosunda muhafaza edilmeye devam edilecektir.

Aynı maddenin (CMK m. 131) ikinci fıkrasında “128 inci madde hükmüne göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi kanun koyucunu burada “elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri” ifadesini kullanırken CMK m. 128’de ise çok daha fazla ve geniş bir biçimde “taşınmazlar” en başta gösterilerek pek çok unsur saymakta ve basit elkoyma tedbirinden farklı olarak düzenlemektedir. Kanun koyucunun bir terim birliği içinde olmadığı görülmektedir. İkinci fıkra hükmü için denmektedir ki, gönderme yapılan 128. madde, suçtan elde edildiğinden şüphe edilen malvarlığı değerlerine elkonulmasını düzenlemekte; böyle olunca, 128. maddedeki “malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi”, kural olarak suçtan zarar görene de ait olamamaktadır.<sup>75</sup> Yine bir görüşe göre CMK m. 128 hükmünün amacının “işlenen suçtan elde edilen kazancın müsaderesi” olduğu ifade edilmekte<sup>76</sup>, böyle olunca CMK m. 123’de bahsedildiği gibi “delil elde etmek amacıyla” bu tedbire başvurulamayacağı sonucu çıkmaz denmektedir.<sup>77</sup>

---

Elkoyma koruma tedbirinin koşulları oluşmadığı halde uygulanması ve aracın zamanında başvurucuya iade edilmemesinin adli soruşturma kapsamında 5271 sayılı Kanun’un 128. ve 131. maddeleri uyarınca adli makamların görev ve sorumluluğunda olduğu gözetildiğinde, İlk Derece Mahkemesince elkoyma tedbirinin Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılmaması nedeniyle araca elkonularak bir süre için başvurucuya iade edilmemesi işlemleri bakımından davalı idareye hizmet kusuru atfedilemeyeceği yönündeki gerekçesinin keyfi olduğundan söz edilemez.” AYM T. 30.3.2016 Başvuru No. 2013/2429

<sup>75</sup> Toroslu/FeYZioğlu, s. 252.

<sup>76</sup> Soyaslan, s. 298.

<sup>77</sup> “...128. maddedeki elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi ...” Toroslu/FeYZioğlu, s. 252.

Bir diğer önemli husus, 6758 sK değişikliği ile birlikte maddenin onuncu fıkrasına getirilen malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilmesi düzenlemesidir. Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilmesi ve bu halde CMK m. 133'de düzenlenen şirket yönetimi için kayyım tayini hükmünün kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme pek çok önemli sonucu da beraberinde getirmekte; kayyımın atanmasından, görevleriyle ilgili iş ve işlemlerden dolayı görülecek olan tazminat davaları konusuna kadar geniş bir yelpazede önem kazanmaktadır. Böylelikle gönderme yapılan hüküm olan CMK m. 133/5'e göre, atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerden dolayı doğan bu davaların CMK m. 142 ila m. 144 maddeleri uyarınca Devlet aleyhine açılacağı; devletin ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu edeceği hüküm altına almaktadır.

#### IV. Tedbir Kararının Konusu, Yerine Getirilmesi ve Sona Ermesi

Özel nitelikte bir tedbir olan bu koruma tedbirinde, elkoymanın daha farklı usullere bağlandığı görülmektedir. Ör. taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir. (CMK m. 128/3). Kanun koyucunun bu koruma tedbiri bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan biraz daha farklı hükümlere sahip olduğu görülmektedir.<sup>78</sup>

Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. (CMK m. 128/4). 5607 sK m. 10 hükmü<sup>79</sup> saklı olmak kaydıyla, uygulamada kara taşıtlarına CMK m. 127'deki yetki kuralına dayanılarak<sup>80</sup> CMK m. 123 hükümlerine göre el konulduğu görülmektedir.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Yenisey/Oktar, s. 143.

<sup>79</sup> 21/3/2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 10: "bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur."

<sup>80</sup> "... bir kişinin yola park ettiği araca elkonulması için arama kararı verilmesi gerekli değildir; bu halde kişinin araç üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilmek için doğrudan CMK m. 127'ye uygun olarak elkoyma kararı veya emri verilmesi yeterlidir" Centel/Zafer, s. 412

<sup>81</sup> "... dosyaların incelenmesinden; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sırasında,

Zira CMK m. 128, daha önce de belirtildiği gibi “katalog suçlar” bakımından uygulanabilmektedir.<sup>82</sup> Bununla birlikte, CMK m. 128’in uygulanabilmesi için sadece “kuvvetli suç şüphesi” yetmemekte bunun yanında tedbire konu unsurun “suçtan elde edilmiş olması” da şart koşulmaktadır.

Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir. (CMK m. 128/5) Burada belirtilen “kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler” ifadesi, diğer fıkralarda yer almamaktadır. Bu bir eksikliktir.

Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir. (CMK m. 128/6)

Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir. (CMK m. 128/7). Dikkat edilirse, taşınmazlara el konulması konusunda, hak ve alacaklara elkoyulmasında olduğu gibi “teknik iletişim araçlarıyla

---

aralarında davacı adına tescilli aracın da bulunduğu ithal araçların İthalat rejimi kararının 7. maddesine aykırı şekilde ve izin alınmaksızın Türkiye’ye ithal edildiklerinin tespit edilmesi üzerine, Büyükçekmece (kapatılan) 5.Sulh Ceza Mahkemesi’nin 30.04.2014 tarihli ve 2014/452 D.İşno lu kararıyla araçlara CMK 127. madde uyarınca elkonulduğu, 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle yapılan değişiklik ile eylemin 5607 sayılı Kanun kapsamından çıkarılarak 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 235 maddesi kapsamına dâhil edildiği, sonrasında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 10.09.2014 tarihli 2014/121218 soruşturma nolu, 2014/427 sayılı kararıyla görevsizlik kararı verilerek araçlarla ilgili işlem yapılmak üzere dosyanın gümrük müdürlüklerine intikal ettirildiği, işlem dosyası tevdii edilen Yeşilköy Gümrük Müdürlüğüne davacı adına tescilli otomobil ile ilgili olarak ithalat işlemleri sırasında İthalat Rejimi Kararı’nın 7. maddesine göre izin alınmadan ithalat işlemlerinin gerçekleştirilmesi nedeniyle ... tarih ve 178 sayılı mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı alındığı, İstanbul 10. Vergi Mahkemesi’nin 14.03.2016 tarih E:2015/2526 ve K:2016/459 sayılı kararıyla söz konusu aracın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi işleminin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.”

<sup>82</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 380.

derhal bildirilerek icra olunması" gibi bir ifade kullanılmamıştır. Bu düzenleme de kanundaki terim birliğini sağlamadaki durum bakımından eleştiriye açıktır.

24/11/2016 tarih ve 6763 ve 6758 sayılı Kanun değişikliklerinden önce, bu maddeye göre verilen tedbir kararlarına konu varlıkları yönetmek üzere "kayım" tayin edilebileceği hükmü yer almamaktaydı. Ancak değişiklikle beraber, elkoymaya konu "malvarlığı değerlerinin" yönetimi amacıyla hâkim tarafından "kayım" atanabilecektir. Kayıyının atanmasına ve detaylarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu burada bir gönderme yaparak "*bu durumda 133' üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır.*" demektedir.

Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın "Muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289 uncu maddesi hükümleri uygulanır. (CMK m. 128/8)

Taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma kararı verildiğinde bu kararda nelerin bulunması gerektiğini kanun koyucu arama kararında (CMK m. 119/2) olduğu gibi göstermemiştir.<sup>83</sup> Doktrinde bir düşünceye göre böyle bir durumda bu hususun "genel müsadereye" benzer bir şekilde malvarlığının tamamına elkonulmasına yol açabileceği ifade olunmaktadır. Bu eksikliğin "genel müsadereye benzer bir şekilde" sonuç yol açacağına katılmak zor görünmektedir ancak şekil yönünden CMK m. 119/2 gibi bir düzenlemenin olması bir eksiklik olarak düşünülebilir.

Elkoyma kararının haksız olduğu anlaşıldığında, CMK m. 141/1-j'ye göre tazminat talep edilebilmektedir. Ancak Yargıtay, kanunun, "şüpheli veya sanığa ait ve başkasının zilyetliğinde bulunan" ifadesinden, başka kişilere ait ör. araca el konulduğunda bunun haksız olduğunu anlaşılması halinde genel hükümlere göre tazminat istenebileceği, bu araçlara "başkasının zilyetliğinde olsa bile" el konulabileceğini düşünmekte; bu noktada "şüpheli veya sanığa ait olan" kısmını dikkate almamakta, şüpheli veya sanığa ait olmayan ve fakat şüpheli veya sanığın zilyetliğinde olan araçlara elkoyma konusunda tazminat taleplerinin hukuka uygun olmadığını, genel hükümlere göre talep

<sup>83</sup> Ünver/Hakeri, s. 448.; Centel/Zafer, s. 418.



edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir.<sup>84</sup> Ancak, bir bütün olan CMK m. 128 hükmünün birinci fıkrasının ilk cümlesinde “şüpheli veya sanığa ait” denmekte, “şüpheli veya sanığa ait” “nelere” yönelik bu tedbirin uygulanabileceği ise devamındaki fıkralarda ifade edilmektedir. Böyle olunca, dördüncü fıkrada “kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı”nın aracın kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı görülmektedir. Kanun koyucunun, 5607 sk. m. 10’ ile burada gönderme yaptığı CMK m. 128/4 fıkrası, CMK m. 128/1 ile bir bütün olarak yorumlanmalıdır. Öbür halde, kanun koyucunun sadece taşıtlar hakkında şerh verilerek karar icra olunur demesi bu konuda yeterli olabileceğini düşünmek önünde bir engel olmadığı görülmür.

Diğer muhakeme tedbirleri gibi, taşınmaz hak ve alacaklara el konulması koruma tedbiri de geçicidir; böyle olunca, tedbir şartlarını taşıyorsa muhakeme sonuna kadar sürebilir, muhakeme sonunda elkoyma kararı neticesinde ya müsadere kararı verilir ya da yine şartları varsa zilyedine geri verilir.<sup>85</sup> Kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinde, koruma tedbirlerinin yapısı gereği tedbirin kendiliğinden sona ermesi gerekmektedir; kanun koyucunun bu konuda da bir terim

<sup>84</sup> “5721 sayılı CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde el konulan kimselerin tazminat isteyebilecekleri düzenlenmekte olup, davacıya ait araca Petrol Kaçakçılığı, Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma ve Suç Uydurma suçlarından yapılan soruşturma kapsamında Petrol Kaçakçılığında kullanıldığı iddiasıyla araç sürücüsü M. İ. hakkında yapılan soruşturma sırasında el konulduğu, 5271 sayılı CMK’nın 128/2. maddesi uyarınca taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin başka kişilerin zilyetliğinde bulunması halinde de elkoyma tedbiri uygulanabileceği yönündeki düzenleme ve Viranşehir Asliye Ceza Mahkemesinin 24.02.2009 tarih 2008/142 esas, 2009/48 sayılı kararıyla davanın sanığı ve aracın sürücüsü olan M. İ. hakkında Petrol Kaçakçılığı suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve araç iyiniyetli üçüncü kişiye ait olduğundan müsaderesine karar verilmediği dikkate alındığında, sanık ile araç maliki olan davacı arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi ve açılan maddi tazminat davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü ile davacı lehine tazminata hükmedilmesi kanuna aykırı olup, davalı ve davacı vekillerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak bozulmasına, 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 24.06.2013 E. 2013/10973 K. 2013/17109

<sup>85</sup> “...elkoyma sebebi ortadan kalkmışsa, ör. delil olarak elkonulan ve müsaderesi gerekmeyen bir şeyin muhakeme yönünden muhafazasına gerek kalmamışsa, son karardan önce geri verilebilir.” Toroslu/Fezyioğlu s. 251.

birliği içinde olmadığı, böylelikle buna ilişkin bir hükmün, CMK m. 137/3'de düzenlendiği gibi, burada mevcut olmadığı görünmektedir. Her ne kadar böyle bir hüküm mevcut olmasa bile, koruma tedbirlerinin yapısı gereği, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde, tedbir, kendiliğinden sona erecektir.

## V. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkonulması Koruma Tedbiri Kararının Verilebilmesi İçin Gereken Koşullar

### a. Soruşturma veya Kovuşturma Konusu Suçun İşlendiği Konusunda Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Suç Şüphesi

Madde metnine 6526 sK ile birlikte "somut delillere dayanan" ifadesi getirilmiştir. Böyle olunca, bir görüşe göre, tedbir kararı verilirken kuvvetli şüphe sebebini oluşturan delillerin "somut olarak gösterilmesi" yükümlülüğünün getirildiği ifade edilmekteyse de; şüphe zaten delillere göre belirlenmesi gereken bir kavram olduğundan, somut delillere dayanmayan şüphenin varlığından haliyle söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Bunun yanında "somut delil" ifadesi de doktrinde eleştirilmekte, genel ve diğer elkoyma tedbirlerinin "soyut delillere<sup>86</sup> mi dayandığı" sorusu sorulmaktadır.<sup>87</sup>

Kanun koyucu bu noktada sadece somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesini tek başına aramamaktadır. Ortada hem soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebebi olmalı hem de taşınmaz hak veya alacağın bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunmalıdır.<sup>88</sup>

Şüphe, delillere dayanır<sup>89</sup>, delil, bir sonucu kanıtlamak için ileri sürülen bir sebep ya da argüman olmakla birlikte, muhakeme hukukunda bir davada ileri sürülen tezi kanıtlamak amacıyla hukuk düzeni

<sup>86</sup> Her ne kadar, tekrardan değiştirilmiş olsa da "somut delil" kriteri ifadesi 6526 sK gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: "teklifte yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından 'somut delil' kriterinin getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut birtakım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir." (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

<sup>87</sup> Soyaşlan, s. 300.

<sup>88</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

<sup>89</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 288.

tarafından kabul edilen araçlardır, böyle olunca, hukuka uygun olmak kaydıyla delillerden yararlanılır.<sup>90</sup> Muhakeme makamları, kolektif bir hükümle<sup>91</sup> birlikte maddi ve hukuki meseleyi<sup>92</sup> çözer ve uyuşmazlık hakkında bir hüküm verirler.<sup>93</sup>

“Somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi”nden de “kuvvetli suç şüphesi”nden de anlaşılması gereken şüpheli veya sanığın mahkum olma ihtimalinin mahkum olmama ihtimaline göre yüksek olmasıdır.<sup>94</sup> Doktrinde kuvvetli suç şüphesinden “sanığın kuvvetle muhtemel mahkum olması”nın veya “o an itibarıyla kişinin suçu işlediğinin yüksek bir ihtimal dahilinde görülmesi”nin anlaşılması gerektiği de ifade edilmektedir.

Bir görüşe göre kuvvetli şüphe deyiminden, sanığın mahkûm edilmesinin yüksek bir olasılık olması şeklinde anlaşılması halinde tedbire başvurmak için artık orantılılık şartının gerçekleştirilmemiş olacağı, zira sanık hakkında zaten onu mahkum edebilecek kadar delil mevcutsa, tedbire başvurmanın bir gerekliliğinin de kalmayacağı ifade edilmektedir.<sup>95</sup>

### **b. Tedbire Konu Taşınmaz, Hak ve Alacakların Katalogda Gösterilen Suçlardan Elde Edildiğine Dair Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebebi**

Yalnızca soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi, tedbirin uygulanması bakımından yeterli görülmemektedir. Kanun koyucu aynı zamanda tedbire konu taşınmaz, hak ve alacakların muhakkak bu suçlardan elde edilmiş olması şartını aramaktadır.<sup>96</sup>

<sup>90</sup> Durmuş Tezcan, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, s. 1221-1328.

<sup>91</sup> Kunter, s. 29.

<sup>92</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 171.

<sup>93</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 498.

<sup>94</sup> Centel/Zafer, s. 435.

<sup>95</sup> Mustafa Ruhan Erdem, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>)

<sup>96</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

CMK m. 128/2'de birinci fıkra hükmünün hangi suçlar hakkında uygulanabileceği sayma yoluyla belirlenmiştir. O halde burada sayılan suçlar dışında bu koruma tedbirine başvurulabilmesi mümkün görünmemektedir. CMK m. 128'de düzenlenen tedbir, CMK m. 123'de düzenlenen tedbire göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, CMK m. 128 kapsamına girmeyen suçlar bakımından, şartları varsa CMK m. 123 uygulanacaktır.<sup>97</sup>

Bu suçlar, TCK özelinde<sup>98</sup>; *soykırım ve insanlığa karşı suçlar* (madde 76, 77, 78), *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti* (madde 79, 80) ile *organ veya doku ticareti* (madde 91), *hırsızlık* (madde 141, 142), *yağma* (madde 148, 149), *Güveni kötüye kullanma* (madde 155), *Dolandırıcılık* (madde 157, 158), *Hileli iflas* (madde 161), *uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti* (madde 188), *parada sahtecilik* (madde 197), *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma* (madde 220, fıkra üç), *ihaleye fesat karıştırma* (madde 235), *Edimin ifasına fesat karıştırma* (madde 236), *Tefecilik* (madde 241), *Zimmet* (madde 247), *İrtikap* (madde 250), *rüşvet* (madde 252), *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar* (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), *Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar* (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), *Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk* (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337). Dikkat edilirse, "Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" katalog kapsamına alınmış olmasına rağmen bu başlıktaki suçlardan biri olan Cumhurbaşkanı suikast ve fiili saldırı suçu (TCK m. 310) dışarıda bırakılmıştır. Kanun koyucunun bu konuda bir gerekçe ortaya koymadığı görülmektedir. Bu konu iza ha muhtaçtır. Aynı durum CMK m. 135'de de karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, CMK m. 135 bakımından da bu suçu özellikle neden dışarıda bıraktığına ilişkin bir ifadeye anılan madde gerekçesinde yer vermemektedir.<sup>99</sup>

TCK dışında ise "*Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun*"da tanımlanan *silah kaçakçılığı* (madde 12) suçları, "*Bankalar Kanunu*"nun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, "*Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*"nda tanımlanan ve

<sup>97</sup> Soyaslan, s. 299.

<sup>98</sup> Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282) suçunun bu katalogda sayılmaması dikkat çekicidir.

<sup>99</sup> Selahattin Samet Bilge, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2016, s. 31.

hapis cezasını gerektiren suçlar, “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu”nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar da katalog kapsamında sayılmıştır.

Bir diğer dikkat çekici nokta ise suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’la katalogdan çıkarılmasının ardından 24/11/2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun’la kataloga yeniden getirilmesi<sup>100</sup> fakat bu sefer TCK m. 220/3’le sınırlandırılmış olmasıdır. Böyle olunca, suç işlemek için kurulan örgütün silahlı olması halinde bu koruma tedbirine hükmedilebileceken, örgütün silahlı olmaması halinde bu tedbire hükmedilemeyecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta TCK m. 220’den farklılık arz eden TCK m. 314’ün her zaman katalog kapsamında kalmış olmasıdır. Kanun koyucu, TCK m. 220/3’ü, “silah” unsurundan ötürü daha vahim görmektedir. 6526 sayılı Kanun değişikliği gerekçesinde “TCK 220’nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen katalogdan çıkarılması suretiyle, bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılması ve yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır” denmektedir. Ancak daha sonraki kanun değişikliği gerekçesinde ise bu hususa hiç yer verilmediği görülmektedir. Buradaki problem TCK m. 220/1’e göre yürütülen soruşturmalarda/kovuşturmalarda buna dayanılarak verilen elkoyma kararlarının akıbeti tartışmasıdır. Artık katalogdan çıkarıldığı için bu koruma tedbiri bakımından bir karar verilemeyen bu durumda, daha önce verilen kararların delil değerini ve durumunu tartışmak gerekmektedir. Aynı değişiklik CMK m. 135 bakımından da gerçekleştirilmiş ve konu Yargıtay’ın önüne gitmiştir. Yargıtay CGK’nın, 6526 sayılı Kanun değişikliğinden sonra “TCK m. 220’nin hüküm verildikten sonra katalog dışına çıkarılması ve bunun karşısında artık bu tedbire başvurma imkânsız hale gelmiş olması” gözetildiğinde, eski hüküm zamanında verilen bu delillerin, norm yürürlüğe girdikten sonra temyiz incelemesi aşamasında kullanılmasının mümkün olmadığından bahisle bozma kararı verdiği görülmüştür.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

<sup>101</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2013/468, K. 2014/268 “Hükümden sonra 06.03.2014 tarih ve 28933 sayılı mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan 6526 sayılı Kanun’la CMK’nın 135. maddesinin 6. fıkrasının 8. bendi tümüyle yürürlükten

Muhakeme normlarının zaman bakımından uygulanmasında<sup>102</sup>, tamamlanıp bitmiş muhakeme işlemleri bakımından yeni kanunun uygulanması konusu tartışılmaktadır. Muhakeme normlarının yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanacağı düşüncesi arkasında eski yasaya göre henüz yapılmamış işlemlerin yeni yasaya bağlı olacağı, yeni yasanın uygulanmasında onun sanığın lehinde veya aleyhinde olacağına bakılmayacağı, hemen uygulanma ilkesinin yeni yasanın muhakak eskisinden daha iyi olacağı veya yeni normun karışıklığı önlemek için çıkarıldığı düşüncesi yatmaktadır. Böyle olunca eski zamanda tamamlanıp bitmiş işlemler için yeni muhakeme normunun artık uygulanmasının mümkün olmayacağı<sup>103</sup> düşünülmektedir.<sup>104</sup>

Bir diğer görüşe göre ise “... daha teminatlî usullerle yürütülmekte olan davalarda muhakeme normlarının asli kaynağı olan AİHS’in, iç hukuka göre üstün tutularak yargılama makamının vicdani kanaatine uygun düşmeyen ve teminatsız usullerle elde edilmiş olan delilleri gerekçe göstermek kaydıyla hükme esas almayabileceği” düşünülmektedir.<sup>105</sup> Bu görüş, “teminatlî yargılama hakkını sağlamayan usullerle elde edilen kanıtların hükme esas alınmaması” bağlamında değerlendirildiğinde, AİHS’in getirdiği güvenceleri sağlayabilmek bakımından daha uygun görünmektedir; bu nedenle anılan yasa değişikliğine ilişkin delillerin değerinin tartışmalı olduğu durumlarda, bizce de, bu düşüncenin değerlendirilmesi faydalı olabilecektir.

---

kaldırılmış; böylece TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen tüm suçlar için iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınmasının yolu kapatılmıştır. Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu için verilen telefon dinleme kararları üzerine tespit edilen telefon konuşmaları, TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçlarda delil olarak kullanılamaz.”

<sup>102</sup> Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 294 vd.

<sup>103</sup> “Buna karşılık, eski kanun zamanında verilen hüküm, verilmekle kesinleşmişse, yeni kanun bu hükümler için de istinafa başvurulabileceğini kabul etse bile eski kanun zamanında kesinleşen hüküm aleyhine istinaf yoluna başvurulamaz.” Toroslu/Feyzioğlu, s. 17.

<sup>104</sup> Tosun, s. 160 vd.

<sup>105</sup> Hafızoğulları/Aygün Eşitli/Küçüktaşdemir, “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, *BÜHFD*, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

### c. İlgilisine Göre Rapor Alınması Zorunluluğu

Taşınmaz hak ve alacaklara elkonulması koruma tedbirine karar verilebilmesinin bir diğer şartı da elkoymaya konu taşınmaz, hak veya alacağın “suçtan elde edildiğine dair” rapor alınması şartıdır.<sup>106</sup> Kanun koyucu bu şartı 6526 sayılı kanun değişikliğiyle getirmiştir. Kanun teklifinin gerekçesinde “*şüpheli veya sanıkların tüm malvarlığına değil sadece suçtan elde edildiği tespit edilen taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin uygulanması gerekmektedir. Ancak uygulamada şüpheli ve sanıkların nakdi ya da aynı tüm hak ve alacakları ile malvarlığına el konulduğu ve suçtan elde edilip edilmediğinin hiçbir şekilde araştırılmadığı görülmektedir. Söz konusu bu uygulama nedeniyle Anayasanın 35 nci maddesinde belirtilen mülkiyet hakkı ve 36 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı önemli ölçüde zedelenmektedir. Düzenlemeyle, taşınmazlar, hak ve alacaklar bakımından elkoyma işleminin uygulanabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları kurumundan, elkonulacak taşınmaz hak ve alacağın suçtan elde edildiğine ve suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması zorunluluğu getirilmektedir.*” diyerek bu tedbirin sadece suçtan kaynaklanan bir malvarlığı hak veya alacak olması gerektiğine işaret etmektedir. O halde, ortada kanun koyucunun saydığı kurumlardan olmayan bir başka kurumun rapor vermesi ya da bu kurumların hiçbir rapor vermemesi veya raporu tedbir bakımından olumsuz vermesi, tedbirin uygulanmasına engeldir.

Doktrinde, “uygulamacıların, bahsedilen kurumlardan bazılarının personel sayısı ve altyapısının yetersiz olduğu” aktarılmakta, raporların gelmesinin ayları bulabileceği bu halde de tedbirle ulaşmak istenen amacın gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>107</sup>

Bununla birlikte, 6526 sayılı Kanun’la getirilen “rapor alma” zorunluluğu Anayasa Mahkemesi’ne iptal talebiyle götürülmüştür. Düzenlemeye ilişkin iptal isteminde “*suçtan elde edilen değere ilişkin raporun,*

<sup>106</sup> Kanunun ilk metninde bu hükmeye yer verilmemiştir ancak Adalet Komisyonu raporunda şu hususlara dikkat çekilmiştir “... elkoyma konusu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin belirli suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine dair somut vakıalara dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerektiği...” Erdal Noyan, Ceza Davası, Ankara 2007, s. 577.

<sup>107</sup> Karakehya, s. 341.

*yürütme organına yakın ve bu nedenle objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları kendilerinden beklenilmeyen yargılama dışı kurumlardan alınacağına öngörülmesinin soruşturmanın selâmetine zarar verici mahiyette olduğu, Cumhuriyet savcısının yetki alanını sınırlandırdığı ve soruşturmanın gizliliği prensibini ihlal ettiği, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun olmadığı, el koyma tedbiri için alınması gerekli raporun beklenmesi sürecinde soruşturma konusu malvarlıklarının soruşturma ve kovuşturma makamlarından kaçırılma ihtimalinin bulunduğu, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu" ileri sürülmüş; "6526 sayılı Kanun'un maddede yaptığı değişiklikle, taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanabilmesi bakımından suçun işlendiğine ve belirtilen değerlerin bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığının aranması koşulu getirilmiştir. Davaya konu kuralla ise söz konusu malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için ilgisine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması öngörülmektedir. Kuralla, kendi görev alanlarıyla ilgili olarak uzmanlığı olan kurumlara, el koymaya konu malvarlığının ne kadarlık kısmının suçtan kaynaklandığının belirlenmesine yönelik rapor hazırlama görevi verilerek uygulamadaki sorunların çözümlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 62. maddesinde öngörüldüğü üzere, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebileceğinden, söz konusu kurumlar tarafından rapor hazırlanmasının, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkemeler tarafından aynı konuda bilirkişi incelemesine başvurulabilmesine engel oluşturmadığı açıktır. Bu bağlamda kuralın, Cumhuriyet savcısının veya mahkemelerin sahip oldukları yetkilere ilişkin bir sınırlama teşkil ettiği söylenemez. Dolayısıyla dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır." gerekçesiyle AYM tarafından Anayasa'ya aykırı olmadığı karara bağlanmıştır.*

## **VI. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler**

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 10'da "bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur." hükmü yer almaktadır.



O halde kaçakçılık kanununda tanımlanan suçların işlenmesi<sup>108</sup> halinde kullanılan taşıtlara CMK m. 128 gereğince el konulması<sup>109</sup> gerekmektedir.<sup>110</sup> Dikkat edilmesi gereken bir husus “alıkoyma”<sup>111</sup> kav-

<sup>108</sup> “Kaçak eşya naklinde kullanılan ve alıkonulan her türlü taşıt, müsadereye tabi eşyadır ve eşya müsadereesine konu oluşturur (TCK m. 54). Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıtlara CMK m. 128/4 ve 5607 sk. m. 10/2’ye göre elkonulacağı Yasa’da açıkça gösterilmiştir. Elkonulan bu araçlar 5607 sk. m. 11’e göre muhafaza altına alınır. Kaçak şüphesiyle elkonulanlar ise suçtan elde edilen değerler olmayıp suçun konusunu oluşturan menfaatlerdir ve bu sıfatla kazanç müsaderesinin konusunu oluştururlar. Bu nedenle kaçakçılığın (suçun) konusunu oluşturan değerlere CMK m. 123’e göre elkonulur ve 5607 sk. m. 11’e göre bunlar muhafaza altına alınır. Çünkü CMK m. 128’e göre elkonulacak değerler sadece suçtan elde edilen değerler olabilir. Belirtelim ki, kaçakçılıktan elde edilen kazançlara, ör. kaçak eşyanın satışından elde edilen paraya ve bu paranın dönüştürüldüğü değerlere CMK m. 128 hükümlerine göre elkonulacaktır.” Centel/Zafer, s. 415 dn. 212.

<sup>109</sup> “Somut olayda Jandarma tarafından, şeker kaçakçılığı yaptığı şüphesi ile mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu uyarınca 14 çuval şeker ve araca Cumhuriyet savcısının talimatıyla elkonulmuştur. Araçtaki iki kişinin şüpheli sıfatı ile ifadeleri alınmış, fakat bilirkişi raporu ile şekerin kaçak olmadığı anlaşılmış, araç ve şeker çuvaları iade edilmiş, şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Şüpheliler ve aracın tescilde sahibi görünen kişi CMK m. 141 uyarınca tazminat davası açmışlar, fakat Ceza Genel Kurulu şüpheli durumuna girmeyen kişinin manevi tazminat isteyemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar 2011 yılında verildiğine göre yeni Kaçakçılık Kanunu uyarınca, ilk arama ve elkoyma yapılabilmesi için CMK’nın genel hükümlerine göre hâkim kararı alınması gerektiği de vurgulanmalıdır.” Yenisey/Nuhoğlu, s. 400.; “İncelenen dosya kapsamına göre; davacıya ait ..... plakalı araca 5607 sayılı Kanununa Muhalefet suçundan yapılan soruşturma sırasında el konulduğu, el koymayı öngören 5271 sayılı CMK’nın 128/2-d maddesi ve aynı maddenin 1/(a-b-c-d-e-f-g-h), son fıkrasında da; taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, el koyma işlemi yapılabileceğinin hüküm altına alındığı, tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında davacıya ait aracın kaçakçılık suçundan yargılanan 3. kişiler tarafından suça konu kaçak şekerlerin nakliyesinde kullanıldığı, atılı suça ilişkin olarak ..... Asliye Ceza Mahkemesi’nin 30/04/2009 tarih, 2008/..... esas, 2009/..... karar sayılı dava dosyasında sanık olan ..... ve ..... hakkında yapılan yargılama sonucu, sanık .....’ın yabancı menşeli şekerleri piyasaya ticari amaçla satışa arz etmek eyleminden mahkumiyetine, davacıya ait dava konusu aracı şoför olarak kullanan sanık .....’ın beraatine hükmedildiğinin anlaşılması karşısında, araç maliki olan (malen sorumlu) davacı ile mahkumiyetine karar verilen sanık arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi gereken alacağa ilişkin olarak açılan tazminat davasının, mahkemece, davaya konu aracın suçta kullanıldığı ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesinde belirtilen tazminat isteme koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığından, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 17.03.2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 17.03.2014 E. 2013/27484 K. 2014/6481

<sup>110</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 400.

<sup>111</sup> 5607 sk. m. 10/2 “13’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam

ramının CMK'da kullanılmamasına rağmen bu kanunda kullanılmış olmasıdır.

5549 sayılı "Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun" m. 17'ye göre aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde CMK m. 128'de gösterilen usule göre malvarlığı değerlerine el konulabileceği hükme bağlanmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi bu hallerde istisnai olarak elkoyma kararını CMK m. 128'den farklı olarak Cumhuriyet savcısı da verebilecektir. Ancak bu karar muhakkak görevli hâkimin onayına sunulmak zorundadır. Yirmidört saat içinde karar onaylanmazsa, Cumhuriyet savcısının kararı hükümsüz kalacaktır.

6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kanunu m. 5'e göre "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011), 1989 (2011) ve 2253 (2015) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları ve bu listelerden çıkarılanlara ilişkin malvarlığının dondurulmasının kaldırılması kararlarının uygulanmasına yönelik Cumhurbaşkanlığı kararı, Resmî Gazete'de yayımlanır ve gecikmeksizin uygulanır."<sup>112</sup>

Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlar, alacak ve borçları ile diğer tüm malvarlığı değerlerini ve bunların dayanağına ilişkin bilgileri; bunlardan alacağı veya borcu olan gerçek ve tüzel kişiler ise alacak veya borcun miktarı ile dayanağına ilişkin bilgileri, malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde Başkanlığa bildirirler. (6415 sk. m. 12/3)

Malvarlığının dondurulması kararı, Başkanlığın talebi üzerine 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin üçüncü ila yedinci fıkraların-

---

ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır."

<sup>112</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 415.

da belirtilen usule uygun olarak gecikmeksizin yerine getirilir. (6415 sk. m. 12/4)

## VII. Sonuç

Konu özelinde, bir sonuç açıklamasından önce, yukarıdaki tartışmalardan ayrı ve bağımsız olarak, ilişkili olduğu bağlamdan dolayı önemli bir nokta olan; elkoymanın, arama ile ilgisini de incelemek gerekmektedir. Elkoyma, aramadan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir.<sup>113</sup> Arama sonucu ele geçen eşyaya elkonulması için ayrıca bir elkoyma kararı gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Böyle olunca özel bir elkoyma tedbiri olan taşınmaz hak ve alacaklara el koyulmasının -her ne kadar pratikte mümkün gözükmesede de teorik bağlamda ele alındığında- arama sonucunda gerçekleşmesi halinde ne olacağı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Basit elkoyma tedbiri uygulanması ve arama koruma tedbiri arasındaki ilişki anlamında, arama sırasında yapılan elkoymanın doktrinde hukuka uygun olduğunu düşünen bir görüşe göre, hâkim kararıyla yapılan arama neticesinde ele geçirilen eşya için ayrıca yeni bir elkoyma kararına ihtiyaç olmadığı<sup>114</sup> ifade edilmektedir. Bu düşüncenin karşısında ise, “elkoymanın arama ile bağlantılı olarak başvurulmuş bir tedbir olduğu kabul edilse de arama kararının sadece arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulması kararını da kapsamayacağı, yalnız arama kararına dayanılarak arama sonucunda ele geçen eşyaya el konulmasının mümkün olmadığı” savunulmaktadır.<sup>115</sup>

Sonuç olarak, CMK m. 128’e ilişkin, öncelikle “basit elkoyma” ile bağlantılı olarak CMK m. 127/4’de düzenlenen “Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir” ifadesini tartışmak gerekmektedir. Buradaki esas problem, CMK m. 123’e göre elkoymaya bağlı olarak düzenlenen CMK m. 127’nin, CMK m. 128 için de uygulanıp

<sup>113</sup> Centel/Zafer, s. 412

<sup>114</sup> “... elkonulacak eşyanın ilgili kişide olduğu konusunda şüphe varsa yani eşyanın aranması gerekiyorsa veya sadece elkoyma kararının verilmesinin elkonulacak eşyaya ulaşmayı zorlaştırdığı düşünülüyorsa arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde elkoyma işlemi yapılabilir” Centel/Zafer, s. 412

<sup>115</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 447.

uygulanamayacağıdır. Eğer uygulanamaz denilecekse, kanun koyucu, basit elkoymanın yanında taşınmaz hak ve alacaklara el konulması tedbirinde de şüpheli veya sanığın dışında bir başka kimsenin “zil-yetliğinde” bulunan tedbire konu “taşınmaz, hak veya alacak” hak-kında da bu tedbirin uygulanabileceğini öngörmüş olmasına rağmen, üçüncü kişiye m. 127/3’de öngördüğü gibi bir hak tanımadığı sonucu ortaya çıkacaktır.

CMK m. 127, “elkoyma kararını verme yetkisi”<sup>116</sup> başlığı altında, CMK m. 123’de düzenlenen basit elkoymanın şartlarını hükme bağ-lamaktadır. Bu madde metni altında, özel elkoyma tedbirlerinden biri olan taşınmaz hak ve alacakların düzenlenmiş olmadığı sonucu çık-maktadır. Böyle olunca, “zilyede” tanınan “hâkimden her zaman kar-rar verilmesini isteme hakkı” ile CMK m. 131’de düzenlenen “elkonu-lan eşyanın iadesi”ndeki düzenlemeyi karşılaştırmak gerekmektedir. CMK m. 131 birinci fıkrasında “*Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafaza-sına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağıının anlaşılması halinde, re’sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet sav-cısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir*” biçimindedir. Bir kere kanun koyucu burada “eşya” ifa-desini kullanmaktadır. Oysa ki CMK m. 128’in kapsamı taşınmaz, hak ve alacaklar gibi daha geniş hukuki bir konuyu kapsamaktadır. Eşya ile hak, hiç şüphe yok ki hukuken birbirinden farklı kavramlardır. Hu-kuki anlamda eşya kişilerin üzerinde hakimiyet kurabildikleri maddi varlığı olan belirli sınırlara sahip kişisel olmayan şeylerdir.<sup>117</sup> Örnek vermek gerekirse, fikri mülkiyetin konusu olan bir ürünün, eşya ol-madığı ve bu nedenle bunun üzerindeki hakların aynı hak olmadığı, mutlak hak olduğu ifade edilmektedir.<sup>118</sup> Dolayısıyla fikri hakka da el konulması mümkün olduğuna göre bunun iadesi hangi muhakeme normuna göre mümkün olacaktır sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, AYM ve Yargıtay; CMK m. 128’e göre

<sup>116</sup> Soruşturmada karar verme yetkisi elkonulan eşyanın bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğidir. Hükümet tasarısındaki madde gerekçesi şu şekildedir: “... Kamu davası açılmamış ise karar verme yetkisi, elkoyma işleminin yapıldığı yerin sulh ceza hakimine ait olacaktır.” Noyan, Ceza Davası, s. 576.

<sup>117</sup> Esener/Güven, s. 37.

<sup>118</sup> Kübra Gökben İslam, Avrupa Birliği Hukukunda Fikri Haklar (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi), Ankara 2009.

elkoyma konusunun, CMK m. 131'deki usule tabi olarak iade edilebileceğini düşünmektedir.

Kanun koyucu, saydığı malvarlığı değerlerinin “şüpheli veya sanığa” ait olmasını aramaktadır.<sup>119</sup> Böyle olunca sanığa veya şüpheliye ait olup da başkasının zilyetliğinde bulunması halinde dahi elkoymanın gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Maddenin Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasındaki “mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmemektedir” şeklindeki ifadeler doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır.<sup>120</sup> Bunun yanında belirtmek gerekir ki doktrindeki bir diğer görüşe göre, söz konusu suçlardan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir.<sup>121</sup>

CMK m. 132'de düzenlenen elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması konusunda emredici olan hüküm, elkonulan eşyanın

<sup>119</sup> Karş. “5721 sayılı CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde koşulları oluşmadığı halde malvarlığı değerlerine el konulan kimselerin tazminat isteyecekleri düzenlenmiş olup, davacı vekili davacıya ait araca 25.10.2008 ile 16.01.2009 tarihleri arasında haksız olarak el konulduğu gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmuştur. İncelenen dosya kapsamına göre; kolluk tarafından 25.10.2008 tarihinde kontrol amacıyla durdurulan ve H. U.'ın sürücülüğünü yapmış olduğu davacıya ait 16 ... .. plakalı araçta yabancı uyruklu şahısların tespit edilmesi üzerine, aracın suçta kullanıldığı şüphesiyle muhafaza altına alındığı, el koymayı öngören 5271 sayılı CMK'nın 128/2-d maddesi ile aynı maddenin 1/ ( a-b-c-d-e-f-g-h ), son fıkrasında da; taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin, şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabileceğinin belirtildiği ve tazminat talebinin dayanağı olan Erciş Asliye Ceza Mahkemesi'nin 13.02.2009 tarih, 2008/630 esas, 2009/73 karar sayılı ceza dava dosyasında göçmen kaçakçılığı suçundan yargılanan aracın sürücüsü H. U.'ın mahkumiyetine hükmedildiği suçta kullanılan 16 ... .. plakalı aracın ise maliki veya yasal temsilcisinin izni ile kullanıldığına dair delil bulunmadığı gerekçesi ile iadesine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, araç maliki olan ( malen sorumlu ) davacı ile mahkumiyetine karar verilen sanık arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi gereken alacağa ilişkin olarak açılan tazminat davasının, davaya konu aracın suçta kullanıldığı ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde belirtilen tazminat isteme koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, davalı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak bozulmasına, 02.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 02.02.2015 E. 2014/5489 K. 2015/1658

<sup>120</sup> Hakeri, “Yeni CMK' na göre El Koyma Koruma Tedbiri”, *TBB D. 60 Y. 2005, s. 97 - 104.*

<sup>121</sup> Öztürk / Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 450.

değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için tedbirlerin alınmasına yönelik normdur. Böyle olunca problem CMK m. 128'de düzenlenen ve eşyadan farklı olarak el konulan değerler konusunda ne yapılacağına ilişkindir. Delil olarak el konulmuş eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı kayıp tehlikesi karşısında elden çıkarma işleminden önce muhakkak buna ilişkin delil değerini muhafazaya yönelik tedbirlerin alınması gerektiği<sup>122</sup> ifade edilmektedir. Zira bu husus aynı maddenin dördüncü fıkrasında da hüküm altına alınmaktadır. Söz gelimi fikri mülkiyete yani bir fikri hakka ilişkin haklara el konulması halinde, gerekenin yapılmaması durumunda değerinde büyük bir kayıp olma tehlikesi halinde, neye göre önlem alınacaktır? "Fikri hak", eşya değildir. Kanun maddesi ise "eşya"ya ilişkin hüküm düzenlemektedir.

Yukarıda da açıklanan nedenlerle ve de görüldüğü gibi kanunun konu hakkındaki düzenlemeleri, diğer düzenlemeler de göz önüne alındığında bir terim birliğine sahip değildir ve CMK m. 128'de düzenlenen koruma tedbirine ilişkin tamamlayıcı normların eksikliği göze çarpmaktadır. Bununla birlikte; CMK m. 128'e göre yerine getirilen tedbirlerde şekle ilişkin ör. karar metninde nelerin yer alacağı gibi çok önemli hususlarda hiç düzenleme yapılmadığı ve diğer düzenlemelerde de eksiklikler olduğu görülmektedir. CMK m. 127 ve CMK m. 131/1, CMK m. 123'e göre yerine getirilen tedbirler bakımından geçerli görünmektedir. Zira kanun koyucunun "eşya" ifadesini veya "diğer malvarlığı" ifadesini kullanması CMK m. 128'deki tedbire konu olan hususlardan daha dar anlam ifade etmektedir.

Yukarıda da açıklanan bu nedenle CMK m. 128'in yerine getirilmesi ve sona ermesi ve diğer konularda daha ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ortadadır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman /Mcbride Jeremy /Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

<sup>122</sup> Hakeri, "Yeni CMK' na göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBB D* S. 60 Y. 2005, s. 97 - 104.

- Centel Nur/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, 12. Baskı, İstanbul 2015.
- Demirağ Fahrettin, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2007.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 7. Baskı, İstanbul 1979.
- Esener Turhan/Güven Kudret, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Güngör Devrim, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara 2015, Us-A Yayıncılık, 4. Baskı.
- İslam Kübra Gökben, *Avrupa Birliği Hukukunda Fikri Haklar (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi)*, Ankara 2009.
- Karakehya Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016.
- Katoğlu Tuğrul, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, Seçkin Yayıncılık.
- Kunter Nurullah, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, Kazancı Matbaacılık, 8. Baskı.
- Noyan Erdal, *Ceza Muhakemesi Kanunu (Karşılaştırmalı) I - II*, Ankara 2004.
- Noyan Erdal, *Ceza Davası*, Ankara 2007.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2020, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sıtma Özge/Kırıt Yasemin/Özaydın Özdem/Akcan Esra Alan Erden, *Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ekim 2015.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin/Alan Esra, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Baskı, Mayıs 2009.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 5. Bası.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku - I*, Ankara 2020, Seçkin Yayınları.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, *AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınlar, Ankara 2004.
- Toroslu Nevzat/Feyzioglu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2015, Savaş Yayınları.
- Tosun Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, 4. Bası.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2014, 9. Baskı, Adalet Yayınevi.
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016, Seçkin Yayınları, 3. Baskı.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul 2015.

### Makaleler

- Acar Bülent Hayri, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Us-A Yayıncılık, Ankara 2014.
- Erdem Mustafa Ruhan, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>)
- Hakeri Hakan, "Yeni CMK' ya Göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBBD*, S. 60 Y. 2005, S. 97 - 104.
- Hafizoğulları Zeki, "24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, S. 13-26.
- Hafizoğulları Zeki/Aygün Eşitli Ezgi/Küçüktaşdemir Özgür, "AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı", *BÜHFD*, Y. 2015 S. 1, S. 505-519.
- Tezcan, Durmuş, "AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II, S. 1221-1328.

### Diğer Kaynaklar

- Talas, Serdar: Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları, (<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>)



# BİREY-İDARE İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA İYİ İDARE HAKKI VE TÜRK POZİTİF HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

## RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION IN TERMS OF INDIVIDUAL-ADMINISTRATION RELATIONSHIP AND ITS APPEARANCE IN TURKISH POSITIVE LAW

İlker ZEYREK\*

**Özet:** İdarenin faaliyetleri karşısında güçsüz konumda olan bireyin hak ve menfaatlerinin korunması demokratik bir yönetimin gereğidir. Birey ile idare arasındaki ilişkilerde bazı evrensel ilkelerin benimsenmesi yalnızca hizmeti alan bireyin değil, hizmeti sunan idarenin personeli bakımından da faydalıdır. İdari faaliyetlerin, iyi idare ilkeleri olarak adlandırılan birtakım ilkeler doğrultusunda gerçekleşmesi, hukuk devleti olgusuna da önemli kazanımlar sağlayabilme potansiyeline sahiptir. Uluslararası hukuk metinlerinde ortaya çıkan ve Türk Pozitif Hukuku'nda da gelişmekte olan iyi idare hakkı, bireyin “yönetilen” konumundan, “hizmet alan” konumuna ulaşmasında rol oynayan en önemli araçlardan biridir. Günümüzde yaşanan gelişim göz önünde bulundurulduğunda, bu ilkelerin hukuki bağlamda ortaya konması ve içeriklerinin incelenme konusu yapılması, iyi idare hakkının gelişimi bakımından gereklilik arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İyi İdare Hakkı, İyi İdare İlkeleri, AB Temel Haklar Şartı, Temel Hak ve Özgürlükler, Hukuk Devleti

**Abstract:** The protection of the rights and interests of the individual who is powerless in the face of the activities of the administration is a requirement of the democratic administration. Adopting some universal principles in the relationship between the individual and the administration is beneficial not only for the individual receiving the service but also for the personnel of the administration providing the service. The realization of administrative activities in line with a set of called principles of good administration has the potential to make significant gains to the phenomenon of the rule of law. The right to good governance, which appears in international legal texts and also develops in Turkish positive law, is one of the most important tools that plays a role in achieving the individual from the position of “managed” to the position of “served”. Considering the

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, e-posta: ilkerzeyrek@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7184-134X, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.12.2020, Kabul Tarihi: 15.12.2020

development that is taking place today, it is necessary to put these principles in a legal context and to examine their contents, in terms of the development of the right to good administration.

**Keywords:** Right to Good Administration, Good Governance Principles, Charter of Fundamental Rights of the EU, Fundamental Rights and Freedoms, Rule of Law

## GİRİŞ

Birey-devlet ilişkisinde, bireyin durumunun gün geçtikçe pasif süjeden etken süjeye evrildiği çağdaş demokrasi anlayışı, devlete yüklenen anlam bakımından da birtakım değişimleri zaruri hale getirmektedir. Bu anlayışın hâkim olduğu devlet yönetimi, sınırlı bir hükümet formülünü de beraberinde getirmekte,<sup>1</sup> bireye de idare karşısında kapasite ve niteliği çok çeşitli haklar tanımaktadır.

Günümüzde çağdaş demokrasi anlayışının etkisiyle gittikçe daha önemli bir role sahip olan bireyin en büyük sorunsalları, idare ile içerisinde olduğu ilişkiden kaynaklanmaktadır. Zira idarenin çeşitli düzenlemeleri ile kesin ve icrai olduğu kabul edilen işlemlerinin muhatap bireylerdir.

Çağdaş demokrasi anlayışının hızla gelişmesinin yanı sıra, dünyada meydana gelen diğer gelişmeler de yönetim anlayışının derinden etkilenmesine sebep olmuş, bu değişimin en önemli görünümünden biri, klasik kamu yönetimi anlayışından yönetime katılma (yönetişim)<sup>2</sup> anlayışına geçiş olmuştur.

Ülkemizde; bireylerin, en yoğun hak ve menfaat ihlalleri yaşadıkları konulardan biri olan idare ile ilişkiler alanında cereyan eden sorunlar karşısında yeni sayılabilecek bazı haklara sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu hakların doğumunda meşruiyetin en temel kaynağı,

<sup>1</sup> Meltem Caniklioğlu, "Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, DEÜ Rektörlük Matbaası, Y. 2000, s. 103.

<sup>2</sup> "Yönetişim kavramı; en kısa ifadesi ile "etkileşim ve birliktelik içerisinde yönetim" anlamına gelmektedir.", Hamza Ateş/Gökçe Ceren Buyruk, "Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel Sayı: 1, Y. 2018, s. 84; "Yönetişim kavramı asgari bir bağlayıcı kurallar kümesinin varlığını kuşkusuz gerektirir ve fakat bununla beraber yönetilenlerin sürece katılımını ve müdahalesini, fikrinin alınmasını ve bunların sürece/ hesaba katılmasını da ayrıca içerir.", Sedat Çal, "İdari Usul Kanunu ve Bilgi Edinme Hakkı Gereksinimi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2, s. 156.

bireyin idare karşısında güçsüz oluşudur. Bu dezavantajlı durumun, bireye ancak bazı hakların verilmesi ile giderilebileceği realitesi göz önünde bulundurulduğunda, idare karşısında, yeni bireysel hakların doğmasının yanı sıra mevcut hakların kapsam bakımından re'sen genişlemeleri de meşru bir zemine dayanmaktadır.

Bireyin idare ile ilişkileri sırasında sahip olduğu kabul edilen bazı hakların bir çatı altında toplanması ile bir üst hak niteliği kazanan iyi idare hakkı, önemi artan ve kapsamı her geçen gün genişleyen yapısı ile insan hakları arasındaki yerini almıştır.

İyi idare hakkını konu alan bu çalışmada, birinci başlık altında hakkın uluslararası hukukta gelişim süreci, ikinci başlıkta Türk Hukuku'ndaki görünümü incelenmiştir. Üçüncü başlık altında ise bu incelemeler neticesinde ortaya çıkan iyi idare ilkelerinin tanım ve kapsamlarına ilişkin tespitlere ve son olarak iyi idare hakkının gerekliliği konusunda bazı değerlendirmelere yer verilmiştir.

## I. İyi İdare Hakkının Uluslararası Hukuk Bağlamında Görünümü

İyi idare hakkı gerek tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi gerekse sınıflandırılması bakımından diğer temel haklardan farklılık göstermektedir. Çünkü iyi idare hakkı; hukukun yazılı olmayan genel ilkeleriyle ve bu ilkelerin kısmen yazılı alt unsurlarının harmanlanmasıyla ortaya çıkan bir haktır.<sup>3</sup>

İyi idare hakkının tanımını yapabilmek için, bu hakkın konusu olduğu iyi yönetim ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak gerekmektedir. İyi idare hakkına konu olan iyi yönetim kavramı, idare tarafından gerçekleştirilmesi gereken örgütlenme, faaliyetlerin icrasına ilişkin usul ve esaslar ile bireyin idare karşısında korunmasına ilişkin mekanizmalarla ilgilidir.<sup>4</sup> Bu kavram, bireyin rolünün artması ve yönetime katılması gibi gelişmeler neticesinde bazı yazarlarca iyi yönetim olarak da ifade edilmektedir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Selman Karakul, "İyi Yönetim ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel Sayı: 1, Y. 2018, s. 46.

<sup>4</sup> "İyi yönetim ilkelerinin yalnızca bir usul meselesi gibi görülmesi ve ağırlıklı olarak adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilmesi doğru bir yaklaşım değildir.", Karakul, s. 40.

<sup>5</sup> Hakan Pabuçcu/Tülay Kırçoğlu, "İyi Yönetişim İlkeleri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu: Kamu Görevlileri Algısı", *Ombudsman Akademik Dergisi*,

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı müzakere dokümanı uyarınca iyi yönetim; bir ülkedeki ekonomik, siyasal ve idari otoritenin her düzeydeki işlemleri yürütmesi anlamına gelmekte, iyi yönetimin söz konusu olabilmesi; bir ülkede, vatandaşların ve toplumsal grupların kendi çıkarlarını korumak ve yasal haklarını kullanmak için gerekli mekanizmalara ve kurumlara sahip olunmasını da gerektirmektedir.<sup>6</sup> Bu tanımlama uyarınca iyi yönetim; yalnızca her düzeydeki işlemlerin iyi yürütülmesi faaliyetini değil, bu idari faaliyetin icrası için gerekli örgütlenmenin mevcudiyetini ve idari faaliyetin icrasından doğacak menfaat ihlallerini önleyici/giderici mekanizmalara sahip olunmasını da ifade etmektedir.<sup>7</sup>

İdarenin örgütlenmesi ve işlemleri bakımından iyi yönetim kavramı ulaşılmaya hedeflenen bir ideal ve dinamik bir kavram olarak ele alındığında, bu kavramın gerektirdiği ölçütlere mutlak suretle ulaşmanın mümkün olmadığı söylenebilir. Çünkü birey ve idare arasındaki etkileşimde ve bu süjelere yüklenen anlamlarda yaşanan değişim, iyi idare kavramının her daim gelişmesini ve birey hak ve özgürlüklerini olumlu yönde etkilemesini gerekli kılar.

İyi yönetim kavramının dinamikliği karşısında bir tanım denemesi yapmadan önce, genel olarak bu kavram için öngörülen ilkelere de değinmek gerekmektedir. İdarenin hem organik hem de fonksiyonel anlamları kapsamında değerlendirilmesi gereken iyi yönetim kavramı, bazı ilkeler vasıtası ile somutlaştırılabilir. Bu ilkelerin belirlenmesinde, iyi yönetimi bir hak olarak kabul eden uluslararası metinlerden faydalanılması yerinde olacaktır.

Uluslararası metinlerde iyi idare ilkelerinin karşımıza çıktığı ilk metin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli, (77) sayılı ve "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması" başlıklı tavsiye kararıdır. Bu kararda, idare karşısında bireylere; dinlenilme hakkı (*droit d'être entendu*), bilgi kaynaklarına giriş hakkı (*accès aux*

Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel Sayı: 1, Y. 2018, s. 331.

<sup>6</sup> United Nations Development Programme, *Reconceptualising Governance*. Discussion Paper 2, Management Development and Governance Division Bureau for Policy and Programme Support UNDP, New York 1997, s. 71.

<sup>7</sup> İyi idare kavramına ilişkin olarak, çeşitli uluslararası örgütler tarafından yapılmış farklı tanımlamalara ulaşmak için bkz. Coşkun Can Aktan, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2015, s. 55 vd.

éléments d'information), hukuki yardım ve temsil hakkı (assistance et représentation), idari işlemlerin gerekçeli olması (motivation des actes administratif) ve işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesi (indication des voies de recours) hak ve ilkelerine yer verilmiştir.<sup>8</sup>

Avrupa Komisyonu, bünyesinde görev yapan personel ile bireylerin ilişkilerini düzenlemek amacıyla, 13 Eylül 2000 tarihinde, Avrupa Komisyonu İyi Yönetim Yasası'nı kabul etmiştir. Bu yasa; kaliteli bir hizmet sunulmasını sağlamak, bireylere Avrupa Komisyonu ile olan ilişkilerinde hangi kurallar ışığında hareket edileceğini göstermeyi amaçlayan, iyi idarenin özelliklerini; meşruluk, ayrımcılık yapmama, eşit muamele, ölçülülük ve bağlılık olarak tanımlayan bir düzenlemedir.<sup>9</sup>

İyi idare ilkelerinin tespiti sırasında karşılaşılan uluslararası metinlerden bir diğeri, "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasa Avrupa Parlamentosu tarafından 2001 yılında kabul edilmiştir. Bu düzenleme; vatandaşlara, haklarını anlamaları ve elde etmeleri konusunda yardımcı olmakta; açık, verimli ve bağımsız bir Avrupa idaresinde kamu çıkarlarını desteklemekte; vatandaşların, AB kurumlarından hangi idari standartları beklemeye hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmalarına yardımcı olmakta; memurların kamu ile olan ilişkileri için faydalı bir rehber görevi görmekte ve iyi idare ilkesini daha somut hale getirerek, en yüksek idare standartlarının teşvik edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>10</sup> AB Ombudsmanının yasal olarak bağlayıcı kararlar alma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası da devletleri bağlayıcı bir düzenleme olmamakla birlikte, bu düzenlemeye ait unsurlar, Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde bulunan iyi idare hakkı ile örtüşmektedir.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> İlkelerin ve içeriklerinin tercümesi için bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 3, Y. 1981, s. 40 vd.; Ayrıca bkz. İhsan Kuntbay, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", AB Bakanlar Komitesi Kararı, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 11, S. 4, 1978, s. 3 vd.

<sup>9</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, (İyi Yönetim), s. 7.

<sup>10</sup> Abdullah Yılmaz/Duru Şahyar Akdemir, "İyi İdare Hakkı Bağlamında İçişleri Bakanlığı Açık Kapı Uygulaması", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Y. 6, S. 11, 2019, s. 23.

<sup>11</sup> Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası, Avrupa Ombudsmanı, European Union

İyi idare ilkelerinin tespitinde uluslararası düzeydeki en önemli düzenlemelerden biri de Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır.<sup>12</sup> Temel Haklar Şartı, AB'deki mevcut temel hakları düzenlemesi ve bir araya getirmesi, birliğin, "değerler topluluğu" olarak nitelendirilmesi ve AB'nin temel değerleri üzerinde vatandaşlar arasında bir "konsensüs" oluşmasında önemli payı olan önemli bir uluslararası hukuk metnidir.<sup>13</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli, (77) sayılı ve "Bireyin Yönetmel Karşısında Korunması" başlıklı tavsiye kararında düzenlenen idarî usul ilkelerini Avrupa Birliği'nin temel ilkeleri haline getirmiş olup, bu ilkeler ile idare için iyi yönetme yükümlülüğü, bireyler için ise iyi yönetim hakkı düzenlenmiştir.<sup>14</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda, iyi yönetim hakkı genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmiş ve Avrupa Topluluğu içtihatlarına dayandırılmıştır.<sup>15</sup> Bu Şart, içtihat yoluyla<sup>16</sup> güvence altına alınan iyi yönetim hakkının görünür hale

---

Publications, s. 6, <http://www.ombudsman.europa.eu>, (05.05.2020); Ayrıca bkz., İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), Ankara 2019, s. 18; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı, Çev. Onur Karahanoğulları, *Danıştay Dergisi*, Y. 37, S. 116, 2007, s. 5 vd.

- <sup>12</sup> Temel Haklar Şartı'nı oluşturmak üzere oluşturulan kurul, 17 Aralık 1999 tarihinde Brüksel'de çalışmalarına başlamıştır. Kurul, 1 Şubat 2000 tarihli ikinci oturumunda, kendisine Konvansiyon ismini vermiştir. Konvansiyon, 18 oturum sonunda 2 Ekim 2000 tarihinde hazırlanan Şart metnini kabul ederek çalışmalarını tamamlamıştır. Böylece Temel Haklar Şartı Taslağı, devlet ve hükümet başkanlarından oluşan Avrupa Konseyi'nin 13-14 Ekim 2000 tarihli Biarritz toplantısında ele alınmış ve kabul edilmiştir. Tasarımın Köln bildirgesine uygun olarak üzerinde hiçbir değişiklik yapılmaksızın 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon tarafından törenle ilan edilmesi kararlaştırılmıştır. Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyonu tarafından, AB'nin Temel İnsan Hakları belgesi olarak kabul edilmesi, Temel Haklar Şartı'nı, önemli bir siyasi belge niteliğine dönüştürmüştür. Temel Haklar Şartı'nın, 2009 yılında kabul edilen Lizbon Antlaşması m. 6 ile AB'nin antlaşmaları ile aynı değere sahip olduğu ve bu Şartta belirlenen hak, özgürlük ve ilkelerin tanıdığı düzenlenmiştir. Antlaşma 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu konuda bkz., Yüksel Metin, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 4, 2002, s. 42.
- <sup>13</sup> Bahar Yeşim Deniz, "Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 97, s. 53 vd.
- <sup>14</sup> Zehra Odyakmaz/Oğuzhan Güzel, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlak", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 71, S. 2013/3, s. 25.
- <sup>15</sup> Oğuz Şimşek, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda İyi Yönetim Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 9, S. 3, Y. 2007, s. 91.
- <sup>16</sup> "Şartın gerekçesinde iyi yönetim hakkının dayandığı yargısal içtihatlar olarak sunular belirtilmektedir: Divan'ın 31 Mart 1992 tarihli kararı (C-255/90 P, Burban,

gelmesi sağlanmıştır.<sup>17</sup> Temel Haklar Şartı, diğer temel hak ve hürriyetler gibi iyi yönetim hakkı bakımından da bireylere, bir teminat niteliğindedir.<sup>18</sup>

İyi yönetim ilkelerinin tespitinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 41’de düzenlenen “İyi Yönetim Hakkı” uyarınca; herkes, işlerinin AB kurumları, organları ve diğer mercileri tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak, dinlenilme hakkını, kendisini ilgilendiren dosyalara ulaşma hakkını, idarenin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğünü kapsamaktadır. İyi yönetim hakkı ayrıca, AB idari organlarının işlemlerinden doğan zararların tazmini yükümlülüğünü içermekte, bireylere AB Antlaşmalarının dillerinden biri ile başvuru yapabilme hakkı tanımaktadır.<sup>19</sup> Doktrinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda “yurttaş hakları” bölümünde yer alan iyi idare hakkının; bu bölümde

---

Slg. 1992, I-2253); Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin 18 Eylül 1995 tarihli (T-167/94, Nölle, Slg. 1995, II-2589) ve 9 Temmuz 1999 tarihli (T-231/97), New Europe Consulting vd., Slg. II-2403) kararları. Temel Haklar Şartı’nın iyi yönetim hakkını düzenleyen 41. maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenen haklar ise, Divanın 15 Ekim tarihli kararına (Rechtssache 222/86, Heylens, Slg. 1987, 4097, Randnr. 15), 18 Ekim 1989 tarihli kararına (Rechtssache 374/87, Orkem, Slg. 1989, 3283) ve 21 Kasım 1991 tarihli kararına (C-269/90, TU München, Slg. 1991, I-469) ve Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin 6 Aralık 1994 tarihli kararına (T-450/93, Lisrestal, Slg. 1994, II-1177) ve gerekçelendirme yükümlülüğü de Avrupa Toplulukları Antlaşması’nın 253. maddesine dayanmaktadır. Yine Şartın 41. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme, Avrupa Toplulukları Antlaşması’nın 288. maddesine ve 41. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme ise Avrupa Toplulukları Antlaşması’nın 21. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadır”, Şimşek, s. 91, dp. 4.

<sup>17</sup> Metin, s. 40.

<sup>18</sup> A. Füsün Arsava, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 3, No: 1, Y. 2003, s. 4.

<sup>19</sup> ABTHŞ m. 41- İyi Yönetim Hakkı (1) Herkes, işlerinin Birliğin kurumları, organları ve diğer mercileri tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. (2) Bu hak özellikle şunları kapsar; a. Herkesin kendisini hakkında olumsuz bireysel bir tedbir alınmadan önce dinlenilme hakkı, b. Herkesin, meşru gizlilik çıkarları ve mesleki ve ticari sırların gizliliği muhafaza edilmek şartıyla kendisini ilgilendiren dosyalara ulaşma hakkı, c. Yönetimin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü. (3) Herkes, Birliğin organları veya görevlilerinin görevlerinin ifası sırasında sebep oldukları zararları üye devletlerin hukuk düzenlerinde ortak olan genel hukuk ilkelerine göre tazmin ettirme hakkına sahiptir. (4) Herkes, Antlaşmaların (Anayasa’nın) dillerinden birisi ile Birliğin organlarına başvurabilir ve kendisine aynı dilde cevap verilmek zorundadır.

yer alan diğer haklardan farklı olarak sadece Avrupa Birliği yurttaşlarına değil bütün gerçek ve tüzel kişilere tanınmış bir hak olduğu,<sup>20</sup> bu hakkın yükümlüsünün de metinde belirtilenin aksine yalnızca AB kurum ve kuruluşlarıyla sınırlı olmadığı, üye devletlerin de bu hakkın uygulanmasında yükümlü oldukları<sup>21</sup> belirtilmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı da önem arz eden bir karardır. Kararda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, üye ülke hükümetlerine; hukuk devleti ilkeleri ve demokrasi çerçevesinde iyi idareyi geliştirmeyi; etkililiği, verimliliği ve harcanan paranın karşılığını almayı sağlayan bir idari örgütlenme ve işleyişle iyi idareyi geliştirmeyi tavsiye ettiği belirtilmiş, bu ilkelerin gereklilikleri ise; üye ülke hükümetlerince hedefler saptamak ve idare ile görevlilerinin bu hedefleri gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini düzenli olarak izlemek ve ölçmek için performans ölçütleri geliştirmek; idari birimleri, yasal sınırlar içinde, hizmetlerinin uygun bir maliyetle verilir vermediğini ve görevden alınmalarının veya değiştirilmelerinin gerekip gerekmediğini düzenli olarak denetlemeye zorlamak, idareyi en iyi sonuçları elde edebilecek en iyi araçları bulmaya zorlamak, idare ve görevlilerinin faaliyetleri üzerinde uygun bir iç ve dış denetim sağlamak olarak ifade edilmiştir.<sup>22</sup>

## II. Türk Hukukunda İyi İdare Hakkı ve Somut Görünümü

### A. T.C. Anayasası Bakımından İyi İdare Hakkı

Türk Hukuku'nda; iyi idare hakkı kapsamındaki ilkelerin izi sürülürken incelenmesi gereken ilk düzenleme Anayasa'dır. Anayasa m. 8; yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını ve yerine getirileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme, idari teşkilatın tüm faaliyetlerinde kanunilik ilkesinin benimsenmesi gerektiğini göstermektedir.

İyi idare hakkı ile doğrudan ilişkili olan AY m. 74; bireylere, kendileri veya kamu ile ilgili konularda başvuru hakkı ve bilgi edinme hakkı

<sup>20</sup> Şimşek, s. 99.

<sup>21</sup> Oğuz Sancakdar/Eser Us/Mine Kasapoğlu Turhan/Lale Burcu Önüt/Serkan Seyhan, İdare Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 91.

<sup>22</sup> Karahanoğulları, s. 3 vd.



tanımaktadır. Maddede ayrıca dinlenilme hakkının düzenlendiği görülmektedir.

İyi idare hakkı ile ilişkili bir diğer AY hükmü olan m.108 ise, idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Devlet Denetleme Kurulu'nun teşkil edildiği maddedir. Bu maddede, DDK'nın teşkili ile idari faaliyetlerin denetlenmesi yoluyla, tarafsız, şeffaf, eşitlik ilkesince işleyen, hesap verebilir, yetkisini kötüye kullanmayan, faaliyetlerinde ayrımcılık yapmayan bir idarenin oluşumuna katkı sağlaması hedeflenmiştir.

AY'nın idarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği başlıklı 123'üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu madde bağlamında, kamu hizmetlerinde sürekliliğin sağlanabilmesi amacıyla, yerel yönetimler ile merkezi idare arasındaki bütünlük ifade edilmiş, bu bütünlük içerisinde, bireylerin ve toplumun, tesis edilen idari işlemlere karşı hiyerarşi ve idari vesayet hukuki araçlarıyla, denetimlerinin hukuki zemini oluşturulmuştur.

AY m. 125'te; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilmiş, yargı yoluna başvuruya ilişkin bazı düzenlemeler yapılmıştır. Maddede dikkat çeken ve iyi yönetim hakkı ile ilişkili olan yürütmeyi durdurma mekanizması düzenlenmiştir. Bu mekanizma uyarınca; idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

AY m. 129'da kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmıştır. Bu hak, idarenin faaliyetlerine muhatap olanlara değil, idare ajanına tanınmış olsa da dolaylı olarak idarenin işleyişini olumlu olarak etkileyecek niteliktedir.

AY m. 137'de, kanunsuz emir ve konusu suç teşkil eden emir karşısında, idare ajanı tarafından uygulanacak hareket tarzları belirlenmiştir. Belirtilen durumlarda kamu görevlisini ifadan reddeden ve yahut sorumluluğunu düzenleyen bu madde, dolaylı olarak iyi idare hakkına hizmet eden bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

## B. Kanuni Düzenlemeler Bakımından İyi İdare Hakkı

İyi idare hakkı, Türk pozitif hukukunda gerek kanun gerekse diğer mevzuat bakımından tedvin edilmiş olarak bulabilmek mümkün değildir. Bu sebeple kanuni düzeyde iyi yönetim hakkı, yasama organı tarafından çıkarılan çeşitli kanuni düzenlemeler incelenmek suretiyle ortaya konabilir.

### 1. İdari Yargılama Usulü Kanunu

İdare ile bireyler arasındaki ilişkilerin niteliğini ve bireylerin idare karşısında sahip oldukları iyi yönetim hakkı unsurlarını düzenleyen bir İdari Usul Yasası'nın yokluğu karşısında, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal başvuru yolunu ve bu başvuru sonucunda ortaya çıkan yargılama usullerini belirleyen kanuni düzenleme İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur.<sup>23</sup>

Bu kanun, doğrudan iyi idare hakkına ve iyi idare ilkelerine ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemekle birlikte, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal yola başvuru usullerini göstermesi bakımından önemli bir kanuni düzenlemedir. Başka bir anlatımla, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurulabileceğine ilişkin Anayasa hükmünü (m. 125), kanuni düzeyde somutlaştıran kanuni düzenleme İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur.

### 2. Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun

Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun,<sup>24</sup> Türk vatandaşı veya Türkiye'de ikamet eden yabancı bireylerin, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini belirleyen bir düzenlemedir.

İyi idare hakkı bağlamında, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da düzenlenen kurallar; bireylerin, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin konularda idareye başvuru hakkına ilişkindir.

<sup>23</sup> RG, 20.01.1982, S. 17580.

<sup>24</sup> RG, 10.11.1984, S. 18571.

### 3. Bilgi Edinme Kanunu

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>25</sup> da iyi yönetim hakkı kapsamındaki bazı ilkeleri benimseyen bir düzenlemedir. Kanun'da, kapsam olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetleri işaret edilmiş ve düzenlenme amacı, "demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek" olarak belirtilmiştir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu tarafından ifade edilen "şeffaf yönetim" kavramı iyi idare hakkı bağlamında önem arz etmektedir. İdari faaliyetlerde şeffaflık; açıklık,<sup>26</sup> saydamlık, aleniyet, günışığında yönetim,<sup>27</sup> demokratik yönetim, hesap verebilir idare gibi kavramlar ile ifade edilmekte, bunun yanı sıra kavram, yönetilenlerin idari işle-yişe katılmasını, idarenin sahip olduğu bilgi ve belgelerin bireylerce elde edebilmesini ve bireylerce yönetime ulaşabilme hürriyetini de içermektedir.<sup>28</sup> Ancak bu hakların, modern hayatın artan karmaşa ve tehditleri karşısında, kişisel verileri ve devlet güvenliğini korumak bakımından, şeffaflık ve açıklık ilkelerinin kapsamlarının sınırsız olarak genişlememesi gerektiğine ilişkin görüşler de mevcuttur.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> RG, 24.10.2003, S. 25269.

<sup>26</sup> Açıklık ve anlaşılabilirlik ilkeleri, öngörülebilirlik ilkesinin gerçekleştirilmesi için zaruri araçlardandır. Bkz. Harun Yılmaz, Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 37; "Yönetimde açıklık ilkesi genelde saydamlık ilkesi ile aynı anlamda kullanılmakla birlikte, açıklık saydamlığı da içeren daha geniş kapsamlı bir ilkedir.", Süleyman Yaman Koçak, "Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2010, S. 23, s. 119.

<sup>27</sup> Doktrinde bazı yazarlar tarafından, "günışığında yönetim" kavramı ile "yönetimde demokrasi" kavramlarının özdeş kavramlar olduğu belirtilmekte, bu kavramın üç unsurunun; "idarenin karar alma mekanizmalarının önceden belli bir usule bağlanması", "bilgi edinme özgürlüğü" ve "idarenin karar almak üzere yaptığı toplantılara isteyenin katılabileceği şekilde açık olması" olduğu belirtilmektedir. Bkz. İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, 2'nci Baskıdan 3'üncü Tıpkıbasım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 2 vd.

<sup>28</sup> Yusuf Ziya Polater, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı", *TBB Dergisi*, Y. 2016, S. 122, s. 106.

<sup>29</sup> Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 60.

#### 4. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

İyi idare hakkının korunmasına ilişkin olarak kanun düzeyindeki düzenlemelerden biri de Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'dur.<sup>30</sup> Kanunda, kurumun kuruluş amacının; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak olduğu ifade edilmiştir.<sup>31</sup>

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görevleri; idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmaktır. Ancak; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, kurumun görev alanı dışındadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, faaliyetlerinde bağımsız olduğu, KDK m. 12'de belirtilmektedir. Düzenleme uyarınca; hiçbir organ, makam, merci veya kişi, başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Baş denetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır.

#### 5. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

Kanun koyucu tarafından, insan onurunu temel alarak, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda

<sup>30</sup> RG, 29.06.2012, S. 28338.

<sup>31</sup> Doktrinde Kamu Denetçiliği Kurumu'nun; görev alanının idare aleyhine yapılan şikâyetler olması, yetkisinin inceleme ile sınırlı olması, yapısının özerk değil, TBMM'ye bağlı bir yapı olması, basit çoğunlukla seçilebilme olanağının başdenetçinin tarafsızlığına gölge düşürmesi sebepleriyle, insan haklarının güvencesi olması konusunda yeterince etkili bir mekanizma olmadığı belirtilmektedir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 287.

faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi amacıyla, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu<sup>32</sup> çıkarılmıştır.

Kanun, iyi idare hakkına ilişkin doğrudan ifadeler ihtiva etmemekle birlikte, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına vurgu yapmakta, ayrımcılık türlerini sayma yoluyla belirlemekte ve yasağın kapsamını belirtmektedir. Kanun uyarınca ayrımcılık yasağının kapsamı sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Düzenleme; eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bireyler ile kamusal faaliyetler bağlamında ilişki içerisinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının hizmetleri sırasında ayrımcılık yasağı bağlamında denetlenmesine imkân veren bu kanun, iyi idare hakkı bakımından önemli bir kanuni düzenlemedir.

## **6. Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**

Kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi amacıyla, 25.05.2004 tarihinde Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>33</sup> kabul edilmiştir.

Bu kanun, genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst

<sup>32</sup> RG, 20.04.2016, S. 29690.

<sup>33</sup> RG, 08.06.2004, S. 25486.

kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsamaktadır. Ancak bu kanunda, idari teşkilatın en önemli süljelerinden olan Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar hakkında uygulanmayacağıının düzenlenmiş olması<sup>34</sup> iyi yönetim hakkı bakımından olumsuz bir durumdur.

Kanun uyarınca Kamu Görevlileri Etik Kurulu; kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerinin yönetmeliklerle belirlenmesi, etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla re'sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmaların yapılması ve sonuçlarının ilgili makamlara bildirilmesi, kamuda etik kültürünün yerleştirilmesi için çalışmalar yürütülmesi ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olunması konularında görevli ve yetkilidir.

### C. 5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Türk pozitif hukuku bağlamında iyi yönetim hakkının tespiti noktasında öneme sahip olan Devlet Denetleme Kurulu, 5 sayılı CBK m. 3 uyarınca, Cumhurbaşkanlığına bağlı üst denetleme organı olup, kurulun başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludur.

2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği öncesinde mevcut olan Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Başkanlığı ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun görev ve yetkileri, Devlet Denetleme Kurulu bünyesinde toplanmış ve DDK teşkilat ve görevleri, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde merkezi idarenin başı konumundaki Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir.<sup>35</sup>

Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>36</sup> de iyi yönetim hakkına ilişkin ilkeleri araştırmak bakımından

<sup>34</sup> Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 1/3.

<sup>35</sup> Yakup Çokkaş, "Dönüşen Yapısı İtibariyle Devlet Denetleme Kurulu", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 84, S. 2, 2019, s. 121.

<sup>36</sup> RG, 15.07.2018, S. 30479.

önem arz eden bir düzenlemedir. 5 sayılı CBK m. 4-1/ç uyarınca DDK; kamu yönetimi ve kamu hizmetlerinin sunumunda saydamlık, verimlilik, etkinlik ve iyi yönetim alanlarında çalışmalar yapmakla görevlendirilmiştir. Bu düzenleme de iyi idare hakkına ilişkin ilkelerinden bazılarının tespit edilebilmesini sağlamaktadır.

## **D. Yönetmelikler Bakımından İyi İdare Hakkı**

### **1. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik**

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,<sup>37</sup> iyi idare ilkelerinin tespiti bakımından en kapsamlı düzenlemedir. Yönetmelik m. 6'da, iyi yönetim ilkeleri açıkça sayılmış olup bu ilkeler; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunmasıdır. Ancak düzenleme incelendiğinde, bu ilkelerin tahdidi değil, tadadi olarak düzenlendiği görülmektedir.<sup>38</sup>

### **2. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik**

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik,<sup>39</sup> 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun uygulanmasına dair esas ve usulleri düzenlemektedir. Yönetmelik uyarınca kurum ve kuruluşlar; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi, kanun ve yönetmelikte belirlenen esas ve usullere göre başvuru-

<sup>37</sup> RG, 28.03.2013, S. 28601 (Mükerrer).

<sup>38</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 6'da iyi yönetim ilkeleri sayıldıktan sonra "gibi" ifadesinin kullanılması sebebiyle, iyi yönetim ilkelerinin, sayılan ilkelerle sınırlı olmadığı değerlendirilmektedir.

<sup>39</sup> 27.04.2004, S. 25445.

ranların yararlanmasına sunmakla ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli tüm idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

İyi idare hakkı açısından, bireylerin bilgi edinme hakkının korunması maksadıyla, kurum ve kuruluşlara bazı yükümlülükler getiren bu yönetmelik, iyi idare ilkelerinden bazılarını ihtiva etmesi bakımından önemli bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

### **3. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik**

Bu yönetmelik, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu personelinin uyacakları mesleki ve etik ilkeleri, komisyonların ve dairelerin oluşumu, çalışma esasları ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun çalışma usul ve esasları ve diğer hususları, Kuruma yapılacak başvuruları ve inceleme usullerini, işleme konulmayacak başvuruları, gerekçeli kabul edilemezlik kararları dahil olmak üzere Kurumca verilecek karar türleri ile başvuruya ilişkin diğer usul ve esasları, bilirkişi olarak görev yapacakların nitelikleri ve çalışma esaslarını, istişare komisyonunun oluşturulması ile merkezde ve illerde yapılacak istişare toplantıları ile ulusal önleme mekanizmasının, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerlere haberli veya habersiz gerçekleştireceği ziyaretlerle özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin başvurularının incelenmesi ve sonuçlandırılması ile Kurum personeli veya insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele eğiticileri tarafından verilecek insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele eğitimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Yönetmelikte iyi idare hakkına ilişkin olarak; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmış, bu yasağın ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşlar ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlendirilmiştir.



## E. Genelgeler Bakımından İyi İdare Hakkı

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş ile başbakanlık genelgelerinin akıbeti hakkında bazı tereddütler ortaya çıkmıştır. Ancak bu tereddütler, 1 Ağustos 2018 tarihli ve 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile giderilmiş, anılan düzenlemenin ekli (2) sayılı listesinde belirtilen genelgelerin<sup>40</sup> yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığının 2019/25 sayılı Genelgesi<sup>41</sup> ile de uygulama imkânı kalmayan veya yürürlükte olmasına lüzum görülmeyen bazı genelgeler<sup>42</sup> kaldırılmıştır. Ancak, AY değişikliği öncesinde, iyi yönetim hakkına ilişkin sayılabilecek olan 2004/12 ve 2006/3 sayılı Başbakanlık Genelgeleri, başka genelgelerle kaldırılmadığı için halen yürürlükte dir.

### 1. 2004/12 Sayılı Başbakanlık Genelgesi

2004/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi,<sup>43</sup> dilekçe ve bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin bir genelge olup, bu genelgede; bireylerin kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında idari makamlara başvuruda bulunmalarının ve kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme haklarını kullanmalarının, eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkeleri temelinde demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olduğu, idare-birey ilişkisinde hukukun üstünlüğünü, demokratikleşmeyi ve saydamlığı sağlayabilmek için, idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında bireysel hak ve özgürlüklere duyarlı davranılmasının hukuk devletinin en temel niteliği olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca genelgede, devlet ile toplum arasındaki bağların daha güçlü hale getirilmesini ve halkın talep ve beklentilerine azami düzeyde cevap verilmesini esas alan bir politika benimsendiği, bu politikanın temelini, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde vatandaş odaklı yaklaşımların benimseneceği ilkesinin oluşturduğu ifade edilmiştir.

<sup>40</sup> Bu kapsamda kaldırılan genelgeler; 1992/30, 1993/12, 1998/12, 2002/14, 2004/24, 2005/9, 2005/29, 2006/12, 2006/31, 2007/6, 2007/8, 2007/33, 2008/12, 2009/16, 2010/3, 2010/8, 2010/15, 2015/16, 2015/17, 2016/17, 2016/19 sayılı genelgelerdir.

<sup>41</sup> RG, 12.11.2019, S. 30946.

<sup>42</sup> Bu kapsamda kaldırılan genelgeler; 1982/61, 1987/4, 1994/22, 1997/40, 1999/7, 1999/8, 1999/61, 2011/11 sayılı genelgelerdir.

<sup>43</sup> RG, 24.01.2004, S. 25356.

## 2. 2006/3 Sayılı Başbakanlık Genelgesi

İyi yönetime ilişkin olarak merkezi idarenin bakış açısında yaşanan değişimin görülmesi bakımından, 2006/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi, bir başka önemli düzenlemedir. Genelgede; “Günümüzde kamu yönetimi literatüründe “Yönetişim” ve “Yönetime katılma” kavramları ön plana çıkmıştır. Yönetim tekniği olduğu kadar bir değeri de ifade eden bu kavramların hayata geçirilebilmesi için yurttaşların yönetime ilişkin şikâyet, talep, görüş ve önerilerini kolayca iletebilmelerine yönelik iyi işleyen, hızlı ve etkin bir sistemin kurulması, yönetimin başarısı için olduğu kadar, demokrasinin sağlıklı bir biçimde işlemesi açısından da vazgeçilmez bir gerekliliktir” ifadesine yer verilerek, birey-idare ilişkisinde yaşanan anlayış değişikliğine dikkat çekilmiştir.

## 3. 2018/3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi

İyi idare hakkı ile ilişkili olan 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi,<sup>44</sup> kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sorun çözen, çözüm üreten, sonuç ve vatandaş odaklı devlet anlayışı ile bürokrasinin azaltılmasının, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin öncelikli hedeflerinden olduğunu, kamu hizmetlerinde hantallığa sebep veren hususların ortadan kaldırılmasını, bireylere hizmetlerin süratli ve en iyi şekilde sunulmasını, devlet ve millet bütünleşmesini zedeleyen davranışlardan kaçınılması gerektiğini, bu itibarla kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan tüm başvurularda, talebin sonuçlandırılması başka bir idari makamın görev alanında kalsa dahi, başvuruların anında incelenerek takip edileceğini, talebin ilk başvuru yerinde sonuçlandırılmasına özen gösterileceğini, başvuru sahibine yapılan işlemler hakkında gecikmeksizin nihai ve kesin bilgi verileceğini, başvuruların süratli ve doğru sonuçlandırılması amacıyla gereken tüm tedbirlerin alınacağını belirtmektedir.

Bu genelge, iyi idare hakkı bakımından bireylere, bilgi edinme, makul sürede cevap alma ve dinlenilme haklarına katkı sağlamaya yönelik olup, birey-idare ilişkisinde vatandaş odaklı yaklaşımı öngören bir düzenlemedir.

<sup>44</sup> RG, 12.10.2018, S. 30563.

## F. Yargısal İçtihatlar Bakımından İyi İdare Hakkı

### 1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında İyi İdare Hakkı

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun<sup>45</sup> m. 45'te düzenlenen; "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir" hükmü uyarınca, AYM önünde ihlal edildiği ileri sürülen hakların; Anayasa'da, AİHS'de ve Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında sayılan haklardan biri olması gerekmektedir.

Anayasa'da iyi idare hakkı doğrudan düzenlenmiş bir hak değildir. Ancak, AB bakımından, bu hakkın düzenlendiği Temel Haklar Şartı'nın, 2009 yılında kabul edilen Lizbon Antlaşması m. 6 ile AB'nin antlaşmaları ile aynı değere sahip olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, iyi idare hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurulması durumunda, mahkemenin bu hakka ilişkin yargılama yapmasına bir engel bulunmamaktadır.

AYM tarafından verilen kararlar incelendiğinde, iyi idare hakkının doğrudan ele alındığı kararlara rastlanılmamıştır. Ancak yüksek mahkemenin, iyi idare hakkının bileşenlerinden olduğu kabul edilen ilkelere ilişkin yaptığı bazı değerlendirmeler mevcuttur.

İyi idare hakkının içerisinde bulunan iyi yönetim ilkelerinden biri idarenin kararlarının gerekçelerini belirtme zorunluluğudur. AYM, idarenin, bu gerekçeyi açıklık ilkesine uygun olarak ifade etmesi gerektiğini belirtmektedir. AYM bir kararında,<sup>46</sup> bu ilkelere doğrudan te-

<sup>45</sup> RG, 03.04.2011, S. 27894.

<sup>46</sup> "Somut olayda ne idarenin ne de derece mahkemelerinin kararlarında başvuru-  
cunun başörtüsü kullanmasını saldırgan, başkalarının inançlarına müdahale eden  
nitelikte, baskıcı ve/veya tahrik edici olduğu ya da kendi inancını zorla dayatma  
amacı bulunduğu veya kurumsal işleyişi tahrip ettiği, birtakım karışıklıklara ve  
düzensizliklere neden olduğu gösterilmiştir. Kamu makamları sadece başvuru-  
cunun başörtüsünü çıkarmamakta ısrarlı olduğu yönünde bir tespit bulunmuşlar,  
ancak başvuru-  
cunun bu ısrarının ne gibi olumsuzluklara yol açtığı/açabileceği  
yönünde bir değerlendirmeye yer vermemişlerdir. Bu nedenle başvuru-  
cunun di-  
nini açığa vurma hakkına yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunması için  
hangi zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği anlaşılammaktadır.", AYM,  
18.07.2018, Baş.Nü. 2015/8491, www.kazanci.com.tr, (25.03.2020).

mas etmemekle birlikte; bir kamu kurumunca yapılan devlet memurluğundan çıkarma işleminde; idare tarafından, başvuru fiilinin ne olduğunun ortaya konduğunu ancak bu fiilin kamu düzeninin korunması bakımından yol açtığı olumsuzlukların ne olduğunun açıkça belirtilmediğini, bu sebeple başvuru fiilinin hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. Başka bir anlatımla, AYM'ye göre, bireyin memuriyetine son veren işlemin gerekçesinde, yalnızca bireyin fiiline (başörtüsü takma) yer verilmesi, bireyin fiilinin yarattığı olumsuz durumdan (kamu düzenini bozan olumsuzluklar) bahsedilmemesi, din ve vicdan hürriyeti bakımından bir hak ihlali oluşturmaktadır.

İdari işlemin gerekçeli olması ve gerekçenin işlem bakımından yeterince açık olması gerekliliğine ilişkin bir başka AYM kararında, idare tarafından verilen idari para cezası işleminin, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı hususunun, ilgili ve yeterli gerekçe ile ortaya konulamaması sebebiyle, başvuru fiilinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığına karar verilmiştir.<sup>47</sup> Bir başka AYM kararında ise; idari makamlarca başvuruya konu internet sitesine tümüyle erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememesinin basın özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> "Somut olayda Fakülte yönetiminin ya da Hâkimliğin Fakülte bahçesinde gerçekleştirilen toplantının barışçıl olmadığına, kamu düzeninin bozulduğuna veya bozulma tehlikesinin ortaya çıktığına, eğitimin işleyişinin aksadığına ya da yaptırım konusu afişin asılı kaldığı -yaklaşık- üç saat boyunca herhangi bir gerginliğe sebebiyet verdiğine dair bir tespiti ve değerlendirmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşullarında barışçıl bir protesto gösterisi sırasında başvuruya konu afişin asılması nedeniyle başvuru fiilinin idari para cezası ile cezalandırılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ilgili ve yeterli gerekçe ile ortaya konulamamıştır. Unutulmamalıdır ki barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan ve bir gösteride yasaklanmamış davranışlarda bulunan kişilerin toplantı hakkı, herhangi bir kınanabilir olaya karışmadıkları sürece en hafif kabul edilecek cezanın dahi uygulanmamasını gerektirir. Zira bu tip soruşturmalar veya cezalandırmalar caydırıcı etki doğurma potansiyeli taşımaktadır. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, somut olayın koşullarında başvuru fiilinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı Anayasa'nın 34. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.", AYM, 28.05.2019, Baş.Nu. 2016/50678, RG, 05.07.2019, S. 30822.

<sup>48</sup> "5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (3) numaralı fıkrasında; aralan madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının ihlalin gerçekleştiği yayın,

AYM'nin, iyi idare ilkelerinden olan dinlenilme hakkına, dolaylı olarak da olsa değindiği kararlar mevcuttur. Mahkeme, TSK'da görev yapan bir kişiye, BİMER başvurusu yapmasından dolayı verilen "uyarma" cezasına ilişkin olarak, bireyin, haksız cezalandırıldığı hususunda idareye yaptığı başvuruların dinlenilmemesi üzerine BİMER'e başvurusu sonucunda kendisine ceza verilmesini, ifade hürriyeti bakımından ihlal saymıştır.<sup>49</sup>

kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb.) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilebileceği, ancak teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişim engellemesinin yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm karşısında içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği hususunda bir gerekçelendirme de yapılmadığı dikkate alındığında başvuruya konu internet sitesine tamamıyla erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin ifade ve basın özgürlükleri önünde orantısız müdahale teşkil ettiği açıktır. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında idari ve/veya yargısal makamlarca başvuruya konu internet sitesine tümüyle erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.", AYM, 11.03.2020, Baş.Nu.: 2015/16368, 02.05.2020, S. 31115.

<sup>49</sup> "Başvurucunun şikâyet dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde dilekçenin saldırgan bir üslupla yazılmış olmasından daha çok yardım isteği ve çaresizliği vurgulayan ifadeler içerdiği anlaşılmaktadır. Başvurucu, özellikle diğer askerî personelin sorumlu olduğu alanlar ile kendi çalıştığı ve sorumlu olduğu alanlar açısından haksızlığa uğradığını ifade etmiş; disiplin cezası uygulamalarında özellikle kendisinin hedef alındığını, sağlık sorunlarının görmezden geldiğini ve savunmalarının dikkate alınmadığını açıklamaya çalışmıştır. Disiplin amiri, başvurusunun şikâyet usulüne aykırı davrandığından bahisle başvurucaya disiplin cezası vermiştir. Başvurucunun şikâyet konusu ettiği hususların askerî yapı içinde ve sıralı amirler nezdinde çözülebilecek kişisel sorunlar olduğu, askerî makamlara zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak özellik taşımadığı, dilekçenin ulaştırıldığı BİMER'in kamu kurumları içinde yer aldığı ve içeriğinin kamuoyuna yansıtılmadığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak askerî hiyerarşi ve disiplin içinde bulunanlara yönelik olarak belirli şikâyet usulleri ve bunların dayandırıldığı disiplin yaptırımları bulunmasının demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı söylenemez. Fakat yukarıdaki hususlar dikkate alındığında ve somut olayın koşullarında, kendisini de etkileyen birim içindeki birtakım haksız uygulamalarla ilgili olarak görev yaptığı birimdeki sıralı amirlerine yaptığı başvuruların sonuçsuz kalması nedeniyle Başbakanlığa bağlı bir kamu kurumu olan BİMER'e dilekçe gönderilmesine "uyarma" cezası ile yaptırım uygulanmasının demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı değerlendirilmiştir. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.", AYM, 16.11.2017, Baş.Nu. 2014/12143, RG, 05.01.2018, S. 30292.

AYM kararları incelendiğinde, doğrudan iyi idare hakkı bakımından bir değerlendirme yapılmadığı, ancak idare tarafından yapılan işlemlerin incelenmesi sırasında belirlenen kriterlerin aslında iyi idare hakkı kapsamında kalan ilkeler olduğu görülmektedir. Dolaylı bir bakışla, Türk Hukuku'nda, iyi idare hakkı bakımından, bireylere AYM kararlarıyla yargısal koruma sağlandığını söylemek yanlış bir tespit olmayacaktır.

## 2. Danıştay Kararlarında İyi İdare Hakkı

Danıştay kararlarına iyi idare hakkı açısından bakıldığında, idarenin faaliyetlerinde açıklık, şeffaflık, idari işlemin objektif kriterlere dayanması, idari işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesi gibi ilkelere yer verildiği görülmektedir. Danıştay tarafından bu ilkelere atfı yapılmaması, iyi idare hakkının geleceği bakımından olumlu bir gelişme değildir.

Danıştay, idarenin faaliyetlerinin açıklık ilkesine uygun olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>50</sup> Bu yöndeki kararlarda, açıklık ilkesinin, idari işlemin kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz eden bir ilke olduğu vurgulanmıştır.<sup>51</sup> Başka bir anlatımla, açıklık ilkesinin göz

<sup>50</sup> "Belediye hizmet alanı kullanımı irdelendiğinde; 1/5000 ölçekli nazım imar planlarında, mekânsal kullanımın "belediye hizmet alanı" olarak gösterilmesinin yeterli olduğunun kabulü gerekmele birlikte, ulaşım yükü, nüfus ve yapı yoğunluğu başta olmak üzere planlama alanına birbirinden çok farklı etkileri bulunan ve yukarıda yer verilen tanımında örnekleme yoluyla sayılan tesisleri, bir bütün olarak kapsayan "belediye hizmet alanı" gösterimi, uygulama imar planı ölçeğinde tek başına yeterli olamamakta, bu gösterim altında hangi belediye faaliyetinin icra edileceğinin belirtilmesi suretiyle kesin kullanım türünün gerek uygulama işlemlerine dayanak oluşturacak ölçüde, gerekse hukuki ihtilaf halinde yargısal incelemeye elverecek açıklıkta somut olarak gösterilmesi zorunluluk arz etmektedir.", Dan.6.D., 23.12.2016, E.2016/11007, K.2016/9333, www.kazanci.com.tr, (15.03.2020).

<sup>51</sup> "Kamulaştırma işlemlerinde acelelik halinin uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu Kararında, acelelik hali ve bu hali gerekli kılan durumlar ile gerek acele kamulaştırmanın konusu, gerekse acele kamulaştırılacak taşınmazlar açıklıkla gösterilmek suretiyle acele kamulaştırmanın kapsamı ve çerçevesinin belirlenmesi, acelelik halinin dışındaki durumlar için Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasını sağlayacak ayrıntıya kararda yer verilmesi, yasa koyucu tarafından acelelik halini belirleme konusunda Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin başka bir makam ya da merci tarafından kullanılması sonucunu doğuracak, yetki devrini içerecek unsurlar taşınmaması gerekmektedir.", DİDDGK, E.2010/979, T. 13.01.2011 (YD Kararı), www.kazanci.com.tr, (16.03.2020); Aynı yönde bkz. Dan.13.D., 10.02.2010, E.2007/1724, K.2010/1168, www.kazanci.com.tr, (16.03.2020).

ardı edilmesi durumunda, idari işlemin uygulama alanı yani kapsamı belirsiz hale gelebilecektir. Ezcümle, Danıştay tarafından açıklık belirtilmese de iyi idare ilkelerinden biri olarak kabul edilen açıklık ilkesinin ihlalinin, dolaylı olarak iyi idare hakkının da ihlali anlamına geldiği görülmektedir.

Danıştay, iyi idare ilkesine ilişkin olarak şeffaflık ilkesine de bazı kararlarında yer vermektedir. Bu kararlarda, şeffaflık, devletin ekonomik, siyasî, idarî ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesi olarak tanımlanmış, şeffaflık ilkesini tamamlayan haklardan en önemlisinin de bilgi edinme hak ve özgürlüğü olduğu ifade edilmiştir.<sup>52</sup>

İyi idare ilkesi ile bağlantılı olan idari işlemin objektif kriterlere dayanması ilkesi, Danıştay kararlarında yer bulan bir ilkedir. Danıştay; hakkında disiplin soruşturması açılan dekan tarafından, davacının disiplin amiri sıfatıyla davacı hakkındaki disiplin soruşturmasının karara bağlamasının, objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri ile bağdaşmaya-

<sup>52</sup> “Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve idarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre ve güvenilir bir sistem içerisinde yürütmesinde, etkili ve önemli araçlardan biri de “idarenin şeffaflığı ilkesi”dir. Şeffaflık, devletin ekonomik, siyasî, idarî ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesi olarak tanımlanabilir. Şeffaflık ilkesini tamamlayan haklardan en önemlisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür...Ülkemizde ÖSYM tarafından merkezi olarak yapılan ve yüzbinlerce öğrencinin katıldığı sınavların hemen akabinde soru ve cevapların kamuoyuna açıklanması şeklinde bir teamülün bulunduğu açık olup, bu durumun sınav soru ve cevaplarının kamuoyunda tartışılmasının önünü açmasını yanında, katılımcılara girmiş oldukları sınavlardaki kendi cevaplarıyla idarece açıklanan cevapları karşılaştırılarak sınav hakkında genel bir kanaate ulaşmalarında yol gösterici olabileceği gibi, gerek sorularda gerekse idarece açıklanan cevaplarda herhangi bir hata olması halinde bu hataların düzeltilmesine de yardımcı olacağı kuşkusuzdur. Bu suretle, daha önceki yıllarda yapılan sınavların soru ve cevaplarını 6114 sayılı Kanun’un 9. maddesi uyarınca açıklayan davalı idarenin dava konusu işlemle soru ve cevapları yayımlamama kararı alması, hatalı soru ve cevapların tespit edilememesine ve katılımcıların mağduriyet yaşamasına sebebiyet verecektir. Soruların ve cevaplarının bilinmediği ve tartışılmadığı ortamda da ne idarece hatalı sorunun iptaline karar verilebilecek ne de katılımcılar haklarını arayabileceklerdir. Bir başka ifadeyle, sınavda sorulan sorular ve idarece kabul edilen cevaplara ilişkin olarak kamuoyuna bilgi verilmemesi halinde, sorular ve (resmî) cevapları hakkında herhangi bir bilgisi olmayan bir katılımcının sınav sonucuna itiraz hakkının fiilen ortadan kalkacağı ya da zorlaşacağı, bunun da hak arama özgürlüğünün sınırlanması anlamına geleceği açıktır.”, Dan.8.D., 30.04.2015, E.2014/8893, K.2015/3715, www.kazanci.com.tr, (03.05.2020).

cağını belirtmektedir.<sup>53</sup> Ayrıca mahkeme objektifliği, idarenin takdir yetkisinin kullanımı esnasında da kullanılması gereken bir ilke olarak görmektedir. Başka bir anlatımla, Danıştay kararlarında, idarenin takdir yetkisini kullanırken de somut ve nesnel kriterlere dayanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>54</sup>

Danıştay'ın, iyi idare hakkına ilişkin ilkelerden olan idari işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesi hususunda da kararları mevcuttur. Danıştay bu yöndeki bazı kararlarında, AİHM içtihatlarına da atıfta bulunarak, bireylerin menfaatlerini etkileyecek nitelikteki idari işlemlerde, bu işlemlere karşı gidilebilecek dava yollarına ilişkin usul kurallarının açık bir şekilde belirtilmemesi ve bu sebeple bireylerin dava haklarını kaybetmeleri, mahkemeye erişim hakkını engelleyecek nitelikte katı bir yorum olduğunu kabul etmektedir.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> "Hakkında disiplin soruşturması açılan dekan tarafından davacının disiplin amiri sıfatıyla davacı hakkındaki disiplin soruşturmasını karara bağlaması objektif ve tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmayacağı açık olduğundan, işlemin rektörlük tarafından tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.", Dan.8.D., 13.12.2011, E.2011/7200, K.2011/6665, www.kazanci.com.tr, (16.03.2020).

<sup>54</sup> "4059 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde, sözü edilen müsteşarlıklar ile Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü personeline "ek ödeme yapılabilir" ibaresi yer aldığından; bu kapsamdaki personele ek ödeme yapılıp yapılmayacağı hususunda idareye takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak idarece bu yetki kullanılmak suretiyle bir düzenleme yapılırken veya bu düzenleme uygulanarak bireysel işlem tesis edilirken, başka bir anlatımla düzenleyici kural kişiye uygulanmak suretiyle işlem somutlaşırken, anılan yetkinin objektif esaslar içinde kullanılması, hukuk kurallarını ve hukukun genel esaslarını da ihlal etmemesi gerekmektedir.", Dan.11.D., 19.02.2003, E.2000/10901, K.2003/739, www.kazanci.com.tr, (18.03.2020).

<sup>55</sup> "Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği kapsamında yapılan sözlü sınavda, sınav sonucuna ilişkin olarak tesis edilen işleme karşı aynı Yönetmeliğin 16. maddesinde öngörülen özel itiraz usulü uyarınca itiraz edilmesi durumunda anılan işlemin, davalı idarece itiraz başvurusunun sonuçlandırılmasıyla kesinleşeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle; dava konusu uyuşmazlıkta, davalı idarece itirazın sonuçlandırılması ile sözlü sınav sonucuna ilişkin idari işlem kesinleşmiş olup, dava açma süresi, kesin işlemin tebliğ edildiği tarihten itibaren yeniden başlatılması gerekmektedir. Nitekim, benzer bir konudaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15/10/2012 günlü, E:2008/94, K:2012/1594 Sayılı kararı da bu yönde olup, AİHM; süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında bireylerin dava açma haklarını engelleyecek şekilde katı bir yoruma tabi tutulmaması veya söz konusu koşulların katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. Beles/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51; Tricard/Fransa, B. No: 40472/98, 10/7/2001, §33).", Dan.2.D., 26.03.2018, E.2016/3710, K.2018/1962, www.kazanci.com.tr, (02.04.2020); Aynı yönde, "Nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava



Yukarıda yapılan değerlendirmeler neticesinde, Danıştay kararlarında, iyi idare hakkı kavramından açıkça bahsedilmemekle birlikte, bu hakkın kapsamı içerisinde olduğu kabul edilen iyi idare ilkelerine azımsanamayacak ölçüde yer verildiği görülmektedir.

### III. İyi İdare Hakkı ve İlgili İlkelere Kavramsal Bakış

Çalışmada, uluslararası hukuk metinlerinde ve Türk pozitif hukuku düzenlemelerinde izi sürülen iyi yönetim hakkı ve bu hakka ilişkin ilkelerin kapsamı her geçen gün genişleyen bir niteliğe sahiptir. Hızla değişen toplumsal yapı ile devletlerde/uluslararası kuruluşlarda yaşanan değişim ve yaygınlaşan demokrasi anlayışı karşısında, iyi idare hakkının statik bir hak olması beklenemez. Ayrıca iyi idare hakkı, diğer temel hak ve hürriyetlerle de sıkı biçimde ilişki içerisinde olan bir haktır. İdarenin iyi idare ilkelerine aykırı işlem ve eylemleri ile çoğu zaman bireyin diğer hak ve hürriyetleri de ihlal edilebilmektedir. Bu sebeple iyi bir idare hakkının korunması yönündeki çalışmalar, diğer birey hak ve hürriyetleri bakımından da güvence sağlar.

İyi idare ilkelerinin genişleyen ve sınırlandırılmayan özellikleri, bu kavramların dinamik niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, iyi idare ilkelerini net bir çerçeveye belirleme gayreti de anlamsızdır. İyi idare kavramını ancak kesin bir yargıya ulaşma çabasından uzak bir şekilde tanımlamaya çalışmak gerekmektedir.

Ancak gerek uluslararası hukuki düzenlemeler gerekse Türk pozitif hukuku düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, iyi idare hakkına ilişkin hak ve ilkeleri; dinlenilme (yönetime katılma, savunma) hakkı, bilgi edinme hakkı, hukuki yardım ve temsil hakkı, idari işlemin gerekçeli olması ilkesi, işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi gerekliliği ilkesi ve olarak saymak mümkündür.

---

açma süreleri dışında ayrı dava açma süreleri öngörülmuş olan idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri idare tarafından ilgililerine bildirilmedikçe, özel dava açma sürelerinin işletilmesine, Anayasa'nın 40. maddesi hükmü uyarınca olanak bulunmamakta olup, 2577 sayılı Kanun'da açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesi zorunludur.", DİDDGK, 03.07.2017, E.2017/640, K.2017/2734, www.kazanci.com.tr, (24.04.2020).

### A. Dinlenilme (Yönetime Katılma) Hakkı

Dinlenilme (yönetime katılma) hakkı; bireyin idari makam tarafından yapılacak olan işlemle hukuki durumunun sınırlandırılacağı veya bazı yükümlülüklerinin doğacağı durumlarda,<sup>56</sup> bilmediği maddi vakıalara ilişkin olarak görüşlerini ifade edebilme hakkı olup, doktrinde bu hakkın, genellikle Türkiye’de disiplin hukuku kapsamında savunma hakkı<sup>57</sup> şeklinde somutlaştığı belirtilmektedir.<sup>58</sup> Bu hak, işlemin ilgisine kendi vakıa ve delillerini ileri sürme fırsatı tanıyarak bireyi idari usulün bir parçası haline getirmektedir.<sup>59</sup> Ancak bireye dinlenilme hakkı tanınması, tek başına iyi bir işlem tesis edilmesini sağlamamakta, dolayısıyla iyi idare hakkının gerçekleşmesi bakımından idari işlemlerin hukuka uygun olarak tesis edilmesi de gerekmektedir.<sup>60</sup> Daha açık bir ifade ile bireyin idarenin yapacağı işlem hakkında görüşlerini açıklayabilmesi, hukuka aykırı olan bir idari işlemi meşrulaştırmamaktadır.

Dinlenilme hakkı, idarenin karar almadan evvel, menfaatlerinin çatışması muhtemel bireyleri birlikte dinlenilmesini gerektirmekte, bu sebeple dinlenilme hakkının hangi hallerde uygulanacağını tespit edilmesi hususu önem kazanmaktadır.<sup>61</sup> Hakkın kapsamı bakımından, yalnızca bireysel menfaatlerin değil, bir grup birey veya toplum menfaatinin etkileneceği işlemlerde, ilgili tüm bireylerin görüşlerinin din-

<sup>56</sup> Doktrinde; dinlenilme hakkının yalnızca hak, hürriyet ve menfaat ihlallerinin söz konusu olduğu işlemlerde uygulanması gerektiği, ilgililerin taleplerinin tamamen karşılanacağı idari işlemler bakımından bu hakkın tanınmasına gerek olmadığına ilişkin görüş için bkz. Gürsel Özkan, “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 59.

<sup>57</sup> “İdare hukukunda savunma hakkı; idari yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin, isnad edilen fiili işlemediği veya işlemiş olmasına rağmen daha az cezanın takdir edilmesini gerektirecek bir takım bilgi, belge ve olgulara ilişkin imkân ve kolaylıklara sahip olmasını ifade etmektedir.”, Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, Y. 2014, S. 1, s. 137.

<sup>58</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 497.

<sup>59</sup> Melike Özge Çebi Buğdaycı, “İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, S. 1, s. 30.

<sup>60</sup> Annamaria Bonomo, “İyi İdare İlkesi ve İdarenin Sükûtu”, Çev. Nuray Sümer, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, Y. 2019, s. 956.

<sup>61</sup> Zehra Odyakmaz, “İdari Usulden Beklediklerimiz”, “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 5

lenilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu hak sadece yapılması ilgililerin talebine bağlı idari işlemler bakımından değil, aynı zamanda idarenin re'sen tesis edeceği idari işlemler hakkında da geçerlidir.<sup>62</sup> Bu sebeple, dinlenilme hakkının yönetime katılım işlevi bakımından yalnızca birel işlemlerde değil, düzenleyici nitelikteki işlemlerde de uygulanması gerekmektedir. İdarenin düzenleyici işlemi tesis etme aşamasında, vatandaşların görüşlerinden yararlanması da demokratik bir yönetimin gereğidir.<sup>63</sup>

Demokratik bir idareyi ve hukuk devletini gerçekleştirmeye hizmet eden,<sup>64</sup> bireylerin kendilerini idare karşısında ifade edebilmelerini ve/veya savunabilmelerini de kapsayan dinlenilme hakkı, idareye mutlak suretle bireyin talepleri doğrultusunda işlem tesis etme mükellefiyeti vermemektedir. Bu hakkın doğurduğu yükümlülük, idarenin bireyin görüşlerini dikkate alma yükümlülüğüdür.<sup>65</sup>

Sonuç olarak dinlenilme hakkı, idari işlemin yapılış sürecinde açıklık ve katılım ilkelerine hizmet eden ve haklarını, özgürlüklerini yahut mevcut hukuki durumlarını sınırlayan bir idari işlemin tesisi sürecinde, işlemin ilgisine kendi vakıa ve delillerini ileri sürme fırsatı tanıyarak onu idari usulün bir parçası haline getiren, önemli bir usuli güvencedir.

## B. Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkı; bireylerin, kamu kurum ve kuruluşlarının icra ettikleri görevlerden dolayı sahip oldukları bilgilere gerek başvuru-

<sup>62</sup> Çebi Buğdaycı, s. 33.

<sup>63</sup> Doktrinde savunma hakkının, kanunla düzenlenmemiş olsa dahi hukukun genel ilkesi niteliğinde bir ilke olarak kabul edildiği ve bu ilkenin "audi alteram partem (diğer tarafı da dinle)" özdeyişiyle ifade edildiği, ancak bu ilkenin muhakeme hukukundan esinlenilmiş olması ve idarenin, işlemin yapılış sürecinde bir muhakeme makâmı değil bilakis işlemin tarafı oluşu sebebiyle savunma ilkesinin hukukun genel ilkesi olarak kabulünün mümkün olmadığına ilişkin görüş için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, (İdare Hukuku), s. 864.

<sup>64</sup> Gül Üstün/Turan Yıldırım (Ed.) /Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 540.

<sup>65</sup> Lütfi Duran, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 31.

rı neticesinde gerekse idarenin kendi inisiyatifleriyle erişebilmeleridir.<sup>66</sup> Başka bir anlatımla bilgi edinme hakkı; idarenin tek yanlı iradesi ile oraya koyduğu hukuk düzenine ilişkin değişiklikler hakkında, ilgili bireylerin, işlemin niteliği ve sonuçları hakkında bilgi alabilmesini sağlayan haktır.<sup>67</sup>

Bilgi edinme hakkının klasik tanımında belirtilmeyen ancak bireylerin bu hakkı kullanabilmeleri için gerekli olan bir önkoşul daha mevcuttur. Bu önkoşul, bir bilgiyi isteyebilmek için, bireylerin o bilginin “varlığı” hakkında bilgi edinmiş olması veya bu yönde bir kuşkunun doğmuş bulunması olup, uygulamada genellikle bu önkoşulun sağlanamadığı belirtilmektedir.<sup>68</sup>

Bu hak, yönetimde açıklığı sağlayan, bireyleri tebaa durumundan çıkarıp, sunulan kamu hizmetlerinden yararlanan statüsüne yükselten bir hak olup, demokratik yönetimin en önemli unsurlarından biridir.<sup>69</sup>

### C. Hukuki Yardım ve Temsil Hakkı

Hukuk devletinde bireyler, hukuki bilgi yetersizliği sebebiyle hak veya menfaat kaybına uğramamalıdır.<sup>70</sup> Bu anlamda hukuki yardım ve temsil hakkı; hak ve menfaatini savunmakta yetersiz kalan bireylerle gerekli hukuki yardımın yapılmasını ve temsilci aracılığıyla hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlayan bir haktır.<sup>71</sup>

Hukuki yardım ve temsil hakkına ilişkin olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli, (77) sayılı ve “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı tavsiye kararında, ilgilinin idari usulde yardımcı kullanmaya veya kendisini temsil ettirme-

<sup>66</sup> Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK), “25 Soruda Bilgi Edinme Hakkı”, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Yayınları: 3, Ocak, 2015, s. 7.

<sup>67</sup> Koçak, s. 121.

<sup>68</sup> Çal, s. 164.

<sup>69</sup> Ramazan Yıldırım, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 228; Ebru Şimşek Eren/Ahmet Güven, “Demokratik ve Şeffaf Yönetimi Anlamlandıran Bir Hak: Bilgi Edinme Hakkı”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 260.

<sup>70</sup> Ali Kadioğlu, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 82.

<sup>71</sup> Hasan Dursun, “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 79, S.456, 2007, s. 222.

ye yetkili olduğu, bununla birlikte, bireyin kendi başına da işini takip etmesinin daima serbest olduğu belirtilmiş ancak bazı işlemlerin ilgili tarafından bizzat yapılması veya usulün belirli aşamalarına ilgilinin bizzat katılması zorunluluğunun bulunduğu durumların bu ilkenin kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir.<sup>72</sup>

Hukuki yardım ve temsil hakkının düzenlendiği bazı ülkelerde, idarenin bireye yol gösterme yükümlülüğünün ihlali idari işlem veya kararı etkiliyorsa, bu işlem ya da karar hukuka aykırı hale gelmektedir.<sup>73</sup>

#### D. İdari İşlemin Gerekçeli Olması İlkesi

İdare, faaliyetlerini icra ederken birçok konuda takdir yetkisine başvurmakta, ancak bu yetki, idareye sınırsız şekilde ve keyfi davranabilme imkânı tanımamaktadır.<sup>74</sup> İdareye tanınan takdir yetkisi, idari işlemi gerekçeli olmaktan alıkoyamaz.<sup>75</sup> Takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi konusunda yaşanan güçlükler göz önünde bulundurulduğunda, idari işlemin gerekçeli olması ilkesinin, idarenin denetiminde önemli bir işleve sahip olduğu açıktır.<sup>76</sup>

Hukukumuzda, idari işlemin gerekçeli olmasını zaruri kılan genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte,<sup>77</sup> idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir.<sup>78</sup> Yalnızca idari işlemin veya kararın dayanağı olan normun belirtilmesi veya kararda norma ilişkin beyanlar bulunması, idari işlemin gerekçeli olması ilkesini gerçekleştirilmemektedir.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> Dursun, s. 223.

<sup>73</sup> Örneğin, Alman Hukukunda; yol gösterme ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması, oluşan idari işlem veya kararı etkilemesi durumunda, işlem veya kararın hukuka aykırı hale gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2000, (İdari Usul İlkeleri), s. 131.

<sup>74</sup> Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, (İdari Yargı), s. 191.

<sup>75</sup> Akıllıoğlu, s. 52.

<sup>76</sup> Sinan Seçkin/Gül Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Y. 2015, C. 21, S. 2 (Özel Sayı), s. 524.

<sup>77</sup> Bazı özel düzenlemelerde gerekçe bildirilmesi ilkesi şekil şartı olarak belirlenmiştir.

<sup>78</sup> Akyılmaz, (İdari Usul İlkeleri), s. 200.

<sup>79</sup> İbrahim Bağcı, "Hukuk Devletinde İyi İdare", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara,

İyi idare hakkının kapsamında bulunan idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi, birey hak ve menfaatlerini korumaya hizmet eden ilkelerden biridir. Bu ilkenin pozitif hukukumuzda bir idari usul ilkesi olarak düzenlenmemiş olması sebebiyle, en azından birey hak ve menfaatlerinin etkilendiği idari işlemlerde mutlak suretle uygulanması gerekliliği doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmektedir.<sup>80</sup> Ancak, demokratik bir hukuk devletinde idarece, birey hak ve menfaatlerinin etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, hesap verebilirlik ilkesi uyarınca, idari işlemlerin gerekçeli olarak yapılması gerekmektedir.

### E. İşleme Karşı Başvuru Yollarının Gösterilmesi Gerekliliği İlkesi

İşleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi gerekliliği ilkesi, idari işleme karşı başvuru hakkını kullanacak olan ilgiliye, başvurulacak hukuki yolların, başvuru mercilerinin, sürelerin ve başvuru sürecinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği bilgisinin, idare tarafından ilgiliye bildirilmesidir.<sup>81</sup>

Bu ilkeye ilişkin olarak, Anayasa m. 40/2'de; "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" düzenlemesi mevcut olup, düzenleme gerekçesinde; bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı, dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline geldiği belirtilmiştir.<sup>82</sup>

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, düzenleyici idari işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesinin, kural koyma tekniğine ve sanatına aykırı, garip bir uygulama olduğu, bireysel idarî işlemlerin önemli bir kısmının, ilgisine yükümlülükler getiren değil, haklar

1998, s. 287.

<sup>80</sup> Burcu Erdinç, İdari İşlem Kuramında "Yokluk", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 152.

<sup>81</sup> Yeliz Şanlı Atay, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 96, s. 295.

<sup>82</sup> Yunus Emre Yılmazoğlu/İsmail Emrah Perdecioğlu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 231.

getiren olumlu işler olduğu belirtilmekte, ilgili kişinin dava açmayı düşünmeyeceği işlemlere ilişkin olarak idarenin böyle bir yükümlülük altına sokulmasının idareye yüklenilen gereksiz bir külfet olduğu belirtilmektedir.<sup>83</sup> Ancak, bazı bireylerin hak ve menfaatlerini müspet olarak etkileyen idari işlemlerin, başka bireyleri menfi yönde etkilemesi mümkündür. Bu durumda, hak veya menfaati olumsuz etkilenen kişinin, bu işlemlere karşı yargı yoluna gidebilmeleri gerekir. Ayrıca, işlemin, bireye hak sağlayıp sağlamadığının takdiri de idare tarafından kullanılacağına göre, böyle bir ayırımın yapılması, gelecekte hak veya menfaati ihlal edilen kişilere de başvuru yollarının gösterilmemesi keyfiyetini idareye sağlama riski ihtiva etmektedir.<sup>84</sup>

İşleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi gerekliliği ilkesinin gerekliliği, idarenin işlemlerine karşı yargısal yollara başvuru hakkı bulunan bireyin bu hakkını etkin olarak kullanabilmesinin en önemli güvencelerinden biridir. Bu anlamda ilke, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkeleri ile de sıkı bir ilişki içerisinde.

## SONUÇ

Menfaat teorisi (interest theory) kapsamında hak; kişilerin hukuk düzenince tanınan ve korunan menfaatleridir ve sahibine bir takım talep yetkileri bahşeder.<sup>85</sup> Bu teori kapsamında iyi idare hakkı genel hatlarıyla; "bireyin hukuk düzenince tanınan ve korunan menfaatlerini ilgilendiren işlem ve eylemlerin, iyi idare ilkelerine uygun olarak icrasını talep edebilme yetkisi" şeklinde tanımlamak mümkündür.

İyi idare hakkının ihtiva ettiği ilkeleri ve bu ilkelerin muhteviyatını kapsayan kazuistik bir tanım yapabilmek hem zor hem de gereksizdir. Çünkü iyi idare hakkının kapsadığı ilke ve kavramlar, demokrasi anlayışının ve toplumsal gelişimin devam ettiği ölçüde gelişecek ve değişecektir. Bu sebeple iyi idare hakkını dinamik bir hak olarak nitelemek mümkündür.

<sup>83</sup> Gözler, C. I, s. 838.

<sup>84</sup> Emre Akbulut, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *TBB Dergisi*, Y. 2009, S. 81, s. 7.

<sup>85</sup> Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, (İnsan Hakları), s. 68.

Ayrıca, iyi idare hakkına ilişkin ilkelerin tamamının, hukuk devleti ilkesi içerisinde yorumlanmak suretiyle hâlihazırda var olduğunu ileri sürmek de tatmin edici bir yorum değildir. Zira neredeyse tüm hakların hukuk devleti ilkesi ile yakın bir ilişki içerisinde ve bu ilkenin kapsamında mevcut olduğu ileri sürülebilir. Ancak bir hakkın gelişebilmesi, onun bağımsız bir şekilde kabul edilebilmesi ile kolaylaşacaktır.

İyi idare hakkına ilişkin ilkelerin, pozitif hukuk normlarıyla düzenlenmesinin idarenin esnekliğini azaltacağı endişesi ile birey hak ve menfaatlerinin korunması olguları karşılaştırıldığında, bu hakka ilişkin ilkelerin pozitif hukuk metinlerine alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü günümüzde birey idare tarafından kendisine hizmet götürülen ve etken süjedir. Ayrıca idarenin tek yanlı ve icrai işlemleri karşısında, hak ve menfaatleri risk altında bulunan bireyin korunması, idarenin varlık sebebinin de meşrulaşmış bir tezahürüdür.

İyi idare ilkeleri, temel hak ve hürriyetler arasındaki yerini her geçen gün sağlamlaştırmaktadır. Bu sebeple iyi idare hakkının da önemi gün geçtikçe artmaktadır. Bireylerin idare karşısında yasayacakları hak ve menfaat kayıplarının önlenmesi bakımından hayati öneme sahip bu hakkın ülkemizde somutlaşabilmesi için Genel İdari Usul Kanunu'nun, Türk pozitif hukukuna gecikmeksizin kazandırılması gerekmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, (İdari Usul İlkeleri).
- Bağcı İbrahim, "Hukuk Devletinde İyi İdare", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, ss. 286-288.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK), "25 Soruda Bilgi Edinme Hakkı", Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Yayınları: 3, Ocak, 2015.
- Duran Lütfi, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, ss. 26-34.
- Erdinç Burcu, İdari İşlem Kuramında "Yokluk", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.



- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Gözler Kemal, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kadıoğlu Ali, İdari İşlemin Şekil Unsuru, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- Karahanogulları Onur, İdari Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, (İdari Yargı).
- Odyakmaz Zehra, "İdari Usulden Beklediklerimiz", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, ss. 2-5.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, 2'nci Baskıdan 3'üncü Tıpkıbasım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Özkan Gürsel, "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, ss. 55-78.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu, Seyhan Serkan, İdare Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Üstün Gül/Yıldırım Turan (Ed.) /Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir H. Eyüp/Okay Tekinsoy Öze, İdare Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yıldırım Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, ss. 227-238.
- Yılmaz Harun, Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Yılmazoğlu Yunus Emre/Perdecioğlu İsmail Emrah, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

## Makaleler

- Akbulut Emre, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *TBB Dergisi*, Y. 2009, S. 81, ss. 1-21.
- Akıllıoğlu Tekin, "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *Amme İdaresi Dergisi*, Y. 1981, C. 14, S. 3, ss. 37-56.
- Aktan Coşkun Can, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Y. 2015, C. 7, S. 1, ss. 50-60.
- Akyılmaz Bahtiyar, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, (İyi Yönetim).
- Arsava A. Füsün, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Y. 2003, No: 1, C. 3, ss. 1-17.
- Ateş Hamza/Buyruk Gökçe Ceren, "Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Y. 2018, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel Sayısı: 1, ss. 81-98.

- Bonomo Annamaria, "İyi İdare İlkesi ve İdarenin Sükûtu", (Çev. Nuray Sümer), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 21, S. 2, ss. 953-975.
- Canıklıoğlu Meltem, "Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, DEÜ Rektörlük Matbaası, Y. 2000, ss. 93-115.
- Çal Sedat, "İdari Usul Kanunu ve Bilgi Edinme Hakkı Gereksinimi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2, ss. 149-168.
- Çebi Buğdaycı Melike Özge, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2016, S. 1, ss. 25-46.
- Çokkaş Yakup, "Dönüşen Yapısı İtibariyle Devlet Denetleme Kurulu", *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, Y. 84, S. 2, ss. 85-125.
- Deniz Bahar Yeşim, "Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 97, ss. 49-74.
- Dursun Hasan, "İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Türk İdare Dergisi*, 2007, Y. 79, S. 456, ss.219-244.
- Karahanoğulları Onur (Çev.), "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007)7 sayılı Tavsiye Kararı", *Danıştay Dergisi*, 2007, Y. 37, S. 116, ss. 1-10.
- Karakul Selman, "İyi Yönetim ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Y. 2018, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel S. 1, ss. 27-55.
- Koçak Süleyman Yaman, "Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2010, S. 23, ss. 115-125.
- Kuntbay İhsan (Çev.), "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", AB Bakanlar Komitesi Kararı, *Amme İdaresi Dergisi*, 1978, C. 11, S. 4, ss. 3-11.
- Kurt Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. 18, S. 1, ss. 131-178.
- Metin Yüksel, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2002, C. 57, S. 4, ss. 35-63.
- Odyakmaz Zehra/Güzel Oğuzhan, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlak", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 71, S. 2013/3, ss.19-55.
- Pabuççu Hakan/Kırçoğlu Tülay, "İyi Yönetişim İlkeleri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu: Kamu Görevlileri Algısı", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Y. 2018, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri Özel Sayı: 1, ss. 329-362.
- Polater Yusuf Ziya, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı", *TBB Dergisi*, Y. 2016, S. 122, ss. 99-140.
- Seçkin Sinan/Üstün Gül, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2015, C. 21, S. 2 (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan), ss. 509-533.
- Şanlı Atay Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 96, ss. 293-318.
- Şimşek Eren Ebru/Güven Ahmet, "Demokratik ve Şeffaf Yönetimi Anlamlandıran Bir Hak: Bilgi Edinme Hakkı", *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 1, ss. 257-272.

Şimşek Oğuz, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda İyi Yönetim Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2007, C. 9, S. 3, ss. 91-107.

Yılmaz Abdullah/Şahyar Akdemir Duru, "İyi İdare Hakkı Bağlamında İçişleri Bakanlığı Açık Kapı Uygulaması", *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2019, Y. 6, S. 11, ss: 17-38.

### **Mahkeme Kararları**

DİDDGK, 13.01.2011 tarihli YD kararı (E.2010/979)

DİDDGK, 03.07.2017 tarih ve E.2017/640, K.2017/2734 sayılı kararı

Dan.11.D., 19.02.2003 tarih ve E.2000/10901, K.2003/739 sayılı kararı

Dan.13.D., 10.02.2010 tarih ve E.2007/1724, K.2010/1168 sayılı kararı

Dan.8.D., 13.12.2011 tarih ve E.2011/7200, K.2011/6665 sayılı kararı

Dan.8.D., 30.04.2015 tarih ve E.2014/8893, K.2015/3715, sayılı kararı

Dan.6.D., 23.12.2016 tarih ve E.2016/11007, K.2016/9333 sayılı kararı

Dan.2.D., 26.03.2018 tarih ve E.2016/3710, K.2018/1962 sayılı kararı

### **İnternet Kaynakları**

Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

United Nations Development Programme, Reconceptualising Governance. Discussion Paper 2, Management Development and Governance Division Bureau for Policy and Programme Support UNDP, New York, 1997, [https://www.researchgate.net/publication/265292783\\_Reconceptualising\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/265292783_Reconceptualising_Governance) (erişim tarihi: 15.12.2020).

Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası, Avrupa Ombudsmanı, European Union Publications, <https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510> (erişim tarihi: 14.12.2020).

İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), Ankara, 2019, <https://www.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/iyi-yonrtim-ilkeleri-turkce/mobile/index.html# p=2> (erişim tarihi: 05.12.2020).



# DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANAN İDARİ USUL İLKELERİ\*

## PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN DISCIPLINARY LAW

Burç Volkan ZOR\*\*

**Özet:** Disiplin hukuku işlemleri birer idari işlem ve idari yaptırım olarak hukuk âleminde var olurlar. Kurum içi düzenin, disiplinin ve nihayetinde kamu yararının sağlanması amacıyla tesis edilen, kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden yaptırımlar içeren disiplin hukuku işlemlerinin birtakım usul ve ilkelere uygun olması gerekmektedir.

Çalışmada öncelikle idari işlem, idari yaptırım ve idari usul kavramları disiplin hukuku ile ilgili oldukları ölçüde incelenmiş (I), müteakiben karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda disiplin rejimi ve disiplin yaptırımları değerlendirilmiş (II) ve nihayet evrensel hukuk ilkeleri ve yargı kararları ışığında idari usul ilkeleri disiplin hukuku açısından değerlendirilerek (III) disiplin hukukunda uygulama alanı bulan idari usul ilkeleri belirlenmiştir.

Disiplin cezaları ile kişilerin bazı hakları çöğnenebilmekte ve hukuka aykırı kararlar alınabilmektedir. Veya kişi hak ettiği bir cezayı yapılan bir hata dolayısıyla iptal ettirebilmekte ve bazı suçlar cezasız kalabilmektedir. Bu gibi durumların engellenmesi, hukuka uygun ve hakkaniyetli kararlar verilebilmesi maksadıyla disiplin hukuku ile ilgili ana çerçevenin çizildiği, usul kurallarının ve disiplin hukukuna hâkim olan ilkelerin belirlendiği, kapsamı içine disiplin işlemi uygulamakla yetkili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör kuruluşlarının dâhil edildiği genel bir disiplin kanununa ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca ağır ve telafisi güç sonuçlar doğuran meslekten çıkarma disiplin cezası için ilave güvence tedbirler getirilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari İşlem, İdari Yaptırım, İdari Usul, Disiplin, Disiplin Hukuku, Disiplin Hukuku İlkeleri

**Abstract:** Disciplinary law procedures exist as an administrative act and administrative sanction in the field of law. Disciplinary law procedures, which are established for the purpose of ensuring

\* Bu çalışma, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans programı kapsamında bitirme tezi olarak hazırlanan "Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler" (2020) konulu çalışmanın makale olarak derlenmiş halidir. Tez çalışmamdaki katkılarından dolayı danışman hocam Sayın Doç. Dr. Tahir Muratoğlu'na şükranlarımı sunarım.

\*\* burcvolkan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0184-5008, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.11.2020, Kabul Tarihi: 09.12.2020

the internal order, discipline and ultimately the public interest and which contain sanctions that interfere with the fundamental rights and freedoms of the person, must be carried out in accordance with a number of procedures and principles.

In the study, firstly, the administrative act, administrative sanctions and administrative procedure have been examined to the extent that they are related to disciplinary law (I), Subsequently, disciplinary regime and disciplinary sanctions in comparative law and Turkish law were evaluated (II) and finally, administrative procedural principles were evaluated in terms of disciplinary law in the light of universal law principles and judicial decisions (III) and the principles that applied in disciplinary have been determined.

Some of the rights of the individuals can be violated with the penalties applied within the scope of disciplinary law and unlawful decisions can be taken. Or, the person can cancel his or her deserved punishment due to a mistake and some crimes can go unpunished. To prevent such situations and in order to be granted lawful and equitable decisions; a general disciplinary law, in which the main framework for disciplinary law is drawn, the rules of the law and the principles that dominate disciplinary law are determined and all public institutions and organizations and private sector organizations that are authorized to implement disciplinary action are included, is needed. In addition to this, additional assurance measures are needed for the disciplinary punishment of dismissal, which has heavy and irreparable consequences.

**Keywords:** Administrative Act, Administrative Sanction, Administrative Procedure, Discipline, Disciplinary Law, Principle of Discipline Law

## GİRİŞ

İdari işlemlerin özelliklerinden birisi de bunların hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. Yani bir disiplin işlemi hukuka aykırı dahi olsa usulüne uygun yollarla iptal edilinceye kadar geçerli ve hukuka uygun bir işlem olarak kabul edilir. Disiplin cezası ile personelin kişisel hakları ihlal edilmiş veya açık ve bariz bir şekilde kanunlara aykırı bir işlem tesis edilmiş olabilir. Ancak idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının sonucu olarak uygulanan disiplin cezası iptal edilinceye kadar kişi üzerinde tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Disiplin hukuku işlemleri kişilerin belirli haklarını kullanmalarını sınırlayan ve kişilere belirli zorlayıcı yükümlülükler yükleyen işlemler olduğundan, diğer idari işlemlere nazaran muhatabının daha çok korunması gereken işlemlerdendir. Kişi haklarının disiplin cezaları karşısında güvence altına alınması için bir takım usul kurallarına ve

ilkelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sebeple disiplin hukukuna ilişkin mevzuatta birtakım usul kurallarına yer verilmiştir. Ancak disiplin hukukunda uygulama alanı bulan idari usul ilkelerini düzenleyen genel bir mevzuat bulunmamakta, bu ilkeler Anayasa'da özel olarak düzenlenmemektedir. Biz bu ilkeleri evrensel hukuk ilkeleri, idari usul ilkeleri, disiplin mevzuatında özel olarak düzenlenen usul ilkeleri ile yargı kararlarından çıkartacağız.

Bu makalede disiplin hukuku bağlamında idari işlem, idari yaptırım ve idari usul kavramlarına (I) değinilecek, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda disiplin rejimi incelenecek (II) ve mevzuatla düzenlenen usul kuralları ile diğer önemli usul kurallarının ışığında disiplin hukukunda uygulama alanı bulan idari usul ilkelerinin neler olduğu (III) tespit edilecektir.

## I. DİSİPLİN HUKUKU BAĞLAMINDA İDARİ İŞLEM, İDARİ YAPTIRIM VE İDARİ USUL KAVRAMLARI

### A. İdari İşlem Kavramı ve İdari İşlemlerin Özellikleri

İdare faaliyetlerini idari işlem, idari eylem veya idari sözleşmeler aracılığıyla icra etmektedir.<sup>1</sup> Basit olarak tanımlayacak olursak idarenin kamu gücüne dayanan, idare hukuku kapsamında olan ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli<sup>2</sup> olarak açıkladığı iradeye idari işlem denir.

İdarenin açıkladığı iradenin bir idari işlem olabilmesi için öncelikle hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir. İşlemin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için hukuk düzeninin bu işleme bir sonuç bağlaması gerekmektedir. Örneğin, idarenin bir askeri personele aylıktan kesme cezası vermesi ve bunun sonucunda maaşından bir miktar kesinti yapılması veya memurun müstafi sayılması sonucu memuriyetinin sona ermesi idari işlemlerin hukuki sonuçlarıdır.

<sup>1</sup> Sinan Seçkin ve Gül Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 509.

<sup>2</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, 2. Baskı, s. 227; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt: I), Ekin Yayınevi, Bursa 2019, 3. Baskı, s. 719; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Cilt: II), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, 4. Baskı, s. 27.

İdarenin hukuki bir sonuç doğuran tüm işlemleri idari işlem olarak kabul edilemez. Bir işlemin idari işlem olarak kabul edilip edilmeyeceği konusundaki en ayırt edici özellik diğer kamu hukuku işlemlerinde olduğu gibi kamu gücü kullanılarak yapılmış olmasıdır.<sup>3</sup>

İdari işlemler yalnızca idari organlar tarafından yapılmazlar. Bir işlem kamu gücü kullanılarak yapılmış ve hukuki sonuç doğuran bir işlem ise idari organlar tarafından yapılmamış olsa dahi idari işlem olarak kabul edilir.<sup>4</sup> İdari işlemler kural olarak idari merciler tarafından yapılmakla birlikte istisnai olarak yasama ve yargı organları tarafından<sup>5</sup> veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından<sup>6</sup> da yapılabilir.

Bir işlemin idari işlem olmasının doğurduğu bazı sonuçları vardır. Bir idari işlem; idari makamlar, yargı organları, yasama organı ya da özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılırsa dahi idare hukukuna tabidir ve idari işlemlerde oluşacak uyumsuzluklar kural olarak idari yargı mercilerince çözüme kavuşturulur.<sup>7</sup>

İdari işlemi ayrıntılı olarak tanımlayacak olursak; idari işlemler idari makamlar veya idari fonksiyona dayalı olarak yasama organı ve yargı organları ile özel hukuk tüzel kişilerinince yapılan, hukuki sonuç doğurmaya elverişli, kamu gücüne dayanan, idare hukuku alanında kalan ve kural olarak idari yargı denetimine tabi olan işlemlerdir.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, 11. Baskı, s. 121.

<sup>4</sup> Ahmet Emrah Akyazan, "Maddi Açından İdari İşlemler", *TBB Dergisi*, Sayı:85, Yıl: 2009, s. 223; Anayasa Mahkemesi'nin kamu gücünün yalnızca idare tarafından kullanılmadığına vurgu yaptığı kararı için bkz. "Kamu gücü kullanılarak idare işlevine yönelik olarak tesis edilen ve tek taraflı irade beyanıyla hukukî sonuç doğurabilen işlemler, doktrinde ve yargı kararlarında idari işlem olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda... işlemin bu hâliyle tek taraflı irade açıklamasıyla kamu gücü kullanılarak davacı Banka'nın hisse senetleri üzerinde etki doğuran bir işlem olduğu anlaşıldığından bu işlemin idari işlem olarak kabul edilmesi gerektiği kuşkusuzdur." AYM, 03.09.2015, E: 2015/77, K: 2015/73 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası). Kamu gücünün yalnızca idarenin gücü olarak kullanıldığı yönünde görüş için bkz. İsmail Uçar, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Yıl: 2016, s. 337.

<sup>5</sup> Yasama ve yargı organları tarafından idari hizmetlerinin yerine getirilmesine yönelik olarak yaptığı işlemler de idari işlem olabilir.

<sup>6</sup> Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt: I), s. 733 ve 761; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Genel Esaslar), Turhan Yayınevi, Ankara 2019, 13. Baskı, s. 336; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Cilt: II), s. 27; Oğuz Sancakdar ve Diğerleri, *İdare Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, 2. Baskı, s. 89; Atay, *İdare Hukuku*, s. 230.

<sup>7</sup> Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt: I), s. 764; Atay, *İdare Hukuku*, s. 235.

<sup>8</sup> Benzer tanımlar için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk*



İdari işlemler geniş anlamda tek yanlı ve iki yanlı idari işlemler (idari sözleşmeler) olmak üzere ikiye ayrılır. Tek yanlı idari işlemler de kendi içerisinde bireysel ve düzenleyici idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>9</sup> Tek yanlı idari işlemler, muhatabının rızası ve muvafakatı aranmadan idarenin tek yönlü iradesine dayalı olarak yapılan işlemlerken iki yanlı idari işlemler karşılıklı iradelerin uyuşması yoluyla yapılan işlemlerdir.<sup>10</sup> Disiplin cezaları da birer bireysel idari işlemdir. Zira bunlar somut bir disiplinsizliğe karşı, doğrudan muhatabına yönelik olarak ve idarenin tek yönlü iradesine dayalı olarak tesis edilirler.

İdari işlemler; kamu yararına yönelik olarak ve kamu gücüne dayanılarak, idarenin tek yönlü irade açıklamasıyla yapılan işlemlerdir. Danıştay bir kararında idari işlemin özelliklerini şu şekilde sıralamıştır: “İdare hukuku öğretisinde idari işlem; idarenin idare hukuku alanında gördüğü hizmet ve faaliyetlere ilişkin hukuksal sonuç yaratmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmakta olup, kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmeleri, kesin ve icrai olmaları, resen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmeleri de idari işlemlerin diğer özelliklerini oluşturmaktadır.”<sup>11</sup> Buna göre idari işlemlerin özelliklerini kamu gücüne dayalı olmaları, icrai nitelikte olmaları, re’sen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaları şeklinde sayabiliriz. Ayrıca idari işlemler kural olarak yargısal denetime de tabidir.

Disiplin yaptırımları da birer idari işlem olduklarından kamu gücüne dayanırlar. Ayrıca disiplin yaptırımları icrailik, re’sen icra edilebilme, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma<sup>12</sup> özelliklerine sahiptir. Disiplin cezaları yargı mer-

---

İdare Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2019, 11. Baskı, s. 312; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 5. Baskı, s. 181; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 333; Gözler, İdare Hukuku (Cilt: I), s. 764; Günday, İdare Hukuku, s. 121; Sancakdar ve Diğerleri, İdare Hukuku El Kitabı, s. 89.

<sup>9</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 122; Gözler, İdare Hukuku (Cilt: I), s. 767.

<sup>10</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 122; Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 32.

<sup>11</sup> D.15.D, 09.09.2015, E: 2015/2061, K: 2015/4886 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>12</sup> Anayasa’nın 125’inci maddesi ile idarenin her türlü işleminin yargı denetimine tabi olduğu; 129’uncu maddesi ile silahlı kuvvetler ve hâkimler ile savcılar hakkında istisnaların olabileceği belirtilmek suretiyle disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

çilerince iptal edilene kadar veya usulüne uygun olarak geri alınana<sup>13</sup> kadar hukuka uygun ve hukuk âleminde geçerli bir işlem olarak varlıklarını sürdürürler.

## B. İdari Yaptırım Kavramı ve Türleri

İdari yaptırım, idarenin kendi faaliyet alanını ilgilendiren hukuk kurallarına veya kendisi tarafından yapılan düzenlemelere ve alınan kararlara aykırı hareket edenleri herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymadan ilgili kural, düzenleme veya kararlara uymaya zorlaması ya da aykırı davranışlarda bulunan personeline karşı bazı hukuki tepkilerde bulunmasıdır.<sup>14</sup> Yani idari yaptırım kavramını, idarenin yetki

<sup>13</sup> Disiplin cezalarının geri alınması konusunda doktrinde farklı görüşler de olmasına karşın genel kanı disiplin cezalarının geri alınamayacağı yönündedir. Ancak Danıştay'ın konu hakkındaki tutumu istikrarlı değildir. Hem dava konusu olan uyuşmazlıklardan hem de Kamu Denetçiliği Kurumunun tavsiye kararı üzerine disiplin cezalarının geri alınabildiği anlaşılmaktadır. İdare kendi yaptığı bir hukuki hatayı idareye güven ilkesini yerleştirmek adına kendisi düzeltilebilir. Bu düzeltme her şart ve koşulda idari işlemin düzeltilebileceği şeklinde anlaşılmamalıdır. İdari işlemin düzeltilmesi belirli bir zaman dilimi (yargısal denetim süresi) ile sınırlanmalı ve ağır, bariz bir kusur olması durumunda uygulanmalıdır. Disiplin cezalarının geri alınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Ebru Gündüz, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Yıl: 2016, s. 411-424; TBMM Kamu Denetçiliği Kurumunun vereceği tavsiye kararlar üzerine disiplin cezalarının idareler tarafından her zaman geri alınabileceğine yönelik görüş için bkz. Cem Derin ve Burak Coşkun, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması", *Ombudsman Akademik*, Cilt: 2017/7, s. 173-195; disiplin cezalarının geri alınması ile ilgili Danıştay kararları için bkz. "İdare Mahkemesince, davacıya kamu görevinden çıkarma cezası verilmesi ve bu cezanın bir alt cezaya dönüştürülmesi konusunda davalı Rektörlüğün değil, Yüksek Disiplin Kurulunun yetkili olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin yürütülmesi durdurularak, dava konusu işlemin önceki hukuki durumun yürürlüğü sağlanmış, davalı idarece dava konusu işlemin geri alınmasına ve yetkili idari merci tarafından aynı konuda işlem tesisine olanak tanınmıştır. Dolayısıyla, davalı idarenin, anılan yürütmenin durdurulması kararı üzerine, davacıya kamu görevinden çıkarma cezası veya bir alt ceza verilip verilemeyeceği konusunu gerekli kararın verilmesi için, idare mahkemesi tarafından yetkili olduğu saptanan yüksek disiplin kuruluna intikal ettirerek dava konusu işlemi geri almış olduğunun kabulü gerekir. Dava konusu işlemin belirtilen şekilde geri alınması karşısında, dava konusu ortadan kalkmış bulunmaktadır." D.10.D, 15.02.1990, E: 1989/2490, K: 1990/270; "...Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasanın tasarrufu ile iptal edilebilir veya ancak disiplin cezasının ağırlığına göre belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir." D.8.D, 12.10.1998, E: 1998/4988, K: 1998/3015 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>14</sup> Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 106; benzer tanımlar için bkz. Rama-

alanına giren konularda aykırı davranışlarda bulunan kişilere karşı tepkimedede bulunmak amacıyla idari usuller kullanılarak uygulanan yaptırımlar olarak tanımlayabiliriz.

İdari yaptırım Anayasa Mahkemesi kararlarında “Öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalar”,<sup>15</sup> Danıştay kararlarında ise “İdarenin, bir yargı kararı olmadan, yasayla kendisine tanınmış yetkiye dayanarak idare hukuku esaslarına göre, doğrudan doğruya idari kararların gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla uyguladığı yaptırımlar”<sup>16</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Anayasa'nın 38'inci maddesinin 10'uncu fıkrası uyarınca “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.” Hükmün mefhumu muhalifinden idarenin kişi hürriyetlerini kısıtlamamak şartıyla idari yaptırım uygulayabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bunun için idareye kanunlarla yetki verilmiş olması gerekir.

İdari yaptırımların tanımı dikkate alındığında bunların birtakım ayırım ve özelliklerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu özellikleri sıralayacak olursak öncelikle idari yaptırımlar yargı kararına gerek

---

zan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara 2006, 1. Baskı, s. 23; İlhan Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985, 1. Baskı, s. 35; Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma” (Yayınlanmış Doktora Tezi), *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul 1999, s. 22; Murat Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt: 2017/3, s. 22; Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Journal of Yasar (Özel Sayı)*, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 1644; Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, *TBB Dergisi*, Cilt: 85, Yıl: 2009, s. 177; Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 2012/2, s. 249; Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Yıl: 2014, s. 132.

<sup>15</sup> AYM, 17.05.2018, B. No: 2015/19616 (T.C. Resmî Gazete, 27 Haziran 2018 ve 30461); benzer bir tanım için bkz. AYM, 21.09.2014, E: 2002/100, K: 2004/109 (T.C. Resmî Gazete, 04 Ağustos 2006 ve 26249).

<sup>16</sup> D.15.D, 11.05.2016, E: 2016/3739, K: 2016/3484; benzer tanımlar için bkz. D.15.D, 04.03.2016, E: 2015/8632, K: 2016/1382; D.13.D, 23.10.2015, E: 2012/3660, K: 2015/3606; D.10.D, 30.05.2006, E: 2004/13011, K: 2006/3660; D.10.D, 16.05.2006, E: 2003/4021, K: 2006/3011; D.13.D, 25.12.2006, E: 2005/9375, K: 2006/4919 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

olmadan, idare tarafından re'sen karara bağlanabilir ve doğrudan uygulanabilir.<sup>17</sup> İdari yaptırım kararını veren kişiler idare adına açıklama yapma yetkisine sahip olan kişilerdir. Bu yaptırımların uygulayıcısı da yine idaredir. İdari yaptırımlar idari düzeni,<sup>18</sup> kamu güvenliğini veya genel sağlığı korumaya yönelik olarak uygulanan yaptırımlardır. İdari yaptırımlarla aynı zamanda idare edilenlerin de korunması amaçlanır.

İdari yaptırımlar cezalandırıcı, zorlayıcı ve önleyici niteliktedir.<sup>19</sup> Uygulanan yaptırımlar idare edilenler üzerinde caydırıcı etki yaparak, hukuk kurallarına ve düzenine uyulmasını sağlar. Yaptırımların zorlayıcı niteliği kişiyi kurallara uymaya zorlar ve kural dışı davranışların yapılmasını önler. Kural dışı davranışlarda bulunan kişiler cezalandırılır.

İdari yaptırımlara uygulanacak esasların, ilke ve kuralların tespit edilmesinde bu yaptırımların tasnifi önem kazanmaktadır. Mevzuatta bu tasnife yer veren tek kanun 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'dur. Kabahatler Kanunu<sup>20</sup> idari yaptırımları "idari para cezaları" ve "idari tedbirler", idari tedbirleri ise "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" ve "diğer tedbirler" olmak üzere ikiye ayırmıştır.<sup>21</sup>

Kanunun lafzından bu tasnifin kabahatler karşılığında uygulanan idari yaptırımlar göz önünde bulundurularak yapıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada tüm idari yaptırımları kapsayan bir tasnife gidilmemiştir. Disiplin cezaları bu tasnifin içinde yer almadığı gibi, idari para cezaları ile neyin kastedildiği Kanunda açık bir şekilde belirtilmemiştir.<sup>22</sup> Sözelimi aylıktan kesme disiplin cezaları ile Kabahatler Kanunu'na göre verilen para cezalarının veya RTÜK tarafından verilen idari para cezalarının aynı kategoride mi değerlendirileceği, eğer öyleyse bunlara uygulanacak temel ilkelerin neye göre belirleneceği açık değildir.

<sup>17</sup> Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", s. 27.

<sup>18</sup> Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 24.

<sup>19</sup> Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 24; Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", s. 27.

<sup>20</sup> 5326 sayılı Kanun, madde 16: "(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. (2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

<sup>21</sup> Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 156; Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 107; Erdinç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", s. 261.

<sup>22</sup> Ekinci, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", s. 24.

İdari yaptırımların sınıflandırılması konusunda bir diğer tasnif de İtalya idare hukukundan iktibas edilen “bireysel yaptırımlar” ve “mali yaptırımlar” şeklindeki ayırmadır.<sup>23</sup> Bireysel yaptırımlar kişinin kendisine veya sahip olduğu bazı haklara yönelik uygulanan yaptırımlar iken, mali yaptırımlar kişinin malvarlığına karşı uygulanan yaptırımlardır. Bu tasnife göre aylıktan kesme cezası kişinin malvarlığının eksilmesi ile sonuçlandığı için “mali yaptırım” olarak kabul edilirken, meslekten çıkarma cezası kişinin kamu görevine son verdiği için “bireysel yaptırım” olarak kabul edilir. Ancak bu son örnek aynı zamanda kişiyi mali yönden de etkilediği için “bireysel-mali yaptırım” tasnifinin disiplin yaptırımları bağlamında işlevsel olmadığı değerlendirilebilir.

Yapılan değerlendirmeler ışığında idari yaptırımları tasniflemek gerekirse öncelikle “idari cezalar” ve “idari tedbirler” şeklinde bir ayırım yapmak yerinde olacaktır.<sup>24</sup> Ayrıca idari cezaları<sup>25</sup> kendi içinde “disiplin cezaları”, “kabahat cezaları” ve “idari para cezaları”; idari tedbirleri ise Kabahatler Kanunu’nun lafzına uygun olarak “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” ve “diğer idari tedbirler” olarak sınıflandırmak daha doğru olacaktır.

### C. İdari Usul Kavramı

İdari işlemler veya idari yaptırımlar karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için idari yargı dışında birtakım denetim mekanizmalarına ve bunlara ilişkin kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kurallar aynı zamanda idarenin keyfi uygulamalardan veya acele karar vererek hatalı işlem yapmasından kaçınmasını sağlar. İdari faaliyetlerin hukuki ve maddi gerçeğe uygun olarak icra edilebilmeleri maksadıyla, idari işlem ve eylemler şekil ve usul kurallarına tabi olmalıdır.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Oğurlu, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”, s. 73; Erdinc, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, s. 261; Aslan, “İdari Yaptırımlar”, s. 179.

<sup>24</sup> Ali Dursun Ulusoy, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, 1. Baskı s. 33; Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, s. 24.

<sup>25</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 237 (Yazar idari cezaları “disiplin cezaları, idari para cezaları ve öteki idari cezalar” şeklinde sınıflandırmıştır); Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 33 (Yazar idari cezaları “regülatif cezalar, kabahat cezaları, disiplin cezaları” şeklinde sınıflandırmıştır).

<sup>26</sup> Ali Ülkü Azrak, “Umumi İdari Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi”, İstanbul Üniver-

İdari usul, idari faaliyetlerin kurulması ve icra edilmesi safhalarında hukuki sonuç doğurmaya yarayan her türlü işlemi kapsamaktadır. İdari fonksiyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi için yapılan her türlü muameleye idari usul denir.<sup>27</sup>

İdari işlemler için usul kuralları belirlenmesinin ve bu kurallara uygun hareket edilmesinin sağladığı bazı avantajlar ve sakıncalar bulunmaktadır. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya katkı sağlaması, idarenin yaptığı işlemlerin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olması, idarenin denetlenmesine katkı sağlaması ve idarenin keyfi hareketlerinin önüne geçmesi idari usul kurallarının faydaları arasında sayılabilir. Bu faydalarının yanında idarenin ağır işlemlerine ve kişiye yarar sağlayacak işlemlerin daha geç uygulanmasına sebep olmak gibi bazı sakıncaları da bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Ülkemizde idari usul kurallarının ve ilkelerinin belirlendiği genel bir düzenleme mevcut değildir.<sup>29</sup> 2003-2008 yılları arasında “Genel İdari Usul Kanunu” çalışması yapılmış olsa da bu çalışma sadece tasarı aşamasında kalmıştır.<sup>30</sup>

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak; idarenin adil, hukuka uygun ve doğru kararlar alabilmesi ve muhataplarının temel hak ve özgürlüklerini koruyabildiği idari işlem veya eylemler yapabilmesi için idari usul ilkelerinin belirli olması ve idarenin bu ilkelere uygun hareket etmesi gerekmektedir. İdari usul kurallarında olduğu gibi ida-

sitesi *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 33, Yıl: 1967, s. 70; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Cilt: II), s. 143.

<sup>27</sup> Zehra Odyakmaz, “Hazırlanmakta Olan İdari Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Yıl: 1997, s. 3; benzer tanımlar için bkz. Azrak, “Umumi İdari Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi”, s. 73; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 509; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Cilt: II), s. 144; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 377.

<sup>28</sup> Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt: I), s. 965.

<sup>29</sup> Avusturya, İspanya, Amerika ve Almanya gibi ülkelerde idari usul kuralları, genel idari usul kanunu ile tek bir çatı altında toplanmıştır. Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Kanunu için bkz. Mehmet Gemalmaz ve Osman Doğru, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usûl Yasası (1976)”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Cilt: 9, s. 127-146.

<sup>30</sup> Genel İdari Usul Kanun Tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt: I), s. 967; Azrak, “Umumi İdari Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi”, s. 66-82; Hasan Dursun, “İdari Usûl ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usûl Kanunu Öntasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Türk İdare Dergisi*, Cilt: 454, s. 99-128.

ri usul ilkelerinin de tek bir çatı altında toplandığı herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukukun evrensel kurallarından, içtihatlardan ve diğer ülkelerde belirlenen kurallardan çıkarım yapacak olursak önemli idari usul ilkelerini; re'sen araştırma (soruşturma) ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, dinlenilme hakkı, bilgi edinme ve belgelere erişim hakkı, danışmanlık ve hukuki yardım, gerekçe ilkesi ile başvuru yollarının gösterilmesi şeklinde sayabiliriz.<sup>31</sup> Bu idari usul ilkelerinin ve içtihatların ışığında disiplin hukukunda uygulama alanı bulan idari usul ilkeleri aşağıda (Bölüm III) incelenecektir.

## II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA DİSİPLİN REJİMİ

### A. Karşılaştırmalı Hukukta Disiplin Rejimi ve Yaptırımları

Karşılaştırmalı disiplin hukuku sistemleri incelendiğinde karşımıza “hiyerarşik sistem (İngiliz sistemi)”, “yarı yargısal sistem (Fransız sistemi)” ve “yargısal sistem (Almanya sistemi)” olarak adlandırılan üç temel sistem çıkmaktadır.

“İngiliz sistemi” olarak adlandırılan disiplin hukuku sisteminde disiplin amiri, disiplin soruşturmasının bir tarafı ve kesin karar merciidir. Hiyerarşik yapıya uygun bir disiplin sistemi vardır. İngiltere’de idare hukuku disiplininin gelişmemesinin sonucu olarak; memur rejimini belirleyen ve memurluk tanımını yapan herhangi bir mevzuat bulunmamaktadır.

Kamuda istihdam edilen personel geleneksel uygulamalar sonucu “memurlar”, “parlamento tarafından istihdam edilenler” ve “diğer kamu görevlileri” olmak üzere üç grupta toplanmaktadır.<sup>32</sup> Çalışanlar hakkında uygulanan disiplin hükümleri, merkezi idare tarafından çıkarılan ve disiplin rejiminin genel çerçevesini çizen düzenlemeler<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 146-162; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 513-533.

<sup>32</sup> Hülya Eşki Uğuz, “İngiliz Kamu Personel Yönetimine Genel Bir Bakış: Kamu Hizmetlerine Giriş, Performans Değerlendirme ve Disipline İlişkin Düzenlemeler”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 78, s. 131; Küçük, “657 sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, s. 147.

<sup>33</sup> ACAS-Disiplin ve Şikâyet İşlemlerinin Uygulamasına İlişkin Kod (The ACAS Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures), Fırsat Eşitliği Komis-

ile her kurum tarafından ayrıca çıkarılan disiplin talimatları yoluyla tesis edilmektedir. Disiplin talimatlarının hazırlanması konusunda her kurum disiplin rejiminin genel çerçevesini çizen düzenlemelere aykırı olmamak kaydıyla serbest bırakılmıştır. Kurumların hazırlayacakları disiplin düzenlemelerinde disiplin suçu sayılacak fiillerin neler olduğu, hangi fiillere hangi cezaların verileceği, ceza verebilecek makamların hangileri olduğu ve disiplin usul işlemlerinin neler olduğu gibi kuralların belirlenmesi ve bunların çalışanlara açık olarak bildirilmesi gerekmektedir.<sup>34</sup>

Kurumlar tarafından çalışanlara verilebilecek disiplin cezaları ise “yazılı kınama”, “performansa göre ücretlendirmenin iptali”, “görevi ihmal edenin veya suçlunun neden olduğu zarar ve kayıpların tazmini”, “maddi ödüllere / ödeneklere el koyma”, “aylıktan kesme”, “kademe ilerlemesinin durdurulması”, “derece veya rütbe tenzili” ve “işten çıkarma” cezalarıdır.<sup>35</sup>

“Fransız sistemi” olarak adlandırılan disiplin hukuku sistemi, Türkiye’deki disiplin sistemine benzer şekilde, disiplin amiri ve kurullarının ceza yetkisinin olduğu, savunma hakkının tanındığı, gerekçeli kararlara yer verildiği ve itiraz yolu açık olacak şekilde karar verildiği yarı yargısal bir sistemdir.

Fransa’da kamu personeli için disiplin işlemleri “Devletin Kamu Hizmeti ile İlgili Yasal Hükümleri Hakkındaki 84-16 sayılı Kanunun”<sup>36</sup> “Disiplin” başlıklı 8’inci bölümünde düzenlenmiştir. Kanunun 66’ıncı maddesinde disiplin cezaları dört grupta düzenlenmiştir.<sup>37</sup>

---

yonu Uygulama Kodu (The Equal Opportunities Commission Code of Practice), Irk Eşitliği Komisyonu Irk İlişkileri Uygulama Kodu (The Commission for Racial Equality Code of Practice Race Relations) düzenlemeleri merkezi idare tarafından çıkarılan disiplin rejimini oluşturur.

<sup>34</sup> Eşki Uğuz, “İngiliz Kamu Personel Yönetimine Genel Bir Bakış: Kamu Hizmetlerine Giriş, Performans Değerlendirme ve Disipline İlişkin Düzenlemeler”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 78, Yıl: 2010, s. 78; Selma Karatepe ve Salim Kurnaz, “Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi: İngiltere Örneği Üzerinden Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Ünitesi Dergisi*, Cilt: 46, Yıl: 2019, s. 87.

<sup>35</sup> Karatepe ve Kurnaz, “Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi: İngiltere Örneği Üzerinden Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, s. 88; Mücahit Çolpan Küçük, “657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği (Yayınlanmamış Doktora Tezi)”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara 2019, s. 148.

<sup>36</sup> 11 Ocak 1984 tarihli 84-16 sayılı Kanun ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), ET: 19.06.2020).

<sup>37</sup> Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 66.



İlk grup disiplin cezaları “uyarma”, “kınama” ve “geçici görevden uzaklaştırma (en fazla 3 gün süreyle)” cezalarıdır. Bu gruptaki cezalardan uyarma cezası memurun dosyasına işlenmez. Diğer yaptırımlar memurun dosyasına işlenir. Ancak memur 3 yıl içinde herhangi bir ceza almazsa memurun dosyasına işlenen ceza re’sen silinir.

İkinci grup disiplin cezaları “kademe ilerlemesinin durdurulması”, “bir düşük basamaktaki dereceye düşürme”, “geçici olarak görevden uzaklaştırma (4 ila 15 güne kadar)” ve “zorunlu yer değiştirme” cezalarıdır.

Üçüncü grup disiplin cezaları “kademe düşürülmesi” ve “geçici görevden uzaklaştırma (16 gün ila 2 yıla kadar)” cezalarıdır. Hakkında iki ve üçüncü gruptaki cezalardan birine karar verilen memur aldığı cezanın üzerinden 10 yıl geçtikten sonra disiplin cezası vermeye yetkili makamdan cezasının silinmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak bu süre içinde başka bir ceza aldıysa bu talebi reddedilir.

Dördüncü grup disiplin cezaları ise “re’sen emeklilik” ve “memuriyetten çıkarma” cezalarıdır. Bu cezalar memuriyetin sona ermesi sonucunu doğuran cezalardır.

“Alman sistemi” olarak adlandırılan disiplin hukuku sistemi ise disiplin amirinin şikâyetçi veya davacı olarak disiplin ceza kovuşturmasına katıldığı yargısal bir sistemdir.<sup>38</sup>

Almanya’da kamu hizmetlerine katılan çalışanlar üç gruba ayrılmaktadır. Bunlar Türkiye’deki memur statüsüne en yakın olan ve kamu disiplin hukukunun kapsamı içinde bulunan “devlet memuru (Beamte)”, daha çok özel sektörün sahip olduğu hukuki rejime veya iş hukukuna tabi olan ve Türkiye’deki işçi statüsüne benzeyen “kamu hizmetlisi (Angestellte)” ile “işçi (Arbeiter)” statüsünde olan çalışanlardır.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Ümit Güveyi, “Memur Disiplin Hukukunda Mobbing”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, s. 1469; Çolpan Mücahit Küçük, “657 sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği” (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019 Ankara, s. 142; Serkan Çınarlı, “Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, s. 58-60.

<sup>39</sup> Hasan Dursun, “Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygula-

Almanya'da devlet memurları için disiplin işlemleri "Federal Disiplin Kanunu (Bundesdisziplinarordnung)" ile düzenlenmiştir. Bu Kanunda devlet memurlarının yanında emekli devlet memurları için de disiplin yaptırımları düzenlenmiştir. Kanunun 5'inci maddesi ile düzenlenen disiplin cezaları çalışanlar için "kınama (Verweis)", "idari para cezası (Geldbusse)", "maaş kesintisi (Kürzung der Dienstbezüge)", "alt dereceye indirme (Zurückstufung)" ve "devlet memurluğundan çıkarma (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis)"; emekliler için ise "emekli aylığının kesilmesi (Kürzung des Ruhegehalts)" ve "emekli aylığının iptal edilmesi (Aberkennung des Ruhegehalts)" cezalarıdır.<sup>40</sup>

## B. Türk Hukukunda Disiplin Rejimi ve Yaptırımları

Türk disiplin hukuku rejiminde tüm kurum, kuruluş veya örgütlenmeleri kapsayan ve disiplin hukukunda uygulama alanı bulan idari usul ilke ve kurallarını barındıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple disiplin hukuku işlemleri ilgili kişi veya grupların tabi oldukları mevzuat hükümlerine göre tesis edilmektedir.

Bu bölümde muhtelif disiplin mevzuatı, bu mevzuatın kapsamı ve bunlarda öngörülen disiplin cezaları ile bazı meslek gruplarının mevzuatla belirlenen usul kuralları ve mevzuatta yer alan bazı ilkeler kısaca incelenecektir.<sup>41</sup>

lanması", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 9, s. 229; Selim Çapar, "Almanya'da Kamu Personel Sistemi", *Türk İdare Dergisi*, Cilt: 466, s. 51.

<sup>40</sup> Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 71; Hasan Dursun, "Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması", s. 234; Selim Çapar, "Almanya'da Kamu Personel Sistemi", s. 57.

<sup>41</sup> Türk disiplin rejiminde, disiplin mevzuatı her meslek grubu için ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bölümde özellikle disiplin mevzuatının daha yaygın kullanıldığı devlet memurları ve askeri personel ile daha yeni bir düzenleme olan genel kolluk personeli için düzenlenen disiplin mevzuatı incelenmiştir. Bunlar dışında kalan meslek gruplarından bir kısmını örnek olarak sayacak olursak bkz. adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılığı ile idari yargı hâkim ve savcılığı hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 2802 sayılı Kanun, Danıştay başkan ve üyeleri hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 2575 sayılı Kanun, Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 2797 sayılı Kanun; devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanları hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 2547 sayılı Kanun; yükseköğretim (üniversite) öğrencileri hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 2547 sayılı Kanun ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği; ortaöğretim (lise) öğrencileri için Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği; ilköğretim

## 1. Devlet Memurları

657 sayılı “Devlet Memurları Kanunu” kapsamında kalan kişilere uygulanacak disiplin hükümleri bu Kanununun 124 ila 137. maddelerinde yer almaktadır.

Devlet memurlarına verilebilecek disiplin cezaları Kanun’un 125’inci maddesi ile düzenleme altına alınan “uyarma”, “kınama”, “aylıktan kesme”, “kademe ilerlemesinin durdurulması” ve “devlet memurluğundan çıkarma” cezalarıdır.<sup>42</sup>

Kanun’un 125’inci maddesinin 4’üncü fıkrası: “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.” düzenlemesi disiplin suçları için kıyasa izin verecek şekilde hüküm altına alınmıştır.

Kanun’un 125’inci maddesinin son fıkrası: “Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.” ve Kanun’un 131’inci maddesi: “Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezası-

---

kurumları içerisinde yer alan ortaokul ve imam-hatip ortaokulu öğrencileri için Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği; avukatlar hakkındaki disiplin işlemleri için 1136 sayılı Kanun; Hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 5275 sayılı Kanun ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik; milletvekilleri hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü; tabipler için 6023 sayılı Kanun ve Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği; TOBB üyelerinin disiplin işlemleri için 5174 sayılı Kanun; serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir meslek grubunda olan personel hakkında yürütülecek disiplin işlemleri için 3568 sayılı Kanun; dış hekimliği mesleğine mensup olanlar hakkında yapılacak disiplin işlemleri için 3224 sayılı Kanun ve Türk Dış Hekimleri Birliği ve Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği; yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis ve mimar mesleklerini icra eden ve Türk Mühendis ve Mimar Odasına kayıtlı olan meslek mensuplarına uygulanacak disiplin işlemleri için 6235 sayılı Kanun ve Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliği; sporcular için Spor Disiplin Yönetmeliği ve spor federasyonları tarafından çıkarılan talimatlar; eczacılar odasına kayıt olmak zorunda olan veya gönüllü olarak eczacılar odasına kayıt yaptıran eczacılar hakkında uygulanacak disiplin işlemleri için 6643 sayılı Kanun.

<sup>42</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 629-630; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 709-710; Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 101-105.

nın uygulanmasına engel olamaz.” hükümleri adli cezalar ile disiplin cezalarının birbirlerinden bağımsız olarak uygulanabileceğini hüküm altına almıştır.

Kanun’un 129’uncu maddesinin 2’nci fıkrası: “Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir.” hükmü ile hakkında disiplin soruşturması yapılan kişinin tahkikatla ilgili evrakları inceleme hakkını, sözlü veya yazılı savunma yapabileceğini ve vekil aracılığı ile temsil edilebileceğini düzenlemiştir.

Kanun’un 130’uncu maddesi ile kişinin savunması alınmadan ceza verilemeyeceği ancak kişinin savunma yapmaktan feragat edebileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun’un 135’inci maddesinin 4’üncü fıkrası: “İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.” hükmü ile disiplin cezasına idari itiraz üzerine kişinin aleyhine olacak şekilde bir karar verilemeyeceği; aynı maddenin 5’inci fıkrası: “Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.” hükmü ile de disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olduğu hususları düzenlenmiştir.

## 2. Askeri Personel

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun 2’nci maddesine göre “Askeri hâkimler<sup>43</sup> hariç subaylar, astsubaylar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler” disiplin yönünden bu Kanun hükümlerine tabidir.

Bu kapsamda verilebilecek disiplin cezaları subay, astsubay ve uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler için Kanun’un 11’inci maddesi ile belirtilen “uyarma”, “kınama”, “hizmete kısmi süreli devam”, “aylıktan kesme”, “hizmet yerini terk etmeme”, “oda hapsi” ve “silahlı kuvvetlerden ayırma” cezalarıdır. Askeri öğrenciler için Kanun’un

<sup>43</sup> Askeri yargının kapatılması ile askeri hâkimlerin bir kısmı özlük hakları aynen kalacak şekilde, aynı rütbe ve statü içinde hukuk hizmetleri şubelerinde görev yapmaktadırlar. TSK bünyesinde askeri hâkim adı altında personel bulunmasa da TSK Disiplin Kanunu kapsamında söz konusu personel askeri hâkimlerin sahip olduğu haklara sahiptir.

22'nci maddesi ile belirtilen "kınama" ve "izinsizlik" cezalarıdır. Erbaş ve erler için ise Kanunun 25'inci maddesi ile belirtilen "izinsizlik", "ilave hizmet yükleme", "oda hapsi" ve "hizmetten men" cezalarıdır.<sup>44</sup>

Kanun'un 4'üncü maddesi: "Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez.", "Bir fiilin birden fazla disiplinsizlik teşkil etmesi hâlinde ağır olan disiplin cezası verilir." ve "Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez." hükümleri ile aynı kanun kapsamında bir disiplin suçuna bir ceza verilebileceği, ancak farklı bir kanun kapsamında idari yaptırım uygulanması ile birlikte disiplin cezası da tesis edilebileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun'un 5'inci maddesi: "Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez." hükmü ile disiplin cezaları ile adli cezaların birbirlerinden bağımsız oldukları hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 7'nci maddesi ile disiplin amirinin yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtası ile veya şahsen disiplin soruşturması yapacağı ve soruşturmacıların kendilerini görevlendiren disiplin amiri adına kişinin savunmasının alınması dâhil hangi hak ve yetkilerinin olduğu hususları düzenlenmiştir.

Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası: "Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir." hükmü ile disiplin suçları için disiplinsizlik teşkil eden eylemler açısından kıyas yapılarak Kanunda belirlenen cezaların verilebileceği düzenlenmiştir.

Kanun'un 8'inci maddesinin 5'inci fıkrası: "Daha üst rütbeli bir kadroya vekâleten atanan veya görevlendirilenler, vekâlet ettikleri

<sup>44</sup> Mehmet Alkan, "6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları", *TBB Dergisi*, Sayı: 117, Yıl: 2005, s. 173-174; Tolga Yıldırım, "Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 2019/1, s. 68.

kadroda gösterilen rütbenin sahip olduğu disiplin cezasına ilişkin yetkileri kullanır.” hükmü ile disiplin cezası vermeye yetkili olan amirin yerine vekâlet eden kişinin de disiplin cezasına ilişkin aynı yetkilere sahip olduğu düzenlenmiştir.

Kanun’un 40’inci maddesi ile kişinin savunması alınmadan ceza verilemeyeceği, hakkında disiplin soruşturması yapılan kişiye savunma için verilen süre ile isnat edilen hususların yazılı olarak bildirileceği ve kişinin savunma hakkından feragat edebileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun’un 41’inci maddesinin 4’üncü fıkrası: “İtiraz haklı görülürse, itirazı inceleyen üst disiplin amiri verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilir. İtiraz haklı görülmez ise ret olunur.” hükmü ile disiplin cezasına idari itiraz üzerine kişinin aleyhine olacak şekilde bir karar verilemeyeceği ve Kanununun 43’üncü maddesi ile de erbaş ve erler ile askeri öğrencilere verilen cezalar ile diğer personele verilen uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları dışında kalan cezalara karşı yargı denetimine başvurulabileceği hususları düzenlenmiştir.

### 3. Genel Kolluk Personeli

7068 sayılı “Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanunun” 2’inci maddesine göre “Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatında çalışan her sınıftan memurlar ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatlarında görev yapan subay, astsubay, sözleşmeli subay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler ile diğer sınıflardaki memurlar” disiplin yönünden bu Kanun hükümlerine tabidir.

Bu kapsamda verilebilecek disiplin cezaları Kanununun 7’nci maddesi ile belirtilen “uyarma”, “kınama”, “aylıktan kesme”, “kısa süreli durdurma”, “uzun süreli durdurma”, “meslekten çıkarma” ve “devlet memurluğundan çıkarma” cezalarıdır.<sup>45</sup>

Kanun’un 4’üncü maddesi: “Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez.”, “Bir fiilin birden fazla

<sup>45</sup> Bkz. Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 126-137.

disiplinsizlik teşkil etmesi halinde ağır olan disiplin cezası verilir.” ve “Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.” hükümleri ile aynı kanun kapsamında bir disiplin suçuna bir ceza verilebileceği; ancak farklı bir kanun kapsamında idari yaptırım uygulanması ile birlikte disiplin cezası da tesis edilebileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun’un 5’inci maddesi: “Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.” ile de disiplin cezaları ile adli cezaların birbirlerinden bağımsız oldukları hüküm altına alınmıştır.

Kanun’un 14’üncü maddesi ile disiplin amirinin bizzat veya yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtası ile disiplin soruşturması yapacağı ve soruşturmacıların kendilerini görevlendiren disiplin amiri adına ifadelerinin alınması dâhil hangi hak ve yetkilerinin olduğu hususları düzenlenmiştir.

Kanun’un 15’inci maddesinin 2’nci fıkrası: “Disiplin amiri olarak tayin edilen unvanlara ait görevleri vekâleten, ikinci görevle, geçici görevle veya kanunlarda yazılı diğer hallerde yetkili olarak yürütenler de bu görevi yürüttükleri sürece disiplin amirlerine tanınan yetkileri kullanabilirler.” hükmü ile disiplin cezası vermeye yetkili olan amirin yerine vekâlet eden kişinin de disiplin cezasına ilişkin yetkileri aynen kullanabileceği düzenlenmiştir.

Kanun’un 31’inci maddesi ile kişinin savunması alınmadan ceza verilemeyeceği, disiplin soruşturmacıları tarafından da savunma istenebileceği, hakkında soruşturma yapılan kişinin soruşturma ile ilgili evrakları inceleyebileceği, kişinin kendisi veya vekili tarafından sözlü veya yazılı olarak savunma yapılabileceği ve kişinin savunma hakkından feragat edebileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun’un 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrası: “İtiraz haklı görülürse itirazı inceleyen merci verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilir. İtiraz haklı görülmez ise ret olunur.” ve 4’üncü fıkrası: “İtiraz üzerine önceki cezadan daha ağır ceza verilemez.” hükümleri ile

disiplin cezasına idari itiraz üzerine kişinin aleyhine olacak şekilde bir karar verilemeyeceği ve Kanun'un 32'nci maddesi ile de kesinleşen cezalara karşı yargı denetimine gidilebileceği hususları düzenlenmiştir.

### III. DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULAMA ALANI BULAN İDARİ USUL İLKELERİ

Bu bölümde disiplin hukukunda idari usul ilkelerinden soruşturma yapma zorunluluğu, savunma hakkının dokunulmazlığı, gizlilik, ölçülülük, gerekçelilik, başvuru yollarının gösterilmesi ilkeleri değerlendirilmiştir.

#### A. Soruşturma Yapma Zorunluluğu (Doğrudan Ceza Verilemeyeceği İlkesi)

Bir disiplinsizlik şüphesi oluşması durumunda disiplinsizliği tespit etmek ve hukuki, hakkaniyetli, kanuni bir yaptırım uygulanmasına karar vermek amacıyla disiplin soruşturması yapılır. Disiplin soruşturması tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine uygun olacak şekilde görevlendirilen soruşturmacılar veya bizzat<sup>46</sup> disiplin amiri tarafından yapılabilir. Görevlendirilen soruşturmacılar veya disiplin amiri tarafından disiplin cezası vermekle yetkili olan amirin disiplin cezası verip vermemesine ya da hangi disiplin cezasını vereceğine karar vermesi maksadıyla disiplinsizlik hakkında lehe ve aleyhe tüm delillerin toplanmasına, ilgililerin bilgilerine başvurulmasına, elde edilen delil ve belgelerin değerlendirilmesine disiplin soruşturması denir.

Disiplin işlemleri, birer idari işlem olmaları sebebiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Bu sebeple disiplin yaptırımları usul veya esas açısından sakat birer işlem dahi olsalar itiraz yoluyla kaldırılana veya mahkeme kararı ile iptal edilene ya da yürürlüğü durdurulana kadar hukuka uygun ve geçerli birer işlem olarak kabul edilir. Muhatapları üzerinde olumsuz etkiler doğuran disiplin cezala-

<sup>46</sup> 6413 sayılı Kanun, madde 7: "Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil edebilecek bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri... görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla ya da şahsen disiplin soruşturması yapar."; 7068 sayılı Kanun, madde 14: "Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil eden bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri... bizzat ya da yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla disiplin soruşturması yapar."



rında da şüphesiz ki gerçeğin aydınlatılmış, gerekli inceleme ve araştırmanın yapılmış, eylemin sübuta erip ermediği tespit edilmiş ve adil şekilde bir karara ulaşılmış olması gerekmektedir. Bu gerekliliği karşılayacak en önemli araç ise hukuka uygun, tarafsız ve bağımsız<sup>47</sup> bir şekilde görev yapan soruşturmacılar tarafından yapılan disiplin soruşturmalarıdır.

Kural olarak memurlar ve diğer çalışanlar için disiplin soruşturması yapılmadan disiplin cezası verilemez.<sup>48</sup> Bu husus hukukun genel ilkeleri içerisinde yerini almış ve evrensel bir hukuk kuralı haline

<sup>47</sup> Soruşturmacıların bağımsız olması ile kurum, kuruluş ya da organizasyon dışından soruşturmacı görevlendirilmesi değil; görevlendirilen soruşturmacılara, soruşturma tamamlanana kadar disiplin amiri tarafından soruşturma konusu ile ilgili olan hususlarda emir ve talimat verilmemesi kastedilmiştir.

<sup>48</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 50; Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 171; Veysel Candan Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", *TBB Dergisi*, Cilt: 138, Yıl: 2018, s. 239. Kişiden savunma alınması durumunda disiplin soruşturmasının açılmış olduğunun kabul edilebileceği ve bu durumda doğrudan ceza verilemeyeceği ilkesine de uygun hareket edilmiş olacağı yönündeki görüş için bkz. Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Anıme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s. 80; Kemal Gözler, İdare Hukuku (Cilt: II), Ekin Yayınevi, 3. Baskı, s. 801. Soruşturma yapma zorunluluğu ile ilgili kararlar için bkz. "... soruşturmacı tayin edilip, davacının bu hususa ilişkin ifadesi de alınarak yürütülecek disiplin soruşturması sonucunda düzenlenecek soruşturma raporu üzerine işlem tesis edilmesini gerekirken, anılan hususlara riayet edilmeden tesis edilen dava konusu işlemde soruşturma usulü yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı" D.12.D, 02.02.2016, E: 2014/945, K: 2016/410; "... ilgili memur hakkında soruşturma açılması, bu soruşturma sonunda oluşturulan raporun değerlendirilerek yetkili disiplin amiri veya kurul tarafından disiplin cezasının verilmesi gerekmektedir." D.8.D, 18.02.1997, E: 1995/5200, K: 1997/507; "Davacı hakkında soruşturma açılmadan ve doğrudan savunması alınarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." D.12.D, 03.06.2014, E: 2010/9394, K: 2014/4554; "Usulüne uygun bir soruşturma açılmadan, bağımsız bir soruşturmacı tayin edilmeden, sadece savunma istenerek verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından, bu işlemin iptali talebiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." D.12.D, 26.01.2016, E: 2012/5471, K: 2016/217; "Soruşturma açılmadan, bağımsız bir soruşturmacı tayin edilmeden ve cezaya konu fiilleri her yönüyle ve şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmadan tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." D.12.D, 02.02.2016, E: 2012/7837, K: 2016/409; "Hakında soruşturma açılmadan ve doğrudan savunması alınarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." D.12.D, 03.06.2014, E: 2010/9394, K: 2014/4554 (Legal İçtihat ve Mevzuat Bankası).

gelmiştir.<sup>49</sup> Bu kural “doğrudan ceza verilemeyeceği ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır.

Disiplin mevzuatında soruşturma yapılmadan ceza verilemeyeceğine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>50</sup> Ancak mevzuat hükümleri incelendiğinde disiplinsizliğin öğrenilmesi ile birlikte mevzuatta öngörülen zamanaşımı süresi içinde soruşturmaya başlanması ve soruşturmanın tamamlanması gibi soruşturma yapılması zorunluluğuna işaret eden hükümler yer almaktadır.<sup>51</sup>

657 sayılı Kanun’dan farklı olarak, 6413 sayılı ve 7068 sayılı Kanunların disiplin soruşturması ile ilgili hükümlerinde<sup>52</sup> disiplin amirinin “olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirirse” soruşturma yapacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme; eğer disiplin amiri disiplinsizliğe konu olayın araştırılması gerektiğini düşünüyorsa soruşturma yapacağı, aksi halde soruşturma yapmayacağı şeklinde anlaşılabilir. Kanun koyucunun askeri personel ve kolluk personeli için, disiplinin tesis edilmesi ve idame edilmesinde diğer personele nazaran daha

<sup>49</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 52.

<sup>50</sup> Disiplin mevzuatında kişinin “savunması alınmadan disiplin cezası verilemez” şeklinde hüküm yer almasına karşın “soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemez” şeklinde açık bir düzenleme yer almamaktadır.

<sup>51</sup> 657 sayılı Kanun, madde 127: “Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına... başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.”; 657 sayılı Kanun, madde 128: “Disiplin amirleri uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren 15 gün içinde vermek zorundadırlar.”; 2575 sayılı Kanun, madde 67: “Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin, yüksek hakimlik vakar ve şerefi ile bağdaşmayan veya hizmetin aksamasına yol açan hal ve hareketleri görülür veya öğrenilirse haklarında bu Kanun hükümleri uyarınca disiplin kovuşturması yapılır.”; 2547 sayılı Kanun, madde 53/A: “Disiplin cezası verilmesini gerektiren bir fiilin işlendiğini öğrenen disiplin amiri yazılı olarak disiplin soruşturması başlatır.”; 5275 sayılı Kanun, madde 47: “Hükümlülerin diğer disiplin cezalarını gerektiren eylemlerinin öğrenilmesinden itibaren derhâl ve en geç iki gün içinde kurum en üst amirince atanan bir görevli tarafından soruşturmaya başlanır.”

<sup>52</sup> 6413 sayılı Kanun, madde 7: “Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil edebilecek bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri, olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirirse, yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla ya da şahsen disiplin soruşturması yapar.”; 7068 sayılı Kanun, madde 14: “Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil eden bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri, olayın araştırılmasının gerektiğine kanaat getirirse bizzat ya da yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla disiplin soruşturması yapar.”

hızlı hareket edilmesi ve bazı usul işlemleri ile vakit kaybedilmemesi gerektiği düşüncesi ile istisnai olarak bu takdir hakkını düzenlediği düşünülebilir. Ancak genel kural soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilmeyeceği yönündedir ve askeri personel ile kolluk personeli hakkında düzenlenen söz konusu maddeler de disiplin soruşturması yapılması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaz.

Anayasa Mahkemesi de askeri personel ve kolluk personeli ile ilgili olarak “olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirirse” soruşturma açılacağı yönündeki düzenlemenin disiplin soruşturması yapmadan ceza verilebileceği anlamına gelmediği görüşündedir. Mahkeme söz konusu düzenleme uyarınca yalnızca disiplinsizliğe konu olayın gerçekleşmediği yönünde disiplin amirinin kanaatinin oluşması durumunda soruşturma açılmayacağına, aksi halde disiplin amiri tarafından soruşturma açılmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir.<sup>53</sup>

Doktrinde kişinin savunmasının alınmış olmasının disiplin soruşturmasının yapılmış olduğunun bir göstergesi olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur.<sup>54</sup> Bu görüşü destekler nitelikte Danıştay kararları da bulunmaktadır.<sup>55</sup> Danıştay tarafından son yıllarda verilen ka-

<sup>53</sup> “Anılan Kanun hükümleri sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri ile birlikte değerlendirildiğinde, itiraz konusu kuralın, disiplinsizlik teşkil eden bir fiili veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirine, olayın araştırılmasının gerektiğine kanaat getirmesi durumunda disiplin soruşturması açma yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Buna göre disiplin amiri, olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirirse disiplin soruşturması açacak; olayın araştırılmasına gerek görmemesi durumunda ise herhangi bir işlem yapmayacaktır. İtiraz konusu kuralın disiplin amirine disiplin soruşturması açmadan disiplin cezası verme yetkisi tanınması söz konusu değildir.” AYM, 11.04.2019, E: 2019/8, K: 2019/26 (T.C. Resmî Gazete, 17 Mayıs 2019 ve 30777).

<sup>54</sup> Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, s. 80.

<sup>55</sup> “Olay hakkında yeterli bilgi belge varsa ilgilinin yalnızca savunmasının alınması disiplin cezası verilmesine yeterli olabilir. Savunma hakkı disiplin cezası verilebilmesi koşullarından biri olduğuna göre, savunmanın alınmış olması disiplin soruşturmasının açıldığı ve yapıldığını gösterir.” D.8.D, 30.03.1992, E: 1991/1706, K: 1992/549; “Anılan yasa maddesinde soruşturmanın; memurun savunma hakkını kullanması için usulüne uygun bir bildirim yapılması ile başladığı görülmektedir. Başka bir anlatımla, savunma istenilmesini disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak yoktur. Bu nedenle disiplin amirince savunma istenilmesi soruşturmanın yapılması anlamına gelmektedir. Bu durumda davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği ve savunmasının da alındığı gözetilmeden, disiplin soruşturmasının açılmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” D.8.D, 30.03.1992, E: 1991/1717, K: 1992/571 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

rarlar ise istikrarlı bir şekilde disiplin soruşturması yapılmadan ceza verilmesinin hukuka uygun olmadığı yönündedir.<sup>56</sup>

Doğrudan ceza verilemeyeceği ilkesi gereği kural olarak disiplin soruşturması yapılmadan disiplin cezası verilemez. Disiplin soruşturması yapılmasındaki amaç disiplin cezasına sebebiyet verebilecek bir fiilin işlenip işlenmediğinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesidir. Disiplin soruşturması kapsamında soruşturmacılar tarafından olayın aydınlatılmasına hizmet edecek ifade, bilgi ve belgelerin alınması, keşif yapılması, tanık dinlenmesi, bilirkişi görevlendirilmesi ve savunma alınması gibi işlemler yapılabilmektedir. Bu işlemlerin tamamının her durumda yapılması zorunlu değildir. Soruşturmacının bir kanaate ulaşması için tutanaklar ve ilgilinin savunması yeterli ise yalnızca bu belgeler ile de soruşturma tamamlanabilir veya sadece ilgilinin disiplinsizliği kabul ettiği ve olayın tüm ayrıntılarını anlattığı savunması disiplin soruşturmacısının kanaati için yeterli olabilir. Aynı şekilde kanunen ayrı bir soruşturmacı görevlendirilmesi zorunlu tutulmadığı sürece disiplin amiri tarafından savunma alınması veya olay tespit tutanağı ile birlikte ilgilinin savunmasının alınması da tek başına disiplin soruşturması yapıldığının göstergesi olarak kabul edilmelidir. Aksi halde disiplinsizliğe konu olan olayı işlediği sabit olan kişi cezasız kalabilecek, ayrıca disiplin amirleri için ilave iş yükü oluşacaktır.

<sup>56</sup> D.12.D, 03.06.2014, E: 2010/9394, K: 2014/4554; D.8.D, 18.02.1997, E: 1995/5200, K: 1997/507; "Dava konusu olayda davacının göreve gelmediği, savunmasında da ifade ettiği üzere, sevk kâğıdıyla hastaneye gittiği sabit olduğundan ayrıca konuyla ilgili olarak soruşturma raporu düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır." karşı oyu ile D.12.D, 26.10.2005, E: 2002/1552, K: 2005/3800; "herhangi bir fiilin işlendiğinin öğrenilmesi halinde disiplin amirince bir soruşturmacı atanarak ayrıntılı bir soruşturma yapılmasının sağlanması gerektiği, soruşturmacı atanmadan ve yöntemine uygun bir soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna varılmaktadır." D.12.D, 18.11.2005, E: 2002/2424, K: 2005/4113; "Bir idari yaptırım olan disiplin cezasının verilebilmesi için cezanın dayanağı olan fiilin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanması gerekmektedir. Bu belirlemeyi yapabilmek için tarafsız ve usulüne uygun olarak yapılacak olan bir soruşturma sonucunda düzenlenen disiplin soruşturma raporu bulunmalıdır. Disiplin kurulları, disiplin cezasına esas fiilin kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ancak bir soruşturma raporunu değerlendirerek tespit edebilecekler ve bu rapora dayalı olarak ceza tayinine gidebileceklerdir. Yönetmeliğin 16. maddesi yönetim kuruluna soruşturma açıp açmama konusunda seçim hakkı tanıyışsa da yukarıda belirtildiği üzere disiplin cezası tayininde esasen bir disiplin soruşturmasının varlığının gerekli olması karşısında yöntemine uygun olarak konuyu ortaya koyacak rapor düzenlenmeden tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir." DİDDK, 29.11.2007, E: 2004/611, K: 2007/2412 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

## B. Savunma Hakkının Dokunulmazlığı İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birisi de adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı kapsamında adil ve hukuka uygun bir hüküm verilebilmesi için mutlaka kişilere savunma hakkı verilmesi ve bu hak korunmalıdır.<sup>57</sup> Adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak Anayasa'nın 36'ncı maddesi şu hükme yer vermiştir: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Ceza yargılaması usulüne benzer usullerle uygulanan disiplin hukuku açısından da Anayasa'nın 129/2 maddesi "Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez." hükmü ile savunma hakkını düzenlemiştir.<sup>58</sup>

Anayasa'nın 129'uncu maddesi savunma hakkını genel bir hüküm olarak düzenlememiş, savunma hakkı tanınması gereken kişiler bu hükümde sınırlı olarak sayılmıştır.<sup>59</sup> Savunma hakkı Anayasa'da genel hüküm olarak yer almasa bile disiplin hukuku ile ilgili mevzuatın tamamında düzenlenmiştir.<sup>60</sup> Ancak mevzuatta bu yönde bir düzenle-

<sup>57</sup> Hamide Zafer, "Savunma Hakkı ve Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 516.

<sup>58</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2002, s. 251; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 713; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 187.

<sup>59</sup> Tahir Muratoğlu, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Yıl: 2014, s. 105.

<sup>60</sup> İstisnai olarak 6413 sayılı Kanun, madde 13/6: "Fırar ve izin tecavüzü gibi ilgilinin bulunamaması nedeniyle savunma almayı imkânsız hâle getiren zorunlu hâller gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında savunma alınmaz." Savunma alınmasının zorunlu olduğunu düzenleyen örnek mevzuat hükümleri için bkz. Kürek Federasyonu Disiplin Talimatı, madde 72: "Savunma istenmeden ceza verilmez."; 3224 sayılı Kanun, madde 44/3: "Meslek mensubu hakkında savunma alınmadan disiplin cezası verilemez."; 3568 sayılı Kanun, madde 48/11: "Meslek mensubu hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez."; 5174 sayılı Kanun, madde 90: "Disiplin soruşturmalarında ve verilecek para cezalarında, isnat olunan hususun ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi, savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük bir süre tanınması zorunludur."; 5275 sayılı Kanun, madde 47/4: "Savunma alınmadan disiplin cezası verilemez."; 657 sayılı Kanun, madde 130: "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez."; 2802 sayılı Kanun, madde 71/1: "Hâkim ve savcılar hakkında,

me olmasaydı dahi evrensel hukuk kuralı ve demokratik düzenin en temel haklarından olduğu kabul edilen “savunma hakkının dokunulmazlığı” ilkesine disiplin yaptırımı uygulamakla yetkili olan kişi ya da kurullar uymak zorunda olacaktı.<sup>61</sup>

“Savunma hakkının dokunulmazlığı” ilkesi disiplin hukuku açısından suç isnat edilen kişiye savunma hakkı verilmeden disiplin cezası verilemeyeceğini ifade eder.<sup>62</sup> Bunun yanı sıra savunma hakkını kullanan kişiye, suç isnadı ile ilgili ve kişinin kendisini savunmasına katkı sağlayacak şekilde diğer kişiler hakkında yaptığı olumsuz değerlendirmeler ve somut isnatlar nedeniyle, başkaca bir ceza verilememesini de kapsar.<sup>63</sup>

Disiplin işlemlerinde savunma hakkı mutlaka kullanılması gereken bir usul işlemidir. Savunma hakkı verilmesinin yanında bu hakkı kullanacak kişilere kendini savunması için yeterli süre verilmeli, isnat edilen ve disiplinsizlik teşkil eden eylemler ile kişinin sahip olduğu hakların neler olduğu, eylemin mevzuatın hangi maddesini ihlal ettiği ve bu suçun karşılığında hangi yaptırımın uygulanabileceği bildirilmelidir.<sup>64</sup> Savunma hakkının kullanılmaması veya eksik kullanılması

---

savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez.”

<sup>61</sup> Sancakdar ve Diğerleri, İdare Hukuku El Kitabı, s. 180; Muharrem Köse, “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması (Yayınlanmamış Doktora Tezi)”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2009, s. 146; Yunus Eraslan, “Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi)”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 49; Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 52.

<sup>62</sup> Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 110; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 46; Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 50; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 850; Selman Sacit Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 25.

<sup>63</sup> “Kaynağını Anayasadan alan savunma hakkı, bünyesinde savunmanın dokunulmazlığı ilkesini de barındırır. Savunma dokunulmazlığı ilkesi ise idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü savunmalar kapsamında, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması koşuluyla kişilerle ilgili olarak yapılan somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, savunma yapan kişiye ceza verilmeyeceği anlamına gelmektedir.” AYİM, 26.09.2014, E: 2013/1472, K: 2014/1208 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>64</sup> Kaya ve Boz, kişilerin eylemlerinin kanuni olarak hangi disiplin suçunu teşkil ettiğinin ve bu eylemler nedeniyle hangi yaptırımın uygulanabileceğinin kişilere bildirilmesine gerek olmadığını düşünse bile, savunma hakkının eksiksiz ve etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla bu hususların da ilgili kişilere bildirilmesi gerekmektedir. Bu hususların bildirilmesi, kişinin karşılaşacağı disiplin

sı disiplin işleminin şekil unsurunda sakatlığa yol açar.<sup>65</sup> Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre de savunma hakkının kullandırılmaması veya eksik kullandırılması hukuka aykırılık sebebidir.<sup>66</sup> Hatta yargı denetimine kapalı olan disiplin işlemlerinde dahi savunma hakkının kullandırılmaması halinde tesis edilen disiplin cezasının yargı denetimine tabi olduğu kabul edilerek işlemin yok hükmünde olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmiştir.<sup>67</sup>

Savunma hakkının usulüne uygun olarak kullandırılabilmesi için savunma istem yazısının muhatabına hukuka uygun bir şekilde tebliğ edilmesi gerekmektedir. Usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi<sup>68</sup> durumunda kişinin savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.<sup>69</sup> Danıştay da usulüne uygun şekilde yapılmayan tebliği, savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiş ve işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>70</sup>

Savunma hakkı dokunulmaz ve değiştirilemez bir haktır. Ancak vazgeçilemez bir hak değildir. Kişi kendi rızası ile bu haktan feragat

---

yaptırımını bilerek susma hakkını kullanıp kullanmayacağına, disiplin suçunun kanuni tanımı ile yaptığı eylemin birbirini karşılayıp karşılamadığına, yapmış olduğu eylemin daha hafif bir cezayı gerektirdiğini düşünmesi durumunda eylem ile isnat arasında bağlantı kurabilmesine ve benzeri hususlarda kişinin savunmasını şekillendirmesine hizmet edecektir. Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 81; Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 26.

<sup>65</sup> Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 850.

<sup>66</sup> D.8.D, 05.02.2018, E: 2016/13179, K: 2018/545; D.12.D, 04.06.2018, E: 2014/1804, K: 2018/2451; D.5.D, 17.10.2017, E: 2016/17236, K: 2017/21244; DİDDK, 29.11.2007, E: 2004/611, K: 2007/2412; D.2.D, 06.02.2020, E: 2016/15144, K: 2020/673; D.5.D, 19.12.2019, E: 2016/23794, K: 2019/6634 (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

<sup>67</sup> D.8.D, 09.12.1997, E: 1995/2936, K: 1997/3826; "Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıysa da; usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka aykırılık halinde, tam anlamıyla oluşmuş bir disiplin cezası işleminden söz edilmesine hukuken olanak yoktur. ... Ancak usulüne uygun olarak disiplin cezası verildiğinin tespit edilmesi durumunda yargı yolunun açık olup olmadığı tartışılabilecektir" D.8.D, 21.10.1999, E: 1998/1220, K: 1999/5359 (Akt.: Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", s. 252); Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 83.

<sup>68</sup> Usulüne uygun tebliğ için 7201 sayılı "Tebliğat Kanunu" hükümlerine göre işlem tesis edilmelidir.

<sup>69</sup> Eraslan, "Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu", s. 50; Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 47; Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 62.

<sup>70</sup> D.13.D, 04.05.2012, E: 2010/1209, K: 2012/944 (Akt.: Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 62).

edebilir.<sup>71</sup> Disiplin mevzuatında da bu yönde düzenlemeler mevcuttur.<sup>72</sup> Böyle bir düzenleme olmasa dahi kişi susma hakkını kullanarak da kendisini savunabileceği için savunma hakkından feragat edebilecektir. Savunma hakkının eksiksiz kullanılması maksadıyla savunma istem yazılarında savunma yapmadığı takdirde savunma hakkından feragat edildiğinin varsayılacağı ve isnatlar karşısında susma hakkının var olduğunun kişiye bildirilmesi önem arz etmektedir.

Savunma hakkının usulüne uygun olarak kullanılması maksadıyla disiplinsizlik isnat edilen kişiye bu isnat hakkında yeterli bilgi ve savunma yapmasına yardımcı olacak bilgi, belge ve delillerin toplanması için yeterli bir süre verilmesi gerekmektedir. Bu sürenin asgari sınırı disiplin mevzuatında belirlenmiştir.<sup>73</sup> Savunması istenen kişiye en az bu süreler kadar makul bir zaman verilmelidir.<sup>74</sup> Savunmasını teslim etmesi için makul bir süre verilen personel kendi rızası ile süresi dolmadan savunmasını teslim edebilir. Böyle bir durumda kişinin savunma yapması için belirlenen süre dolmadan ceza verilmesi halinde

<sup>71</sup> Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 50; Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 82.

<sup>72</sup> 2802 sayılı Kanun, madde 71/2: "Soruşturmayı yapanın veya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan ilgili, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır."; 657 sayılı Kanun, madde 130/2: "Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır."; 6413 sayılı Kanun, madde 40/2: "...Verilen süre içinde savunmasını yapmayan personel savunma hakkından vazgeçmiş sayılır."; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, madde 15/3: "Öğrenciye gönderilecek davetiyede; çağrıya özürsüz olduğu halde uymadığı veya özrünü zamanında bildirmediği takdirde, savunmadan vazgeçmiş sayılacağı ve diğer delillere dayanılmak suretiyle hakkında gerekli kararın verileceği belirtilir."

<sup>73</sup> 1136 sayılı Kanun, madde 137: "Avukatlar hakkında yapılacak kovuşturmalarda, isnat olunan hususun avukata açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük bir süre tanınması zorunludur."; 657 sayılı Kanun, madde 130/2: "Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır."; 7068 sayılı Kanun, madde 31/2: "Savunma için verilen süre yedi günden az olamaz."; Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, madde 11/2: "Savunma için tebliğden itibaren en az 15 gün süre tanınması şarttır."

<sup>74</sup> Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 48; Personelin talebi halinde savunma yapılması için ilave süre talep ediliyorsa ve bu süre haklı bir sebebe dayanıyorsa, kanunen savunma için belirlenen azami süreleri aşmamak ve disiplin cezasının zaman aşımına uğramaması koşuluyla ek süre verilebilir.



savunma hakkına müdahale edilmiş olacağından, hukuka uygun bir cezalandırma işleminden söz edilemeyecektir. Personel savunmasını erken teslim etse bile kendisine verilen sürenin tamamlanmasına kadar gelişen durumlar veya edindiği bilgilere göre ek savunma yapma ve savunmasını değiştirme hakkına sahiptir. Bu sebeple savunma için verilen sürenin dolmasına kadar disiplin cezası verilmemesi yerinde olacaktır.

Savunma herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Yazılı veya sözlü olarak savunma yapılabilir.<sup>75</sup> Sözlü olarak yapılan savunmaların mutlak bir tutanak ile tespit altına alınması gerekmektedir. Yazılı olarak yapılan savunmalar el yazısıyla olabileceği gibi daktilo veya bilgisayar çıktısı da olabilir. Ancak bunların ilgili kişi tarafından imzalanmış olmasıdır.

Savunma yapılacak dil konusunda kişinin kendini en rahat ifade edeceği ve savunacağı dilde kendini savunması gerekmektedir. Ancak Anayasa'da resmi dilin Türkçe olduğunun belirtilmesi ve kamu görevlilerinin Türk vatandaşı olması gereği, kamuda çalışan personelin Türkçe savunma yapmasını zorunlu kılar. Belirtilen bu durum, ülkede yaşayan ve disiplin işlemi ile karşı karşıya kalan yabancılar (yükseköğretim öğrencileri, sporcular vb.) için farklılık arz etmektedir. Bu kişiler herhangi bir dilde savunma yapmaya zorlanamaz.

Disiplin mevzuatında savunma almaya yetkili kişi veya kurullar belirlenmiştir.<sup>76</sup> Disiplin soruşturmacıları için ise kendilerine kanunen yetki verilse de verilmese de kişinin savunmasını alabileceği kabul edilmektedir.<sup>77</sup> Ancak savunması istenen kişinin ceza vermeye yetkili

<sup>75</sup> Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 26; Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 82; Sancakdar ve Diğerleri, Disiplin Hukuku, s. 49.

<sup>76</sup> 657 sayılı Kanun, madde 130/2: "Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur..."; 2802 sayılı Kanun, madde 71/2: "Soruşturmayı yapanın veya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan ilgili..."; 6413 sayılı Kanun, madde 40/1: "...disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez."; 7068 sayılı Kanun, madde 31/1: "Disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez."

<sup>77</sup> D.8.D, 12.03.1996, E: 1994/6429, K: 1996/652 (Akt.: Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", s.

amir ile soruşturma heyetine yapacağı savunma aynı olmayabilir. Kişi herkesin bilmesini istemediği bazı özel konuları birden fazla kişiden oluşan soruşturma heyetinin de bilmesini istemeyebilir veya soruşturmacıların aldığı savunma, soruşturma henüz devam ederken alındığı için, sonrasında kişi aleyhine yeni bazı bilgi veya deliller ortaya çıkabilir. Bu bilgi veya delillere karşı kişiye ayrıca savunma imkânı tanınmaması kişinin savunma hakkının elinden alınması ile sonuçlanabilir.<sup>78</sup> Kişinin savunma yapabilmesi için tüm maddi vakıa ve hukuki delillerin kesin olarak ortaya konması gerekmektedir. Bu sebeple kişi savunmasını, isnat edilen eylem hakkında yapılan soruşturma tamamlandıktan sonra ve disiplin cezası vermeye yetkili amire doğrudan yapabilmelidir. Aksi halde kişinin savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilebilecektir.

Soruşturmacılar tarafından veya yetkili amir tarafından savunma adı altında telefon görüşmesi ile alınan bilgiler savunma olarak değerlendirilmemeli, ifade olarak değerlendirilmelidir. İsmi “savunma” bile olsa bunların disiplin hukukundaki usulüne uygun bir savunma olarak kabul edilmesi ve bunlara istinaden kişi hakkında bir cezai işlem uygulanması savunma hakkını ihlal edecektir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hizmet edecek bir diğer husus da kişiye bilgi ve belgelere erişim hakkının kullandırılması ile hukuki yardım almasının engellenmemesidir. Suç isnat edilen kişi dilerse kendisini hukuki olarak temsil ettirecek şekilde yardım alabilir. Bu yardımın kullandırılmaması veya sınırlandırılması da savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Savunması istenen kişiye hakkındaki iddia, bilgi, belge ve deliller ile ilgili bilgi verilmelidir. Kişinin kendisi veya vekili bu belgeleri inceleme veya birer suretini alma hakkına sahiptir. Ancak bu hak sınırsız ve mutlak bir hak değildir. Soruşturma ile ilgisi olmadığı değerlendirilen bilgi ve belgeler kişiye verilmeyebilir veya başkalarının haklarını korumak adına kişinin savunmasını etkilemeyecek şekilde bir bölümü kapatılmak suretiyle belgelerin incelenmesine veya bunların örneklerinin alınmasına

255); Hayrettin Çiçek, “Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması (Yayınlanmamış Doktora Tezi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, s. 93.

<sup>78</sup> Eraslan, “Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu”, s. 52.

müsaade edilebilir.<sup>79</sup> Bu gibi durumlarda etkin yargı denetimi sağlanması açısından mutlaka bilgi, belge ve delillerin hangi maksatla ne ölçüde teslim edildiği veya teslim edilmeyerek incelettirildiği tutanakla tespit edilmelidir.

### C. Gizlilik İlkesi

İdari işlemler açısından gizlilik; idarenin görevi gereği elde ettiği bilgi, belge ve sair verilerin işlemin taraflarına, üçüncü kişilere veya basın ve yayın organlarına karşı kısmen ya da tamamen açıklanmaması ve açıklanmasının önlenmesi anlamına gelmektedir.<sup>80</sup>

Disiplin işlemleri açısından kural olarak gizlilik esastır. Ancak bu mutlak bir ilke değildir. Disiplin işlemlerinde gizlilik üçüncü kişilere karşıdır.<sup>81</sup> Disiplin işleminin muhatabının bilgi edinme ve savunma haklarının korunması kapsamında bilgi ve belgelere erişimi kural olarak engellenemez.<sup>82</sup> Gizlilik ilkesi gerekçe gösterilerek hakkında disiplin soruşturması yürütülen kişiden bilgi, belge ve verilerin saklanması hukuka uygun bir işlem olarak kabul edilemez.<sup>83</sup>

Disiplin soruşturmasının başlangıcından disiplin cezasının kesinleşmesine kadar geçen süreçte delillerin karartılmasının ve idari sırların öğrenilmesinin engellenmesi<sup>84</sup> ile suç isnadı altındaki kişi ile ilgili olarak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi açısından gizlilik ilkesinin uygulanması önemlidir.

### D. Ölçülülük İlkesi

İdari yaptırımlar açısından ölçülülük ilkesi; mevzuat ile konulmuş kuralların ihlali ile bu ihlalin sonucu olarak uygulanan yaptırım

<sup>79</sup> Örneğin; hakkında iddia edilen disiplinsizlikle ilgisi olmayan bilgi ve belgeler karşı tarafa verilmeyebilir. Veya bilgisine başvuru alan kişilerden alınan ifadelerin kimlik bilgileri kısmı kapatılmak suretiyle istenen evrak teslim edilebilir.

<sup>80</sup> Çınar Can Evren, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", *TBB Dergisi*, Cilt: 91, Yıl: 2010, s. 115.

<sup>81</sup> Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 82; Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 28; Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", s. 239; Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 55.

<sup>82</sup> 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 16 ila 27 maddeleri arasında düzenlenen istisnai hallerde kişinin bilgi ve belgelere erişimi engellenebilir.

<sup>83</sup> Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 30.

<sup>84</sup> Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 55.

arasında, kullanılan araç ve ulaşılmak istenen amaç bakımından adil, mantıki ve makul bir denge kurulması anlamına gelmektedir.<sup>85</sup> Disiplin hukukunda da geçerli bir ilke<sup>86</sup> olan “ölçülülük ilkesi” ile disiplin cezası ile disiplinsizlik teşkil eden eylem arasında adil bir denge kurularak bireyler açısından hukuki bir güvenlik oluşturulmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin dayanağını Anayasa’nın “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması” başlıklı 13’üncü maddesi oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca “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.” Yani diyebiliriz ki kişi haklarının sınırlanması sonucunu doğuran disiplin yaptırımları ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da değinildiği üzere ölçülülük ilkesinin üç temel alt ilkesi vardır.<sup>87</sup> Bunlar “elverişlilik, gereklilik ve

<sup>85</sup> Mehmet Hatipoğlu, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *TBB Dergisi*, Cilt: 143, Yıl: 2019, s. 185; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015*, 11. Baskı, s. 230. Benzer tanımlar: “Suç ve ceza arasında adil bir denge bulunması anlamın gelen bu ilke...” Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, s. 851; “Eylem ile yaptırım arasında kalan adil denge ölçülülük ilkesi olarak adlandırılır.” Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II)*, s. 109; “Genel bir ilke olan oranlılık ilkesi, disiplin hukukunda disiplin fiili ile disiplin yaptırımı arasındaki dengeyi ifade eder.” Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 51; “Ölçülülük ilkesi, disiplin cezası ile disiplin suçu arasında adil bir denge/oran bulunmasını ifade eder.” Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 715; Disiplin suçunun ağırlığıyla disiplin cezasının sertliği arasında makul bir oran olması durumu ifade eder. Gözler, *İdare Hukuku (Cilt: II)*, s. 778.

<sup>86</sup> Sancakdar ve Diğerleri, *İdare Hukuku El Kitabı*, s. 181; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, s. 851; Hatipoğlu, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, s. 187.

<sup>87</sup> “Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.” AYM, 09.06.2011, E: 2010/91, K: 2011/98 (T.C. Resmî Gazete, 21 Ekim 2011 ve 28091); AYM, 15.06.2012, E: 2012/24, K: 2012/95 (T.C. Resmî Gazete, 13 Ekim 2012 ve 28440); “Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.” AYM, 14.11.2013, E: 2013/15, K: 2013/131 (T.C. Resmî Gazete, 28 Şubat 2014 ve 28927); “Anayasa’nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.” AYM, 16.10.2019, E: 2010/70, K: 2019/81 (T.C. Resmî Gazete, 5 Aralık 2019 ve

orantılılık" ilkeleridir. Elverişlilik ilkesi, uygulanacak yaptırımın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığını; gereklilik ilkesi, bu yaptırımın uygulanmasının zorunlu olup olmadığını; orantılılık ilkesi ise uygulanan yaptırım ile hedeflenen amaç arasında kabul edilebilir bir denge olup olmadığını ifade eder.

Disiplin hukukunda kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanırken bazı muhakeme kurallarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunlar; olayın sübuta erdiğinin tespiti, takdir hakkının kullanımı, tekerrür hali, cezanın ağırlaştırılması ile cezada indirim halleri ve benzer konulara ilişkin usul kurallarıdır.<sup>88</sup> Bu usul kuralları yaptırım ve ceza arasındaki adil denge gözetilerek kullanılmalıdır. Aksi halde ölçülülük ilkesinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.

Her disiplinsizlik için disiplinsizliğe konu olan eylemin, hakkında soruşturma yapılan kişi tarafından işlendiğinin şüpheye yer veremeyecek şekilde tespit altına alınması gerekmektedir. Bu tespitten sonra ölçülülük ilkesine uygun olacak şekilde disiplin yaptırımı uygulanmalı, yaptırım ve disiplinsizliğe konu olan fiil arasında adil bir denge bulunmalıdır.

Belirli şartların oluşması durumunda disiplin amirleri tarafından takdir hakkı kullanılarak veya cezada indirim halinin varlığı tespit edilerek disiplinsizliğe konu eylem için gereken cezadan daha hafif bir ceza verilebilir. Bunun sonucu olarak yaptırım ve disiplinsizliğe konu fiil arasındaki denge personel lehine olacak şekilde değiştirilmiş olur. Bu durum ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmez.<sup>89</sup>

Disiplinsizlik eyleminin tekerrür etmesi veya kanuni olarak cezanın ağırlaştırılması sebeplerinin oluşması halinde ise disiplinsizliğe konu olan eylem için gereken cezadan daha ağır bir ceza uygulan-

---

30969).

<sup>88</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 717-719.

<sup>89</sup> Konuyu örnek bir mevzuat ile somutlaştıracak olursak; 6413 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi "(2) Disiplin amirleri, personelin; olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile eylemin niteliğini göz önüne alarak bir derece hafif ceza uygulayabilir. (3) Disiplin amirleri, uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarını gerektiren disiplinsizliklerinden dolayı personeline disiplin cezası vermeyebilir." düzenlemesi ile cezada indirim halleri belirlenmiştir. Bu madde kapsamında disiplinsizliğe konu eylemin kınama cezasını gerektirmesi halinde disiplin cezası verilmemesi "ölçülülük ilkesinin" ihlal edildiği anlamına gelmez.

bilir. Bunun sonucu olarak yaptırım ve disiplinsizliğe konu olan fiil arasındaki denge personelin aleyhine olacak şekilde değiştirilmiş olur. Bu durumda da ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olmaz.<sup>90</sup>

Zikredilen durumlar disiplin suçları için öngörülen cezalardan farklı yaptırımlar uygulanması sonucunu doğarsalar da ölçülülük ilkesinin ihlalini oluşturmazlar. Aksine kanuni olarak belirlenen bu gibi durumların somut disiplinsizliklere uygulanması sonucu verilen cezalar ile suç ve ceza arasındaki denge adil bir şekilde sağlanmış olur.

Danıştay kararlarından da anlaşılacağı üzere, ölçülülük ilkesi disiplin hukuku açısından da geçerli ve uygulama alanı bulan bir ilkedir.<sup>91</sup>

Bu ilkenin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” adı altında üç alt ilkesi bulunmaktadır. Cezanın ağırlaştırılması veya indirilmesi halleri ölçülülük ilkesinin ihlalini oluşturmaz. Aksine ölçülülük ilkesinin somut olaylarda mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirilerek adil bir şekilde uygulanması söz konusu olur.

<sup>90</sup> Konuyu örnek bir mevzuat ile somutlaştıracak olursak; 6413 sayılı Kanun’un 14/1 maddesi “Disiplinsizliğin işlendiği tarihten geriye doğru; iki yıl içinde aynı disiplinsizlikten dolayı disiplin cezası alınmış olması veya bir yıl içinde aynı derece cezayı gerektiren başka disiplinsizliklerden dolayı iki defa ceza alınmış olması hâllerinde, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası hariç, bir derece ağır ceza verilir.” düzenlemesi ile cezanın ağırlaştırılması halini belirlemiştir. Bu şartların oluşması halinde daha ağır ceza verilmesi “ölçülülük ilkesinin” ihlalini oluşturmaz.

<sup>91</sup> “Bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindedir.” D.8.D, 11.12.1997, E: 1995/3680, K: 1997/3928; “Disiplin suçu ile uygulanan yaptırım arasında adil bir denge bulunması gerektiği disiplin hukukunun bilinen ilkeleri arasındadır.” D.15.D, 19.09.2018, E: 2018/1067, K: 2018/6319; “... fıkrasının ikinci paragrafına göre geçici olarak meslekî faaliyetten alıkoyma cezası verilmiş olup, bu hâliyle disiplin suçu ile ceza arasında adil bir dengenin bulunduğu ve cezanın durumun niteliğine ve ağırlık derecesine uygunluğundan söz edilemez.” D.15.D, 31.05.2018, E: 2015/8821, K: 2018/5528; “Bununla birlikte, disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.” D.5.D, 12.12.2017, E: 2016/18117, K: 2017/24013; “Ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.” D.5.D, 28.09.2017, E: 2016/16174, K: 2017/20430 (Sinerji Mevzuat ve İhtihaz Programı).

### E. Disiplin Cezalarının Gerekçeli Olması (Gerekçelilik İlkesi)

Disiplin cezalarının gerekçeli olması (gerekçelilik ilkesi); yapılacak işlemin dayanağını teşkil eden maddi hususlar ve hükme dayanak oluşturan hukuki esaslar hakkında muhatabına bilgi vermek amacıyla, işlem metninde söz konusu işlemin sebebinin gösterilmesi anlamına gelmektedir.<sup>92</sup>

İdari işlemin gerekçeli olması, özellikle kişilerin aleyhine hukuki sonuçlar doğuran idari işlemlerde ve disiplin cezalarında idari ve yargısal denetimin etkin bir şekilde yapılmasına imkân verir.

Bir idari yaptırım ile karşı karşıya kalan kişiler işlemin hukuki ve fiili sebeplerinin ve idareyi bu işlemi yapmaya iten nedenlerin neler olduğunu öğrenebilmelidir. Bu sayede kişiler yapacakları idari ve yargısal başvuruları buna göre şekillendirebilirler.<sup>93</sup>

Gerekçelilik ilkesi sayesinde bir idari işlemi itiraz veya dava üzerine inceleyen idari veya yargısal makamlar da ilgili işlemi daha etkin bir şekilde denetleyebilir, böylece idarenin hukuka uygunluğu sağlanmış olur. Bu sayede idarenin keyfi hareket etmesi önlenir. Gerekçelilik ilkesi adeta idareyi doğru ve hukuka uygun karar almaya iten bir araç görevi görür.<sup>94</sup>

Gerekçelilik ilkesi aynı zamanda uyumsuzlukların daha kolay ve daha kısa sürede çözülmesine yardımcı olur, yargı organlarının denetimlerini kolaylaştırır ve davaların daha kısa sürede çözüme kavuşmasını sağlar.

Yargı kararlarının gerekçeli olmasını emreden mevzuat hükmü<sup>95</sup> olmasına karşın idari işlemlerin gerekçeli olmasını emreden genel

<sup>92</sup> Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 47; Küçük, "657 sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", s. 249; Seçkin ve Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", s. 525; Evren, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", s. 136; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 372.

<sup>93</sup> Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", s. 204; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 47; Seçkin ve Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", s. 526; Kurt, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", s. 143.

<sup>94</sup> Seçkin ve Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", s. 527; Bahattiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, 1. Baskı, s. 203.

<sup>95</sup> Anayasa, madde 141/3: "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>96</sup> Ancak idari işlemlerin gerekçeli olarak yapılması gerektiğini vurgulayan birçok mahkeme kararı mevcuttur.<sup>97</sup> Bu kararlar ışığında idari işlemlerin de gerekçeli olması gerektiğini söyleyebiliriz. İdari işlemlerin gerekçeli olacağına yönelik bağlayıcı bir mevzuat hükmü var olmadığı<sup>98</sup> için idare bu gerekçeleri işlem metinlerinde açıklamak zorunda değildir.<sup>99</sup> Ancak uyumsuzluk olması ve idari veya yargısal denetim yapılması kapsamında ilgililerin talep etmesi durumunda işlemlerin gerekçeleri açıklanmalıdır.

Birer idari işlem ve idari yaptırım olan disiplin cezaları için de gerekçelilik ilkesi geçerli bir ilkedir.<sup>100</sup> Diğer idari işlemlerin aksine disiplin

<sup>96</sup> Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, s. 373.

<sup>97</sup> "İdari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerindedir. Bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi uyguladığı ve tanzim ettiği düzenlemeyi kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemlerde gösterilen neden ve dayanılan gerekçe işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları, idari istikrar ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir." D.8.D, 15.01.2010, E: 2009/8191, Yürütmenin Durdurulması; benzer kararlar için bkz. D.8.D, 30.09.2004, E: 2002/3488, K: 2004/3549; D.8.D, 14.06.2017, E: 2016/15113, K: 2017/5295; D.15.D, 06.03.2018, E: 2014/6132, K: 06.03.2018; "...gerekçe ilkesinin bir usul kuralı olmasından öte savunma hakkı kapsamında hak arama hürriyetinin gereği olarak görülmesinden dolayı, bir iptal nedenidir." D.10.D, 29.05.2001, E: 1999/1255, K: 2001/2029; "İdari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerinden olup, bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi, uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar." D.8.D, 24.04.2008, E: 2013/10501, K: 2018/2319; benzer karar için bkz. D.15.D, 02.10.2018, E: 2017/287, K: 2018/6547 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>98</sup> Mevzuatımızda idari işlemin gerekçeli olacağına yönelik özel düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; disiplin hukuku açısından 6413 ve 7068 sayılı Kanunlar, disiplin kurulu kararlarının ve takdir hakkının kullanımının gerekçeli olacağını düzenlemişlerdir. Ayrıca 657 sayılı Kanuna tabi memurlar için "Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik" madde 14 ile kurul kararlarının gerekçeli olacağı düzenlenmiştir.

<sup>99</sup> Her idari işlem için, işlem metninde gerekçenin gösterilmesi idarenin ağır ve yavaş işlemesine, idari işlem ve eylemlerin aksamasına sebebiyet verecek ve idari organların tüm işlemlerinde kırtasiyeciliğin artmasına sebep olacaktır. Bunun sonucu olarak idari organlar işlem yapmaktan sakınacak ve idari hizmetler istenildiği gibi yürütülemez olacaktır. Örneğin, bir atama işleminde tüm personel atamalarının gerekçeleri işlem metninde gösterilmesine müteakip atama işleminin yapılması durumu ortaya çıkacak ve atama işlemi gereğinden çok daha uzun sürede tamamlanabilecektir. Bu sebeple sadece yaptırım içeren işlemlerin gerekçe ilkesine uygun olarak yapılması daha doğru olacaktır.

<sup>100</sup> Gözler, *İdare Hukuku (Cilt: II)*, s. 780; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II)*,



lin mevzuatında belirtilmemiş olsa dahi fiilin sübuta erdiğinin ortaya konabilmesi ve kişinin idari itiraz veya yargı denetimine başvurma hakkını tam ve eksiksiz olarak kullanabilmesi için ceza kararlarında mutlaka gerekçeye yer verilmelidir. Gerekçede karara etki eden maddi hususlar ve hukuki dayanaklar açıklanmalıdır.<sup>101</sup>

Disiplin amirlerinin disiplin cezası verme yetkileri kapsamında disiplin mevzuatında bağlayıcı bir hüküm bulunmaması sebebiyle disiplin ceza kararlarında gerekçeye yer verilmemesi, şekil şartları bakımından tek başına bir hukuka aykırılık nedeni sayılmaz. Ancak mevzuatta disiplin kurulu kararlarının veya takdir hakkının gerekçeli olacağının hüküm altına alındığı durumlarda<sup>102</sup> gerekçeye yer verilmemesi şekil şartları bakımından tek başına bir hukuka aykırılık sebebidir.

Şekil şartları yönünden tek başına hukuka aykırılık nedeni oluşturmasa dahi gerekçeye yer verilmemesi, yaptırım içeren idari işlemlerde muhatabının itiraz veya yargı denetimine başvurma haklarını sınırlandırmakta etkin bir denetim yapılmasına engel olmaktadır. Bu sebeple disiplin yaptırımları açısından gerekçe ilkesine aykırı davranılmasının hukuka aykırılık nedeni sayılarak gerekçesiz disiplin cezalarının iptal edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

## F. Başvuru Yollarının Gösterilmesi

İdari işlemlerde usul ilkelerinin amacı, kamu yararının sağlanması için hukuki şartların oluşturulması ve idari kararların tarafsız ve kişi

s. 110; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 48; Erdinç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", s. 253; Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", s. 21; Köse, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması", s. 303; Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", s. 204.

<sup>101</sup> Diğer ülkelerdeki uygulamalara bakacak olursak; Fransa, Almanya ve İtalya'da yaptırım içeren idari işlemlerde gerekçe aranmaktadır. Bkz. Gözler, İdare Hukuku (Cilt: II), s. 780; Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", s. 205-206; Kurt, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", s. 143.

<sup>102</sup> Örneğin; 5275 sayılı Kanun, madde 47/5: "Disiplin kurulu kararları gerekçeli olarak yazılır..."; 6413 sayılı Kanun, madde 6/2: "Takdir hakkı mutlaka gerekçeli olarak kullanılır." ve madde 38/4: "Disiplin kurulu kararlarının gerekçesinde, disiplinsizliğin oluştuğunu veya oluşmadığını gösteren unsurlar ile ceza miktarının tayininde esas alınan hususlar gösterilir."; 7068 sayılı Kanun, madde 6/2: "Takdir hakkı mutlaka gerekçeli olarak kullanılır." ve madde 27/3: "Disiplin kurulu kararları gerekçeli olarak yazılır."

haklarını koruyacak nitelikte olmasıdır.<sup>103</sup> İdarenin işlem ve eylemleri karşısında temel hakların korunmasını sağlayan önemli bir ilke de “başvuru yollarının gösterilmesi” ilkesidir.

İdari işlemlerde “başvuru yollarının gösterilmesi” konusunda “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi” tarafından tavsiye niteliğinde bir karar kabul edilmiştir.<sup>104</sup> Bu tavsiye kararı,<sup>105</sup> Anayasa’nın 40/2 maddesi ile anayasal temele oturtulmuştur. “Temel hak ve özgürlüklerin korunması” başlıklı bu maddeye göre “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” Bu anayasal düzenleme nedeniyle yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yapılan işlemlerde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari merciler ve yargı mercileri ile bu mercilere karşı başvuru süreleri muhataplarına doğru olarak bildirilmek zorundadır.<sup>106</sup>

“Başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi” kişinin hak arama hürriyetini kullanmasına ve kişiye karşı uygulanan işlemlerde hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçirilmesine katkı sağlar. Kişinin, kendisine uygulanan tüm işlemlere karşı adli ve idari başvuru yollarını ve başvuru sürelerini bilmesi doğal hayatın akışına aykırı bir durumdur. Dağınık olan mevzuat içinde başvuru yollarının ve sürelerinin tamamının bilinmesi imkânı da bulunmamaktadır. Bu hususların doğru olarak ve zamanında kişilere bildirilmemesi birtakım mağduriyetlere

<sup>103</sup> Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (Cilt: II), s. 159.

<sup>104</sup> 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, İhsan Kuntbay (Çev.), *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2003, s. 3-11.

<sup>105</sup> 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı kararın “itiraz yollarının gösterilmesi” başlıklı 32’nci maddesi “İlgilinin haklarını gerçekten korumayı sağlamak amacıyla haklara, özgürlüklere veya çıkarlara zarar veren her idari işlem, ilgiliye, açık olan bütün itiraz yollarını da birlikte göstermelidir.” hükmüne, 35’inci maddesi de “İtiraz yollarını gösteren belgenin, itirazın hazırlanması için zorunlu olan bilgileri, özellikle itiraz edilecek merci ve itiraz süresini içermesi gerekir.” hükmüne yer vermiştir. Kuntbay (Çev.), “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, s. 11.

<sup>106</sup> Oğurlu, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”, s. 208; Yeliz Şanlı Atay, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, Cilt: 96, Yıl: 2011, s. 304; Emre Akbulut, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *TBB Dergisi*, Cilt: 81, Yıl: 2009, s. 3; Sancakdar ve Diğerleri, *Disiplin Hukuku*, s. 60.

yol açabilecek, bu şekilde kişilerin hak arama hürriyetlerine müdahale edilmiş olacaktır.<sup>107</sup> Bu sebeple “başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi” özellikle yaptırım içeren idari işlemler açısından uygulama alanı bulan ve özel olarak önem verilmesi gereken bir ilkedir.

“Başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi” Anayasa’nın bağlayıcı hükmü gereği başka bir mevzuatta özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan uygulanması gereken bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi de bu ilkenin özel kanunlar ile düzenlenme yükümlülüğü olmadan, doğrudan uygulanması gereken bir ilke olduğuna ve devletin başvuru yollarını gösterme yükümlülüğünün somut olaylarla ilgili olarak tesis edilen işlemler hakkında geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>108</sup>

Yargı içtihatlarına göre idari işlemlerde başvuru yollarının gösterilmesi tek başına bir şekil sakatlığı oluşturmamakta ve işlemin iptal edilmesini gerektirmemektedir. Ancak yargı mercileri başvuru yollarının gösterilmemesi durumunda dava açma süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ve sürenin ne kadar olacağı konusunda çelişkili kararlar vermişlerdir. Bazı Danıştay kararları başvuru yolunun ve süresinin tebliğ edilmemesi halinde usulüne uygun bir tebliğ yapılmadığı gerekçesiyle kararın kesinleşmeyeceği,<sup>109</sup> bazı kararlar ise idari işlemde şekil yönünden sakatlık bulunmamakla birlikte başvuru için geçmesi gereken sürenin özel dava açma süresi yerine genel dava sü-

<sup>107</sup> Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 378; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 529.

<sup>108</sup> “... somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.” AYM, 08.12.2004, E: 2004/84, K: 2004/124 (T.C. Resmî Gazete, 27 Haziran 2018 ve 30461). Konu hakkında bkz. Atay, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, s. 300; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 378; Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II), s. 161.

<sup>109</sup> “Olayda; dava konusu ödeme emrinin dayanağı olan tebliğe ilişkin evraklar incelendiğinde, ilgilinin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceğinin belirtilmediği; bu haliyle işlemlerin Anayasa’nın yukarıda belirtilen açık hükmüne aykırı olduğu ve kesinleşmiş bir amme alacağından söz edilemeyeceği açıktır. Bu hale göre, kesinleşmeyen alacak için ödeme emri düzenlenemeyeceğinden davaya konu ödeme emrinin idari para cezasına ilişkin kısmı da hukuka aykırı bulunmuştur.” D.8.D, 12.11.2013, E: 2010/4364, K: 2013/7777 (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

resi olması gerektiği<sup>110</sup> veya genel dava açma süresi dolsa bile davanın süre aşımına uğramayacağı<sup>111</sup> yönündedir.

Anayasa'nın emredici kuralı karşısında disiplin hukuku kapsamında başvuru yollarının gösterilmemesi, disiplin cezasına itiraz edilmesi durumunda idari makamlarca ve dava açılması durumunda yargı mercilerince tek başına bir şekil sakatlığı olarak kabul edilerek işlemin iptal edilmesi gerekmektedir. İdari makamların Anayasa'yı bilmemesi ve Anayasa'nın emredici hükümlerine aykırı hareket etmesi düşünülemez. Bunun yanında temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olan bir ilkenin daha katı bir şekilde uygulanması ve bu uygulamanın da yargı mercilerince denetlenmesi gerekmektedir. Başvuru yollarının gösterilmemesinin tek başına bir şekil sakatlığı olarak kabul edilmemesi kişinin hak arama hürriyetinin kısıtlanmasına

<sup>110</sup> "İdari işlemlerin ve yargı kararlarının nitelikleri gereği genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare ya da yargı organları tarafından somut uyumsuzluğun nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe ... idari işlemin/yargı kararının tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır." D.6.D, 10.02.2016, E: 2014/8728, K: 2016/484 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>111</sup> "Somut olayda Derece Mahkemesi, son derece karışık ve dağınık olan gümrük mevzuatına ilişkin ve başvurulacak kanun yolları ve merciler ile süresi belirtilmemiş bir idari işleme karşı açılan davayı süre aşımı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucunun yabancı uyruklu oluşu dikkate alınmamış; Danıştay'ın, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalardaki genel uygulamalarıyla da uyuşmayan bir biçimde dava açma süresine ilişkin kurallar katı yorumlanmıştır." AYM, 23.02.2016, B. No: 2013/8896, (T.C. Resmî Gazete, 24 Mart 2016 ve 29663); "Hak arama özgürlüğünün korunmasını amaçlayan anayasal düzenleme doğrultusunda, idari işleme karşı hangi kanun yollarına ve hangi mercilere, hangi sürede başvurulabileceğinin açık ve doğru bir biçimde dava konusu işlemde belirtilmesi gerekirken; davalı idare tarafından, işlem tarihi itibarıyla 657 sayılı Kanun'da mevcut olmayan itiraz yoluna 7 gün içerisinde başvurulabileceğinden söz edilerek davacının yanıtılması karşısında, 60 günlük süreden sonra açılan davada süre aşımı bulunmadığının kabulü ..." D.12.D, 18.02.2013, E: 2011/3449, K: 2013/641; "Dava konusu edilen ödeme emrinde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam gösterilmediği gibi başvuru süresinin de gösterilmediği açıktır. ... başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir." D.7.D, 21.01.2016, E: 2012/5968, K: 2016/321; "... başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerinin belirtilmediği, bu nedenle ceza faturası düzenlenmesinin ilişkin idari işlemlerin davacı şirkete tebliği ile dava açma süresinin başladığının hukuken kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır." D.13.D, 26.11.2014, E: 2014/3745, K: 2014/3772 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

sebebiyet verecektir. Bu nedenle başvuru yollarının gösterilmemesinin işlemin şekil unsurunda bir sakatlık olduğu kabul edilmelidir. Bu tür sakatlıkları önlemek için de gerekli yasal düzenlemeler<sup>112</sup> yapılmalı ve idarenin şekil noksanlıklarını tamamlayarak hukuka uygun işlemler yapması sağlanmalıdır.

## SONUÇ

Disiplin cezaları kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale içerebilen idari işlemlerdir. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaları nedeniyle ağır ve bariz bir hukuka aykırılık ile malul olan disiplin yaptırımları dahi geçerli ve hukuka uygun kabul edilmekte ve kişiler hakkında hukuki sonuçlar doğurabilmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak; idare yapmış olduğu tüm eylem ve işlemlerde hukukun genel ilkelerine, Anayasa'ya, kanun ve nizamlara uygun hareket etmelidir. Disiplin hukuku kapsamında da kişilere uygulanacak disiplin cezalarının hukukun genel ilkelerine, Anayasa'ya, kanun ve nizamlara uygun olması gerekmektedir.

Devlet disiplin işlemlerinde hakkaniyetin sağlanmasını, hukuka uygun kararlar verilmesini ve kişilerin haklarının güvence altına alınmasını sağlamakla mükelleftir. Bu mükellefiyetin yerine getirilmesinin en iyi yolu da hukukun evrensel ilkelerinin disiplin hukuku alanında da uygulama alanı bulmasını sağlamak ve disiplin yaptırımları ile bu yaptırımlarla ulaşılmak istenen amaç arasında adil bir dengenin kurulmasını teminat altına almaktır.

Mevzuatta disiplin hukuku alanında uygulama alanı bulması gereken ilkelere ayrıntılı olarak yer veren genel bir düzenleme bulunmamakta, konu hakkındaki mevcut özel düzenlemeler de yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden hem disiplin cezalarına maruz kalan kişiler hem de disiplin cezası vermekle yetkili olan kişi ve kurullar disiplin hukukunda uygulama alanı bulan usul ve esasa ilişkin ilkeleri tam

<sup>112</sup> Örneğin, 6413 sayılı Kanun'un 40/5 maddesi "Fiilin hatalı olarak vasıflandırıldığı veya düzeltilebilir bir şekil noksanlığı bulunduğu gerekçeleriyle disiplin cezasının mahkeme tarafından iptal edilmesi durumunda, kararın kesinleştiği tarihteki yetkili disiplin kurulu veya disiplin amiri, kararın tebliğinden itibaren ceza verme yetki ve sorumluluğu kapsamında yeniden değerlendirme yapar." düzenlemesi bu ihtiyacı karşılar niteliktedir.

olarak bilmemekte, bu şekilde hukuka aykırı olarak tesis edilmiş idari işlemler ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan bazıları itiraz veya dava yoluna başvurulmadığı için hukuka uygun olduğu kabul edilerek kişiler hakkında uygulanmakta, bazıları da disiplin cezası vermekle yetkili olan kişi ya da kurulların yapmış oldukları hukuka aykırı işlemler sebebiyle mahkemeler tarafından iptal edilmekte ve bu şekilde normal şartlarda ceza verilmesi gereken eylemler de cezasız kalabilmektedir.

Zikredilen sebeplerle hem idari usul ilkelerinin hem de disiplin hukuku ilkelerinin somut olarak belirlendiği yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Disiplin hukuku ile ilgili mevzuat incelendiğinde devlet memurları, askeri personel, kolluk personeli, meslek kuruluşları, milletvekilleri ve sporcular gibi kişi grupları için ayrı ayrı hazırlanmış kanuni düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Tüm bu düzenlemeler yerine disiplin hukuku ile ilgili ana çerçevenin çizildiği, usul kurallarının ve disiplin hukukuna hâkim olan ilkelerin belirlendiği genel bir disiplin kanununun çıkarılması, muhtelif meslek veya kişi gruplarına ilişkin özel hususları belirleme yetkisinin de bu kanuna aykırı olmayacak şekilde ilgili idareye bırakılması gerekmektedir. Kanunun kapsamına disiplin yaptırımı uygulamakla yetkili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör kuruluşlarının dâhil edilmesi yoluyla da disiplin yaptırımları ile muhatap olabilecek tüm kişilerin hakları aynı düzeyde koruma altına alınmış olacaktır.

Anayasal bir hak olan “kamu hizmetine girme” hakkı, disiplin cezaları ile kişinin elinden kolayca alınabilmekte, disiplin cezalarının hukuka aykırı olarak tesis edilmesi halinde ise işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi uzun bir zamana yayılabilmektedir. Bu süreç sonunda disiplin cezaları iptal edilerek kişinin kamu hizmetine dönmesine imkân tanınsa bile kişi meslekten ihraç edilip geri dönünceye kadar geçen süreçte telafisi güç veya mümkün olmayan zararlar ile karşılaşabilmektedir. Kimi zaman da zorunlu hizmet yükümlülüğü altında bulunan kişiler kasıtlı olarak meslekten ihraç edilmeyi gerektiren suçlar işleyerek hizmet yükümlülüğünden hileli bir şekilde kurtulabilmektedir. Bu sebeple özellikle meslekten ihraç edilme sonucunu doğuran ce-

zaların idareye yabancı, bağımsız ve tarafsız olarak kurulmuş bir kurul (KHK ile ihraç edilen kişileri incelemek için oluşturulan komisyon benzeri)<sup>113</sup> veya doğrudan bir yargı kararı ile kesinleşmesi ve müteakiben uygulanması şeklinde bir sistem oluşturulmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2000.
- Akyılmaz Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2019.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2006.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku (Cilt: I), Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa 2019.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku (Cilt: II), Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa 2019.
- Gözübüyük Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), Turhan Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2019.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri (Cilt-II), Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Odyakmaz Zehra, Kaymak Ümit, Ercan İsmail, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 11. Baskı, İstanbul 2015.
- Özay İlhan, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1985.
- Sancakdar Oğuz, Altınok Çalışkan Elif, Dursun Gizem, Seyhan Serkan, Yağcı Pınar, Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Sancakdar Oğuz, Önüt Lale Burcu, Us Doğan Eser, Kasapoğlu Turhan Mine, Seyhan Serkan, İdare Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Ulusoy Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2013.

<sup>113</sup> 23 Ocak 2017 tarihli ve 29957 sayılı Resmî Gazete’de 685 sayılı KHK yayımlanmıştır. Buna göre; olağanüstü hâl kapsamında KHK ile tesis edilen kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesine ilişkin itiraz başvurularını inceleyerek, başvurunun reddine veya kabulüne ilişkin karar vermek üzere “Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu” kurulmuştur. Bu konudaki ayrıntı bilgi için bkz. Mehmet Artuk Ardıçoğlu, “Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 2017/2, s. 25-56.

## Makaleler

- Akbulut Emre, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 81, Yıl: 2009, S. 1-21.
- Akyazan Ahmet Emrah, "Maddi Açından İdari İşlemler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Yıl: 2009, S. 220-240.
- Akılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2002, S. 239-262.
- Alkan Mehmet, "6413 sayılı Tsk Disiplin Kanununun Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 117, Yıl: 2005, S. 167-200.
- Ayatar Kızılyar Sema, "Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı", *Journal Of Yasar (Özel Sayı)*, Cilt: 8, Yıl: 2013, S. 1637-1668.
- Aslan Yasin, "İdari Yaptırımlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 85, Yıl: 2009, s. 173-188.
- Azrak Ali Ülkü, "Umumi İdari Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 33, Yıl: 1967, s. 66-82.
- Boz Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 15-41.
- Canoğlu Veysel Candan, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 138, Yıl: 2018, s. 231-272.
- Derin Cem, Coşkun Burak, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması", *Ombudsman Akademik*, Cilt: 7, Yıl: 2017, s. 173-195.
- Ekinci Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt: 2017/3, s. 19-51.
- Erdinç Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 2012/2, s. 239-276.
- Eşki Uğuz Hülya, "İngiliz Kamu Personel Yönetimine Genel Bir Bakış: Kamu Hizmetlerine Giriş, Performans Değerlendirme ve Disipline İlişkin Düzenlemeler", *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 78, Yıl: 2010, s. 129-148.
- Evren Çınar Can, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 91, Yıl: 2010, s. 110-145.
- Gündüz Fatma Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Yıl: 2016, s. 411-424.
- Hatipoğlu Mehmet, "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 143, Yıl: 2019, S. 181-220.
- Karatepe Selma, Kurnaz Salim, "Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi: İngiltere Örneği Üzerinden Türkiye İçin Bir Değerlendirme", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Ünitesi Dergisi*, Cilt: 46, Yıl: 2019, S. 77-104.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç Ve Cezalarına Ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, S. 61-87.
- Kurt Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Yıl: 2014, S. 131-178.



- Kuntbay İhsan, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2003, s. 3-11.
- Muratoğlu Tahir, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Yıl: 2014, S. 77-147.
- Odyakmaz Zehra, "Hazırlanmakta Olan İdari Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Yıl: 1997, S. 1-21.
- Önüt Lale Burcu, "Avrupa Birliği Personel Rejiminin Disiplin Hukuku Boyutu", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Cilt: 45, Sayı: 5, Yıl: 2013, S. 23-39.
- Seçkin Sinan, Üstün Gül, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, Yıl: 2015, S. 509-534.
- Şanlı Atay Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 96, Yıl: 2011, S. 293-318.
- Sengül Ramazan, "Avrupa Birliği'nde Memurların Statüsü", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Yıl: 2016, S. 41-52.
- Uçar İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Yıl: 2016, S. 331-373.
- Yıldırım Tolga, "Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları Ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 2019/1, S. 47-88.
- Zafer Hamide, "Savunma Hakkı Ve Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, S. 507-540.

## Tezler

- Çiçek Hayrettin, "Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İzmir 2011.
- Eraslan Yunus, "Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.
- Köse Muharrem, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması" (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2009.
- Küçük Çolpan Mücahit, "657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku İle Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- Oğurlu Yücel, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1999.

### İnternet Kaynakları

- DergiPark Akademik- <https://dergipark.org.tr/tr/> (Son Erişim Tarihi: 11.11.2020).  
Legal İçtihat ve Mevzuat Bankası- <https://legal.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 10.08.2020).  
Republique Française Legifrance- <https://www.legifrance.gouv.fr/> (Son Erişim Tarihi: 19.08.2020)  
Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2020)  
*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/> (Son Erişim Tarihi: 15.10.2020)  
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (Son Erişim Tarihi: 03.09.2020).  
Türkiye Cumhuriyeti Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük- <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 29.09.2020).  
Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı Resmî Web Sitesi- <http://emsal.danistay.uyp.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (Son Erişim Tarihi: 10.09.2020)  
Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete- <https://www.resmigazete.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2020)

### Mahkeme Kararları

- AYM, 08.12.2004, E: 2004/84, K: 2004/124.  
AYM, 09.06.2011, E: 2010/91, K: 2011/98.  
AYM, 15.06.2012, E: 2012/24, K: 2012/95.  
AYM, 14.11.2013, E: 2013/15, K: 2013/131.  
AYM, 21.09.2014, E: 2002/100, K: 2004/109.  
AYM, 03.09.2015, E: 2015/77, K: 2015/73.  
AYM, 23.02.2016, B. No: 2013/8896.  
AYM, 17.05.2018, B. No: 2015/19616.  
AYM, 11.04.2019, E: 2019/8, K: 2019/26.  
AYM, 16.10.2019, E: 2010/70, K: 2019/81.  
AYİM, 26.09.2014, E: 2013/1472, K: 2014/1208.  
D.2.D, 06.02.2020, E: 2016/15144, K: 2020/673.  
D.5.D, 28.09.2017, E: 2016/16174, K: 2017/20430.  
D.5.D, 17.10.2017, E: 2016/17236, K: 2017/21244.  
D.5.D, 12.12.2017, E: 2016/18117, K: 2017/24013.  
D.5.D, 19.12.2019, E: 2016/23794, K: 2019/6634.  
D.6.D, 10.02.2016, E: 2014/8728, K: 2016/484.  
D.7.D, 21.01.2016, E: 2012/5968, K: 2016/321.  
D.8.D, 30.03.1992, E: 1991/1706, K: 1992/549.  
D.8.D, 30.03.1992, E: 1991/1717, K: 1992/571.  
D.8.D, 12.03.1996, E: 1994/6429, K: 1996/652.

- D.8.D, 18.02.1997, E: 1995/5200, K: 1997/507.  
D.8.D, 09.12.1997, E: 1995/2936, K: 1997/3826.  
D.8.D, 11.12.1997, E: 1995/3680, K: 1997/3928.  
D.8.D, 12.10.1998, E: 1998/4988, K: 1998/3015.  
D.8.D, 21.10.1999, E: 1998/1220, K: 1999/5359.  
D.8.D, 30.09.2004, E: 2002/3488, K: 2004/3549;  
D.8.D, 24.04.2008, E: 2013/10501, K: 2018/2319;  
D.8.D, 15.01.2010, E: 2009/8191, YD kararı.  
D.8.D, 12.11.2013, E: 2010/4364, K: 2013/7777.  
D.8.D, 14.06.2017, E: 2016/15113, K: 2017/5295.  
D.8.D, 05.02.2018, E: 2016/13179, K: 2018/545.  
D.10.D, 15.02.1990, E: 1989/2490, K: 1990/270.  
D.10.D, 29.05.2001, E: 1999/1255, K: 2001/2029.  
D.10.D, 16.05.2006, E: 2003/4021, K: 2006/3011.  
D.10.D, 30.05.2006, E: 2004/13011, K: 2006/3660.  
D.12.D, 26.10.2005, E: 2002/1552, K: 2005/3800.  
D.12.D, 18.11.2005, E: 2002/2424, K: 2005/4113.  
D.12.D, 18.02.2013, E: 2011/3449, K: 2013/641.  
D.12.D, 03.06.2014, E: 2010/9394, K: 2014/4554.  
D.12.D, 26.01.2016, E: 2012/5471, K: 2016/217.  
D.12.D, 02.02.2016, E: 2014/945, K: 2016/410.  
D.12.D, 02.02.2016, E: 2012/7837, K: 2016/409.  
D.12.D, 04.06.2018, E: 2014/1804, K: 2018/2451.  
D.13.D, 25.12.2006, E: 2005/9375, K: 2006/4919.  
D.13.D, 04.05.2012, E: 2010/1209, K: 2012/944.  
D.13.D, 26.11.2014, E: 2014/3745, K: 2014/3772.  
D.13.D, 23.10.2015, E: 2012/3660, K: 2015/3606.  
D.15.D, 09.09.2015, E: 2015/2061, K: 2015/4886.  
D.15.D, 04.03.2016, E: 2015/8632, K: 2016/1382.  
D.15.D, 11.05.2016, E: 2016/3739, K: 2016/3484.  
D.15.D, 06.03.2018, E: 2014/6132, K: 06.03.2018.  
D.15.D, 31.05.2018, E: 2015/8821, K: 2018/5528.  
D.15.D, 19.09.2018, E: 2018/1067, K: 2018/6319.  
D.15.D, 02.10.2018, E: 2017/287, K: 2018/6547.  
DİDDK, 29.11.2007, E: 2004/611, K: 2007/2412.



# SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASININ DERDEST DAVALARA ETKİSİ

## THE EFFECT OF REPEAL OF PRE-EMPTION RIGHT OF ADJOINING AGRICULTURAL LANDOWNERS ON PENDING CASES

Melih İŞİK\*

Osman Levent ÖZAY\*\*

**Özet:** 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu<sup>1</sup> m. 8/İ hükmünün ikinci fıkrası, 7255 sayılı Kanun<sup>2</sup> m. 20 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklik, 04.11.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Kanun, değişikliğe ilişkin başka bir hüküm içermemektedir. Bu kapsamda, sınırdaş arazi maliklerince açılan önalım davalarının akibetinin ne olacağı, mahkemece nasıl bir karar verileceği ve nihayetinde yargılama giderlerinin nasıl paylaşılacağı konularına eğilme gereği hasıl olmuştur. Çalışmada, öncelikle önalım hakkının yürürlükten kaldırılmasının zaman bakımından uygulanması, ardından düzenlemenin derdest davalara etkisi incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tarımsal Önalım Hakkı, Zaman Bakımından Uygulama, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Davanın Konusuz Kalması, Yargılama Giderleri

**Abstract:** The second paragraph of Article 8/İ of the Law No. 5403 on Soil Conservation and Land Use has been repealed with Article 20 of Law No. 7255. The amendment in question was published in the Official Gazette of the Republic of Turkey on 4.11.2020 and entered into force. The law no. 7255 does not contain any other provisions regarding the amendment. In this context, there has been a need to address the fate of the pre-emption lawsuits filed by adjoining agricultural landowners, what decision will be made by the court, and ultimately how the court costs will be shared. In the study,

\* Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, melihisik17@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8072-521X

\*\* Dr. Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, osmanleventozay@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6182-831X, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.03.2021, Kabul Tarihi: 07.03.2021

<sup>1</sup> RG 19.07.2005 T., 25880 S.

<sup>2</sup> Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun, RG 04.11.2020 T., 31294 S.

firstly, the implementation of the abolition of the pre-emption right in terms of time and then the effect of the regulation on pending cases was examined.

**Keywords:** Agricultural Pre-Emption Right, Temporal Application, Law no. 5403 on Soil Conservation and Land Use, No Need To Adjudicate, Procedural Costs

## I. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI VE DÜZENLEMENİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Türk hukukunda, kanunların yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanmaları gerekir. Resmî Gazete’de yayımlanan kanunlarda, düzenlemelerin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği metinlerinde ayrıca yürürlük maddeleri ile belirtilir. Ancak yürürlükle ilgili herhangi bir düzenleme içermeyen kanunlar, 10 sayılı “Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”<sup>3</sup> m. 7 gereğince Resmî Gazete’de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Kanunlar, yürürlüğe girmeleri ile birlikte kural olarak geleceğe etki doğurduğundan, eski kanuna göre tamamlanmış ve hukukî sonuca ulaşmış işlemleri etkilemezler. Kanunların geçmişe etkili olması yasağı kapsamında değerlendirilen bu durum Türk hukukunda da kabul edilmektedir. Böylece eski düzenleme zamanında elde edilen haklar ve yetkiler yeni düzenleme karşısında da korunur.<sup>4</sup> Kazanılmış hak olarak isimlendirilen bu haklar sonradan ortaya çıkan durumdan etkilenmezler.<sup>5</sup> Bu kuralın bir sonucu olarak henüz tamamlanmamış ve dolayısıyla kazanılmamış beklenen haklara ise, yeni düzenlemeler uygulanır.

Çalışmanın konusunu oluşturan sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkına ilişkin olarak TKAKK m. 8/İ/2’de “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına*

<sup>3</sup> RG 15.07.2018 T., 30479 S.

<sup>4</sup> Kanunların geçmişe etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Başak Baysal, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (s. 475-501), s. 476 vd.; Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 58 vd.; Ali Nazım Sözer, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, S. 8 (s. 2477-2534), s. 2479 vd.

<sup>5</sup> Bununla birlikte, kazanılmış hakların devam eden etkilerine de aksine düzenleme olmadıkça yeni düzenleme uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, s. 480; Sözer, s. 2489 vd.

sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.” hükmü yer almaktaydı. Anılan düzenleme, 28.10.2020 tarihinde kabul edilen 7255 sayılı Kanun m. 20 ile yürürlükten kaldırılmış ve yürürlükten kaldıran düzenleme, 04.11.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 7255 sayılı Kanun m. 31’de, Kanun’un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğine yer verilmiştir. Buna göre, 04.11.2020 tarihinden itibaren sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak önalım hakkına ilişkin değişikliğin yapıldığı 5403 sayılı TKAKK’da yer alan “5403 sayılı Kanun’a Ek Ve Değişiklik Getiren Mevzuatın Veya Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Giriş Tarihlerini Gösterir Liste” içeriğinde 7255 sayılı Kanun değişikliğinin yürürlük tarihi 28.10.2020 şeklinde gösterilmiştir. Anılan liste Resmî Gazete’de yayımlanan metinde olmadığı gibi değişiklik listelerinin bağlayıcılığı hususunda herhangi bir düzenleme de bulunmadığından, bağlayıcı olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle yürürlük için ilgili değişikliğin yayımlandığı tarih olan 04.11.2020 esas alınmalıdır.

Kanunların geçmişe etki yasağı gereğince, 04.11.2020’den itibaren sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım haklarından bahsedilemez. Aynı ilkenin bir sonucu olarak kazanılmış haklar da geçerliliğini koruyacak ve önalım hakkına dayanarak kesinleşmiş mahkeme kararları ile arazinin mülkiyetini kazanan sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin mülkiyet hakkı korunacaktır. Buna karşılık derdest davalar bakımından bir sonuca ulaşabilmek için ise, öncelikle önalım hakkına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde hakkın niteliğinin ve kazanmanın hangi anda gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir.

Kanun koyucu, TKAKK m. 8/İ/3 atfıyla sınırdaş arazilerde önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerinin esas alınacağını düzenlemiştir.<sup>6</sup> Buna göre, sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin de önalım haklarını dava açarak kullanmaları gerekmektedir

<sup>6</sup> Bu atfın, yalnız “kullanılması” başlıklı TMK m. 734 hükmüne mi yoksa TMK m. 732 ve devamında üç maddede düzenlenen hükümlere mi olduğu yoruma açıktır. Ancak madde metninde yer alan “hükümleri” ifadesi nedeniyle TMK m. 734 dışındaki düzenlemelerin de uygulanacağı kabul edilmelidir.

(TMK m. 733, 734).<sup>7</sup> Önalım hakkının hukukî niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.<sup>8</sup> Doktrindeki baskın görüşe göre,<sup>9</sup> önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olup hakkın kullanılmasına yönelik açılan dava da inşai dava niteliğindedir (HMK m. 108). Gerçekten de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>10</sup> (HMK) m. 108/2'de de belirtildiği üzere, hakkın kullanılması için dava açılmasının zorunlu olduğu hallerde açılan dava, inşai niteliktedir.

**İnşai** davalar sonucunda verilen hükümler geçmişe veya geleceğe etkili olabilmektedir. Bu husus HMK m. 108/3'te, inşai hükümlerin aksine anlaşma olmadıkça geçmişe etkili olmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. TMK m. 732 ve devamında düzenlenen önalım hakkı bakımından da aksine bir husus belirtilmediğinden, hakkın kullanılması için açılan inşai dava sonucunda verilen hüküm de geçmişe etkili olmayacaktır. Doktrinde bir görüşe göre, davanın kabulü üzerine satıcı ile alıcı arasındaki sözleşme ve mülkiyet ilişkisi sona ermekte ve davacı ile davalı arasında satış sözleşmesi kurularak taşınmazın mülkiyeti davacıya geçmektedir.<sup>11</sup> Başka bir deyişle davanın kabulüyle sınırdış arazi maliki ile alıcı arasında hem satış sözleşmesi kurulmakta hem de sınırdış arazi maliki taşınmazın mülkiyetini kazanmaktadır. Bu görüş,

<sup>7</sup> Kanun koyucunun getirdiği düzenleme çerçevesinde alıcının sınırdış arazi malikiyle anlaşarak işlem yapabilmesi mümkünse de bu durum önalım hakkına davalı bir işlem olarak kabul edilemez. "... Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimi ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. ..." Yargıtay HGK, E. 2005/6-230 K. 2005/244 T. 13.4.2005 (kararara.com).

<sup>8</sup> Sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkı da kanundan doğan bir önalım hakkı olarak düzenlendiğinden kanunî önalım hakkının hukukî niteliğine ilişkin görüşler aynen geçerlidir. Doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Osman Açıköz, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2018, s. 58 vd.; Fikret Eren, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. XII, S. 1-2 (s.103-126), s. 106 vd.

<sup>9</sup> Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959, s. 14 vd.; Ergun Önen, İnşai Dâva, Ankara 1981, s. 89; Açıköz, s. 69-70; Simge Aksu Kayacan, "Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Doğumu ve İleri Sürülebilmesi İçin Gerekli Unsurlar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. Mayıs-Haziran 2020, C. 15, S. 189-190 (s. 617-691), s. 622; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 151 vd.; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016, s. 410; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 416; M. Kemal Oğuzman /Özer Selici /Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, p. 1966. "... Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır. ..." Yargıtay HGK, E. 2005/6-358 K. 2005/470 T. 21. 09. 2005 (kararara.com).

<sup>10</sup> RG, 04.2.2011 T., 27836 S.

<sup>11</sup> Eren, Önalım, s. 118.



tapuda satış sözleşmesinin düzenlenmesi ve ardından tescilin yapılması şeklinde gerçekleşen taşınmaz satış uygulamasına ve kanun koyucunun dava zorunluluğu getirerek<sup>12</sup> taraf iradeleri ile hukukî sonucun meydana getirilememesi<sup>13</sup> fikrine uygundur. Buna karşılık doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olmasına dayanarak hakkın kullanılması ile satış sözleşmesinin kurulduğu fikri baskındır.<sup>14</sup> Bu görüşe göre, hakkın kullanılmasıyla başka bir deyişle dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesiyle birlikte taraflar arasında satış ilişkisi meydana gelir. Davanın kabul edilmesi halinde bu sözleşme icra edilirken; davanın reddi durumunda ise, hakkın kullanılma şartlarının oluşmadığına ilişkin tespit kararıyla hukukî ilişkinin kurulmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından önalım hakkının dava açılarak kullanılması zorunluluğu kanaatimizce uygun olmamakla birlikte, cari düzenleme (de lege lata) kapsamında dava açılması zorunluluğunun, hukukî sonucun taraf iradeleri yerine hâkim iradesine dayanması için getirildiği de ileri sürülebilir. Dava zorunluluğunun aranmasına ilişkin doktrindeki eleştiriler için bkz. Didem Akalp-Demirtabak, *Yasal Önalım Hakkı*, İstanbul 2010, s. 96 vd.; Buz, s. 158 vd.

<sup>13</sup> TMK m. 734 düzenlemesi karşısında hakkın kullanılması ile hukukî ilişkinin kurulmasından bahsedilemeyeceği hususunda bkz. Zekeriya Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul 2008, s. 82. Davacının tek taraflı iradesi veya taraf anlaşmasının hukukî sonuç için yeterli olmayıp mahkeme kararına ihtiyaç bulunması inşa davaların özelliğidir. Bkz. Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. I*, İstanbul 2017, s. 984.

<sup>14</sup> Bu görüş önalım hakkının kullanılması için dava zorunluluğunun aranmadığı Türk Kanunu Medenisi zamanında da kabul edilmekteydi. Bkz. Feyzioğlu, s. 362. Dava dilekçesinin tebliğ edildiği anda satış sözleşmesinin kurulduğu hususunda bkz. Önen, s. 90; Akalp-Demirtabak, s. 96; Mehmet Serkan Ergüne, "Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2009, C. 7, S. 82 (s. 3149-3158), s. 1352; Açıkgöz, s. 254 özellikle dn. 24; Egemen Köylüoğlu, *Önalım Davası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 63 (krş. s. 61 dn. 245'te belirtilen yazarlar). Hakkın kullanılması ile sözleşmenin kurulduğu hususunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 1924 dn. 1157. "... Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. ..." Bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2017/703 K. 2020/7509 T. 19.11.2020; Yargıtay 14. HD, E. 2018/4396 K. 2020/7379, T. 17.11.2020; Yargıtay HGK, E. 2017/2262 K. 2019/649 T. 13.06.2019 (karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>15</sup> Benzer şekilde, dava dilekçesinin tebliği ile taraflar arasında satış ilişkisinin kurulduğu kabul edildiğinde, davacının davadan feragat etmesi (HMK m. 307) halinde de sözleşmenin akibeti belirsiz olacaktır. Zira feragat, yargılamaya son veren bir taraf işlemi olduğundan, davacının kurulduğu kabul edilen satış sözleşmesinden tek taraflı feragat edebilmesi anlamına gelir ki bu durum kanaatimizce yenilik

Kanaatimizce, önalım hakkının kullanılması için dava açılmasının taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasında yeterli olmaması ve önalım hakkına ilişkin inşai hükmün geleceğe etkili olması sebebiyle 04.11.2020 tarihindeki derdest davalar bakımından derhal uygulama ilkesi esas alınmalıdır. Böylece dava açmış ancak anılan tarihte kesin hüküm elde edememiş sınırdış tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkından bahsedilemez. Nitekim Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi de bir kararında<sup>16</sup> *“Davanın dayanağı olan kanun maddesinin, davadan sonra ancak iş bu dava kesinleşmeden önce başka bir kanun maddesi ile iptal edilmesi nedeniyle artık davalı vekilinin esasa ilişkin istinaf itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiş ve işin esası hakkında değerlendirme yapan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, 6100 sayılı HMK'nın maddesi uyarınca, 5403 sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun maddesinde düzenlenen önalım hakkının yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılması nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekmiştir”* ifadelerine yer vermiştir. Her ne kadar verilen kararın türüne katılmasak da gerekçenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık Yargıtay 14. Hukuk Dairesi ise, bir kararında<sup>17</sup> *“Önalım hakkı dava açılarak kullanıldıktan sonra 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ve bu hükümlerle komşu tarımsal arazi malikine tanınan önalım hakkının kaldırılması geçmişe etkili olamayacağından davalının temyiz talepleri kabul*

---

doğuran hakların geri alınamaması kuralı ile bağdaşmaz.

<sup>16</sup> Konya BAM 4. HD, E. 2020/1601 K. 2020/1770 T. 30.12.2020 (legalbank.net). Benzer yönde, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi de “yasanın 8/İ maddesinde yazılı koşulların mevcut olup hüküm tarihi itibarıyla verilen karar doğru ise de hükümden sonra istinaf aşamasında tarımsal arazilerde sınırdış taşınmaz malikine önalım hakkı veren 8/İ maddesinin 2. fıkrası 7255 SY'nin 20. maddesi ile 28.10.2020 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olmakla hükmün yasal dayanağı ortadan kalkmış olmakla ve artık davacıya önalım hakkı tanıyan bir yasal düzenleme bulunmamasıyla davalı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK'nın 353/1-b-2. Maddesi gereğince hükmün kaldırılarak davanın tümünden reddi yolunda yeniden karar vermek gerekmiş..” ifadelerine yer vererek gerekçesine katıldığımız bir karar vermiştir. Samsun BAM 1. HD, E. 2020/1822, K. 2020/2030, T. 21.12.2020 (Yayınlanmamıştır). Ancak, aynı mahkeme sonraki tarihli başka bir kararında “Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde: Önalım hakkı dava açılarak kullanıldıktan sonra, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ve bu hükümlerle komşu tarımsal arazi malikine tanınan önalım hakkının kaldırılması geçmişe etkili olamayacağından mahkemece davanın bu gerekçe ile reddi doğru değildir” gerekçesine dayanarak görüşünü değiştirmiştir. Samsun BAM 1. HD, E. 2021/1252, K. 2021/1216, T. 11.06.2021 (Yayınlanmamıştır.).

<sup>17</sup> Yargıtay 14. HD, E. 2020/1387, K. 2020/7766 T. 25.11.2020 (karararama.yargitay.gov.tr).

*edilmemiş; davanın kabulüne dair verilen hüküm usul ve yasaya uygun bulunarak onanmıştır*” ifadesiyle davanın açılmasıyla hakkın kazanılacağını kabul etmiştir. Doktrinde bir görüş<sup>18</sup> ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi<sup>19</sup> ise, tarımsal arazinin resmi satışının gerçekleşmesiyle önalım hakkının kazanılmış hak haline geleceğini kabul etmekte ve kanun değişikliğinden önce yapılmış satışlar bakımından sınırdaş arazi maliklerinin önalım haklarını kullanabileceğini ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, hakkın kullanılması ile taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulduğunun kabulü (04.11.2020 tarihine kadar dava dilekçesi tebliğ edilmiş) halinde de davacı sınırdaş arazi maliki ile davalı alıcı (taşınmaz alıcı adına tescil edilmemişse satıcı) arasında sözleşme kurulmuş olsa dahi derdest davalar bakımından herhangi bir farklılık oluşmamalıdır. Şöyle ki, dava dilekçesinin tebliği ile kurulan satış sözleşmesi bakımından maddi hukuk işleminin kurulduğu ve dolayısıyla eski düzenlemeye tabi olarak taşınmaz mülkiyetinin tesciline yönelik talepte bulunulabileceği fikri<sup>20</sup> ileri sürülebilirse de bu durumun önalım hakkına dayalı sözleşmeler için uygulanması doğru değildir. Zira söz konusu fikrin temelinde sözleşme serbestisi ve irade özerkliği yatmaktadır.<sup>21</sup> Oysa önalım hakkının kullanılması ile kurulan satış söz-

<sup>18</sup> Ümit İlker Özcan, “Sınırdaş (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 Sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin 2. Fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, 16 (174), (s. 264-274), s. 272-273.

<sup>19</sup> “Yukarıda açıklanan TMK hükümleri uyarınca ön alım hakkı pay satışı ile doğmakta olduğundan pay satışı tarihinde yasanın yürürlükte bulunması halinde ön alım hakkı kullanılacaktır. Davalıya pay satışı yapılan 5.10.2020 tarihinde yasanın yürürlükte olduğu ve pay satışı ile ön alım hakkının doğduğu yasanın yürürlüğü kaldırılırken geriye etkili olduğu hususunda açık düzenleme yapılmadığı ve usul hükmü gibi istisnalardan olmadığına nazaran geriye yürütülemeyeceği değerlendirilmelidir”. İstanbul BAM 7. HD, E. 2021/853, K. 2021/1040, T. 15.04.2021 (Yayınlanmamıştır).

<sup>20</sup> Sözleşmesel hukuki durumlar ve doğrudan doğruya kanundan doğan hukuki durumlar ayrımı için bkz. Baysal, s. 482-483. Yazar, bu konuda Türk hukuku bakımından da 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. maddesinde yer alan “İçerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, bu Kanun hükümleri uygulanır” ifadesini örnek göstermektedir. Aynı hususta diğer örnekler ve açıklamalar için bkz. Sözer, s. 2488 vd.

<sup>21</sup> Baysal, s. 483.

leşmesinin temeli taraf iradesi olmayıp kanun olduğu gibi anılan sözleşmenin kurulması bakımından da kanun koyucu yine taraf iradeleri yerine dava yoluyla hâkim iradesine üstünlük tanımıştır. Dolayısıyla, dilekçenin tebliği ile kurulan satış sözleşmesi bakımından da yine derhal uygulama ilkesi esas alınmalıdır.

## II. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASININ DERDEST DAVALARA ETKİSİ

### A. Davanın Konusuz Kalması

Hukukî koruma; hakkın hukuk aracılığı ile korunması ve hakkın korunmasından oluşmaktadır. Hakkın hukuk aracılığı ile korunması, sübjektif hakkın hukukî düzenlemeler yoluyla sağlanmasını ifade ederken; hakkın korunması ise sübjektif hakkın kişiler tarafından yerine getirilmesidir.<sup>22</sup> Her birey, devletçe yürürlüğe konulmuş hukukî normlardan istifade etme ve ilgili merciler önünde hukukî koruma talebinde bulunabilir.<sup>23</sup> Bu çerçevede sübjektif hak sahibi herkes, Anayasa m. 36 gereği hak arama özgürlüğüne sahiptir. Sınırdaş arazi maliklerinin de TKAKK m. 8/İ/2 hükmünün varlığına güvenerek, önalım haklarını kullanmak amacıyla 4.11.2020 tarihinden önce dava açmış olmaları hukukî zemine dayanmaktadır.

Yürürlükteki bir hükme istinaden hukukî koruma talebi ile ikame edilen dava, henüz kesin hükümle sonuçlanmadan dayanılan hukukî norm yürürlükten kaldırılabilir. Bu durumun derdest davaya etkisi, yukarıda da açıklandığı üzere kaçınılmaz olacaktır. Şu hâlde, bir davanın ikame edilmesinden evvel mevcut bir hükmün, dava devam ederken yürürlükten kaldırılması üzerine mahkemece nasıl bir tutum takınılacağı önem arz etmektedir. Özellikle yürürlükten kaldıran kanunda yol gösterici geçici bir hükmün olmaması, bir boşluk yaratmaktadır. Mahkemelerin bu durumda verebilecekleri ayrık ve birbirinden farklı kararlar, yaratacağı çelişki nedeniyle hukukî güvenliği olumsuz etkileyecektir.

<sup>22</sup> Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2007/1, S. 6 (s. 29-68), s. 32.

<sup>23</sup> Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 13.

Davanın konusuz kalması<sup>24</sup>, Alman hukukunda<sup>25</sup> şeklen ve esasa ilişkin haklı olan bir davanın derdestlikten sonra meydana gelen bir olay neticesinde dava konusu ortadan kalkması veya talebin haklılığını kaybetmesi olarak ifade edilmektedir. İsviçre hukukunda ise<sup>26</sup>, dava konusunun veya davacının hukukî yararının, derdestliğin meydana gelmesinden sonra kesin olarak ortadan kalkması olarak tarif edilmektedir. Hukukumuzda derinlemesine incelenen bir kurum olmamakla birlikte, dava ikame edildikten sonra taraflar veya dış etkiler nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması veya davanın sonuçlandırılmasında mevcut bir hukukî yararın kalmaması olarak ifade edilmektedir.<sup>27</sup>

Davanın konusuz kalması; dava konusunun yerine getirilmesi ile gerçekleşebileceği gibi, dava konusundan bağımsız bazı gelişmelerle davacının hukuken korunma gereğinin ortadan kalkmasıyla da gündeme gelebilir.<sup>28</sup>

Davanın konusuz kalması kavramı ile bağlantılı kavramlardan ilki, dava konusu<sup>29</sup> kavramıdır. Dava konusu mukayeseli hukukta tartışılmakla birlikte, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak mukayeseli hukukta birçok teori ileri sürülmüştür.<sup>30</sup> Hukukumuz-

<sup>24</sup> Davanın konusuz kalması, İsviçre hukukunda (Sch. ZPO Art. 107, 242) "die Gegenstandslosigkeit" Alman hukukunda ise (DZPO Art. 91a) "die Erledigung der Hauptsache" kavramları ile anılmaktadır.

<sup>25</sup> Rainer Hüfstege, Thomas/Putzo ZPO Kommentar, 41. Aufl., München 2020, § 91a Rn. 4; Leo Rosenberg/ Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 131 Rn. 1; Richard Zöllner, Zivilprozessordnung, 32. Aufl., Köln 2018, § 91a Rn. 1; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, Zivilprozessordnung Kommentar, 9. Aufl., Köln 2017, § 91a Rn. 7.

<sup>26</sup> Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich, Basel, Genf 2019, § 23 Rn. 32; Myriam Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 242 Rn. 1; Laurent Killias, Schweizerische Zivilprozessordnung – Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 242 Rn. 1.

<sup>27</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 443; Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 336; Nilüfer Boran Güneysu, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 145; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku C. I, 3. Bası, Ankara 2020, s. 1083; Levent Börü/L. Şanal Görgün/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 659.

<sup>28</sup> Hanağası, s. 336.

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem Ercan Özler, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, İstanbul 2019.

<sup>30</sup> Dava konusu hakkında, dava konusunu maddî hukuka ilişkin talep kavramı ile açıklamaya çalışan eski maddî hukuk teorileri; talep sonucu ve hayat olayını eş değer gören, talep sonucuna hayat olayı karşısında üstünlük tanıyan ve dava konu-

da ise dava konusu kavramı açıklanırken, iki görüş etrafında konu ele alınmıştır. Bir grup dava konusunun talep sonucu ve talebin dayandığı hayat olayı olarak açıklarken<sup>31</sup>, diğer bir görüşe göre ise dava konusu talep sonucuna göre tayin edilir.<sup>32</sup>

Hukukî yarar ise, davanın açıldığı andan itibaren yargılamanın her aşamasında var olması gereken bir dava şartıdır (HMK m. 114/1-h). Davanın açıldığı anda hukukî yararın olmaması, dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usulden reddi sonucunu doğurur. Ancak dava açıldığında mevcut olan hukukî yararın sonradan ortadan kalkması özel olarak değerlendirilmiş ve bu durumun davanın konusuz kalmasına neden olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>33</sup>

Davanın konusuz kalması, hukukumuzda doğrudan bir düzenlemeye sahip olmasa da HMK m. 331/1’de anılmaktadır. Anılan hüküm davanın konusuz kalmasını tarif etmekten ziyade, konusuz kalma halinde yargılama giderlerine hükmedilme rejimini tayin etmektedir. Ayrıca davanın konusuz kalmasını düzenleyen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu<sup>34</sup> m. 425’ten farklı olarak<sup>35</sup> konusuz kal-

---

sunu yalnızca talep sonucuna göre tayin eden saf usul hukuku teorileri, usul hukuku teorilerine tepki olarak gelişen yeni maddî hukuk teorileri ile nisbî dava konusu teorisi ve çekirdek teori geliştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Yavuz Alangoya, İhtilaf Konusu Hakkındaki Doktrin Durumu, *İÜHFİM* 1968, S. 3-4 (s. 288-303) (Schwab, K. H.; Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht, *JuS* 1965, (s. 81-86)), s. 289 vd.; Timuçin Muşul, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Bası, Ankara 2009, s. 94 vd.; Ejder Yılmaz, *Islah*, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 186 vd.; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s. 72 vd.; Hanağası, s. 118 vd.; Levent Börü, Dava Konusu Kavramı ve Teorileri, *BATIDER* Y. 2012, C. 28, S. 2 (s. 257-293), s. 261 vd.; Ercan Özler, s. 175 vd.

<sup>31</sup> Muşul, s. 102; Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 128 vd.

<sup>32</sup> Yılmaz, *Islah*, s. 192; Tanrıver, *Derdestlik*, s. 81; Tanrıver, *Usul*, s. 492; Hanağası, s. 124; Börü, *Teoriler*, s. 281 vd.

<sup>33</sup> Pekcanitez, Pekcanitez *Usul*, s. S. 949; Hanağası, s. 336 vd.

<sup>34</sup> RG 2, 3, 4.7.1927 T., 622, 623, 624 S. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 450 uyarınca mülga.

<sup>35</sup> HUMK m. 425’ten; taraflardan birinin ölümü ve davanın terki gibi sebepler hükmü verilmesine gerek olmayan hal olarak gösterilmiştir. “Davanın terki (atiye bırakma)” 1086 sayılı Kanun’da yer alan bir kavramla birlikte HMK’da yer almamaktadır. Bu kavramı karşılayan kavramın ne olduğu, Yargıtay kararları ile uygulamada şekillenmektedir. Yargıtay davanın terki veya atiyeye bırakma kavramını, HMK m. 123’te düzenlenen davanın geri alınması kurumuna karşılık gelen 1086 sayılı Kanun m. 185/1 kapsamında görmektedir: “... Gerek mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda davanın atiyeye bırakılması şeklinde bir kavrama yer verilmemiştir. Davanın atiyeye bırakılması ifadesinden anlaşılması gereken, mülga 1086 sayılı Kanun’un 185 maddesinde, 6100 sayılı Kanun’un ise 123. maddesinde düzenle-

ma halleri örnekseme yoluyla sayılmamış ve genel ifade kullanılmıştır<sup>36</sup>. Ancak kanun gerekçesinde dava sırasında alacağın ödenmesi, tahliye davası devam ederken kiracının kiralananı tahliye etmesi veya boşanma davasının devamı sırasında eşlerden birinin ölmesi durumları davanın konusuz kalmasına örnek gösterilmiştir.<sup>37</sup> Doktrinde ve uygulamada; taşınır bir malın teslimi talebi ile açılan davada malın teslim edilmesi<sup>38</sup> veya telef olması,<sup>39</sup> patent hakkının ihlali nedenine dayalı olarak ikame edilmiş bir davada ihlalde bulunduğu iddia edilen patentin dava devam ettiği esnada iptaline karar verilmesi,<sup>40</sup> bir taşınmaza müdahalenin önlenmesine ilişkin davada müdahalenin son bulması<sup>41</sup> yahut taşınmazın malike teslim edilmiş olması ya da bu gayrimenkulün kamulaştırılması,<sup>42</sup> taşınmazın üzerinde bulunan ipoteğin talep üzerine kaldırılmayıp terkin davası açıldıktan sonra kaldırılması,<sup>43</sup> tasarrufun iptali davalarında (İİK m. 278 vd.) takibe konu borcun borçlu veya lehine tasarruf yapılan davalı üçüncü kişi tarafından ödenmesi,<sup>44</sup> iflâsa açılan sıra cetveline itiraz davası (İİK m.

---

nen davanın geri alınmasıdır. Her iki Kanunda düzenlendiği üzere, davanın geri alınmasının hukuki sonuç doğurabilmesi karşı tarafın açık kabulüne bağlıdır. ...” Yargıtay 22. H.D., 2017/5694 E. 2017/4888 K. 09.03.2017 T. (Kazancı). Aynı yönde; Yargıtay 22. HD, E. 2012/18670 K. 2013/7341 T. 04.04.2013; 10. HD, E. 2012/14055 K. 2012/13498 T. 09.07.2012 (legalbank.net). Öte yandan 3. Hukuk Dairesi güncel bir kararında, atıye bırakma kavramını takipsiz bırakma olarak nitelemiştir: “... Davacı taraf dava konusu uyumsuzluğa ilişkin tazminat taleplerini 17.10.2006 tarihli duruşmada atıye bıraktığını beyan etmiştir. Mahkemece, takipsiz bırakılma nedeniyle maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken ...” Yargıtay 3. HD, E. 2020/1151 K. 2020/7111 T. 26.11.2020 (legalbank.net). Doktrinde ise, davanın atıye bırakılmasının; davanın geri alındığı anlamına geldiğine ilişkin bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 467; takipsiz bırakma anlamına geldiğine ilişkin, bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017, Şerh, s. 3198.

<sup>36</sup> Hükümet Gerekçesi (HMK m. 335).

<sup>37</sup> Hükümet Gerekçesi (HMK m. 335).

<sup>38</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, İstanbul 2001, s. 3015; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. I-II, Ankara 2020, s. 882; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 484.

<sup>39</sup> Umar, s. 965.

<sup>40</sup> Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 443; Boran Güneysu, s. 145; Murat Atalı, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III, İstanbul 2017, s. 2041.

<sup>41</sup> Kuru, El Kitabı, s. 882; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 768; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 484.

<sup>42</sup> Kuru, C. III, s. 3018.

<sup>43</sup> Yargıtay 19. HD, E. 2015/10957 K. 2016/1834 T. 8.2.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>44</sup> “... Dava İİK'nın 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasına ilişkindir. Dosya içeriğinden, yargılama devam ederken dava dayanağı

235) devam ederken iflâsın kaldırılması,<sup>45</sup> yeni bir İBK kararı<sup>46</sup> veya Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı<sup>47</sup> ya da dava konusu talebin bir idari işlemle yerine getirilmesi<sup>48</sup> davanın konusuz kalmasına neden olan haller olarak gösterilmektedir.

Mevcut bir hükme istinaden ikame edilen dava henüz sonuçlanmadan ilgili hükmün yürürlükten kaldırılmasının, "davanın konusuz kalmasına" yol açacağı doktrin<sup>49</sup> ve uygulamada<sup>50</sup> tartışmasız şekilde kabul edilmektedir.<sup>51</sup> Nitekim Alman<sup>52</sup> ve İsviçre<sup>53</sup> doktrinlerinde de kanun değişikliği bir konusuz kalma nedeni olarak gösterilmektedir.

takep konusu borcun ödendiği ve bu hali ile davanın konusu kalmadığı sabit olup mahkemece bu yönde karar verilmesinde isabetsizlik yoktur. ..." Yargıtay 17. HD, E. 2016/5014 K. 2016/4266 T. 5.4.2016 (lexpera.com.tr); "... Dava İİK'nın 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Bu tür davalar icra takibine bağlı olduğundan, dava devam ederken borcun ödenmiş olduğunun anlaşılması halinde dava konusuz kalacağından "alacağı ödenmiş olması nedeniyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi, ancak dava açılmasına hangi tarafın neden olduğu araştırılarak yargılama giderleri ve vekalet ücreti bakımından araştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir. ..." Yargıtay 17. HD, E. 2014/10915 K. 2016/405 T. 18.1.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>45</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 443; Boran Güneysu, s. 145; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2041.

<sup>46</sup> Umar, s. 965.

<sup>47</sup> Kuru, C. III, s. 3018.

<sup>48</sup> "... Dava, tapu kaydında düzeltim isteğine ilişkin olup; mahkemece, davacı vekilinin 02.04.2015 tarihli duruşmadaki beyanına göre davaya konu düzeltmenin idari yoldan gerçekleştirildiğinin ve davanın konusuz kaldığının anlaşılması neticesinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. ..." Yargıtay 1. HD, E. 2016/7983 K. 2016/7363 T. 16.6.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>49</sup> Kuru, C. III, s. 3018; Kuru, El Kitabı, s. 882; Umar, s. 965; Hanağası, s. 336.

<sup>50</sup> Yargıtay 20. HD, E. 2017/7258 K. 2020/477 T.5.2.2020; Yargıtay 20. HD, E. 2017/5135 K. 2018/538 T. 25.1.2018; Yargıtay 20. HD, E. 2015/2478 K. 2016/3518 T. 28.3.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>51</sup> Doktrinde gerçek ve gerçek olmayan konusuz kalma şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Dava konusunun yerine getirilmesi veya ortadan kalkması halinde gerçek konusuz kalmadan, talep sonucunun gerçekleşme imkanının ortadan kalkıp davaya başka bir taleple devam edilebilmesi halinde ise gerçek olmayan konusuz kalmadan bahsedilmektedir, bkz. Meriç, s. 226-227. TKAKK m. 8/İ/2 hükmünün yürürlükten kalkması ile aslında sınırdış arazi malikinin önalım hakkını kullanmak için açtığı davanın konusuz doğrudan olmasa da dolaylı olarak etkilenmektedir. Ancak bu dolaylılık, hukukî yarar noktasında somutlaşmakta, artık davanın talebi hukukî koruma sınırlarından çıkmaktadır. Bu nedenle hükmün yürürlükten kalkması ile davacının hukukî düzenlemeler ışığında talep edebileceği bir dava konusu kalmadığından, davanın gerçek konusuz kalma haline tabi olduğu söylenebilir.

<sup>52</sup> Hüßtege, Thomas/Putzo ZPO § 91a, Rn. 5; Zöllner, ZPO § 91a Rn. 4; Prütting/Gehrlein, ZPO § 91a Rn. 16.

<sup>53</sup> Felix Addor, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997, s. 79 vd.



Yukarıda sayılan hallerle birlikte, yürürlükte olan bir hüküm sebebiyle talep edilen hukukî koruma ışığında açılan bir dava devam ederken hükmün yürürlükten kaldırılması, davayı konusuz bırakan bir durumdur. Nitekim henüz davanın ikame edildiği anda, hüküm yürürlükte olduğundan davanın dinlenebilir olması noktasında bir sorun bulunmamaktadır. Ancak dava devam ettiği esnada, talebe dayanak hukukî normun yürürlükten kalkması, talebin yerindeliğini doğrudan etkilemekte, davacının daha önceki mevcut hukukî korunma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Başka bir deyişle, davacının korunma talep edebileceği norm, davanın görülmeye devam ettiği an için artık mevcut değildir. Bu durumun gerçekleşeceğinin öngörülmesi, davanın açıldığı an itibariyle davacıdan beklenilemez. Mevcut şartlar altında yargılamaya devam edilmesine gerek olmadığından, mahkemece buna uygun ve hakkaniyetli bir karar verilmesi gerekir.

## B. Mahkeme Tarafından Verilecek Karar

5403 sayılı TKAKK m. 8/İ/2'nin yürürlükten kaldırılması ile sınırdaş arazi maliklerinin önalım haklarına dayanan mevcut derdest davalar konusuz kalmıştır. Bu noktada açıklanması gereken iki nokta vardır: mahkemenin vereceği kararın türü ile yargılama giderlerine ilişkin karar.

### 1. Kararın Niteliği

Medeni yargılama hukukunda, kararlar kural olarak ara karar ve nihaî karar olarak ikiye ayrılmaktadır. Ara kararlar, hakimin çözüme vardıktan sonra dosyadan elini çekmesini gerektirmeyen kararlar iken, nihaî kararlar ise davayı sona erdiren ve hâkimin dosyadan elini çekmesine neden olan kararlardır.<sup>54</sup> Nihai kararlar kapsamında usule veya esasa ilişkin (hüküm) nihai kararlar<sup>55</sup> yanında hüküm kurulmasına gerek olmayan haller<sup>56</sup> de gösterilmektedir.

<sup>54</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 427; Boran Güneysu, s. 105 vd.; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 302.

<sup>55</sup> Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 800.

<sup>56</sup> Boran Güneysu, s. 141 vd.; Tanrıver, Usûl, s. 1045. Üçüncü ayırım olarak konusuz kalma halinin işaret edilmesine ilişkin, bkz. Kuru, C.III, s. 3015; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 484; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020, s. 551.

Davanın konusuz kalması halinde, ne tür bir karar verileceği konusunda Kanun'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m. 331/1'de, "*davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâller*" işaret edilmekte, buna paralel olarak da doktrinde<sup>57</sup> ve uygulamada<sup>58</sup> esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı belirtilerek davaya son verileceği ifade edilmektedir. Yargıtay içtihatlarında görüleceği<sup>59</sup> üzere, davanın konusuz kalması üzerine mahkemece verilmesi gereken karar davanın kabulü veya reddi değil, "karar verilmesine yer olmadığı kararı" dır. Her ne kadar Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi tarafından 30.12.2020 tarihli karar ile, 5403 sayılı Kanun m. 8/İ'nin yürürlükten kaldırılması nedeniyle ilk derece mahkemesince verilen davanın kabulü kararı kaldırılarak davanın reddine karar verilmişse<sup>60</sup> de, kararın türü bakımından isabetli bulmuyoruz.

<sup>57</sup> Kuru, El Kitabı, s. 883; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 444; Umar, s. 965; Postacıoğlu/Altay, s. 768; Yılmaz, Şerh, s. 3194; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 484; Tanrıver, Usûl, s. 1083; Hanağası, s. 340; Boran Güneysu, s. 145; Börü/Görün/Toraman/Kodakoğlu, s. 659; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 551.

<sup>58</sup> "... Bu durum karşısında davacının açtığı davanın konusuz kaldığının kabulü gerekir. Konusuz kalan dava hakkında verilecek karar ise "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde olmalıdır. ..." Yargıtay 20. HD, E. 2015/2478 K. 2016/3518 T. 28.3.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>59</sup> "... yargılama sırasında yürürlüğe giren yasa değişiklikleri nedeniyle konusuz kalan davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. ..." Yargıtay 3. HD, E. 2019/4345 K. 2020/7305 T. 03.12.2020 (karararama.yargitay.gov.tr); "... borcun ödenmiş olduğu gerekçesiyle konusuz kalan dava hakkında davanın reddine hükmedilmesi doğru görülmemiştir. ..." Yargıtay 18. HD, E. 2013/4961 K. 2013/7286 T. 02.05.2013 (lexpera.com.tr); "... davanın konusuz kalması nedeniyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yerine, davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir. ..." Yargıtay 1. HD, E. 2015/5313 K. 2015/5953 T. 27.05.2015 Yargıtay 20. HD, E. 2015/2478 K. 2016/3518 T. 28.3.2016 (lexpera.com.tr); "... Davanın konusuz kalması nedeniyle "esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulmak üzere "davanın kabulüne" ilişkin mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir. ..." Yargıtay 2. HD, E. 2015/26800 K. 2016/1492 T. 1.2.2016 Yargıtay 20. HD, E. 2015/2478 K. 2016/3518 T. 28.3.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>60</sup> "... Davanın dayanağı olan kanun maddesinin, davadan sonra ancak iş bu dava kesinleşmeden önce başka bir kanun maddesi ile iptal edilmesini nedeniyle artık davalı vekilinin esasa ilişkin istinaf itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiş ve işin esası hakkında değerlendirme yapan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b-2 maddesi uyarınca, 5403 sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkının yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılması nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekmiştir. ..." Konya BAM 4. HD, E. 2020/1601 K. 2020/1770 T. 30.12.2020 (legalbank.net). Aynı yönde; Samsun BAM 1. HD, E. 2020/1822, K. 2020/2030, T. 21.12.2020 (Yayınlanmamıştır).

Verilecek bu hüküm, tespit hükmü niteliğindedir.<sup>61</sup> Keza mahkeme bu kararı ile dava konusu hakkın artık mevcut olmadığını tespit etmektedir.<sup>62</sup> Uyuşmazlık mahkemenin usule veya esasa ilişkin bir incelemesi sonucu sona ermemekte; hayatın olağan akışı, tarafların veya üçüncü kişinin iradesi gereğince ortadan kalkmaktadır.<sup>63</sup>

Davanın konusuz kalması üzerine verilen karar verilmesine yer olmadığı kararı, esasa ilişkin bir değerlendirme içermediği için “hüküm” mahiyetinde değildir. Bu kararın icra edilmesi de söz konusu olmaz.<sup>64</sup> Öte yandan usule ilişkin nihaî bir karar olduğundan da bahsedilemez.<sup>65</sup> Nitekim usule ilişkin nihaî karar, kural olarak usul kurallarına aykırılık nedeniyle verilir ve eksikliğin giderilmesi halinde yeniden dava açılmasına mâni değildir. Oysa davanın konusuz kalması kararından sonra aynı davanın yeniden açılması mümkün değildir. Bu gerekçelerle davanın konusuz kalması üzerine verilen karar, esas veya usule yönelik verilen kararların istisnası olarak kabul edilmektedir.<sup>66</sup> Karar verilmesine yer olmadığı nihaî bir karar olduğu için kanun yoluna da götürülebilir.<sup>67</sup>

## 2. Yargılama Giderlerine İlişkin Değerlendirme

Mahkeme tarafından tayin edilmesi gereken diğer husus, yargılama giderleridir. HMK m. 331/1'e göre hâkim, “*davanın açıldığı tarihte-*

<sup>61</sup> Meriç, s. 225. “... Ne var ki, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin yargılamaya devam etmesine gerek yoktur. Bu durumda mahkemenin bir tespit hükmü niteliğinde olmak üzere esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir. ...” Yargıtay 20. HD, E. 2015/2478 K. 2016/3518 T. 28.3.2016 (lexpera.com.tr). Sulh halinde de mahkemece çekişmenin kalmadığının tespitine dair karar verileceğine ilişkin, bkz. Agah Kürşat Karauz, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.

<sup>62</sup> Kuru, C. III, s. 3023; Kuru, El Kitabı, s. 883.

<sup>63</sup> Boran Güneysu, s. 146; Tanrıver, Usûl, s. 1083.

<sup>64</sup> “... dava açıldıktan sonra meydana gelen bir nedenle dava konusunun ortadan kalkması halinde işin esası hakkında infaz kabiliyeti olan bir hüküm kurulmaktadır. ...” Yargıtay 3. HD, E. 2019/1797 K. 2019/8761 T. 05.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>65</sup> Bu kararın usule ilişkin nihaî karar olduğuna ilişkin, bkz. Börü/Görgün/Toraman/Kodakoğlu, s. 659.

<sup>66</sup> Boran Güneysu, s. 147. Yapılan işlemin gerçekte bir karar olup olmadığının dahi şüpheli olduğuna dair, bkz. Tanrıver, Usûl, s. 1084.

<sup>67</sup> Hanağası, s. 340.

*ki tarafların haklılık durumuna göre*” yargılama giderlerini takdir eder.<sup>68</sup> Yine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi<sup>69</sup> m. 6 hükmüne göre, davanın konusuz kalması sebebiyle uyuşmazlık ön inceleme tutanağı imzalanmadan sonlandırılırsa vekâlet ücretinin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra sonlandırılırsa tamamına hükmedilir.

Davanın konusuz kalması halinde davanın açılmasına sebebiyet veren kişi yargılama giderlerine mahkûm edilir.<sup>70</sup> Başka bir deyişle, davanın açıldığı tarihte kim haksız ise<sup>71</sup>, yargılamaya devam edilse idi hangi taraf aleyhe hükümle karşılaşacak ise, yargılama giderleri de o tarafa yüklenmelidir. Bu nedenle mahkemece, dava konusuz kaldığından derhal yargılamaya son verilmemelidir. Yargılama giderlerine kimin mahkûm olacağına karar verebilmek için, taraflardan hangisinin haklı olduğuna dair incelemeye devam edilmeli, haksız olan taraf tespit edildikten ve yargılama giderlerine ilişkin hüküm kurulduktan sonra esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.<sup>72</sup> Yargıtay da bir kararında açıkça, dava konusuz kalsa bile yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletileceğinin tespiti için tahkikata devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Yargıtay 20. H.D. 1901/6393, 11.07.2017 T.

<sup>69</sup> RG 24.11.2020 T., 31314 S.

<sup>70</sup> Üstündağ, s. 773; Yılmaz, Şerh, s. 3196.

<sup>71</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 769; Yavuz Alangoza/ M. Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 419; Budak/Karaaslan, s. 329.

<sup>72</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 444; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2042.

<sup>73</sup> “... Bu durumda davacı tarafın tasarruf tarihi itibarıyla borçlu Nedret Ö.’dan alacaklı olup hakkında icra takibi yaptığı ve yapılan haciz işlemlerinden borçlunun aciz halinde olduğu, taşınmazın ipotek nedeniyle cebri icra yolu ile satışının dava açıldıktan sonra yapıldığı göz önüne alınarak dava açma şartlarının oluştuğunun kabulü ile davalı Mehmet A.’ın borçlu davalı Nedret’in babası ve kardeşi hakkında yaptığı icra takiplerine ilişkin takip dosyaları ile Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2009/41 ve 59 esas sayılı dava dosyalarının getirtilerek davalıların beyanları ile birlikte davalılar arasındaki ilişkinin irdelenmesi, dava konusu taşınmazın tapu kaydının ilk olduğu tarihten itibaren getirtilerek taşınmazın borçlu davalıya kim tarafından satıldığı, davalı Mehmet’in ileri sürdüğü gibi dava konusu dairenin kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu kendisi tarafından alınıp daha sonra borçlu davalı Nedret’e satılıp satılmadığı hususu üzerinde durulması, davalı Mehmet A.’ın cevap dilekçesinde bildirdiği gibi borçlu ile tasarruf öncesine dayanan ticari bir ilişkisinin bulunup bulunmadığı ve borçlunun ızzar kastını bilebilecek durumda olup olmadığı hususunun karar da tartışılması, gerektiğinde ivazlar arasında fahiş fark olup olmadığının tesbiti açısından yerinde bilirkişiler vasıtası ile keşif yapılması ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek, tarafların davadaki haklılık durumlarının tartışılarak yar-

Yargılama giderlerinin neler olduğu, HMK m. 323'te sayılmıştır. Davanın konusuz kalması olgusu özelinde ve verilen kararın şekli bir karar olacağı göz önüne alındığında, karar ve ilâm harcı nispi değil, maktu olacaktır.<sup>74</sup>

Vekalet ücreti bakımından ise, dava konusunun yerine getirilmesi ile davanın konusuz kaldığı hallerde, konusu para ile ölçülebilen davanın açıldığı tarihte haksız olan taraf aleyhine nispi vekalet ücretine hükmedildiği görülmektedir.<sup>75</sup> Davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerine ilişkin karar verme yöntemi bu olmakla birlikte, acaba kanun değişikliği nedeniyle konusuz kalma halinde ve önalım hakkının dava yolu ile kullanılması zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda aynı yöntem uygulanmalı mıdır?

Doktrinde *Kuru*, dava sırasında yürürlüğe giren yeni bir kanun hükmü nedeniyle konusuz kalan davada, davalı yararına vekalet ücretine karar verilmemesini eleştirmekte, bu halde de davaya devam edilerek dava açıldığı tarihte hangi taraf haksızsa yargılama giderlerinin o tarafa yükletilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>76</sup> Yazar, Türk Kanunu Medenisi döneminde açılan şûf'a davaları bakımından geçerli olmak üzere, payın davacıya devredilmesi sebebiyle dava konusuz kalmış ise, davanın açıldığı anda hangi taraf haksız ise yargılama giderlerinin

---

gılama giderleri ve vekalet ücreti konusunda bir karar verilmesi gerekirken ...” Yargıtay 17. HD, E. 2010/2464 K. 2010/6222 T. 01.07.2010 (legalbank.net).

<sup>74</sup> Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* C. V, İstanbul 2001, s. 5314; Umar, s. 965; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku* C. III, İstanbul 2017, s. 2387.

<sup>75</sup> “... Dava konut kredisinin kapatılması sonrasında kredinin teminatı olarak verilen ipotegin fekki istemine ilişkindir. Davaya konu ipotek ön inceleme duruşmasından önce kaldırılmış ve dava konusuz kalmıştır. ... Somut olayda davanın konusuz kalması henüz ön inceleme tutanağı imzalanmadan gerçekleştiğine göre ipotek bedeli olan ve dava değeri olarak gösterilen 377.454,00 TL üzerinden hesaplanacak nispi vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 6. maddesi gözetilerek 1/2'sine hükmedilmesi gerekirken tamamına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. ...” Yargıtay 3. HD, E. 2020/7146 K. 2020/7574 T. 09.12.2020 (karararama.yargitay.gov.tr). “... Somut davada; talebe konu alacak asıl kredi borçlusu tarafından yargılama sırasında ödenmekle dava konusuz kalmış olup ... Bu yön gözetilmeden yerel mahkemece, bu düzenlemeye aykırı olarak davalı ... yararına nispi 12.838,71 TL vekalet ücreti yerine, maktu 1.800,00 TL vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekirse de ...” Yargıtay 4. HD, E. 2016/15576 K. 2019/4122 T. 24.09.2019 (karararama.yargitay.gov.tr). Aynı yönde; Yargıtay 6. HD, E. 2009/12050 K. 2010/2169 T. 02.03.2010 (legalbank.net).

<sup>76</sup> Kuru, C. III, s. 3040.

de ona yükletilmesi gereğini belirtmektedir.<sup>77</sup> Yeni tarihli eserinde ise, kanun değişikliğine dayalı konusuz kalma halinde, taraflarca yapılan yargılama giderlerinin tarafların üzerlerine bırakılmasına ve leh veya aleyhe nispi vekalet ücretine hükmedilmemesini savunmaktadır.<sup>78</sup>

Yargıtay ise, önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda farklı yönde kararlar vermektedir. Söz gelimi derdest bir tapu iptal ve tescil davası, 6292 sayılı Kanun<sup>79</sup> ile idareye yapılan başvurunun kabul edilmesi ile konusuz kalmıştır. Bunun üzerine yargılama giderleri, anılan Kanun'da mevcut m. 9/5 açık hükmü nedeniyle isabetli olarak tarafların üzerlerine bırakılarak vekalet ücretine hükmedilmemiştir.<sup>80</sup> Öte yandan aynı Kanun ile 6831 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik üzerine, 2/A ve 2/B maddeleriyle ilgili olarak açılan davaların konusuz kalmasına ve yargılama giderlerinin HMK m. 331/1'e göre tayin edilmesine karar verilmiştir.<sup>81</sup>

Diğer yandan açık bir hükmün olmadığı 6495 sayılı Kanun<sup>82</sup> m. 73 dolayısıyla konusuz kalan bir davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi,<sup>83</sup>

<sup>77</sup> Kuru, C. III, s. 3042.

<sup>78</sup> Kuru, El Kitabı, s. 883.

<sup>79</sup> Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazi-lerinin Satışı Hakkında Kanun, RG 26.4.2012 T., 28275 S.

<sup>80</sup> "... mahkemece, dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı yolunda kurulan hükümde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, yargılama giderleri kapsamında sayılan vekalet ücreti, kural olarak; davayı kaybeden taraftan tahsili gerekirse de 6292 sayılı Kanun'un 9/5. maddesi gereğince bu tür davalarda, yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılması ve vekalet ücreti takdir edilmemesi gerekirken ..." Yargıtay 20. HD, E. 2015/5251 K. 2016/2208 T. 24.2.2016 (lexpera.com.tr).

<sup>81</sup> "... Anılan kanun ile, davacının taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlayan 6831 sayılı Kanun'un 2/B madde şerhinin re'sen silinmesi ve tapuda gerçek kişiler adına kayıtlı olan taşınmazlara yönelik olarak Hazine tarafından 2/A veya 2/B madde iddiasıyla dava açılmayacağı veya açılmış ise vazgeçileceği yönünde emredici hüküm ihdas edilmiştir. Bu durum karşısında davacının açtığı davanın konusuz kaldığının kabulü gerekir. Konusuz kalan dava hakkında verilecek karar ise "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde olmalıdır. Bu sebeple, davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden de 6100 sayılı Kanun'un 331. maddesindeki düzenleme gereğince yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." şeklindeki gerekçeyle hüküm bozulmuş ..." Yargıtay 20. HD, E. 2017/7258 K. 2020/477 T.5.2.2020 (lexpera.com.tr).

<sup>82</sup> Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 02.08.2013 T., 28726 S.

<sup>83</sup> "... Şu durumda dava tarihinden sonra yürürlüğe giren önceye de etkili olarak uygulanan 6495 sayılı Kanun uyarınca dava konusuz kaldığından taraflarca ya-

yargılama giderlerinin taraflar üzerine bırakılmasına ve tarafların lehine veya aleyhine vekalet ücretine hükmedilmemesine karar vermiştir.

Geçmiş dönemde elektrik kayıp kaçak bedelinin elektrik dağıtım şirketlerinden tahsili amacıyla açılan birçok davada ise, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu<sup>84</sup> m. 17'ye<sup>85</sup>, 6719 sayılı Kanun<sup>86</sup> m. 21 ile eklenen 10. fıkra hükmü ve aynı kanunla eklenen geçici m. 20 hükmü ile açılan davalar konusuz kalmıştır. Bunun üzerine Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, HMK m. 331/1 uyarınca, davanın açılmasına davalının sebebiyet verdiği gerekçesiyle yargılama giderleri ile maktu vekalet ücretinin davalılardan alınarak davacıya ödenmesine karar vermiştir.<sup>87</sup> İstanbul BAM 3. Hukuk Dairesi'nin de aynı yönde kararlar verdiği görülmektedir.<sup>88</sup> Nispeten daha güncel bir kararında Yargıtay kanun ya-

---

pılan yargılama giderlerinin kendi üzerlerinde bırakılması ile leh ve aleyhlerinde vekalet ücretine de hükmedilmemesi gerekir. ..." Yargıtay 4. HD, E. 2015/1695 K. 2015/5354 T. 30.4.2015 (lexpera.com.tr).

<sup>84</sup> RG 30.03.3013 T., 28603 S.

<sup>85</sup> 10. fıkra, Anayasa Mahkemesi'nin ve 2016/150 E. 2017/179 K. ve 28/12/2017 T. kararı ile iptal edilmiştir.

<sup>86</sup> Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 17.06.2016 T., 29745 S.

<sup>87</sup> "... Yapılan bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk değerlendirildiğinde; yargılama sırasında yürürlüğe giren geçmişe etkili yasa değişikliklerinin, dava konusu hakkın özünü ortadan kaldırdığı açıktır. Diğer bir anlatımla, geçmişe etkili yeni yasa nedeniyle dava konusuz kalmıştır. Bu noktada, mahkemece; HMK'nın 331 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, konusuz kalan dava hakkında yargılamaya devam edilerek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğu tespit edilmeli ve o tarafın yargılama giderlerine (bu bağlamda vekalet ücretine de) mahkûm edilmesi gerekir. Eldeki davada; davacı, davanın açıldığı andaki mevzuat ve içtihat durumuna göre dava açmakta haklıdır. Eş söyleyişle, davaya konu bedelleri tahsil eden davalı, davanın açılmasına sebebiyet vermiştir. Hal böyle olunca, mahkemece; yargılama sırasında yürürlüğe giren yasa değişiklikleri nedeniyle konusuz kalan davanın esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davacı tarafca yapılan yargılama giderlerinin ve bu giderlere dahil olan maktu vekalet ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, ..." Yargıtay 3. HD, E. 2019/1797 K. 2019/8761 T. 05.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>88</sup> "... Davacının vekalet ücreti ve yargılama giderine yönelik istinaf sebeplerine gelince; somut olayda; davacı tarafın dava açıldığı tarihteki mevzuat, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.05.2014 tarih ve 2013/7-2454 E - 2014/679 K. sayılı kararı ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararları gereği içtihat durumuna göre dava açmakta haklı olduğu, bu kapsamda kayıp kaçak ve diğer bedellerin tahsilini talep edebileceği dikkate alındığında, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren geçmişe etkili yasa değişikliği ya da içtihadı birleştirme kararı gereği davanın kabul edilmemesi nedeniyle haksız çıkmasına rağmen yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla, davacı mevzuat değişikliği sonrası haksız çıkmış olsa da dava tarihi itibarıyla, uygulamanın haksız olduğu

rarına temyiz başvurusu üzerine, davacı lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gereğini Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 13/2'yi de göz önünde bulundurmak kaydıyla teyit etmiştir.<sup>89</sup> Vekalet ücretinin

iddiası ile açmış olduğu bu davasında, davaya konu bedelleri tahsil eden davalı, davanın açılmasına sebebiyet vermiştir. Bu itibarla, dava açıldığı tarihte, yapılan yasa değişikliği henüz ortada bulunmadığından, mahkemece, yasa değişikliği nedeniyle, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğinden, vekalet ücreti yönünden, davacı mevzuat değişikliği sonrası haksız çıkmış olsa da, dava tarihi itibarıyla, uygulamanın haksız olduğu iddiası ile açmış olduğu davasında, dava tarihinde haklılığı (Baki Kuru dördüncü cilt sayfa 3687) göz önünde tutularak, anılan yasa maddeleri ve 6100 sayılı HMK'nın 331. maddesi gereğince, davacı lehine maktu vekaleti takdir edilmemesinin usul ve yasaya aykırı olduğu anlaşıldığından, HMK'nın 353/1-b-2 maddesi gereğince davacının bu yöndeki istinaf başvurusunun kabulü ile, yeniden yargılama gerektirmediğinden davacı lehine 1980,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine şeklinde düzeltilerek, yeniden esas hakkında karar verilmesi gerekmektedir. ...” İstanbul BAM 3. HD, E. 2017/1938 K. 2018/1130 T. 20.09.2018 (lexpera.com.tr). Aynı yönde; İstanbul BAM 3. HD, E. 2017/1965 K. 2018/1389 T. 19.10.2018 (lexpera.com.tr).

<sup>89</sup> “... Mahkemece; yargılama sırasında yürürlüğe giren 6719 sayılı Elektrik Piyasası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda yapılan değişiklik ve eklemeler ile davanın konusuz kaldığı, davanın açıldığı tarih itibarıyla davacının haklı bulunduğu, bu itibarla davalının yargılama gideri ve vekalet ücreti ile sorumlu olduğu gerekçesiyle, dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; kendisini vekil ile temsil ettiren davacı lehine, karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, dava miktarı da dikkate alınarak asıl alacağı geçmemek üzere vekalet ücreti takdir olunması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğunu ileri sürerek; hükmü, 6100 sayılı HMK'nın 363'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun yararına temyiz etmiştir. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin “Davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret” başlıklı 6'ncı maddesi; “Anlaşmazlık, davanın konusuz kalması, feragat, kabul, sulh veya herhangi bir nedenle ön inceleme tutanağı imzalanuncaya kadar giderilirse, tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra giderilirse tamamına hükmolunur. Bu madde yargı mercileri tarafından hesaplanan akdi avukatlık ücreti sözleşmelerinde uygulanmaz.”; “Tarifelerin üçüncü kısmına göre ücret” başlıklı 13'üncü maddesi; “Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, davanın görüldüğü mahkeme için Tarifenin ikinci kısmında belirtilen maktu ücretlerin altında kalmamak kaydıyla (7 nci maddenin ikinci fıkrası, 9 uncu maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile 10 uncu maddenin son fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla) Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir. Ancak, hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez.” hükmünü içermektedir. Açıklanan bu hükümlere göre, mahkemece; davanın konusuz kalması nedeniyle, davanın açıldığı andaki mevzuat ve içtihat durumuna göre dava açmakta haklı olduğu belirlenen davacı yararına (davaya konu edilen tutar gözletilerek) 100 TL maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirme ile (tarifenin ikinci kısmında belirtilen maktu vekalet ücreti olan) 1.980 TL'ye hükme-



maktu tayin edilmesinde bir hukukî gerekçe bildirilmemişse de, kanımızca bunun nedeni kanun değişikliğinin öngörülemez olması nedeniyle taraflara nispi vekâlet ücreti yükü yüklememe gayesidir.

Yukarıda belirtilen görüşler ve uygulamalar ışığında, yeni bir hükmün yürürlüğe girmesi sonucu davanın konusuz olması halinde, kanımızca HMK m. 331/1 tatbik edilerek davanın açılmasına neden olan veya dava devam etseydi aleyhe hükümle karşılaşacak olan taraf aleyhine yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmelidir. Buna göre, öncelikle sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından ikame edilen önalım davasının TMK ve TKAKK düzenlemelerinde yer alan şartları taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekir. Başka bir deyişle, önalım olayının bulunup bulunmadığı, TMK m. 733'te yer alan hak düşürücü sürenin dolup dolmadığı, sınırdaş arazi malikinin önalım hakkından feragat edip etmediği, sınırdaş araziler arası tarımsal bütünlüğün bulunup bulunmadığı<sup>90</sup> hususlarının incelenmesi gerekmektedir. Bu

dilmiş olması doğru görülmemiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yerinde görülen kanun yararına temyiz talebinin kabulü gerekmiştir. ...” Yargıtay 3. HD, E. 2020/9899 K. 2020/7918 T. 17.12.2020 (lexpera.com.tr).

<sup>90</sup> Kanaatimizce birden fazla sınırdaş tarımsal arazi maliki hakkını kullanmadıkça, tarımsal bütünlük değerlendirmesi yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak anılan uyumsuzluklara ilişkin 14. Hukuk Dairesi'nin içtihatları aksi yönde, karar düzeltme taleplerinde bu görüşünden döndüğü tespit edilmiştir. Eski görüşündeki kararları için bkz. “... Bu durumda mahkemece; taşınmaz başında fen bilirkişi ve ziraatçı bilirkişiler eşliğinde keşif yapılarak davacının 417 nolu taşınmazı ile davalının 418 nolu taşınmazının sınırdaş olup olmadığı, fen bilirkişine tespit ettirilip usulüne uygun anlaşılabilir şekilde krokide göstermesi istenilmeli, dava konusu taşınmazların fiili kullanım durumuna göre tarımsal arazi niteliği taşıyıp taşımadıkları tespit ettirilerek tarımsal bütünlük sağlanıp sağlanmadığı hususlarında ayrıntılı, denetime uygun rapor alınmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. ...” Yargıtay 14. HD, E. 2018/2908 K. 2019/1158 T. 12.2.2019; Yargıtay 14. HD, E. 2018/3645 K. 2019/339 T. 15.1.2019 (lexpera.com.tr). Yeni görüşüne uygun kararları için, bkz. “... Önalım hakkını kullanan birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine tarımsal arazinin devrine karar verileceği Yasanın 8/İ-2. bent son cümlesi ile belirtilmiş ise de önalım hakkını kullanan sınırdaş tarımsal arazi malikinin birden fazla olmaması halinde tarımsal bütünlük oluşturması gerektiğine dair bir koşul konulmamıştır. “Birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde izlenecek yöntemin genişletici yorum ile önalım hakkını kullanan komşu tarımsal arazi malikinin birden fazla olmadığı durumda da davacı taşınmazının önalım hakkı kullanılan taşınmaz ile tarımsal bütünlük oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerekmediğinden hükmün onanmasına karar verilmesi gerekirken maddi hata sonucu yanlış değerlendirilmeyle bozulduğu bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin 17.01.2019 tarihli, 2016/3990 Esas, 2019/486 Karar

şartlardan önalım hakkının kullanılması için gerekli olan biri dahi gerçekleşmemişse, davanın açılmasında davacının haksızlığı nedeniyle yargılama giderlerinin ve hükmün yürürlükten kaldırılmasının öngörülebilir olmaması nedeniyle maktu vekâlet ücretinin davacı üzerinde bırakılması gerekir.

Buna karşılık, davada TKAKK m. 8/İ/2 ve TMK m. 732 vd. kapsamındaki şartlar sağlanmış ve kanun değişikliği olmasaydı davacının tarımsal arazinin mülkiyetini kazanacağı durumlarda, yargılama giderlerinin de kural olarak HMK m. 331/1 gereği davalıya yükletilmesi sonucuna varılabilir. Ancak kanaatimizce, önalım davası bu hususta istisnai bir durum oluşturmaktadır. Gerçekten de kanun koyucu TMK m. 734 ile önalım hakkının kullanılması için dava yolunu hak sahibine zorunlu tutmuştur. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da vurguladığı üzere<sup>91</sup>, hakkın dava dışı kullanılması mümkün değildir. Buna göre, davalının dava açılmasına neden olan taraf şeklinde sonuca ulaşılması hakkaniyete uygun değildir.<sup>92</sup>

---

sayılı ilamının kaldırılmasına, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına karar vermek gerekmiştir. ..." Yargıtay 14. HD, E. 2019/1738 K. 2020/593 T. 20.1.2020; Yargıtay 14. HD, E. 2019/1550 K. 2020/159 T. 8.1.2020 (lexpera.com.tr).

<sup>91</sup> HGK, T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 (kararara.com).

<sup>92</sup> Satışın davacıya bildirilmesine rağmen alıcıya cevap verilmemesi durumunda yargılama giderlerinin davalıya yükletilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Yıldız Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2008, s. 409. Ayrıca, 14. Hukuk Dairesi'nin önalım davasında davalı bakımından HMK m. 312/2'nin uygulanmaması gerektiğine ilişkin kararının karşı oy yazısında da şu ifadelerle yer verilerek davalının, dava açılmasına hal ve davranışlarıyla sebebiyet vermediği belirtilmiştir: "... Önalım hakkı dava dilekçesi ile kullanılabilmesi gibi yazılı biçimde diğer tarafa ulaştırılmak koşuluyla mektup yada noter ihtarnamesi ile de kullanılabilirdi. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesine göre yasal önalım hakkının sadece dava açmak suretiyle kullanılabilmesi ilkesi getirilmiştir. Dava dışı irade açıklaması ile önalım hakkının kullanılması yeni kanuni düzenleme karşısında mümkün değildir. Paylı taşınmazdan pay satın almayı yasaklayan kanun hükmü bulunmamaktadır. Pay satın alanın kendisine karşı önalım hakkının ileri sürüleceğini bilmesi mümkün değildir. Pay satın almadan önce diğer paydaşların önalım hakkını kullanmayacaklarına dair beyanlarını almaya zorunlu kılan yasal bir hüküm de bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yargılama giderlerine ilişkin hükümleri önalım davalarında da aynen uygulanır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 312/2. maddesi gereğince davalı, davanın açılmasına kendi hal ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilemez. ..." Yargıtay 14. HD, E. 2017/65 K. 2017/8677 T. 21.11.2017 (karararama.yargitay.gov.tr).

HMK m. 326/1 gereğince yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen taraftan alınması gerektiği için, önalım hakkının kullanılmasına yönelik davaların kabulü halinde giderler davalı taraf üzerinde bırakılmaktadır.<sup>93</sup> Bu çalışmanın konusunu oluşturan derdest davalar bakımından ise, yukarıda da açıklandığı üzere esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verileceği için, yalnız HMK m. 331/1’de belirtilen haklılık oranının tespitinde davalının dava açılmasına sebep olmadığına da göz önünde bulundurulması gerekir. Başka bir deyişle haklılığın tespiti için yapılan incelemede, davanın kabul edileceği sonucuna ulaşılsa dahi, davalının dava açılmasına sebep olan taraf olmadığı aşıkardır.<sup>94</sup> Bu çerçevede kanaatimizce, yargılama giderleri taraflar üzerinde bırakılmalı ve vekâlet ücretine de hükmedilmemelidir.

### 3. Derdest Davalarda Karşılaşılabilecek Özel Durumların Değerlendirilmesi

Derdest davalara ilişkin değerlendirilebilecek başkaca ihtimaller de bulunmaktadır. Bu noktada, davacı sınırdaş arazi malikinin bedelde muvazaa iddiası varsa, dava konusuz kalmış olsa da HMK m. 331/1 hükmü doğrultusunda muvazaanın iddiası için ispat faaliyetine devam edilmelidir. Bu çerçevede davacının şartları sağlamadığı için önalım davasının reddedileceği sonucuna ulaşırsa, muvazaa iddiası ispatlanamamış ve tapuda belirtilen bedel esas alınacak idiyse davanın konusuz kalmasına bağlı olarak davacı aleyhine maktu vekalet ücretine<sup>95</sup> hükmedilmelidir. Muvazaa iddiası ispatlanıp dava kabul edilecek

<sup>93</sup> Köylüoğlu, s. 235. Ayrıca bkz. s. 236 dn. 335 ve orada belirtilen görüş ve aksi yöndeki Yargıtay kararı. "... Davalı, taşınmazlardan pay satın almış olup, davacı önalım hakkını ancak dava yoluyla kullanabileceğinden davalı ilk celseden önce davayı kabul etse dahi, yargılama giderlerinden sorumludur. ..." Yargıtay 14. HD, E. 2017/65 K. 2017/8677 T. 21.11.2017 (karararama.yargitay.gov.tr).

<sup>94</sup> Bu noktada, alıcı satış işlemini sınırdaş arazi malikine bildirmemesi sebebiyle dava açılmasına sebep olduğu fikri ileri sürülebilir. Ancak, TMK m. 733’ün gerekçesinde "...bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, "önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilmesi üst süre olan 10 yılın bitimine kadar" bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır." ifadeleriyle de belirtildiği üzere bildirim şartı dava öncesi tarafları uzlaştırmaya yönelik değil, yalnız önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı noktasındaki belirsizliğin bir an önce kaldırılmasına yöneliktir.

<sup>95</sup> Önalım davalarında bedel muvazaası iddiasına dayalı vekalet ücreti hesaplanması bakımından davanın reddi halinde Yargıtay uygulaması, ispat edilemeyen aradaki fark bakımından nispi vekalet ücretine hükmedilmesi yönündedir. "... Somut uyuşmazlıkta, davacı davaya konu payların gerçekte toplam 60.000,00

olsaydı bile, kanımızca yargılama giderleri bakımından yukarıda belirtilen sonuç uygulanmalı ve yargılama giderleri taraflar üzerine bırakılıp vekalet ücretine hükmedilmemelidir.

Değerlendirilebilecek bir diğer durum, derdest davalarda davanın ikamesinden sonra dava konusu tarımsal arazinin davalı tarafından üçüncü kişiye devredilmesidir. Bu ihtimal, devrin ancak kanun değişikliğinden, yani 4.11.2020 tarihinden önce olması halinde değerlendirilebilir. Nitekim bu tarihten sonraki devirlerde, mevcut dava 4.11.2020 tarihinden sonra konusuz kalacağından devir olgusu davayı etkilemez. Eğer devir bu tarihten önce gerçekleşmişse, sınırdaş arazi maliki davacı HMK m. 125 uyarınca seçimlik hakkını kullanmalıdır.<sup>96</sup> Davacı m. 125/1-a'ya göre davayı taşınmaz devralmış kişiye yöneltmiş ve 4.11.2020 tarihinde hüküm yürürlükten kalkmışsa, davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle mahkemece karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Öte yandan kanun değişikliğinden evvel davacı m.125/1-b'ye göre davasını tazminata çevirirse TKAKK m. 8/İ/2'nin yürürlükten kalkması tazminat talebini etkileyecek midir? Kanımızca, bu ihtimalde de dava konusuz kalmıştır. Nitekim dava tazminat davasına dönüşse bile eski davanın devamıdır<sup>97</sup>. Davanın temelinde yer

---

TL olduğunu önalım hakkına engel olmak için bedelin muvazaalı olarak toplam 147.000,00 TL gösterildiğini iddia etmiştir. Davacı bedelde muvazaalı iddiasını kanıtlamamıştır. Bu durumda iddia olunan bedel ile mahkemenin kabul ettiği önalım bedeli arasındaki fark üzerinden davada kendisini vekile temsil ettiren davalılar yararına vekalet ücreti takdiri ile yargılama giderinin bu orana göre paylaşılması gerekirken satış bedelinin tamamı üzerinden davacı yararına vekalet ücreti takdir olunarak yargılama giderlerinin tümünün davalılardan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir. ...” 14. HD, E. 2016/11780 K. 2017/1943 T. 14.3.2017 (karararama.yargitay.gov.tr). Ancak çalışmamız bakımından derdest davanın konusuz kalmaya bağlı olarak sona erdiği göz ardı edilmemelidir.

<sup>96</sup> Seçim hakkının kullanılmaması üzerine mahkeme tarafından ne yönde karar verilmesi gerektiği tartışmalıdır. Mahkemenin davacıya seçim hakkını hatırlatıp davanın cevap vermemesi üzerine dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği yönünde, bkz. Kuru, El Kitabı, s. 1166; Muhammet Özokes, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II, İstanbul 2017, s. 1565; Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 316-317; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 522. Diğer bir görüşe göre, davacı kesin süre içinde seçim hakkını kullanmazsa, davalının dava hakkını kaybettiği gerekçesiyle davanın esastan reddedilmesi gerektiğine ilişkin, bkz. Postacioğlu/Altay, s. 488; Levent Börü, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012, s. 313; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 453. Davanın, dava takip yetkisi eksikliğinden ötürü usulden reddedilmesi gerektiğine ilişkin, bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 276-277.

<sup>97</sup> Postacioğlu/Altay, s. 487; Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 318; Börü, Devri, s. 353;

alan hayat olayı değişmemektedir. Seçimlik hak olan tazminat talebi ise, zararın giderilmesinden ziyade, taşınmazın yerini almaktadır. Bu bakımdan tazminatın talep edilebilme hakkının dayanak hükmü, yine TKAKK m. 8/İ/2'dir. Bu hükmün yürürlükten kaldırılmış olması, tazminat talep edilebilmesini de hukuken dayanaksız bırakacak ve mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

#### 4. Kanun Yolu Aşamasında Davanın Konusuz Kalması

Çalışmamızın bütünü, uyuşmazlığın henüz ilk derece mahkemesi önünde konusuz kalmasına ilişkindir. Ancak ilk derece mahkemesince 4.11.2020 tarihinden önce karar verilmiş ve dosya istinaf veya temyiz aşamasında iken TKAKK m. 8/İ/2 yürürlükten kaldırılmışsa ne olacaktır? Dosya, kanun yolu aşamasında iken de davanın konusuz kalacağı noktasında bir şüphe yoktur, kararın hangi mahkemece verileceği önem arz edecektir. 1086 sayılı Kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, dava istinaf aşamasında konusuz kalırsa, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak karar verilmesine yer olmadığı kararı vermelidir. Hüküm verilip dosya istinafa gitmeden önce dava konusuz kalmışsa, aynı usul ile karar verilmesine yer olmadığı kararı istinaf mahkemesi tarafından verilmelidir.<sup>98</sup> Kanımızca bu konu, HMK m. 310 hükmüne 7251 sayılı Kanun<sup>99</sup> m. 29 ile eklenen f. 2 ve 3'deki usul uygulanmak suretiyle çözülebilir. Her ne kadar m. 310 feragat ve kabulü düzenliyor olsa da, bu hallerde de yargılamanın feragat veya kabul ile sona erdiğini tespit edici nitelikte karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.<sup>100</sup> Bu nedenle, hüküm verildikten sonra ancak dos-

---

Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1572; Tanrıver, Usûl, s. 753. Buna karşılık, derdest davalardan bağımsız olarak, dava dilekçesinin tebliği ile davacı ile davalı arasında sözleşmenin kurulduğu kabul edilirse, dava konusunun devriyle davalının sözleşmeye aykırılık kapsamında sorumluluğu kabul edilmelidir. Nitekim Ergüne de tazminat davasının hukuki dayanağının doğrudan HUMK m. 186 (HMK m. 125) düzenlemesi değil, satış ilişkisi olduğunu belirtmekte ve dava dilekçesi tebliğ edilmeden yapılan devir ile davalının dava konusunu daha düşük bedelle devrettiği hallerde tazminat davasının açılmayacağını kabul etmektedir. Bkz. Ergüne, s.3154-3155.

<sup>98</sup> Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 342.

<sup>99</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG 28.07.2020 T., 31199 S.

<sup>100</sup> Tanrıver, Usûl, s. 1053, 1063; İbrahim Ermenek, Medenî Usul Hukukunda Kabul, Ankara 2009, s. 105; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 575, 581. Doktrinindeki bir görüşe göre ise, feragat sonucu herhangi bir karar verilmesine dahi gerek yoktur, mahke-

ya üst mahkemeye gönderilmeden, hükmün yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle dava konusuz kalırsa, buna bağlı olarak ek karar ilk derecede mahkemesi veya istinaf mahkemesi tarafından verilmelidir (HMK m. 310/2). Ancak karar verilip dosya üst mahkemeye sevk edildikten sonra dava konusuz kalmış ise; istinaf aşamasında mahkeme ilk derece kararını kaldırıp kendisi karar verilmesine yer olmadığına karar verebilir.<sup>101</sup> Dosya Yargıtay'a gitmiş ve dava konusunu ortadan kaldıran olay bu aşamada gerçekleşmiş ise, temyiz mahkemesi bu doğrultuda bir karar vermemeli ve dosyayı kararı veren ilk derece veya istinaf mahkemesine geri göndermelidir (HMK m. 310/3).<sup>102</sup>

## SONUÇ

5403 sayılı TKAKK m. 8/İ/2' de düzenlenen sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkı, 7255 sayılı Kanun m. 20 ile yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili değişiklik sonucunda 4.11.2020' den itibaren sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkından bahsedilemez. Kanun değişikliğinin, yürürlük tarihinden itibaren etki doğurmakla birlikte, önalım hakkının kullanılmasına yönelik davanın inşaî nite-

---

menin feragat nedeniyle yargılamanın sona erdiğini tespiti yeterlidir, nitekim feragat davanın konusuz kalmasına da yol açmaz, bkz. Leyla Akyol Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2011, s. 394 vd. Diğer bir görüşe göre; feragat halinde, feragat nedeniyle davanın reddine, kabul halinde ise bu nedenle davanın kabulüne karar verilir, bkz. Kuru, *El Kitabı*, s. 1060, 1078; Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz/Hanağası*, s. 568, 573.

<sup>101</sup> Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi 21.12.2020 tarihli kararında, ilk derece aşamasında karar verildikten sonra hükmün yürürlükten kaldırılmasını isabetli şekilde tespit etmişse de davanın reddi yönünde karar verilmesine dair tespiti isabetli değildir. Olması gereken karar, karar verilmesine yer olmadığıdır: "... yasanın 8/İ maddesinde yazılı koşulların mevcut olup hüküm tarihi itibarıyla verilen karar doğru ise de hükümden sonra istinaf aşamasında tarımsal arazilerde sınırdış taşınmaz malikine önalım hakkı veren 8/İ maddesinin 2. fıkrası 7255 SY'nin 20. maddesi ile 28.10.2020 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olmakla hükmün yasal dayanağı ortadan kalkmış olmakla ve artık davacıya önalım hakkı tanıyan bir yasal düzenleme bulunmamasıyla davalı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK'nın 353/1-b-2. maddesi gereğince hükmün kaldırılarak davanın tümünden reddi yolunda yeniden karar vermek gerekmiş..” Samsun BAM 1. HD, E. 2020/1822, K. 2020/2030, T. 21.12.2020 (Yayınlanmamıştır).

<sup>102</sup> Kanun değişikliğinden önce doktrinde, Yargıtay'ın dosya önüne geldiğinde bozma kararı ile dosyanın kararı veren mahkemeye gönderme uygulaması, feragate istinaden bozma verilemeyeceği gerekçesi eleştirilmekte idi, bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 2015. Esasen ileri sürülen bu eleştiriler kanımızca isabetlidir. Ancak kanun koyucunun iradesini m. 310 doğrultusunda belirlemiş olması nedeniyle, davanın konusuz kalması halinde de bu usulün uygulanabileceği kanısındayız.

likte olması ve davacının taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararının kesinleşmesi ile kazanacağı göz önünde bulundurularak derdest davalar bakımından ilgili değişikliğin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu noktada, önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle davanın açılması (dava dilekçesinin tebliği) ile sınırdaş arazi maliki ve alıcı arasında satış sözleşmesi kurulsa da önalım hakkının kullanılması ile meydana gelen sözleşmenin kanundan kaynaklanan ve içeriği tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin kurulan bir sözleşme olması nedeniyle eski düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

5403 sayılı TKAKK m. 8/İ/2'nin yürürlükten kaldırılması ile sınırdaş arazi maliklerince önalım haklarına dayalı olarak ikame edilen ve derdest nitelikteki davalar konusuz kalmıştır. Davanın konusuz kalması üzerine, uyuşmazlığı gören mahkemelerce verilmesi gereken karar, esasa ilişkin bir özellik taşımayan "karar verilmesine yer olmadığı" kararıdır. Böylece davanın konusuz kalmasına bağlı olarak, esasa ilişkin hüküm kurulmasına gerek kalmadığı tespit edilmeli, yargılamaya son verilmeden evvel yargılama giderlerinin sonuca bağlanması adına HMK m. 331/1 gereği haklılık incelenmesine devam edilmelidir.

HMK m. 323'te sayılan yargılama gideri kalemlerinin nasıl pay edileceği, m. 331/1'de tayin edilmektedir. Bu hüküm uyarınca yargılama giderleri davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna, yani yargılamaya devam edilmesi ihtimalinde hangi taraf aleyhine hüküm verileceğine göre paylaşılmalıdır. Temel kural bu olmakla birlikte, sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının dava yolu ile kullanılma zorunluluğu karşısında kanımızca hüküm şu şekilde uygulanmalıdır: Sınırdaş arazi maliki tarafından ikame edilen önalım davası, TMK ve TKAKK düzenlemelerinde belirtilen şartları taşımakta ve hüküm yürürlükten kaldırılmasa dava reddedilecek idiyse; davanın açılmasında davacının haksızlığı nedeniyle yargılama giderleri ve hükmün yürürlükten kaldırılmış olması nedenine bağlı olarak maktu vekâlet ücretin davacı üzerinde bırakılmalıdır. Öte yandan önalım davasının dinlenebilme şartları tam olsa ve yargılamaya devam edildiğinde davacı lehine hüküm verilecek olması halinde dahi, önalım hakkı dava yoluyla kullanılma zorunluluğu nedeniyle davanın açılmasında davalının kusuru olmadığından, yargılama giderleri taraflar üzerinde bırakılmalı ve vekâlet ücretine de hükmedilmemelidir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Açıköz Osman, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2018.
- Addor Felix, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997.
- Akalp-Demirtabak Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010.
- Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- Akyol Aslan Leyla, Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.
- Alangoya Yavuz, İhtilaf Konusu Hakkındaki Doktrin Durumu, *İÜHF* 1968, S. 3-4 (s. 288-303) (Schwab, K. H.; Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht, *JuS* 1965, (s. 81-86)).
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Atalay Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III, İstanbul 2017.
- Atalı Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III, İstanbul 2017.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020.
- Boran Güneysu Nilüfer, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014.
- Börü, Levent; Dava Konusu Kavramı ve Teorileri, *BATIDER Y.* 2012, C. 28, S. 2 (s. 257-293) (Teoriler).
- Börü Levent, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012 (Devri).
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.
- Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Ercan Özler Meltem, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, İstanbul 2019.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016.
- Ermenek İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Kabul, Ankara 2009.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.
- Gehri Myriam/Jent-Sorensen Ingrid/Sarbach Martin, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015.
- Görgün L. Şanal/Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Hüßtege Rainer, Thomas/Putzo ZPO Kommentar, 41. Aufl., München 2020.
- Karauz Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.
- Killias Laurent, Schweizerische Zivilprozessordnung – Berner Kommentar, Bern 2012.
- Köylüoğlu Egemen, Önalım Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.
- Kurşat Zekeriya, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008.



- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, İstanbul 2001 (C. III).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. V, İstanbul 2001 (C. V).
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. I-II, Ankara 2020 (El Kitabı).
- Meriç Nedim, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Bası, Ankara 2009.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- Önen Ergun, İnşâî Dâva, Ankara 1981.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. I, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Postacioğlu İlhan E./Altay Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Prütting Hanns/Gehrlein Markus, Zivilprozessordnung Kommentar, 9. Aufl., Köln 2017.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- Stahelin Adrian/Stahelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht, Zürich, Basel, Genf 2019.
- Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007 (Derdestlik).
- Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku C. I, 3. Bası, Ankara 2020 (Usûl).
- Taşpınar Ayvaz Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, Medenî Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- Yıldız Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2008.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017 (Şerh).
- Yılmaz Ejder, Islah, 5. Baskı, Ankara 2021 (Islah).
- Zöllner Richard, Zivilprozessordnung, 32. Aufl., Köln 2018.

## Makaleler

- Akkan Mine, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2007/1, S. 6 (s. 29-68).
- Aksu Kayacan Simge, "Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Doğumu ve İleri Sürülebilmesi İçin Gerekli Unsurlar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. Mayıs-Haziran 2020 C. 15 S. 189-190 (s. 617-691).
- Baysal Başak, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004 (s. 475-501).
- Eren Fikret, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. XII S. 1-2 (s.103-126) (Önalım).

Ergüne Mehmet Serkan, "Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2009, C. 7, S. 82 (s. 3149-3158).

Özcan Ümit İlker, "Sınırdış (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin 2. fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, 16 (174) (s. 264-274).

Sözer Ali Nazım, "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, 2013, S. 8 (s. 2477-2534).

### İnternet Kaynakları

[kararara.com](http://kararara.com)

[legalbank.net](http://legalbank.net)

[lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)

[karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr)

# ÇEVİRİMİÇİ EĞİTİMDE ÜNİVERSİTE ÖĞRENCİLERİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNİN HUKUKİ SEBEPLERİ\*

LAWFUL BASIS OF PROCESSING PERSONAL DATA OF UNIVERSITY  
STUDENTS IN ONLINE EDUCATION

Fatma ESENYEL HANAZ\*\*

**Özet:** COVID-19 pandemisinin hızlandığı dijital dönüşümle ilgili acemilik dönemi büyük ölçüde geride bırakılmış olmakla birlikte, çevrimiçi eğitim sürecinde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili gerekliliklerin yeterince yerine getirilmediği görülmektedir. Çevrimiçi eğitime ilişkin teknik ve yöntemlerin bir parçası olarak kişisel verilerle ilgili bir disiplin oluşturulması ve kişisel verilerle ilgili yükümlülüklerin çevrimiçi eğitim sürecinin bütünüleyici bir parçası olarak ele alınması zorunludur. Veri sorumlusu olarak üniversitelerin, işleme faaliyetinin ön koşulu olarak, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin amacını ve yasal dayanağını belirlemesi gerekmektedir. Bu çalışmada, çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında, 6698 sayılı Kanun kapsamında öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesini hukuki sebepleri araştırılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Çevrimiçi Eğitim, Kişisel Veri, Biyometrik Veri, Rıza, Meşru Menfaat, Çevrimiçi Sınav

**Abstract:** Although the inexperience period regarding digital transformation accelerated by the COVID-19 pandemic has largely been left behind, it is observed that the requirements for the protection of personal data are not adequately provided in the online education process. Both creating a discipline on protection of personal data as part of the techniques and methods of online education and considering obligations regarding personal data as an integral part of the online education process are compulsory. It is required that the universities, as the data controller, determine the purpose and lawful basis of the processing of students' audio and video data as a precondition for processing. In this study, the legal basis of processing students' personal data for online education within the scope of Law No.6698 will be researched..

**Keywords:** Online Education, Personal Data, Biometric Data, Consent, Legitimate Interest, Online Examination

\* Bu makale 12 Kasım 2020 tarihinde Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ile Özyeğin Üniversitesi'nin birlikte düzenlediği Korona Virüs Salgınının Yol Açtığı Hukuksal Sorunlar Sempozyumu'nda "Covid-19 Pandemi Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması" başlığı ile sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

\*\* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fhanaz@ciu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3804-6736. Makalenin Gönderim Tarihi: 05.04.2021, Kabul Tarihi: 05.04.2021

## GİRİŞ

Dijitalleşmenin çocuklar ve gençler üzerindeki etkileri ile dijital okuryazarlığın gerekliliği tartışılırken, COVID-19 pandemisinin başlangıcından bu yana, bir yandan bu virüse karşı mücadele ederken dijital teknolojilerden destek alınması, diğer yandan hayatın “yeni normal”e uygun şekilde sürdürülebilmesinde dijital teknolojilerden yararlanılması neticesinde, dijitalleşme yediden yetmişe herkesin doğrudan ya da dolaylı olarak dahil olduğu bir süreç haline gelmiştir.

Pandemi döneminde daha önce olmadığı kadar yoğun ve çoğu kez ölçüsüz şekilde kişisel verilerin toplandığı görülmektedir. Hasta ve temaslı takibinde dijital yöntemlerin kullanılmasıyla kişisel verilerin korunmasına yönelik risklerin artması neticesinde, özel nitelikli veri statüsündeki sağlık verilerinin işlenmesi, en fazla tartışılan konu olmuştur. Sağlık verileri yanında salgının işyeri uygulamalarına etkisi, çevrimiçi ortamda işlerin yürütülmesinde ve özellikle çevrimiçi eğitim uygulamalarında kişisel verilerin korunması konularının, bu süreçte öne çıkan konular olduğu gözlemlenmiştir.

Salgının yarattığı şok etkisi karşısında, ilk güdü hayatta kalmak olduğundan, kişisel verilerin korunmasına ilişkin endişeler ilk başlarda göz ardı edilmiştir. Yaşam hakkının kişisel verilerin korunması hakkından daha üstün olması karşısında, bu belirli ölçülerde anlaşılabilir bir durumdur. Zorunlu veya sağlığa ilişkin kaygılar nedeniyle bireysel olarak alınan kararlarla, karantina dönemlerinde ve sonrasında, uzaktan çalışma ve uzaktan eğitim uygulamalarının yaygınlaşması, alışveriş ve benzeri ihtiyaçların internet ortamında karşılanması, pandemi dönemi öncesine göre çok daha fazla kullanıcıyı internet ortamında aktif hale getirmiştir. Özellikle dijital teknolojiye aşina olmayan gruba dahil kişiler, birbirinden farklı gerekçelerle de olsa zorunlu olarak çeşitli dijital platformlara katılırken, kendilerinden talep edilen bilgilerin kişisel veri niteliğinde olup olmadığını, bu taleplerin hangi yasal temelde ileri sürüldüğünü, kişisel verilerinin kimler tarafından ve hangi amaçlarla işlendiğini, kimlerle paylaşılacağını ve nihayetinde bu verilerin akıbetinin ne olacağını hiç veya yeteri kadar sorgulayamamışlardır. Başlangıçta hayatta ve güvende kalmak adına, sonrasında ise zorunlu rutinlerin olabildiğince sürdürülebilmesi adına her türlü verinin işlenmesi normalleşmişken, virüsle birlikte yaşamak hayatın

bir parçası haline geldikçe, kişisel verilerin işlenmesinin ölçüsü ve yasal temeli tartışılmaya başlanmıştır.

COVID-19 pandemisi öncesinde daha sınırlı bir alanda sürdürülen uzaktan eğitim uygulamalarının zorunlu olarak eğitimin her düzeyine yaygınlaştırılması ve bu sürecin başlangıçta düşünülenden daha uzun bir süre daha devam edeceğinin ortaya çıkmasıyla, bu alandaki sorunlar tartışılmaya başlanmıştır. Gerek pandeminin devam ettiği süreçte gerekse sonrasında, artık eğitim hayatının bir parçası olacağı anlaşılan çevrimiçi eğitim uygulamalarıyla ilgili bir takım prensipler oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Bu çalışmada, çevrimiçi eğitim uygulamalarında öğrencilerin kişisel verilerin işlenmesinin yasal temelleri konusu ele alınacaktır.<sup>1</sup> COVID-19'un etkilerini sürdürmesi karşısında, yukarıda da değinildiği gibi, bugün ilk okul seviyesinden doktora seviyesine kadar eğitimin çevrimiçi imkanlarla programlandığı görülmektedir. İlkokul seviyesindeki eğitimde öğretmen faktörünün önemi ile çocuklarla birebir ve görüntülü iletişimin gerekliliği karşısında, kişisel verilerin korunması konusu değerlendirilirken yapılacak denge testlerinde farklı sonuçlara varılacak olması, ortaöğretim seviyesindeki eğitimde de çocukların henüz ergin olmamaları nedeniyle, veli veya vasilerinin belirli durumlarda onaylarına ihtiyaç duyulacak olması, bu eğitim aşamalarında kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili farklı değerlendirmeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada, erginliğini kazanmış öğrencilerle çevrimiçi ortamda yürütülen üniversite eğitiminin koşulları esas alınmıştır.

## I. UZAKTAN EĞİTİM SÜRECİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Geleneksel eğitim faaliyetlerinin sürdürülmesi sırasında, belirli amaçlarla, öğrencilerin kimlik ve iletişim verileri başta olmak üzere kişisel verileri işlenmektedir. Uzaktan eğitim sürecinde çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim faaliyetleri sırasında öğrencilerin bilgisayarlarının kamera ve mikrofonlarını açık tutmak zorunda olup olmadıkları konusundaki tartışmalar, önceden işlenmeyen ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin yasal temellerinin tespitini gerekli kılmıştır.

<sup>1</sup> Çevrimiçi eğitim uygulamalarında ders veren öğretim elemanlarının kişisel verilerinin korunması meselesi ayrıca incelenmeye muhtaçtır. Çalışmanın sınırlandırılması bakımından bu konu incelenmemiştir.

Yüksek öğretim kurumları, pandemi döneminin başındaki kısa bocalama döneminin ardından, Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) kararları rehberliğinde, ağırlıklı olarak teorik derslerde, hızlı biçimde çevrimiçi eğitim uygulamalarını başlatmışlardır. Sürecin başında eğitimi kesintiye uğratmadan sürdürebilmek amacıyla hızlıca başlatılan uygulamalarda, çevrimiçi derslerde tesadüfi şekilde Zoom, Google Meet, Moodle Microsoft Teams gibi dijital platformlar<sup>2</sup> kullanılmış, dersler senkron ya da asenkron şekilde yapılarak kayıt altına alınmıştır. Kayıt altına alınan derslere öğrenciler bazı üniversite uygulamalarında belirli bir süre ile sınırlı olarak ulaşabilmiş, bazılarında ise kayıtlar dönem sonuna kadar öğrencilere açık tutulmuştur.<sup>3</sup>

Kampüslerde yürütülen çalışma ve uygulamaların olabildiğince sanal ortama taşınması, kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında birtakım soru ve sorunları beraberinde getirmiştir. Öğrencilerle senkron ya da asenkron olarak yapılan derslerin kaydedilebilip kaydedilemeyeceği, sanal sınıflarda ya da toplantılarda yürütülen faaliyetlerin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na (KVKK) uyumu, öğrencilerin kişisel verilerinin ve mahremiyet haklarının korunmasının ne şekilde sağlanması gerektiği, bu bağlamda ders esnasında veya sınav uygulamalarında öğrencilerin bilgisayarlarının kamera ve mikrofonlarını açmak zorunda olup olmadıkları gibi sorunlar incelenmeye muhtaçtır. Nitekim, konuyla ilgili bazı üniversite uygulamalarının yargıya taşındığı bilinmektedir.

Belirtilen sorunlar değerlendirilirken, kuşkusuz pandeminin ilk evrelerinde başlatılan uygulamalarla, devam eden süreçteki uygulamalarda gerçekleşen ihlaller ve alınmış veya alınması gereken tedbirler konusunda ayırım yapmak gerekmektedir. Pandemi döneminin başlangıç koşullarında mevcut endişe, deneyimsizlik ve acil çözüm bulma ihtiyacı içinde bir an evvel eğitimi sürdürebilmek adına "*acil uzaktan eğitim uygulamaları*" şeklinde deneyimlenen pratiklere daha esnek yaklaşılabilir de, aradan geçen zaman ve bundan sonraki sü-

<sup>2</sup> Belirtilen platformlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. <http://www.egitimdeteknoloji.com/uzaktan-egitim-icin-kullanabileceginiz-platformlarin-karsilastirmasi/> (Erişim tarihi: 05/11/2020)

<sup>3</sup> Bu konuda YÖK tarafından yapılmış anket sonuçları için bkz. <https://covid19.yok.gov.tr/Documents/AnaSayfa/uzaktan-ogretim-anketi.pdf> (Erişim tarihi: 10/01/2021)

reçlerde de uzaktan eğitimin normal eğitimin bir parçası olarak sürdürülmesi eğilimi karşısında, “uzaktan eğitim uygulamalarının” diğer gereklilikler yanında, kişisel verileri koruma hukukunun temel ilke ve kuralları gözetilerek oluşturulması gerekmektedir.<sup>4</sup> Nitekim, Yüksek Öğretim Kurulu da devam eden süreçte gerçekleşecek uzaktan öğretim faaliyetlerinin öncekinden farklı olması gerektiği hususunu vurgulamıştır.<sup>5</sup>

## II. ÇEVİRİMİÇİ EĞİTİMDE ÜNİVERSİTELER TARAFINDAN ÖĞRENCİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNİN YASAL DAYANAKLARI

Türk hukukunda kişisel verilerin korunması konusu, 96/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Biyeylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu

ve Avrupa Konseyi Direktifi esas alınıp hazırlanarak, 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile düzenlenmektedir.<sup>6</sup> 6698 sayılı Kişisel Verile-

<sup>4</sup> Acil uzaktan eğitim (emergency remote education ) bir zorunluluk olarak değerlendirilmekte, mevcut ihtiyaçlara geçici çözümler üreterek kriz zamanında eldeki olanaklarla eğitimi ayakta tutma çabası olarak tanımlanmaktadır. Uzaktan eğitim (distance education) ise bir seçenek olarak değerlendirilmekte, yaşam boyu öğrenme çerçevesinde sürdürülmek üzere, kalıcı çözümler üretmeye çalışma ve planlı ve sistematik etkinliklerle eğitimi sürdürülebilir hale getirme çabası olarak tanımlanmaktadır. Aras Bozkurt, “Koronavirüs (Covid-19) pandemi süreci ve pandemi sonrası dünyada eğitime yönelik değerlendirmeler: Yeni normal ve yeni eğitim paradigması”, *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 3, s.116-117; Ayrıca bkz. <https://portal.yokak.gov.tr/makale/pandemi-doneminde-uzaktan-egitim/>.

<sup>5</sup> Küresel Salgında Yeni Normalleşme Süreci 2020, s.4. <https://www.yok.gov.tr/Documents/Yayinlar/Yayinlarimiz/2020/kuresel-salginda-yeni-normallesme-sureci/index.html> (Erişim Tarihi: 06/10/2020)

<sup>6</sup> Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasıyla ilgili ilk düzenleme 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve kişisel verilerle ilgili bazı suç tiplerine yer veren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yapılmıştır. 2010 yılında 5982 sayılı Kanun’la 1982 Anayasası’nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesine eklenen üçüncü fıkra ile kişisel verilerle ilgili düzenlemeye yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı bir temel hak olarak düzenlenmiştir. İlgili hükmün son cümlesi ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmüşse de, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ancak 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir. Aynı yıl, 6698 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce, 17 Mart 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye’nin ilk imzacı devletlerden biri olduğu 108 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısın-

rin Korunması Kanunu'nun amacı, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek olarak öngörülmüştür (m.1).

Kanun uyarınca kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder (m.3/1,d). Kanunun benimsediği terminolojiyi kullanarak belirleme yaparsak, çevrimiçi eğitimde öğrencilerin kişisel verilerin işlenmesinin amaçlarını ve araçlarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan üniversiteler veri sorumlusudur.<sup>7</sup> Üniversitelerin verdiği yetkiye dayanarak onun adına öğrencilerin kişisel verileri işleyen dijital platform sağlayıcıları veri işleyendir.<sup>8</sup> Kişisel verileri işlenen öğrenciler ise ilgili kişi<sup>9</sup> konumundadırlar.

Kişisel verilerin işlenme şartlarına 6698 sayılı KVKK'nın 5. maddesinde yer verilmiş, özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları ise Kanun'un 6. maddesi ile ayrıca düzenlenmiştir. Kişisel veriler, hangi yasal şarta dayanılırsa dayanılsın, KVKK'nın 4. maddesinde yer verilmiş ilkelere uyularak işlenmelidir. Belirtilen ilkeler uyarınca, kişisel verilerin işlenmesi hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olmalı ve işlenen kişisel veriler doğru ve gerektiğinde güncel olmalıdır. Kişisel

---

da Bireylerin Korunması Sözleşmesi iç hukuka dahil edilmiştir.6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu öncesi dönemlerde, belirtildiği üzere, kişisel veriler TCK ile sağlanan koruma yanında, Medeni Kanun'un kişilik hakkını koruyucu hükümleri çerçevesinde de korunmaktaydı. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kişisel veriler hakkında dolaylı bir koruma sağlanmakta, Sözleşmenin , "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlandığı içtihatlarla kişisel veriler belirli ölçüde koruma altına alınmaktaydı. Bununla birlikte, kişisel verilerin etkin biçimde korunabilmesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, Kanun uyarınca Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun kurulması ve Kurum bünyesinde Kurul'un oluşturulması, Kanun'a dayanılarak Yönetmelik ve Tebliğlerin çıkarılması ile sağlanabilmiştir. Türk hukuku bakımından bugün için hala şekillenmeye devam ettiği söylenebilecek bu hukuk alanında, Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından oluşturulan rehberler ve ilkeler ile somut uyumsuzluklar bazında verilen kararların gelişime önemli katkı sağladığı belirtilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. <https://kvkk.gov.tr/>

<sup>7</sup> Veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (m.3/1,ı).

<sup>8</sup> Veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (m.3/1,ğ).

<sup>9</sup> İlgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade eder (m.3/1,ç).



veriler belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalıdır. İşlenmiş kişisel verilerin veri sorumlusu nezdinde muhafaza edilme süresi de sınırlandırılmış ve verilerin ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilebileceği öngörülmüştür. Genel bir değerlendirmeyle, kişisel verilerin işlenmesinde, ikili bir testin uygulandığını, veri işlemenin, Kanun'un 5. ve 6. maddeleri ile öngörülmüş yasal temellere sahip olduğu hallerde, kişisel veri işlenmesinde uyulması zorunlu ilkelerin gerekliliğinin ayrıca karşılanması gerektiğini; aksi halde kişisel verilerin işlenmesinin KVKK'ya aykırılık teşkil edeceğini ifade etmek gerekir.

Yukarıda da değinildiği gibi, çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim faaliyetleri sırasında özellikle öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi bağlamında tartışmalar meydana gelmiştir. Aşağıda, önce 6698 sayılı Kanun'da özel nitelikli olmayan kişisel verilerin işlenme şartlarını düzenleyen 5. madde, sonra da özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarına ilişkin 6. madde çerçevesinde ses ve görüntü verilerinin işlenmesiyle ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.

### **A. 6698 KVKK Uyarınca Özel Nitelikli Olmayan Kişisel Verilerin İşlenme Şartları**

Kişisel verilerin işlenmesi, Kanun'da öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden biri ya da ilgili kişinin geçerli şekilde elde edilmiş açık rızası bulunmadıkça, kural olarak yasaktır.<sup>10</sup> Yukarıda da belirtildiği gibi, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren sebepler, 6698 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddeleri ile öngörülmüştür. Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez; ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan şartlardan birinin mevcut olması durumunda, ilgili kişinin açık rızasına gerek olmadan kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür. Veri sorumlusu, veri işleme amacına uygun olarak hangi yasal temelle dayanarak kişisel veri işleyeceğini, işleme faaliyetinden önce belirlemelidir. Kişisel verilerin işlenmesinde, öncelikle 6698 sayılı Kanun m.5/2'de veya m.6/3'te sayılmış işleme şartlarından birinin mevcut olup olmadığına bakılmalı, bu şartlardan birinin mevcudiyeti halinde

<sup>10</sup> 6698 sayılı Kanun 5. madde gerekçesinden.

kişisel veri işlenmeli, şartlardan hiç birinin mevcut olmaması durumunda ilgili kişinin açık rızasının alınması yoluna başvurulmalıdır. Esasen, kişisel veri işlemeyi hukuka uygun hale getiren tüm sebepler eşit düzeyde olup, hiçbirinin diğerine nazaran bir üstünlüğü bulunmamakla birlikte,<sup>11</sup> diğer veri işleme şartlarının mevcut olduğu hallerde, ilgili kişiyi yanıltacak ve yanlış yönlendirecek nitelikte olması nedeniyle, veri sorumlusu tarafından ilgili kişiden açık rıza alınması yasak ve hukuka aykırı kabul edilmektedir.<sup>12</sup> İşleme faaliyetinin açık rıza temelinde gerçekleştiği hallerde, belirli bir işleme faaliyeti için açık rıza veren bir kimse rızasını geri çektiği zaman, haklı olarak işleme faaliyetinin durdurulacağını düşünecektir ki rızanın geri çekilmesi üzerine, kişisel veri işlemenin hukuka uygunluk zemini kalmadığından, veri sorumlusunun işleme faaliyetini durdurması gerekmektedir. Bu durumda diğer işleme şartlarının geri alınan açık rıza yerine geçmişe etkili olarak yasal temel oluşturamayacak olması<sup>13</sup> da göz önünde bulundurulurken, işleme faaliyetinin hangi yasal zeminde yürütüleceğinin bu sıralamaya göre belirlenmesi gerekmektedir.

Çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim faaliyetleri sırasında, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin hukuka uygunluğu değerlendirilirken de aynı sıralamaya göre hareket edilmelidir. Aşağıda, çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim faaliyetleri sırasında, üniversite

<sup>11</sup> Açık rıza ile Kanun'da öngörölmüş kişisel veri işlenmesini hukuka uygun hale getiren diğer veri işleme şartları arasında veya açık rıza dışındaki veri işleme şartlarının kendi arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Kişisel veri işlemeyi hukuka uygun hale getiren tüm sebepler eşit düzeydedir. Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.s.83; Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020. (Kıs: Kişisel Verilerin Korunması), Kişisel Verilerin Korunması, s.233.

<sup>12</sup> 6698 sayılı Kanun m.5/2 ile m.6/3'te öngörölmüş kişisel veri işleme şartlarının mevcut olması halinde, aynı zamanda ilgili kişiden açık rızanın alınmasının mümkün olup olmadığı ya da gerekip gerekmediği konusunda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun görüşü olumsuzdur. Kurul görüşü uyarınca, diğer veri işleme şartlarının bulunması halinde, ilgili kişiyi yanıltacak ve yanlış yönlendirecek nitelikte olması nedeniyle, veri sorumlusu tarafından ilgili kişiden açık rıza alınması yasak ve hukuka aykırıdır. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.237'de anılan Kurul kararı; Aksi yönde görüş için bkz. Çekin,s.102-103.

<sup>13</sup> Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 (wp259rev.01) 2020, s.24. [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051) (Erişim Tarihi: 10.02.2021)

öğrencilerinin özellikle ses ve görüntü verilerinin işlenmesi, her bir veri işleme şartı bakımından değerlendirilecektir.

### **1. Veri Sorumlusunun Kişisel Veri İşlemek Konusunda Kanunlar Tarafından Görevlendirilmiş Ya Da Yetkilendirilmiş Olması (Kanunlarda Açıkça Öngörülme) (m.5/2,a)**

Veri sorumlusunun bu şart temelinde veri işleyebilmesi için, şekli anlamda kanun niteliğinde bir düzenleme ile veri işleme hak veya yükümlülüğünün öngörülmüş olması ve ayrıca ilgili kanun hükmünün işlenecek veri kategorileri, işleme amaçları ve ilgili kişi gruplarına ilişkin düzenleme içermesi ve veri sorumlusunun bu yükümlülüğü yerine getirip getirmeme seçeneğine sahip olmaması gerekmektedir.<sup>14</sup>

Bu şart temelinde kişisel veri işlenmesi, hem planlı ve sistematik olarak sürdürülen uzaktan eğitim uygulamaları (distance education) bakımından hem esasen örgün eğitim olarak tasarlanmış olmakla birlikte COVID-19 pandemisi nedeniyle geçici olarak çevrimiçi ortamda sürdürülen acil uzaktan eğitim (emergency remote education) olarak değerlendirilebilecek uygulamalar bakımından değerlendirildiğinde, çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında öğrencinin ses ya da görüntüsünün kaydedilmesine imkan tanıyan yasal bir düzenleme bulunmadığı

<sup>14</sup> Article 29 Data Protection Working Party (2014). Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.19. [https://ec.europa.eu/justice/article29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf) (Erişim Tarihi: 10.02.2021) Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.392; 2559 sayılı PVSK m.5 uyarınca kolluk tarafından bir suç soruşturması sebebiyle şüphelilerin parmak izlerinin alınması ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığı'nın kişilerin ceza mahkumiyetlerine ilişkin verilerini işleme, 6698 sayılı KVKK gerekçesinde kanunlarda açıkça öngörülme şartına örnek olarak belirtilmiştir.; 6698 sayılı Kanun uyarınca belirtilen yasal temelde kişisel veri işlenmesi, Türkiye Cumhuriyetinde yürürlükte olan kanunlar tarafından bir görevlendirme veya yetkilendirmenin mevcut olduğu hallerde söz konusu olup, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yer bakımından uygulanma esasları gereğince Tüzüğün hükümlerinin dikkate alınması örneğinde olduğu gibi, veri sorumlusunun bir başka ülkenin kanunları çerçevesinde kişisel veri işlemek konusunda görevlendirilmiş ya da yetkilendirilmiş olması nedeniyle bu işleme şartı temelinde veri işlenmesi mümkün olmaz. Bu hallerde, koşullara göre, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasına ilişkin işleme şartı temelinde kişisel veri işlenmesi mümkün olabilecektir. Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.19.

görülmektedir. Bu konudaki tartışmaların tırmandığı pandemi döneminde, bazı üniversitelerin uzaktan eğitim sürecinde kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili ayrıca oluşturdukları aydınlatma metinlerinde, üniversite tarafından öngörülmüş derslere kamera ve mikrofonların açılarak katılım zorunluluğunun, genel olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 6698 sayılı KVKK hükümleri ile temellendirildiği ancak konuyla ilgili somut bir hükme atıfta bulunulamadığı görülmektedir.

Örgün eğitim faaliyetlerinde öğrencilerin derslere devam zorunluluğunun bulunması 2547 sayılı Kanun'dan kaynaklanan bir zorunluluktur.<sup>15</sup> Planlı ve sistematik olarak sürdürülen uzaktan eğitim uygulamalarından farklı olarak, pandemi döneminde örgün eğitimin zorlayıcı nedenlerle çevrimiçi ortamda modellenmesine çalışılırken, çevrimiçi ortamdaki derslerde öğrencilere kamera ve mikrofon açma zorunluluğu getirilmesi, ilk bakışta örgün eğitim bakımından öngörülmüş bu zorunlulukla eşdeğer bir zorunluluk olarak değerlendirilebilecekse de, derse devam zorunluluğunun bu şekilde kontrolünde kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olacağından ve 2547 sayılı Kanun'da, eğitimin çevrimiçi ortamda sürdürülmesi sırasında kişisel verilerin işlenmesine imkan tanıyan somut bir hüküm bulunmadığından, bu yaklaşım doğru kabul edilemeyecektir. COVID-19 pandemisi döneminde örgün eğitimin çevrimiçi ortamda yürütülebilmesi ve koşullarına ilişkin yasal temelleri ortaya koyan Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı kararları idarenin düzenleyici işlemi niteliğindedir. Belirtilen nedenlerle, 6698 sayılı KVKK m.5/2,a ile öngörülen şart çevrimiçi eğitimde öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesine yasal dayanak oluşturamaz.

## **2. Fiili İmkansızlık Nedeniyle Rızasını Açıklayamayacak Durumda Bulunan Veya Rızasına Hukuki Geçerlilik Tanınmayan Kişinin Kendisinin Ya Da Bir Başkasının Hayatı Veya Beden Bütünlüğünün Korunması İçin Kişisel Veri İşlemenin Zorunlu Olması (m.5/2,b)**

Kişisel verilerin işlenmesine sadece açık rızanın temel oluşturup fiili imkansızlık nedeniyle rızanın alınamadığı hallerde, kişinin ya da

<sup>15</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda örgün eğitim, öğrencilerin, eğitim - öğretim süresince ders ve uygulamalara devam etme zorunluluğunda oldukları bir eğitim - öğretim türü olarak tanımlanmıştır (m.3/1,u-1).

bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için veri işleme imkanı veren bu şartın temel alınmasına konunun niteliği uygun değildir. Ölüm kalım durumunun veya en azından ilgili işinin sağlığına yönelik yaralanma veya farklı şekilde zarar riski oluşturan tehditlerin söz konusu olduğu hallerde kişisel veri işlenmesine temel oluşturabilecek bu hüküm,<sup>16</sup> çevrimiçi eğitim uygulamalarında öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesi konusu ile bağlantılı değildir.

### 3. Bir Sözleşmenin Kurulması Veya İfasıyla Doğrudan Doğruya İlgili Olması Kaydıyla, Sözleşmenin Taraflarına Ait Kişisel Verilerin İşlenmesinin Gerekli Olması (m.5/2,c)

Veri sorumlusunun taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için veya bir sözleşmenin kurulması aşamasında, mevcut veya kurulacak sözleşmenin karşı tarafı olan ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine yasal zemin oluşturan bu işleme şartı, işleme faaliyetini iki yönden sınırlandırmıştır. Öncelikle bu kapsamda işlenecek verilerin, sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması gerekmektedir.<sup>17</sup> Sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilgili olma gerekliliği tespit edilirken, kişisel verilerin, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ilkesi çerçevesinde, işleme amacıyla sözleşmenin hükümleri ve kapsamının bir arada değerlendirilmesi, kişisel veriler işlenmeksizin sözleşmenin kurulması veya ifa edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.<sup>18</sup> Üze-

<sup>16</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.20.

<sup>17</sup> Sözleşmenin kurulmasıyla doğrudan doğruya ilgili olma koşulunun, işlemenin bir sözleşme kurmaya yönelik öneriye davet, öneri veya kabul işlemeleleriyle bağlantılı olması halinde söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.399; İşleme faaliyetinin sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olmasına örnek olarak, çevrimiçi satın alınan malların teslim edilebilmesi için veri sahibinin adresinin işlenmesi veya ödemeyi gerçekleştirmek için kredi kartı bilgilerinin işlenmesi verilmektedir. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.16.

<sup>18</sup> Bazı işleme faaliyetlerinin sözleşme kapsamında değerlendirilmesi, kendiliğinden işlemenin sözleşmenin ifası için gerekli olduğu anlamına gelmeyecektir. İşlemenin bir sözleşmenin kurulması veya ifası için gerçekten gerekli olmadığı ve veri sorumlusunun farklı amaçlarına hizmet edeceği hallerde, işleme faaliyeti bahsedilen işleme şartının sınırları dışında kalacağından, faaliyetin Kanun'da öngörülmemiş diğer işleme şartlarından birine dayanması halinde hukuka uygun olduğu söylenebilecektir. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on

rinde durulması gereken ikinci husus, bu veri işleme şartı temelinde, veri sorumlusu ile ilgili kişi arasındaki sözleşmenin kurulması veya ifası çerçevesinde, sadece sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenebileceği; sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin verilerinin işlenmesinde farklı bir yasal temele ihtiyaç duyulacağıdır. Görüldüğü üzere, bir veri işleme faaliyeti farklı yasal temellere dayanabilecektir.<sup>19</sup>

Konuyu üniversiteler bakımından değerlendirdiğimizde, öncelikle Devlet üniversitelerince yürütülen çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında, bu işleme şartı temelinde öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Vakıf üniversitelerinin bu şart temelinde kişisel veri işleyip işleyemeyeceklerine cevap vermezden evvel, bazı değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

Vakıf üniversiteleri,<sup>20</sup> mali ve idari bakımdan öngörülmüş bazı farklılıklar dışında, Devlet üniversiteleriyle eşit statüdedirler ve kamu tüzelkişiliğine sahiptirler.<sup>21</sup> Vakıf üniversitelerinin finansman kaynaklarını kurucu vakfın katkısı, öğrenci harçları ve devlet yardımı oluştur-

---

the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.16-17.

<sup>19</sup> Bu durumda, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması sebebine dayanılarak işleme yapılacağı yönünde bkz. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.398; Bir sözleşmenin ifası sırasında veya başka bir yasal temele dayanılarak kişisel veri işlenirken, işleme faaliyetinin hukuki temelini farklı veriler bakımından farklı işleme şartlarının oluşturabileceği yönünde bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC , s. 17 ve Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.398.

<sup>20</sup> Anayasa'nın 130. maddesi ile kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiş (m.130/1) ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabileceği öngörülmüştür (m.130/2). 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 2'nci maddesiyle vakıf üniversitelerinin kuruluşuyla ilgili temeller oluşturulmuş, sonrasında YÖK tarafından "Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği" çıkarılarak vakıf üniversiteleriyle ilgili pozitif hukuk kaynakları oluşturulmuştur. Vakıf üniversiteleri kendilerini kuran vakıflardan ayrı bir tüzelkişiliğe sahiptir ve vakıf üniversitelerinin tüzelkişiliğinin türü tüzelkişilidir. Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir (m.130/son).

<sup>21</sup> Detaylı bilgi için bkz. Ural Aküzüm, Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Yasal Dayanakları ve Tüzel Kişiliği), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.53 vd.

maktadır.<sup>22</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Ek m.9/3 uyarınca mütevellî heyetleri tarafından eğitim hizmeti karşılığı olarak belirlenen öğrenci ücretinin, üniversite ile öğrenci arasındaki sözleşmesel ilişki gereğince öğrenci tarafından ifa edilmesi gerekli bir edim olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup>

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, üniversite ile öğrenci arasındaki öğrenim ücretine ilişkin özel hukuk sözleşmesinin ifası ile doğrudan doğruya ilgili olması (KVKK m.5/2,c) yasal temelinde, üniversitenin edimini yerine getirmesi için öğrencinin kişisel verilerini işleyip işleyemeyeceği tartışılabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, her ne kadar vakıf üniversitesinde eğitim almak isteyen öğrenci, ücret ödeme muafiyeti bulunmadıkça mütevellî heyeti tarafından belirlenen ücreti ödemek durumundaysa da, vakıf üniversitelerinde eğitim almanın ön koşulu, devlet üniversitelerinde de olduğu gibi ÖSYM tarafından düzenlenen üniversite giriş sınavlarında belirli bir başarının sağlanmasıdır. Vakıf üniversiteleri de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na tabi olup, Kanun'da öngörülmüş amaçları yerine getirmek üzere faaliyet gösterdiklerinden, eğitim faaliyeti yürütme yükümlülükleri öğrencilerle aralarında düzenlenen sözleşmelerden değil, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Yükseköğretim Kanunu'na göre yürütülecek eğitim-öğretim faaliyetlerinden yararlanan öğrenci ile üniversite arasındaki ilişki, tarafların pazarlık yapmak suretiyle, 2547 sayılı Kanun ile öngörülen yükümlülükleri bertaraf ederek kendi iradelerine göre şekillendirebilecekleri bir ilişki değildir. Dolayısıyla vakıf üniversitelerince yürütülen çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında da kişisel verilerin işlenmesinde bu şartın temel alınması uygun olmadığı belirtilmelidir.

#### **4. Veri Sorumlusunun Hukuki Yükümlülüğünü Yerine Getirebilmesi İçin Zorunlu Olması (m.5/2,ç)**

Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması şartı, 6698 sayılı Kanun ile öngörülmüş diğer işleme şartlarından veri işlemenin kanunlarda açıkça öngörülmesi şartı

<sup>22</sup> Aküzüm, s.191 vd.

<sup>23</sup> Aküzüm, s.29, dn.76'da anılan Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), T.4.10.2004, E.2004/34, K.2004/55 sayılı kararı.

(m.5/2,a) ile bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması şartlarıyla (m.5/2,c) benzerlik taşımakla birlikte, ancak bu iki işleme şartının kapsamı dışında kalan hukuki yükümlülüklerinin ifası bakımından m.5/2,ç veri işleme dayanak oluşturabilmektedir.<sup>24</sup>

Veri sorumlusunun kanunlarda açıkça öngörülmesi şartı temelinde veri işleyebilmesi için şekli anlamda kanun niteliğinde bir düzenlemenin mevcut olması aranırken, kanunların genel bir hedef belirleyip, yükümlülüklerin spesifik olarak yönetmeliklerle, genelgelerle veya kamu makamlarının bağlayıcı kararları ile somutlaştırıldığı hallerde, kanunlar dışındaki yasal düzenlemeler, resmi makamlar ve mahkemeler tarafından verilen kararların gereğinin yerine getirilebilmesi için zorunlu olan hallerde, veri sorumlusu hukuki yükümlülüğünü yerine getirmek için bu şart temelinde veri işleyebilecektir.<sup>25</sup> İki işleme şartı arasındaki temel farkın, yasal düzenlemenin niteliği bakımından ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.<sup>26</sup>

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca, üniversitelerin faaliyetleri ve amaçları, eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmek, bilimsel araştırmalar yapmak ve topluma hizmet olarak belirlenmiştir (m.3/1,d, m.4/c). Eğitim-öğretim faaliyetlerin yürütülmesi üniversitelerin asli görevlerinden biri olup, bu faaliyetlerin yürütülmesi üniversitelerin hukuki yükümlülüklerini teşkil etmektedir. Bununla birlikte, pandemi döneminde sürdürülen eğitim sırasında öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesine yasal temel oluşturacak bir kanun hükmü bulun-

<sup>24</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.402.

<sup>25</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.20; Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.402.

<sup>26</sup> Diğer veri işleme şartı ise veri sorumlusu ile ilgili kişinin taraf oldukları, mevcut ve geçerli bir sözleşmenin ifası için gerekli olması hallerinde veri işlemeye dayanak olabilmektedir; ancak bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması şartı sadece sözleşmenin taraflarının kişisel verilerinin işlenmesine temel oluşturabileceğinden, bu sözleşme nedeniyle üçüncü kişilerin verilerinin işlenmesi gerektiğinde, bu şart işlemeye yasal zemin oluşturmayacaktır. Bu ve uygun olan diğer hallerde, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması şartı temelinde işleme yapılabilecektir. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.402.



madığı gibi YÖK'ün bu yönde açık bir karar ya da talimatı da mevcut değildir. Tüm yüksek öğretimi düzenleme ve yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerine yön verme yetkisine sahip Yükseköğretim Kurulu (2547 sayılı Kanun m.6/a), üniversitelerin bu konudaki yetki ve yükümlülüklerini spesifik şekilde somutlaştırmamış, konuyla ilgili genel bir çerçeve oluşturmakla yetinmiştir. Dolayısıyla, bu işleme şartı öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesine temel teşkil etmemektedir.

### 5. İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmiş Olması (m.5/2,d)

İlgili kişinin kişisel verilerini herhangi bir şekilde kamuoyuna açıklaması, alenileştirmesi halinde, korunması gereken hukuki yararın ortadan kalkmış olması nedeniyle, herkesçe bilinebilir vaziyete gelen bu tür verilerin işlenmesi, mümkün kabul edilmektedir.<sup>27</sup> İlgili kişi tarafından alenileştirilmiş olma, kişisel verilerin açık rıza alınmasına gerek olmaksızın işlenebileceği hallerden biri olarak düzenlenmişken, madde gerekçesinde belirtilen işleme şartının ne şekilde anlaşılması gerektiğine ışık tutacak herhangi bir örnek verilmemiştir. Doktrinde, haklı olarak, kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesinden hareketle, ilgili kişi tarafından alenileştirilen kişisel verilerin, alenileştirmeye neden olan amaç ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenebileceği ileri sürülmüş,<sup>28</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu da konuyla ilgili verdiği karar<sup>29</sup> ve kamuoyu duyurusu ile bu görüşü teyit etmiştir. Kurul, 16.12.2020 tarihli alenileştirme hakkında kamuoyu duyurusu<sup>30</sup> ile 6698 sayılı Kanun kapsamında alenileştirmenin, kişisel verinin herhangi bir şekilde kamuoyuna sunulmasından daha dar bir anlama sahip olduğunu ve ilgili kişinin alenileştirme iradesi ve alenileştirme amacı ile yakın ilişki içinde bulunduğunu belirtmiştir. Kurul açıklaması uyarınca, kişisel veri, ilgili kişinin kişisel veriyi kamuoyuna açık hale getirme iradesi neticesinde aleni hale gelmişse alenileştirme söz konusu olacaktır ve kişisel veri ilgili kişi tarafından

<sup>27</sup> 6698 sayılı Kanun 5. madde gerekçesinden.

<sup>28</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.405 vd.; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. s.345-346.

<sup>29</sup> 07.11.2019 tarih ve 2019/331 sayılı Karar <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6623/2019-331>

<sup>30</sup> <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6843/-Alenilestirme-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (Erişim tarihi: 05.01.2021)

kamuoyu ile hangi amaçla paylaşmışsa veri sorumlusunun ancak bu amaçla sınırlı veri işleme faaliyetleri hukuka uygun kabul edilecektir.

Çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim uygulamaları bakımından konunun değerlendirilmesinde, çevrimiçi dersler sırasında mikrofon ve kamera açma zorunluluğu öngören ve öngörmeyen üniversiteler bakımından bir ayırım yapılması uygun olacaktır. Mikrofon ve kamera açma zorunluluğu öngören üniversitelerin, öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işleyebilmek için, uygun olacak farklı bir işleme sebebine dayanması gerekmekte olup, kişisel verilerin alenileştirilmiş olması temelinde işleme yapımları mümkün değildir.

Mikrofon ve kamera açma zorunluluğu öngörmeyen bir üniversitenin öğrencisinin, bu yönde zorunluluğu bulunmadığının bildirilmesine ve ders esnasında kendisine yönelik bir talep olmamasına rağmen derste mikrofon veya kamerasını açması halinde, ilk bakışta alenileştirmenin söz konusu olup, bu yasal temelde işleme yapılabileceği düşünülebilse de, bu değerlendirme doğru olmayacaktır. Çevrimiçi eğitim ve sınav faaliyetlerinin yürütüldüğü ortam, alenileştirmenin gerçekleştirilebileceği kamusal alan niteliğinde değildir. Talep olmamasına rağmen kendi iradesi ile mikrofon ve/veya kamerasını açan öğrencinin amacı, ses ve görüntüsünün herkes tarafından bilinebilir hale gelmesi olmadığından, kişisel verileri kamuoyuna açık hale getirme iradesi de bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle, çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması temelinde öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi mümkün değildir.

## 6. Bir Hakkın Tesisi, Kullanılması Veya Korunması İçin Veri İşlemenin Zorunlu Olması (m.5/2,e)

Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması işleme şartı temelinde kişisel veri işlenebilmesi bakımından, veri sorumlusunun hakkının türü ve kaynağı bakımından bir sınırlama getirilmemiş olup, bu hususta sınırlandırmanın “belirtilen amaçlarla veri işlemenin zorunlu olması” kriteri ile sağlanması öngörülmüştür.<sup>31</sup> Buradaki zorunluluğun, basitçe amaca yetecek oranda kişisel veri işlenmesi olarak ifade edilebilecek<sup>32</sup> kişisel verilerin işlen-

<sup>31</sup> Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*,s.411; Küzeci, s. 346.

<sup>32</sup> Sefer Oğuz, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, *Bilgi Eko-*

dikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi ekseninde değerlendirilmesi konuyu daha açık hale getirecektir. Tüm yasal işleme şartlarına göre yürütülen işleme faaliyetlerinde uyulması gereken ilke uyarınca, işlenen verilerin, belirlenmiş amaç ya da amaçların gerçekleştirilebilmesi bakımından elverişli olması ve ilgisiz veya amacın gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılması gerekmektedir.<sup>33</sup> Veri sorumlusunun amacına kişisel veri işlemek dışındaki araçlarla ulaşılabiliyorsa ve bu araçlar, korunması amaçlanan temel hak ve özgürlüklere daha az ya da hiç müdahale etmiyorsa, bu araçların tercih edilmesi gerekir.<sup>34</sup> Veri minimizasyonu, veri asgarileştirme veya veri ekonomisi olarak da anılan ilke uyarınca, amaca ulaşabilmek için işlenecek veri mümkün olabilecek en az seviyeye indirilmelidir.<sup>35</sup> Ayrıca, ileride meydana çıkacak olası ihtiyaçları karşılamak amacıyla veri işlenmesine, bu ilke engeldir.

Çevrimiçi eğitim uygulamaları çerçevesinde bu yasal işleme şartı temelinde değerlendirme yapıldığında, örneğin bir dersin işlenmesi sırasında cereyan eden bir olayla ilgili meydana gelen hukuki ihtilaf bakımından ya da bir sınavla ilgili öğrenci tarafından açılacak davaya karşı savunma haklarının kullanılmasından dolayı üniversite tarafından bazı verilerin kullanılmasında mümkündür. Bu ve benzeri haller, veri sorumlusu olarak üniversitenin bir hakkın tesisi, kullanılmasında veya korunmasında amacıyla veri işlenmesini mümkün kılar.

Kanaatimizce, bu işleme şartına dayalı olarak öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesi daha ziyade verilerin depolanması ve muhafaza edilmesi şeklinde gerçekleşebileceğinden, öncelikli olarak öğrencilerin çevrimiçi ortamda yürütülen eğitim faaliyetleri sırasında ses ve görüntü verilerinin ilk kez elde edilmesi için bu işleme şartından başka bir hukuka uygunluk sebebi mevcut olması gerekir. Dolayısıyla, her ne kadar çevrimiçi eğitim sırasında kişisel verilerin işlenmesi bu şartın temel alınmasıyla bağlantılı olsa da, konunun niteliği öncelikli olarak diğer işleme şartlarının bulunmasını gerekli kılmaktadır.<sup>36</sup>

*nomisi ve Yönetimi Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 2, s.134. [dergipark.org.tr/download/article-file/609053](http://dergipark.org.tr/download/article-file/609053) (Erişim Tarihi 16.12.2020)

<sup>33</sup> 6698 sayılı Kanun 4. madde gerekçesinden.

<sup>34</sup> Çekin, s.81.

<sup>35</sup> Çekin, s.81; Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, s.282, 285; Oğuz, s.134.

<sup>36</sup> Daha önce de belirtildiği gibi kişisel veri işleme şartları arasında hiyerarşi

## 7. İlgili Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Zarar Vermemek Kaydıyla, Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması (m.5/2,f)

Kanunda öngörülmüş diğer veri işleme şartlarından farklı olarak, bu şart temelinde işleme yapmak, işleme faaliyeti öncesinde daha kapsamlı bir değerlendirme sürecini gerektirmektedir. Öncelikle veri sorumlusunun veri işlemek için meşru menfaatlara sahip olduğunun tespiti, sonra işleme faaliyetinin zorunlu olup olmadığı ve nihayet veri sorumlusunun meşru menfaatleri ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinin bir denge testine tabi tutulması neticesinde bu işleme şartının işleme faaliyeti için yasal zemin oluşturup oluşturmayacağıının belirlenmesi gerekmektedir.<sup>37</sup>

Üniversiteler bakımından, çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamaları sırasında öğrencilerin kişisel verilerinin işlenmesinin bu yasal temelde mümkün olup olmadığını belirlerken, açık rıza alınmaksızın verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren şartın her bir unsuru bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Aşağıda bu konudaki değerlendirmelerimize yer verilecektir.

### a. Veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunması

Meşru menfaat kavramının tam olarak neyi ifade ettiğinin belirsiz olması, bu işleme şartıyla ilgili tartışmalara neden olmaktadır.<sup>38</sup> Öncelikle, kişisel verilerin işlenmesi bağlamında veri sorumlusunun menfaati kavramının, amaç kavramıyla ilişkili olduğunu ancak farklı bir anlam ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. Veri sorumlusunun amacı, verilerin işlenmesinin özel sebebini ifade ederken, meşru menfaat veri sorumlusunun işleme faaliyeti neticesinde elde edeceği yarar

---

bulunmadığından, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmenin zorunlu olması şartı, diğer veri işleme şartlarına nazaran ikincil düzeyde değildir. Burada kast edilen çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında kişisel veri işlenmesine diğer veri işleme şartlarının uygun temel teşkil edeceğidir.

<sup>37</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulunun meşru menfaat çerçevesinde veri işlenmesine ilişkin belirlediği kriterler için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25.03.2019 tarihli ve 2019/78 sayılı "Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmek için işlediği kişisel verileri meşru menfaat çerçevesinde kullanma talebiyle Kuruma yapmış olduğu başvuru" hakkındaki karar özeti <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78>

<sup>38</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.413.

olarak ifade edilmektedir.<sup>39</sup> Kanun koyucunun hukuki menfaat kavramı yerine meşru menfaat kavramını tercih etmesi karşısında, veri sorumlusunun hukuki menfaatlerinden farklı olarak, yasal bir düzenlemede özel olarak öngörülmüş olmasına gerek olmaksızın, ancak her durumda hukuken kabul edilebilecek menfaatlerinin meşru menfaat olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir.<sup>40</sup> Buna göre, hukuka uygun kabul edilen her türlü hukuki, iktisadi veya kişisel menfaat, meşru menfaat teşkil edecektir.<sup>41</sup> Kanunlarla ve kanun niteliğinde olmayan yasal enstrümanlarla veya yetkili makam kararı ile öngörülen hallerde işleme faaliyetleri diğer işleme şartları temelinde yapılacağına göre (6698 sayılı Kanun m.5/2, a ve ç), meşru menfaat temelinde veri işleme faaliyetinin, belirtilen işleme şartlarının kapsamına girmeyen durumlarda söz konusu olacağını ifade etmek gerekir. Buna göre, düzenleme yapma yetkisine sahip bir makamın, belirli bir konuyla ilgili genel politika yönergeleri ve koşulları oluşturduğu ve bu durumda veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması temelinde veri işlemek mümkün olacaktır.<sup>42</sup>

Daha önce de değindiğimiz gibi, üniversiteler tarafından sürdürülen çevrimiçi eğitim uygulamalarında, dersler veya sınavlar sırasında öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesine yasal temel oluşturacak bir hüküm bulunmadığı gibi YÖK'ün bu yönde açık bir karar ya da talimatı da mevcut değildir. Öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi daha ziyade sınav uygulamaları bakımından problemlere neden olmuştur. YÖK, üniversitelerde dijital ortamda gerçekleştirilebilecek sınavların temel ilkelerine ilişkin 27.05.2020 tarihli açıklamasında,<sup>43</sup> dijital ortamlardaki gözetimli ya da gözetimsiz uygulanacak açık uçlu ya da çoktan seçmeli çevrimiçi sınavlardan bahsetmiş ancak gözetimli sınavın ne şekilde gerçekleştirileceği, hangi

<sup>39</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.24; Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s.14. <https://www.kvkk.gov.tr/icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (Erişim tarihi: 05.10.2020)

<sup>40</sup> Hukuken kabul edilebilecek menfaatlerden bahsedilirken, hukuk kavramı geniş yorumlanmaktadır. Kamara/De Hert, s.12.

<sup>41</sup> Çekin, s.111, dn.275' de anılan yazarlar.

<sup>42</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.20.

<sup>43</sup> <https://covid19.yok.gov.tr/Documents/alinan-kararlar/20-uzaktan-egitime-iliskin-belirlenen-temel-ilkeler.pdf> (Erişim tarihi: 05.10.2020)

yöntemlerin uygulanabileceği konusunda herhangi bir belirleme yapmamıştır. Açıklamada, Öğrenme Yönetim Sistemi'nin (ÖYS) veya dijital ortamların izin verdiği sınav güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği ifade edilmiş, bu tedbirlere örnek olarak soruların rastgele seçilmesi, tam ekran ve tarayıcı kilidinin işlevselleştirilmesinden bahsedilmiştir. Küresel Salgında Yeni Normalleşme Süreci 2020 kılavuzunda da YÖK, çevrimiçi sınavların güvenliğinin son yıllarda önemli bir çalışma alanı haline geldiğini vurgulayarak, bu konuda üniversitelerin farklı uygulamalar yapma imkanlarını gözden geçirmeleri gerektiğini ifade etmiş, farklı çevrimiçi sınav standartlarının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>44</sup> Görüldüğü üzere, kanunlarla veya kanun niteliğinde olmayan yasal enstrümanlarla düzenlenmemiş bu konuda, Yükseköğretim Kurulu da üniversitelerin yetki ve yükümlülüklerini açık ve net bir biçimde somutlaştırmamıştır.

Asgari akademik eğitim standartlarının korunması, diğer amaçlar yanında, üniversitelerin temel faaliyetlerini gerektiği gibi yerine getirmesi ve öğrencilerin uygun eğitimi alarak gerektiği ölçüde yetkinlik kazanmaları amaçlarına hizmet eden bir zorunluluktur. Bu standartların sağlanmaması sonucunda hem bireysel hem toplumsal zararlar meydana gelecektir. Özellikle sınav uygulamalarının kontrolsüz yürütülmesi, sınav sırasında kopya girişiminde bulunma, bir başkasını kendi yerine sınava sokma ve benzeri kötünietli birtakım girişimlere zemin hazırlayacak olup, bu durum hem öğrenciler arasında adaletsizliğe neden olacak hem de üniversitelerin ve akademik eğitimin değerini ve itibarını tehlikeye atacaktır.<sup>45</sup> Sonuç olarak, çevrimiçi ortamda eğitim ve sınavların makul standartlarda sürdürülebilmesinde, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi faaliyeti bakımından veri sorumlusu olarak üniversitelerin, hukuken kabul edilebilecek meşru menfaatlerinin mevcut olduğu söylenebilecektir.

Veri sorumlusunun meşru menfaatinin, hukuken kabul edilebilir olması yanında, gerçek, belirli ve halihazırda mevcut olması da gerekmektedir. Daha sonra ortaya çıkacak menfaatler için, bu işleme şartı temelinde veri işlenmesi mümkün değildir. Ayrıca, kişinin temel hak

<sup>44</sup> Küresel Salgında Yeni Normalleşme Süreci 2020, s.15.

<sup>45</sup> Salameh, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?", <https://privacypeers.eu/2020/05/04/is-online-exam-surveillance-during-covid-19-lawful-effective-desirable/> (Erişim tarihi: 02.02.2021)

ve özgürlüklerine karşı dengeleme testi yapılabilmesi için meşru menfaat yeterince açık şekilde ifade edilmelidir.<sup>46</sup> Üniversiteler tarafından, özellikle COVID-19 pandemisi döneminde oluşan zorlayıcı koşullar altında, çevrimiçi eğitim sürdürülürken, eğitim kalitesinde asgari standartların korunması amacı, gerçek, belirli ve halihazırda mevcut bir menfaat teşkil etmektedir. Kişinin temel hak ve özgürlüklerine karşı dengeleme testi yapılırken, pandemi koşulları da göz önünde bulundurulmalı, pandemi koşullarının ortadan kalkmasından sonraki süreçte, yeni koşullara göre yeniden dengeleme yapılmalıdır.

Üniversitelerin öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işlemekte meşru menfaate sahip olması, yukarıda da belirtildiği üzere bu şartın veri işlemeye yasal zemin oluşturabileceği anlamına gelmemekte, meşru menfaat unsurunun mevcudiyeti bu şart temelinde veri işlenebilmesi için başlangıç noktası oluşturmaktadır. Üniversitelerin meşru menfaatleri ile öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerinin dengeleme testine tabi tutulmasının akabinde çıkacak sonuca göre, bu şartın işleme faaliyetine dayanak teşkil edip etmeyeceği belirlenecektir.<sup>47</sup>

### **b. Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması**

İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olduğu hallerde,<sup>48</sup> başka bir deyişle, veri sorumlusunun kişisel veri işlemek dışındaki bir yöntemle söz konusu menfaati elde etmesinin mümkün olmaması durumunda, kişisel veriler işlenebilecektir.<sup>49</sup> Veri

<sup>46</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.24-25.; Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Kararı <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78> (Erişim tarihi: 10.02.2021)

<sup>47</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.25.

<sup>48</sup> Muğlak bir kavram olan meşru menfaatin geniş yorumlanması halinde ilgili kişilerin haklarına zarar verileceği endişesiyle yaklaşılacak bu işleme şartının uygulanma koşulları, gerek Anayasa Mahkemesi'nin 28.9.2017 tarihli, 2016/125 E., 2017/143 K. sayılı kararındaki değerlendirmeleriyle (kararlar ilgili detaylı değerlendirmeler için bkz. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.326 vd.) gerekse Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı kararı ile önemli ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78> (Erişim tarihi: 05.10.2020)

<sup>49</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Kararı

sorumlusunun meşru menfaatini temin etmesi için, bireylerin kişisel verilerinin korunması hakkına daha az müdahale eden başka bir yolun mevcut olduğu hallerde, işlemenin gerekli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Veri işleme faaliyetinin zorunlu olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilecek olmakla birlikte, bu değerlendirme yapılırken, başta hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkeleri olmak üzere, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilkeler göz önünde bulundurulur bir sonuca varılmalıdır.<sup>50</sup>

Üniversitelerin öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işleme bakımından zorunluluk bulunup bulunmadığı hususunda kesin bir ölçü bulunmayıp, derslerin niteliğine, sınav türüne, işlenen veri türüne, kullanılan yazılım türüne, alınan teknik ve organizasyonel tedbirlere göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Buna göre, bir üniversitenin koşulları bakımından işleme faaliyetine yasal zemin oluşturabilecek meşru menfaat kriteri bir diğerinin koşulları bakımından işleme şartı teşkil etmeyebilecektir. Diğer yandan çevrimiçi dersler ve sınavlar bakımından da ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Aşağıda kısaca bu konuya değinilecektir.

### **(1) Çevrimiçi Dersler Sırasında Ses ve Görüntü Verilerinin İşlenmesi**

Ders aşamasında, dersi veren öğretim elemanı ile öğrencilerin görsel ve işitsel olarak etkileşim halinde olması kuşkusuz faydalıdır ve bazı hallerde gerekli veya zorunludur. Kanun'un açık ifadesi, bu işleme şartının kişisel veri işlenmesine temel olabilmesi için bir zorunluluğun mevcut olmasını gerektirmektedir. Ses ve görüntü verilerinin işlenmesi bakımından bu işleme şartının öngördüğü zorunluluk testi uygulandığında, her durumda her türlü verinin işlenebileceğini söylemek mümkün değildir. Örneğin bir tarih dersi anlatımı sırasında ses ve görüntü verilerinin işlenmesi her durumda zorunlu olmayıp, öğrencilerle iletişimin farklı şekilde sağlanması mümkündür. Daha az kişisel veri işlenerek amaca ulaşılabildiği bu halde, ses ve görüntü verilerinin işlenmesinden kaçınılmalıdır. Tiyatro bölümünün performans gerektiren bir dersinde ise ses ve görüntü verilerinin işlenmesi zorunlu olabi-

<sup>50</sup> Kamara/De Hert, s.14.



lecektir. Sonuç olarak, bu yasal işleme şartı temelinde öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenebilir işlenemeyeceği, dersin gerekliliklerine ilişkin somut koşullara göre değerlendirilerek, zorunluluğun mevcudiyetinin tespiti halinde, öğrencilerin mikrofonlarını ve gerekiyorsa kameralarını açmaları talep edilebilmelidir. Mikrofon ve kameraların açılmasının zorunlu olduğu hallerde, veri sorumlusu meşru menfaat temelinde ses ve görüntü verilerini işlerken, aydınlatma metninde bu hususa yer verilmeli, özellikle görüntü verilerinin işlenmesinin dersin amaçları ile sınırlı kalabilmesini teminen, öğrencilerin bu konudaki bilinç düzeyi yükseltilmelidir.

## **(2) Çevrimiçi Sınavlar Sırasında Ses ve Görüntü Verilerinin İşlenmesi**

Yüz yüze sınavlarda olduğu gibi, çevrimiçi sınavlarda da, sınav usulüne aykırı davranışların engellenmesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. Çevrimiçi sınavların doğası gereği, yüz yüze yapılan sınavlara nazaran daha fazla kişisel veri işlenmekte ve yüz yüze sınavlardan farklı olarak bu veriler kaydedilmektedir. Çevrimiçi ortamda yapılan sınavın güvenlik ve disiplininin sağlanması bakımından, veri sorumlusu olarak üniversitelerin 6698 sayılı Kanun'da öngörülen aydınlatma yükümlülüğü ve veri güvenliğini sağlamaya ilişkin yükümlülükleri başta olmak üzere, yükümlülüklerini yerine getirerek ve gerekli tedbirleri alarak, öğrencilerin ses ve/veya görüntü verilerini işlemelerinin zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Gerekli hallerde, derslerin ve sınavların yapıldığı anda öğrencilerin mikrofon ve kameralarını açmalarıyla ses ve görüntü verilerinin işlenmesinden farklı olarak, ders ve/veya sınav oturumlarının kaydedilmek suretiyle bu verilerin işlenmesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Ses ve görüntü verilerini içeren oturumların kaydedilmesi durumunda, öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerine zarar verme ihtimali daha yüksek olduğundan, kaydın gerekli olup olmadığından daha katı bir şekilde incelenmesi, kayıt yapılması durumunda saklama sürelerinin ve söz konusu kayıtların imha prosedürlerinin titizlikle belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, çevrimiçi dersler sırasında ses ve görüntü verilerinin işlendiği hallerde, zorunlu olduğu değerlendirilebilecek istisnai haller dışında, oturumun kaydedilmesinden kaçınılmalıdır; aksinin kabulü veri minimizasyonu ilkesi bakımından

da uygun değildir. Çevrimiçi sınav uygulamalarında ise sınav güvenliğinin denetlenmesi bakımından kaydın yapılabilmesi mümkün olup, kısa saklama süresi sonunda ilgili kayıtlar imha edilmelidir. Kuşkusuz, oturumların kaydedileceği hallerde, aydınlatma metinlerinde öğrencilerin ayrıca bu konuda da bilgilendirilmiş olması zorunludur.

### c. İlgili Kişinin Temel Hak ve Özgürlükleri ile Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatlerinin Dengelenmesi

Meşru menfaatin varlığı ve kişisel veri işlemenin zorunluluğunun tespitinden sonra ikinci aşamada, kişisel veri işlemenin ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar verip vermeyeceğinin tespit edilmesi gerekir. Hükümde her ne kadar zarar vermeme ibaresi kullanılmışsa da, Kurul konuyla ilgili kararında, kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması gerektiğinden bahsetmiş ve kişinin temel hak ve hürriyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatinin karşılaştırılarak denge testinin yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bunun yanında, işleme faaliyetinin ilgili kişinin çıkarları, hakları ve özgürlükleri üzerindeki etkisi değerlendirilirken, bu faaliyetin ilgili kişiye yönelik faydaları da dikkate alınmalıdır. Buna göre, veri sorumlusu olarak üniversitelerin meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olduğu hallerde, öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerine hiç zarar verilmemesi halinde değil, işleme faaliyetinin öğrencilere sağlayacağı faydanın da göz önünde bulundurulması suretiyle yapılacak denge testi neticesinde, üniversitelerin menfaatlerinin üstün kabul edilmesi halinde bu işleme şartı temelinde kişisel veriler işlenebilecektir.<sup>51</sup> Değerlendirme yapılırken, denge testinin uygulanmasının amacının, ilgili kişi üzerinde herhangi bir olumsuz etkiyi önlemek değil, orantısız etkiyi önlemek olduğu hususunun göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların dar yorumlanması prensibi geçince, meşru menfaat kavramı da dar yorumlanmalı, bu işleme şartına sadece zorunluluk durumlarında başvurulabileceği göz önünde bulundurularak ve ilgili kişi aleyhine sonuç doğurmayacak şekilde kişisel veri işlenmelidir. Küzeci, s.347-348; Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.416; Kamara/De Hert, s.15.

<sup>52</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.41.

Üniversitelerin ses ve görüntü verilerini işlemeleri, öğrencilerin başta özel yaşamın gizliliği hakkı olmak üzere kişilik hakkı alanına müdahale teşkil etmektedir. Yetersiz güvenlik tedbirleri veya tedbirlere rağmen gerçekleşen siber saldırılar neticesinde ses ve görüntü verilerine ilgisiz kimselerin erişilebilmesi ihtimal dahilindedir. Yüz yüze eğitim ortamında tartışılan fikirlerin gelecekte pek bir etkisi olmayacakken, bu tartışmalar elektronik ortamda kaydedilerek saklandığında, ilgili kayıtların, öğrenciyken sahip olduğu görüşü yıllar sonra değiştiren bir kişi aleyhine, o kişinin kariyer fırsatlarını, toplumsal itibarını olumsuz etkileyecek şekilde kullanılmaları mümkündür. Bir ders sırasında kötü performans sergilemiş veya bir sınav sırasında kopya girişiminde bulunmuş bir öğrenciyle ilgili kayıtların açığa çıkması da benzer olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.<sup>53</sup> Örnekleri çoğaltılabilecek olumsuz etkiler yanında, ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin öğrenciler bakımından söz konusu olacak olumlu etkileri de mevcuttur. Öncelikle, eğitim kalitesinin korunması bakımından genel bir fayda söz konusudur. Bunun yanında, ders veya sınav sırasında gerçekleşen ve öğrenci aleyhine olumsuz sonuç doğuran bir olayla ilgili kayıtlar üzerinde inceleme yapma imkanı, öğrencilerin haksız yere suçlanmış olmaları veya sözlü sınav uygulamasında hak ettiklerinden düşük bir not almış olmaları durumunda, öğrencilerin menfaatine hizmet edecektir.

Dengeleme testi yapılırken, veri sorumlusunun meşru menfaatinin niteliği de göz önünde bulundurulması gereken hususlardan biridir. Bu konuyla ilgili olarak, işleme faaliyetinin amacı ile meşru menfaatin bir temel haktan veya ticari menfaatten kaynaklanmasının önemli olduğu, ikisinin farklı ağırlıklara sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>54</sup> Bu bağlamda, üniversitelerin, başta öğrencilerin eğitim hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarını teminen, hem bireysel hem toplumsal faydaya yönelik olarak, eğitim-öğretim faaliyetlerini gerektiği gibi yürütebilmek için alternatif bir yöntem bulunamadığından zorunluluk çerçevesinde öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işleyecekleri göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>53</sup> Salameh, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?"

<sup>54</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.36; Kamara/De Hert, s.14.

Denge testinde öğrencilerin çevrimiçi ders ve sınav uygulamaları sırasında kişisel verilerinin işlenmesini makul bir şekilde bekleyip beklemedikleri ve işleme faaliyetinin amaç ve sınırları bakımından bilgilendirilmiş olup olmadıkları nazara alınması gereken unsurlardan biridir. Veri sorumlusu olarak üniversiteler, öngörülebilirliği sağlamak adına, kişisel verilerin işlenmesinde şeffaflık ilkesi gereğince ve aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, işleme faaliyetine başlamadan vermeleri gereken diğer bilgiler yanında, öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işleyecekleri durumlar ile bu işlemin amaç ve sınırları hakkında da bilgi vermiş olmalıdırlar.<sup>55</sup> Esasen bu yükümlülük, kişisel verilerin işlenmesinde genel kural ve ilkelere uygunluğun sağlanması halinde kendiliğinden yerine getirilmiş olacaktır.

Öğrencilerin temel hak ve hürriyetleri ile üniversitelerin meşru menfaatleri karşılaştırılarak denge testi yapılırken, üniversitelerin işleme faaliyetini amaçla sınırlı olarak ve olası zararı ve ihlalleri engellemek için her türlü idari ve teknik tedbirleri alarak hareket edip etmedikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. İşleme faaliyetinin amaçla sınırlı ve ölçülü olmasına, diğer deyişle veri minimizasyonuna özen gösterilmesi, öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik etkiyi azaltacak, üniversitelerin denge testinde lehe sonuç alma imkanını artıracaktır. Aynı şekilde, idari ve teknik tedbirlerin yeterli ve etkin şekilde uygulanması da, denge testinde üniversitelerin lehine sonuç doğurabilecektir. Bu kapsamda veri güvenliğiyle ilgili alınacak diğer tedbirler yanında, psödönimleştirme<sup>56</sup> ve gizlilik artırıcı teknolojilerin<sup>57</sup> kullanılması önerilmektedir.<sup>58</sup> Kaydedilen ses ve görüntü veri-

<sup>55</sup> Kamara/De Hert, s.17; Salameh, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?"

<sup>56</sup> Kişisel verilerin belli alanlarının, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması gibi işlemleri ifade eder. Kişisel Verilerin Korunması Kurulu, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi Veya Anonim Hale Getirilmesi Rehberi, s. 3. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/bc1cb353-ef85-4e58-bb99-3bba31258508.pdf>; Kişisel verilerin ilave bilgi kullanımı ile bir gerçek bir kişiyi belirleyebilir hale gelecek şekilde maskelenmesi, GDPR Recital 26. <https://gdpr-info.eu/recitals/no-26/>

<sup>57</sup> Kişisel verilere yönelik ihlalin meydana gelmesinden önceki aşamada veri koruma hukukunun prensiplerinin dikkate alınmasına ilişkin Privacy by Design (tasarımdan itibaren veri mahremiyeti) ve privacy by default (varsayılan gizlilik) kavramları için bkz. Çekin s.12-13.

<sup>58</sup> Article 29 Data Protection Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, s.42.

lerinin saklanma süresinin pandemi koşulları göz önünde bulundurulularak hassasiyetle değerlendirilmesi ve silinecekleri makul sürenin belirlenmesi de önemlidir.

#### d. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar ışığında üniversitelerin çevrimiçi ders ve sınav uygulamaları sırasında biyometrik sistemlerden yararlanmadan ses ve görüntü verilerini işleminin, öğrencilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde orantısız etkiye sahip olmayacağı, bu işleme şartı temelinde ses ve görüntü verilerinin işlenebileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, çevrimiçi dersler sırasında biyometrik sistemlerden yararlanmadan görüntü verilerinin işlendiği hallerde, belirli özellikler taşıyan görüntünün özel nitelikli veri kategorisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, başörtüsü kullanan bir öğrencinin görüntüsünün dini inancını yansıtmaması,<sup>59</sup> Afrika kökenli bir öğrencinin ırkının belirlenmesi, görüntünün arka planındaki bazı eşyaların öğrencinin dini, mezhebi veya siyasi görüşleri hakkında bilgi vermesi, arka planda görüntüsü ya da sesi işlenen partnerinin öğrencinin cinsel yönelimi hakkında bilgi vermesi, öğrencinin gözle görülür sağlık engeli veya hastalık belirtilerinin sağlık durumu hakkında bilgi vermesi ve benzeri hallerde, amaçlanmış olmasa bile öğrencilerin özel nitelikli kişisel verileri işlenecektir.<sup>60</sup> Bazı hallerde, görüntü verisi işlenirken, arka plan görüntülendiğinde öğrencinin özel yaşamının gizliliği hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir. Bu ve benzeri sonuçların önlenmesi amacıyla, veri minimizasyonu ilkesine maksimum seviyede özen göstererek işlenecek verilerin sadece dersle ilgili ve sınırlı olması sağlanmalıdır. Öğrencilerin bu konularda dikkatlerinin çekilerek bilgilendirilmeleri, kamera açılması talep edilen hallerde öğrencilerin sanal arka plan kullanmaya veya bu mümkün değilse olabildiğince sade bir arka plan oluşturmaları konusunda teşvik edilmeleri, hukuka aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyebilecektir. Ses ve görüntü verilerinin işlenmesine gerek duyulmayan hallerde de, öğrencilerin bu yönde bir yükümlülükleri bulunmadığı konusunda aydınlatılmaları uygun olacaktır.

<sup>59</sup> Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*,s.180.

<sup>60</sup> Salameh, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?".

Çevrimiçi sınavlarda durum biraz daha karmaşıktır. Yüz yüze yapılan sınavlarda, öğrencilerin seyreltilerek sınav salonlarına alınması ve gözetmenler eşliğinde sınavın yürütülmesi sağlanırken, çevrimiçi sınavlarda sıklıkla görüntü verilerinin işlenmesi yöntemine başvurulmakta, genellikle canlı çevrimiçi gözetmenlik veya gözetmenlik yazılımlarının kullanıldığı otomatik çevrimiçi gözetmenlik marifetiyle öğrencilerin kimliğinin belirlenmesi ile sınav güvenlik ve disiplinin sağlanması söz konusu olabilmektedir.<sup>61</sup> Türkiye’deki üniversiteler tarafından da bu yöntemlere başvurulmuştur.

Canlı çevrimiçi gözetmenlik, öğrencinin bilgisayarının web kamerasını, etrafı izleyen cep telefonu kamerasını kurması ve sınav sırasında bilgisayarının ekranını canlı gözetmenle paylaşması şeklinde uygulanmaktadır.<sup>62</sup> Basına ayna yöntemi olarak adlandırılan başka bir canlı çevrimiçi gözetmenlik uygulamasında ise tek kamera kullanılmış, üniversite tarafından öğrencilere gönderilen ayna, ikinci kameranın işlevini yerine getirmiştir. Ayna yönteminde, öğrencilerin sınav esnasında ekranı görecektir şekilde aynayı sabitlemesi ve bu suretle ekran hareketleri ile öğrenci hareketlerinin gözetmen tarafından izlenmesi sağlanmıştır.<sup>63</sup> Bu uygulamalarda, yukarıda da değinildiği gibi, özel nitelikli kişisel verilerin işleme olasılığı mevcut olup, öğrencilerin özel yaşamının ihlali olasılığı da yüksektir.

Otomatik çevrimiçi gözetmenlik uygulamaları sırasında biyometrik veriler işlendiğinden, bu denetim türü öğrencilerin gizliliği

<sup>61</sup> Çevrimiçi sınav gözetimi, üç farklı şekilde yapılabilmektedir. Çevrimiçi sınavın, kameralar vasıtasıyla bir insan tarafından eş zamanlı gözetiminin yapılması, görüntü ve dijital kayıtların sonradan kontrol edilmesi ve otomatik çevrimiçi gözetmenlik olarak da anılan çevrimiçi yazılım programları tarafından gözetlenmesi. Otomatik çevrimiçi gözetmenlik uygulamasında, tespit edilen usulsüzlükler program tarafından sınav merkezine iletilmektedir. Rosalie Salameh, “Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?”

<sup>62</sup> <https://proctorexam.com/what-will-change-in-online-proctoring-with-gdpr/> (Erişim tarihi: 03.10.2020); <https://www.habermahali.com/eru-ogrencilerinden-sinavlarda-kamera-zorunlulugu-isyani/1801/> (Erişim tarihi: 02.02.2021); <https://ilerihaber.org/icerik/isik-universitesi-ogrencileri-cift-kamera-sistemi-ogrenci-dusmani-bir-sistem-113144.html> (Erişim tarihi: 03.10.2020); <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/05/23/kocaeli-universitesinde-online-sinava-cift-kamera-sarti> (Erişim tarihi: 03.10.2020)

<sup>63</sup> <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202012191043432755-uzaktan-sinavda-kopyaya-karsi-aynali-onlem/> (Erişim tarihi: 02.02.2021); <https://www.milliyet.com.tr/gundem/online-sinavda-ust-duzey-onlem-tum-odayi-6404617> (Erişim tarihi: 02.02.2021)

ve kişisel verileri üzerinde çok daha geniş kapsamlı etkilere sahiptir. Gözetmenlik yazılımları, web kameraları, tuş vuruşu izleyicileri, bazı yazılımların kullandığı göz ve vücut hareketi dedektörleri ile sınava giren öğrenciler için bir sınav salonu ortamı oluşturmakta, öğrencinin web kamerasına, mikrofona, konum verilerine, tarama geçmişine ve kullandıkları programların ayrıntılarına erişim sağlayabilmektedirler. Gözetmenlik fonksiyonuna sahip bu yapay zeka yazılımları, herhangi bir usulsüzlük tespit ettikleri takdirde, bunu ilgili sınav merkezine raporlamaktadırlar.<sup>64</sup> Bu yöntemin uygulandığı ülkelerde öğrenciler, gözetmenlik yazılımların ciddi bir mahremiyet ihlali oluşturduğunu iddia ederek, alternatif sınav imkanlarının sağlanmasını talep etmektedirler.<sup>65</sup>

6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin açık ifadesi karşısında, çevrimiçi derslerde ve sınavlarda, biyometrik verilerin ve genel olarak

<sup>64</sup> Salameh, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?"; Daniel R. Stoller, "Student Proctoring Software Gets First Test Under EU Privacy Law". <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/student-proctoring-software-gets-first-test-under-eu-privacy-law> (Erişim tarihi: 02.02.2021)

<sup>65</sup> Hollanda'daki Delft ve Tilburg üniversiteleri, Münih Teknik Üniversitesi, Belçika'daki VIVES Uygulamalı Bilimler Üniversitesi ve Fransa'daki Sorbonne Üniversitesi de Avrupa'da, çevrimiçi sınavlarda gözetmenlik yazılımı kullanan üniversiteler arasındadır. Oxford ve Cambridge üniversiteleri, London School of Economics ve İsveç Karolinska Enstitüsü, çevrimiçi sınavlarda gözetmenlik yazılımı kullanmadıklarını açıklayan üniversiteler arasındadırlar. Stoller, "Student Proctoring Software Gets First Test Under EU Privacy Law"; Çevrimiçi gözetmenlik yazılımlarının teknik özellikleri itibarı ile tamamen sorunsuz olmadığı da belirtilmelidir. Koyu ten rengine sahip kişilerin tanımlanmasında problemler yaşanabilmesi, bu özellikteki öğrenciler için zorluklara neden olabilmekte, bu öğrencilerin sorunu çözmek için teknik destek ekibiyle iletişime geçmeleri gerekebilmekte ve dolayısıyla sınavı için tanımlanmış sürenin daha azını kullanmaları söz konusu olabilmektedir. Bu durum, çevrimiçi gözetmenlik yazılımlarına yönelik "ırkçı teknoloji" eleştirilerine neden olmuştur. Diğer yandan bu yazılımlar, trikotillomani (saç yolma hastalığı), kronik tik bozukluğu ve diğer sağlık bozuklukları gibi vücut odaklı tekrarlayan davranışları kopya girişimi gibi algılayabilmektedir. Gözlük kullanan veya şaşılık sorunu olan öğrenciler bakımından göz izleme yazılımlarının veya elinde seğirme olan veya spazmları olan bir öğrencinin tuş vuruşu analizini yapan yazılımların doğru sonuç verip vermeyeceğine ilişkin olarak endişeler mevcuttur. Çevrimiçi gözetmenlik yazılımlarının sağladığı faydaların yanında önemli sorunları da beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Nir Kshetri, Remote education is rife with threats to student privacy, November 6, 2020. <https://theconversation.com/remoted-education-is-rife-with-threats-to-student-privacy-148955> (Erişim Tarihi:23.10.2020)

özel nitelikli verilerin, bu işleme şartı temelinde işlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla otomatik çevrimiçi gözetmenlik uygulamalarından yararlanılması öğrencilerin açık rızası bulunmadıkça söz konusu olamayacaktır.<sup>66</sup> Biyometrik veri niteliğini taşımayan ses ve görüntü verilerinin, gerekli tedbirler alınarak işlenmesi mümkün olabilmelidir; ancak bu durumda da uzaktan eğitim amacıyla kullanılan yazılımların veri merkezlerinin yurt dışında olması halinde, yurtdışına veri aktarımı söz konusu olacağından, kullanılan yazılımın veri merkezinin Türkiye’de bulunması halinde bu işleme şartı temelinde ses ve görüntü verilerinin işlenebileceği gözden kaçırılmamalıdır.<sup>67</sup> Aksi halde, ya öğrencilerin açık rızası alınarak verilerinin işlenmesi ya da öğrenci sayısı, dersin niteliği ve diğer koşullar göz önünde bulundurulurken, öğrencilerin temel haklarına daha az müdahaleci yöntemler olarak sözlü sınav, proje hazırlama veya makul ise sınavların yüz yüze yapılmak üzere ertelenmesi gibi seçeneklerin değerlendirilmesi gerekecektir.

Sonuç olarak, dengeleme testi için yukarıda izah edilen gerekli koşulları sağlayan üniversitelerin, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması temelinde öğrencilerin ses ve görüntü verilerini işleyebilecekleri ancak işlenen verilerin türü, kullanılan yazılımın özellikleri, eğitim ve sınavların uygulanma biçimleri başta olmak üzere üniversiteler arasındaki farklılık gösteren koşullar nedeniyle, bu yasal temelin öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi için genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği, her üniversitenin kendi koşullarına göre denge testinin sonucunun farklı olabileceği belirtilmelidir. Eğitim faaliyetlerinin sürdürülmesi amacı dışında işlenen ses ve görüntü verilerinin ise bu yasal temel uyarınca işlenmesi mümkün olmayıp, diğer amaçlarla işleme yapmak için, üniversitelerin işleme amaçlarına uygun farklı yasal dayanakları değerlendirmeleri gerekmektedir.

<sup>66</sup> Açık rızanın hangi hallerde geçerli olacağı konusunda bkz.aşağıda “Kişisel Verilerin İlgili Kişinin Açık Rızası İle İşlenmesi” başlıklı bölüm.

<sup>67</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (Erişim tarihi: 02.10.2020)



## 8. Kişisel Verilerin İlgili Kişinin Açık Rızası İle İşlenmesi (m.5/1)

Kişisel verilerin işlenmesi, kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olduğundan, kural kişisel verilerin işlenmesinin yasak olmasıdır. Kişinin kendine ait bilgilerin geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olarak, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası temelinde işlenebileceği öngörülmüştür.<sup>68</sup> Kanunda öngörülmüş ve kişisel veri işlenmesini hukuka uygun hale getiren diğer sebeplerden birinin mevcut olduğu hallerde, ilgili kişinin onayı gerekmeksizin işleme yapılması mümkün iken, bu sebeplerden birinin bulunmadığı hallerde, ancak ilgili kişinin açık rızasının alınmış olması durumunda, işleme hukuka uygun kabul edilecektir. Kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren diğer yasal sebeplerin sınırlı sayıda olması, açık rıza temelinde işlemeyi daha da önemli hale getirmektedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler, temel hakların korunmasını amaçladığından, ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki kontrolü esastır.<sup>69</sup> Açık rıza temelinde işleme yapılmazdan evvel ilgili kişinin rızasının açıklanmış olması<sup>70</sup> ve veri sorumlusunun işleme faaliyetini, ilgili kişinin verilerin işleme amacına göre izin verdiği sınırlar ve kapsam içinde kalarak sürdürmesi gerekmektedir.<sup>71</sup>

6698 sayılı Kanun hem genel hem özel nitelikli verilerin işleme şartları bakımından açık rıza verilmesini aramakta (m.5/1, 6/2), verilerin açık rıza temelinde, yurt içi veya yurt dışına aktarılabilirliğini öngörmektedir (m.8/1, 9/1). Kişisel Verileri Koruma Kurulu her iki tür kişisel verinin işlenmesinde verilecek açık rızanın nitelikleri bakımından bir ayırım yapmamaktadır.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Küzeci, s.231, dn. 146' da anılan Bergkamp, Dhont.

<sup>69</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.8.

<sup>70</sup> Çekin, s.88.

<sup>71</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar>

<sup>72</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun ayırım yapmadan her türlü kişisel veri için aranan "açık rıza"nın aynı nitelikleri taşıması gerektiği yönündeki görüşünün hukuka uygun olmadığı, özel nitelikli verilerin işlenmesinde alınan açık rızanın daha sıkı koşullara bağlanmış olup zımni olarak verilmesi mümkün olmayan rızayı ifade ettiği, pasif davranışla açık rızanın verilmesinin mümkün olmadığı, genel nitelikli verilerin işlenmesinde 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile öngörülmüş açık rızanın alınmasında ise rızanın tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olması şartıyla zımnen verilmesi durumunda da geçerli olduğu yönünde bkz. Cihan Avcı Braun, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt: XV, Sayı: 1, s.26, 30.

Kanun açık rızayı, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza olarak tanımlamıştır (m.3/1.a). Madde gerekçesinde açık rıza 95/46 EC sayılı Direktif dikkate alınarak tanımlanarak, rızanın ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>73</sup> Kanun ile öngörülmuş diğer sebeplerin mevcut olmayıp açık rıza temelinde kişisel veri işlenecek hallerde, veri sorumlusunun hukuka uygunluk sınırları içinde kalabilmesi, açık rızanın geçerli şekilde alınmasına bağlıdır. Aşağıda, çevrimiçi eğitim uygulamalarında öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi, açık rızanın geçerli kabul edilebilmesi için gerekli unsurlar çerçevesinde incelenecektir.

#### a. Açık Rızanın Unsurları

##### (1) Rızanın Özgür İradeyle Açıklanmış Olması

Çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamaları sırasında öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesinde açık rızanın yasal temel teşkil etmesi bakımından en önemli sorun, rızanın özgürce/serbestçe verilmesidir. Rızanın serbestçe verilmiş olduğundan bahsedebilmek için, ilgili kişinin rıza verip vermemek konusunda gerçekten seçeneğe sahip olması, rıza vermemesi halinde olumsuz herhangi bir sonuca maruz kalmayacak olması ve istediği zaman rızasını geri alabilmesi koşullarının bulunması gerekir.<sup>74</sup>

Farklı şekillerde ortaya çıkabilecek ve ilgili kişi üzerinde uygun bir baskı ya da etki oluşturarak onun özgür iradesini kullanmasını engelleyen herhangi bir unsur, rızayı geçersiz kılar.<sup>75</sup> Çevrimiçi eğitim sürecinde, derse veya sınava katılımın, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi konusunda rıza vermeleri şartına bağlı tutulması, aksi halde katılımlarının mümkün olmaması halinde, derse veya sınava katılmamak öğrenci bakımından olumsuz sonuçlara neden olacağından, bu koşulda alınacak rıza geçerli değildir.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> 6698 sayılı Kanun 3. madde gerekçesinden. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>

<sup>74</sup> GDPR Recital 42 <https://gdpr-info.eu/recitals/no-42/>

<sup>75</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.6.

<sup>76</sup> İlgili kişinin açık rızasının alınmasının, bir ürün veya hizmetin sunulmasının ya

Veri sorumlusu ile ilgili kişinin eşit konumda olmadığı, aralarında güç dengesizliği olup, birinin diğeri üzerinde etkili olduğu hallerde, ilgili kişinin rızasının özgür iradeyle, her türlü baskıdan uzak şekilde verilmiş olduğu kolaylıkla söylenemeyecektir.<sup>77</sup> Üniversite – öğrenci ilişkisi bakımından da, taraflar eşit konumda olmadığından, seçenek sunulmadan öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesine rıza vermeleri bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Üniversitelerin açık rıza temelinde öğrencilerin verilerini işlemeleri durumunda, rızanın özgürce verilmiş olduğundan bahsedebilmek için, üniversite tarafından öğrencilere rıza göstermeme imkanının etkin bir biçimde sunulmuş olması zorunludur.<sup>78</sup> Örneğin, öğrencinin herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağı güvencesi ile çevrimiçi derste mikrofon ve kamerayı açarak veya açmayarak derse katılma seçenekleri sunulması üzerine mikrofon ve kamera açılmışsa; ses ve görüntü verileri işlene-

---

da ürün veya hizmetten yararlandırılmasının ön şartı olarak ileri sürülememesi yönünde bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun spor salonu hizmeti sunan veri sorumlularının, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Karar Özeti <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165> (Erişim Tarihi: 09.10.2021)

<sup>77</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu Açık Rıza Rehberi, s.6 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2030/Rehberler?&page=2>; Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde, taraflar arasında açıkça önemli bir dengesizlik olması durumunda rızanın serbestçe verilmiş olarak kabul edilemeyeceği benimsenmiştir. GDPR Recital 43 <https://gdpr-info.eu/recitals/no-43/>; Bir işyerinde kamera ile gözetleme sistemi kuracak işverenin işçiden rıza talep ettiği hallerde, işçinin herhangi bir baskı hissetmeden rıza vermesinin mümkün olmadığı ve bu gibi örneklerde rıza temelinde kişisel veri işlemenin sorunlu olduğu yönünde bkz. Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.7.

<sup>78</sup> İşçi-işveren ilişkisinde rızanın özgür iradeye dayandığının kabul edilebilmesi için işçiye rıza göstermeme imkanının etkin bir biçimde sunulması gerektiği ve rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğurmaması gerektiği yönünde bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu Açık Rıza Rehberi, s.6; Bir okulun, öğrencilerinden fotoğraflarını bir öğrenci dergisinde kullanmak için rıza talep etmesi durumunda, rıza vermeyi reddeden öğrencilerin başta eğitim olmak üzere okulun sunduğu hizmetlerden mahrum bırakılmayacak olması halinde öğrencilerin gerçek bir seçim imkânına sahip olacağı yönünde bkz. Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.7; Bir işyerinin belirli bir bölümünde yapılacak film çekiminde, videonun arka planında görünebileceklerinden, o bölümde oturan çalışanların filme alınmaları için işveren tarafından rızaları talep edildiğinde, görüntülerde yer almak istemeyenlerin herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmaması, çekimler devam ettiği sürece binanın başka bir yerinde eşdeğer çalışma ortamı sağlanacak olması durumunda rızanın geçerli kabul edileceği yönünde bkz. Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.7.

rek çevrimiçi ortamda sınava girme veya sınav hakkı saklı tutularak daha sonra kampüste yüz yüze yapılacak sınava girme seçenekleri sunulması üzerine öğrenci çevrimiçi sınavın koşullarını kabul etmişse açık rızanın ses ve görüntü verilerinin işlenmesine geçerli bir hukuki zemin sağlaması mümkün olabilecektir.

Veri sorumlusu, ilgili kişinin kişisel verilerini birden fazla amaç için işlemek isteyebilir. Bu durumda, ilgili kişi toplu olarak tüm işleme amaçları bakımından kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermek veya rıza vermeyi reddetmek yerine, hangi amaca yönelik işlemeye rıza verip vermeyeceğini seçmekte özgür olmalıdır; aksi halde rızanın özgürce verildiği kabul edilmez. Aynı verinin birden fazla amaç için işlendiği hallerde de, ilgili kişinin belirli bir amaç için rıza verirken, bir diğer amaç için rıza vermeme imkanı sağlanmalıdır.<sup>79</sup> Üniversite uygulamalarına dönersek, öğrencilerin görüntülerinin hem sınav güvenliği amacıyla hem de üniversitenin tanıtımlarında kullanılmak amacıyla işlenmesi talep edildiğinde, öğrencilerin her iki işleme amacı bakımından ayrı ayrı rıza verme veya vermeme seçeneklerine sahip olması gerekmektedir.

Veri sorumlusunun, ilgili kişiye, olumsuz bir sonuca maruz kalmaksızın kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermeyi reddetme ve rıza vermişse istediği zaman bu rızayı geri çekme imkanlarını sağladığını gösterebilmesi gerekir. Üniversiteler kişisel verileri işlemeye başlamadan oluşturdukları veri işleme politikaları ve aydınlatma metinlerinde, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesine rıza vermeme durumunda derse veya sınava girerken seçebilecekleri alternatif yönetime de yer vermiş olduklarında ve öğrencilerin rıza verdikleri hallerde rızalarını geri alıp alternatif yöntemi kullanma imkandan yararlanabileceklerini açıkça ortaya koyduklarında, bu yükümlülüklerini yerine getirdikleri kabul edilebilecektir. Verilen rızanın geri alınma imkanının sağlanması, rızanın serbestçe verilmiş kabul edilmesinin gerekliliklerinden biridir.<sup>80</sup>

Çevrimiçi sınavlarda öğrencilerin rıza temelinde kişisel verilerinin işlenmesinde rızanın geçerliliğini teminen, üniversitelerin öğrencile-

<sup>79</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.10; GDPR Recital 32-43 <https://gdpr-info.eu/recitals/no-43/>

<sup>80</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.11.

re alternatifler sunarak seçenek oluşturması mümkün olmakla birlikte, bu seçeneklerin pandemi sürecinde kullanılabilir olması, seyahat koşullarının kısıtlılığı, pandemi sürecinin belirsizliği gibi nedenlerle, büyük olasılıkla pek mümkün olamayacaktır. Öğrencilerin verilerinin rıza temelinde işlenmesi tartışılırken, bu gerçeğin de göz önünde bulundurulması yararlı olacaktır.

## (2) Rızanın Bilgilendirilmeye Dayanması

Kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde işlenmesi ve veri işleme faaliyetinin şeffaflaştırılması bakımından, rızanın bilgilendirmeye dayanması zorunludur. Açık rızası alınmadan önce, ilgili kişinin neye rıza göstereceğini anlayarak bu konuda bilinçli karar verebilmesi için veri sorumlusu tarafından aydınlatılması gerekmektedir. Kanun, rızanın bilgilendirmeye dayandığının kabulü için ilgili kişiye verilmesi gereken bilginin asgari kapsamını,<sup>81</sup> veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin 10. maddesi ile belirlemiştir.<sup>82</sup> Buna göre, ilgili kişinin veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi hususlarında aydınlatılmalıdır. Ayrıca, ilgili kişinin veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması halinde bunların düzeltilmesini isteme, Kanun'da öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, düzeltme, silinme veya yok edilme işlemleri yapılmışsa bu işlemlerin kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ve kişisel verilerin kanuna

<sup>81</sup> Veri işlemeyi gerektiren koşullara göre, ilgili kişinin veri işleme faaliyeti hakkında bilgi sahibi olup rıza verme konusunda bilinçli karar verebilmesi için daha fazla bilgiye ihtiyaç duyduğu hallerde, bilgilendirmenin kapsamı genişleyebilecektir. Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.13.

<sup>82</sup> Braun, s.24.

aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması halinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahip olduğu hususlarında aydınlatılması gerekmektedir. Belirtilen içerikte bilgilendirme yapılmadan alınan rıza geçersiz kabul edilmektedir.

Çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamalarında üniversitelerin açık rıza temelinde veri işlemesi bakımından bilgilendirilmiş rızanın mevcudiyetinin kabulü için, üniversiteler tarafından hazırlanacak aydınlatma metinlerinde asgari olarak yukarıda belirtilen hususların yer alması gerekmektedir. Konuyla ilgili özellik gösteren husus, öğrencilerin özel nitelikli verilerinin işlenmesi halinde ortaya çıkmakta olup, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamındaki kişisel verilerin işleme amacının, kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı ve kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebinin bildirilmesi konuları üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

6698 sayılı Kanun çerçevesinde üniversitelerin çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamaları sırasında öğrencilerin özel nitelikli kişisel verilerini işlemesi, kanunlarda açıkça öngörülmüş olmadığından ancak açık rıza temelinde mümkündür. Rızanın bilgilendirmeye dayandığının kabulü için, Kanun'da öngörülmüş diğer bilgiler yanında, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin hangi amaçla işleneceğinin somutlaştırılması gerekmektedir. Örneğin, *"kullanılan uzaktan eğitim platformu aracılığı ile elektronik ortamda otomatik yöntemlerle, sınav döneminde ve sınav saatlerinde, sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla yüz tanıma sisteminin kullanılarak biyometrik veri işleneceği"* yönünde, hangi kişisel verilerin işleneceği, işleme amacı ve yöntemi aydınlatma metninde somutlaştırılmalıdır. Kaydedilen özel nitelikli kişisel verilerin yurtiçi veya yurtdışına aktarılacağı hallerde öğrencilerden ayrıca açık rıza alınması gereklidir. Aynı gereklilik verilerin işleme amaçlarının değişmesi halinde de söz konusudur.

Çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamaları sırasında işlenmesi mümkün olabilecek biyometrik veriler, öğrencilerin açık rızası olmaksızın yurt içinde veya yurt dışına aktarılamaz (6698 sayılı Kanun m.8-9). 6698 sayılı Kanun'un yer bakımından uygulama alanı ülkesel sınırlar ile kısıtlı olduğundan, yurt dışına aktarılacak kişisel verilerin korunması bakımından daha fazla hassasiyet gösterilmesi gerekmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, 7 Nisan 2020 tarihli Uzaktan Eği-

tim Platformları Hakkında Kamuoyu Duyurusu'nda<sup>83</sup> da vurguladığı üzere, uzaktan eğitim amacıyla bulut hizmet sağlayıcılar aracılığıyla hizmet veren ve veri merkezleri yurt dışında bulunan platformların kullanılması durumunda yurtdışına veri aktarımı söz konusu olacağı göz önünde bulundurularak, bu konuda bilgilendirme yapılması; aydınlatmanın, aktarımın yapılacağı ülkenin yeterli korumaya sahip ülke olarak ilan edilmediği ve aktarımın yapılacağı ülkedeki veri sorumlusunun da yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmediği durumlarda yurtdışına veri aktarımının riskleri hakkında bilgi içermesi gerektiği belirtilmelidir.

### (3) Rızanın Belirli Bir Konuya İlişkin Olması

Kişisel verilerin açık rıza temelinde işleneceği hallerde, hangi amaçla işleme yapılacağı ve bu amaca ulaşmak için hangi verilerin işleneceğinin belirlenmiş olması, birden çok kategoriye ilişkin verinin açık rıza temelinde işlenmesi söz konusu olduğunda, bu belirlemenin her bir veri kategorisi ve işleme amacı bakımından ayrı ayrı yapılması gerekmektedir. İşleme amacı ve işlenecek veriler somutlaştırılmadan, ilgili kişiden alınan genel nitelikli, açık uçlu ve belirsiz rıza, Kanun'un amaçları bakımından geçerli bir rıza beyanı olarak kabul edilmemektedir. İlgili kişinin açık rızası, veri sorumlusu tarafından belirlenmiş konuya ilişkin ve o konu ile sınırlı şekilde verildiği takdirde geçerli olacaktır.<sup>84</sup> Bu düzenleme ile veri işleme faaliyetinin şeffaflaştırılması ve ilgili kişinin verileri üzerinde kontrolünün sağlanması amaçlanmıştır.<sup>85</sup>

### b. Açık Rıza Temelinde Öğrencilerin Ses ve Görüntü Verilerinin İşlenebileceği Haller

Genel olarak değerlendirildiğinde, çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında üç halde açık rızanın işleme faaliyetine yasal zemin oluşturabileceği kanaatindeyiz. İlk olarak, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi çevrimiçi eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından

<sup>83</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (Erişim tarihi: 02.10.2020)

<sup>84</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu Açık Rıza Rehberi, s.5.

<sup>85</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, s.11.

zorunlu olmamasına rağmen, öğrencilerin, gerekli diğer hususlar dışında özellikle rıza vermedikleri zaman hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacakları konusunda bilgilendirilmeleri üzerine verecekleri açık rıza ile bu verilerin işlenmesi mümkündür.

Ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin dersin niteliği bakımından veya sınav uygulaması nedeniyle zorunlu olduğu hallerde, açık rıza vermekten kaçınan öğrencilere hak kaybı oluşmayacak şekilde alternatif imkanlar sunulması şartıyla, açık rızanın işleme faaliyetine yasal zemin oluşturabileceği ilk anda düşünülebilse de, öncelikle, öğrencilerin her zaman rızalarını geri çekme haklarının bulunduğu ve ayrıca üniversite ile öğrenci arasındaki bağımlılık ilişkisinin açık rızanın geçerliliğini tartışmalı hale getirebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanında, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, Kanun'da öngörülmiş işleme şartlarının mevcut olması halinde, aynı zamanda ilgili kişiden açık rıza alınmasının hukuka aykırı olduğu yönündeki değerlendirmesi de göz önünde bulundurulduğunda,<sup>86</sup> ses ve görüntü verilerinin işlenmesinin zorunlu olduğu hallerde açık rızanın işleme faaliyetine temel oluşturamayacağı söylenebilecektir.

İkinci olarak, üniversite tarafından mikrofon ve/veya kameraların açılması yönünde bir talebin ileri sürülmediği hallerde, öğrencinin kendi inisiyatifi ile mikrofon ve kamerasını açması durumunda, belirli koşulların mevcudiyeti halinde açık rıza temelinde işleme yapıldığı kabul edilebilecektir. Bu durumda açık rızanın geçerli şekilde mevcut olduğunun kabulü için, önceden öğrencilerin mikrofon ve/veya kamera açma zorunlulukları bulunmadığı konusunda ve mikrofon ve/veya kameralarını etkinleştirmeleri halinde ses ve görüntülerinin aynı oturumda bulunan diğer öğrenciler tarafından erişilebilir olduğu konusunda bilgilendirilmiş olmaları gerekmektedir.

Son olarak, açık rızanın öğrenci ses ve görüntü verilerinin işlenmesine temel oluşturması, üniversitelerin bu verileri biyometrik sistemler kullanarak işlemesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu konu ilgili bölümde inceleneceğinden, burada daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir.

<sup>86</sup> Bkz. yukarıda dipnot 12.



## B. 6698 KVKK Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunlarda ve uluslararası düzenlemelerde,<sup>87</sup> bazı veri türleri özellikleri nedeniyle diğer verilere nazaran özel işleme şartlarına tabi tutulmuş ve bu verilere daha sıkı bir koruma sağlanmıştır. Temel hakları ve özel yaşamın gizliliğini ihlal edebilecek özellikte olmaları<sup>88</sup> ve başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikte veriler olmaları sebepleriyle özel bir hukuki rejime tabi kılınan bu verilere, özel nitelikli ya da hassas kişisel veriler denilmektedir.<sup>89</sup> Kişisel verilerin korunması hukuku alanında özel nitelikli veri grubunun ayrıca düzenlenmesi konusunda bir mutabakat bulunsa da, farklı hukuk düzenleri bakımından hangi verilerin özel nitelikli veri olarak kabul edileceği konusunda tam bir uyumdan söz etmek mümkün değildir. Genel olarak ırk, etnik köken, siyasi görüş, felsefi inançlar, dini inançlar, sendika üyeliği, cinsel yaşam ve sağlık verileri ile biyometrik verilerin özel nitelikli veri olarak kabul edildiği söylenebilir.<sup>90</sup>

6698 sayılı Kanun m.6/1 uyarınca, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.<sup>91</sup> Kanun özel nite-

<sup>87</sup> 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri, 95/46/ EC sayılı Direktif ve GDPR'da özel nitelikli verilerle ilgili düzenlemeler için bkz. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.176.

<sup>88</sup> Özel nitelikli kişisel verilerin, düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, bedensel bütünlük üzerindeki hak, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, ayrımcılıktan korunma hakkı ile sıkı ilişkili olması nedeniyle, bu temel hak ve özgürlükler bakımından önemli riskler oluşturduğu; bir kimsenin finansal verileri de aslında hassas veri olarak nitelendirilebilir olmasına karşın, bunların ihlali aynı riski oluşturmadığından özel nitelikli veriler arasında değerlendirilmedikleri yönünde bkz. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/special-category-data/what-is-special-category-data/>

<sup>89</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.176: Cemil Kaya, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi" İÜHFİM, İstanbul, 2011, Cilt 69, Sayı1-2, s.318; 6698 sayılı Kanun 6. madde gerekçesi

<sup>90</sup> Kaya, s.320; Küzeci, s.349.

<sup>91</sup> Özel nitelikli verilerin işlenmesinin, bu nitelikte olmayan verilerin işlenmesine nazaran daha farklı ve sıkı şartlara tabi kılınmış olması yanında, 6698 sayılı Kanun

likli kişisel veri kategorilerini sınırlı sayı prensibine göre belirlemiş olduğundan, bunların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.<sup>92</sup> Bununla birlikte, özel nitelikli kişisel veri kategorilerinden her birinin kapsamını nelerin oluşturduğu konusunda bir belirleme yapılmamış olup, bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkabilecek yeni veri tiplerinin sınırlı şekilde belirlenmiş kategoriler kapsamında değerlendirilmesine açık kapı bırakılmıştır.<sup>93</sup>

Çevrimiçi ortamda sürdürülen eğitim sırasında, üniversiteler tarafından özel nitelikli verilerden, ağırlıklı olarak, öğrencilerin biyometrik verileri ile kılık kıyafet verilerinin işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, konuyu sınırlandırabilmek adına öğrencilerin kılık kıyafet verilerinin işlenmesi<sup>94</sup> konusu kapsam dışı

---

m.6/son ile özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartı öngörülmüştür. Bu doğrultuda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" ile ilgili 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 sayılı Kararı yayınlamıştır. <https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> Küzeci, s.352; Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları rehberi, <https://kvkk.gov.tr/>

<sup>92</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.418.

<sup>93</sup> Kişilerin kılık ve kıyafet verileri, dünyadaki kişisel verilere ilişkin yasal düzenlemelerin genelinden farklı olarak Türk hukukunda özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir (6698 sayılı Kanun, m.6/1). Bu düzenlemenin, Türk kamuoyunda kılık ve kıyafet tercihlerinin bir ayrımcılık sebebi olarak algılanması nedeniyle yerinde bir düzenleme olduğu yönünde görüşler mevcuttur. (Oğuz, s.127'de anılan Taştan. Aynı yönde bkz. Sevgi Türkmen, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.54.) Buna karşılık, kılık ve kıyafetin, ifade özgürlüğünün bir görünümü olarak ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirildiği gerekçesi ile anılan düzenlemenin 6698 sayılı Kanun m.5/1,d ile öngörülmüş, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilen kişisel verilerin işlenebileceği yönündeki düzenleme ile çelişki ortaya çıkabileceği de ileri sürülmektedir. Oğuz, s.127; Diğer yandan, kılık ve kıyafet verilerinin belirsiz bir veri kategorisi oluşturduğu, özel nitelikli veriler arasından çıkarılması gerektiği ve bu düzenlemenin maksadıyla daha uyumlu ve içeriği daha belirli başka bir veri kategorisi oluşturulmasının yerinde olacağı da savunulmaktadır (Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.182.). Kanun'un 6. maddesinin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, salt kılık ve kıyafet görüntülerinin özel nitelikli kişisel veri sayılmayacağı, öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikteki kılık ve kıyafetin özel nitelikli veri kapsamında kabul edileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, belirli bir ırkın etnik kökenin, siyasi düşüncenin, felsefi inancın, dinin, mezhebin, diğer inançların ya da Kanun'da öngörülmüş diğer özel nitelikli verilerin tespit edilmesini sağlayacak başörtüsü, kipa, gamalı haç gibi simgesel unsurlar içeren kılık ve kıyafet, Kanun uyarınca özel nitelikli veri olarak kabul edilecektir (Türkmen, s.54; Murat Volkan Dülger, KVKK Uygulamasında ve Uyum Sürecin-

bırakılmış, sadece öğrencilerin biyometrik verilerinin işlenmesi konusu ele alınmıştır.

## 1. Öğrencilerin Biyometrik Verilerinin İşlenmesi

### a. Biyometrik Veri

Biyometrik veri, yüz görüntüleri veya daktiloskopik<sup>95</sup> veriler gibi bir gerçek kişinin özgün şekilde teşhis edilmesini sağlayan veya teyit eden fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin olarak spesifik teknik işlemeden kaynaklanan kişisel veriler olarak tanımlanmaktadır.<sup>96</sup> Fiziksel veya fizyolojik ve davranışsal biyometrik tanımlama teknikleri ile elde edilen biyometrik veriler bir gerçek kişinin kimliğinin diğerlerinden ayırt edilerek kesin biçimde teşhis edilmesini sağlarlar.

Biyometrik veri grubunda fiziksel ve fizyolojik özellikler ile davranışsal özellikler olmak üzere iki bilgi kategorisi mevcuttur. İlk kategori yüz görüntüleme ile elde edilen yüz özellikleri, parmak izi verileri, retina ve iris özellikleri, ses analizi ve kulak şekli analizleri ile elde edilen ses ve kulak verileri gibi bedensel özelliklerden oluşurken, ikinci kategori, örneğin el yazısı ürünü imzanın analizi, tuş vuruşu analizi, yürüyüş analizi, bakış analizi ile elde edilen, kişinin alışkanlıkları, bağımlılıkları ve kişilik özelliklerini yansıtan davranışsal özelliklerden oluşmaktadır.<sup>97</sup> İnsan vücudunun benzersiz özelliklerini içeren fiziksel veya fizyolojik nitelikli biyometrik veriler, genellikle ömür boyunca

---

de Ortaya Çıkan Soru ve Sorunlar. <https://www.hukukihaber.net/kvkk-uygulamasinda-ve-uyum-surecinde-ortaya-cikan-soru-ve-sorunlar-makale,6324.html> (Erişim tarihi: 7.11.2020). Çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında kamera açmanın zorunlu olduğu hallerde, öğrencilerin simgesel unsurlar içermeyen kılık ve kıyafet kullanmasının teşvik edilmesi uygun olacaktır. Bunun mümkün olmadığı hallerde, 6698 sayılı Kanun'un açık ifadesi karşısında, çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında kılık kıyafet verilerinin işlenecek olması durumunda, açık rıza alınması gerekmektedir.

<sup>95</sup> Parmak izine dayanarak kimlik belirleme yöntemi. <http://www.tdk.gov.tr/>; "Daktiloskopik veri" terimi, parmak izi verileri anlamına gelir.

<sup>96</sup> 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m.4/14.

<sup>97</sup> European Union Agency For Fundamental Rights. Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement. [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper.pdf) (Erişim Tarihi: 25.01.2021), s.5; <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/special-category-data/what-is-special-category-data/>

değişmeden kalırken, davranışsal biyometrik veriler, zaman, ruh hali, yaş ve benzeri faktörlere göre değişebilen dinamik yapıda özelliklere ilişkindir.<sup>98</sup> Biyometrik verilerin özellikleri, herhangi bir müdahaleye gerek olmaksızın kolayca elde edilebilir olmaları, ait oldukları kişiye özgü olup benzersiz ve tek olmaları, kolayca gizlenememeleri ve unutulmaz olmaları şeklinde belirlenmektedir.<sup>99</sup>

Biyometrik veriler ile doğrulama, tanımlama ve sınıflandırma işlemlerinden oluşan üç işlem türü gerçekleştirilmektedir. Bire bir eşleştirme (birden bire - one to one) olarak da anılan doğrulama işlemi, bir kimsenin gerçekten iddia ettiği kişi olup olmadığını kontrol etmek amacıyla, genellikle aynı kişiye ait olduğu varsayılan iki biyometrik şablonun karşılaştırılması suretiyle yapılmaktadır. Kimliği doğrulanacak kimsenin biyometrik örneği işlenerek, sistemde kayıtlı olanlarla karşılaştırılmakta, iki verinin aynı kişiyi gösterme olasılığı belirli bir eşliğin üzerindeyse eşleştirme kabul edilerek kimlik doğrulanmakta, aksi halde eşleştirme reddedilmektedir.<sup>100</sup>

Tanımlama işlemi (birden çoğa-one to many), bir kimsenin kimliğinin bilinmediği durumlarda başvuru, kimliği bilinmeyen kimsenin kimliğinin teşhis edilmesinin amaçlandığı işlemidir. Tanımlama, biyometrik şablonun, orada depolanıp depolanmadığını öğrenmek için bir veri tabanında depolanan diğer birçok şablonla karşılaştırılması anlamına gelir.<sup>101</sup> Tanımlama işlemi, referans kişinin veri tabanında olduğunun bilindiği (kapalı küme tanımlama) veya bunun bilinmediği (açık küme kimlik) veri tabanlarında kontrol edilme şeklinde yapıl-

<sup>98</sup> "Biyometrik imza verisinin kullanılmasına ilişkin görüş talebi" ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27.08.2020 Tarihli ve 2020/649 sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6815/2020-649> (Erişim tarihi: 02.10.2020)

<sup>99</sup> Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, s.5; Göksu Hazar Erdinç . "Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Ankara, 2020, Cilt 2, Sayı: 1, s.3. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1195495> (Erişim Tarihi 12.01.2021) (Kıs: Ölçülülük İlkesi)

<sup>100</sup> Aydın Akgül, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı", *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Yıl 28, S.118. s. 203; Özkorul, s.37: Bu prosedür özellikle havaalanlarında sınır kontrolleri için kullanılan Otomatik Sınır Kontrolü (ABC) kapılarında kullanılmaktadır. Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, s.7.

<sup>101</sup> Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, s.7; Akgül, s.203; Özkorul, s.37.

maktadır.<sup>102</sup> Tanımlama işleminin suçlular ve teröristlerin tespitinde yaygın şekilde başvurulan bir yöntem olduğu ifade edilmektedir.<sup>103</sup>

Doğrulama ve tanımlama yanında, biyometrik veriler, bireylerin genel özelliklerini eşleştirerek sınıflandırma amacıyla da işlenmektedir. Burada amaç, bireylerin tanımlanması değildir; kişisel özellikleri kullanılarak bireyler kategorize edilmekte ve profilleri çıkarılmaktadır.<sup>104</sup> Bu işlemle, büyük veri tabanlarında biyometrik verilerin benzer özelliklerine göre gruplandırılması mümkün olabilmektedir.<sup>105</sup>

Konumuzla bağlantılı olan tanımlama ve doğrulama işlemlerinde, ilgili kişinin biyometrik verilerinin alınarak dijital ortama aktarılması ve bu verilerin biyometrik sisteme<sup>106</sup> önceden kaydedilmiş biyolojik veya davranışsal verilerle karşılaştırılarak eşleştirme yapılması söz konusudur. Biyometrik verilerin işlenmesinde, kullanılacak biyometrik veriye uygun biyometrik teknolojiye başvurulması gerekmektedir. Örneğin parmak izi okuma sistemleri, yüz tanıma sistemleri, avuç içi damar tanıma ve okuma sistemleri, göz ve retina tarama sistemlerinin her biri ayrı biyometrik sistemlerdir. Tek bir biyometrik özellik ile işlem yapılan biyometrik sistemler, tekli model biyometrik sistemler olarak adlandırılırlar. Bir biyometrik sistemde birden fazla biyometrik özelliğin sorgulanması da mümkündür. Birden fazla biyometrik özelliği sorgulayan sistemler de çoklu model biyometrik sistemler olarak adlandırılırlar.<sup>107</sup>

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, bir kimsenin kimliğinin doğrulanması veya tanımlanması amacıyla özellikle konumuzla bağlantılı olarak, fiziksel özelliklerine ilişkin verilerin işlendiği durumlarda, biyometrik sistem kullanılmadıkça, örneğin bir kimsenin yüz görüntü-

<sup>102</sup> Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, s.7.

<sup>103</sup> Akgül, s.204.

<sup>104</sup> Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, s.8.

<sup>105</sup> Yalçın, Gürbüz, s.401.

<sup>106</sup> Biyometrik sistem, doğrulama, tanımlama ve tarama işlemlerini yapmak üzere biyometrik verileri kullanan teknolojik bir sistemdir. Güvenlik uygulamaları için birçok biyometrik sistem geliştirilmiştir. Bir havaalanı tarama cihazı, bir "biyo-sifre" sistemi veya bir dahili veri toplama protokolü, bir güvenlik sonucu için verileri kullanan biyometrik sistem örnekleridir. <https://www.techopedia.com/definition/26990/biometric-system> (Erişim tarihi:25.01.2021)

<sup>107</sup> Yalçın, Gürbüz, s.400.

sünün veya sesinin işlenmesi yüz tanıma, göz tarama veya ses analizi yapma gibi spesifik teknik işleme yöntemi kullanılarak gerçekleştirilmişse, biyometrik veri işlemeyen bahsedilemeyecektir.<sup>108</sup>

Biyometrik sistemlerin uzaktan eğitim ve sınav işlemlerinde de kullanılması<sup>109</sup> COVID-19 pandemisi döneminde zorlayıcı koşullar ne-

<sup>108</sup> <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/special-category-data/what-is-special-category-data/>; Biyometrik sistemler, tüketici olmamak üzere, kimlik kartı, sürücü ehliyeti ve pasaportlarda, internet bankacılığında, çağrı merkezlerinde ve sigorta şirketlerinde kimlik tespiti amacıyla, hastanelerde hasta takibi ve kimlik tespiti amacıyla, havaalanları giriş çıkış işlemleri ile sınır kapılarında giriş ve çıkışların kontrolü amacıyla, bilgisayar ve cep telefonlarında bilgi güvenliğini sağlamak amacıyla ve diğer farklı alanlarda benzer amaçlarla kullanılmaktadır. Göksu Hazar Erdoğdu, Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler, İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017. (Kıs: Bilgi Güvenliği), s.53 vd.; Özkorul, s.39; Yalçın, Gürbüz, s.400.

<sup>109</sup> Bu konuda, profesyonel olarak sınav düzenlemesi ve değerlendirmesi yapan bulut tabanlı bir platform olan Inspira Assessment uygulamalarından örnek olarak bahsedilebilir. Şirket, hem özel hem kamu sektörüne sunduğu hizmetleriyle, uzaktan veya yerinden yapılan yüksek önemi haiz veya yüksek riskli dijital sınavları organize etmekte ve güvenilirliğini sağlamaktadır. Uzaktan gözetimin uygulandığı çevrimiçi sınavlarda, sınav öncesinde kimlik kontrolü uygulanmaktadır. Buna göre, sınava başlamadan önce, kamera önündeki kişinin sınava kayıtlı kişi olduğunun teyidi amacıyla, kameranın önündeki kişinin yüz görüntüsünü onaylanmış bir resimli kimlikle eşleştirilmektedir. Sınava girecek kişinin cihazının kamerası, mikrofonu tarafından alınan ve cihaz ekranında gösterilen tüm verilerin yüz görüntülerini içeren biyometrik veriler bu şekilde işlenmektedir. Sınavla ilgili kopya girişimlerini önlemek, hileli hareketleri araştırmak ve sınav devam ederken de sınavı sürdüren kişinin kimliğini teyit etmek amaçlarıyla, sınav sırasında, adayın sınav için kullandığı cihazın ekranı yanında, kamera ve mikrofonu aracılığıyla ses ve görüntüler takip edilmekte ve kaydedilmektedir. Toplanan görsel ve işitsel veriler, sınava ilgili nihai not verilinceye kadar saklanmaktadır. Böylelikle, sınava başlamadan önce kişinin kimliği hakkında ve sınav sırasında tüm sınav oturumunun gerçek zamanlı olarak gerçekleştirilen gözetimi ile sınav boyunca izlenen katılımcının yüzü, sesi, içinde bulunduğu fiziksel ortam ve buradaki eşyalarla ilgili veriler kaydedilmektedir. Her ne kadar genel olarak kimlik doğrulama ve sınav sürecinin bütününde güvenlik ve disiplin sağlama amaçlı bu uygulamayla veri toplanmasının ihtiyarı olduğu belirtilmiş olsa da, şirketin düzenlediği çevrimiçi sınavlara katılmanın ön şartı olduğu, aksi halde sınava katılım sağlanmadığı anlaşılmaktadır. Şirket tarafından alınan video ve ses kayıtları yalnızca şirket tarafından saklanmakta ve ancak kopya şüphesi bulunması halinde kullanılmaktadır. Kayıtların öncelikle şirket tarafından incelenmesinden sonra, haklı bir şüphenin bulunması halinde, sınava girenin kimliğinin ve sınav protokollerinin ihlal edilmediğinin teyidi amacıyla, hassas veri içeren bu kayıtlar, sınavı düzenleyen eğitim kurumu ile paylaşılabilir. Eğitim kurumu ile paylaşılan bu verilerin hukuki rejimi konusunda, şirket ilgili eğitim kurumunun gizlilik politikasının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Sınavla ilgili katılımcıya nihai not verildikten

deniyle yaygınlaşmıştır. Uzaktan eğitim sınav işlemlerinde, web kameraları, tuş vuruşu izleyicileri ve hatta göz hareketi dedektörleri ile sınava giren öğrencileri adeta bir sınav salonundaymışçasına denetleyen gözetim yazılımlarının kullanılması, kaçınılmaz olarak mahremiyet ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin endişelerle, çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir.<sup>110</sup> Sınav güvenliğinin ve disiplininin sağlanması, maliyet tasarrufu gibi faydaları ile savunulan bu uygulamalar sırasında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasal temelini bulup bulunmadığı veya hangi yasal temelde bu verilerin işlenebileceği konusunun sadece Türkiye’de değil, batı Avrupa ülkelerinde de sorunsuz olmadığı görülmektedir.<sup>111</sup>

### **b. Biyometrik Verilerin İşlenmesi**

Bir kimseyi benzersiz ve kesin şekilde tanımlayan veya kimliğini doğrulayan biyometrik veriler, özel nitelikli kişisel veriler kategorisindedir. Biyometrik verilerin, ait oldukları kişinin özel nitelikli kişisel veri kategorisindeki diğer verilerine de ulaşma imkanı verebilmesi,<sup>112</sup> bu verilerin daha üst düzeyde korunmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, bir kimsenin biyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin verileri biyometrik bir sistemde işlenmemişse ve bu veriler diğer özel

---

sonra, herhangi bir kayıtlı ilgili devam eden bir araştırmanın bulunmaması halinde, tüm kayıtlar otomatik olarak silinmektedir. Uluslararası düzeyde faaliyet gösteren şirket, diğer müşterileri yanında dünya çapında saygın üniversitelere de hizmet vermektedir. <https://www.inspera.com/> (Erişim tarihi: 03.10.2020)

<sup>110</sup> <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/student-proctoring-software-gets-first-test-under-eu-privacy-law> (Erişim tarihi: 10.01.2021)

<sup>111</sup> <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/student-proctoring-software-gets-first-test-under-eu-privacy-law> ; Öğrencilerin özel nitelikli verilerinin Covid 19 pandemisi öncesinde de sınavların kontrollü şekilde yürütülmesi amacı dışında, yüz tarama teknolojisi yardımıyla öğrencilerin okula devamlılığının kontrolü, yemekhaneden yararlanmak için yemek parasını ödeyip ödemediğinin parmak izi kullanılarak kontrolü ve benzeri amaçlarla kullanıldığı ancak bu kullanımların GDPR’ye aykırılık teşkil etmesi nedeniyle ilgili okullara para cezası verildiği görülmektedir. Bahsedilen uygulamalar, ölçülülük ilkesi bakımından aşırılık içerdiğinden sonuç şaşırtıcı değildir. <https://www.hipaajournal.com/sweden-issues-gdpr-fine-to-school-for-unlawful-use-of-facial-recognition-technology/> (Erişim tarihi: 15.01.2021)

<sup>112</sup> Parmak izi ile bir kimsenin Down sendromu, Turner sendromu, Klinefelter sendromu gibi kromozomsal bozukluklarının olup olmadığı tespit edilebilmekte, göğüs kanseri, lösemi, Rubella sendromu bulunduğu dair teşhis konulabilmektedir. Retina taramasından kişinin alkolik ya da uyuşturucu bağımlısı olduğu tespit edilebilmektedir. Erdinç, Ölçülülük İlkesi,s.4.

nitelikli veri kategorilerinden birinin kapsamında da değilse, özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilemez. Örneğin, bir kimsenin sesi, ses analiz sistemi kullanılarak işlenmişse biyometrik veri işleme söz konusu olurken, özel bir teknik işleme yöntemi kullanılmadan işlenmişse sıradan veri işlemeden bahsetmek gerekmektedir.

Türk hukukunda da özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde daha sıkı şartlar öngörülmüştür. 6698 sayılı Kanun ile özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartına bağlanmış (m.6/4) ve bu nitelikteki verilerin, kural olarak, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır (m.6/2). Açık rıza dışındaki işleme şartları yönünden, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ile diğer özel nitelikli veriler arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Kanun'da sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası aranmaksızın, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebileceği öngörülmüşken, diğer özel nitelikli verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilmesi kanunlarda açıkça öngörülme şartına bağlanmıştır. Buna göre, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler kapsamında olmadıkça biyometrik veriler, ancak ilgili kişinin açık rızasının bulunması veya kanunlar tarafından öngörülmüş olma şartına bağlı olarak, Kurul tarafından da duyurulan yeterli önlemlerin alınmış olması şartıyla işlenebilecektir.<sup>113</sup> Veri sorumlusu bakımından meşru görülebilecek veya zorunlu kabul edilebilecek koşulların mevcut olması halinde dahi, kanunda öngörülmedikçe veya ilgili kişinin açık rızası bulunmadıkça, biyometrik verilerin işlenmesi mümkün değildir.<sup>114</sup> Açık rıza temelinde işleme konusu yukarıda ele alındığından, burada sadece kanunda öngörülmüş olma şartından bahsedilecektir.

6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin işleme şartı olarak kanun ile öngörülme şartını özel nitelikli olmayan kişisel veriler bakımından

<sup>113</sup> "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> (Erişim tarihi 02.10.2020)

<sup>114</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.422.



“kanunlarda açıkça öngörülme” olarak tasarlamışken (m.5/1,a), özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin sadece kanunlarda öngörülmüş olmasını yeterli kabul etmiş olup, açıkça öngörülmüş olma şartını aramamıştır. Buna göre, özel nitelikte olmayan kişisel veriler kanunda açıkça öngörülme şartına bağlı olarak işleneceğinde, ilgili kanun hükmünün işlenecek veri kategorileri, işleme amaçları ve ilgili kişi gruplarına ilişkin düzenleme içermesi aranacak, özel nitelikli kişisel veriler kanunlarla öngörülmüş olma şartına bağlı olarak işleneceğinde ise bu gereklilik aranmayacak; herhangi bir kanun hükmünün veri işleme faaliyetini zorunlu kılması yeterli kabul edilecektir.<sup>115</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, kanunlarda öngörülme şartını, söz konusu hükmün şüpheye yer bırakmayacak kadar açık olması gerektiği şeklinde değerlendirmektedir.<sup>116</sup>

Çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında, özellikle çevrimiçi sınav uygulamaları sırasında öğrencilerin en fazla yüz görüntüleri ile ses analizlerinin yapılması suretiyle biyometrik veri işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Çevrimiçi eğitim faaliyetleri sırasında üniversitelerin öğrencilerin biyometrik verilerini işleme yetkisi ve görevine yasal temel oluşturacak herhangi bir hüküm mevcut değildir. Başka bir deyişle, kanunda öngörülme koşuluna göre üniversiteler tarafından öğrencilerin biyometrik verilerinin işlenmesi mümkün değildir. Bu durumda, çevrimiçi eğitim ve sınav uygulamalarında, öğrencilerin biyometrik verilerinin işlenmesi için tek yasal temel, açık rıza alınmasıdır. GDPR'nin uygulandığı AB ülkelerinde, özellikle sınav sırasında gözetim yazılımı kullanılarak öğrencilerin biyometrik verilerinin işlenmesinin hukuka uygunluğunun sağlanması için öğrencilerden geçerli şekilde rıza alınması gerektiği belirtilmekte ancak rıza alınmasının ve rızanın geçerliliğinin sağlanmasının güçlüğü karşısında, bazı uzmanlar tarafından üniversitelerin meşru menfaat temelinden yarar-

<sup>115</sup> Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s. 392, 422-423.

<sup>116</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile öngörülen, sağlık hizmetlerinden yararlanmak amacıyla biyometrik verinin işlenmesi hakkında düzenleme (m.67) ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler arasında biyometrik veriyi öngören düzenleme (m.7/1, h), Kurul kararında kanunlarda öngörülme şartına örnek olarak verilmiştir. “Biyometrik imza verisinin kullanılmasına ilişkin görüş talebi” ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27.08.2020 Tarihli ve 2020/649 Sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6815/2020-649> (Erişim tarihi: 02.10.2020)

lanması önerilmektedir. Bu konuda henüz bir mutabakata varılamamıştır.<sup>117</sup> Türk hukuku bakımından 6698 sayılı Kanun'un açık ifadesi karşısında özel nitelikli verilerin işlenmesinde meşru menfaat şartına dayanılmayacağı açıktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, öğrencilerin yüz görüntüleri ile seslerinin, özel teknik işleme yöntemi kullanılmadan işlendiği hallerde, artık 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesi değil 5.maddesinde öngörülmüş yasal işleme koşullarının uygulanması gerekmektedir. Konuyla ilgili olarak, önceden farklı kararlarında biyometrik verilerin niteliği hakkında değerlendirmelerde bulunan Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, COVID-19 pandemisi nedeniyle üniversitelerin uzaktan eğitime geçmesi üzerine yaptığı 7 Nisan 2020 tarihli "Uzaktan Eğitim Platformları Hakkında Kamuoyu Duyurusu" başlıklı duyurusu<sup>118</sup>, bazı yanlış değerlendirmelere neden olabilecek niteliktedir. Kurul belirtilen duyurusunda, öğrencilerin ses ve görüntü gibi biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilecek bazı özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiğinden bahsederek, genel olarak görüntü ve sesin biyometrik veri olarak değerlendirildiği ve buna göre üniversitelerin bu süreçte özel teknik işleme yöntemleri kullanmaksızın öğrencilerin ses ve görüntü kaydını yaptığı hallerde de 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde öngörülmüş gereklilikleri yerine getirmesinin aranacağı izlenimini uyandırmıştır. Farklı kararlarında<sup>119</sup>, biyometrik verinin ne anlama geldiğini belirlemiş olan Kurul'un bu açıklaması ile sadece özel teknik işleme yöntemleri kullanılarak işlenen ses ve görüntü verilerinin kastedildiği düşünülmektedir.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/student-proctoring-software-gets-first-test-under-eu-privacy-law>

<sup>118</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (Erişim tarihi: 02.10.2020)

<sup>119</sup> "Spor salonu hizmeti sunan veri sorumlusunun, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/167 sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6738/2020-167>; Spor salonu hizmeti sunan veri sorumlularının, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 sayılı Kararı ve 31/05/2019 tarihli ve 2019/165 sayılı Kararı <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165>; "Biyometrik imza verisinin kullanılmasına ilişkin görüş talebi" ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27.08.2020 tarihli ve 2020/649 sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6815/2020-649> (Erişim tarihi: 02.10.2020)

<sup>120</sup> Aynı yönde, bkz. Dülger, Kişisel Verilerin Korunması, s.181.

Kurul, belirtilen kararında, uzaktan eğitim amacıyla kullanılan yazılımların birçoğunun bulut hizmet sağlayıcılar aracılığıyla hizmet verdiği ve bu yazılımlara ait veri merkezlerinin çoğunlukla yurt dışında olduğunun gözlemlendiğini belirterek, veri merkezleri yurtdışında olan platformların kullanılması durumunda yurtdışına veri aktarımı söz konusu olacağından, 6698 sayılı Kanunun yurtdışına kişisel veri aktarımını düzenleyen 9. maddesinin gerekliliklerine dikkat çekmiştir. Kişisel verilerin işleme biçimlerinden biri olan aktarım faaliyeti sırasında da Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde yer verilmiş yasal işleme şartlarının mevcut olması gerekliliği göz önünde bulundurularak, üniversiteler tarafından işlenecek öğrencilere ait ses ve görüntü verilerinin aktarımında da, bu verilerinin biyometrik veri niteliğini taşıyıp taşıyamaması yurtdışına veri aktarımı için gerekli yasal temelin oluşturulması bakımından önem arz edecektir.

## SONUÇ

İçinde bulunduğumuz ve COVID-19 pandemisinin sürdüğü bu dönemde de önümüzdeki dönemlerde de, çevrimiçi eğitimin, eğitim hayatının bir parçası olacağı açıktır. Buna uygun olarak, her öğrencinin ve her öğretim elemanının, çevrimiçi eğitim sürecinin ilk adımı olarak kişisel verilerin korunması hakkında temel bilgileri edinmesinin sağlanması, bu konudaki yasal sınırları herkes bakımından görünür hale getirerek kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili sorunları büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır.

Çevrimiçi eğitimin sürdürülmesi sırasında, asgari eğitim standartlarını korumak için öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi zorunludur. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu eğitimin uygun güvenceler ve standartlarla sürdürülmesine engel teşkil etmez; ancak üniversitelerin bu süreçte çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında öğrencilerin hangi verilerinin işleneceği konusunda tek taraflı kuralları belirleyerek öğrencileri bu kurallara uymaya zorlamasını engeller. Üniversiteler, öğrencilere ait özellikle ses ve görüntü verilerinin işlenmesinde Kanun'da öngörülen usul ve esaslara uygun hareket etmek ve başta öğretim elemanları olmak üzere tüm personelin hem veri işleme politikalarına hem de verilerin gizlilik ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kurallara uymasını sağlamakla yükümlüdürler.

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, çalışmamızda belirlendiği gibi, öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin veri sorumlusunun meşru menfaati ve açık rıza hukuki sebeplerine dayanılarak işlenmesi mümkündür. Veri sorumlusunun meşru menfaati temelinde işleme yapılabilmesi, öğrencilerle üniversitelerin menfaatlerinin dengelenmesi neticesinde ortaya çıkacak sonuca göre mümkün olabileceğinden, üniversitelerin veri güvenliğini sağlamak için teknolojik imkanlarını geliştirmesi ve öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi bakımından hangi hallerde bu verilerin işlenmesinin zorunlu olduğunu titizlikle belirlemeleri gerekmektedir. Veri koruma politikaları oluşturulurken, çevrimiçi eğitim sırasında işlenecek verilerle ilgili özellik arz eden ses ve görüntü verilerinin işlenmesi konusunda aydınlatma metinlerinde yeterli açıklıkta bilgilendirmeye yer verilmesi, Kanun'da öngörülmüş diğer zorunlu unsurlar yanında, özellikle, işlemenin hukuki sebebi, ses ve görüntü verilerinin hangi amaçlarla ve hangi oturma ortamlarında işlenmesinin zorunlu olduğu; işlemenin açık rıza sebebine dayandığı hallerde hem öğrencilerin mikrofon ve kameralarını açmak zorunda olmadıkları hem de rıza vermekten kaçınan öğrencilerin hak kaybına uğramadan yararlanabilecekleri alternatif imkanların neler olduğu hususlarına açıklık kazandırılması gerekmektedir. Öğrencilerin görüntü verilerinin işlenmesi, belirli hallerde özel yaşamın gizliliği hakkına müdahale teşkil edebileceğinden, öğrencilerin gizli kalmasını istedikleri unsurları kameranın görüş açısını dışına çıkarmaları ve olabildiğince sade bir arka plan kullanmaları yönünde uyarılarak yönlendirilmeleri, diğer yandan bu görüntülere erişimin belirli kişilerle sınırlandırılması uygun olacaktır. Bir diğer önemli husus olarak, hem diğer öğrenciler hem de ilgili öğretim elemanı bakımından hak ihlali teşkil edeceğinden, öğrencilerin de ses ve görüntü verilerinin işlendiği oturumları kaydedemeyecekleri ve herhangi bir mecrada yayınlamayacakları konusunda uyarılmaları gerekmektedir.

Çevrimiçi eğitim sırasında öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin veri sorumlusunun meşru menfaati veya öğrencinin açık rızası hukuki sebeplerine dayanılarak işlenmesinin çalışmamızda izah edilen sorunlu tarafları mevcuttur. Bundan sonraki süreçte de devam edeceği anlaşılan çevrimiçi eğitim uygulamaları sırasında üniversiteler tarafından öğrencilerin ses ve görüntü verilerinin işlenmesi konusunda, gerekli kriterler ve alınması gereken önlemler belirlenerek, açık yasal dayanak oluşturulması kanaatimizce birçok belirsizlik ve tartışmayı sona erdirecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aküzüm Ural, Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Yasal Dayanakları Ve Tüzel Kişiliği), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Çekin Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Dülger Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020. (Kıs: Kişisel Verilerin Korunması)
- Erdinç Göksu Hazar, Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler, İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017. (Kıs: Bilgi Güvenliği)
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Türkmen Sevgi, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

### Makaleler

- Akgül Aydın, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı", *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Yıl 28, S.118. s.199-222.
- Avcı Braun Cihan, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2018, Cilt XV, Sayı 1, s.13- 33.
- Bozkurt Aras, "Koronavirüs (COVID-19) pandemi süreci ve pandemi sonrası dünyada eğitime yönelik değerlendirmeler: Yeni normal ve yeni eğitim paradigması", *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 3, s. 112-142.
- Erdinç, Göksu Hazar. "Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Ankara, 2020, Cilt 2, Sayı: 1, s.1-19. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1195495> (Erişim Tarihi 12.01.2021) (Kıs: Ölçülülük İlkesi)
- Kaya Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi" *İÜHFM*, İstanbul, 2011, Cilt 69, Sayı1-2, s.317-334.
- Oğuz Sefer, "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, İstanbul, 2018, Cilt 13, Sayı 2, s.121-138 . [dergipark.org.tr/download/article-file/609053](https://dergipark.org.tr/download/article-file/609053) (Erişim Tarihi 16.12.2020)

### İnternet Kaynakları

- Article 29 Data Protection Working Party (2014). Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. [https://ec.europa.eu/justice/article29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf) (Erişim Tarihi: 10.02.2021)
- Dülger Murat Volkan, KVKK Uygulamasında ve Uyum Sürecinde Ortaya Çıkan Soru ve Sorunlar. <https://www.hukukihaber.net/kvkk-uygulamasinda-ve-uyum-surecinde-ortaya-cikan-soru-ve-sorunlar-makale,6324.html> (Erişim Tarihi: 7.11.2020).

- European Union Agency For Fundamental Rights. Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement. [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper.pdf) (Erişim Tarihi: 25.01.2021)
- Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 (wp259rev.01) [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051) (Erişim Tarihi: 10.02.2021)
- Kshetri Nir, Remote education is rife with threats to student privacy, November 6, 2020. <https://theconversation.com/remote-education-is-rife-with-threats-to-student-privacy-148955> (Erişim Tarihi:23.10.2020)
- Küresel Salgında Yeni Normalleşme Süreci 2020 <https://www.yok.gov.tr/Documents/Yayinlar/Yayinlarimiz/2020/kuresel-salginda-yeni-normallesme-sureci/index.html> (Erişim Tarihi: 06.10.2020)
- Salameh Rosalie, "Is Online Exam Surveillance during COVID-19 Lawful, Effective & Desirable?" <https://privacypeers.eu/2020/05/04/is-online-exam-surveillance-during-COVID-19-lawful-effective-desirable/> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)
- Stoller Daniel R., "Student Proctoring Software Gets First Test Under EU Privacy Law". <https://news.bloomberglaw.com/tech-and-telecom-law/student-proctoring-software-gets-first-test-under-eu-privacy-law> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)
- <https://COVID19.yok.gov.tr/Documents/alinan-kararlar/20-uzaktan-egitime-iliskin-belirlenen-temel-ilkeler.pdf> (Erişim Tarihi: 05.10.2020)
- <https://COVID19.yok.gov.tr/Documents/AnaSayfa/uzaktan-ogretim-anketi.pdf> (Erişim Tarihi: 10.01.2021)
- <https://gdpr-info.eu/>
- <https://ilerihaber.org/icerik/isik-universitesi-ogrencileri-cift-kamera-sistemi-ogrenci-dusmani-bir-sistem-113144.html> (Erişim Tarihi: 03.10.2020)
- <https://kvkk.gov.tr/>
- <http://www.egitimdeteknoloji.com/uzaktan-egitim-icin-kullanabileceginiz-platformlarin-karsilastirmasi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2020)
- <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/05/23/kocaeli-universitesinde-online-sinava-cift-kamera-sarti> (Erişim Tarihi: 03.10.2020)
- <https://www.habermahali.com/eru-ogrencilerinden-sinavlarda-kamera-zorunlulugu-isyani/1801/> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)
- <https://www.inspera.com/> (Erişim Tarihi:03.10.2020)
- <https://www.milliyet.com.tr/gundem/online-sinavda-ust-duzey-onlem-tum-odayi-6404617> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)
- <https://proctorexam.com/what-will-change-in-online-proctoring-with-gdpr/> (Erişim Tarihi: 03.10.2020)
- <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202012191043432755-uzaktan-sinavda-kopyaya-karsi-aynali-onlem/> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)

# AB HUKUKUNDA MÜLTECİ VE GÖÇ SORUNU EU MIGRATION AND ASYLUM LAW

Ayşe Füsun ARSAVA\*

**Özet:** Lizbon Sözleşmesi AB'ye sınır kontrolü, mülteciler ve göç alanında düzenleme yapma yetkisi vermiştir (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md.77 vd.). Bu şekilde ortak bir Avrupa mülteci sisteminin oluşumuna yol açan bir supranasyonal mülteci politikası ortaya çıkmıştır. Bu politikanın dayanağı olan esaslardan birini, kişilerin iç sınırlarda kontrol edilmeyeceğini öngören AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 67. madde, 2. fıkrası oluşturmaktadır. Birlik, hükmün devamında mülteciler, göç ve dış sınırlar konusunda üye devletler arasında dayanışmaya istinat eden, buna karşılık üçüncü devletler bakımından da adil olan bir ortak politika geliştirmekle görevlendirilmiştir. Makalede Ortak Avrupa Mülteci Hukuku ve göç sorununa ışık tutulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mülteci Hukuku, Yasal Göç, Yasa Dışı Göç, Dış Sınırlar, Ortak Avrupa Mülteci Sistemi

**Abstract:** The Lisbon Treaty gives the EU the authority to make regulations in the field of border control, refugees and immigration (the Treaty on the Functioning of the European Union, Art.77 et al.), thereby a supranational refugee policy has emerged, leading to the common European asylum system. One of the principles that is the basis of supranational refugee policy is Article 67, paragraph 2 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which ensures the absence of internal border controls for persons. The Union's task is to develop a common policy based on the solidarity between the member states on refugees, immigration and external borders, which is fair towards to third-country nationals. The article sheds light on EU migration and asylum law.

**Keywords:** Refugee Law, Legal Immigration, Illegal Immigration, External Borders, Common European Asylum System

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.11.2020, Kabul Tarihi: 01.11.2020

## GİRİŞ

AB anlaşmasının 3. madde, 2. fıkrası dış sınırları iltica, göç ve suçlara karşı uygun önlemlerle korunan ve iç sınırları olmayan özgürlük, güvenlik, adalet alanında AB yurttaşlarına serbest dolaşım sağlama hedefini AB'nin ana hedeflerinden biri olarak dile getirmektedir. Madde hükmünde ortaya konulan bu ifade Birlik Hukuku'nun mülteci sorunundaki rolünü, bunun kapsamını, sınırlarını belirlemede esas alınmaktadır.

### I - Mültecilerin Birlik Hukuku Konusu Teşkil Etmesi

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 3.madde, 1.fıkrası mültecilerin AB Hukuku konusu olma nedeninin cevabını vermektedir. Bu cevabın AB'nin AB Anlaşması'nın 3. maddesinde vurgulanan hedefleri dikkate alınmadan değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu hedefler ilk sırada iç pazarın (AB anl. md.3, fık. 3), ekonomik ve parasal birliğin sağlanması (AB anl. md.3, fık.4) olarak karşımıza çıkmaktadır. AB'ne öncelikle münhasıran ortak dış ticaret politikası alanında yetki verilmiş olsa da dış ilişkilerde (AB anl. md.3, fık. 5) AB değerlerinin ve çıkarlarının korunması ve desteklenmesi Birlik politikası olarak kabul edilmektedir. Mülteci konusunun AB'nin söz konusu görev alanları ile kurulan ilişkisi sınırları olmayan bir iç pazarın teşkili düşüncesinin sonucudur. İç pazar sınırları olmayan bir alan olarak tanımlandığı nispete mülteci sorunu supranasyonal bir konu olarak Birlik supranasyonal Hukukunun ve Birlik supranasyonal politikalarının bir parçasıdır. AB'ye yönelik mülteci akını konusunda AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 67. maddesi ve devamında öngörülen supranasyonal yetkiler yeterli olmadığı takdirde ortak dış ve güvenlik politikasının (AB anl. md. 21 vd.) intergovernmental araçlarının bu bağlamda kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 67. madde, 2. fıkrasının bağlayıcı bir şekilde vatandaşlıktan bağımsız olarak kişilerin iç sınırlarda kontrole tabî olmayacağını öngörmesi mülteciler konusunun münferit olarak AB üyesi devletlere ait bir sorun olmadığını kanıtlamaktadır. Bu nedenle mülteci politikasının Birlik içinde dayanışma olmaksızın üye devletler tarafından münferiden yürütülmesi mümkün değildir. İç pazarda sınırlardan geçişte kontrolsüz özgürlük 2015 yılına kadar tartışmasız bir hedef olarak kabul görmüş ve Schengen alanın-



da herkesin iç sınırlarda serbest dolaşacağı, ancak şüphesiz herkesin sınırları geçme hakkı olmadığı şeklinde kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Yapılan bu ayırım ilk bakışta açık gözükmesine de AB yurttaşlarının sınır geçişlerinin de üye devletler tarafından istisnai olarak AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 21. madde, 2. fıkra; 45. madde 3. fıkra; 52. 62. maddeleri muvacehesinde sınırlanabileceğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 21. maddesi AB üyesi olmayan devletlerin yurttaşları için prensip olarak AB yurttaşları gibi bir geçiş özgürlüğü öngörmemektedir.

AB anlaşması 3. maddesi sınırsız iç pazarın koşullarını ortaya koymaktadır. Dış sınırlarda iltica, göç ve suçlara karşı korunma ve mücadele için uygun önlemlerle denetim yapılmaksızın sınırsız bir iç pazarın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Uygun önlemler Birliğin ortak politikası bağlamında alınan önlemleri ifade etmektedir.<sup>2</sup> Üye devletlere üçüncü devlet vatandaşlarının ülkelerine girişinde dış sınır kontrolü, vize, göç konularında ve iltica başvurularının kabulünde münhasır bir yetki bırakılmasının sınır kontrolü yapılmayan iç pazar oluşturulması düşüncesini akamete uğratma ihtimali yüksektir. 2016 kışında yaşananlar üye devletlerin üçüncü devlet vatandaşlarının ülkelerine girişinde farklı muamele yapmalarının nasıl bir kriz yaratabileceğini ortaya koymuştur. Mültecilerin Avrupa'ya kitlesel akımı iç pazar sınırlarında yeniden kimlik kontrolü yapılmasına yol açmıştır. İç pazar sınırlarında kontrolsüz geçişler domino etkisi ile İsveç'ten Danimarka'ya, Danimarka'dan Almanya'ya, Almanya'dan Avusturya'ya, Avusturya'dan Macaristan'a, Macaristan'dan Slovenya'ya, Slovenya'dan Macaristan'a, daha önceden Fransa'dan İtalya'ya, İtalya'dan diğer üye devletlere göç yolları oluşturmuştur.<sup>3</sup> Sınır kontrolleri Birlik Hukuku'na göre Schengen sınır kodex'inin 25. madde vd. düzenlenen koşullarla geçici olarak caiz kabul edilmiştir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Söz konusu ayırım için bkzn.: Müller-Graff, Peter-Christian, Art.67(madde) Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, bkzn.: Frankfurter Kommentar zum Unionsrecht, EUV (Vertrag über die Europäischen Union), GRC (Grundrechtcharta) und AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union); AEUV Titel V, Kapitel I, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2017

<sup>2</sup> AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme, md.67, 2.fık.

<sup>3</sup> Gsellmann, Theresa Grenzkontrollen sorgen für Stauchoas; bkzn.: <http://kurier.at/chronik/burgenland/grenzkontrollen-sorgen-fuer-stauchoas/208.078> 929 (01.10.2020)

<sup>4</sup> (Verordnung)VO (EU) 2016/399, Abl.2016 L 77/1

## II - Üçüncü Devlet Yurttaşlarının AB Ülkelerine Girişyle İlgili Supranasyonal Birlik Hukuku Düzenlemeleri

Primer hukukta (kurucu anlaşmalarda) iç pazar hukukundan farklı olarak bu bağlamda üye devlet mercileri ve mahkemeleri tarafından uygulanması öngörülen düzenlemeler bulunmamaktadır. Sadece Birliğin yetkileri öngörülmektedir. Bu yetkilerin kullanılması yetkili organlarda kararların alınmasını gerektirmektedir. Lizbon Sözleşmesi dış sınırların korunması, mültecilerin korunması ve göç politikasında Birliğin yetkilerini genişletmiştir (AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md.77-79). Bu çerçevede Birliğin yetkileri paylaşılmış yetki alanında düzenlenmiştir. Bu alanda Birlik ve üye devletler yasama yetkisi kullanabilmektedir. Bununla birlikte Birlik yetki kullandığı nispette üye devletlerin artık o alanda yetki kullanması mümkün değildir (AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md. 2, fık. 2). Birlik geçmiş yıllarda üç alanda sekonder hukuk (ikincil hukuk) düzenlemeleri yaparak bu alandaki yetkilerini kullanmıştır.

### 1 - Dış Sınırların Korunmasına İlişkin Primer Hukuk Düzenlemeleri

Söz konusu düzenlemeler ile Birliğe Schengen alanında kişilerin dış sınır geçişlerinde etkin kontrolünü sağlayan, dış sınırlarda entegre bir sınır koruma sisteminin yaratılmasına matuf politika geliştirme görevi verilmiştir.<sup>5</sup> Bu bağlamda AB'ye kendi sınır koruma organını oluşturmak üzere operasyonel bir yetki devredilmemiştir. AB'ye devredilen yetki sadece yasama yetkilerine ilişkindir. 77. madde, 2. fıkraya göre bu yetkiler üçüncü devlet vatandaşlarının vize yükümlülüğü, vize serbestisi ve kısa süreli ikâmete ilişkin temel konular, dış sınırlardan geçişte kişilerin kontrolü, entegre dış sınır koruma sisteminin oluşturulması, üçüncü devlet vatandaşlarının kısa bir süre için Birlik içinde dolaşım serbestisinin koşulları olarak öngörülmüştür

AB bu yetkileri tam olarak kullanmıştır. Dış sınırların korunması başlangıçtan itibaren en önemli konu olarak kabul edilmiştir. Kişilerin dış sınırlarda güvenilir şekilde kontrolünü ve gerektiği takdirde dış sınırlardan geçmesine izin verilmemesini sağlayan mütecanis kurallar

<sup>5</sup> AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md.77, fık.1

sınırları olmayan iç pazar için önemlidir. Bu şekilde Schengen üyesi her devlet Birlik standartları üzerinden Birlik üyesi olmayan devletlerin yurttaşlarının Schengen alanına istenmeyen girişlerine karşı sorumluluk üstlenmiştir. Bu çerçevede Schengen sınır codex'i esas alınmaktadır.<sup>6</sup> Schengen sınır codex'inin temel düzenlemesi dış sınırların sadece belirlenen denetim kurallarına göre geçilebileceğini öngörmektedir.<sup>7</sup> Dış sınırlarda üçüncü devletlere karşı duvar inşası beklenen bir durum olarak kabul edilmemiştir.<sup>8</sup> Koruma arayanların münferit bir inceleme yapılmaksızın taleplerinin reddedilmesi Birlik Hukuku'nun Uluslararası Hukuk'tan üstlendiği "Non-Refoulement" prensibine aykırıdır.<sup>9</sup> Sınır kodex'i uluslararası koruma arayan kişilerin özel hakları dışında üçüncü devlet vatandaşlarının yerine getirmesi gereken ve sınır memurlarının denetimde esas almakla mükellef olduğu (geçerli vize, Schengen enformasyon sisteminde yahut üye devletlerin veri bankalarında kayıtlı olma gibi) sınırdan geçme koşullarını içermektedir. Bu koşulların yerine gelmemesi halinde kodex iç pazara girişin reddedilmesini öngörmektedir.<sup>10</sup> Bir kişinin vize mükellefiyetinin olup olmadığını Birlik Hukuku vize rejimi belirlemektedir.<sup>11</sup> Vize mükellefiyeti olan bir kişinin bir üye devletten hangi koşullarla vize alabileceğini aynı şekilde Birlik Hukuku mütecanis olarak detaylı saptamıştır.<sup>12</sup> Üye devletlerin birbiri ile uyumsuz karar vermesini önlemek için ulusal vize mercileri birbiri ile veri değişimi sistemi ile bağlanmıştır.<sup>13</sup>

Entegre bir sınır kontrol sistemi kişilerin denetimi ötesinde koordine edilen operatif önlemler gerektirmektedir. Bu amaçla Avrupa ajansı Frontex<sup>14</sup> ve 863/2007 sayılı ve tarihli tüzükle çok sayıda üçüncü devlet yurttaşının dış sınırın belli noktalarına akını ve dış sınırları yasa

<sup>6</sup> VO (EU) Nr.2016/399, Abl.2017 L 77/1

<sup>7</sup> 2016/399 tarih ve sayılı tüzüğün 5. ve 8.maddeleri

<sup>8</sup> AB Komisyonu tarafından Lampedusa ve Lesbos'da kayıt, kimlik tespiti ve koruma talepleri için acil münferit inceleme ve gerekçesiz başvurularda güvenli bir üçüncü devlete doğrudan sınır dışı etme amaçlı olarak "Hot Spots" oluşturulmuştur; bkzn.: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2\\_hotspots\\_de.pfd](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_hotspots_de.pfd) (01.10.2020)

<sup>9</sup> 2011/95 tarihli ve sayılı direktifin 21.md., 1.fık.; bkzn.: ABl.2011 L 337/9

<sup>10</sup> 539/2001 sayılı ve tarihli tüzük için bkzn.: ABl.2001 L 81/1

<sup>11</sup> 539/2001 sayılı ve tarihli tüzük için bkzn.: ABl.2001 L 81/1

<sup>12</sup> Vize kodex'i; 810/2009 tarihli tüzük için bkzn.: ABl.2009 L 243/1

<sup>13</sup> 767/2008 sayılı ve tarihli tüzük için bkzn.: ABl.2008 L 218/60

<sup>14</sup> 2016/1624 tarih ve sayılı tüzük için bkzn.: ABl.2016 L 251/1

dışı geçişleri nedeniyle olağanüstü bir baskı altına giren üye devletlerin talebi üzerine acil müdahale birimi (RABIT) kurulmuştur.

## 2 - Mültecilerin Korunmasına İlişkin Primer Hukuk Düzenlemeleri

Bu hükümler mültecilerin korunması iltica ve bunu ikâme eden korumayı kapsamaktadır. Bu çerçevede Birlik primer hukukunda Cenevre Mülteciler Konvansiyonu ile uyumlu ortak bir politika geliştirerek uluslararası korumaya ihtiyacı olan her üçüncü devlet yurttaşına uygun bir koruma sağlama ve talebi reddetmeme prensibine riayeti sağlama iradesi ortaya konulmuştur.<sup>15</sup> Aynı ifadeyi AB Temel Haklar Şartı'nın 18 maddesi iltica hakkı bağlamında kullanmaktadır. AB Cenevre Konvansiyonu tarafı olmamakla birlikte kendi iradesi ile Cenevre Konvansiyonu yükümlülüklerini üstlenmiştir. Bu bağlamda da AB'ne operasyonel bir yetki devredilmemiştir. AB sadece yasama yetkisine sahiptir. Yaklaşım olarak AB Hukuku grupların veya kitlelerin değil, bireylerin korunma gereksinimini esas almaktadır.<sup>16</sup> Taleplerin reddedilmemesi mükellefiyeti ve Cenevre Konvansiyonu'na yapılan atıf muvacehesinde uluslararası koruma taleplerinin göreceği muamele konusunda bir üst sınır belirlenmesi AB Hukukuna uygun düşmemektedir. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78. madde, 1.fıkrasında sözü edilen mültecilere uygun bir koruma sağlanması geliştirilecek ortak politikanın hedefidir. Bu politikanın detayları alınacak Birlik kararlarına saklı tutulmuştur. Birlik için ölçü kabul eden Cenevre Konvansiyonu'nun AB Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinde öngörülen koşullar (kamu çıkarı) muvacehesinde sınırlandırılması mümkündür. AB bu alandaki yasama yetkilerini Ortak Avrupa Mülteci Sistemi'ne ilişkin 5 yıllık aksiyon programları muvacehesinde kullanmıştır. Bu yasama tasarruflarının üç konuya ilişkin olduğu görülmektedir. Bunlar, mülteci statüsünün maddi hukuk içeriği, koruma kuralları; uluslararası koruma talebi bağlamında söz konusu olacak prosedür kuralları ve üçüncü devletlerle bu kişilerin geri kabulüne ilişkin iş birliği anlaşmaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>15</sup> AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme, md.78, fık.1

<sup>16</sup> AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78. md, 2.fık, c-bendinde yer alan kitlesel sürgünlere sağlanan koruma istisna olmak üzere

Birliğin yasama faaliyeti bu bağlamda oldukça kapsamlı olmakla beraber, yasama faaliyetinin doğrudan geçerli tüzüklerle değil, iç hukukta düzenlenen, uyumluluğu sağlayan direktiflerle gerçekleştirildiği görülmektedir. Direktifler uluslararası koruma talep eden kişinin (mülteci yahut bunu ikâme eden bir başka koruma statüsünün) nitelendirilme kararına uygun asgari bir ölçü öngörmektedir. Direktifler bunun yanı sıra koruma statüsünün içeriğini belirlemektedir. Aynı şekilde kitlesel sürgünlerde geçici koruma ile ilgili kuralları belirlemektedir.<sup>17</sup> Mülteci statüsünün tanınması bağlamında mültecilerle ilgili Cenevre Konvansiyonu Birlik Hukuku muvacehesinde somutlaştırılmaktadır. Koruma statüsü ve koruma içeriği bakımından direktifler Birlik Hukuku olarak asgari bir standart belirler. Söz konusu asgari standart, mülteci olarak tanınanlar için bağımsız çalışarak yahut bir yerde çalışarak para kazanma olanağını, eğitim hakkını, sosyal hakları, tıbbi hizmet alma hakkını, ikâmet hakkını düzenleyen kuralları belirlemektedir. Üye devletlerin önlemleri somutlaştırma bağlamında takdir hakkına istinaden farklı kurallar öngörmeleri Birliğin üye devletler arasında farklı tercih yaratmama amacına uygun düşmemektedir.

Uluslararası koruma taleplerinde uygulanacak prosedür kuralları konusunda Birlik Hukuku oldukça gelişmiştir. Dublin III tüzüğü doğrudan uygulanan bir sekonder hukuk tasarrufu olarak yapılan başvurunun incelenmesi konusundaki yetkiyi düzenlemektedir.<sup>18</sup> Bu bağlamda ihdas edilen 2013/32 tarih ve sayılı mültecilere ilişkin usul direktifi ise<sup>19</sup> uluslararası korumanın kabul veya reddine ilişkin usulü belirlemiş, koruma talep edenin prosedürün devamı sırasında ikâmet yeri, dolaşım serbestisi, aile birliği, maddi olanaklar ve istihdam piyasasına giriş konularında düzenlemeler yapmıştır.

### a - Dublin III Tüzüğü

Dublin III Tüzüğü geleneksel bir prensip olarak dilekçenin hangi üye devlete verildiğinden bağımsız olarak, başvuru talebinin sadece tek bir devlet tarafından incelenme yetkisini kabul etmiştir. Bu yöntemin amacı aynı kişiye, aynı konuya ait prosedürlerin arttırılmaması-

<sup>17</sup> 2001/55 tarih ve sayılı direktif için bkz.: ABL.2001 L 212/12

<sup>18</sup> 604/2013 sayılı ve tarihli tüzük için bkz.: ABL.2013 L 180/3

<sup>19</sup> bkz.: ABL. 2014 L 180/66) (uyum direktifi)

dır. Uluslararası koruma arayan kişinin Birlik Hukuku'na göre talebini değerlendirecek devleti seçme hakkı bulunmamaktadır. Uluslararası koruma arayan kişinin talebini başka bir devletin incelemesi konusunda Birlik mülteci hukukuna göre bir talep yapma hakkı yoktur. Talebi inceleme yetkisi belli kriterler sıralamasına göre kullanılmaktadır.<sup>20</sup> Talep özellikle aileye yakınlık, meşru ikametgâh ve en sık olarak dış sınırın hukuka aykırı olarak aşıldığı üye devlet esas alınarak incelenmektedir.<sup>21</sup> Bu durum günümüzde en çok İtalya ve Yunanistan için söz konusudur. Bu kriterlere göre incelemeyi yapacak üye devletin belirlenememesi halinde (kayıt yapılmaması sonucu olarak) kendisine koruma talebi yapılan ilk üye devlet yetkili kabul edilmektedir.

Bu kriterlere göre yetkili olan üye devletin mültecilere ilişkin usul prosedüründe sistematik zafiyetlerinin ortaya çıkması yahut uluslararası koruma talebi yapanın AB Temel Haklar Şartı'nın 4. maddesine göre insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye uğrama tehlikesinin söz konusu olması gibi önemli sebeplerin ortaya çıkması durumunda başka bir üye devletin uluslararası koruma talebini incelemesi mümkündür. Dublin kriterlerine göre yetkisi olmayan bir üye devletin kendi takdiri ışığında talebi inceleme yetkisi kullanması mümkündür.<sup>22</sup> Aynı şekilde Konsey'in Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78. madde, 3.fıkrasına göre nitelikli çoğunlukla geçici yerleştirmeye karar vermesi halinde yetkili olmayan bir üye devletin kendi rızası dışında talebi inceleme ile görevlendirilmesi mümkündür. Bu durum Eylül 2015'de uluslararası korumaya ilişkin geçici önlemler bağlamında alınan bir kararla geçici koruma talebi yapan 120.000 kişinin yerlerinin değiştirilmesi örneğinde Yunanistan ve İtalya için söz konusu olmuştur.<sup>23</sup> AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78.madde, 3.fıkrası Konsey'e ani şekilde üçüncü devlet yurttaşlarının akınına uğraması nedeniyle zor duruma düşen üye devlet lehine Komisyon'un önerisi ile geçici önlemleri karara bağlama yetkisi vermiştir. Geçici önlemlerin koşulları belirsiz ve tartışmalıdır. Bu nedenle söz konusu Konsey kararı aleyhine Macaristan ve Slovakya iptal davası açmıştır.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> bknz.: 604/2013 sayılı ve tarihli tüzüğün 7.md. vd.

<sup>21</sup> bknz.: 604/2013 sayılı ve tarihli tüzüğün 13.md.

<sup>22</sup> bknz.: 604/2013 sayılı ve tarihli tüzüğün 17.md, 1.fık.

<sup>23</sup> 2015/1601 sayılı kararın 4.md; bknz.: ABl.2015 L 248/80

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-643/15 (Slowakei/Rat der EU) und C-647/15 (Ungarn/Rat der EU);

### b - Uygulanan Usul

Üye devletlerin başvuruları inceleme prosedürünün ve başvuruları kabul koşullarının uyumluluğu uluslararası koruma arayanların kendilerine göre cazip gözüken üye devlete başvurularını önleme amacına hizmet etmektedir. AB tarafından asgari düzenlemeler yapılarak (2013/32 tarih ve sayılı direktifin 5. md ve 4.md. prensip olarak bu niteliktedir) üye devletlere sadece muayyen bir takdir alanı bırakılması, üye devletlerin başvuruları kabul bakımından farklı imkânlar sunmalarını engellemektedir. Bu yöntem ortak mülteci politikası hedefinin gerçekleştirilmesini mümkün kılmaktadır. Başvuruların kabulüne ilişkin direktif bu nedenle üye devletlerin başvuru yapanlar için onlara insani bir yaşam sağlayan ve diğer üye devletlerle mukayese edilebilir yaşam koşulları temin eden düzenlemeler yapmasını öngörmektedir. Uygulama ancak maalesef kısmen tersine bir durumu ortaya koymaktadır. Yunanistan'da uluslararası koruma arayanların gördükleri muamele nedeniyle açılan M.S.S. davasında Yunanistan AİHM tarafından AİHK'nın 3.maddesinin ihlâli nedeniyle (aşağılayıcı muamele) mahkum olmuştur (CEDH, *Cour européenne des droits de l'homme*) .<sup>25</sup> Dublin III tüzüğü'nün 3. madde, 2. fıkrası böyle bir durumda başvuruları inceleme yetkisinin başka bir üye devlete aktarılmasını öngörmektedir. Başvuruları inceleme konusunda detaylı düzenlemeler mevcut olmasına karşın üye devletler arasında kapasite ve yaklaşım farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Bunun ötesinde Birlik Hukuku'nda uluslararası koruma başvurularının hızlandırılmış bir şekilde incelenmesini ve başvuruların reddini meşrulaştıracak mütecanis güvenli bir menşe ülke listesi şimdiye dek oluşturulamamıştır.

Komisyon'un AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78. madde, 2. fıkra, d-bendine istinaden hazırladığı [KOM (2015) 452] ve Mayıs 2015'de ilan ettiği önerisinin (10 nokta planı) ilk bölümünde mültecilerin üye devletlere dağılımında dış sınırlarda bulunan üye devletlere aşırı yük getiren Dublin düzenlemesine değişiklik getiren "Fairness" bir mekanizma önermiştir. Komisyon'un önerisinde bunun dışında aşağıdaki konulara yer verilmiştir.

Schuberth, Michael Die Nichtigkeit der Slowakei und Ungarn gegen die Notfallumsiedlung aus Italien und Griechenland

<sup>25</sup> Cedh, Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, Requête 30696/09, arrêt 21 Janvier 2011, Rn.234 ve 264

- iç sınır kontrolünü kaldıran, normal fonksiyonunu yerine getiren Schengen alanına dönüş;
- dış sınırlarda mülteci kampları oluşturulması (Hotspots);
- insan kaçakçıları ile mücadele;
- yasa dışı girişlerle mücadele;
- Akdeniz’de mültecilerin kurtarılması;
- insani kampların dış sınırların aşıldığı yerlerde inşa edilmesi;
- menşe ülkelerle işbirliği;
- koruma gereksinimi olan üçüncü devlet yurttaşlarının yasal ve güvenli yollarla Avrupa’da yerleştirilmesi.

AB Komisyonu yaptığı basın açıklamasında Dublin III tüzüğü hükümlerinin mülteci akını ile doğan yükün AB çapında adil dağılımı ve iltica başvurularının hızlı değerlendirilmesi bakımından uygun olmadığını, kendisi tarafından önerilen mekanizmanın mültecilerin münferit üye devletlere nüfuslarının miktarına ve refah durumlarına göre yerleştirilmesini, dolayısı ile eşliği aşan sayıda mültecinin otomatik olarak diğer bir üye devlete aktarılmasını temin edeceğini ifade etmiştir.<sup>26</sup> Mültecilerin üye devletlere dağılımı ve bunun uygulanması konusundaki tartışmalarının bitmediğini, Slovakya’nın ve Macaristan’ın AB Divanı nezdinde mültecilerin yerlerinin değiştirilmesine ilişkin Konsey kararının iptali için Eylül 2015’de açtıkları dava açık şekilde ortaya koymuştur.<sup>27</sup>

Avrupa Konseyi 15 Aralık 2016’da yaptığı açıklamada alınan kararın sorumluluk ve dayanışma prensibinin ortak hedefi olarak uygulanmaya devam edeceğini saptamıştır. Avrupa mülteci sisteminin kimi alanlarda reform gerekliliği Konsey’in AB mülteci politikasında mutabakat sağlamaya matuf çalışmalarına devam edeceği işaretini vermektedir. Birlik mülteci krizinin geçmişte yapılan hangi hatalar nedeniyle doğduğu konusuna değil, krizin hangi önlemler alınarak çözülebileceğine yoğunlaşma gerekliliği dile getirilmektedir. Avrupa mülteci kabul programında söz konusu olan boşluk, üye devletlerin birbirleriyle ve AB ile ilişkilerinde dayanışma eksikliğini su yüzüne çıkartmıştır.

<sup>26</sup> Avrupa Komisyonu basın açıklaması 13.07.2015 - IP/16/2433

<sup>27</sup> Macaristan hükümeti mülteci kotasına karşı medya kampanyası başlatmıştır



Ortak Avrupa Mülteci Sistemi'nin Lizbon Sözleşmesi'nde yer almasına tüm üye devletler birlikte karar vermiştir. Bu bağlamda doğan krizin yine birlikte üstesinden gelinmesi gerekmektedir. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 80.maddesinde açıkça Birlik politikaları ve onların uygulanmaları bağlamında üye devletler arasında dayanışma ve sorumluluğun adil şekilde paylaşılması prensibinin geçerli olduğu öngörülmektedir. Kendi yararını düşünerek, üye devletlerin bütününe ilişkin bir problemi gözardı eden üye devletin bu prensibin gereğini yapmadığı açıktır.

Birliği simgeleyen bir organ olarak gerekli önlemleri zamanında planlanmaması ve almaması nedeniyle bu bağlamda Komisyon'u eleştirmek yerine, dayanışma prensibini ihlâl edecek ortak tutum atmaktan kaçınan üye devlet hükümetlerini eleştirmek daha doğrudur. Konsey'de oy çokluğu ile alınan karara karşı dava açan devletlerin AB Adalet Divanı'nın verdiği karara saygı göstermesi ümit edilmektedir.

### 3 - Göç Politikasına İlişkin Primer Hukuk Düzenlemeleri

AB, primer hukuka göre göç politikası konusunda da ortak bir politika geliştirmekle görevlendirilmiştir.<sup>28</sup> Bu bağlamda AB'nin üç amacı temin etmesi gerekmektedir. Bunlar, mülteci akınının etkin yönlendirilmesi (2015'ten itibaren görevin zorluğu açıktır); hukuka uygun olarak üye devletlerde ikâmet eden üçüncü devlet yurttaşlarına makul muamele edilmesi (2015'ten itibaren bu görevin de üstesinden gelinmesinin zorluğu görülmektedir) ve meşru olmayan göç ve insan ticaretinin önlenmesidir. Bu faaliyetlerle mücadele konusunda AB'ne ancak operasyonel bir yetki tanınmamıştır. AB bu alanda sadece yasama yetkisi kullanabilmektedir (üye devletler göçmen işçi sayısını belirleme yetkisini saklı tutmuştur). Birliğin bu alanda dış sınırlar ve mültecilerin korunması alanında sahip olduğu kapsamda yasama faaliyeti yapması mümkün değildir.

#### a - Yasal Göç

Yasal göçe ilişkin seyahat ve ikâmet kuralları kısa süreli ikâmete ilişkin vize kodex'inde yer alan kurallar gibi kapsamlı kurallar de-

<sup>28</sup> AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme md.79, fık.1

ğildir. Şüphesiz münferit konulara ilişkin uyumlaştırma direktifleri bulunmaktadır. Örneğin, uzun süreli ikâmet izni olan üçüncü devlet yurttaşlarına hukuki statü tanıma koşullarına ilişkin direktif bir uyumlaştırma direktifi olarak diğer koşullar yanısıra ilgili üye devletin ülkesinde 5 yıl kurallara uygun kesintisiz ikâmet eden kişiye tanyabileceği hukuki statünün içeriğini belirlemektedir.<sup>29</sup> Bunun yanısıra spesifik grupların örneğin, araştırmacılar,<sup>30</sup> nitelikli meslek sahipleri,<sup>31</sup> üniversite öğrencileri,<sup>32</sup> öğrenciler,<sup>33</sup> gönüllü hizmet verenler,<sup>34</sup> işletmeler tarafından gönderilenler<sup>35</sup> için ihdas edilmiş direktifler bulunmaktadır.

### b - Yasa Dışı Göçle Mücadele

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78.maddesi Ortak Avrupa Mülteci Sistemi'nin amaç ve hukuki dayanağına ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Bu hükmün ilk fıkrasında AB alanında mülteci politikasının şekillendirilmesinde bundan böyle üye devletlerin değil, AB'nin yetkili olduğu tereddüte yer bırakılmayacak şekilde kabul edilmiştir. İki aşamalı olarak öngörülen koruma sistemi uluslararası korumaya ihtiyacı olan bir üçüncü devlet vatandaşına adil bir statü vermeyi ve Cenevre Mülteciler Konvansiyonu'nda (md.38) yer alan geri göndermeme prensibine riayeti garanti etmektedir. İki basamaklı bu sistem 78. maddenin yasama yetkisi veren 2.fıkrasında öngörülmektedir.

Siyasi olarak takip edilen üçüncü devlet yurttaşları için Birliğin tümünde geçerli mütecanis bir mülteci statüsü kabul edilmiştir. Bu statü için hareket noktası olarak AB Temel Haklar Şartı'nın 18.maddesinin de atfı yaptığı AB üyesi devletlerin tümünün taraf olduğu Cenevre Mülteciler Konvansiyonu'nda yer alan mülteci tanımı esas alınmıştır.

<sup>29</sup> 2003/109 tarih ve sayılı AT Konsey direktifi için bkz.: ABl.2003 L 16/44 (süreklî ikâmet direktifi)

<sup>30</sup> 2016/801 tarih ve sayılı AB Parlamentosu ve Konseyi Direktifi için bkz.: ABl.2016 L.132/21

<sup>31</sup> 2009/50 AT Konsey Direktifi için bkz.: ABl.2009 L 155/17

<sup>32</sup> 2016/801 tarih ve sayılı direktif

<sup>33</sup> 2016/801 tarih ve sayılı direktif

<sup>34</sup> 2014/35 tarih ve sayılı AB Parlamentosu ve Konseyi direktifi

<sup>35</sup> 2014/66 tarih ve sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi bkz.: ABl.2014 L 157/1

Siyasi olarak takip edilme koşulunun yerine gelmemesi nedeniyle mülteci statüsünün tanınmadığı durumlarda da menşe ülkesindeki hapisane koşulları, insanlık dışı muamele görme riski nedeniyle uluslararası korumaya ihtiyacı bulunan üçüncü devlet yurttaşları için aynı şekilde ikâme edici (subsidiar) mütecanis bir koruma statüsü kabul edilmiştir.

Sekunder Birlik Hukuku'nda da yasa dışı göçle mücadele bağlamında belirleyici düzenlemeler bulunmaktadır. Dış sınırların korunmasına matuf Komisyon programı (üçüncü devletlerle bölgesel koruma programı) yanı sıra,<sup>36</sup> yasa dışı göçün önlenmesi ve yasa dışı ikâmet eden üçüncü devlet yurttaşlarının sınır dışı edilmesine ilişkin uyumlaştırma direktifleri bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk grupta yer alan direktifler üye devletlere yasa dışı giriş yapanlara,<sup>37</sup> işverenlere<sup>38</sup> ve insan kaçakçılarına<sup>39</sup> karşı önlem alma yükümlülüğü getirmektedir. İkinci grupta yer alan direktifler üye devletlerin sınır dışı etme düzenlemelerine ve prosedürüne ilişkindir. Sınır dışı etmek zor bir prosedürdür. Geri gönderme sınır dışı etmekten farklı bir müessese olarak gönderilecek kişiyi kabul edecek bir devletin bulunmasını gerektirmektedir. Uluslararası Hukuka göre hiçbir üçüncü devletin, kendi vatandaşı dışında gönderilecek bir kişiyi kabul etme mükellefiyeti bulunmamaktadır. Üçüncü devletin kendi vatandaşını geri almaktan kaçınması ise sadece Uluslararası Hukukun zafiyeti olarak nitelendirilebilecek istisnai bir durumdur. Vatandaşlığın tartışmalı olduğu durumlarda bu yol baştan kapalıdır. Menşe ülkeye geri gönderme, bu ülkeyle bir geri kabul anlaşması bulunması ve bu devletin bu kişiyi geri kabul etmesi durumunda mümkündür. Vatandaşlığın açık olduğu durumlarda uluslararası koruma arayanların Cenevre Konvansiyonu ile bağlantılı olarak kendi ülkelerine gönderilmesine AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78.madde, 1.fıkrasında yer alan Non-Refoulement prensibi sınırlama

<sup>36</sup> KOM (2005) 388: Konseyin ve Avrupa Parlamentosunun bölgesel koruma programları konusunda bilgilendirilmesi

<sup>37</sup> 2011/36 tarih ve sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, bkz.: ABL.2011 L 101/1

<sup>38</sup> 2009/52 tarih ve sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, bkz.: ABL.2009 L 168/24

<sup>39</sup> 2011/38 tarih ve sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi, bkz.: ABL.2011 L 101/1

getirmektedir.<sup>40</sup> Bu ikincil hukuk düzenlemelerini 26.06.2013 tarihinden itibaren bu düzenlemelerin yeni verziyonları takip etmiştir. Bunlar yetkili olan üye devletin başvuruyu münhasıran inceleme yetkisine ilişkin Dublin III tüzüğü, parmak izi tüzüğü (Eurodoc), 2013/33 tarih ve sayılı başvuru yapanın ikâmet koşullarına ilişkin direktif ile birlikte kabul edilen 2013/32 tarih ve sayılı mülteci prosedürüne ilişkin usul direktifi olarak karşımıza çıkmaktadır.

### III - Supranasyonal Birlik Hukuku'nun Etki Şansı, Etkilerine Getirilen Sınırlar ve Etkisine İlişkin Riskler

Supranasyonal Birlik Hukuku'nun etki gösterme şansı mültecilere ilişkin politikaların çerçevesinin iyi çizilerek bunlara ilişkin normatif düzenlemelerin yapılmasına bağlıdır. Bu durum şüphesiz sınır kontrolü olmayan bir iç pazar oluşturmanın bir zorunluluğudur. Supranasyonal Birlik Hukuku'nun bu alanda etkisine getirilen sınırlar AB'nin kendi yapısından kaynaklanmaktadır. Transnasyonal bir yapı olarak anlaşmalar hukukuna göre bir araya gelen üye devletlerin supranasyonal bir mülteci politikası gerçekleştirmesi üye devletlerin sadakat içinde işbirliği yapmasına bağlıdır. Mülteciler konusunda farklı kapasite ve yaklaşımlara sahip olunması supranasyonal mülteci hukuku ve aynı zamanda sınır kontrolü olmayan iç pazar için en önemli tehlikedir. Oluşturulan Avrupa sistemi tehlikeye girdiği takdirde üye devletlerin Birlik iç sınırlarında Schengen sınır codex'i bağlamında etkin kontrollere başlaması mümkündür.<sup>41</sup>

Bu düzenlemeler mültecilerin üye devletler arasında adil dağıtım bakımından özel hükümler içermemektedir. Mülteci kabulünde Dublin III muvacehesinde zımnen mültecinin geldiği dış sınırda yer alan devlet yetkili olarak kabul edilmektedir. Özel hükümler sadece ailelerin birleştirilmesi, refakatsız küçük çocuklar ve insani nedenlerle gönüllü olarak mültecilerin başka bir devlet tarafından alınması durumlarında geçerlidir. Mültecilerin kabulü yükünü uygulamada AB'nin güneyindeki dış sınırda yer alan İtalya ve Yunanistan çekmektedir.

<sup>40</sup> Örneğin Alman İkâmet Kanunu yaşamın ve özgürlüğün tehdit altında olması halinde kendi ülkelerine gönderilmesine sınırlama getirmektedir, bkzn.: Alman İkâmet Kanunu §60, fık.2

<sup>41</sup> bkzn.: 2016/399 sayılı tüzüğün 25.md. vd.

AB organları dış sınırdaki bulunan devletlerin içinde bulunduğu zor durum nedeniyle dayanışma amaçlı geçici somut önlemler alınmasını önermiştir. Komisyon'un 19.04.2015 tarihli planında dile getirilen bu somut önlemler bir gün sonra Konsey'de dış işleri ve iç işleri bakanları tarafından mutlak olarak kabul görmüştür.<sup>42</sup> Şüphesiz başlangıçta mültecilerin üye devletlere dağıtılması konusunda bağlayıcı bir plan öngörülmemiştir. Avrupa Konseyi 23.04.2015'de dayanışma ve sorumluluğa istinaden dış sınırlarda bulunan üye devletlere acil yardım yapılmasını ve mülteci başvurularını birlikte incelemek üzere Avrupa mülteci sorunlarını destekleme bürosuna (European Asylum Support Office, EASO) başvuruların gönderilmesini karara bağlamış (Avrupa Konseyi açıklaması 204/15) ve mültecilerin "zorunlu yerleştirilmeleri" konusunun değerlendirilmesini talep etmiştir.

13 Mayıs 2015'de Komisyon bir Avrupa mülteci ajandası yayınlamıştır.<sup>43</sup> Ajandada Komisyon özellikle AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 78.madde, 3.fıkrasına göre sınırlı bir süre için mültecilerin üye devletler arasında dağıtılması gerekliliğine işaret etmiş ve tüm üye devletlerin fair ve dengeli şekilde bu ortak problemin çözümüne katkı yapmaları çağrısı yapmış; mültecilerin dağıtımında BIP (*Battered Intervention Program*) kriterleri, nüfus, işsizlik oranı, şimdiye dek yapılan mülteci başvuru sayısı, yerleştirilen mültecilerin sayılarının esas alınacağını ifade etmiştir. Uzun bir gecikme ertesinde İtalya ve Yunanistan lehine Konsey somut bir adım atmıştır. Konsey 14 Eylül 2015'te 40.000 mültecinin,<sup>44</sup> 22 Eylül 2015'de 120.000 mültecinin yerlerinin değiştirilmesini karara bağlamıştır.<sup>45</sup> Yer değiştirme için 2 yıllık bir süre öngörülmüştür. Son karar oybirliği ile değil, nitelikli çoğunlukla alınabilmiştir. Slovakya hükümeti ve Macaristan 2 Aralık ve 3 Aralık 2015'de kararın Dublin III tüzüğünde öngörülen düzenlemenin karar alma prosedürü ile değiştirilemeyeceği, bunun dışında alınan kararın hukuka güven, açıklık, gereklilik ve ölçülülük prensiplerini ihlâl ettiği gerekçesi ile iptal davası açmıştır.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Avrupa Komisyonu basın açıklaması için bkz.: 20.04.2015, IP-15-4813

<sup>43</sup> COM (2015) 240 final

<sup>44</sup> 2015/1523 tarih ve sayılı karar

<sup>45</sup> 2015/1501 tarih ve sayılı karar

<sup>46</sup> bkz.: Rs C-643/15 Slovakya Cumhuriyeti/Konsey; Rs C-647/15 Macaristan/Konsey

Polonya müdahil olarak davaya katılmıştır. Diğer taraftan Komisyon 10 Aralık 2015’de 5 üye devleti Ortak Avrupa Mülteci Sistemi’ni ulusal hukuklarında eksik düzenledikleri ve uyguladıkları gerekçesi ile uyarmıştır.<sup>47</sup> Ocak 2016’da Komisyon Yunanistan ve İtalya’nın mülteci akını nedeniyle aşırı baskı altında olduğunu ve Dublin düzenlemesinin gelecek için bir çözüm vaat etmediğini saptamış (Avrupa Komisyonu basın açıklaması 13.1.2016 – IP/16/65), tüzüğün mültecilerin üye devletlerin nüfusuna ve ekonomik gücüne göre dağılımına yönelik bir program içermediğine işaret etmiştir. Komisyon 6 Nisan 2016’da Ortak Avrupa Mülteci Sistemi’nin reformunu gündeme getirmiştir (COM (2016) 197 final). Bu reform hazırlığına istinat eden önerisinin ilk bölümünü 4 Mayıs 2015’de (COM (2016) 270 final), ikinci bölümünü ise 13 Temmuz 2016’da (Avrupa Komisyonu basın açıklaması 13.7.2016 IP/16/2433) ilan etmiştir.

## SONUÇ

Supranasyonal Birlik Hukuku’nda son zamanlarda en önemli eleştiri konusu zorunlu kota uygulamasıdır. Konsey’de oy çokluğu ile alınan kararlar herbir üye devlet için zorunlu mülteci kotası belirlenmiştir. Bunun da fiilen gerçekleştirilebilirlik olasılığı dikkate alınmayarak öngörülen bir mükellefiyet olduğu düşünülmektedir. Birlik Hukuku’nun etki gösterme risklerinin önlenmesi bağlamında dayanışma prensibi gündeme getirilmektedir. AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme’nin 80.maddesinde açıkça dile gelen dayanışma kuralının aynı zamanda dış sınırları uluslararası koruma arayan çok sayıda mülteci tarafından aşılınan üye devletlere Birlik Hukuku’ndan doğan mükellefiyetlerin yerine getirilebilmeleri için mali, personel ve operatif destek sağlanması gerektirdiğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Bir ya da birkaç üye devletin yalnız başına mülteciler hukukundan yükü çekmek zorunda kalması, dayanışma kuralının inanılmazlığını riske sokmaktadır. Komisyon 4.5.2016 tarihli Dublin sisteminin reformuna ilişkin dürüst ve sürdürülebilir ortak mülteci politikası önerisinde ayak basılan ilk AB üyesi devletin yetkili olması prensibini korumakla beraber (AB içinde aile fertlerinin bulunduğu üye devletin yetkisinin önceliği saklı kalmak üzere) mülteci alımı ile ortaya çıkan

<sup>47</sup> bkzn.: [http://europa-eu/rapid/press-release-IP-15-6276\\_de.htm](http://europa-eu/rapid/press-release-IP-15-6276_de.htm) (01.10.2020)

yükün mülteci sistemi üzerinde ölçü dışı bir baskı oluşturması halinde yükün paylaşılmasını ve bu şekilde üye devletlerin sorunla yalnız baş etmek zorunda kalmasını önlemeye matuf görüşler ileri sürmüştür. Supranasyonal Birlik Hukuku'nun varlığını korumasında bu önerilerin çözüm oluşturacağı düşünülmektedir.

### **Kaynakça**

#### **Makale**

Gsellmann Theresa, Grenzkontrollen sorgen für Stauchchaos; bknz.: <http://kurier.at/chronik/burgenland/grenzkontrollen-sorgen-fuer-stauchchaos/208.078.929>.

#### **Kitap**

Müller Graff, Peter Christian, Art.67 Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtsbknz.: Frankfurter Kommentar zum Unionsrecht, AUV, GRC und AEUV; AEUV Titel V, Kapitel I, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2017.

#### **Mahkeme Kararı Yorumu**

Schuberth Michael Die Nichtigkeit der Slowakei und Ungarn gegen die Notfallumsiedlung aus Italien und Griechenland -Eine rechtliche Erörterung der EuGH, Rs. C-643/15 und C-647, Saar Blueprints 11/2016 DE.





# HUKUKİ POZİTİVİZMİN NORMATİFLİĞİ: FEMİNİST PERSPEKTİFTEN BİR İNCELEME

## THE NORMATIVITY OF LEGAL POSITIVISM: AN ANALYSIS FROM THE FEMINIST PERSPECTIVE

Elif Can ÇALICI\*

**Özet:** Hukuk felsefesi geleneğini belirleyen iki ana hattan biri olan hukuki pozitivism, doğal hukuk teorisiyle karşıtlığı üzerinden tartışılmıştır. Her bir teorinin ikna kabiliyetine göre hukukçular, hukuktan ne anladıklarını bu karşıtlık üzerinden test etmiş ve konularını belirlemişlerdir. Hukukun iktidarın koyduğu kurallarla özdeşleştirilmesi anlamında hukuki pozitivismin günahları çokça tartışılmış olup, feminizm de onun sıkı eleştirmenlerinden biridir. Buna rağmen günümüzde hukuki pozitivismin normatif bir teori olarak yeniden ele alınması yönünde çabalar mevcuttur. Bu çalışmada, hukuki pozitivismin günahlarından biri olarak erkek egemen kültüre aracılık etme rolünü üstlenme eğilimi, kadınların hak mücadeleleri aracılığıyla pozitif hukukta gerçekleştirdikleri değişimle birlikte ele alınmakta, normatif bir hukuki pozitivism anlayışı kurma yönündeki çabaların bu eğilime yanıt verip veremeyeceği tartışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuki Pozitivism, Normatif Hukuki Pozitivism, Feminizm, Hak Mücadeleleri, Kadın Hakları

**Abstract:** As one of the two main determiners in the tradition of philosophy of law, legal positivism has been defined opposite to natural law theory. With regard to each theory's capability to convince, lawyers have tested their understandings of law based on that opposition and established their positions on the matter. Sins of legal positivism in the context of identifying the law with the rules established by the political power has long been a subject of much discussion, and feminism is one of its rigorous critics as well. Nevertheless, there are efforts today to reconsider legal positivism as a normative theory. In this study, legal positivism's tendency to mediate the patriarchy as one of its sins will be handled with the changes in positive law by means of women's struggle of rights, and whether the efforts to establish an understanding of normative legal positivism can respond to that inclination will be discussed.

**Keywords:** Legal Positivism, Normative Legal Positivism, Feminism, Struggle for Rights, Women's Rights

---

\* Arş. Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, calici.elif@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7510-2536, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.10.2020, Kabul Tarihi: 27.10.2020

## Giriş

Hukukun ne olduğu sorusunun esasen iki ana cevabı vardır: İdealist olan ve olmayan.<sup>1</sup> Hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi anlamlandırmadaki güçlüğün ardında, şu iki hakikat yatar: Hukuk, aynı anda hem kendisinden pek de kolay vazgeçilemeyecek kadar değerli bir olgu, hem de birçok kötülüğün kaynağı olabilmektedir. Burada kötülüğü ortaya çıkararak esas kaynak insanlığın kendisi olmakla birlikte hukuk, uygulamaları aracılığıyla onun ortaya çıkarılmasına olanak sağlama anlamında önemli bir rol oynar. Başka bir deyişle hukuk, hem “iyi” hem de “kötü” olma potansiyelini taşır. Bu iki ihtimal, hukuk-ahlak ilişkisinin niteliğiyle yakından ilgilidir. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olup olmadığı sorunu, hukuk felsefesi tarihindeki iki ana akımı birbirinden ayırt etmedeki temel ölçüt olarak kabul edilmiştir. Böyle bir bağlantıyı kabul eden çizgi doğal hukukçular, reddeden çizgi ise hukuki pozitivistler olarak adlandırılmıştır. Buradaki problem ise ayırım yapma işinin kendisinde değil, bugün hala bu ayırımı yapmaya devam etmekte gibi görünmektedir.<sup>2</sup>

Hukukçular pozitif, yani vazedilmiş veya konulmuş kuralların hukuk uygulamasında hiçbir zaman mükemmel bir biçimde işe yaramadığını, burada daima eksik veya kusurlu bir yön bulunabileceğini bilirler. Hukuk kuralları genel olmak zorundadırlar, fakat tekil olaylardaki adalet sorunu da genel kurallarla giderilememektedir. Bu nedenle ahlaki kural veya ilkelerin, uygulanması gereken asıl kurallar veya ilkeler olduğu, doğal hukukçuların yaklaşımıdır.<sup>3</sup> Buna göre beşerî yasaların veya devletin hukukunun dışında ve üstünde bir “hukuk” vardır ve bu hukuk, beşerî hukuka rehberlik eder. Bu rehberliği kabul etmeyen bir hukuk ise ancak yanlış bir adlandırma olabilir. Zira böyle bir normatif düzen, hukuk olarak adlandırılmayı hak etmez.<sup>4</sup>

Hukuki pozitivizm ise tarihsel olarak doğal hukuk teorisinden sonraki bir zamanda ortaya çıkmış olup, 18. yüzyılda pozitivizmin ku-

<sup>1</sup> Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?* Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017, s. 25.

<sup>2</sup> Joseph Raz, “About Morality and the Nature of Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, S. 48, 2003, s. 1, 2.

<sup>3</sup> Ertuğrul Uzun, “H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 163.

<sup>4</sup> Ertuğrul Uzun, “Pozitivizmi Prokrustes’ten Kurtarmak”, *Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 1, 2019, s. 70.

rucuları olarak görülen isimler, karşılarında hukukun, hakkın, adaletin ve hükmetme yetkisinin birkaç binyıllık geçmişe sahip idealist bir kavramlaştırmasını bulmuşlardır. Hukuki pozitivistizmin ortaya çıkışı, materyalist felsefenin benimsenmesiyle, sekülerleşmeyle ve modernleşmeyle yakından ilgilidir. Teorinin arka planında dünyaya ilişkin bilgide idealizmin ve erekselliğin reddi ile dini düşüncenin politika anlayışı üzerindeki etkisini kaybetmesi bulunmaktadır. Bu gelişmelerin etkisiyle pozitivistler, hukuku teşhis etmek için önlerindeki alternatiflerden ideal dünya ile maddi dünya arasında ikincisi lehine tercihte bulunmuşlardır. Pozitivistin sorusu “Mahkemelerin uygulaması gereken hukuk nedir?” olup, soruyu bu şekilde sormanın önemi, soruyu sorarken eksik bırakılan unsurlarda yatar. Bu soru ile “Bireylerin uyması gereken hukuk nedir?” ve “İktidar hangi kuralları çıkarmalıdır?” sorularının birbirinden ayrı cevaplanabileceğini kabul etmekle pozitivist, hukuku iktidarın eylemlerinde veya toplumsal olgularda arama tercihinde bulunur.<sup>5</sup>

Hukuk felsefesi geleneğinde hukuki pozitivistizm ve doğal hukuk teorileri, birbirine karşıt bir biçimde konumlandırılır. Fakat her ikisi de ortaya çıkışlarından bu yana çağın gereklerine uygun gelişmeler göstermişlerdir. Hatta bu gelişmeler sonucunda bu teoriler arasında kesin bir ayrımın kalmadığı iddia edilmektedir.<sup>6</sup> Hukuki pozitivistizmin hukukun doğasına dair deskriptif bir teori olmadığı (en azından tamamen böyle olmadığı) ve esasen normatif bir teori olduğu iddiası ise, son zamanlarda hem pozitivistler hem de pozitivistizm karşıtları arasında oldukça popüler hale gelmiştir. Bu konuda bazı düşünürler makul bir normatif hukuki pozitivistizm biçiminin geliştirilebileceğini, bazıları ise hukuki pozitivistizmin her zaman normatif bir teori olageldiğini ve ancak bu şekilde savunulabileceğini düşünmektedirler.<sup>7</sup>

Hukuki pozitivistizme karşıt bir biçimde konumlandırılan teorilerden biri de feminizmdir. Pozitivist hukuk düşüncesinde yaygın olan birtakım ön kabuller, feminist eleştirilerle karşılaşmışlardır.<sup>8</sup> Feminist

<sup>5</sup> Uzun, “Pozitivistizmi Prokrustes’ten Kurtarmak”, s. 72, 73.

<sup>6</sup> Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivistizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, s. 145.

<sup>7</sup> Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, S. 26, 2006, s. 683.

<sup>8</sup> Nicola Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*,

hukuk literatüründe geleneksel hukuk teorileri, hukuka dair eril teoriler olarak görülmüştür. Hukuki pozitivizmin temel iddiaları ise, onun kavramsal olarak sınırlılığı ve hukukun nötr bir yapı olduğu iddiasıyla toplumsal cinsiyet kalıplarını pekiştirmesi yönlerinden feminist hukukçuların eleştirilerine konu olmuştur.<sup>9</sup> Bütün “izm”ler gibi elbette feminizmin de tek bir sesi yoktur. Sabit, içeriği ve sınırları belirli bir alan olmayan feminizm, aksine, içerisinde çeşitli “çatışan feminizmler” barındırır. Kadının mücadelesi açısından gerekli olan, bunların tümünü göz önüne almak, yeri geldiğinde sentezlemektir.<sup>10</sup> Zira feminizm, kadınların cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılığa uğramasını engelleme ve cinsiyet eşitliğini sağlama yolundaki tüm çabaların adıdır.<sup>11</sup> Kadınların kendilerini gerçekleştirebilmeleri için var olan tüm potansiyelleri eşitlikçi bir biçimde kullanabilmeleri ve bu süreç aracılığıyla toplumun kendisinin de dönüşümüdür.<sup>12</sup> Kadınların taleplerinin hala güncelliğini koruyor olduğu, ampirik verilere bakılarak net bir biçimde görülebilir. Birer yurttaşlık hakkı olarak kadın hakları çeşitli pozitif hukuk düzenlemeleriyle büyük ölçüde sağlanmış olan ülkelerde dahi kadınlar, açıkça ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu çelişki görüldüğünde, feminist proje kaçınılmaz hale gelmektedir.<sup>13</sup>

“Akademik olan” ile “politik olan” arasında keskin ayrımlar olmadığı gibi, feminist politika ile teori de birbirinden ayrı şeyler değildir.<sup>14</sup> Feminist teori, bir toplumsal hareket olarak feminizmden hiçbir zaman ayrı değildir. Hareketin olmadığı bir ortamda feminist teorinin hiçbir içeriği olamayacağı gibi, çeşitli yön ve biçimleriyle feminist hareket de her zaman teoriyle iç içedir. Zira teori üretme işinin kendisi, yalnızca akademiyle sınırlı değildir. Ne zaman bir olanak tahayyül edilse, kolektif bir özdeşünüm yapılsa, değerler, öncelikler ve dil üzerine bir tartışma doğsa, bir teori ortaya çıkar. Temel meseleler üzerinde birbiriyle çatışan

Hart Publishing, Oxford 1998, s. 4, 5.

<sup>9</sup> Hilaire Barnett, Sourcebook on Feminist Jurisprudence, Cavendish Publishing Limited, London 1997, s. 301.

<sup>10</sup> Linda Nicholson, “Giriş”, Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017, s. 10-17.

<sup>11</sup> Herta Nagl-Docekal, “Feminist Felsefenin Geleceği”, Cogito, S. 58, 2009, s. 219.

<sup>12</sup> Dicle Koğacıoğlu, “Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinsiyetleri Örneği”, Cogito, S. 58, 2009, s. 376.

<sup>13</sup> Nagl-Docekal, s. 220.

<sup>14</sup> Alev Özkazanç, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk: Feminist Yazılar, Dipnot Yayınları, Ankara 2019, s. 11.

yorumları evcilleştirmeden içerebilen bir hareket, büyük bir demokratik değer taşır. Bu anlamda feminizme, üzerinde tartışmasız olarak uzlaşılan önermelerin bulunmadığı bir alan olarak yaklaşmak gerekir.<sup>15</sup>

Feminist araştırmalar, pozitivist yaklaşımın bir ürünü olan araştırma konusuna karşı tarafsızlık ve değerden arınmış bakış açısı yerine, kısmi özdeşleşmeyi gerektiren bilinçli taraflılık ilkesinden yola çıkar. Bu ilke, araştırma konusu kadar araştırmacıyı da kapsar ve araştırma sürecini hiyerarşik bir süreç olarak değil, katılımcı bir süreç olarak kurmaya çabalar. Feminizm içerisinde hukuk uygulamasında karşılaşılan her yeni engelin teorik saptamalar ile aşılmaya çalışılması, teorideki boşlukların ise uygulamada ortaya çıkarılması, hak tartışmalarına önemli katkılarda bulunmuştur. Teoriyle sınırlı kalındığında belirsiz olarak görülebilecek ya da uygulamada işlevsiz olacak sonuçlar yerine, toplumsal gerçekliğe uygun tespitler yapılabilmektedir.<sup>16</sup> Feminizm, geleneksel hukuk teorileri olarak hem doğal hukuku hem de hukuki pozitivismi reddetme eğilimindedir. Soyut ve evrensel nitelikli kural-lara dayanılmasına ve güvenilmesine şüpheyle yaklaşan feminizm, hukuka tarihi, sosyal ve politik bir perspektiften bakılmasını önerir. Fakat hukukun aradığı gerçek her ne ise, pozitivist geleneğin ölçüt ve yöntemleriyle bunun tespit edilemeyeceği de açıktır.<sup>17</sup>

Bu çalışmada, hukuki pozitivismine yöneltilen feminist eleştirilerin normatif hukuki pozitivism anlayışıyla karşılanıp karşılanamayacağı tartışılmaktadır. Bu amaçla ilk olarak feministlerin hukuki pozitivismine yönelik eleştirilerine yer verilecek, ardından normatif hukuki pozitivism tartışmaları aktarılacak ve son olarak feministlerin hukukun pozitif değişimindeki rollerinin niteliği belirlenecektir.

## 1. Hukuki Pozitivizmin Feminist Eleştirisi

Toplumsal cinsiyet, hem baskı ve egemenliğe dayalı ayrımcı, eşitsiz bir toplumsal düzeni, hem de bu ilişkinin taraflarını oluşturan toplumsal grupları, yani egemenlik ilişkisi içindeki kadın ve er-

<sup>15</sup> Judith Butler, *Undoing Gender*, Routledge, New York 2014, s. 175, 176.

<sup>16</sup> F. Ceren Akçabay, "Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı", *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları*, Ed. Bora Erdağı, NotaBene Yayınları, Ankara 2015, s. 115, 116.

<sup>17</sup> Adnan Güriz, *Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk*, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s. 145,146.

kek kategorilerini ifade eder.<sup>18</sup> Toplumsal cinsiyet hiyerarşisi, kadını “erkek olmayan” a indirgeyerek kadının ele alınışını cinsiyet farklılığıyla sınırlar.<sup>19</sup> Başlarda “cinsiyet” kavramı ile karşıtlık ilişkisi içinde tanımlanan, fakat feministlerin yeni bir anlam yükleyerek kullanıma soktukları “toplumsal cinsiyet” kavramı, 1970’li yıllardan günümüze kadar merkezi önemini korumuştur.<sup>20</sup> Bu yıllarda iktidar ve eşitsizlik temaları etrafında geniş bir entelektüel alanın yeniden şekillenmesi söz konusudur. Burada itici güç, büyük ölçüde akademikleşmiş olan teori ile radikal politika arasında yeniden bir bağlantı kurulmasıdır. Cinsel özgürleşme hareketleri, yeni bir teorisyen kuşağın temel konularını tanımlamıştır. Böylelikle teori, toplumsal cinsiyeti barındıran ilişkilerin nasıl ve ne ölçüde dönüştürülebilecekleri sorunu üzerinde yoğunlaşarak, stratejik bir teori biçimine de bürünmüştür.<sup>21</sup> Kadınların toplum içindeki rollerinin ve haklarının genişlemesini engelleyen şeylerin doğa, biyoloji ya da psikolojiden ziyade gelenek görenekler ya da belirli düşünce kalıpları olduğunu görmek, pek de zor olmasa gerektir. Bu bakımdan feminist kuramcılar, toplumsal cinsiyete ilişkin geleneksel ideolojilerle mücadele ederken, kadınların erkeklere göre doğuştan daha aşağı konumda buldukları ya da irrasyonel varlıklar oldukları türünden iddiaların üstesinden gelmek için oldukça büyük bir çaba göstermişlerdir.<sup>22</sup>

Cinsiyet eşitsizliğine karşı mücadele eden kadınlardan öğrenilecek belki de ilk ders, bu eşitsiz sistemin doğal, tanrısal veya biyolojik kökenli olduğunun reddedilmesi, kadınlık ve erkeklığın toplumsal iktidar ilişkileri yoluyla kurulduğunun vurgulanmasıdır. Toplumsal cinsiyetin bilim alanında açığa çıkarılması ise, kadınların bilim alanından dışlanmış oldukları gerçeğini ve yine kadınların bilime katkılarını gün yüzüne çıkarmakla yetinmeyecek, esasen bütün bir bilimsel bilgi alanının nasıl cinsiyetlendirilmiş olduğunu ortaya koymayı gerektire-

<sup>18</sup> Gülnur Acar Savran, *Feminizm Yazıları: Kuramdan Politikaya*, Dipnot Yayınları, Ankara 2018, s. 114.

<sup>19</sup> Drucilla Cornell, “Etik Feminizm Nedir?”, *Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi*, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017, s. 86.

<sup>20</sup> Alev Özkazanç, “Bilim ve Toplumsal Cinsiyet”, II. Kadın Hekimlik ve Kadın Sağlığı Kongresi: Kadını Görmeyen Bilim ve Sağlık Politikaları, 20-23 Mayıs 2010, Kongre Kitabı, s. 16.

<sup>21</sup> R. W. Connell, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, Çev. Cem Soydemir, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016, s. 59.

<sup>22</sup> Tina Chanter, *Toplumsal Cinsiyet*, Fol Yay., Ankara, 2019, s. 21.

cektir.<sup>23</sup> Kendinden önceki modernist bilim anlayışının tarafsızlık ve objektiflik iddialarını eleştiren feminizm, yine modernite sınırlarında kalarak, başka bir deyişle modernitenin modernist bir eleştirisini yaparak, kadın ezilmişliği ve ikincilleştirilmesini sonra erdirmek amacıyla politika, kuram, metodoloji ve araştırma üretmeye odaklanmıştır. Nesnel ve tarafsız bir bilimsel bilgi ortaya koymayı hedefleyen pozitivist bilim anlayışının aksine feminizm, kadın öznelliğinin bilimsel bilginin nesnesi olabileceğini ortaya koymuş ve bunu kadın mücadelesinin zeminini hazırlamak gibi politik bir gerekçeyle yapmıştır.<sup>24</sup>

Nesnel gerçeklik idealinde ideal bilgi nesnesinin zamansız, değişmez ve tarih dışı olması beklenir. Dolayısıyla öznenin insan haklarının soyut taşıyıcısı olduğu varsayıp, insan hakları da insanlığın uluslararası ve tarih ötesi evrensel özelliklerine dayanır. Bütün özneler bir örnek kabul edildiğinden bireysel farklılıklar raslantısal olarak görülüp, bu farklılıkların felsefenin gündeminden uzak kalması gerektiği kabul edilir. Meşru sayılabilecek bir felsefi araştırma evrensel, nesnel ve tarafsız olduğu kabul edilen gerçeklerin arayışındadır. Feministler ise nesnellik paradigmasını benimseyen bilimsel bilginin dahi önyargısız ve yansız olmadığını farkındadırlar. Bilgi önemli ölçüde toplumsal olarak inşa edildiğinden, onun tarih dışı ya da değişmez olduğunu düşünmek mümkün değildir. Bu durumda özneler de birbiriyle özdeş kabul edilemez. Bireysel farklılıklar ve özneler ile onların içinde buldukları topluluklar arasındaki iletişim, felsefenin araştırma konusu olmalıdır.<sup>25</sup>

Feminist felsefe, kadınların, erkeklerin yetersiz birer karşılıkları ya da onlara yakın varlıklar olarak değil, kendileri olarak düşünmeleri ve yazmalarına olanak tanıyacak başka türlü bir açılım yaratma çabasıdır. Bu açılım, içerisinde çeşitli söylemleri, perspektifleri ve (birbirine karşıt olanlar da dahil) çıkarları barındırmaktadır. Burada tek bir feminizm biçiminin diğerleri üzerinde egemenlik kurması söz konusu değildir. Kendi köklerinin tarihsel olarak ataerkil metinlerde olduğunu kabul eden feminist felsefenin geleceği, bu tarihin ötesine geçebilecek bir yönelim taşır. Dolayısıyla onu “feminist” yapan konu-

<sup>23</sup> Özkazanç, “Bilim ve Toplumsal Cinsiyet”, s. 16.

<sup>24</sup> Mehmet Bozok, “Feminizmin Erkekler Cephesindeki Yankısı: Erkekler ve Erkeklik Üzerine Eleştirel İncelemeler”, *Cogito*, S. 58, 2009, s. 269, 270.

<sup>25</sup> Chanter, s. 103, 104.

sı veya nesnesi değil, binlerce yıldır egemen olan kavramların, terimlerin, yöntemlerin yerine yenilerinin yaratılması çabası olarak, onun perspektifidir.<sup>26</sup>

Sınırlı hukuki taleplerle başlayıp bugün farklı bir sistem oluşturma çabasına varan gelişimi içerisinde feminizm, hukuk ile arasındaki bağı hep korumuş, hukukun ne olduğuna ve ne olması gerektiğine ilişkin sorulara kendisine özgü yanıtlar vererek feminist bir hukuk teorisinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Kadın hakları mücadelesinin hukuksal alanda sürdürülmesiyle birlikte hukuka yönelik feminist tartışmalar artmış, toplumsal cinsiyet ile hukuk arasındaki ilişki, akademik alana ve hukuk uygulamasına taşınmıştır.<sup>27</sup> Bu başlık altında yer vereceğimiz eleştiriler ise normatif hukuki pozitivizm anlayışlarından ziyade, genel olarak hukuk sistemine ve geleneksel hukuki pozitivizme yönelmiştir.

Birbirinden pek çok konuda farklılaşan görüşlerin hukuki pozitivizm çatısı altında buluşması, kuramın tanımlanmasını epey güçleştirmektedir.<sup>28</sup> Herhangi bir disiplinin herhangi bir düşünce okuluna ait herhangi etiket gibi, "hukuki pozitivist" etiketi de belirsiz bir biçimde kullanılmaktadır. Bu nedenle Neil MacCormick, "pozitivistler kulübü"ne üyelik için iki şart aradığını belirtmekte, bunları belirleyen ilkeleri ise şöyle özetlemektedir: İlk olarak "Hukukun varlığı, tüm hukuk sistemlerine uyarlanabilen evrensel ahlaki değerlerin karşılanmasına bağlı değildir." İkinci olarak ise "Hukukun varlığı, toplum içerisinde insanların verdiği kararlarla oluşturulmasına bağlıdır." İlk ilke, aslında bir inançsızlığı yansıtır. Aristoteles'ten Montesquieu'ye gelene kadar doğal hukukçular, pozitif hukukun varlığını ve geçerliliğini, insan yapımı kurumlardan bağımsız bir doğal hukuka dayandırırken; hukuk düşüncesindeki Bentham'cı devrim, doğal ahlaki normlar ile onlardan türeyen doğal hakların "sahteliğini" göstermeyi amaçlamıştır. İkinci ilke ise, Bentham ve ardıllarının, hukukun egemenin buyruğu olduğu görüşünü icat etmeyip, egemenin bu otoritesini herhangi bir üstün doğal hukuka borçlu olmadığını göstermiş olmalarını vurgulamaktadır.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Fatmagül Berktaş, "Felsefe ve Kadın: Zor Bir İlişki", *Cogito*, S. 6-7, 1996, s. 456.

<sup>27</sup> Akçabay, s. 107, 108.

<sup>28</sup> Şule Şahin Ceylan, "H. L. A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlak İlişkisi", H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 39.

<sup>29</sup> Neil MacCormick, "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, C. 1, S. 2, 1981, s.



Geleneksel hukuki pozitivistin temel tezlerini, sosyal kaynaklar tezi ve ayrılabilirlik tezi oluşturur. Sosyal kaynaklar tezinde, belirli bir toplumda hukuk olarak değerlendirilen şeyin, sosyal olgu veya konvansiyon konusu olduğu ileri sürülür. Bu tez çerçevesinde pozitivistler, hukuku ahlaki olarak değil sosyal olgu konusu olarak açıklamaya çalışırlar. Ayrılabilirlik tezi ise, hukuk ile ahlakilik arasında zorunlu veya kurucu bir ilişkiden ziyade raslantısal bir ilişki bulunduğu iddiasına dayanır.<sup>30</sup> Dışlayıcı ve kapsayıcı pozitivism ayrımı olarak da nitelenebilecek olan bu ayrım, hukuk normlarının karşılması gereken koşullarda düşülen anlaşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, en azından tüm hukuki pozitivist akımların, hukuk normlarının varlık koşullarını ve hukuka dahil olma kriterlerini açıkça belirlediği söylenebilir.<sup>31</sup>

Pozitivist geleneğin başlıca temsilcileri olan John Austin, Hans Kelsen ve H. L. A. Hart, farklı pozitivism analizleri sunsalar da temel vurguları ortaktır.<sup>32</sup> Austin'in "buyruk kuramı", hukuku ahlaken tarafsız bir biçimde betimlemekte, hukukun kaynağını, egemenin buyruklarında aramaktadır. Eleştirilecek ve değiştirilecek olan hukukun ne olduğu ile ilgilenen Austin, hukukçunun ele alacağı konunun sınırlarını açık bir şekilde belirlemiştir: Hukukbilimin konusu, pozitif yasadır.<sup>33</sup> Üstelik "Var olan bir yasa, ondan hoşlanmasak veya o, benimsediğimiz standartlardan ayrılabilir bile yasadır."<sup>34</sup> Kelsen'in "saf hukuk kuramı", salt hukuka uygun bir metodoloji geliştirmeyi uygun görmekte, başka bir deyişle, hukuki bilgi metodunun saflığı iddiasını ortaya atmaktadır. Kelsen için hukuk hem doğa bilimlerinden hem de etikten ayrıdır. Burada hukuk, normatif bir düzeni ifade etmekle birlikte, olan hukuk geçerli hukuk olarak kabul edilir ve hangi hukukun daha iyi olduğuna dair bir soruşturmaya girilmez. Hukuk düzeni adeta "tavandan tabana bir yetkiler çağlayanı, tabandan tavana da bir

---

132-134.

<sup>30</sup> Uygur, "Hukuki Pozitivistin Değişen Yüzü mü?", s. 147, 152.

<sup>31</sup> Ceylan, s. 40.

<sup>32</sup> Barnett, s. 302.

<sup>33</sup> Ertuğrul Uzun, "John Austin: Analitik Pozitivism", Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 11-15.

<sup>34</sup> John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/ Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul 2014, s. 126.

normlar merdivenidir.”<sup>35</sup> Öncülleri Austin ve Kelsen’i eleştirerek bu geleneği bambaşka bir yere taşıyan Hart’ın hukuki pozitivizmi ise yasaların bazı ahlaki gereklilikler yaratması ya da bu gereklilikleri yerine getirmesi gibi bir zorunluluğun bulunmadığına yönelik bir iddiayı içerir. Hukuk, kuralların sistemik birliğidir.<sup>36</sup> Hukuk ve ahlakın kapsamları birbirinden farklı olup, bir hukuk sisteminin mevcudiyeti de ahlaki içeriğine bağlı değildir. Hukuk, ahlaktan etkilenebileceği gibi, bazen ahlaki kriterler barındırabilir ve hatta ahlak ve adaletle uyumlu, “iyi” bir hukuk düzeni, böyle olmayan bir başkasına tercih edilebilir. Fakat hukukun ne olduğu ve ne olması gerektiği, yine de birbirinden farklı şeylerdir.<sup>37</sup>

Hukuki pozitivizm, hukukun “resmi” halini, başka bir deyişle hukukun kendisine dair açıklamalarını yansıtır. Hukukun ve hukuk sistemlerinin özelliklerini belirleme ihtiyacı duyan pozitivist düşünürler, hukuku bilimsel olarak tasvir etmeye yönelmişlerdir. Pozitivist perspektif için merkezi önemde olan konu, hukuk sisteminin haklılığı veya iyiliği değil, egemenler tarafından yürürlüğe konan hukukun temel kavramlarının belirlenmesidir. Hukuki pozitivizmin bu temel iddiaları, feminist perspektif tarafından eksik bulunmuştur.<sup>38</sup> Feminist hukuk teorisi, toplumsal cinsiyetin hukukun yapılması, uygulanması, yorumlanması ve gelişmesini etkilediği iddiasındadır. Kadın mücadelesinin hukuka yansımalarıyla birlikte ortaya çıkan bu teoride eşitsizliğin temel kaynağı, ataerkil ideolojiyi yansıtan toplumsal cinsiyettir. Farklı yaklaşımları bünyesinde barındırmakla birlikte feminist hukuk teorisyenlerini birleştiren düşünce, toplumun bir uzantısı olan hukukun da ataerkil olduğudur.<sup>39</sup> Bu bağlamda “hukuk adaletsizdir”, feminist hareketin hukuka yönelik olarak ortaya koyduğu bir slogandır. Böyle bir önermeden hareket edilmesi gerekliliği ise hem mevcut hukuk normlarından hem de onların uygulamalarından anlaşılacaktır.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Norbert Bobbio, “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, Çev. Emre Öktem, Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost Yayınları, Ankara 2000, s. 467. Aktaran: Kasım Akbaş, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 29-47

<sup>36</sup> Uzun, “H. L. A. Hart”, s. 146.

<sup>37</sup> Ceylan, s. 41.

<sup>38</sup> Barnett, s. 301, 302.

<sup>39</sup> Gülriz Uygur/İrem Çağlar, “Hukuk”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2011, s. 158.

<sup>40</sup> Gülriz Uygur, “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, *Ankara Baro-*

Kadınların hukuktaki ve hayattaki tanımlanışları, kadınlara ait değildir. Hem hukuk normlarında hem de onların uygulanışında kadınlar, kendilerini gördükleri gerçek biçimiyle kadın değillerdir. Bu alanlarda kadınları yine kadınların bakış açısından görmek mümkün değildir.<sup>41</sup>

Arka planında bir yandan Aydınlanma süreci ve sanayileşmenin, bir yandan da ataerkilliğin modern/kapitalist biçimine bürünmesinin bulunduğu tarihsel süreçte yeni bir kadınlık normu oluşturulmuştur. Modern/kapitalist ataerkil yapıya özgü cinsiyetçi iş bölümünde kadın emeği görünmeyen ve karşılıksız bir emek olup, biyolojik bir süreç olarak kurulmaktadır. Bu düzende söylemsel, ideolojik ve hukuksal düzlemlerde eşit yurttaşlığa ve eşit haklara işaret eden bir paradigma hakimdir. Fakat bu söylemin ardında kadınlar ve erkekler arasındaki eşitsizlik ve egemenlik ilişkisi, bu sefer eşit haklara dayalı bir hukuksal düzenleme çerçevesinde devam eder.<sup>42</sup> Hukuk, kadınları birer hukuk öznesi olarak kurarken, bunu onları koruma saikiyle yapar. Bu sebeple de hukukun adaletsizliğine karşı yine hukukun kendisinden adalet talep etmek, mağdurun mağduriyete mahkûm edilmesiyle, koruma niyetiyle daha çok hapsedilmesiyle sonuçlanır. Hukukun ilgisinin suçludan mağdura kayması ve böylece mağdurun suça yol açacak özelliklerini araştıran Viktimoloji gibi bir alanı icat etmiş olması bile, eril hukukun aslında faili değil mağduru hapsedtiğinin bir temsilidir. Şiddeti engellemektense şiddete maruz bırakılanı kısıtlamayı seçen hukuk, koşullar ne olursa olsun mağdurun suçunu sabitler: Mağdur tahrik etmiştir, temkinsizdir, en iyi ihtimalle dikkatsizdir ve bu sebeple de başına gelenlerden sorumludur. Hukuk, “su testisi su yolunda kırılır” söylemi üzerinden sorunu mağdurun korunamaması olarak belirler. Hukuki mücadelenin kadının güçlenmesine fayda sağlayacağını savunan düşünürler ise kadınları çok daha kırılğan varlıklar olarak resmetmektedir.<sup>43</sup>

Nicola Lacey’e göre yakın zamanlarda Sosyo-Hukuki Çalışmalar, Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi birçok önemli düşünsel hareket,

*su Dergisi*, S. 4, 2015, s. 122.

<sup>41</sup> Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1987, s. 71.

<sup>42</sup> Savran, s. 123.

<sup>43</sup> Toros Güneş Esgün, “Mağduru Korumak”, *Amargi Feminist Dergi*, S. 34, 2014, s. 20, 21.

hukuk eğitimine yaklaşımı yeniden şekillendirmeye başlamıştır. Bu hareketlerin etkisine rağmen çoğu hukuk dersinin düzenlenişi, pozitivist olarak kalmaktadır. Hukuk eğitimi, hukuku görece özerk bir toplumsal olgu olarak baştan varsaymaktadır. Bu eğitimle hem belirli yasaların bilgisinin hem de öğrencilerin bu bilgiyi pratik bağlamda kullanabilecekleri tekniğin verildiği düşünülmektedir. Pozitivist düşüncenin temel bir ilkesi, hukukun biçimsel olarak eşit olan taraflara nötr bir biçimde uygulanan standartlar getirdiğidir. Tarafların hukuki akıl yürütmeye etkili bir biçimde katılıp katılamayacaklarını belirleyen eşitsizlik sorunları, kendisine ana akım hukuk düşüncesinde ve eğitiminde çok az yer bulabilmiştir. Diğer yandan aynı sorunlara feminist hukuk düşüncesinde büyük önem verilmiş, hukuki akıl yürütme sürecinin erilliği sorgulanmıştır.<sup>44</sup>

Ana akım hukuk düşüncesinin standart bir kabulü, hukukun politikadan, etikten ve dinden ayrık, görece özerk bir toplumsal pratik olduğudur. Kelsen'in saf hukuk kuramında uç bir ifadesini bulabileceğimiz bu kabul, pozitivist geleneğin tamamında daha ılımlı hallerde de olsa karşımızdadır. Gerçekten de pozitivistimin tekrar tekrar karşımıza çıkan problemlerinin, yani kurumlara, hukuki olanla olmayan arasındaki sınırlara, hukuki otoritenin kaynağına ve hukukla adalet arasındaki ilişkiye dair problemlerin kaynağı olan husus budur. Hukuk metodunun ayrık ve kendine özgü bir metot olduğuna ilişkin bu ana akım kabul, feminist hukuk teorisi tarafından sorunsallaştırılmıştır. Feminist teori, hukukun cinsiyet kalıplarıyla birlikte güç ilişkilerini yansıtmaya, yeniden üretme, ifade etme, kurma ve pekiştirme biçimlerini ortaya çıkarma amacıyla olduğundan, hukukun otonomluk iddiasını da sorgulamaya açar. Hukuku, onun sınırlarını sürekli olarak aşan daha derin toplumsal, politik ve ekonomik güçlerle birlikte ilerleyen bir pratik olarak sunar. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ideali, bir değişikliği ve yeniden yorumlamayı gerektirir. Feminizm, cinsiyet kalıplarıyla şekillenen bir dünyada hukuk önünde cinsiyet tarafsızlığı ve cinsiyet eşitliği fikrinin bir eleştirisini geliştirmiştir. Bu anlamda feminist hukuk teorisi, hukukun doğruları bildirme, tarafsız veya objektif yargıda bulunma iddialarını, ayrık ve dolayısıyla ulaşılamaz bir bilim alanı kurmasını sorunsallaştırır.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Lacey, s. 4, 5.

<sup>45</sup> Lacey, s. 7.

Margot Stubbs'a göre hukukun feminist eleştirisi, diğer disiplinlerde yapılan feminist araştırmalara yetişmek konusunda başarısız olmuştur. Batı'daki hukuki tartışmaların temel metodolojik yapısını oluşturan bir doktrin olarak hukuki pozitivism, hukukun feminist eleştirisinin gelişmesini engellemiştir. Oysa feminist bir hukuk teorisi, pozitivismin tarih-ötesilik ve evrensellik iddiasını aşmalı ve kapitalist toplumun cinsiyet ve sınıf ilişkilerinin yeniden üretilmesinde hukuki pozitivismin işlevsel ve ideolojik rolünü ortaya koymalıdır. Zira hukuki pozitivism, kavramsal olarak sınırlıdır. Hukukun otonom, kendi kendine yeten bir sistem olduğu ve sınıf ilişkilerinin yeniden üretimine dahil olmadığı anlayışına dayanan bir doktrindir. Gerçekte hukuk, kapitalist üretim ilişkilerine yakından dahil olur ve bir kurum olarak da kadınların ikincil konuma itilmesinde kritik bir rol oynar. Dolayısıyla hukukun pozitivist kavranışı, hukukun eleştirel analizine imkân vermediği için muhafazakâr bir sonuca götürür.<sup>46</sup>

Hukukun feminist bir eleştirisini yapmaktaki zorluk, pozitivist geleneğin hukuk tanımındaki kavramsal sınırlılıkla doğrudan ilgilidir. Hukukun otonomluğunu, yani kadınların bastırılmasına bir kurum olarak dahil olmayan, nötr ve bağımsız bir yapı oluşunu temel alan bir çerçeve içerisinde hukukun feminist bir eleştirisinin yapılması mümkün değildir. Bu yaklaşımın doğal sonucu, kadınların hukukla olan problemlerinin yalnızca belirli hukuk kurallarıyla veya hukukun belirli alanlarıyla ilgili problemler olduğudur. Hukukun feminist eleştirisi ise bu anlayışı reddetmeli ve hukukun bir praksis olarak kavranışını temel almalıdır. Hukuki pozitivism, hukukun oldukça formalist ve apolitik bir kavrayışını sunmaktadır. Bu geleneğin tanımladığı hukuk sistemi, problemin bir parçası değildir. Hukuku dönüştürmek ise feminist perspektif için bile belirli hukuk kurallarını veya hukukun belirli alanlarını değiştirmekle eş anlamlı hale gelmiştir. Bu anlayış elbette feminist stratejide önemli bir yere sahiptir. Fakat hukuk sisteminin kadınların baskı altına alınışını nasıl pekiştirdiği anlaşılacak isteniyorsa, hukukun pozitivist gelenekteki yapay tanımlanışının ötesine geçilmelidir. Feminist perspektiften hukuk, toplumdan bağımsız olarak değil, var olan cinsiyet ve sınıf ilişkilerinin yeniden üretildiği

<sup>46</sup> Margot Stubbs, "Feminism and Legal Positivism", *Australian Journal of Law and Society*, S. 3, 1986, s. 63, 64.

bir pratik olarak anlaşılmalıdır. Hukuk sistemine bu şekilde bir praksis olarak yaklaşmak, onun insanların kendi dünyalarını tanımladığı veya değiştirdiği bir insan eylemi olarak anlaşılmasını gerektirir.<sup>47</sup>

## 2. Normatif Hukuki Pozitivizm

Son zamanlarda hukuk felsefecileri, hukuki pozitivizmin hukuka dair normatif bir tez olarak yeniden biçimlendirilmesi ihtimaline oldukça ilgi göstermektedirler. Bu ihtimal etrafında yapılan tartışmalarla ilgili olarak bu başlık altında değineceğimiz düşünürlerden ilki olan Jeremy Waldron, yaklaşımını “normatif veya etik pozitivizm” olarak adlandırmaktadır. Hukuk ile ahlakın veya hukuki değerlendirme ile ahlaki değerlendirmenin ayrılabilirliği tezinin “iyi bir şey” olabileceği üzerinde duran Waldron’a göre böylesi bir ayrılabilirlik, ahlaki, toplumsal veya politik bir bakış açısından bakıldığında değer verilmesi ve cesaretlendirilmesi gereken bir tavır olup, belki de kaçınılmazdır. Düşünürün kendi pozisyonunu hem normatif hem de etik olarak adlandırması, “normatif” teriminin hukuki pozitivizmi deskriptif veya kavramsal olmaktan ziyade normatif bir tez olarak sunduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla Waldron’un normatif pozitivizmi, hukukun bir normlar sistemi olduğu fikrinden fazlasını ifade etmekte, bizzat hukuki pozitivizmin normatif bir tez olduğunu iddia etmektedir.<sup>48</sup>

Waldron, normatif pozitivizmin modern doğal hukuk teorisinden kolayca ayırt edilemeyecek hale gelmesini olumsuz bulmadığını belirtmektedir. Hukuki pozitivizm ile doğal hukukun birbirinin karşıtı olarak konumlandırıldığı bakış açısı öylesine eskimiştir ki, terk edilmesi bir kayıp dahi olmayacaktır. Ayrıca bu bakış açısının muhafaza edilmesi, metodolojik bir zorunluluk da değerildir. Yine de normatif pozitivizm ile doğal hukuk teorisi arasında belirli bir ayırım, varlığını hala korumaktadır. Doğal hukuk teorisi genellikle belirli bir meta-etikle yüklü olup rasyonel bir etik kavrayışına sıkı sıkıya bağlı kalmaktadır. Normatif pozitivizmin ise kendisini belirli bir meta-etieğe veya hukukun koruyacağı değerlerin neler olduğunun belirlenmesine bağlı kılma zorunluluğu yoktur.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Stubbs, s. 64, 67.

<sup>48</sup> Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”, Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to “The Concept of Law”, Ed, Jules L. Coleman, Oxford University Press, 2001, s. 411, 412.

<sup>49</sup> Waldron, s. 418.

Waldron'a göre hukuk kavramının kendisi normatif olup, bu kavram politik pratikleri çeşitli şekillerde sınıflandıran yaşam biçimlerinden, örneğin hukuk sistemleri ile başka tür yönetim biçimleri arasında ayırım yapmaktan ayrı düşünülemez. Politik pratikleri çeşitli şekillerde sınıflandıran yaşam biçimlerinden bahsedildiğinde ve hukuk sistemlerinin başka tür yönetim biçimlerinden ayırt edilmesinin anlamlı bir girişim olduğu kabul edildiğinde ise, iki tür bakış açısından hareket edilmiş olunabilir. Bunlardan ilki yalnızca bilim insanlarına hasredilmiş ve normatif bir teori geliştirme faydacılığına yönelmiş, ikincisi ise yapılan ayrıma ahlaki, toplumsal ve politik bir önem atfetmiştir. İlk bakış açısından hareket edildiğinde normatif pozitivizm, önemsiz bir tez olarak görülecektir. Oysa normatif pozitivizm, değerlerle bağlantılı olan bir kavram olarak hukukla ilgilenir. Yurttaşlar hukuk kavramını yalnızca sahip olabilecekleri belirli yükümlülükleri anlamak amacıyla değil, belirli yollarla, örneğin fermanla değil de hukuk kurallarıyla yönetilme istekleri sebebiyle de benimserler. Bu ayrımı yaparken de siyaset bilimci olarak değil, aktif yurttaşlar olarak davranırlar. Dolayısıyla normatif bir hukuk bilimi yapılabileceğine yönelik bir iddia, hukukun "iyi bir şey" olduğunu kabul etme gerekliliğini zımni olarak içerir.<sup>50</sup>

Hukuki pozitivizmin normatif bir tez olarak anlaşılabilmesi yönündeki bu iddialara karşı Jules Coleman, hukuki pozitivizmin hukuka dair kavramsal veya analitik bir iddiada bulunduğunu ve bu iddianın belirli pozitivistlerin, özellikle Bentham'ın, program niteliğindeki veya normatif ilgileriyle karıştırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Hukuki pozitivizmin normatif bir versiyonunu benimsemek hukuk kavramına ahlakiliği, başka bir deyişle olan hukuka olması gereken hukuku aşılacaktır.<sup>51</sup> Waldron'a göre ise Coleman'ın eleştirisi, normatif pozitivizmin hukuki pozitivizmin bir versiyonu olmadığı, hukuki pozitivizme dair bir tezden ibaret olduğu kabulünü içermektedir. Zira modern bir hukuk sisteminin işleyebilmesi için gerekli olan yargılara ulaşmak, ahlaki yargılarda bulunmadan da mümkündür. Oysa hukukun ne olduğuna dair iddialarımız, hukukun neden diğerlerinden farklı bir yönetim biçimi olarak görüldüğüyle bağlantılıdır. Bu bağlantı sebebiyle de hukuk, normatif iddialardan tamamen bağımsız olamaz.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Waldron, s. 426-428.

<sup>51</sup> Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, S. 11, 1982, s. 147.

<sup>52</sup> Waldron, s. 419, 420.

Hukuki pozitivizmin Hart çizgisine uygun bir biçimde, hukukun doğasına dair deskriptif ve ahlaken nötr bir teori olarak anlaşılmasının en iyi seçenek olduğunu savunan Andrei Marmor, normatif hukuki pozitivizm teorilerinin bir kısmının Hart ile çelişmediğini, bir kısmının ise bütünüyle hatalı olduğunu belirtmektedir. Normatif hukuki pozitivizm içerisindeki bu iki hat da hukuki pozitivizmin bir yorumu veya eleştirisinden ibarettir. “Normatif” ve “deskriptif” kavramlaştırmaları ise zorunlu olarak birbirinin zıddı değildirler. Normatifliğin birçok anlamı bulunmakla birlikte, bu bağlamda ahlaki değerlendirmelerin alanı olması anlamında kullanılmaktadır. Yine de “normatif hukuki pozitivizm” teriminin belirli bir görüşe özgü olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.<sup>53</sup>

Hukuki pozitivizmin temel bir deskriptif içeriğinin bulunup bulunmadığı ve varsa bu içeriğin ne olduğu, literatürde hala tartışılmaktadır. Bununla birlikte Marmor, böyle bir temel içeriği varsayarak normatif iddialar ile hukuki pozitivizm arasındaki ilişkiyle ilgili görüşleri beş önermeyle sınıflandırmaktadır. Bu sınıflandırmada ilk görüş, “Toplumda hukuki pozitivizm geçerli olmalıdır.” biçiminde ifade edilebilecek olan önermeye denk düşmektedir. “Olmalı”nın “olabilir”e işaret ettiği ölçüde bu görüş, hukuki pozitivizmin gerçek bir olasılık olduğu, en azından bir dereceye kadar gerçekleştirilebilir bir teori olduğu tezine dayanır. Fakat normatif pozitivizmin bu versiyonunda ana odak, ahlaki-politik alandır. Burada hukuki pozitivizmin “iyi bir şey” olduğu, teorinin korumak istediği menfaatleri en iyi şekilde destekleyen hukuk pratiği o olduğu için, özgür ve demokratik bir toplumda gerçekleştirilmesi gerektiği iddia edilir. Marmor’un da vurguladığı üzere Tom Campbell’ın aşağıda değineceğimiz yaklaşımında bu görüş savunulmakta ve “etik pozitivizm” olarak adlandırılmaktadır. İkinci görüşün önermesi, “Toplumda hukuki pozitivizm geçerlidir ve eğer genel olarak tanınıyorsa ahlaki-politik bakımdan da iyidir.” biçimindedir. Marmor bu görüşün Hart tarafından benimsendiğini savunmaktadır. Zira Hart, hukuki pozitivizmin hukukun doğasına dair deskriptif ve ahlaken nötr bir teori olduğunu kabul etmektedir. Fakat aynı zamanda hukuki pozitivizmin genel olarak tanınmasının bizi mitleri romantikleştirmekten koruyacağına, böylece hukuka yönelik daha

<sup>53</sup> Marmor, s. 683, 684.



eleştirel bir tavra imkân vereceğine, dolayısıyla onun yalnızca teorik olarak doğru olmakla kalmayıp ahlaki-politik bakımdan da faydalı olduğuna inanmaktadır. Marmor ayrıca normatif hukuki pozitivizm tartışmaları içindeki bu ilk iki çıkış noktasının Hart'ın iddialarıyla çelişmediğini savunmaktadır.<sup>54</sup>

Üçüncü görüşe göre “Toplumda hukuki pozitivizm geçerlidir ve bu ahlaki-politik bakımdan da iyidir.” Marmor’a göre hukuki pozitivizmin yalnızca genel olarak tanınmasının değil, bu teorinin kendisinin bazı özelliklerinin de ahlaken iyi olduğunu savunur gibi görünen Hart’ın böyle bir görüşü bir dereceye kadar benimsemiş olması mümkündür. Düşünür, bu üçüncü görüşün belirsiz olarak kaldığını savunmaktadır.<sup>55</sup>

Dördüncü görüşe göre “Hukuk ahlaken meşru bir kurum olmalıdır; hukukun ahlaki meşruluğun şartlarını sağlayabilmesi de hukuki pozitivizmi gerektirdiğinden, toplumda hukuki pozitivizm geçerlidir.” Marmor’a göre Ronald Dworkin’in “hukuki konvansiyonalizm” olarak adlandırdığı görüş, bu önermenin başlıca örneğidir. Dworkin hukuki konvansiyonalizmi deskriptif çıkarımları olan kısmen normatif bir teori olarak, başka bir deyişle, hukukun doğasına dair çıkarımlara birtakım normatif idealler temelinde ulaşmayı amaçlayan bir teori olarak almaktadır. Marmor bu görüşü “maddi normatif pozitivizm” olarak adlandırmaktadır. Beşinci görüşün önermesi ise “Toplumda hukuki pozitivizmin geçerli olup olmadığını belirlemek, zorunlu olarak bazı normatif, ahlaki ve politik iddialara dayanır.” biçimindedir. Hukuk biliminin doğasına ilişkin metodolojik bir duruşu yansıtan bu önerme, Hart’ın hukuk biliminin tamamen deskriptif ve ahlaken nötr olabileceğine dair iddiasının reddedilmesine dayanır. Dolayısıyla bu görüşe göre pozitivizm ve onun karşıtları arasındaki tartışma, zorunlu olarak normatif bir tartışmaya indirgenir. Hukuki pozitivizmin savunulabilmesi ise onun bazı normatif iddialara dayanmasına bağlıdır. Marmor için dördüncü ve beşinci görüşler tamamen hatalıdır.<sup>56</sup>

Tom Campbell’a göre hukuk teorisi içerisinde pozitivizm, hukuk kavramının ahlakiliğe gönderme yapmadan açıklanabileceği, huku-

<sup>54</sup> Marmor, s. 684.

<sup>55</sup> Marmor, s. 684.

<sup>56</sup> Marmor, s. 684, 685.

kun içeriğini belirlemenin ve onu ahlaki yargılara başvurmadan uygulamanın yargıcın görevi olduğu çerçevesinde anlaşılmaktadır. Çoğu insana oldukça sert görünen bu anlayışta hukuk, ahlaki yargılarımızla ilişkili değilse ve ahlaki olmadan da hukuk niteliğini taşıyabiliyorsa, onun saygımızı nasıl kazanacağı belirsiz olup, hukuki yükümlülüklerimiz de bir zorlamadan ibaret olacaktır. Dolayısıyla hukuki pozitivizm, teorik olarak yanlış ve pratik olarak da ahlaksız olsa gerektir. Bu noktada Campbell'ın iddiası, hukuki pozitivizmin hem ahlaken nötr hem de ahlaksız olduğuna dair kabullerin son derece hatalı olduğudur.<sup>57</sup>

Düşününürün “etik pozitivizm” olarak adlandırdığı bu tavır, hukukun pozitivist biçimlerinin etik işlevleri ve önkoşullarına odaklanmakta, başka bir deyişle, hukuki pozitivizmin etik özelliklerinin de bulunduğu iddiasına dayanmaktadır. Etik pozitivizm, çok sayıda insanı kontrol ve koordine etme etkinliği olarak politik gücün uygulanmasına ilişkin ahlaki bir teoridir. Hem hukukun ahlakilikten kavramsal, eleştirel ve işlevsel olarak ayrılabilirdiği analitik teze, hem de mevcut hukuk sistemlerinin hukuk kurallarının onlara saygı duyulacak bir biçimde uygulandığı bir duruma yaklaşabildiği sosyolojik teze dayanır. Fakat etik pozitivizmin belirleyici özelliği, iyi bir hukuk sisteminin nasıl olduğuna, adil, etkili ve demokratik bir yönetime nasıl katkıda bulunduğuna dair pozitivist tahayyülün ahlaki önemiyle ilgili politik bakış açısıdır. Dolayısıyla oldukça politik bir hukuk teorisi olmakla birlikte, hukukun yapım sürecinin bir sonucu olan politik hedeflere yine hukukun nasıl katkıda bulunabileceğine yoğunlaşır. Bu anlamda etik pozitivizm, hukukun bir kurallar sisteminden oluştuğu ve bu kuralların emir ve yaptırımlara indirgenmekten ziyade bilişsel ve kurumsal olarak anlaşıldığı bir görüş olan normatif pozitivizmin ötesine geçer.<sup>58</sup>

Marmor'a göre Campbell, hukuki pozitivizmin hukukun doğasıyla ilgili bir teori olduğunu iddia etme niyetinde değildir. Düşününür, hukukun ve onun uygulanma biçiminin belirli bir kavrayışı çerçevesinde, kendisinin hukuki pozitivizmi algılama biçimiyle de bağdaşan

<sup>57</sup> Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, New York, 2016, s. 1.

<sup>58</sup> Campbell, s. 2, 3.

ahlaki-politik bir tavır almaktadır. Dolayısıyla etik pozitivizm, hukukun doğasıyla ilgili bir teori değil, politik bir teoridir. Yine de bu teori, bir anlamda hukukun doğasıyla ilgili bir iddiayı da içermektedir. Etik pozitivizm, hukuki pozitivizmin hukuk uygulamasının olanaklı bir biçimi olduğu görüşüne bağlı kalmaktadır. Başka bir deyişle, eğer pozitivizm karşıtları ayırma tezinin yanlışlığı konusunda haklılarsa, etik pozitivizmin imkansız reçete ettiği söylenebilir. Ayrıca Marmor'a göre etik pozitivizm, hukukun doğasıyla ilgili bir teori olarak hukuki pozitivizmin deskriptif ve ahlaken nötr olduğu görüşüyle de çelişmez.<sup>59</sup>

Frederick Schauer, Campbell'ın etik pozitivizmi ile Bentham'ın görüşleri arasında bazı paralellikler saptamaktadır. Bentham'ın yargıcın yetkisini azaltmanın faydayı arttıracacağı yönündeki inancına karşılık Campbell'ın bu konudaki görüşleri, faydayı değil demokrasiyi maksimize etmeye dayanmaktadır. Campbell'a göre temel ahlaki soralardan türeyen politik kararlar, demokratik olarak sorumlu bir yasa-meclisi tarafından alınmalıdır. Bu kararları yargıçlardan mümkün olduğunca uzak tutarak Campbell, yalnızca araçsal olmayan ahlaki bir değer olarak demokratik kontrolü korumak ve maksimize etmek istemektedir. Schauer'e göre Campbell'ın dayanakları Bentham'inkilerden farklı olsa da iki düşünürün vardıkları sonuçlar az çok aynıdır. Pozitif hukuk normları kesin ifadelerle formüle edilmeli ve yargıçların da pozitif hukukun bu dar ve sınırları kesin olarak çizilmiş kurallarının dışına taşması engellenmelidir. Bu tamamen normatif pozisyon, Campbell'ın anlayışına göre yine "hukuki pozitivizm" olarak kategorize edilecektir.<sup>60</sup>

Schauer'e göre normatif pozitivizmi savunanlar, kavramları, içinde var oldukları toplumda yaratıma ve yeniden-yaratıma konu olan, insan eliyle yapılmış şeyler olarak almaktadırlar. Bu görüşteki düşünürler, pozitivist hukuk anlayışının toplum -veya belki de teorisyenler- tarafından, bu anlayışın üreteceği fayda sebebiyle tercih edilmesi gerektiğine inanmaktadırlar. Bu sebeple de Waldron ve diğerlerinin normatif pozitivizmi, kurumsal bir tasarım olmaktan ziyade bir hu-

<sup>59</sup> Marmor, s. 690.

<sup>60</sup> Frederick Schauer, "Normative Legal Positivism (Prologue)", Cambridge Companion to Legal Positivism, Ed. Patricia Mindus-Torben Spaak, 2019, s. 15.

kuki anlayış programıdır. Campbell için değilse bile Waldron için hukuki pozitivizm, hüküm vermeye, hükme dayalı olmayan hukuki kararların nasıl verilmesi gerektiğiyle veya hukuki kurumların daha iyi kararlar verilebilmesi için nasıl tasarlanması gerektiğiyle ilgili değildir. Ayrıca normatif pozitivizmin cazibesi, onun kaçınılmazlığını da gerektirmez. Hukuk kavramını değerden bağımsız bir biçimde tanımlamak mümkün olsa dahi, böyle bir kavramlaştırmanın onaylanması veya kınanması, desteklenmesi veya kısıtlanması, değiştirilmesi veya sürdürülmesi gerektiğine dair bir değerlendirme yapmak, anlamsız bir girişim olmayacaktır.<sup>61</sup>

Sonuç olarak normatif hukuki pozitivizm tartışmalarında “yeni bir şey” söylenmemekle birlikte, buradaki esas kaygı da bu değildir. Hukuk üzerine düşünmek, bu konuda düşünülmüş olanlardan birini seçmek ve seçilen teorinin bütün sorunları çözmesini beklemekten farklı bir etkinliktir. Önceden düşünülmüş olanın eleştiri süzgecinden geçirilmesini, sürekli olarak yeniden ele alınmasını gerektirir. Hukuki pozitivizmin normatif bir ufku olup olamayacağını tartışmak da bu çerçevede düşünülmelidir.

### 3. Hukukta Pozitif Değişim Bakımından Feminizm

Kapitalizmin ortaya çıkıp gelişmesi ve Aydınlanma düşüncesiyle birlikte olgunlaşan eşitlik, özgürlük, kardeşlik düşünceleri ve Fransız devrimiyle daha da güçlenen büyük dönüşüm, feminist düşüncenin gelişimini beslemiştir. Doğal hukuk teorisinin de etkisiyle herkesin özgür ve eşit olduğu anlayışı, toplumu yeniden biçimlendirmiştir. Kadınlar, doğal hukuk anlayışında evrensel kabul edilen eşitlik, özgürlük, adalet gibi ideallerin dışında tutulduklarını fark ettikleri 19. yüzyılda belirli taleplerle ortaya çıkmışlardır. Toplumsal sözleşmenin eşit paydaşları olarak kabul görmek isteyen kadınlar, feminist adalet istemişlerdir.<sup>62</sup> Özellikle orta sınıftan kadınlarla işçi kadınlar, binlerce yılın ezilmişliğini ve eşitsizliği dile getirmiş, ekonomik, siyasal ve kültürel haklar istemişlerdir. Bütün bir 20. yüzyıla ve sonrasına yayılan

<sup>61</sup> Frederick Schauer, “Positivism Before Hart”, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, S. 1, 2010, s. 10-16.

<sup>62</sup> Ülker Yükselbaba, “Feminist Perspektiften Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, 2016, s. 124.

mücadelelerin sonucunda büyük kazanımlar söz konusu olmuştur. Bir süre sonra bu mücadele, sıradan bir eşitlik istemini aşır genel olarak “insan olma” ve “bedenine sahip olma” mücadelesine dönüşmüştür. Öte yandan kadınlar bağımsızlık, silahsızlanma, barış ve kalkınmaya varıncaya kadar bütün insanlığı ilgilendiren davalara da sahip çıkmışlardır. Gelineen noktada feminizm, böyle bir bütünlük içinde olup, geleneğe karşı ilerlemeden yanadır. Geleneğin batıl inançlara, köhnemiş düşüncelere dayanarak kadınları evine, yani çıkmaması gereken bir coğrafi mekâna bağladığı, bir eşitsizlik duvarıyla çevrelediği ölçüde ilerleme, şimdiki zamanın yüzünü -henüz gerçekleşmemiş de olsa-ideal bir geleceğe çevirir ve yaşamının imkanlarını haklarla “sarmaş-dolaş” bir halde sergiler.<sup>63</sup>

Dünyanın şimdiki örgütleniş biçimini sorgulamakla kalmayan, onu dönüştürmek ve yeni yaşam biçimleri oluşturmak için de çabalayan bir politika olarak feminizm, daima geleceğe yöneliktir ve daima bir dönüşüm projesi içerir.<sup>64</sup> Sonsuz bir meydan okuma biçimi olarak feminizm, bizi kendi yaşam biçimlerimizi sürekli olarak yeniden tahayyül etmeye çağırır. “Erkek erkektir” kabulünün bir parçası olarak görülen birçok davranışın ciddi birer suç olarak kabul edilmesini sağlamak amacıyla feministler, dünyayı başka türlü görmemiz için uğraşırlar. Böyle bir çağırüyı içermesi sebebiyle de feminizm, etik bir talebi mutlaka barındırır.<sup>65</sup> Feminist uğraş, kadınların failliğine ve benlik anlayışına, kurtuluşun gerçekleştiği bir gelecek adına kendi tarihini yeniden sahiplenmeye ve toplumsal cinsiyeti açığa çıkaran radikal toplumsal eleştiri edimine adanmıştır. Zira böyle bir düzenleyici umut ilkesi, başka bir deyişle, henüz olmamış olana duyulan hasret için pratik-ahlaki bir emir olmadan kökten bir dönüşüm düşünülemez.<sup>66</sup>

Feminist hukuk eleştirisinin çok uzun sayılmasa da oldukça zengin bir geçmişi bulunup, bu eleştiriler mevcut hukuk sistemleri ve kamusal politikalar üzerinde giderek artan bir biçimde etkili olmaya

<sup>63</sup> Server Tanilli, “Feminizmin Fetihleri ve Güncelliği”, *Felsefelog*, S. 15, 2001/3, s. 113, 114.

<sup>64</sup> Sara Ahmed, “Bu Öteki ve Başka Ötekiler”, *Cogito*, S. 58, 2009, s. 173

<sup>65</sup> Cornell, 95, 96.

<sup>66</sup> Seyla Benhabib, “Feminizm ve Postmodernizm: Huzursuz Bir İttifak”, *Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi*, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017, s. 42.

başlamıştır. Farklı ülkelerin yasalarındaki temel değişimin nasıl ve ne boyutta gerçekleşeceği ise, her bir ülkedeki feminist hareketin gücüne bağlı olarak değişkenlik göstermiştir.<sup>67</sup> Mücadele içerisinde şekillenen bir yaklaşım olan feminizm açısından ataerkil sistemi açığa çıkarma ve dönüştürmede kullanılacak araçlar özellikle önem taşır. Bu nedenle hak mücadelesi, feminist hukuk tartışmasında önemli bir yere sahiptir.<sup>68</sup> Politikanın farklı kanatlarıyla eklemlenen kadın hareketleri, kendi sorunlarını çözmeye odaklanan bir gündem yaratmıştır. "Kadının insan hakları" kavramı, küresel kadın hareketinin en yaygın örgütlenme ve politika geliştirme alanı olmuştur. Küresel kadın hareketinin yarattığı evrensel kadın hakları söylemi, kadınlara yönelik hak ihlalleriyle mücadele etme konusunda birçok ülkenin önemli yasal ve politik reformlar yapmasını sağlamıştır. Kadınlara erkeklerle eşit ücret ödenmesi, cinsel tacizin görünür kılınıp önlenmesi, geleneksel erkek mesleklerine kadınların da dahil olmasının teşvik edilmesi gibi birçok talep için mücadele etmişler ve bu taleplerini hukuki düzenlemeler haline getirerek devlet kurumlarının uygulamalarına dahil edilmesini sağlamışlardır. Hukukun devletin sorumluluğunun dışında tuttuğu özel yaşamda, özellikle evlilik ve aile ilişkileri içinde kadınların karşılaştığı cinsel şiddetin, ayrımcılığın ve bağımlılığın bir insan hakkı ihlali olarak tanımlanmasını sağlamak, kadın mücadelesinin en önemli başarılarından olmuştur.<sup>69</sup>

Son derece etkili bir politik ve toplumsal güç olan feminizm, köken olarak eşit haklarla ilgili olduğundan, aynı zamanda son derece etkili bir hukuksal güçtür. Eşitliği ve hakları felsefe bakımından ele almak mümkündür. Fakat bu kavramların gerçekleştirilebilmeleri, günlük hayata işleyebilmeleri, feminist amaçların hukuka dahil edilmesini ve devlet tarafından uygulamaya konulabilmesini gerektirir. Bu sebeple feminizmi öğrenmek, çoğu zaman hukuku öğrenmeyi de beraberinde getirir.<sup>70</sup> Bununla birlikte, ulusal projelerin en zayıf halkası olan ka-

<sup>67</sup> Özkazanç, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk, s. 116-118.

<sup>68</sup> Akçabay, s. 110.

<sup>69</sup> Serpil Sancar, "Türkiye'de Kadın Hareketinin Politığı: Tarihsel Bağlam, Politik Gündem ve Özgünlükler", 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan, Der. Serpil Sancar, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 56-65.

<sup>70</sup> Nancy Levit/Robert R. M. Verchick, Feminist Legal Theory, New York University Press, 2016, s. 2.

dınların yurttaşlık hakları, oldukça kırılığandır.<sup>71</sup> Zira ataerkillik, tarihsel olarak sabit bir kavram olmayıp, biçim değiştirmektedir. Tarihsel ilerleme, ataerkilliğin ortadan kalkmasına tek başına yetmemektedir. Ataerkilliğin dereceleri ve aldığı biçimler arasında da bir ayrım vardır. Onun derecesi baskının şiddetini, biçimi ise farklı ataerkil yapılar arasındaki ilişkileri gösterir. Günümüze gelene kadar ataerkilliğin hem derecesi hem de düzeyi değişiklik göstermekte, fakat ataerkilliğin kendisi ortadan kaybolmamaktadır. Onun çeşitli görünümünde birtakım azalmalar meydana gelmişse de yapılan ilerici reformlar hep ataerkil bir karşı saldırıyla karşılaşmıştır.<sup>72</sup>

Bu bağlamda Susan Faludi, 1980'lerden itibaren çok güçlü bir feminizm karşıtı geri tepme dönemine tanıklık ettiğimizi belirtmektedir. Buradaki geri tepmenin merkezindeki anti-feminist düşünceye göre kadınlar artık eşitlik mücadelesini kazanmış, yurttaşlık haklarını elde etmiş, barikatlar düşmüştür. Birçok imkana sahip olan kadınlar artık öylesine eşittir ki, hukukçulara göre ABD Anayasası'nın Eşit Haklar Değişikliği'ne dahi ihtiyacı kalmamıştır. Kadınların bunca derdine sebep olan şey, aslında bunca eşitliğe sahip olmalarıdır. Kadınların mutsuzluğu, tam olarak özgür oldukları içindir. Kendi özgürlükleri tarafından köleleştirilmişlerdir. En büyük düşmanları da yine kadın hareketidir. Hukukçu akademisyenler "eşitlik tuzağından" yakınmakta, sosyologlar feministlerden etkilenen hukuki reformların özel koruma biçimlerini kadınların elinden aldığını iddia etmekte, ekonomistler iyi bir maaş alan kadınların istikrarsız bir aile yapısına yol açtığını iddia etmektedirler. Oysa kadınların eşitlik mücadelesi henüz sona ermediği gibi, hakları birçok biçimde ihlal edilmeye devam etmektedir.<sup>73</sup> Faludi'nin sözünü ettiği anti-feminist geri tepme, Özkazanç'ın vurguladığı üzere, elbette tüm ilerici veya muhalif fikirlere karşı daha genel ve güçlü bir geri tepmenin bir parçasıdır. Bununla birlikte hukuk alanı, bu büyük geri tepmenin en fazla hissedildiği stratejik alanların başında gelmektedir.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Deniz Kandiyoti, Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar: Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler, Metis Yayınları, İstanbul 2019, s. 181.

<sup>72</sup> Sylvia Walby, Theorizing Patriarchy, Basil Blackwell, Cambridge 1991, s. 173, 174.

<sup>73</sup> Susan Faludi, Backlash: The Undeclared War Against American Women, Three Rivers Press, New York 2006, s. 1-6.

<sup>74</sup> Özkazanç, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk, s. 127.

Yine bu bağlamda Deniz Kandiyoti, olağan patriyarka versiyonundan farklı olarak bir “eril restorasyon” sürecinden geçmekte olduğumuzu belirtmekte, bu süreci erkek ayrıcalıklarını ideolojik ve yasal alanda muhafaza etmeye yönelik bir rejim olarak tarif etmektedir. Geçmişten bir kopuşu gösteren bu kavram, bugüne kadar bildiğimiz patriyarkanın artık eskisi kadar güvende olmadığı, kendini yeniden üretebilmek için daha yüksek seviyede bir zorlamayı ve daha çeşitli vasıtaları gerektirdiği bir aşamaya işaret etmektedir. Bu nedenle şiddete başvurma veya şiddeti görmezden gelme, patriyarkanın rutin olarak işlediğini veya gelenekselciliğin yeniden canlandığını değil, kadınların ezilmesine yönelik görüşlerin hegemonyalarını kaybettikleri ölçüde yok olma tehdidiyle karşı karşıya olduklarını göstermektedir.<sup>75</sup> Tüm dünyada kadın düşmanı, ırkçı ve erkek egemen söylemlerin eşlik ettiği sağ popülizmin ve otoriterleşmenin arttığı bu şartlarda eril restorasyon, sistematik olarak beyin yıkama, gözetleme ve yurttaşların hayatlarına müdahale etme politikalarını gerektirir.<sup>76</sup>

Dolayısıyla hakları elde etmenin ve onları yazılı metinlerle güvence altına almanın ötesinde, kazanılmış haklar sisteminin sürekli olarak gerçekleştirilmesi, başka türlü bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakların sürekli olarak gerçekleştirilmesinin, deyim yerindeyse onlara “sahip çıkılmasının” toplumsal hareketler ve politik mücadeleler olmaksızın gerçekleştirilebilmesi ise mümkün görünmemektedir. Bu durumun önde gelen bir örneği olarak feminist hareket, tarihsel süreç boyunca karşısındaki güçlü dirence rağmen hukuki ve politik amaçlarına ulaşana kadar ısrarla birçok girişimde bulunmaya devam etmiştir.<sup>77</sup> Günümüzde feminizm, eril ve baskıcı bir teori olarak görülen pozitivizmin karşısında konumlandırılmaya devam etmektedir. Buna karşılık, yakın tarihte pozitivist tarzda bir hukuki değişime feminizm kadar katkıda bulunmuş politik hareket çok azdır.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Deniz Kandiyoti, “Fear and Fury: Women and Post-Revolutionary Violence”, 2013, <https://www.opendemocracy.net/en/5050/fear-and-fury-women-and-post-revolutionary-violence/>, E.T. 5.10.2020.

<sup>76</sup> Deniz Kandiyoti, “Mainstreaming Men and Masculinities: Technical Fix or Political Struggle?”, *Masculinities Journal*, S. 12, 2019, s. 38,39.

<sup>77</sup> Jürgen Habermas, “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Ed. Charles Taylor, Princeton University Press, 1994, s. 113.

<sup>78</sup> Campbell, s. 251.



Leslie Francis'e göre pozitivist proje, adaletsizlik durumlarında adaleti sağlama potansiyeline sahiptir. Doğal hukuk teorisyenleri hukuku zaten ahlaki bir olgu olarak ele aldıkları ve bu şekilde kabul oldukları için hukukun ahlaki eleştirisine yer bırakmamaktadırlar. Yüzyıllardır kabul edilmiş bulunsa da ahlaken şaibeli olan, tartışmalı ahlaki görüşlerin hukukun içine yerleşmiş olduğunu görmemizi engelleyebilmektedirler. Kabul edilmiş olan ile haklı olanı karıştıran ve geniş ölçüde bir takdir yetkisine izin veren pozitivistler ise başka tür bir risk almakla birlikte, en azından bu risklerin ne olduğunu belirlemeye imkan vermektedirler. Dolayısıyla hukuki pozitivism, bütün feministlerin ortak amacı olan kadınlar için adaletin sağlanmasına yardımcı olabilir. Yasal kısıtlamaları empoze eden veya yapısal adaletsizlikleri göremeyen pozitivism biçimleri elbette mevcuttur. Yine de bir sosyal-metafizik girişim olarak hukuki pozitivism, adaleti sağlamak için elzem olan hukuki gelişim ve eleştiri için gerekli olan teorik kaynaklara sahiptir.<sup>79</sup>

Campbell'ın da vurguladığı üzere hukuki pozitivismin bir yönü, feminist eleştirilerde gözden kaçırılmaktadır. Pozitivism, hukuk kurallarının formüle edilmesinde toplumsal cinsiyeti gözetmeyi ve cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele için kullanılacak hukuki araçları sağlamayı dışlamamaktadır. Yasa yapım sürecindeki politik müzakerelere feminist bakış açılarının dahil edilmesi ve yasalarda nasıl iyileştirmeler yapılması gerektiğinin ortaya konulması, böylece hukuk uygulamasının yozlaşmasının önlenmesi mümkündür. Önceki bölümlerde gördüğümüz üzere Stubbs, pozitivismin kendisini tarih-ötesi ve evrensel olarak sunmasını kınamakta, bunun yerine hukukun, insanların kendi dünyalarını kendilerinin tanımladığı veya değiştirdiği bir praksis olarak anlaşılmasını önermekteydi. Campbell'a göre Stubbs'ın bu duruşu da esasen pozitivisttir. Bizim için hangi ayrımların önemli olduğunu belirlemek ve toplumun doğru düzenlenişine dair kendi görüşlerimizi ifade edebileceğimiz anlamları yaratmak, dünyayı hem düşünceyle hem de eylemle değiştirmeye çalışan radikal pozitivist geleneğin bir parçası olarak görülebilir. Pozitivizme atfedilen ve mekanik bir şekilde uygulanması da mümkün olan "anlam metnin bir özelliğidir ve onun

<sup>79</sup> Leslie Francis, "How Should a Feminist Think about Legal Positivism?", *The Value and Purpose of Law: Essays in Honour of M.N.S. Seller*, Ed. J. Kassner/C.Starger, Franz Steiner Verlag, 2019, s. 142, 150.

“içinde saklıdır” görüşünü aştığımızda, pozitivist gelenekte dilin kurallarının hukuk kuralları olmakla birlikte birer insan yaratımı olduğunu gördüğümüzde, bu geleneğin değişim için taşıdığı potansiyeli kavrayabiliriz.<sup>80</sup> Zira Stubbs’ın da kabul ettiği üzere, hukuku erkeklerin çıkarlarını yürürlüğe koyan durağan bir mekanizmadan ibaret olarak görüp onu feminist düşünceden ve eylemden dışlamak doğru değildir. Hukuk, toplumdaki gerilimleri düzenleyen organik bir yapı olduğundan, aynı zamanda kadınların hayatlarının her alanını şekillendiren bir mücadele arenasıdır.<sup>81</sup>

Dolayısıyla tarihsel süreç boyunca feministler, ısrarlı mücadeleleri sonucunda birçok hukuki kazanım elde etmişlerdir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, feministlerin pozitif hukukta değişimi etik-politik nedenler temelinde gerçekleştirmiş olmaları, başka bir deyişle bunun tek başına pozitivist bir duruş olmamasıdır. Bununla birlikte kadınların hak mücadeleleri tarihindeki özgün ve çarpıcı rolü, pozitif hukukun tarihsel olarak ilerlemesinde adeta bir tetikleyici görevi görmüştür. Bu ilerleme ise bir kez gerçekleşmekle sona ermediği gibi, karşıt gerileme ve restorasyon, kadınların pozitif haklarının kazanıldığı aşamanın sonrasında da devam etmektedir.

## Sonuç

Bilimin kendisinin eril bir faaliyet olarak kurulduğunu göstermek, onun kaçınılmaz ve zorunlu olarak böyle olması gerektiği anlamına gelmez. Her ne kadar bilimsel söylemin nesnellığı katı eril bir tahakküm mantığı içerisine hapsedmeye müsait bir yönü olsa da, bu eğilimi mutlak saymamak gerekir. Zira bu eril bilimsel söylem, bilimsel pratiğin bütününe anlamlandırmamış ve mutlak olarak yönlendirmemiştir. Bilimin bilim dışı gibi görünen toplumsal ve kültürel etkilere neden ve nasıl açık olduğunu gösterenler, yine doğa bilimlerinin içinden gelen bilim insanları olmuştur. Öte yandan nesnellik idealini farklı bir biçimde yorumlayarak sahiplenmek de mümkündür. Nesnellik, doğruluk, gerçeklik, hakikat gibi kavramlar, elden çıkarılması kolay olmayan değerlerdir. Bir iktidar alanı olarak bilim ve teknolojinin tekil bir kaynaktan türeyen, mutlak ve homojen bir biçimde değil; çoğul

<sup>80</sup> Campbell, s. 250, 251.

<sup>81</sup> Stubbs, s. 68, 86.

kaynakları olan, direniş, mücadele ve alternatif stratejilere de zemin sağlayan karmaşık bir süreç olarak görülmesi gerekir. Ne bilim ne de teknoloji, tekil ve muktedir bir eril tahakküm pratiğine indirgenebilir.<sup>82</sup>

Doğal hukuk teorisinin ikna kabiliyeti, başka bir deyişle evrensel hukuki kural ve kaidelerden yayılan o büyüğü pırıldı, kaotik toplumsal yapıyı ve çelişkileri gizleme tehlikesini neredeyse her zaman bünyesinde barındırır. Oysa hukuki pozitivizm, en azından iktidara sınır koymanın hiç de kolay olmadığını gösterebilmiştir.<sup>83</sup> Hukuki pozitivizm tanımlanırken başvurulan temel karakteristikler, hukukun uygulanmasına bir şekilde “bulaşan” neredeyse herkesin düşünce ve eylemlerinde kendisini gösterir. Pozitif hukuk alanında çalışan hukukçu bilim insanları ile yargıçlar, esasen şu veya bu şekilde pozitivisttir. Avukatlar ise müvekkillerini savunurken geliştirdikleri stratejiye bağlı olarak kimi zaman pozitivist, kimi zaman doğal hukukçu argümanlar öne sürerler. Hukuk hakkında konuşulacağı zaman adeta şeytanlaştırılan ve bu anlamda talihsiz bir teori olarak nitelenebilecek olan pozitivismi en ağır biçimlerde eleştiren doğal hukukçular ise beğendikleri, destekledikleri, ideallerindeki hukuk düzenine kavuştuklarında pozitivist bir tavır takınmak durumundadırlar.<sup>84</sup>

İdeal bir dünyada insan haklarının yanı sıra bir de kadın haklarının tartışılmasına gerek duyulmayacağı, insan haklarının erkek ya da kadın herkes için geçerli olacağı açıktır. Henüz böyle bir dünyada yaşamadığımızı göre, hakların somut olarak belirlenmesine ve güvence altına alınmasına ihtiyaç vardır.<sup>85</sup> Geleneksel hukuk teorisinin pozitivist bir tutumla politikaya terk ettiği bir “olması gereken” tartışması olarak haklar, uygulamada ancak politik tartışma ile sonuca ulaşabilecek olan hukuki araçlardır. Hak ile politika arasındaki doğrudan ilişki, hakkın politik düzlemde belirlenmesine izin vermektedir. Geleneksel liberal hukuk teorisi her ne kadar hukuk ve politika ayırımına dayanmakta olsa da, yine onun içerisinden ödünç alınıp toplumsal talepler doğrultusunda inşa edilecek bir hak kavramı, bu ayırımın geçersizli-

<sup>82</sup> Özkazanç, “Bilim ve Toplumsal Cinsiyet”, s. 20.

<sup>83</sup> Taner Yelkenci, “Giriş”, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, Ed. Taner Yelkenci, NotaBene Yayınları, İstanbul 2017, s. 17.

<sup>84</sup> Uzun, “Pozitivizmi Prokrustes’ten Kurtarmak”, s. 65.

<sup>85</sup> Fatmagül Berktaş, “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, S. 7, 2004, s. 1.

ğini kanıtlama potansiyelini taşır. Kadınlar açısından hakların bireyci karakteri, toplumsal bir mücadele gerçekleştirilmesinin önüne geçmemiş, aksine kişisel olanın politikleştirilmesinin önünü açmıştır. Kişisel özerklik ile toplumsal mücadelenin birbirini besleyerek gelişmesi çabası başta sorunluymuş gibi görünse de feminist mücadele pratikleri bu anlamda başarılı örnekler barındırmaktadır.<sup>86</sup>

Toplumsal cinsiyet, politik ekonomiye ve kültüre, devlet aygıtlarına ve kamu alanlarına yerleşmiş, toplumsal açıdan yayılmış durumdadır. Aileleri, akrabalık ağlarını ve sivil toplumu oluşturan kurumların tamamını kapsayan bu yapı, kitle kültürleri, yüksek kültürler, akademik kültürler, muhalif kültürler ve karşıkültürler de dahil olmak üzere kültürel ve ideolojik üretimlerin bütün alanlarında işler ve gündelik yaşamı istila eder. Toplumsal cinsiyet her zaman ve her yerde bulunmasına karşın, farklı kesişimlerde ve yerlerde farklı biçimler alır ve kadınlar açısından çeşitlilik gösterir. Bu yapının taşıdığı biçimi tek bir yerden ya da gruptan hareketle okuyup geri kalanların tümüne ilişkin bir tahmin yürütmek de mümkün değildir. Nancy Fraser'ın deyişiyle feminizmin karşı karşıya kaldığı zorlu görevde, çeşitli toplumsal bütünlük unsurlarını birbirine bağlayabilecek çerçevelere ihtiyaç vardır. "Görevimizin" karmaşıklığı karşısında tek bir yaklaşımın yeterli olacağı kuşku götürür. Bu nedenle -konumuz bağlamında normatif hukuki pozitivizm örneğinde olabileceği gibi- farklı yaklaşımların en güçlü özelliklerini birleştiren, saf olmayan, eklektik bir yaklaşım benimsemek, erkek egemen düzenle mücadelede işlevsel olabilir.<sup>87</sup>

Feminist hukuk teorisinin gelişimi hem dünyada hem de Türkiye'de önemli hukuksal tartışmaları gündeme getirmiştir. Bu tartışmalar ve verilen ısrarlı mücadelelerle birlikte daha önce hiç görülmemeyen ya da görmezden gelinen sorunlardan kaçış imkansızlaşmıştır. Kadın hareketleri, özellikle Türkiye'de hukukun yeniden yazılmasına ve yorumlanmasına çok önemli katkılarda bulunmuşlardır. Bu süreçte büyük bir dirençle karşılaşıldığı ve bu direncin özellikle hukuk uygulamasında yoğunlaştığı kuşkusuzdur. Ancak kuşkusuz olan bir diğer husus, hukuki kazanımların hiç de azımsanamayacak boyutta oluşu-

<sup>86</sup> Akçabay, s. 136, 137.

<sup>87</sup> Nancy Fraser, "Pragmatizm, Feminizm ve Dilsel Dönemeç", Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017, s. 172, 173.

dur. Kadınları ilgilendiren sorunların yasal düzeyde büyük ölçüde aşıldığı, bazı eksikliklere rağmen önemli kazanımlar elde edildiği ortadadır. Ancak yargı pratiği ve toplumsal algı bakımından aynı belirlemeleri yapabilmek mümkün görünmemektedir.<sup>88</sup> Zira tüm yasalar gibi bu yasaların da insanların hayatlarına dokunması, gündelik hayattaki uygulamaları ile gerçekleşmektedir. Bu anlamda Türkiye’de pozitif yasaların uygulanması, başlı başına bir çatışma alanıdır. Bu durum, kadınların özellikle aile içinde yaşanan şiddet olaylarında hukuktan beklentilerinin azalmasına sebep olmaktadır. Kadınların uğradıkları zararların hukuk kurumunca tanınması sürecinde hukukun tasavvur ettiği eşitlik pratikleri ile aile üzerinden kurulan kavramlar ve özellikle de “namus”, bir gerilim halindedir.<sup>89</sup>

Türkiye’nin kadın konusundaki sicili, “kağıt üzerinde” de olsa, aslında örnek gösterilecek bir niteliktedir. Özellikle 2004 yılında kabul edilen yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemelerin Orta Doğu bölgelerinde eşi görülmemiştir. Dahası, Türkiye, kadına şiddetle mücadelede en önemli araçlardan biri olan İstanbul Sözleşmesi’nin 2011 tarihindeki ilk imzacılarından biridir. Bununla birlikte her ne kadar hukuk sistemi, faileri yargının önüne getirme konusunda yeterince araç sunsa da, bu suçlar çoğunlukla cezasız kalmaktadır. Çoğu tecavüzcü ve katil, duruşmada saygılı bir tavır sergileme, kravat takma, pişmanlığını dile getirme veya erkeklik onurunu zedeleme savunması yapma sonucunda “iyi hal” indiriminden yararlanmaktadır. Hukukun içeriği ile uygulaması arasındaki bu derin uçurum, kadına şiddet sorununu kaçınılmaz olarak politikleştirmektedir. Uluslararası anlaşmalar ve standartlara uyum sağlandığı yönündeki aldatıcı görünümün ardında, kadınların pozitif hukukça tanınmış haklarını geri çekmeyi hedef alan otoriter bir proje yatmaktadır. Bir yanda kadınların yükselen mücadele azimleri, bir yanda da buna karşı geliştirilen ısrarlı eril direnç, toplumsal cinsiyet düzeninde bir kargaşaya yol açmıştır. Bu kargaşa kendisini, hem kadınları “ehlileştirme” ve erkek ayrıcalıklarını destekleme yönündeki resmi çabalarla, hem de sokak düzeyindeki eril restorasyonun gayri resmi artışıyla göstermiştir.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 59, 321.

<sup>89</sup> Koğacıoğlu, s. 361.

<sup>90</sup> Kandiyoti, “Mainstreaming Men and Masculinities”, s. 35-37.

Hem hukuk normlarının yetersizliği hem de var olan normların uygulamasının oldukça sorunlu oluşu, karşımızda açıkça durmakta olan sorunlardır. Fakat kadın mücadelesinin kazanımları olan pozitif hukuk normlarının hiç uygulanmayışının, gerisinde onlarca yıllık hak mücadelesini ve bu anlamda çok güçlü bir meşruluğu barındıran hak rejiminin itibarsızlaştırılmaya çalışılmasının da başlı başına büyük bir sorun olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>91</sup> Hukukta pozitif değişimi güvence altına alan haklar, toplumsal mücadelelerle elde edilmiş kazanımlar olarak değerlendirildiğinde, yetersizliğine yönelik eleştiriler bir yana konularak kadınların bu kazanımlardan vazgeçme lüksü bulunmadığı<sup>92</sup> ve hatta bunun bir “ölüm-kalım meselesi”<sup>93</sup> olduğu, rahatlıkla belirtilebilir. Pozitif hukuk kuralları, var olan (ve şüphesiz ki erkek egemen olan) kültüre aracılık etme rolünü üstlenmesi anlamında ne kadar muhafazakâr olursa olsun, var olan toplumsal ilişkilerin sürdürülmesinde olduğu kadar onların radikal dönüşümünde de rol oynama potansiyeline sahiptir.<sup>94</sup> Dolayısıyla feministlerin geleneksel hukuki pozitivizme yönelik eleştirileri, hukuki pozitivizmin normatif kavranışıyla bu bakımdan karşılanabilmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akal Cemal Bali, *Hukuk Nedir?* Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017.
- Akbaş Kasım, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2015.
- Akçabay F. Ceren, “Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı”, *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları*, Ed. Bora Erdağı, NotaBene Yayınları, Ankara 2015.

<sup>91</sup> “6284’ün uygulanması için ısrarcı olmak zorundayız” - <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2019/12/04/gokcecek-ayata-6284un-uygulanmasi-icin-istrarci-olmak-zorundayiz/>; “Nafaka Hakkına Dokunma!” - <https://www.birikirimdergisi.com/haftalik/9552/nafaka-hakkina-dokunma/>; “Dilipak’tan İstanbul Sözleşmesi’ne tepki: Sözleşme kadını kocasına karşı koruyor da erkeği kadına karşı niye korumuyor?” - <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201911251040687625-dilipaktan-istanbul-sozlesmesine-tepki/>; “GATA başhekim yardımcısı erkeklere ‘boşanmak yerine ikinci eş alın’ çağrısı yaptı” - <https://t24.com.tr/video/gata-bashekim-yardimcisin-bosanmak-yerine-ikinci-esi-alin,33001>; E.T. 15.10.2020.

<sup>92</sup> Akçabay, s. 111.

<sup>93</sup> “Şiddetten Ölen Kadınlar İçin Dijital Anıt”- <http://anitsayac.com/>, E.T. 15.10.2020.

<sup>94</sup> Campbell, s. 251.

- Austin John, Hukukun Belirlenmiş Alanı, Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umud Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul 2014.
- Barnett Hilaire, Sourcebook on Feminist Jurisprudence, Cavendish Publishing Limited, London, 1997.
- Benhabib Seyla, "Feminizm ve Postmodernizm: Huzursuz Bir İttifak", Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017.
- Butler Judith, Undoing Gender, Routledge, New York 2014.
- Campbell Tom, The Legal Theory of Ethical Positivism, Routledge, New York 2016.
- Ceylan Şule Şahin, "H. L. A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlak İlişkisi", H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015.
- Chanter Tina, Toplumsal Cinsiyet, Fol Yay., Ankara, 2019.
- Connell R. W., Toplumsal Cinsiyet ve İktidar, Çev. Cem Soydemir, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016.
- Cornell Drucilla, "Etik Feminizm Nedir?", Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017.
- Faludi Susan, Backlash: The Undeclared War Against American Women, Three Rivers Press, New York 2006.
- Francis Leslie, "How Should a Feminist Think about Legal Positivism?", The Value and Purpose of Law: Essays in Honour of M.N.S. Seller, Eds. J. Kassner - C.Starger, Franz Steiner Verlag, 2019.
- Fraser Nancy, "Pragmatizm, Feminizm ve Dilsel Dönemeç", Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017.
- Güriz Adnan, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011.
- Habermas Jürgen, "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition, Ed. Charles Taylor, Princeton University Press, 1994.
- Kandiyoti Deniz, Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar: Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler, Metis Yayınları, İstanbul 2019.
- Lacey Nicola, Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- Levit Nancy/Verchick Robert R. M., Feminist Legal Theory, New York University Press, 2016.
- MacKinnon Catharine, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law, Harvard University Press, 1987.
- Nicholson Linda, "Giriş", Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi, Çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul 2017.
- Özkazanç Alev, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk: Feminist Yazılar, Dipnot Yayınları, Ankara 2019.
- Sancar Serpil, "Türkiye'de Kadın Hareketinin Politığı: Tarihsel Bağlam, Politik Gündem ve Özgünlükler", 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan, Der. Serpil Sancar, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

- Savran Gülnur Acar, *Feminizm Yazıları: Kuramdan Politikaya*, Dipnot Yayınları, Ankara 2018.
- Schauer Frederick, "Normative Legal Positivism (Prologue)", *Cambridge Companion to Legal Positivism*, Ed. Patricia Mindus-Torben Spaak, 2019.
- Uygur Gülriz/Çağlar İrem, "Hukuk", *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2011.
- Uzun Ertuğrul, "H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2015.
- Uzun Ertuğrul, "John Austin: Analitik Pozitivizm", *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2015.
- Walby Sylvia, *Theorizing Patriarchy*, Basil Blackwell, Cambridge 1991.
- Waldron Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to "the Concept of Law"*, Ed. Jules L. Coleman, Oxford University Press, 2001.
- Yalçın Türkan, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- Yelkenci Taner, "Giriş", *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, Ed. Taner Yelkenci, Nota-Bene Yayınları, İstanbul 2017.

## Makaleler

- Ahmed Sara, "Bu Öteki ve Başka Ötekiler", *Cogito*, S. 58, 2009.
- Berktaş Fatmagül, "Felsefe ve Kadın: Zor Bir İlişki", *Cogito*, S. 6-7, 1996.
- Berktaş Fatmagül, "Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye", *Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları*, S. 7, 2004.
- Bozok Mehmet, "Feminizmin Erkekler Cephesindeki Yankısı: Erkekler ve Erkeklik Üzerine Eleştirel İncelemeler", *Cogito*, S. 58, 2009.
- Coleman Jules, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, S. 11, 1982.
- Esgün Toros Güneş, "Mağduru Korumak", *Amargi Feminist Dergi*, S. 34, 2014.
- Kandiyoti Deniz, "Mainstreaming Men and Masculinities: Technical Fix or Political Struggle?", *Masculinities Journal*, S. 12, 2019.
- Koğacıoğlu Dicle, "Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği", *Cogito*, S. 58, 2009.
- MacCormick Neil, "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, C. 1, S. 2, 1981.
- Marmor Andrei, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, S. 26, 2006.
- Nağl-Docekal Herta, "Feminist Felsefenin Geleceği", *Cogito*, S. 58, 2009.
- Özkazanç Alev, "Bilim ve Toplumsal Cinsiyet", II. Kadın Hekimlik ve Kadın Sağlığı Kongresi: Kadını Görmeyen Bilim ve Sağlık Politikaları, Kongre Kitabı, 2010.
- Raz Joseph, "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, S. 48, 2003.
- Schauer Frederick, "Positivism Before Hart", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, S. 1, 2010.



Stubbs Margot, "Feminism and Legal Positivism", *Australian Journal of Law and Society*, S. 3, 1986.

Tanilli Server, "Feminizmin Fetihleri ve Güncelliği", *Felsefelogos*, S. 15, 2001/3.

Uygur Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003.

Uygur Gülriz, "Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2015.

Uzun Ertuğrul, "Pozitivizmi Prokrustes'ten Kurtarmak", *Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 1, 2019.

Yükselbaba Ülker, "Feminist Perspektiften Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, 2016.

### İnternet Kaynakları

"6284'ün uygulanması için ısrarcı olmak zorundayız"- <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2019/12/04/gokcecicek-ayata-6284un-uygulanmasi-icin-ısrarci-olmak-zorundayiz/>, E.T. 15.10.2020.

"Dilipak'tan İstanbul Sözleşmesi'ne tepki: Sözleşme kadını kocasına karşı koruyor da erkeği kadına karşı niye korumuyor?" - <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201911251040687625-dilipaktan-istanbul-sozlesmesine-tepki/>, E.T. 15.10.2020.

"GATA başhekim yardımcısı erkeklere 'boşanmak yerine ikinci eş alın' çağrısı yaptı" - <https://t24.com.tr/video/gata-bashekim-yardimcisinin-bosanmak-yerine-ikinci-esi-alin,33001>, E.T. 15.10.2020.

"Nafaka Hakkına Dokunma!" - <https://www.birikimdergisi.com/haftalik/9552/nafaka-hakkina-dokunma>, E.T. 15.10.2020.

"Şiddetten Ölen Kadınlar İçin Dijital Anıt" - <http://anitsayac.com/>, E.T. 15.10.2020.

Kandiyoti Deniz, "Fear and Fury: Women and Post-Revolutionary Violence", 2013, <https://www.opendemocracy.net/en/5050/fear-and-fury-women-and-post-revolutionary-violence/>, E.T. 5.10.2020.





